



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

مِصْبَاحُ الْعِلْمِ

فِي الْعَامِلَاتِ

تَرْغِيبٌ فِي الْعَمَلِ
وَتَنْوِيهٌُ فِي الْمَعَاصِي

لِلْمَوْلَانَا

الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

١-٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح الفقاهه المكاسب المحرمه

كاتب:

ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

الفاهاه

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريات الكمبيوترىة

الفهرس

٥	الفهرس
٨٢	مصايح الفقاهه المكاسب المحرمه
٨٢	اشارة
٨٢	الجزء الأول
٨٢	[البحث في مكاسب المحرمه]
٨٢	كلمة المؤلف
٨٣	(فيما يرجع الى رواية تحف العقول)
٨٣	اشارة
٨٤	وهم و دفع
٨٦	تذييل
٨٩	[في الفقه الرضوى]
٨٩	اشارة
٨٩	(اما الجهة الأولى) [في صحة نسبة هذا الكتاب الى الرضا «ع»]
٨٩	اشارة
٨٩	(الأول) و هو عمدة ما تمسك به المثبتون
٩١	(الأمر الثاني) مما تمسك به المثبتون
٩٢	(و اما الجهة الثانية) [عدم إمكان الاستناد بهذه الرواية]
٩٣	[في اعتبار كتاب دعائم الإسلام]
٩٣	اشارة
٩٦	تذييل
٩٦	[القول في صحة النبوى المشهور و سقمه]
٩٦	اشارة
٩٦	أما الأول [في سنده]

- ٩٦ اشارة
- ٩٧ اما الكلام فى الجهة الأولى [حجيته عند العامة]
- ٩٧ (و اما الجهة الثانية) [حجيته عند الخاصة]
- ٩٧ (و اما المقام الثانى) [فى دلالتة]
- ٩٨ بطلان المعاملة على الأعمال المحرمة
- ٩٩ تقسيم المكاسب إلى الثلاثة أو الخمسة
- ١٠١ معنى حرمة الاكتساب تكليفا
- ١٠١ اشارة
- ١٠١ فاعلم ان حرمة البيع تكليفا تتصور على وجوه
- ١٠١ الأول ما أفاده المحقق الايروانى فى حاشيته
- ١٠٢ (الوجه الثانى) أن يراد من حرمة البيع حرمة إيجاده بقصد ترتب إمضاء العرف و الشرع عليه
- ١٠٢ (الوجه الثالث) ما أفاده العلامة الأنصارى
- ١٠٣ معنى حرمة الاكتساب وضعاً
- ١٠٤ [الاكتساب المحرم أنواع]
- ١٠٤ [النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسة]
- ١٠٤ جواز المعاوضة على أبوال ما لا يؤكل لحمه
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٤ تنقيح و تهذيب
- ١٠٦ وهم و دفع
- ١٠٧ استطراد [فى حرمة شرب أبوال ما يؤكل لحمه لغير التداوى]
- ١٠٨ اشارة
- ١٠٨ دفع توهم
- ١١١ (حرمة بيع شحوم ما لا يؤكل لحمه)
- ١١٢ جواز بيع العذرة

- ١١٨ جواز بيع الأرواث
- ١٢٠ جواز بيع الدم نجسا كان أم طاهرا
- ١٢٠ اشارة
- ١٢٠ وهم و إزالة
- ١٢٢ تذكرة
- ١٢٢ تذكرة اخرى
- ١٢٢ [فى حرمة بيع المنى]
- ١٢٦ جواز الانتفاع بالميتة و حرمة بيعها
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٦ تحرير هذه المسألة فى مقامين
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٧ أما المقام الأول [فى جواز الانتفاع بالميتة]
- ١٣٠ حرمة بيع الميتة
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٢ نقد و دفع
- ١٣٣ [فرعان]
- ١٣٣ [الأول] حكم بيع المذكى المختلط بالميتة
- ١٣٣ اشارة
- ١٣٦ إزاحة وهم
- ١٣٧ [الثانى] جواز بيع ميتة ما ليس له دم سائل
- ١٣٧ حرمة التكسب بالكلب الهراش
- ١٣٧ اشارة
- ١٣٩ حرمة التكسب بالخنزير
- ١٤١ حرمة التكسب بالخمير و كل مسكر مائع

- ١٤١ اشارة
- ١٤٣ تذكرة
- ١٤٤ تبصرة
- ١٤٥ تنبيه
- ١٤٥ جواز بيع المتنفس
- ١٤٥ اشارة
- ١٤٦ جواز بيع السباع و المسوخ الا القرد
- ١٤٨ [أما المستثنى من الأعيان المتقدمة]
- ١٤٨ جواز بيع العبد الكافر
- ١٤٩ جواز بيع كلب الصيد
- ١٤٩ اشارة
- ١٥٢ حرمة بيع كلب الحراسة
- ١٥٥ تذييل
- ١٥٦ جواز بيع العصير العنبي إذا غلى و لم يذهب ثلثاه
- ١٥٩ جواز المعاوضة على الدهن المتنفس
- ١٥٩ اشارة
- ١٦٠ تأسيس
- ١٦١ عدم اشتراط الاستصباح فى صحة بيع الدهن المتنفس
- ١٦١ اشارة
- ١٦٢ الأول: جواز بيعه على أن يشترط على المشتري الاستصباح،
- ١٦٤ وجوب الإعلام بنجاسة الدهن عند البيع
- ١٧٢ جواز استصباح الدهن المتنفس تحت الظلال
- ١٧٣ جواز الانتفاع بالدهن المتنفس فى غير الاستصباح
- ١٨٢ الأصل جواز الانتفاع بالأعيان النجسة

- ١٨٢ اشارة
- ١٨٦ حقيقة حق الاختصاص و منشأ ثبوته
- ١٨٨ النوع الثاني مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به
- ١٨٨ [الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام]
- ١٨٩ حرمة بيع مياكل العبادة المبتدعة
- ١٨٩ اشارة
- ١٩١ بحث و تتميم
- ١٩٢ حرمة بيع آلات القمار
- ١٩٤ حرمة بيع آلات الملاهى
- ١٩٥ حكم بيع أنية الذهب و الفضة
- ١٩٦ حكم بيع الدراهم المغشوشة
- ١٩٩ [القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة]
- ١٩٩ حكم بيع العنب على أن يعمل خمرا
- ١٩٩ اشارة
- ٢٠٠ و كيف كان فالكلام يقع فى ناحيتين:
- ٢٠٠ أما الناحية الاولى [فى جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه]
- ٢٠١ [و أما الناحية الثانية] حكم ما يقصد من إجارتة الحرام
- ٢٠٣ حكم بيع الجارية المغنية
- ٢٠٣ اشارة
- ٢٠٦ حرمة كسب المغنية
- ٢٠٦ حكم بيع العنب ممن يجعله خمرا
- ٢٠٦ اشارة
- ٢٠٧ ثم إن تحقيق هذه المسألة يقع تارة من حيث الروايات، و اخرى من حيث القواعد،
- ٢٠٧ أما الصورة الأولى

- ٢١٠ و أما الصورة الثانية (أعنى التكلم فى حكم المسألة من حيث القواعد)
- ٢١٧ [القسم الثالث] حرمة بيع السلاح من أعداء الدين
- ٢١٧ اشارة
- ٢٢٠ وهم و دفع
- ٢٢١ [النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها عند العقلاء.]
- ٢٢٢ اشارة
- ٢٢٢ تحقيق و تكميل
- ٢٢٥ فرع
- ٢٢٥ [النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه]
- ٢٢٦ حكم تدليس الماشطة
- ٢٣٢ تزيين الرجل بما يحرم عليه
- ٢٣٢ اشارة
- ٢٣٣ تشبه الرجل بالمرأة و تشبه المرأة بالرجل
- ٢٣٥ التشبيب بالمرأة الأجنبية
- ٢٣٥ اشارة
- ٢٣٦ ما استدل به على حرمة التشبيب و الجواب عنه
- ٢٤٢ حرمة التصوير
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٦ ما استدل به على اختصاص الحرمة بالصور المجسمة
- ٢٤٦ اشارة
- ٢٤٦ الوجه الأول: أن الأخبار المشتملة على نفخ الروح ظاهرة فى ذلك،
- ٢٤٧ الوجه الثانى: ما ذكره فى متاجر الجواهر،
- ٢٤٨ الوجه الثالث: ما فى الجواهر أيضا
- ٢٤٨ فروع مهمة

- ٢٤٨ تصوير الملك و الجن
- ٢٤٩ ان حرمة التصوير غير مقيدة بكون الصورة معجبة
- ٢٥٠ اعتبار قصد الحكاية في حرمة التصوير
- ٢٥٠ اعتبار الصدق العرفي في حرمة التصوير
- ٢٥١ جواز أخذ العكس المتعارف
- ٢٥٢ ما استدل به على حرمة اقتناء الصور المحرمة و الجواب عنه
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٢ الوجه الأول: أن الوجود و الإيجاد في الحقيقة شيء واحد و إنما يختلفان بالاعتبار،
- ٢٥٢ الوجه الثاني: أن صنع التصوير لذوات الأرواح من المحرمات الشرعية،
- ٢٥٣ الوجه الثالث: قوله (ص) في الخبر المتقدم: (لا تدع صورة إلا محوتها).
- ٢٥٣ الوجه الرابع: ما دل [١] على عدم صلاحية اللعب بالتمثيل.
- ٢٥٣ الوجه الخامس: صححة البقباق - المتقدمة عند الاستدلال على حرمة التصوير
- الوجه السادس: حسنة زارة المتقدمة في الحاشية (لا بأس بأن يكون التمثيل في البيوت إذا غيرت رؤوسها منها و ترك ما سوى ذلك
- ٢٥٤ الوجه السابع: ما دل [٢] على كراهة على «ع» وجود الصور في البيوت،
- ٢٥٥ الوجه الثامن: رواية الحلبي [١] فقد أمر الإمام «ع» فيها بتغيير رأس الصورة و جعلها كهيئة الشجر،
- الوجه التاسع، صححة محمد بن مسلم المتقدمة (عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان).
- ٢٥٨ حرمة التطفيف و البخس
- ٢٥٨ اشارة
- ٢٥٩ صحة المعاملة المطفف فيها و فسادها
- ٢٦١ التنجيم
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦١ تحقيق المرام يبتنى على مقدمتين:
- ٢٦١ المقدمة الاولى في بيان أمرين:
- ٢٦١ الأمر الأول: أن أصول الإسلام أربعة:

- ٢٦٢ الأمر الثاني: أنه يجب على العباد الاعتراف بفرائض الله و سنن رسوله (ص)، و بما جاء به النبي (ص)، ٢٦٢
- ٢٦٢ المقدمة الثانية: أنه لا إشكال في اختلاف الأجرام العلوية ٢٦٢
- ٢٦٣ و تنقيح المسألة و تهذيبها يقع في أمور: ٢٦٣
- ٢٦٣ الأول: قال جمع من الفلاسفة: إن للأفلاك نفوسا ترسم فيها صور المقدرات، ٢٦٣
- ٢٦٣ الأمر الثاني: أن يلتزم بتأثير الأوضاع الفلكية و الكيفيات الكوكبية بنفسها في حوادث العوالم السفلية، ٢٦٣
- ٢٦٤ الأمر الثالث: أن يلتزم بكون أوضاع الكواكب [علامة على حوادث عالم العناصر] ٢٦٤
- ٢٦٤ الأمر الرابع: أن يلتزم بأن الله تعالى قد أودع في طبائع أوضاع الكواكب خصوصيات تقتضى حدوث بعض الحوادث ٢٦٤
- ٢٦٧ حفظ كتب الضلال ٢٦٧
- ٢٦٧ اشارة ٢٦٧
- ٢٦٧ و قد استدل على حرمة الحفظ بوجوه: ٢٦٧
- ٢٦٧ الأول: حكم العقل بوجوب قلع مادة الفساد. ٢٦٧
- ٢٦٨ الوجه الثاني: قوله تعالى «١»: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ). ٢٦٨
- ٢٦٨ الوجه الثالث: قوله تعالى «١»: (وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ). ٢٦٨
- ٢٦٩ الوجه الرابع: ان جملة من فقرات رواية تحف العقول تدل على حرمة حفظ كتب الضلال: ٢٦٩
- ٢٦٩ الوجه الخامس: حسنة عبد الملك بن أعين التي تقدمت في مبحث التنجيم، ٢٦٩
- ٢٦٩ الوجه السادس: الإجماع. ٢٦٩
- ٢٧٠ حرمة حلق اللحية ٢٧٠
- ٢٧٠ اشارة ٢٧٠
- ٢٧٠ و قد استدل عليها بوجوه: ٢٧٠
- ٢٧٠ اشارة ٢٧٠
- ٢٧٠ الوجه الأول: قوله تعالى «١» في التحدث عن قول الشيطان: (وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَحْزَنْ خَلْقَ اللَّهِ). ٢٧٠
- ٢٧٠ الوجه الثاني: ما في جملة من الروايات [٢] من الأمر بإعفاء اللحي و حف الشوارب، و النهي عن التشبه باليهود و المجوس. ٢٧٠
- ٢٧١ الوجه الثالث: رواية الجعفریات [١] الدالة على أن حلق اللحية من المثلة، و من مثل فعله لعنة الله. ٢٧١
- ٢٧٢ الوجه الرابع: ما دل [١] على عدم جواز السلوك مسلك أعداء الدين. ٢٧٢

- ٢٧٢ الوجه الخامس: قوله ص «٢» لرسولى كسرى (ويلكما من أمركما بهذا؟)
- ٢٧٢ الوجه السادس: قوله «ع» [١]: (أقوام حلقوا اللحي و فتلوا الشوارب فمسخوا).
- ٢٧٣ موضوع الرشوة و حقيقتها
- ٢٧٣ اشارة
- ٢٧٤ حرمة الرشوة
- ٢٧٨ جواز ارتزاق القاضى من بيت المال
- ٢٧٩ جواز أخذ القاضى للهدية
- ٢٨١ الرشوة فى غير الاحكام
- ٢٨١ من الرشوة فى الحكم المعاملة المحابانية مع القاضى
- ٢٨٢ اشارة
- ٢٨٢ فائدة
- ٢٨٢ حكم الرشوة وضعاً
- ٢٨٣ اختلاف الدافع و القابض
- ٢٨٥ حرمة سب المؤمن
- ٢٨٩ حرمة السحر
- ٢٨٩ اشارة
- ٢٩٢ أقسام السحر
- ٢٩٢ اشارة
- ٢٩٣ النوع الأول: سخر الكذابين (أو الكلدانيين) الذين كانوا من قديم الدهر، و هم قوم يعبدون الكواكب،
- ٢٩٣ النوع الثانى: سحر أصحاب الأوهام و النفوس القوية،
- ٢٩٤ النوع الثالث: من السحر الاستعانة بالأرواح الأرضية،
- ٢٩٤ النوع الرابع: مما ذكره المجلسى (ره) من أقسام السحر: التخيلات و الأخذ بالعيون،
- ٢٩٤ النوع الخامس: الاعمال العجيبة التى تظهر من تركيب الآلات على النسب الهندسية،
- ٢٩٥ النوع السادس من السحر: الاستعانة بخواص الأدوية

- ٢٩٥ النوع السابع من السحر: تعليق القلب،
- ٢٩٥ النوع الثامن: النميمة.
- ٢٩٧ عدم اختصاص حرمة السحر
- ٢٩٧ جواز دفع ضرر السحر بالسحر
- ٢٩٨ التسخير ليس من السحر
- ٢٩٩ الشعوذة
- ٣٠٠ الغش الحرام
- ٣٠٠ اشارة
- ٣٠١ موضوع الغش
- ٣٠١ اشارة
- ٣٠٢ تذييل
- ٣٠٢ لا يعتبر في صدق الغش قصد مفهومه
- ٣٠٢ حكم المعاملة المشتملة على الغش من حيث الصحة أو الفساد
- ٣٠٤ حرمة الغناء
- ٣٠٤ اشارة
- ٣٠٦ رأى المحدث القاساني في حرمة الغناء و الجواب عنه
- ٣٠٨ تحقيق موضوع الغناء
- ٣١٠ مستثنيات حرمة الغناء
- ٣١١ منها رثاء الحسين عليه السلام
- ٣١١ جواز الحداء لسوق الإبل
- ٣١١ جواز الغناء في زف العرائس
- ٣١٢ الغناء في قراءة القرآن
- ٣١٤ تنبيه
- ٣١٤ حرمة الغيبة

- ٣١٤ اشارة
- ٣١٥ الغيبة من الذنوب الكبيرة
- ٣١٧ حرمة الغيبة مشروطة بالإيمان
- ٣١٩ حرمة غيبة الصبي المميز
- ٣١٩ موضوع الغيبة
- ٣٢١ تنبيهات موضوع الغيبة
- ٣٢١ اشارة
- ٣٢١ الأول: انه لا يفرق في صدق الغيبة بين ان يكون المقول نقصا في دين المقول فيه أو بدنه، أو نسبه،
- ٣٢١ الثاني: أن ذكر أحد بالأوصاف العادية أو نفيها عنه إنما لا يكون غيبة إذا لم يستلزم نقصا في الجهات المزبورة في التنبيه السابق،
- ٣٢١ الثالث: [ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه]
- ٣٢٢ الرابع: قد تحقق الغيبة بالتعريض و الإشارة قولا،
- ٣٢٢ الخامس: لا بد في صدق الغيبة من وجود احد يقصد بالتفهيم،
- ٣٢٢ السادس: لا تتحقق الغيبة إلا بكون المغتاب (بالفتح) معلوما بالتفصيل عند المخاطبين،
- ٣٢٢ السابع: [في موارد الشك في تحقق الغيبة و عدمه]
- ٣ الثامن: أن مقتضى ما ذكره المشهور من أن الغيبة ذكر ك أخاك بما يكرهه لو سمعه عدم صدق الغيبة مع حضور المغتاب (بالفتح)،
- ٣٢٣ دواعى الغيبة
- ٣٢٣ كفارة الغيبة
- ٣٢٧ مستثنيات الغيبة
- ٣٢٧ جواز غيبة المتجاهر بالفسق
- ٣٢٧ اشارة
- ٣٣٠ فروع
- ٣٣٢ جواز تظلم المظلوم
- ٣٣٢ اشارة
- ٣٣٣ و قد يستدل على الجواز هنا بأمر غير ناهضة للدلالة على المقصود:

- ٣٣٥ عدم جواز الغيبة في ترك الاولى
- ٣٣٦ نصح المستشار
- ٣٣٨ جواز الاغتياب في مواضع الاستيفاء
- ٣٣٩ جواز الاغتياب لردع المقول فيه
- ٣٤٠ جواز الاغتياب لحسم مادة الفساد
- ٣٤٠ جواز جرح الشهود
- ٣٤٠ جواز الاغتياب لدفع الضرر
- ٣٤١ جواز الاغتياب بذكر الأوصاف الظاهرة
- ٣٤٢ حرمة استماع الغيبة
- ٣٤٢ اشارة
- ٣٤٥ حرمة الغيبة لا تلازم حرمة استماعها
- ٣٤٦ حرمة كون الإنسان ذا لسانين
- ٣٤٧ حقوق الاخوان
- ٣٥٠ حرمة القمار
- ٣٥٠ اشارة
- ٣٥١ حرمة اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن
- ٣٥٤ حرمة المراهنة على اللعب
- ٣٥٨ حكم المسابقة بغير رهان في ما عدا الموارد المنصوصة
- ٣٥٩ حرمة القيادة
- ٣٦٠ حرمة إتيان القائف و ترتيب الأثر على قوله
- ٣٦٢ حرمة الكذب
- ٣٦٢ اشارة
- ٣٦٢ الكذب من الكبائر
- ٣٦٥ حرمة الكذب في الهزل و الجد

- ٣٦٦ بيان حقيقة الوعد و اقسامه
- ٣٦٦ اشارة
- ٣٦٧ خلف الوعد
- ٣٦٩ خروج المبالغه عن الكذب موضوعا
- ٣٦٩ خروج التورية عن الكذب
- ٣٦٩ اشارة
- ٣٧٣ رفع غشاوه
- ٣٧٥ مسوغات الكذب
- ٣٧٥ جواز الكذب لدفع الضرورة
- ٣٧٥ اشارة
- ٣٨٠ تذييل
- ٣٨١ الأقوال الصادرة عن الأئمة (ع) تقيية
- ٣٨٣ جواز الكذب لإرادة الإصلاح
- ٣٨٤ حرمة الكهانة
- ٣٨٤ اشارة
- ٣٨٥ حرمة الرجوع الى الكاهن
- ٣٨٦ حكم الاخبار عن الأمور المستقبلية
- ٣٨٧ حرمة اللهو في الجملة
- ٣٨٧ اشارة
- ٣٨٩ اللعب و اللغو
- ٣٩٠ مدح من لا يستحق المدح
- ٣٩١ حرمة معونة الظالمين
- ٣٩٢ اشارة
- ٣٩٣ حرمة إعانة الظالمين في غير جهة ظلمهم

- ٣٩٤ حرمة النجش
- ٣٩٦ حرمة النميمة
- ٣٩٧ النياحة
- ٣٩٩ حرمة الولاية من قبل الجائر
- ٣٩٩ اشارة
- ٣٩٩ ما استثنى من حرمة الولاية
- ٣٩٩ منها أخذها للقيام بمصالح العباد
- ٣٩٩ اشارة
- ٤٠١ أقسام الولاية من قبل الجائر
- ٤٠٣ قبول الولاية من قبل الجائر مكرها
- ٤٠٤ [تنبيهات المسألة]
- ٤٠٤ حكم الإضرار بالناس مع الإكراه
- ٤٠٦ جواز قبول الولاية من الجائر لدفع الضرر عن الغير
- ٤٠٨ حكم اعتبار العجز عن التفصى فى الإكراه
- ٤٠٩ ان جواز الولاية عن الجائر
- ٤١٠ حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو بالتقية
- ٤١١ ان المستحق للقتل قصاصا محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم
- ٤١٢ حكم التقية و الإكراه فى قتل المخالفين
- ٤١٢ حرمة هجاء المؤمن
- ٤١٣ حرمة الهجر
- ٤١٤ [النوع الخامس: مما يحرم التكسب به] أخذ الأجرة على الواجبات
- ٤١٤ اشارة
- ٤١٥ مقدمة نافع في بيان موضوع أخذ الأجرة على الواجب
- ٤١٦ ان صفة العبادية لا تنافى الإجارة

- ٤٢٠ ان صفة الوجوب لا تنافى الإجارة
- ٤٢٤ حقيقة النيابة على العبادات
- ٤٢٥ جواز أخذ الأجرة على المستحبات
- ٤٢٦ من كان أجيرا لغيره فى الطواف لم يجز له أن يقصده لنفسه
- ٤٢٧ حرمة أخذ الأجرة على الأذان
- ٤٢٨ أخذ الأجرة على الشهادة
- ٤٢٩ الارتزاق من بيت المال
- ٤٣٠ [خاتمة تشتمل على مسائل]
- ٤٣٠ [الأولى] بيع المصحف
- ٤٣٠ اشارة
- ٤٣٣ معنى حرمة بيع المصحف و شرائه
- ٤٣٥ حكم بيع أبعاض المصحف
- ٤٣٥ بيع المصحف من الكافر
- ٤٣٧ [الثانية] جوائز السلطان
- ٤٣٧ جواز أخذ المال منه مع الشك فى وجود الحرام فى أمواله
- ٤٣٨ جواز أخذ المال من الجائر مع العلم الإجمالى بوجود الحرام فى أمواله
- ٤٣٨ اشارة
- ٤٣٩ ما استدل به على كراهة أخذ المال من الجائر مع العلم بوجود الحرام فى أمواله و الجواب عنه
- ٤٣٩ اشارة
- ٤٣٩ الأول: انه يحتمل ان يكون المأخوذ منه حراما واقعا، لكن قام الدليل على جواز تناوله ظاهرا، فيكون مكروها.
- ٤٤٠ الوجه الثانى: الاخبار الكثيرة «١» الدالة على حسن الاحتياط،
- ٤٤٠ الوجه الثالث: أن أخذ المال منهم يوجب محبتهم،
- الوجه الرابع: قوله «ع» فى رواية الفضل [١]: (و الله لو لا اننى أرى من أزوجه بها من عزاب بنى أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها اب
- ٤٤١ ما استدل به على رفع الكراهة عن جوائز السلطان و الجواب عنه

- ٤٤٦ فيما علم تفصيلا كون الجائزة محرمة
- ٤٤٦ اشارة
- ٤٤٩ رد المأخوذ من الجائر إلى أهله
- ٤٥٠ وجوب الفحص عن المالك
- ٤٥٢ لا يجوز إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه إلا بعد الثبوت شرعا
- ٤٥٣ مقدار الفحص عن المالك و كفيته
- ٤٥٣ اشارة
- ٤٥٣ تنبيه
- ٤٥٤ ان اجرة الفحص عن المالك هل هي على ذى اليد أو على المالك؟
- ٤٥٥ مصرف مجهول المالك
- ٤٥٩ التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان
- ٤٦٢ فيما علم إجمالا اشتغال الجائزة على الحرام
- ٤٦٢ اشارة
- ٤٦٣ فرع
- ٤٦٣ أخذ المال من الجائر ليس له بنفسه حكم من الأحكام الخمسة
- ٤٦٤ وظيفة الجائر فى نفسه بالنسبة الى ما أخذه من أموال الناس
- ٤٦٥ ما يأخذه الجائر من الناس يجوز احتسابه من الزكاة
- ٤٦٥ اشارة
- ٤٦٥ ثم إن الكلام هنا يقع فى ثلاث نواحي:
- ٤٦٥ الناحية الأولى: إذا أخذ الجائر الحقوق المذكورة من المسلمين فهل تبرء دممهم عنها أم لا؟
- ٤٦٦ لا يجوز للجائر أخذ الصدقات و المقاسمات من الناس
- ٤٦٧ جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر المستحل لذلك
- ٤٦٩ [تنبيهات المسألة]
- ٤٧٠ لا يجوز للجائر قطاع شخص خاص شيئا من الأراضى الخراجية

- ٤٧٠ شراء الصدقات من الجائر قبل أخذه إياها من الناس
- ٤٧١ حكم الأراضى الخراجية حال الغيبة
- ٤٧١ حكم شراء ما يأخذه الجائر من غير الأراضى الخراجية
- ٤٧٢ اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرئاسة العامة
- ٤٧٣ عدم اختصاص الحكم بمن يعتقد كون الجائر ولى الأمر
- ٤٧٣ تقدير الخراج منوط برضى الموجر و المستأجر
- ٤٧٣ شراء الصدقة من الجائر على وجه الإطلاق
- ٤٧٣ شرائط الأراضى الخراجية
- ٤٧٣ اشارة
- ٤٧٤ الشرط الأول: أن تكون الأرض مفتوحة عنوة أو صلحا أو تكون من الأنفال على الاحتمال المتقدم «٢»
- ٤٧٥ الشرط الثانى: أن يكون الفتح بإذن الإمام (ع)،
- ٤٧٦ الشرط الثالث: أن تكون الأراضى المفتوحة محياة حال الفتح لتدخل فى الغنائم،
- ٤٧٨ ملاحظات
- ٤٧٨ الجزء الثانى
- ٤٧٨ [كتاب البيع]
- ٤٧٨ اشارة
- ٤٧٨ المعاملات و حكمة البحث عن حقيقتها
- ٤٧٨ المال و حقيقته
- ٤٧٩ الإضافة الحاصلة بين المال و مالكة و حقيقه هذه الإضافة و أقسامها
- ٤٨٠ الثمن و وجه اختصاصه بالنقود
- ٤٨٢ المبيع و اختصاصه بالأعيان
- ٤٨٤ بحث استطرادى فى تعريف الإجارة و مناقشته و جوابها
- ٤٨٥ نظرة فى بيع الكلى فى الذمة
- ٤٨٥ ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثلثن؟

- ٤٨٥ ثم إن بيع الكلى فى الذمة على قسمين:
- ٤٨٨ البيع مبادلة شىء من الأعيان بعوض فى جهة الإضافة
- ٤٨٨ ما هو المراد من كلمة المبادلة المأخوذة فى تعريف البيع؟
- ٤٩٠ مفهوم المفاعلة و عدم صدقه على البيع
- ٤٩١ ما هو مفهوم المفاعلة، و هل يصدق ذلك على البيع الذى هو تبديل شىء بشىء؟
- ٤٩١ رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعلة و الجواب عنه
- ٤٩٢ الإجارة و عدم استعمالها فى نقل العين
- ٤٩٣ الثمن و جواز كونه من المنافع
- ٤٩٤ عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فى البيع
- ٤٩٦ نظره فى الحقوق
- ٤٩٦ اشارة
- ٤٩٧ أقسام الحقوق و أحكامها
- ٥٠٠ الملك و الحق و بيان الفارق بينهما
- ٥٠١ الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما
- ٥٠٣ المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم
- ٥٠٤ مفهوم الإنشاء و تعريفه
- ٥٠٥ حقيقة البيع و تعريفه
- ٥٠٨ أوهام حول تعريف البيع
- ٥٠٨ اشارة
- ٥٠٨ منها: ١- أن تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت. و إلا لم يكن التمليك مرادفا للبيع.
- ٥٠٨ و من النقوض. ٢ أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن هو عليه، إذ الإنسان لا يملك مالا على نفسه.
- ٥١٠ و من النقوض: ٣- أن تعريف البيع بإنشاء التمليك إلخ يشمل التمليك بالمعاطاة.
- ٥١٠ و من النقوض. ٤- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء.
- ٥١١ و من النقوض: ٥- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على تملك عين بمال

- ٥١٢ و من النقوض: ٦- أنه إذا كان البيع تمليك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضة.
- ٥١٣ و من النقوض: ٧- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالقرض،
- ٥١٥ بحث في بعض معان البيع
- ٥١٥ اشارة
- ٥١٦ المعنى الأول: إنشاء التمليك المتعقب بالقبول.
- ٥١٨ المعنى الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال.
- ٥١٨ المعنى الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.
- ٥٢٠ ألفاظ المعاملات أسماء للأعم
- ٥٢١ التمسك بالإطلاق في المعاملات
- ٥٢٣ [الكلام في المعاطاة]
- ٥٢٣ المعاطاة و حقيقتها
- ٥٢٤ المعاطاة و بيان الأقوال فيها
- ٥٢٤ اشارة
- ٥٢٤ ١- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضى لفظاً، أم كان غيره.
- ٥٢٥ ٢- اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعاملة لفظاً
- ٥٢٥ ٣- أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة و إنما تصير لازمة بذهاب إحدى العينين.
- ٥٢٥ ٤- أن المعاطاة تفيد إباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك،
- ٥٢٦ ٥- أنها تفيد إباحة جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،
- ٥٢٦ ٦- أن المعاطاة معاملة فاسدة،
- ٥٢٦ ٧- ما ذكره السيد في حاشيته و إليك نص عبارته: (أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية.
- ٥٢٦ الأقوال في المعاطاة و مداركها
- ٥٢٧ ما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية
- ٥٣٤ كلام بعض الأساطين حول المعاطاة [التأسيس قواعد جديدة]
- ٥٣٤ اشارة

- منها: ١- أن العقود و ما قام مقامها تابعة للقصد من حيث الإيجاب و السلب: ٥٣٤
- اشارة ٥٣٤
- و قد أجاب عنه المصنف بوجهين: ٥٣٤
- الأول: أن تبعية العقود للقصد فيما إذا دل الدليل على صحة العقد: ٥٣٥
- الثاني: أن تخلف العقود عن القصد لا غرابة فيه. ٥٣٥
- اشارة ٥٣٥
- الأول: (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، ٥٣٥
- الثاني: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء، ٥٣٥
- الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه: ٥٣٦
- الرابع: بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه. ٥٣٦
- الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعة كان ذلك زواجا دائما ٥٣٦
- و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٢- أن القول بالإباحة يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو: ٥٣٧
- و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٣- أنه إذا قيل بأن المعاطاء- المقصود بها الملك- تفيد الإباحة لزمته منه مخالفة القواعد ال
منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطيين، ٥٣٧
- و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، ٥٣٨
- و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتي تعلق به حق الشفعة، ٥٣٨
- و منها: أن الربا يجري في البيع المعاطاتي، ٥٣٩
- و منها أنه لو كانت المعاطاء مفيدة الإباحة لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاة بصفة الفقر ٥٣٩
- و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٤- ما ذكره بعض الأساطين من «كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر. مضافا إلى غ
و مما ذكره بعض الأساطين: ٥- أن القول بالإباحة يستلزم مخالفة القواعد المتسالم عليها في نواحي شتى: ٥٤١
- الناحية الأولى: كون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر، ٥٤١
- الناحية الثانية: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب، ٥٤٢
- الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بأن المعاطاء تفيد الإباحة كان التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين. ٥٤٢
- الناحية الرابعة: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف ذلك عنده. ٥٤٢

و مما ذكره بعض الأساطين من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٦- أنه يجوز للأخذ بالمعاطاة أن يتصرف فى النماء الحادث من الـ

و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٧- أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة لزم منه «قصر التمليك على التصرف» ----- ٥٤٤

الاستدلال على لزوم المعاطاة بالأصل ----- ٥٤٥

اشارة ----- ٥٤٥

١- أصالة اللزوم فى الملك، ----- ٥٤٥

اشارة ----- ٥٤٥

الناحية الأولى: أن المراد من استصحاب الملكية فى المقام هو الاستصحاب الشخصى، ----- ٥٤٥

الناحية الثانية: أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الكلى و لكن لا محذور فى جريانه فى المقام، ----- ٥٤٧

الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى، ----- ٥٤٩

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة ----- ٥٥١

الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف فى مال غيره ----- ٥٥٣

الاستدلال على لزوم المعاطاة بأية التجارة عن تراض ----- ٥٥٤

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالشرط ----- ٥٥٥

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد ----- ٥٥٦

الاستدلال على لزوم المعاطاة بأدلة خيار المجلس ----- ٥٥٦

تتمة البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة ----- ٥٥٦

نظرة فى الاخبار المذكورة حول المعاطاة ----- ٥٥٨

تنبيهات المعاطاة ----- ٥٦٢

اعتبار شروط البيع فيها ----- ٥٦٢

اشارة ----- ٥٦٣

و تحقيق هذه المسألة يقع فى نواحي شتى: ----- ٥٦٣

اشارة ----- ٥٦٣

الناحية الأولى: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة هل تفيد إباحة التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة عند ما فقدت شيئاً من شروط البيع؟.

الناحية الثانية: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك، و لم تحصل الملكية فى الخارج، ----- ٥٦٥

- ٥٦٥ الناحية الثالثة: أنا إذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الملكية من أول الأمر فهل يعتبر فيها شروط البيع؟
- ٥٦٦ جريان الخيار فى المعاطاة
- ٥٦٨ بيان مورد المعاطاة
- ٥٦٨ اشارة
- ٥٦٩ الناحية الاولى: أن يكون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحة،
- ٥٦٩ الناحية الثانية: أن يكون الغرض من التعاطى هو التمليك و التملك،
- ٥٦٩ الناحية الثالثة: أن يقصد كل من المعطى و الأخذ التمليك و التملك،
- ٥٧٢ تمييز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى
- ٥٧٤ أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين
- ٥٧٤ اشارة
- ٥٧٤ فاعلم انه قسم المصنف المعاطاة- بحسب قصد المتعاطيين- على أربعة أقسام:
- ٥٧٥ ١- ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر
- ٥٧٥ ٢- ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إياه
- ٥٧٥ ٣- أن يقصد الباذل أو لا إباحة ماله للأخذ بإزاء أن يملك الأخذ ماله إياه
- ٥٧٥ ٤- أن يقصد كل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إياه
- ٥٧٦ لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقفة على الملك بوجوه شتى:
- ١- ان يكون غرض المبيع من قوله: أبحث لك ان تبيع مالى لنفسك توكيل المباح له فى نقل ماله- المبيع- الى نفسه- المباح له- ٦
- ٥٧٧ ٢- أن يدل دليل خاص على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحة
- ٥٧٧ ٣- ما أشار إليه فى آخر كلامه، و هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لى يقع البيع فى ملك الواهب.
- ٥٧٧ يقع الكلام فى التصرفات المتوقفة على الملك فى ناحيتين:
- ٥٧٧ الناحية الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.
- الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفة على الملك لغير المالك فهل ترجع نتيجتها الى المتصرف، أم يرجع ذلك الى الما
- ٥٨٠ ثم إنه بقى هنا أمران، و يهمنى التعرض لهما:
- ٥٨٠ الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزى ذلك عن العتق الواجب- كالكفارة و نحوها- أم لا؟

- الأمر الثاني: أنه هل يحكم بضمنان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق عبده أم لا؟ ٥٨٠
- بحث في جهات ٥٨٠
- اشارة ٥٨٠
- الجهة الاولى: أنه قد يناقش في إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ثمن الهدى ٥٨٠
- الجهة الثانية: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة؟ ٥٨٠
- اشارة ٥٨١
- الناحية الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاة المتعلقين بذمة غيره أو ماله؟ ٥٨١
- الناحية الثانية: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاة بماله أو بذمته أن يؤديهما بمال شخص آخر؟ ٥٨١
- الجهة الثالثة: انه قد التزم المصنف- على ما هو ظاهر كلامه- بالملكية التقديرية في دية الميت. ٥٨١
- أقسام الإباحة المعوضة ٥٨١
- اشارة ٥٨١
- الاولى: في صحة الإباحة بالعرض، ٥٨٢
- الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بكون الإباحة بالعرض معاوضة مستقلة فهل يحكم بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها ه ٥٨٢
- جريان المعاطاة في جميع العقود و الإيقاعات ٥٨٣
- اشارة ٥٨٣
- ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في جريان المعاطاة في طائفة من العقود و الإيقاعات: ٥٨٤
- ١- القرض حيث إنه و إن كان مقتضيا، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض الخارجى. ٥٨٤
- ٢- الرهن حيث إن المعاطاة إما تفيد الإباحة المجردة، أو الملكية الجائزة، ٥٨٥
- ٣- الوقف حيث إنه صدقة في سبيل الله، فيكون لازما، ٥٨٥
- ملزمات المعاطاة ٥٨٦
- جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة ٥٩٧
- اشارة ٥٩٧
- و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام: ٥٩٧
- ١- أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل ٥٩٧

- ٥٩٧-----٢- أن يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى حسب ما يقتضيه بناء العقلاء و الارتكاز العرفى
- ٥٩٨-----٣- أن يكون الخيار ثابتا فى البيع بالدليل الشرعى التعبدى
- ٥٩٩-----العقد الفاقء لبعض شرائط الصيغء هل يرجع الى المعاطاء أم لا
- ٦٠١-----الجزء الثالث
- ٦٠١-----[تتمء كتاب البيع]
- ٦٠١-----اشارة
- ٦٠١-----[مقدمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع]
- ٦٠١-----هل يعتبر اللفظ فى العقود؟
- ٦٠٣-----تحقيق المقام يقع فى نواحى شتى:
- ٦٠٣-----الناحية الأولى: أن الأصل الأولى فى العقود و الإيقاعات هل يقتضى الصحة أم يقتضى الفساد؟
- ٦٠٥-----الناحية الثانية: أنه لا شبهة فى أن مقتضى العمومات و المطلقات هو صحة العقود و الإيقاعات.
- ٦٠٥-----اشارة
- ٦٠٦-----إشارة الأخرس و حكمها
- ٦٠٧-----الناحية الثالثة: فى مادة الصيغء و هيئتها و ترتيبها- التى ينشأ بها العقد-
- ٦٠٧-----اشارة
- ٦٠٧-----الجهة الأولى فى مادة الصيغء.
- ٦٠٧-----اشارة
- ٦٠٩-----بحث فى ألفاظ الإيجاب و فى الإنشاء بيعت
- ٦٠٩-----هل يجوز إنشاء البيع بشرى
- ٦١٠-----هل يجوز إنشاء البيع بملك
- ٦١١-----هل يجوز إنشاء البيع باشرى
- ٦١٣-----ما هى ألفاظ القبول؟
- ٦١٤-----الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل
- ٦١٧-----الجهة الثانية فى هيئة الصيغء،

- ٦١٧ اشارة
- ٦١٨ هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة؟
- ٦١٩ هل تعتبر الماضوية فى الإيجاب و القبول؟
- ٦٢١ الجهة الثالثة فى الترتيب بين الإيجاب و القبول.
- ٦٢٥ هل تعتبر الموالة بين الإيجاب و القبول؟
- ٦٢٨ هل يعتبر التنجيز فى العقود؟
- ٦٢٨ اشارة
- ٦٣٠ ما هو حكم التعليق فى العقود؟
- ٦٣٠ اشارة
- ٦٣٢ ما استدل به على بطلان التعليق فى العقود
- ٦٣٢ اشارة
- ٦٣٢ الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك،
- ٦٣٢ الوجه الثانى: أن التعليق فى العقود أمر غير معقول،
- الوجه الثالث: أن الظاهر من أية وجوب الوفاء بالعقد- كسائر الخطابات الوضعية و التكليفية- أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق
- ٦٣٤ الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفية،
- ٦٣٤ الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ
- ٦٣٥ هل يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول؟
- ٦٣٥ اشارة
- ٦٣٥ ١- أن يكون ذلك من ناحية عنوان المعاملة:
- ٦٣٥ ٢- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية المبيع:
- ٦٣٥ ٣- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية البائع و المشتري،
- ٦٣٦ ٤- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية الشروط المذكورة فى العقد
- ٦٣٦ ٥- التطابق بين الإيجاب و القبول فى أجزاء المبيع و الثمن،
- ٦٣٧ هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

- ٦٣٧ اشارة
- ٦٣٨ بحث استطرادى فى لحوق الرضاء بالبيع الإكراهى
- ٦٣٩ بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد
- ٦٤٢ بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه
- ٦٤٢ اشارة
- ٦٤٣ ما هو مدرک الضمان فى قاعدة ما يضمن؟
- ٦٤٣ اشارة
- ٦٤٣ ١- النبوى المعروف:
- ٦٤٤ ٢- الروايات [١] الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري- أخذها صاحبها،
- ٦٤٥ ٣- الروايات «١» الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه،
- ٦٤٥ ٤- قوله (ع) (حرمة ماله:- أى المؤمن- كحرمة دمه [١])
- ٦٤٦ ٥- ما ورد فى جملة من الروايات [١] أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد
- ٦٤٦ ٦- الروايات [١] الدالة على نفي الحكم الضررى فى الشريعة المقدسة
- ٦٤٧ ٧- قاعدة الإقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط،
- ٦٤٩ بحث فى بعض الأعمال المضمونة
- ٦٤٩ هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع و جهله؟
- ٦٥٠ هل تضمن العين المستأجرة فى الإجارة؟
- ٦٥٢ [ثم أنه يشكل اطراد القاعدة فى موارد]
- ٦٥٢ هل تنتقض القاعدة بالصيد الذى استعاره المحرم؟
- ٦٥٣ هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد؟
- ٦٥٥ هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسدا؟
- ٦٥٥ هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة؟
- ٦٥٥ هل ينتقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؟
- ٦٥٦ ما هو المدرک لعكس القاعدة؟

- هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد؟----- ٦٥٧
- اشارة----- ٦٥٧
- الجهة الأولى: أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد تكليفا، أم لا يجوز ذلك؟----- ٦٥٧
- الجهة الثانية: أن حرمه التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد- أيضا- كالهبة و العارية، أم ' ٦٥٩
- الجهة الثالثة: أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد فهل يجب رده الى مالكة فورا، أم لا يجب ذلك؟---- ٦٥٩
- الجهة الرابعة: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فهل تكون مئونة الرد على القابض. أم تكون على المالك؟.----- ٦٦١
- الجهة الخامسة: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين المالك و ماله، دون رده اليه فهل هو كذلك على وجه الإطلاق، و ما هو حكم المنافع المستوفاه؟..... ٦٦٣
- اشارة----- ٦٦٣
- فنقول: إنه قد استدل على الضمان بوجوه شتى. ٦٦٣
- ١- النبوى المعروف:----- ٦٦٣
- ٢- قوله (ع): حرمه ماله:- أى المؤمن- كحرمه دمه «٢»----- ٦٦٤
- ٣- الروايات الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،----- ٦٦٤
- ٤- قاعدة نفى الضرر،----- ٦٦٤
- نعم يمكن الاستدلال على الضمان- هنا- بأمرين:----- ٦٦٥
- ١- السيرة القطعية العقلانية،----- ٦٦٥
- ٢- قاعدة من أئلف مال غيره فهو له ضامن.----- ٦٦٥
- ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفاه----- ٦٦٦
- ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟----- ٦٦٨
- اشارة----- ٦٦٨
- فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان المنافع مطلقا، لوجوه:----- ٦٧٠
- ١- حديث ضمان اليد،----- ٦٧٠
- ٢- قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه «١»).----- ٦٧١
- ٣- قوله (ع) فى جملة من الروايات «٢»: حرمه ماله (أى المؤمن) كحرمه دمه،----- ٦٧١

- ٤- قاعدة نفى الضرر، ٦٧١
- ٥- قاعدة من أئلف، ٦٧١
- ٦- الإجماع، ٦٧٢
- ما هو الدليل على ضمان المثل في المثلى، و ضمان القيمة في القيمي ٦٧٣
- اشارة ٦٧٣
- فقد استدل على ضمان المثل في المثلى و ضمان القيمة في القيمي بوجه شتى: ٦٧٣
- ١- قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه «١» ٦٧٣
- ٢- ما دل على احترام مال المؤمن، و أن حرمة ماله كحرمة دمه «١» ٦٧٤
- ٣- الروايات «٢» الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة- بعد أن أولدها المشتري- أخذها صاحبها، و أخذ المشتري ولده بالقب ٦٧٤
- ٤- دعوى الإجماع على ضمان المثل في المثلى، و على ضمان القيمة في القيمي ٦٧٤
- ٥- قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «١» ٦٧٤
- ما هو الفارق بين المثلى و القيمي ٦٧٦
- ما هو الضابط فيما شك في كونه مثليا أو قيميا؟ ٦٧٧
- هل يجب شراء المثل مع قلته و زيادة قيمته؟ ٦٨١
- ما هو حكم تعذر المثل؟ ٦٨٢
- اشارة ٦٨٢
- هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة؟ ٦٨٣
- هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة؟ ٦٨٣
- ما هو المناط في صدق التعذر و الإعواز؟ ٦٨٣
- ما هو حكم سقوط العين عن المالية؟ ٦٨٤
- ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟ ٦٨٥
- هل يضمن القيمي التالف بالقيمة؟ ٦٨٦
- اشارة ٦٨٦
- ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي ٦٨٨

- ٦٩٢ ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحة و جوابه
- ٦٩٢ اشارة
- ٦٩٢ ١- أنه لو كان المناط في الضمان هو قيمة يوم المخالفة و الغصب
- ٦٩٣ ٢- أنه قال أبو وولاد: قلت: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع): عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه) -
- ٦٩٤ ٣- أنه سأل أبو وولاد الامام (ع) عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما بين الصحة و العيب،
- ٦٩٦ ما استدل به على الضمان بأعلى القيم
- ٦٩٦ اشارة
- ٦٩٦ ١- ما عن الشهيد الثاني من الاستشهاد بالصحيحة المتقدمة على ذلك.
- ٦٩٦ ٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،
- ٦٩٧ ٣- أن العين المغصوبة مضمونة على الغاصب بقاعدة ضمان اليد،
- ٦٩٧ ٤- أن العين المغصوبة بنفسها مضمونة على الغاصب من ابتداء اغتصابها إلى نهاية بقائها في نظام الوجود،
- ٦٩٧ ٥- ما أفاده المصنف،
- ٦٩٨ ٦- ما ذكره المحقق الايرواني،
- ٦٩٨ ٧- أن العين مضمونة على الغاصب في جميع أوقات الغصب التي منها زمان وصولها إلى القيمة العليا.
- ٧٠٠ ختام البحث في القيمي
- ٧٠١ ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة
- ٧٠٢ اشارة
- ٧٠٢ ١- ما هو الدليل على الالتزام ببدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين؟
- ٧٠٢ اشارة
- ٧٠٢ الوجه الأول: قاعدة نفي الضرر،
- ٧٠٣ الوجه الثاني: قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم «١».
- ٧٠٣ الوجه الثالث: قاعدة الضمان بالإتلاف،
- ٧٠٤ الوجه الرابع: قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه،
- ٧٠٤ الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المالك الى ماله.

- ٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبة، ٧٠٥
- ٣- هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟ ٧٠٦
- ٤- ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول إلى العين، و هل للضامن إجبار المالك حينئذ على أخذها؟ ٧٠٦
- ٥- ما هو حكم البديل المبذول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا؟ ٧٠٧
- ٦- هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟ ٧٠٨
- ٧٠٨ اشارة
- ٧٠٩ بحث في فروع مهمة
- ٧١٠ خلاصة البحث في بدل الحيلولة
- ٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبة بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع إليها أم لا. ٧١١
- ٨- ما هو حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البديل؟ ٧١١
- ٧١١ اشارة
- ٧١١ بحث في أسباب الضمان
- ٧١٢ بحث في حق الاختصاص و وجه ثبوته
- ٩- هل الغرامة المدفوعة تعود إلى الغارم بمجرد طرو التمكن؟ ٧١٦
- ٧١٦ اشارة
- ٧١٧ ختام البحث في بدل الحيلولة
- ٧١٧ [الكلام في شروط المتعاقدين]
- ٧١٧ [البحث حول الصبي و أحكامه]
- ٧١٧ نقل الأقوال حول تصرفات الصبي
- ٧١٨ بحث في إسلام الصبي
- ٧٢١ هل تصح عبادات الصبي؟
- ٧٢٢ اشارة
- ٧٢٢ أما العبادات المستحبة
- ٧٢٢ أما العبادات الواجبة

- ٧٢٣ بحث فى تصرفات الصبى مستقلا
- ٧٢٣ اشارة
- ٧٢٣ الجهة الاولى - فى جواز تصرفاته فى أمواله مستقلا على وجه الإطلاق
- ٧٢٥ الجهة الثانية - فى جواز تصرفات الصبى فى أمواله مستقلا مع إذن الولى بذلك.
- ٧٢٥ الجهة الثالثة - فى صحة مباشرة الصبى العقود أو الإيقاعات فى أمواله بإذن الولى، أو يكون وكىلا من قبله فى ذلك، و عدم صحتها.
- ٧٢٥ اشارة
- ٧٢٥ [فى الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه]
- ٧٢٥ اشارة
- ٧٢٥ الطائفة الأولى: الروايات [١] الدالة على أن أمر الصبى لا ينفذ
- ٧٢٦ الطائفة الثانية: ما دل [١] على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم.
- ٧٢٧ الطائفة الثالثة: ما دل على أن عمد الصبى و خطأه واحد،
- ٧٣٠ بحث فى ذيل رواية أبى البخترى
- ٧٣١ الجهة الرابعة: فى جواز كونه وكىلا عن غيره فى عقد أو إيقاع
- ٧٣٢ هل يؤخذ الصبى بإتلافه مال الغير؟
- ٧٣٣ هل ترتفع تعزيرات الصبيان بحديث الرفع؟
- ٧٣٤ ما هو حكم فعل الصبى المعتبر فيه قصد الفاعل؟
- ٧٣٤ هل يصح قبض الصبى؟
- ٧٣٥ قد وقع الخلاف بين الأصحاب فى نفوذ أمر الصبى فى مواضع شتى:
- ٧٣٥ ١- الوصية.
- ٧٣٦ هل يتبع قول الصبى فى الاذن بدخول الدار؟
- ٧٣٦ هل تنفذ معاملات الصبى فى المحقرات؟
- ٧٣٨ هل يصح طلاق الصبى المميز؟
- ٧٤٠ (مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به).
- ٧٤٠ اشارة

- ٧٤٠ هل يعتبر تعيين المالك في صحة البيع؟
- ٧٤٠ اشارة
- ٧٤١ أما الجهة الأولى [المعاملة بالأعيان الشخصية]
- ٧٤١ أما الجهة الثانية [المعاملة بالأموال الكلية]
- ٧٤٢ هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد؟
- ٧٤٢ اشارة
- ٧٤٢ الجهة الاولى: في أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدين، و لم يتعين في مقام العقد للآخر
- ٧٤٢ الجهة الثانية: أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد القابل وقوعه لغيره،
- ٧٤٣ الجهة الثالثة: هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلك
- ٧٤٣ (مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار).
- ٧٤٣ اشارة
- ٧٤٤ هل المكروه قاصد الى اللفظ دون المعنى؟
- ٧٤٤ ما استدل به على بطلان بيع المكروه
- ٧٤٤ اشارة
- ٧٤٤ الوجه الأول: الإجماع.
- ٧٤٤ الوجه الثاني: قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «١»
- ٧٤٨ الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكروه- الروايات «١» الدالة على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه،
- ٧٤٨ الوجه الرابع: الروايات [٢] الدالة على بطلان طلاق المكروه و عتاقه
- ٧٤٨ الوجه الخامس: ما دل [٢] على رفع الإكراه في الشريعة المقدسة.
- ٧٥٠ بقي هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما:
- ٧٥٠ الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكروه من جهة حديث الرفع
- ٧٥٠ الثاني: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكروه فيما إذا كان المكروه (بالكسر) من سنخ البشر.
- ٧٥١ هل يعتبر في الإكراه وجود حامل على المكروه عليه؟
- ٧٥٢ هل يعتبر في تحقق الإكراه الوعيد من الأمر؟

- ٧٥٢ هل يعتبر فى الإكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكروه عليه؟
- ٧٥٣ هل يعتبر فى الإكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر؟
- ٧٥٦ بحث فى الإكراه على أحد الأمرين العرضيين
- ٧٥٩ بحث فى الإكراه على أحد الأمرين الطوليين
- ٧٦٠ ما هو حكم الإكراه على ترك احد الواجبيين؟
- ٧٦٢ ما هو حكم إكراه أحد الشخصين على فعل واحد؟
- ٧٦٣ بحث فى بيان متعلق الإكراه
- ٧٦٤ بحث فى الإكراه على بيع عبد من عبيدين
- ٧٦٦ بحث فيما ذكره العلامة فى التحرير
- ٧٦٧ هل يصح عقد المكروه بالرضاء المتأخر؟
- ٧٧١ بحث فى أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل
- ٧٧٣ و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده)
- ٧٧٣ اشارة
- ٧٧٨ (فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم
- ٧٧٩ الجزء الرابع
- ٧٧٩ [تتمة كتاب البيع]
- ٧٧٩ [تتمة الكلام فى شروط المتعاقدين]
- ٧٧٩ اشارة
- ٧٧٩ قوله مسألة: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
- ٧٧٩ اشارة
- ٧٨٠ قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لأمرين
- ٧٨٠ الأول: إذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم بصحة الإيقاعات الفضولية أم لا؟
- ٧٨١ الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟
- ٧٨١ ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة اللاحقة

- ٧٨١ اشارة
- ٧٨١ و استدل على رايه هذا بوجهه:-----
- ٧٨٣ ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضولية مطلقا-----
- ٧٨٥ يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:-----
- ٧٨٥ اشارة-----
- ٧٨٦ أما المسألة الاولى [ان يبيع الفضولى للمالك]-----
- ٧٨٦ اشارة-----
- ٧٨٧ و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على الإجازة بوجهه:-----
- ٧٨٧ الأول العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها-----
- ٧٨٨ الوجه الثانى رواية عروة [١]-----
- ٧٩٠ الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس-----
- ٧٩٤ الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعتبر و الإجماعات المحكية على صحة الزواج الفضولى [١]-----
- ٧٩٧ الوجه الخامس الروايات [١] الدالة على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه-----
- ٧٩٩ الوجه السادس: الروايات [١] الواردة فى إباحة المناكح-----
- ٨٠٠ الوجه السابع: الروايات [١] الواردة فى عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه-----
- ٨٠٤ الوجه الثامن: الأخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم-----
- ٨٠٦ الوجه التاسع: رواية موسى بن أشيم [١]-----
- ٨٠٩ الوجه العاشر: حسنة الحلبي [١]-----
- ٨١١ الوجه الحادى عشر: رواية «١» عبد الرحمن بن أبى عبد الله-----
- ٨١٢ الوجه الثانى عشر: ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع-----
- ٨١٢ الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك و اللقطة-----
- ٨١٢ و قد استدل على بطلان بيع الفضولى و عدم صحته بالإجازة اللاحقة بوجهه عديدة من الأدلة الأربعة-----
- ٨١٣ اما الكتاب فقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ
- ٨١٥ و اما السنة فهى اخبار كثيرة،-----

- ٨٢٣ قوله: الثالث الإجماع على البطلان.
- ٨٢٣ قوله: الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، التصرف في مال الغير إلا بإذنه.
- ٨٢٤ و قد يستدل على بطلان بيع الفضولي بأنه انما حكم ببطلان البيع الآبق من ناحية تعذر التسليم
- ٨٢٥ قوله (المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك.
- ٨٢٥ اشارة
- ٨٢٥ ثم انه يقع البحث هنا في جهتين
- ٨٢٥ اشارة
- ٨٢٥ اما الجهة الأولى، [أى وجود المقتضى على صحة عقد الفضولي]
- ٨٢٦ اما الجهة الثانية [وجود المانع على بطلان العقد]
- ٨٢٧ اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن إلخ.
- ٨٢٨ قوله: المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه
- ٨٢٨ اشارة
- ٨٢٨ ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين
- ٨٢٨ اشارة
- ٨٢٨ الاولى: فى وجود المقتضى لصحة البيع و عدمه،
- ٨٢٩ اما الجهة الثانية، [أى وجود المانع لصحة البيع و عدمه]
- ٨٣٢ [بقى هنا أمران]
- ٨٣٢ [الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى]
- ٨٣٢ اشارة
- ٨٣٣ و هنا مسثلتان
- ٨٣٣ اشارة
- ٨٣٣ اما المسألة الاولى، [فى وقوع البيع للعائد مطلقا]
- ٨٣٤ و اما المسألة الثانية أعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،
- ٨٣٥ [الأمر الثانى] (جريان الفضولى فى المعاطاة).

- ٨٣٥ اشارة
- ٨٣٦ [الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطة مطلقا]
- ٨٣٦ الوجه الثانى الذى استدل به على عدم جريان الفضولية فى المعاطة
- ٨٣٧ الوجه الثالث ان العقد الفضولى آتما ثبت جوازه على خلاف القاعدة فيختص بالعقد القولى
- ٨٣٧ الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره.
- ٨٣٨ (الإجازة و الرد فى المعاملة الفضولية)
- ٨٣٨ قوله (ره) اما الكلام فى الإجازة.
- ٨٣٨ اشارة
- ٨٣٨ و آتما الكلام فى طريق الكشف الحقيقى و كفيته و هو على أنحاء.
- ٨٣٨ الأول: ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى ان الملكية إتما حصلت حين العقد و أثر العقد فيها
- ٨٤٠ الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق و الشهيد الثانى
- ٨٤٦ و اما الكشف الحكمى
- ٨٤٧ (فى ثمرة النقل و الكشف)
- ٨٦٠ ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.
- ٨٦٨ و ينبغى التنبيه على أمور.
- ٨٦٨ اشارة
- ٨ الأول ان النزاع فى باب الفضولى فى أن الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس من جهة أخذ ذلك فى مفهوم الإجازة لغة أو عرفا أو انصافا
- ٨٦٩ الثانى: أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة.
- ٨٧١ الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.
- ٨٧٥ ثم بقى هنا أمران.
- ٨٧٦ الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله.
- ٨٧٧ الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.
- ٨٧٨ السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات.
- ٨٧٩ السابع هل يعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا.

- ٨٨٥ قوله: و اما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور.
- ٨٨٥ اشارة -.....
- ٨٨٦ ان الكلام هنا أى فى شرائط المجيز يقع فى ضمن مسائل.
- ٨٨٦ اشارة -.....
- ٨٨٦ الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف حال الإجازة -.....
- ٨٨٦ المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد -.....
- ٨٨٨ قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.
- ٩١٠ قوله و اما القول فى المجاز.
- ٩١٠ اشارة -.....
- ٩١٠ الأول ان العقد الفضولى لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها -.....
- ٩١٣ الأمر الثانى فى معرفة المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعيينه -.....
- ٩١٤ الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه -.....
- ٩٢٠ قوله رحمه الله مسألة فى أحكام الرد.
- ٩٢٠ [القول فى تحقق الرد بالفعل و القول] -.....
- ٩٢٠ اشارة -.....
- ٩٢٣ بقى الكلام فى الرهن -.....
- ٩٢٤ قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد.
- ٩٢٦ مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده -.....
- ٩٢٦ اشارة -.....
- ٩٢٧ فهناك مسئلتان -.....
- ٩٣٨ [بحث فى تعاقب الأيدى] -.....
- ٩٤٨ قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.
- ٩٤٨ اشارة -.....
- ٩٤٨ و للكلام هنا جهات.

- ٩٤٨ الاولى فى أصل صحة البيع
- ٩٥٠ الجهة الثانية فى ثبوت الخيار للمشترى و عدمه
- ٩٥٠ الجهة الثالثة فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع ردّ المالك
- ٩٥٢ قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.
- ٩٥٢ اشارة
- ٩٥٥ و اما مسألة الطلاق
- ٩٥٦ و اما مسألة الصلح
- ٩٥٦ و اما مسألة الإقرار بالشريك الآخر
- ٩٥٧ و اما مسألة الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل من الوارث فى يده
- ٩٥٩ الجزء الخامس
- ٩٥٩ [تمت كتاب البيع]
- ٩٥٩ [تمتة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك]
- ٩٥٩ اشارة
- ٩٥٩ قوله: (مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمان واحد).
- ٩٦١ [القول فى أولياء التصرف]
- ٩٦٢ قوله (ره): يجوز للأب و الجدان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء.
- ٩٦٢ اشارة
- ٩٦٢ ثم انه يقع الكلام فى جهات:
- ٩٦٢ الاولى: هل يعتبر العدالة فى الولى الأب و الجد،
- ٩٦٤ و أما الجهة الثانية و هى اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى
- الجهة الثالثة: فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولاية لهما فى صورة وجود المفسدة فى تصرفات الأب و الجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اع
- الجهة الرابعة: بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسدة فى تصرفات الأب و الجد فى مال الولد، فهل هذا شرط فى عالم الإحراز
- ٩٦٧ اشارة
- ٩٦٧ و كان الكلام فى الجهة الثانية فهى اعتبار المصلحة زائدا عن اعتبار عدم المفسدة فى ولاية الأب و الجد.
- ٩٦٨

- ٩٧٣ الكلام فى ولاية الفقيه
- ٩٧٣ اشارة
- ٩٧٣ ان للفقيه ثلاثة مناصب،
- ٩٨٢ فى ولاية عدول المؤمنين
- ٩٨٢ اشارة
- ٩٨٢ فى جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها بالعدل الإمامى و بيان وظيفته فى نفسه
- ٩٨٢ اشارة
- ٩٨٢ فمقتضى الأصل
- ٩٨٤ و لكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات
٧. قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لأعلى وجه النيابة من حاكم الشرع.
- ٩٨٧ ثم انه فرق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولاية لهم
- ٩٨٨ ذكر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشارة إليها:
- ٩٨٨ الأول: انه هل يجوز مباشرة الفاسق فى مال اليتيم مثلا أم لا؟
- ٩٨٩ الثانى: فى حكم الشراء من الفاسق
- ٩٩٣ قوله: ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟
- ٩٩٦ الكلام فى بيع العبد المسلم على الكافر
- ٩٩٦ اشارة
- ٩٩٧ و الحاصل: انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجه:-
- ٩٩٧ منها: التسالم
- ٩٩٧ و منها: الأخبار الواردة فى موارد عديدة
- ٩٩٧ و منها: ما عن الأمير عليه السلام و لا تقرّوه عنده فبيعه من مسلم.
- ١٠٠١ يقع الكلام فى بيان الكافر،
- ١٠٠١ اشارة
- ١٠٠١ و اما الأطفال و المجانين منهم

- ١٠٠٢ و اما المخالف
- ١٠٠٢ اشارة
- ١٠٠٢ و أما بيعهم من الكفار
- ١٠٠٤ قوله: ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع.
- ١٠٠٤ اشارة
- ١٠٠٤ الأول: ان يكون البيع مستقبلا للانعتاق القهرى واقعا
- ١٠٠٤ الثانى: ان يكون العبد المسلم ممن ينعق عليه ظاهرا
- ١٠٠٥ الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق
- ١٠٠٥ ومنها: اشتراط العتق فى البيع.
- ١٠٠٥ قوله: و اما التملك القهرى.
- ١٠٠٥ اشارة
- ١٠٠٦ ان كان مدرک الحكم فى أصل عدم تملك الكافر المسلم هو الإجماع
- ١٠٠٦ و ان كان المدرک فى ذلك قوله عليه السلام فيبيعه و لا تقروه عنده
- ١٠٠٦ و ان كان المدرک هى آية نفي السبيل
- ١٠٠٦ اشارة
- ١٠٠٦ و لشيخنا الأستاذ هنا كلام
- ١٠٠٨ قوله: هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى أو لا يلحق؟
- ١٠٠٨ قوله: أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره.
- ١٠٠٨ قوله: و منه يعلم انه لو لم يبيعه باعه الحاكم و يحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا.
- ١٠٠٩ قوله: و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر انه لا خيار له.
- ١٠٠٩ قوله (ره): و يشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر
- ١٠١٣ فى حرمة بيع المصحف من الكافر
- ١٠١٤ القول فى شرائط العوضين
- ١٠١٤ قوله: يشترط فى كل منهما كونه متمولا.

- ١٠١٤ اشارة
- ١٠١٥ و فى كلامه مواقع للنظر،
- ١٠١٥ الأول: اعتبار المالىة فى العوضين فى البيع -
- ١٠١٥ و الثانى: ما التزم به من انه مع الشك فى التمول إن أحرز كون المعاوضة أكلا للمال بالباطل فيكون فاسدا.
- ١٠١٥ الثالث: ما تمسك به بعد عدم إحراز كونه من أكل المال بالباطل من العمومات،
- ١٠١٥ قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين.
- ١٠١٧ الكلام فى أحكام الأراضى
- ١٠١٧ اشارة
- ١٠١٧ ان الأراضى على أربعة أقسام:
- ١٠١٧ اشارة
- ١٠١٧ أما القسم الأول [أى ما يكون مواتا بالأصالة]
- ١٠١٧ اشارة
- ١٠١٧ أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام
- ١٠١٨ أما الجهة الثانية: فهل يشترط فى التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) فى النبوى
- ١٠١٨ الجهة الثالثة: ان الحلية و الملكية بالإحياء مختصة بالشيعة
- ١٠١٨ و الجهة الرابعة: فى أن الخراج الثابت فى تلك الأراضى على المحيى هل هو ثابت لكل من أحيائها شيعة كان أو غيرها،
- ١٠٢٢ القسم الثانى: أن تكون عامرة بالأصالة
- ١٠٢٢ اشارة
- ١٠٢٢ يدل على ذلك طائفتين من الروايات
- ١٠٢٤ القسم الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو لا؟
- ١٠٢٥ أما القسم الرابع: من الأرض فهى ما كان خرابا بعد العمارة و مواتا بعد ما كان حياة
- ١٠٢٥ اشارة
- ١٠٢٥ الأول: ما باد عنها أهلها و صارت خربة لذلك و بانجلاء أهلها عنها
- ١٠٢٥ القسم الثانى: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترك

- ١٠٢٨ الكلام فى بيع الأراضى المفتوحة عنوة
- ١٠٢٨ اشاره
- ١٠٢٨ أن الأراضى المملوكة للكفار على أقسام:
- ١٠٢٨ الأول: أن تكون باقية على ملكهم فعلا
- ١٠٢٨ الثانى: ان يسلموا طوعا و يدخلوا فى الإسلام برغبتهم منهم أيضا
- ١٠٢٨ الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا
- ١٠٢٨ الرابع: الأرض التى انجلى عنها أهلها من غير حرب
- ١٠٢٨ الخامس: الأرض التى أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبة،
- ١٠٢٩ و هنا قسم سادس: و هى الأرض التى لم تتصف بشىء من الأمور المذكورة
- ١٠٢٩ و كيف كان فيقع الكلام فعلا فى جهتين:
- ١٠٢٩ اشارة
- ١٠٢٩ أما الكلام فى الجهة الاولى [أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟]
- ١٠٢٩ اشارة
- ١٠٣٠ تنبيه:
- ١٠٣٠ الجهة الثانية: الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده
- ١٠٣٠ ثم بقى هنا أمران
- ١٠٣١ الأول: أن السيرة القطعية و ان قامت على جواز التصرف فى أراضى العراق
- ١٠٣١ [الأمر الثانى] (قوله: أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحببة حال الفتح).
- ١٠٣٢ (قوله: و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا).
- ١٠٣٢ اشارة
- ١٠٣٢ [ما هو المراد بالطلق]
- ١٠٣٣ الكلام فى بيع الوقف
- ١٠٣٣ قوله: مسألة: لا يجوز بيع الوقف
- ١٠٣٣ [الدليل الأول] إجماعا محققا فى الجملة و محكيا.

- ١٠٣٣ الثاني: دلالة الروايات العامة و العمومات على ذلك
- ١٠٣٤ الثالث: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ١٠٣٤ الرابع: الروايات الخاصة في خصوص بعض الأوقاف
- ١٠٣٥ (قوله: ثم ان جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف الى ان يباع).
- ١٠٣٧ [الأقوال في الخروج عن عموم منع بيع الوقف]
- ١٠٣٧ اشارة
- ١٠٣٨ فذهب بعضهم الى عدم جواز البيع و عدم الخروج من عموم المنع أصلا،
- ١٠٣٨ و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع
- ١٠٣٨ و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أى بجواز البيع في المؤبد و بعدمه في المنقطع
- ١٠٣٨ و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز
- ١٠٣٨ و الكلام فعلا يقع في جواز بيع الوقف المؤبد في الجملة.
- ١٠٣٨ [الوقف على قسمين تمليكي و فكي]
- ١٠٣٩ [لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف الفكي]
- ١٠٣٩ اشارة
- ١٠٤٠ [كلام كاشف الغطاء في الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها]
- ١٠٤٠ الثاني: أن يكون وقفا للذرية بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعته لهم طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل
- ١٠٤٠ الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات
- ١٠٤١ و أما المشاهد
- ١٠٤٤ الكلام في مسوغات بيع الوقف
- ١٠٤٤ اشارة
- ١٠٤٤ منها ان يخرّب الوقف
- ١٠٥٦ قوله: الصورة الثانية ان يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به.
- ١٠٤١ قوله الصورة الثالثة أن تخرّب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم.
- ١٠٤٢ قوله: الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.

- ١٠٦٥ قوله: الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.
- ١٠٦٥ قوله: الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون.
- ١٠٦٨ الكلام في الصور الأربعة الأخيرة.
- ١٠٧٣ الكلام في الوقف المنقطع.
- ١٠٧٥ قوله: مسألة: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا.
- ١٠٧٥ اشارة
- ١٠٧٦ [فيما استدل به المصنف على صحة بيع الرهن]
- ١٠٧٦ اشارة
- ١٠٧٦ [الأول] بفحوى أدلة صحة بيع الفضولي،
- ١٠٧٧ الوجه الثاني: مما يدل على صحة بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل عن جواز بيعه استقلالاً الروايات الدالة على صحة بيع العبد -
- ١٠٧٨ ثم نقل المصنف (ره) عن بعض معاصريه القول ببطان عقل الراهن بدون اذن المرتهن سابقا.
- ١٠٧٨ اشارة
- ١٠٧٨ و قد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة.
- ١٠٧٨ منها: أنه لا فرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة
- ١٠٧٨ و منها أن مطلق النهي المتعلق بالمعاملة لا يقتضى الفساد
- ١٠٧٨ و منها: أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك في بيع الراهن أيضا
- ١٠٧٨ و منها: أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما في التصرف في
- ١٠٧٩ و منها: أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد،
- ١٠٧٩ و منها: أن ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد
- ١٠٧٩ قوله: و قد يتخيل وجه آخر لبطان البيع هنا.
- ١٠٧٩ قوله: ثم ان الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة و ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي.
- ١٠٨٠ قوله: ثم انه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح.
- ١٠٨٠ قوله: ثم ان الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك.
- ١٠٨٠ اشارة

- ١٠٨١ ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً في نفسه انما هو وجهان:
- ١٠٨١ الوجه الأول: أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو التصرف الاستقلالي
- ١٠٨٢ الثاني: أنه مع الغض عن الوجه الأول
- ١٠٨٣ قوله: مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم،
- ١٠٨٤ اشارة
- ١٠٨٤ ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه:
- ١٠٨٤ الأول: قوله (ع) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر المشهور بين العامة و الخاصة
- ١٠٨٥ الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و التسلم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و لا يترتبون عليه أثراً
- ١٠٨٥ ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه:
- ١٠٨٥ الأول: قوله (ع) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر
- ١٠٨٩ و من الوجوه التي استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم.
- ١٠٨٩ و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً و أكله أكلاً للمال بالباطل
- ١٠٨٩ و ذكر شيخنا الأستاذ أن الوجه في اعتبار القدرة على التسليم أن ما تعذر تسليمه ليس بمال
- ١٠٨٩ اشارة
- ١٠٨٩ و تحقيق المقام أن يقال أن المال الذي يتعذر تسليمه على أقسام:
- ١٠٨٩ الأول: أن يكون مع تعذره مما يمكن للمشتري الانتفاع به،
- ١٠٨٩ الثاني: أن لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المبتاعين و لا غيرهما بحيث يوجب التعذر لحوقه بالتالف و بالمعدوم
- ١٠٩٠ الثالث: أن يكون التعذر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين فقط دون الأشخاص الأخر
- ١٠٩٠ و أما بحسب الروايات
- ١٠٩٠ [هل القدرة شرط أو العجز مانع]
- ١٠٩٦ قوله: ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم
- ١٠٩٦ اشارة
- ١٠٩٦ و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث:
- ١٠٩٦ المقدمة الاولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن

- ١٠٩٦ المقدمة الثانية: أن يكون الغرر فعليا
- ١٠٩٦ المقدمة الثالثة: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به
- ١٠٩٦ و يتفرع على ذلك فروع مهمة:-
- ١٠٩٦ الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع على أخذه منه و لا على التصرف منه
- ١٠٩٧ الفرع الثاني: ان بيع العبد الأبق ممن ينعق الأبق ممن ينعق عليه خارج عما نحن فيه فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم
- ١٠٩٧ و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد العقد لاشتراط تأخير مده
- ١١٠٠ قوله: ثم ان الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي.
- ١١٠٠ قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع.
- ١١٠٢ قوله: ثم ان الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين
- ١١٠٢ قوله: و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع.
- ١١٠٣ قوله: ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا.
- ١١٠٥ الكلام في بيع الأبق
- ١١٠٥ اشارة
- ١١٠٥ يقع الكلام في هذه المسألة في أمور ثلاثة،
- ١١٠٥ الأول: أنه ذكر المصنف في آخر الكلام أن الغرر المنفى في حديث نفى الغرر كما تقدم هو ما كان غررا في نفسه عرفا
- ١١٠٦ الأمر الثاني أن مسألة بيع عبد الأبق لا يرتبط بمسألة الغرر،
- ١١٠٧ الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدرة على التسليم في البيع فهل يلحق به الصلح، وجوه،
- ١١٠٧ الأول: عدم الاعتبار مطلقا
- ١١٠٧ الثاني: اعتبار الشرط المذكور في الصلح، بل في جميع العقود المعاوضة
- ١١٠٨ الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما في الصلح المحاباتي
- ١١٠٩ ثم يقع الكلام في خصوصيات ذلك،
- ١١٠٩ اشارة
- ١١٠٩ الأول: هل يجوز بيع الأبق مع الضميمة مطلقا،
- ١١١٠ منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا

- ١١١٠ ومنها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك
- ١١١٠ ومن جملة ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين البيع
- ١١١٢ ثم بقي هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف
- ١١١٢ الأول أنه لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا على العقد
- ١١١٣ الفرع الثاني: انه لو كانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه العقد فضولا
- ١١١٣ الكلام في اشتراط العلم بالثمن
- ١١١٣ اشارة
- ١١١٣ استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه:
- ١١١٣ الأول: الإجماع،
- ١١١٤ الثاني: النبوى المذكور
- ١١١٤ الثالث: رواية حماد بن ميسرة الواردة في مورد خاص
- ١١١٤ فلا بد من التكلم في المسألة في جهتين
- ١١١٤ اشارة
- ١١١٤ أما الجهة الأولى [أى بحسب القواعد]
- ١١١٤ و أما الجهة الثانية [أى بحسب الرواية الواردة فيها]
- ١١١٦ الكلام في اشتراط العلم بالثمن
- ١١١٦ اشارة
- ١١١٦ و تحقيق الكلام هنا في جهتين
- ١١١٦ الاولى في اعتبار العلم بالمكيل و الموزون
- ١١١٧ و أما الجهة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل في المكيل و الموزون
- ١١١٧ اشارة
- ١١١٧ منها صحيحة «٢» الحلبي
- ١١١٧ و منها موثقة «١» سماعه
- ١١١٨ ثم انه يقع الكلام في أن اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون في جميع الموارد أو مختص ببعضها

- ١١١٨ اشارة
- ١١٢١ أما الكلام فى المعدود
- ١١٢١ قوله: مسألة لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل و الموزون.
- ١١٢١ اشارة
- ١١٢٤ [معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين]
- ١١٢٤ و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون
- ١١٢٥ قوله: بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا.
- ١١٢٧ الكلام فى الاعتماد بإخبار البائع بقدر المثلث
- ١١٢٧ اشارة
- ١١٢٧ تحقيق المسألة فى ضمن جهات
- ١١٢٧ الاولى، أنه لا شبهة فى جواز الاعتماد على اخبار البائع فى مقدار المبيع كيلا أو وزنا،
- ١١٢٧ الجهة الثانية أن الظاهر من الروايات الدالة على جواز تصديق البائع فى أخباره بالكيل أو الوزن هو كون الاخبار طريقا الى الواقع --
- ١١٢٨ الجهة الثالثة: ما تبين الخلاف فى المبيع اما بالنقيصة أو بالزيادة
- ١١٢٨ اشارة
- ١١٢٨ الجهة الاولى: فى صحة المعاملة و بطلانها
- ١١٢٩ الجهة الثانية: فى أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو خيار تخلف الوصف
- ١١٢٩ الجهة الثالثة: هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصلة من تخلف الوصف و الشرط
- ١١٣٠ الجهة الرابعة: هل يثبت الخيار للبائع فى صورة زيادة المبيع عن المقدار الذى أخبر به البائع
- ١١٣١ الكلام فى بيع صاع من الصبرة
- ١١٣١ اشارة
- ١١٣١ قد قسم المصنف بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء الى أقسام
- ١١٣١ اشارة
- ١١٣١ الأول: أن يكون المبيع كسرا مشاعا
- ١١٣٢ القسم الثانى: أن يكون المبيع كليا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمة

- القسم الثالث: ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجية و مبهما من جميع الجهات ١١٣٢
- و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسألة هو أن بيع شىء يتصور على وجوه: ١١٣٣
- الأول: أن يكون كسر مشاع ١١٣٣
- الثانى: بيع الكلى فى المعين الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى الذمة ١١٣٤
- الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مرددا بين الافراد الخارجية ١١٣٤
- ثم انه بقى الكلام فى تصوير الإشاعة و بيع الصياغ من الصبرة على نحو الكلى، ١١٣٥
- و أما تصوير الكلى فى المعين ١١٣٨
- مسألة: لو باع صاعا من صبرة ١١٤١
- لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرتالا معلوما ١١٤٤
- الكلام فى أقسام بيع الصبرة ١١٥٢
- الكلام فى بيع العين على المشاهدة السابقة ١١٥٤
- اشارة ١١٥٤
- فيقع الكلام فى مقامين، ١١٥٤
- اشارة ١١٥٤
- أما المقام الأول [أى فى صحة البيع و عدمه] ١١٥٤
- الجهة الثانية: إذا قلنا بصحة المعاملة مع الاكتفاء بالرؤية السابقة ١١٥٥
- قوله (ره): فرعان: ١١٥٨
- الأول: لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري ١١٥٨
- اشارة ١١٥٨
- و دعوى كون الأصل معه بوجوه كلها مخدوشة كما ذكره المصنف ١١٥٩
- الأول: ما ذكره ابن إدريس فى السرائر من أن المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزل منه الا بإقراره أو ببينة تقوم عليه، ٥٩
- الوجه الثانى: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه ١١٦٠
- الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدل به المحقق الثانى ١١٦٠
- قوله (ره): الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد ١١٦٣

- ١١٦٣ اشارة
- ١١٦٤ [لو اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره عنه]
- ١١٦٧ الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار
- ١١٧١ الكلام فى حكم ظهور المبيع معيبا
- ١١٧١ اشارة
- ١١٧٣ الكلام فى ثمرة الخلاف
- ١١٧٥ الكلام فى جواز بيع المسك فى فارة
- ١١٧٦ الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة و عدمه
- ١١٧٦ اشارة
- ١١٧٨ الكلام فى بيان أقسام التابع
- ١١٧٨ اشارة
- ١١٧٩ الكلام فى معنى التابع
- ١١٨٢ الكلام فى الاندار
- ١١٨٢ اشارة
- ١١٨٢ تحقيق الكلام هنا فى جهتين:-
- ١١٨٢ اشارة
- ١١٨٣ أما الجهة الأولى [فى تحقق الاندار]
- ١١٨٣ الجهة الثانية: أن يكون الاندار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر
- ١١٨٥ الكلام فى بيع الظرف مع مطروفه
- ١١٨٧ الكلام فى استحباب التفقه فى الدين
- ١١٨٧ اشارة
- ١١٨٩ الكلام فى تراحم الكسب و طلب العلم
- ١١٩٠ الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحيته
- ١١٩٢ الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا

- ١١٩٢ اشارة
- ١١٩٤ الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزة و المانعة
- ١١٩٥ الكلام فى احتكار الطعام
- ١١٩٥ اشارة
- ١١٩٦ الاولى: فى حكم الاحتكار
- ١١٩٨ الجهة الثانية: انه ذكر فى رواية السكونى ان الحكرة فى الرخصة اربعين يوما و فى الغلاء و الشدة ثلاثة ايام
- ١١٩٩ الجهة الثالثة: هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق بكل ما يقع فى يده
- ١١٩٩ الجهة الرابعة: ان الاحتكار حرام إذا كان يترك الناس بغير طعام مع احتياجهم اليه
- ١١٩٩ الخامس: الظاهر انه لا إشكال فى جواز إجبار المحتكر على البيع
- ١١٩٩ الجزء السادس
- ١١٩٩ اشارة
- ١١٩٩ [كتاب الخيارات]
- ١١٩٩ اشارة
- ١٢٠٠ [مقدمتان]
- ١٢٠٠ [الأولى فى معنى الخيار]
- ١٢٠٥ المقدمة الثانية وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه عند الشك، فى الجواز أو الزوم
- ١٢٠٥ اشارة
- ١٢٠٥ و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل
- ١٢٠٥ اشارة
- ١٢٠٥ الأول أخذه بمعنى الغلبة
- ١٢٠٦ و أما الأصل بمعنى القاعدة
- ١٢٠٦ و أما الأصل بالمعنى اللغوى
- ١٢٠٧ و أما الأصل بمعنى الاستصحاب
- ١٢٠٧ قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة

- ١٢٠٨ قد استدل المصنف على اللزوم بوجهه
- ١٢٠٨ منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ١٢٠٨ ومنها التصرفات بعد الفسخ
- ١٢١٥ قوله و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
- ١٢١٦ قوله (ره) و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا- يحل مال امرء إلخ
- ١٢١٧ قوله و منها قوله التاس مسلطون على أموالهم
- ١٢١٧ و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه
- ١٢١٨ قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم
- ١٢١٩ و منها الأخبار المستفيضة في أن البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أنه إذا افترقا وجب البيع
- ١٢٢٠ [في عدم جريان الاستصحاب في المقام]
- ١٢٢١ قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم آما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم
- ١٢٢٢ [في بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم]
- ١٢٢٣ [القول في أقسام الخيار]
- ١٢٢٣ اشارة
- ١٢٢٣ الأول في خيار المجلس
- ١٢٢٣ اشارة
- ١٢٢٣ قوله مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كان اصيلين
- ١٢٢٤ اشارة
- ١٢٢٤ و يقع الكلام أولا في ثبوته للوكيل
- ١٢٢٤ اشارة
- ١٢٢٤ و لكن المشهور عدم ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف
- ١٢٢٤ اشارة
- ١٢٢٤ الأول: أن أدلة الخيار منصرفه عن الوكيل في إجراء الصيغة
- ١٢٢٥ الثاني أن حكمة ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك

- الثالث أن بعض أدلة خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان و كونه مجعولا للبائع ١٢٢٥
- و الرابع ما هو العمدة و حاصلة أن المستفاد من أدلة هذا الخيار أنه حق و سلطنة ١٢٢٥
- و أما الوجه الثاني فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الي نفسه ١٢٢٧
- اشارة ١٢٢٧
- و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا. ١٢٢٧
- أما الأصل ١٢٢٧
- و أما الفرع ١٢٢٨
- كان الكلام في ثبوت الخيار للموكل ١٢٣٢
- اشارة ١٢٣٣
- قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد. ١٢٣٣
- و قد بقى الكلام في أمرين ١٢٣٥
- قوله: و ممّا ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا الإجازة كاشفة ١٢٣٨
- (في حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا). ١٢٣٩
- اشارة ١٢٣٩
- و لكن الكلام في ثبوت المانع عن ذلك في المقام ١٢٣٩
- اشارة ١٢٣٩
- الأول أن المذكور في الروايات هو المتبايعان أو البيعان ١٢٣٩
- الوجه الثاني أن الحكم أعنى الخيار مغتيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغتيا بالافتراق ١٢٤٠
- الوجه الثالث أن الغاية التي عبارة عن الافتراق غير متحقق في الشخص الواحد ١٢٤١
- (مسألة في استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس). ١٢٤٢
- اشارة ١٢٤٢
- منها من ينعق على أحد المتبايعين ١٢٤٢
- اشارة ١٢٤٣
- الأول أن البيع و الشراء المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشراء الحقيقيين ١٢٤٣

- ١٢٤٣ الوجه الثاني ما ذكره المصنف في آخر كلامه
- ١٢٤٣ الوجه الثالث أن في شراء العمودين و ان كان يحصل النقل و لا انتقال حقيقة الا أنه أتى فلا يقبل آلا العتق
- ١٢٤٤ الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفه في ملك البائع في فرض التلف
- ١٢٤٤ الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقاييس
- ١٢٤٥ قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر
- ١٢٤٧ قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه
- ١٢٤٨ قوله مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا
- ١٢٤٨ اشارة
- ١٢٤٩ و الذي ينبغي أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما لازمة أو جائزة
- ١٢٤٩ أما الاولى
- ١٢٤٩ و أما العقود الجائزة
- ١٢٤٩ (مبدء هذا الخيار من حين العقد).
- ١٢٤٩ اشارة
- ١٢٤٩ فلا بد من التكلم في المقامين
- ١٢٤٩ اشارة
- ١٢٥٠ أما المقام الأول [في وجوب التقابض في الصرف]
- ١٢٥٠ الوجه الثاني ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض في الصرف و السلم من جهة شباهة ذلك بالربا
- ١٢٥٠ الوجه الثالث الاخبار الوارد في بيع الصرف و السلم
- ١٢٥١ و أما المقام الثاني أعنى ثبوت الخيار في بيع الصرف و السلم
- ١٢٥١ اشارة
- ١٢٥١ أما المقام الأول [في مقام الثبوت]
- ١٢٥١ و أما في مقام الإثبات
- ١٢٥٢ قوله: القول في مسقطات الخيار و هي أربعة على ما ذكرها في التذكرة
- ١٢٥٢ اشارة

- ١٢٥٢ من جملة مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه في ضمن العقد
- ١٢٥٢ اشارة
- ١٢٥٢ الأول دعوى الإجماع على ذلك
- ١٢٥٢ الثاني المستفيضة و هي المؤمنون عند شروطهم
- ١٢٥٢ اشارة
- ١٢٥٤ قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:
- ١٢٥٨ قوله قدس سره بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط أتما هو مع ذكره فى متن العقد
- ١٢٥٨ اشارة
- ١٢٥٨ أن اعتبار الشرط فى المعاملة على أنحاء
- ١٢٦٠ قوله فرع ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط. نفي الخيار
- ١٢٦١ قوله: مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
- ١٢٦١ اشارة
- ١٢٦١ و قد استدل عليه المصنف بوجوه
- ١٢٦١ الأول: دعوى الإجماع عليه
- ١٢٦١ الثاني القاعدة المسلمة بين الفقهاء أن لكل ذى حق إسقاط حقه
- ١٢٦٢ الثالث قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم
- ١٢٦٢ الرابع فهو العمدة و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف
- ١٢٦٢ و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك
- ١٢٦٢ الاولى أنه لا يعتبر فى إسقاط الخيار لفظ خاص
- ١٢٦٢ المسألة الثانية ما ورد فى بعض الروايات و إن كانت غير جامعة لشرائط الحجية
- ١٢٦٥ قوله من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين
- ١٢٦٥ اشارة
- ١٢٦٦ (فيما لو أكره أحدهما على التفرق)
- ١٢٦٦ اشارة

- ١٢٦٦ و قد استدل على هذا بوجوه
- ١٢٧٢ قوله مسألة لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخايير و بقى الآخر فى المجلس
- ١٢٧٤ قوله مسألة لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس
- ١٢٧٦ الثانى خيار الحيوان،
- ١٢٧٦ اشارة
- ١٢٧٦ و يقع الكلام فى ذلك فى جهات عديدة.
- ١٢٧٦ الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد منه اللحمه
- ١٢٧٧ ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى أيضا
- ١٢٧٨ قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ١٢٨٠ قوله: مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها فى مدة الخيار
- ١٢٨٠ قوله: مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد
- ١٢٨٠ اشارة
- ١٢٨١ و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه:
- ١٢٨١ الأول الأصل العملى
- ١٢٨١ الوجه الثانى: الاخبار الدالة على أن تلف الحيوان فى الثلاثة ممن انتقل عنه
- ١٢٨٢ الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم أن يجتمع سببان على مسبب واحد
- ١٢٨٢ و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان العقد بوجوه:
- ١٢٨٢ الأول بالأصل العملى.
- ١٢٨٢ الوجه الثانى: الاخبار الدالة على أن التلف فى ثلاثة أيام ممن لا خيار له
- ١٢٨٣ الوجه الثالث: أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له أسباب عديدة
- ١٢٨٤ قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملك
- ١٢٨٤ قوله مسألة لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثة أيام
- ١٢٨٦ (فى مسقطات خيار الحيوان)
- ١٢٨٦ اشارة

- أحدهما اشتراط سقوطه فى العقد ١٢٨٤
- و الثانى ١٢٨٤
- قوله الثالث التصرف ١٢٨٤
- (الثالث من الخيارات خيار الشرط) ١٢٨٩
- اشارة ١٢٨٩
- و يمكن الاستدلال على جواز ذلك بطائفتين من الرواية ١٢٨٩
- الأولى صحيحة «١» ابن سنان ١٢٨٩
- و الطائفة الثانية الأخبار المستفيضة الواردة فى اشتراط الفسخ برد الثمن ١٢٩٠
- ثم انه لا شبهة فى جواز جعل الخيار مدة خاصة معينة ١٢٩٢
- و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مدة العمر نظير الوقف بحسب العمر أم لا ١٢٩٢
- فى جواز اشتراط الشرط فى العقد من دون أن يلزم فيه محذور أصلا ١٢٩٣
- و هل يجوز اشتراط الخيار فى مدة مجهولة فى الظاهر و معينة فى الواقع ١٢٩٣
- اشارة ١٢٩٣
- و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلاثة ١٢٩٤
- الأول ما أرسله العلامة ١٢٩٤
- الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مدة مجهولة مخالف للسنة فىكون فاسدا ١٢٩٤
- (فى مبدء خيار الشرط) ١٢٩٥
- (فى جعل الخيار للأجنبى) ١٢٩٦
- اشارة ١٢٩٦
- يقع الكلام فى جهات ١٢٩٦
- الأولى هل يشرع الخيار لا جنبى بعنوان أنه وكيل ١٢٩٦
- الجهة الثانية فى أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول ١٢٩٧
- الجهة الثالثة: أنه هل يجوز للمتعاقدين إسقاط هذه الخيار عن الأجنبى أم لا ١٢٩٨
- و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين ١٢٩٩

- ١٢٩٩ الاولى فى أن خيار الأجنبى هل هو مشروط بملاحظة الغبطة و المصلحة أم لا
- ١٣٠٠ الجهة الثانية: أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع الأجنبى أو لعدة أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع أو غير
- ١٣٠٠ حيث كان الكلام فى جعل الخيار للأجنبى فلمناسبة ذلك ذكر مسألة الاستيمار فى أمر العقد
- ١٣٠٠ اشارة
- ١٣٠٠ الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبى بالفسخ و الا فلا
- ١٣٠١ الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ ما لم يأمر الأجنبى بذلك
- ١٣٠١ الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك
- ١٣٠١ قوله مسألة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار
- ١٣٠١ اشارة
- ١٣٠٢ [فتوضيح المسألة بتحقيق بالكلام فى أمور]
- ١٣٠٢ [الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]
- ١٣٠٢ اشارة
- ١٣٠٢ الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن
- ١٣٠٢ الثانى: أن يكون رد الثمن قيذا للفسخ
- ١٣٠٢ الوجه الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسحا فعليًا
- ١٣٠٢ الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيذا لانفساخ العقد
- ١٣٠٣ الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري
- ١٣٠٣ قوله (ره) الأمر الثانى الثمن المشروط رده
- ١٣٠٥ قوله الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلخ
- ١٣٠٦ قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط
- ١٣٠٩ قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الرد أو بعده
- ١٣١٣ قوله الأمر السادس لا إشكال فى القدرة على الفسخ
- ١٣١٥ قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا بردّ الجميع
- ١٣١٧ قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ المئمن

- ١٣١٨ قوله مسألة لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه فى كل معاوضة لازمة
- ١٣١٨ اشارة
- ١٣١٩ و قد يقال: بمنع جريانه فى الإيقاعات
- ١٣٢٧ ثم انه وقع الخلاف فى جريان الخيار و عدمه فى بعض العقود
- ١٣٢٧ اشارة
- ١٣٢٧ و اما الصدقة
- ١٣٢٨ و اما الصلح
- ١٣٢٨ و اما الضمان
- ١٣٢٨ و اما الرهن
- ١٣٢٨ ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار فى المعاطاة
- ١٣٢٩ الرابع خيار الغبن:
- ١٣٢٩ اشارة
- ١٣٢٩ ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين فى تحقق الغبن
- ١٣٢٩ الأول: ان يكون المشتري جاهلا بالقيمة السوقية و اشترى المبيع بأكثر ما يسوى فى السوق
- ١٣٢٩ الشرط الثانى: ان يكون ما أخذه الغابن ما زيادة القيمة بما يتسامح
- ١٣٣٠ [فى أدلة التى يذكر فى إثبات هذا الخيار و نفيه]
- ١٣٣٠ اشارة
- ١٣٣٠ و قد استدل العلامة فى التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى $\text{إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ}$
- ١٣٣١ و قد استدل على مشروعية خيار الغبن و ثبوته بأية النهى عن الكل المال بالباطل بوجهين
- ١٣٣١ الأول: ما ذكره المصنف
- ١٣٣٢ الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ
- ١٣٣٢ و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت خيار الغبن للبائع
- ١٣٣٢ و قد استدل أيضا بقوله (ص) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام
- ١٣٣٥ ثم انه استدل على بطلان المعاملة الغبنية بجملة من الروايات الناهية عن حرمة الغبن

- ١٣٣٦ قوله مسألة يشترط في هذا الخيار أمران
- ١٣٣٦ اشارة
- ١٣٣٦ الأول جهل المغبون بالتفاوت
- ١٣٣٦ اشارة
- ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كون قيمة هذا المتاع مساويا مع- القيمة السوقية و مع ذلك قد أقدم عليه و ظهر التفاوت بأزيد مما اعتنا
- ١٣٣٨ اشارة
- ١٣٣٨ الاولى ان يكون ما اعتقده من زيادة بما يتسامح و مع ذلك أقدم عليه
- ١٣٣٨ الصورة الثانية: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح
- ١٣٣٨ الثالثة ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه
- ١٣٣٨ الرابعة: الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا
- ١٣٤٤ الأمر الثاني: أن يكون التفاوت فاحشا
- ١٣٤٤ قوله بقى هنا شيء [أو هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى]
- ١٣٤٩ قوله مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد
- ١٣٤٩ اشارة
- ١٣٤٩ و انما المهم هو التكلم فى جهتين:
- ١٣٤٩ الاولى فى ان هذا الخيار ثابت من الأول أو من حين تبين الغبن
- ١٣٥٠ الجهة الثانية أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن
- ١٣٥٢ قوله مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ١٣٥٢ أحدها إسقاطه بعد العقد
- ١٣٥٥ قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد
- ١٣٥٧ الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن
- ١٣٥٨ قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن
- ١٣٥٨ اشارة
- ١٣٥٨ و كيف كان انما الكلام فى دليل ذلك

- ١٣٥٨ اشارة
- ١٣٥٨ إن كان المدرك لخيار الغبن هو الإجماع
- ١٣٥٩ و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر
- ١٣٥٩ قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشتري
- ٣٦٠ قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك المالك كالتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاستيلاذ
- ١٣٦٠ و أما إذا نقل المغبون العين الى غيره بالإجارة فهل يبقى الخيار مع ذلك أم لا
- ١٣٦١ ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك سقوط الخيار أم لا
- ١٣٦٢ ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع الى ملكه فهل للغابن مطالبه ذلك
- ١٣٧٦ قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن
- ١٣٧٦ اشارة
- ١٣٧٦ بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلث
- ١٣٧٦ اشارة
- ١٣٧٦ اما المسألة الاولى [فى حكم التلف و الإتلاف]
- ١٣٧٧ المسألة الثانية فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف
- ١٣٧٩ المسألة الثالثة ان يكون المتلف هو الأجنبى
- ١٣٧٩ قوله مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية
- ١٣٨٠ قوله مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين
- ١٣٨٨ الجزء السابع
- ١٣٨٨ اشارة
- ١٣٨٨ [تنمة كتاب الخيار]
- ١٣٨٩ [تنمة أقسام الخيار]
- ١٣٨٩ اشارة
- ١٣٨٩ الخامس خيار التأخير
- ١٣٨٩ اشارة

- و انما الكلام فى مدرک ذلك ١٣٨٩
- اشارة ١٣٨٩
- الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع ١٣٨٩
- الثانى: أن لزوم البيع هنا ضررى ١٣٨٩
- الوجه الثالث: الاخبار الكثيرة المستفيضة ١٣٩٠
- اشارة ١٣٩٠
- و قد ذكرت وجوه لصف ظهور هذه الاخبار الى نفى اللزوم. ١٣٩٠
- الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهرة فى بطلان البيع بتأخير الثمن ١٣٩٠
- الوجه الثانى: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب إجمال تل ١٣٩٠
- الوجه الثالث: ما استفاد من كلام المصنف أيضا المذكور فى تلك الاخبار هو نفى البيع للمشتري ١٣٩١
- الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البائع دون المشتري انما هو لأجل الإرفاق على ١٣٩٢
- الكلام فى شروط خيار التأخير ١٣٩٢
- اشارة ١٣٩٢
- الأول: عدم قبض المبيع ١٣٩٢
- اشارة ١٣٩٢
- الكلام الى فروع هذا الشرط. ١٣٩٤
- الفرع الأول: هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض الجائز ١٣٩٤
- و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع بدون اذن المالك ١٣٩٤
- الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع ١٣٩٤
- الشرط الثانى: عدم قبض البائع مجموع الثمن، ١٣٩٥
- الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و الا فلا خيار بتأخير الثمن ١٣٩٧
- الشرط الرابع: أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبرة ١٣٩٧
- ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار ١٣٩٩
- فى مسقطات خيار التأخير ١٤٠٤

- اشارة ١٤٠٤
- الأول إسقاطه بعد الثلاثة، ١٤٠٤
- الثاني: اشتراط سقوطه فى متن العقد ١٤٠٥
- الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن ١٤٠٥
- قوله الرابع: أخذ الثمن من المشتري. ١٤٠٥
- مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى، ١٤٠٦
- اشارة ١٤٠٦
- أما الأول [بحسب الأصول العملية] ١٤٠٦
- و أما المقام الثانى: فالروايات الواردة فى المقام ١٤٠٦
- قوله مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع، ١٤٠٧
- قوله مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه ١٤١١
- السادس خيار الرؤية ١٤١٤
- اشارة ١٤١٤
- أن مورد هذا خيار الرؤية بيع العين الشخصية الغائبة ١٤١٧
- قوله: مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى، ١٤٢٢
- اشارة ١٤٢٢
- أما المقام الأول: فمقتضى القواعد، ١٤٢٢
- و أما بحسب الروايات ١٤٢٢
- فى مسقطات خيار الرؤية ١٤٢٣
- قوله مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفاً؟ ١٤٢٣
- قوله مسألة: لا يسقط هذا الخيار، [ببذل التفاوت و لا بإبدال العين] ١٤٢٥
- قوله مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد، ١٤٢٨
- قوله مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة، ١٤٢٨
- اشارة ١٤٢٨

- ١٤٣١ و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع في جهتين،
- ١٤٣١ اشارة
- ١٤٣١ أما الكلام في الجهة الأولى [فيما كان الاختلاف في أصل الاشتراط و عدمه]
- ١٤٣٢ و أما الجهة الثانية أعنى الاختلاف في أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا
- ١٤٣٣ قوله مسألة: لو نسج بعض الثوب،
- ١٤٣٣ اشارة
- ١٤٣٣ و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور في هذا الفرع أربعة،
- ١٤٣٣ الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصي الذي موجود مع منسوج آخر كلي في الذمة
- ١٤٣٣ الثاني: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصي مع مقدار خاص من الغزل الخارجى الشخصي أيضا
- ١٤٣٣ الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصي مع مقدار معين من الغزل الكلى في الذمة
- ١٤٣٣ الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد العناوين المتقدمة
- ١٤٣٤ السابع: خيار العيب،
- ١٤٣٦ قوله: مسألة: ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ و أخذ الأرش،
- ١٤٣٦ اشارة
- ١٤٣٨ ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمتنن فيكون الخيار للمشتري فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبائع أيضا،
- ١٤٣٩ قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما
- ١٤٣٩ مسألة يسقط الرد خاصة بأمر،
- ١٤٣٩ [التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد]
- ١٤٤٠ المطلب الثانى: أنه لا شبهة فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالا
- ١٤٤٠ اشارة
- ١٤٤٠ ان التصرف انما يكون على أنحاء
- ١٤٤٠ الأول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،
- ١٤٤٠ الثانى: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر فى العين خارجا
- ١٤٤١ الثالث: أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين

- ١٤٤٤ [الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]
- ١٤٤٤ قوله: فرع لا خلاق نسا و فتوى فى أن و طى الجارية يمنع عن ردها.
- ١٤٤٤ اشارة
- ١٤٤٥ و انما الكلام فى أنه مانع عن الرد مطلقا و ليس منه استثناء أو استثنى منه صورة كون الجارية حاملة.
- ١٤٥٣ قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري
- ١٤٥٣ اشارة
- ١٤٥٤ تفصيل الكلام هنا يقع فى جهتين:-
- ١٤٥٤ الاولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض
- ١٤٥٥ و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق على العقد أم لا.
- ١٤٥٦ قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة،
- ١٤٥٨ قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله.
- ١٤٥٩ ثم إذا كان الحدث مانعا عن الرد فهل يجوز رده مع رضى البائع بالرد اما مع الأرش أو بدونه أم لا يجوز؟
- ١٤٥٩ قوله تنبه: ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة.
- ١٤٦٤ [البحث فى سقوط الرد و الأرش]
- ١٤٦٥ قوله مسألة يسقط الأرش دون الرد فى موضعين
- ١٤٦٥ اشارة
- ١٤٦٥ الأول: فى الربويات
- ١٤٦٥ اشارة
- ١٤٦٥ الأول) أن يقال ان وصف الصحة فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن
- ١٤٦٥ الثانى: أن يقال أن الربا انما هو زيادة أحد المتماثلين على الآخر فى المعاملة
- ١٤٦٦ المورد الثانى: مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شىء
- ١٤٦٧ قوله مسألة: يسقط الرد و الأرش معا بأمر
- ١٤٦٧ أحدها العلم بالعيب قبل العقد
- ١٤٦٨ قوله الثانى: تبرى البائع عن العيوب إجماعا فى الجملة،

- ١٤٧٢ ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ
- ١٤٧٢ منها زوال العيب قبل العلم به
- ١٤٧٤ قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،
- ١٤٧٥ قوله: و منها التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب كالبغلى الخصى
- ١٤٧٦ قوله: و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،
- ١٤٧٧ قوله: و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا.
- ١٤٧٩ قوله: و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.
- ١٤٨٠ أما الجهة الثانية [فى ثبوت المانع عن الأرش و الرد]
- ١٤٨٠ و أما الجهة الاولى [فى وجود المقتضى للرد و الأرش]
- ١٤٨١ إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب فهل يجب عليه إعلام المشتري بالعيب مطلقا أو لا،
- ١٤٨٣ فى اختلاف المتبايعين
- ١٤٨٣ اشارة
- ١٤٨٣ أما الصورة الأولى [الاختلاف فى موجب الخيار]
- ١٤٨٣ اشارة
- ١٤٨٣ الاولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه
- ١٤٨٥ و أما الصورة الثانية فهى أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود فى المبيع عيبا أم لا،
- ١٤٨٥ و أما الصورة الثالثة: فهى أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد و لكن وقع الاختلاف فى كون العيب قبل العقد أو بعده
- ١٤٨٨ قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد.
- ١٤٨٨ اشارة
- ١٤٨٩ و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف بينهما
- ١٤٨٩ اشارة
- ١٤٨٩ الأولى: فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل
- ١٤٩٠ أما الجهة الثانية: فى أن اعتراف الوكيل يكون اعترافاً فى حق الموكل أم لا،
- ١٤٩٠ الجهة الثالثة: فى أنه مع حكم الحاكم بالأرش أو بالفسخ هل يثبت ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس.

- ١٤٩١ و انتهى الكلام إلى الجهة الرابعة و هي ان العيب الثابت بحكم الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل
- ١٤٩٢ قوله الرابعة: لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.
- ١٤٩٢ اشارة
- ١٤٩٢ أما المسألة الاولى: و هي النزاع في ثبوت المقتضى للخيار و عدمه
- ١٤٩٣ و أما المسألة الثانية: و هي أن يكون الاختلاف في فعليه الخيار
- ١٤٩٤ و أما الصورة الثالثة: فهي أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت نفس الخيار فعلا
- ١٤٩٤ قوله: و اما الثاني: و هو الاختلاف في المسقط فففيه أيضا مسائل:
- ١٤٩٤ الاولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه،
- ١٤٩٥ قوله الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري.
- ١٤٩٦ قوله الثالثة: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.
- ١٤٩٦ اشارة
- ١٤٩٦ يقع الكلام في هذه المسألة في جهتين:
- ١٤٩٦ اشارة
- ١٤٩٦ أما الجهة الاولى [في دعوى المشتري على البائع]
- ١٤٩٧ و أما الجهة الثانية [في دعوى البائع على المشتري]
- ١٤٩٧ قوله الرابع: لو اختلف في البراءة.
- ١٤٩٨ قوله الخامسة: لو ادعى البائع.
- ١٤٩٩ قوله: و أما الثالث [أى في الفسخ]
- ١٤٩٩ اشارة
- ١٤٩٩ الأولى لو اختلفا في الفسخ فان كان الخيار باقيا فله إنشائه.
- ١٥٠٠ قوله الثانية: لو اختلفا في تأخير الفسخ في أول الوقت بناء على فورية الخيار.
- ١٥٠٢ [قوله الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته]
- ١٥٠٥ القول في ماهية العيب
- ١٥١١ الكلام في افراد العيب

- ١٥١١ قوله: مسألة: لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا.
- ١٥١٢ قوله مسألة: الحبل عيب فى الإمام.
- ١٥١٢ اشارة
- ١٥١٢ يقع الكلام هنا تارة فى الإمام و أخرى فى غيرها.
- ١٥١٢ أما الاولى [فى الإمام]
- ١٥١٢ و أما الحمل فى غير الأمة
- ١٥١٣ قوله: مسألة: الأكثر على أن الثيوبه ليست عيبا فى الإمام.
- ١٥١٤ قوله: مسألة: ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير.
- قوله: مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التى لها مدخليه فى ذلك عيب ترد معه الجار
- ١٥١٥ قوله: مسألة: الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.
- ١٥١٥ قوله: مسألة: الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الأرش.
- ١٥١٧ تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربعة: الجنون و البرص و الجذام و القرن.
- ١٥١٧ اشارة
- ١٥١٧ و انما الكلام يقع فى أربع جهات:
- ١٥١٧ الجهه الأولى: فى أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربعة أم لا؟
- ١٥١٨ الجهه الثانية: أنه قد استشكل المحقق الأردبيلى فى القرن، و هو الحده فى الفرج المانع من الوطى،
- ١٥١٨ الجهه الثالثة: أن المحقق الأردبيلى قد استشكل فى البرص أيضا
- ١٥١٨ اشارة
- ١٥١٨ تنبه
- ١٥١٩ الجهه الرابعة: أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام
- ١٥١٩ الجهه الخامسة: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا للخيار
- ١٥٢٠ الجهه السادسة: قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت لمن له الخيار الرد
- ١٥٢٠ قوله: خاتمه فى عيوب متفرقة.
- ١٥٢٠ اشارة

- ١٥٢٠ منها أنه ذكر في التذكرة أن الكفر ليس عيبا في المملوك
- ١٥٢١ و منها أن يكون العبد أو الأمة محرمة الانتفاع على المشتري
- ١٥٢١ منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفية
- ١٥٢١ و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد
- ١٥٢١ القول في الأرش
- ١٥٢١ اشارة
- ١٥٢١ بل المهم هو التكلم في جهات:
- ١٥٢١ الجهة الاولى: في ان الأرش هل يثبت في المقام على طبق القاعدة، أو على خلاف القاعدة
- ١٥٢٤ الجهة الثانية: في ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو يجوز أن يكون من غيره أيضا
- ١٥٢٥ الجهة الثالثة: هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من غيرها أيضا؟
- ١٥٢٥ الجهة الرابعة: أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقداراً مساوياً لبعض الثمن
- ١٥٢٩ قوله: مسألة: يعرف الأرش. [بمعرفة قيمة الصحيح و المعيب]
- ١٥٢٩ اشارة
- ١٥٢٩ قسم المصنف ذلك الى ثلاثة أقسام:
- ١٥٢٩ الأول: أن تكون القيمة معروفة و معلومة عند أهل البلد من غير احتياج في معرفتها الى أهل الخبرة
- ١٥٢٩ القسم الثاني: أن لا تكون القيمة معلومة في السوق لعدم وجوده فيه أصلاً
- ١٥٣٠ القسم الثالث: ان تكون قيمة المبيع بحسب أجناسه معلومة في السوق و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيد، -
- ١٥٣٠ قوله: مسألة: لو تعارض المقومون
- ١٥٣٤ قوله: القول في الشروط التي يقع عليها العقد.
- ١٥٣٦ قوله: الكلام في شروط صحة الشرط.
- ١٥٣٦ اشارة
- ١٥٣٧ من جملة تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط عليه،
- ١٥٤١ قوله الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه.
- ١٥٤١ قوله الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر الى خصوص المشروط له.

- قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة فلو اشترط رقيه حر أو توريث أجنبي كان فاسدا. ١٥٤٢
- اشارة ١٥٤٢
- و لكن هنا أمران ربما يحتملان في المقام ١٥٤٢
- أحدهما أن أدلة وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصة لأدلة التحريم و رافعه للحرمه ١٥٤٢
- الأمر الثاني: أنه يحتمل أن تكون الأدلة الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصة ١٥٤٣
- ان الكلام في المقام يقع في جهات: ١٥٤٣
- الاولى: أن المراد من الكتاب المذكور في هذه الأخبار المستفيضه أو المتواتره أى شيء ١٥٤٣
- الجهه الثانيه: أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط الغير الموافق أو الشرط المخالف، ١٥٤٤
- الجهه الثالثه: في أن الشرط المخالف يكون على ثلاثه أقسام: ١٥٤٤
- ثم انه بقى الكلام في بعض الفروع التى وقع الكلام في كون الشرط فيها مخالفا للكتاب و السنة أم لا، ١٥٥٠
- اشارة ١٥٥٠
- منها كون من أحد أبويه حرة رقا ١٥٥٠
- قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعه أو عقد آخر، أم لا. ١٥٥١
- قوله: و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العاريه. ١٥٥٢
- قوله: و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر. ١٥٥٣
- قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد. ١٥٥٤
- اشارة ١٥٥٤
- أن الشروط في العقود على نحوين ١٥٥٤
- اشارة ١٥٥٤
- اما القسم الأول [الشروط التى معتبرة في ضمن العقد] ١٥٥٤
- و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا في العقد بالاشتراط الصريح. ١٥٥٦
- قوله السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا. ١٥٦٠
- قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال. ١٥٦١
- قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد. ١٥٦١

- ١٥٦٤ قوله: و قد يتوهم هنا شرط تاسع.
- ١٥٦٥ الكلام فى حكم الشرط الصحيح
- ١٥٧٩ القول فى حكم الشرط الفاسد
- ١٥٧٩ اشارة
- ١٥٧٩ الجهة الأولى: لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا إلزام بفعله شرعا،
- ١٥٧٩ اشارة
- ١٥٨١ و الوجوه التى استدلت بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة
- ١٥٨١ الأول أن للشرط قسطا من الثمن لا محالة
- ١٥٨١ و لا يشترط فى صحتها معرفة ما يخص المبيع من الثمن فهذا الوجه الثانى
- ١٥٨٢ الوجه الثالث: الاخبار المسماة بأخبار العينة
- ١٥٨٤ ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سراية الفساد من الشرط الفاسد الى العقد
- ١٥٨٦ قوله الثانى: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد.
- ١٥٨٦ قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.
- ١٥٨٧ قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به.
- ١٥٨٨ الكلام فى أحكام الخيار
- ١٥٨٨ اشارة
- ١٥٨٩ قوله: بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال.
- ١٥٩٢ قوله: مسألة: فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار.
- ١٥٩٢ اشارة
- ١٥٩٢ فيقع الكلام فى كيفية ذلك مع تعدد الورثة، و قد ذكر فيها وجوه:-
- ١٥٩٢ الوجه الأول: أن يكون لكل منهم خيار مستقل،
- ١٥٩٣ الوجه الثانى: كصورة السابقة و لكن أن يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ فقط
- ١٥٩٣ الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعة و لصرف الوجود
- ١٥٩٣ الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف أو الربع

- الخامس: ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع ----- ١٥٩٣
- قوله: فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم. ----- ١٥٩٩
- اشاره ----- ١٥٩٩
- الجهة الاولى: فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق للتركة فهل يجوز للورثة الفسخ هنا أو لا ----- ١٥٩٩
- الجهة الثانية: أنه إذا كان الفسخ مصلحة للديان فهل يجب الفسخ للورثة أو لهم إجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك، ----- ١٦٠٠
- الجهة الثالثة: فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ العقد، ----- ١٦٠٠
- اشارة ----- ١٦٠٠
- الصورة الاولى أن يكون دين الميت مستغرقا لتركته و مع ذلك فسخ الورثة العقد ----- ١٦٠٠
- الصورة الثانية: أن لا يكون للميت دين أصلا و فسخ الوارث العقد ----- ١٦٠٠
- الصورة الثالثة: أن يكون للميت وصية أو دين و لكن لم يكن دينا مستغرقا للتركة، ثم فسخ الوارث العقد، ----- ١٦٠١
- ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسألة يقع فى ضمن صور ثلاثة التى يترتب الأثر عليها ----- ١٦٠١
- اشارة ----- ١٦٠٢
- الصورة الاولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركة ----- ١٦٠٢
- الصورة الثانية: أن لا يكون للميت مال أصلا، ----- ١٦٠٢
- الصورة الثالثة: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم يكن مستغرقا للتركة و باع قبل موته متاعا ----- ١٦٠٣
- قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه، إلخ. ----- ١٦٠٥
- قوله: مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار ----- ١٦٠٦
- قوله: مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟ ----- ١٦٠٩
- اشارة ----- ١٦٠٩
- و التحقيق أن يقال انه تارة يقع الكلام فى الوضعيات و أخرى فى التكليفات، ----- ١٦١٢
- أما الكلام فى الأولى فأیضا يقع فى جهتين ----- ١٦١٢
- اشارة ----- ١٦١٢
- أما الجهة الاولى [فى العقود] ----- ١٦١٢
- أما الجهة الثانية: أعنى الإيقاعات ----- ١٦١٢

- ١٦١٣ و أما الحال بالنسبة إلى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجيه
- ١٦١٥ قوله: فرع: لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار.
- ١٦١٨ قوله مسألة: من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين.
- ١٦١٨ اشارة
- ١٦٢٢ ثم هنا فروع ثلاثة:
- ١٦٢٢ الأول: ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو فى حكم الإتلاف
- ١٦٢٣ الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو بحكم الإتلاف
- ٢٤ الفرع الثالث: أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الأول أو لا يفسخ،
- ١٦٢٥ [فرعان]
- ١٦٢٥ قوله الثانى: أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار
- ١٦٢٥ اشارة
- ١٦٢٨ و حاصل الكلام أن من جملة الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز إيجار العين فى زمان الخيار أو لا،
- ١٦٢٨ اشارة
- ١٦٢٩ الاولى: فيما يرجع الى عبارة المصنف
- ١٦٢٩ الجهة الثانية: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما إذا أجر من عليه الخيار العين للأجنبى بدون اذن من له الخيار
- ١٦٣٤ قوله: مسألة المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.
- ١٦٣٤ اشارة
- ١٦٣٤ و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار بوجوه
- ١٦٣٤ اشارة
- ١٦٣٤ الأول: الاخبار الواردة فى خيار المجلس
- ١٦٣٧ الثانى: الأخبار الواردة فى جواز النظر إلى الجارية و تقبيلها،
- ١٦٣٧ الثالث: ما تقدم فى أدلة بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن
- ١٦٣٨ الوجه الرابع: الأخبار الواردة فى خيار الحيوان
- ١٦٣٨ الوجه الخامس: الأخبار الواردة فى العينة

- الوجه السادس: صحيحة محمد بن مسلم ١٦٣٩
- قوله مسألة: و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة، ١٦٤٢
- اشارة ١٦٤٢
- و يتضح هذه المسألة في ضمن جهات: ١٦٤٢
- الأولى: في بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى في غيرهما من الخيارات ١٦٤٢
- الجهة الثانية: أنك قد عرفت الكلام في كون التلف في زمان خيار المشتري من مال البائع ١٦٤٥
- الجهة الثالثة: في أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا ١٦٤٥
- الجهة الرابعة: في أن المراد من الضمان الذى نبحت في ذلك أى شىء ١٦٤٧
- الجهة الخامسة: من الكلام في أن مورد هذه المسألة هل هو العين الشخصية ١٦٤٧
- الجهة السادسة: أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف مجموع المبيع أو يعم ١٦٤٨
- الجهة السابعة: أنه لا شبهة في أنه إذا كان التلف بأفة سماوية أو نحوها ١٦٤٩
- ثم ان هنا مسألة أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسألة المتقدمة من تجزئة الإتلاف عن التلف ١٦٤٩
- قوله: مسألة و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار. ٥٢
- اشارة ١٦٥٢
- الأول: أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع في زمان إذا لم يسلم المشتري الثمن ١٦٥٢
- الفرع الثانى: انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم الثمن في زمان خياره ١٦٥٢
- قوله: مسألة: قال في عد لا يبطل الخيار بتلف العين. ١٦٥٣
- قوله: مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة بلا خلاف. ١٦٥٤
- الكلام في النقد و النسبة ١٦٥٤
- اشارة ١٦٥٤
- قوله: مسألة: إطلاق العقد يقتضى النقد. ١٦٥٦
- قوله: مسألة: يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة. ١٦٥٧
- قوله: مسألة: لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا. ١٦٥٩
- اشارة ١٦٥٩

- ١٦٦٠ أما المقام الأول [من حيث القواعد]
- ١٦٦٠ اشارة
- ١٦٦٠ الأول: أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن يكون البيع مؤجلا، يكون ثمنه عشرون
- ١٦٦٠ الثاني أن يراد من البيع بثمانين التعليق
- ١٦٦٠ و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع البيع المؤجل، المنجز دون المعلق
- ١٦٦١ و أما بحسب الروايات
- ١٦٦٤ قوله: مسألة: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل.
- ١٦٦٤ اشارة
- ١٦٦٥ أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:
- ١٦٦٥ الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشتري
- ١٦٦٥ الثاني: أن يكون الشرط من ناحية البائع على المشتري
- ١٦٦٥ الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر
- ١٦٦٦ ثم إذا أسقط المشتري حقه أي حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل يسقط هذا أو لا يسقط؟
- ١٦٦٧ لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط حق المشتري أو لا يسقط،
- ١٦٦٧ فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط
- ١٦٦٧ اشارة
- ١٦٦٧ الأول: ما ذكره في جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الإسقاط
- ١٦٦٧ الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع و المشتري بحيث يكون لكل منهما حق مستقل
- ١٦٦٧ الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد لكل من البائع و المشتري
- ١٦٦٧ الرابعة: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط
- ١٦٦٧ الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره)
- ١٦٦٨ و ما ذهب اليه غير المشهور
- ١٦٦٨ قوله: مسألة: إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه.
- ١٦٦٨ اشارة

- ١٦٦٨ قد أشار المصنف (ره) فى هذه المسألة الى جهات من الكلام:
- ١٦٦٩ الجهة الاولى: انه إذا كان الثمن مؤجلا و حلّ أجله أو كان معجلا و أعطاه المشتري للبائع،
- ١٦٦٩ الجهة الثانية: أنه إذا قلنا بوجوب الإقباض للبائع و امتنع هو عن قبوله
- ١٦٧٠ الجهة الثالثة: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو لعدم إمكان إجباره
- ١٦٧٠ الجهة الرابعة: أنه بعد ما كان اشتغال ذمة المديون ضررا عليه مع عدم قبول الدائن دينه
- ١٦٧١ الجهة الخامسة: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه
- ١٦٧١ ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبة
- ١٦٧١ اشارة
- ١٦٧٢ أما الفرع الثانى فمن جهة أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك كما فيما نحن فيه
- ١٦٧٢ و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشريك لما كان فى معرض التضمر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة بمقتضى دليل نفي الضرر،
- ١٦٧٢ قوله: مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره.
- ١٦٧٣ قوله: مسألة: إذا ابتاع عينا شخصية بثمان مؤجل، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل
- ١٦٧٣ اشارة
- ١٦٧٤ فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل:
- ١٦٧٤ اشارة
- ١٦٧٤ أما المسألة الأولى [فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا]
- ١٦٧٦ و أما المسألة الثالثة فهى أن يبيع شيئا و يشترط فى ضمنه أن يبيعه ثانيا،
- ١٦٧٨ القول فى القبض
- ١٦٧٨ اشارة
- ١٦٧٨ اختلفت الأقوال فى معنى القبض
- ١٦٧٩ قوله: القول فى وجوب القبض.
- ١٦٧٩ [مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]
- ١٦٨١ قوله: مسألة: يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا.
- ١٦٨٢ قوله: لو امتنع البائع من التسلم.

١٦٨٣ [الكلام فى أحكام القبض]

١٦٨٣ قوله: مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض.

١٦٨٦ قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

١٦٨٧ تعريف مركز القائمة باصفهان للتمريرات الكمبيوترية

مصباح الفقاهه المكاسب المخرمه

إشارة

شابك ٩٦٤-٩١٨٠٧-٣-٢

پديد آورنده (شخص) خويي، ابوالقاسم، ١٣٧١-١٢٧٨

عنوان مصباح الفقاهه فى المعاملات

تكرار نام پديد آور تقرير الابحاث ابوالقاسم الموسوى "المحقق الخوئى"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ١٤٢٠ ق. = ١٣٧٨.

...عنوان... مصباح الفقاهه المكاسب المخرمه

بها ٧٠٠٠٠ ريال (دوره)

يادداشت عنوان روى جلد: مصباح الفقاهه المكاسب المخرمه

يادداشت عربى

يادداشت كتاب حاضر در سالهاى مختلف توسط ناشرين مختلف منتشر شده است

يادداشت كتابنامه به صورت زيرنويس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحيدى، محمدعلى، ١٣٥٣-١٣٠٣، گرد آورنده

رده كنگره ١٩٠، BP، خ/١٩٠٩، ١٣٧٨، ٦

رده ديونى ٢٩٧/٣٧٢

شماره مدرک م ٧٩-٣٣٠٦

الجزء الأول

[البحث فى مكاسب المخرمه]

كلمة المؤلف

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله الذى هدانا إلى حقائق الايمان، و أنار قلوبنا بأنوار العلم و العرفان، و الصلوات الزاكيات على سيدنا و نبينا محمد الصادع بالدين الحنيف، و الشرع المنيف، و على آله الأطهار الدعاء الى الله و الناشرين لأحكام الله، (و بعد) فلما كان كتاب المكاسب الذى هو من مصنفات الشيخ الأعظم الصناع الفذ و العلم الفرد المحقق المؤسس شيخ مشايخنا الأنصارى قدس الله روحه من أعظم الكتب الفقهية شأننا و أكثرها مادة و أمتنها استدلالا و أجزلها عبارة كان هو المعول عليه فى الدراسة الخارجية عند البحث عن المعاملات و قد جمع قدس الله روحه و أكرم مثواه بين دفتى كتابه زبدة أفكار العلماء المتقدمين و خلاصة أنظارهم الدقيقة و أضاف إليها من فكرته الوقادة و قريحته النقادة تحقيقات أنيقة و تأملات رشيقة و بذلك كان الكتاب صحيفه ناصعة تمثل سداد الرأى و نتاج المجهود الفكرى فى مراتبه الراقية و علماؤنا الأعلام قدس الله أسرارهم قد أبدوا اهتماما خاصا بهذا الكتاب و عنوانه به عناية فائقة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ١، ص: ٤

و تعرضوا اليه و أوسعوه دراسةً و شرحاً و تعليقا حسب اختلاف أذواقهم في الشرح و التعليق و بذلك تكونت مجموعة نفيسة من الشروح لا يستغنى عنها الباحث و لا يتجاوزها المراجع المتأمل الى ان ألقت العلوم الدينية زعامتها و أسندت رئاستها الى سيدنا و استاذنا علم الأعلام آية الله الملك العلام فقيه العصر و فريد الدهر البحر اللجي واسطة قلادة الفضل و التحقيق محور دائرة الفهم و التدقيق إمام أئمة الأصول و زعيم أساتذة المعقول و المنقول المبين لاحكام الدين و المناضل عن شريعته جده سيد المرسلين قدوة العلماء الراسخين أسوة الفقهاء العاملين المولى الأعظم و الحبر المعظم مولانا و ملاذنا الحاج السيد أبو القاسم الموسوي الخويي النجفي أدام الله أيام إفاضاته و متع الله المسلمين بطول بقائه و هو أدامه الله قد تعرض الى الكتاب أثناء الدراسة الخارجية في الحوزة المقدسة العلوية و أوسعته تهذيباً و تنقيحاً و كشف النقاب عن غوامضه و أبان الموارد المعضلة منه و أخذ بتلك المسائل والآراء التي قيلت أو يمكن أن يقال فصهرها في بوتقة خياله الواسع و فكره الجامع و أفرغها في قوالب رصينة و شيدها على أسس متينة و كان النتاج درة لماعة على مفرق التشريع الإسلامي و الفقه الجعفري و كنت ممن وفقه الله للاستفادة من محضره الشريف و الارتواء من منهلة العذب فجمعت في هذا المختصر ما استفدته من تلك الأبحاث ثم عرضت ذلك على السيد الأستاذ دام ظله فراجعته مراجعته كاملة و كرر النظر في أبحاثه و فصوله و ها أنا ذا أقدم كتابي هذا مصباح الفقاهة إلى أرباب العلم و الفضيلة آملاً أن يقع ذلك منهم موقع القبول و جعلت عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم سائلاً منه أن يجعل ذلك ذخراً اليوم لا ينفع مال و لا بنون. و قد كان المؤلفون القدماء كثيراً يقولون ان أسواق العلوم كاسدة و تجارتها غير مربحة و ان الناس قد رغبت عنها الى ملاذ الدنيا و شهواتها و قصرت بأنظارها الى الخطام العاجل و العرض الزائل و انهم قد استأثروا الكسل على الجد و النوم على السهر و الراحة على العمل و ان الدنيا قد أدبرت عن ورثة الرسالة و أصحاب الامانة و أمثال هذه الكلمات صارت عنواناً لفواتح الكتب و مستهلات الخطب و الرسائل و اما نحن فلنا أن نفتخر بحمد الله و إفضاله على هذا العهد الزاهي الذي ازدهرت فيه أنوار العلوم و أشرقت فيه شمس المعارف و أصبحت الأمم من كل حدب و صوب يتجهون الى هذه المدينة المقدسة مدينة سيد العلماء على الإطلاق بعد النبي صلى الله عليه و آله و سلم و ازدحمت المدارس بطلابها و ضاقت بهم أرجاؤها نحمده تعالى على هذه الموهبة الجليلة و النعمة الجسيمة و نسأله أن يوفقنا لخدمات الدين و إحياء شريعة سيد المرسلين و أن يجعلنا من المشمولين لقوله عز من قائل (يُزَفِّعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ) - وَ تَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ صِدْقًا وَ عَدْلًا لَا مُبَدَّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥

(فيما يرجع الى رواية تحف العقول)

إشارة

قوله ره: و روى في ثل «١»

أقول المذكور في تحف العقول «٢» و البحار «٣» يشتمل على زيادات و قد أسقطها المصنف و ربما يخل بالمقصود و ما في حاشية العلامة الطباطبائي «ره» من انه لا يتغير بها المعنى المراد فيظهر لك ما فيه مما سيأتي (بحث و تحقيق) اعلم ان هذه الرواية و ان كانت حاوية للضوابط الكلية و القواعد الكبرى الراجعة إلى اعاشة عالم البشرية من حيث تدبيرهم بالأحكام الشرعية إلا انه لا يمكن تصدير الكتاب بها لأجل أخذها مدركا للابحاث الآنية و دليلاً لأحكام التجارة جزئياً و كليها بل لا بد في كل مسألة من ملاحظة مداركها بالخصوص فان كان فيها ما يدل على المنع أخذ به و إلا فالعمومات الدالة على صحة المعاملات محكمة (الوجه الدالة على عدم جواز التمسك بها) و إنما لم يجز التمسك بهذه الرواية لوجوه «الأول» قصورها من ناحية السند و عدم استيفائها لشروط حجية اخبار الآحاد فان راويها أبو محمد بن الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة الحراني أو الحلبي و إن كان رجلاً و جيتها فاضلاً جليل القدر رفيع

الشأن و كان كتابه مشتملا على الدرر و اليواقيت. من مواعظ أهل البيت «ع» و قد اعتمد عليه جملة من الأصحاب [٤] إلا- انه لم يذكرها مسندة بل

[٤] ج ٣ ثل خاتمة الكتاب فى الفائدة الرابعة عد كتاب تحف العقول من جملة الكتب المعتمدة، و فى ج ١ رجال المامقانى ص ٢٩٣ الحسن بن على بن الحسين بن شعبة الحرانى أو الحلبي قال فى روضات الجنات انه فاضل فقيه و متبحر نبيه و مترفع وجه له كتاب تحف العقول عن آل الرسول معتمد عليه عند الأصحاب.

و قال المحدث القمى فى الفوائد الرضوية ص ١٠٩ أبو محمد شيخ فاضل محدث عالم عامل فقيه جليل ثم نقل عن صاحب التكملة عن الحسين بن على بن الصادق البحرانى انه من قدماء الأصحاب حتى ان شيخنا المفيد ينقل عنه و هو كتاب لم يسمح الدهر بمثله، و هكذا المحدث الطهرانى فى ج ٣ ذريعة ص ٤٠٠. و قال المجلسى فى البحار ج ١ ص ١٢: كتاب تحف العقول عثرنا منه على كتاب عتيق ان نظمه يدل على رفعة شأن مؤلفه و أكثره فى المواعظ و من الأصول المعلومة التى لا تحتاج الى سند. و قال السيد حسن الصدر فى تأسيس الشيعة ص ٤١٣ شيخنا الأقدم و إمامنا الأعظم له كتاب تحف العقول فى الحكم و المواعظ عن آل الرسول كتاب جليل لم يصنف مثله و كان هذا الشيخ جليل القدر عظيم المنزلة. و فى حقه يقول الشيخ العالم الربانى الشيخ فى حسين بن على بن الصادق البحرانى فى رسالته فى الأخلاق كتاب تحف العقول للفاضل النبيل إلخ الى غير ذلك من كلمات الأعلام فى اعتبار تحف العقول و وثاقه مؤلفه.

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

(٢) ص ٨٠

(٣) ج ٢٣ المكاسب المحرمة ص ١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦

أرسلها عن الصادق «ع» فلا تكون مشمولة لأدلة حجية خبر الواحد لاختصاصها بالخبر الموثوق بصدوره و دعوى قيام القرينة على اعتبار روايتها المحذوفين جزافية لأن القرينة على اعتبارهم ان كانت هى نقله عنهم فذلك ممنوع لكون النقل أعم من الاعتبار فالالتزام بالأعم لا يدل على الالتزام بالأخص و ان كانت شيئا آخر غير النقل فلم يصل إلينا ما يدل على اعتبارهم و لو سامنا ذلك فإنه لا يفيدنا بوجه بل حتى مع تصريحه باعتبارهم عنده لأن ثبوت الاعتبار له لا- يدل على ثبوته لنا ما لم يذكر سببه من التوثيق لنلاحظه حتى يوجب ثبوته عندنا فلعله يعتمد على غير خبر الثقة أيضا.

وهم و دفع

و ربما يتوهم انجبار ضعفها بعمل المشهور إلا انه مدفوع لكونه فاسدا كبرى و صغرى اما الوجه فى منع الكبرى فلعدم كون الشهرة فى نفسها حجة فكيف تكون موجبة لحجية الخبر و جابرة لضعف سنده و إنما الشهرة بالنسبة الى الخبر كوضع الحجر فى جنب الإنسان فلا بد من ملاحظة نفس الخبر فان كان جامعا لشرائط الحجية عمل به و إلا فإن ضم غير حجة الى مثله لا ينتج الحجية.

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

(فإنه يقال) مضافا الى كون ذلك دعوى بلا برهان و رجما بالغيب و عملا بالظن الذى لا يغنى من الحق شيئا ان المناط فى حجية خبر

الواحد هي وثيقة الراوى و يدل على ذلك للموثقة [١] التي ارجع الامام «ع» السائل فيها إلى العمري و ابنه حيث علل هذا الحكم فيها

[١] عن الحميرى عن أحمد بن إسحاق عن أبي الحسن «ع» قال سألته و قلت من أعامل و عمن آخذ و قول من أقبل فقال العمري ثقتى فما أدى إليك عنى فعنى يؤدى و ما قال لك عنى فعنى يقول فاسمع له فإنه الثقة المأمون. و قال سألت أبا محمد «ع» عن مثل ذلك فقال العمري و ابنه ثقتان المأمونان- موثقتان، راجع ج ٣ ثل باب ١١ و جوب الرجوع فى القضاء الى الرواه من كتاب القضاء: مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧

بأنهما ثقتان و يدل عليه أيضا الروايات المتواترة «١» التي أرجع فيها إلى أشخاص موثقين فان من المعلوم انه لا خصوصية لهؤلاء الرواه إلا- من حيث كونهم موثقين اذن فالمناط هي الوثيقة فى الراوى و على هذا فان كان عمل المشهور راجعا الى توثيق رواة الخبر و شهادتهم بذلك فيها و إلا فلا يوجب انجبار عفة و من هنا يعلم انه بعد ثبوت صحة الخبر لا يضره إعراض المشهور عنه إلا أن يرجع الى تضعيف رواته، و بالجملة ان الملا-ك فى حجية أخبار الآحاد هو وثيقة رواتها و المناط فى عدم حجيتها عدم وثاقتهم و لأجل ذلك نهى «٢» عن الرجوع الى من لا- وثيقة له و تفضيل الكلام فى الأصول، و اما الوجه فى منع الصغرى فهو عدم ثبوت عمل المتقدمين بها و اما عمل المتأخرين فهو على تقدير ثبوته غير جابر لضعفها مضافا الى ان استنادهم إليها فى فتياهم ممنوع جدا كما سيأتى فإن المظنون بل الموثوق به هو اعتمادهم فى الفتيا على غيرها، و إنما ذكروها فى بعض الموارد تأييدا للمرام لا تأسيا للكلام. (لا يقال) ان شرائط الحجية و ان كانت غير موجودة فيها إلا أن موافقتها فى المضمون مع الروايات الأخير الصحيحة أو الموثقة توجب حجيتها على ان آثار الصدق منها ظاهرة.

(فإنه يقال) إذا لم تستوف الرواية شرائط الحجية فمجرد موافقتها مع الحجية فى المضمون لا تجعلها حجة، و اما قوله ان آثار الصدق منها ظاهرة فلا تدرى ماذا يريد هذا القائل من هذه الآثار أ هي غموض الرواية و اضطرابها أم تكرار جملها و ألفاظها أم كثرة ضمائرهما و تعقيدها أم اشتغالها على أحكام لم يفت بها أحد من الأصحاب و من أهل السنة كحرمه بيع جلود السباع و الانتفاع بها و إمساكها و جميع التقلب و التصرف فيها مع ان الروايات المعتمدة إنما تمنع عن الصلاة فيها فقط لا عن مطلق الانتفاع بها كموثقة سماعة [٣] و غيرها و كحرمه الانتفاع بالميتة و لو كانت طاهرة و سيأتى خلاف ذلك فى بيع الميتة و كحرمه التصرف و الإمساك فيما يكون فيه وجه من وجوه الفساد و سيظهر لك خلاف ذلك من المباحث الآتية و مما ذكرنا ظهر عدم انجبارها بالإجماع المنقول على تقدير حجيتها (الوجه الثانى) ان فتاوى أكثر الفقهاء ان لم يكن كلهم لا تطابق بعض جمل الرواية فكيف ينجر

[٣] عن سماعة قال سألته عن لحوم السباع و جلودها فقال (ع) و اما الجلود فاركبو عليها و لا تلبسوا منها شيئا تصلون فيه. موثقة. راجع ج ١ ثل باب ٥ جواز لبس جلد ما لا يؤكل لحمه مع الذكاة من لباس المصلى و ج ٥ الوافى باب ٥٢ ص ٦٧ و الفقيه ص ٥٣ و ج ١ التهذيب باب ما يجوز الصلاة فيه ص ١٩٤ و لا يخفى عليك انه قد وقع الاشتباه فى رقم صحيفة التهذيب بين هذا الباب و باب فضل المساجد.

(١) راجع الباب المذكور من ثل.

(٢) راجع أبواب القضاء من ج ٣ ثل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨

ضعفها بالشهرة الفتوائية بينهم فان مقتضى بعض فقراتها حرمه بيع النجس مطلقا مع انه لم يلتزم به إلا النادر من الفقهاء بل فى بعض فقراتها حرمه إمساكه و التقلب فيه و لم يفت بهذا أحد فيما نعلم مضافا الى ان ظاهر الرواية هو حرمه بيع الأمور المذكورة تحريما

تكليفيا و يدل على ذلك من الرواية قوله «ع» (فهو حرام بيعه و شرائه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و التقلب فيه) فان الإمساك و التقلب يشمل جميع أنواع التصرف حتى الخارجى منه و لا- معنى لحرمة وضعها و الفقهاء رضوان الله عليهم لم يلتزموا فى أكثر المذكورات بذلك و إنما ذهبوا الى الحرمة الوضعية و استفادوا ذلك من النهى فى أبواب المعاملات نظير النهى عن البيع الغررى فإن معناه الإرشاد إلى بطلان ذلك البيع كما يأتى فى محله ان شاء الله، نعم لو توجه النهى بذات المعاملة مع ارادة ما يظهر منه من المولوية لتوجه الالتزام بالحرمة التكليفية كالنهى عن بيع الخمر و سيأتى (الوجه الثالث) ان التقسيم المذكور فيها لا يرجع الى أمر محصل و ذلك يكشف عن اضطرابها فان تريبع أقسام المعاملة المعاشية بجعل كل واحد من الولايات و الصناعات قسما مستقلا من تلك الأقسام فى قبال التجارات و الإجازات لا يسلم عن التكرار، أما الولاية فهى على قسمين لأنها اما عامة ثبتت من الله كالنبوة و الإمامة أو خاصة ثبتت من قبل الولاة العامة أما الولاية العامة فهى خارجة عن حدود الرواية فإن التقسيم فيها باعتبار المعاملة المعاشية فالولاية العامة خارجة عنها تخصصا و إنما هى من المناصب الإلهية التى جعلت للعصمة الطاهرة و اما الولاية الخاصة فمن حيث جواز ارتفاق الولاة من بيت المال تدخل تحت الإجارة المذكورة فى الرواية فلا تكون الولاية فى مقابل الإجارة قسما آخر فان المراد من الإجارة فيها ليس هى الإجارة المصطلحة بين الفقهاء و يدل على ذلك إدخال الجعالة تحتها و عدم ذكرها فى الرواية استقلالا، و اما الصناعات فان كان المقصود منها الصناعات المصطلحة من البناءة و الخياطة و التجارة و نحوها فمن الواضح انها ليست قسما من المعاملات المشرعة للاعاشة و إنما هى موضوع من الموضوعات و ان كان النظر فيها إلى الطوارى و العوارض من حيث ان من يتصف بها اما أن يوجر نفسه للغير لأجل ما عنده من الصناعة و اما أن يجعل ما يحصله منها ثمنا أو مثمنا فى البيع فعلى الأول تدخل تحت الإجارة و على الثانى تحت التجارة فلا تكون وجهها آخر فى قبالتها إلا أن يراد منها نفس الحرفة و الصنعة مع تعميم المقسم الى كل ما يكون وسيلة إلى المعاش فحينئذ يشملها المقسم لكونها من أعظم الوسائل إلى التعيش، و فيه انه بناء عليه لا يكون التقسيم المذكور فى الرواية حاصرا لخروج كثير من وسائل الاعاشة عن المقسم كالحيازات و النتاجات و الاصطياد و احياء الموات و اجراء القنوات و الضيافات و أخذ الخمس و الزكاة و الصدقات و قد رد هذا الإشكال بأن الحصر فى الرواية إضافى و لكن هذا الرد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩

فاسد فإنه ناشئ من الاغترار بما اشتهر فى ألسنة الأدباء من حسابان الحصر الإضافى قسما آخر يقابل الحصر الحقيقى مع ان الحصر لا يكون إلا حقيقيا بل الالتزام بالحصر فى مورد مع الالتزام بكونه إضافيا لا حقيقيا التزاما بالمتناقضين كما هو واضح للناقد البصير. نعم قد يكون الحصر فى حصة خاصة كما يقال: زيد أعلم من فى النجف، و قد يكون غير مقيد بحصة خاصة فيسمى الأول إضافيا و الثانى حقيقيا و هذا غير ما توهم (و توهم بعضهم) ان التقسيم فيها باعتبار المعاملات و حينئذ فلا يوجب حصرها فى الأربع حصر كل طرق المعاش اليه و لكن هذا التوهم مما لا يصغى اليه بعد القطع بأن المعاملات المنقسمة إلى الأقسام المذكورة ليست هى المعاملات المصطلحة كما عرفت.

نعم لا يبعد أن يقال ان التقسيم فى الرواية بحسب المعاملات المعاشية المعروفة كما يدل على ذلك صدرها [١] و قد أسقطه المصنف تبعا لصاحب الوسائل و قد تحصل من مطاوى بعض ما ذكرنا عدم جواز الاستناد إلى شىء من روايات تحف العقول فى شىء من الأحكام الشرعية و مع ذلك لا ينقضى تعجبي من الشيخ حسين البحرانى «ره» كيف رضى القول بأنه كتاب لم يسمح الدهر بمثله مع ان الكتب المعتمدة للشيعة نصب عينيه.

تذييل

لا يخفى عليك ان المناسب تقسيم المعاش العباد الى قسمين التجارة بالمعنى الأعم و العمل فان الاعاشة العقلائية لا تخلو منهما، و اما مثل التسؤل و نحوه فليس من الطرق العقلائية للاعاشة (كشف حقيقة و لطف قريحة) لا يخفى عليك ان الإضافات الموجودة بين

المال و مالكة المسماء بالاضافات المالكية تكون على أنحاء لأنها في دار تقررهما أما إضافة ذاتية تكوينية و اما إضافة عرضية أى متكونة بواسطة الأمور الخارجية.

أما الأولى فكالاضافات الموجودة بين الأشخاص و أعمالهم و أنفسهم و ذمهم فإن أعمال كل شخص و نفسه و ذمته مملوكة له ملكية ذاتية و له واجدية لها فوق مرتبة الواجدية الاعتبارية و دون مرتبة الواجدية الحقيقية التي لمكون الموجودات ثم انه ليس المراد من الذاتى هنا الذاتى فى باب البرهان و هو المنتزع من مقام الذات المسمى بخارج المحمول و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس بل المقصود منه هنا ما لا يحتاج فى تقرر و ظهوره فى صفحة الوجود إلى شىء آخر وراء نفسه من الاعتبارات الملكية و لا إلى إعدام موجود و لا إلى

[١] فقال «ع»: قد يكون فى هؤلاء الأجناس الأربعة حلال من جهة حرام من جهة و هذه الأجناس مسميات معروفة الجهات فأول هذه الجهات الأربعة، الخبر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠

إيجاد معدوم و لا إلى ضم ضميمه و إنما شأنها شأن الذاتيات التي لا تحتاج إلا إلى علة فى الوجود ثم ان معنى الملكية هنا ليس إلا القدرة و السلطنة بمعنى ان كل أحد مسلط على عمله و نفسه و ما فى ذمته بأن يؤجر نفسه للغير أو يبيع ما فى ذمته و يأتى لذلك زيادة توضيح فى أول البيع ان شاء الله، و من هنا يندفع ما ربما يتوهم من ان عمل الإنسان لا يعد من الأموال و وجه الاندفاع انه ليس من الأموال بالإضافة الاعتبارية لا بالإضافة التكوينية.

و اما الإضافة العرضية فهى اما أن تكون إضافة أولية و اما أن تكون إضافة ثانوية و الأولى إما أصلية استقلالية أو تبعية غيرية فالأولى الأصلية كالإضافة المالية الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معاً فالأول كالأعمال التي يعملها الإنسان فيحصل منها المال و الثانى كحيازة المباحات و الثالث كمن يحوز أشجاراً فيجعلها سريراً فإن الصورة السريرية توجب. تحقق إضافة مالية أخرى فى المادة الخشبية وراء المالية المتقومة بالخشب فتلك المالية القائمة فى السريير حاصلة من العمل و الحيازة معاً فإطلاق الأولية عليها باعتبار عدم سبق إضافة ذلك المال إلى الغير و الأصلية باعتبار عدم تبعها للغير.

و اما الإضافة الأولية التبعية فهى ما تكون بين المالك و بين نتاج أمواله كالنتاج التي تنتج الحيوانات المملوكة و البيوض التي تبيضها الطيور المملوكة و الثمار التي تثمرها الأشجار المملوكة إلى غير ذلك فإنها تضاف إلى مالك الأصول إضافة أولية تبعية اما إطلاق التبعية فلكونها تابعة لما تحصل منه و اما إطلاق الأولية فلعدم سبق أضافه إليها.

و اما الإضافة الثانوية فالمراد بها ما قابل للإضافة الأولية و ان كانت طارئة على الأموال مراراً عديدة فهى نظير المعقولات الثانوية فى مقابلتها للمعقولات الأولية، و هى على قسمين لأنها تارة تكون قهرية و اخرى اختيارية.

(أما الأولى) فكالإضافة التي تحصل بسبب الإرث أو الوقف بناء على كونه من الإيقاعات كما اخترناه فى محله و وجه كونها قهرية هو حصول الملكية فى هذه الموارد للوارث و الموقوف عليه و الموصى له بالقهر لا بالفعل الاختيارى.

(و اما الثانية) فكالإضافة الحاصلة من المعاملات و منها ما يحصل من المكاسب التي نحن بصدد بحثها و تأسيس أصولها و مبانيها بعون الله و حسن توفيقه، و غير خفى على الناقد ان ما ذكرناه من تلك الإضافات على أقسامها من البديهييات التي لا- تحتاج إلى المقدمات النظرية الخفية قوله عليه السلام: كذلك المشتري أقول هو اسم فاعل مقابل البائع و ليس باسم مفعول ليكون المراد منه المبيع كما توهم.

قوله عليه السلام: فيجعل ذلك الشىء أقول يمكن أن يراد منه الحمل أى يحمل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١

أو الأخذ أى يأخذ أو الوصف أى يوصف فى مقام الإيجار و ليس بمعناه المعروف ليكون الشىء مفعولاً أولاً و قوله «ع» (فى عمل) مفعولاً ثانياً كما احتمله بعض الأعظم.

قوله «ع»: «حلالاً أقول ليس منصوباً على الحالية و لا مجروراً لكونه وصفاً لقوله ع (فى عمل) كما تخيل بل إنما هو مرفوع للخبرية فإن أصل النسخة هكذا (فهذه وجوه من وجوه الإجازات حلال).

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

قوله «ع»: «أو عمل التصاوير أقول فى تحف العقول (أو حمل التصاوير) و على هذا فحطفت الخنازير و الميتة و الدم فى الرواية على التصاوير لا يحتاج إلى عناية.

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

قوله «ع»: «و ينحيتها أقول فى المجمع نحى الشىء أزاله و نح هذا عنى أى أزاله و أبعده عنى

قوله «ره»: «و حكاه غير واحد

أقول ليس فى كتاب السيد من روايه تحف العقول عين و لا اثر و لم تذكر حتى بمضمونها فيه.

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

[١] فى ج ٢ ثل باب ٢ وجوب الخمس فى غنائم دار الحرب، من أبواب ما يجب فيه الخمس، عن على بن الحسين المرتضى فى رساله المحكم و المتشابه نقلًا- عن تفسير النعمانى عن على «ع» قال: و اما ما جاء فى القرآن من ذكر معائش الخلق و أسبابها فقد أعلمنا سبحانه ذلك من خمسة أوجه وجه الاماره و وجه العماره و وجه الإجاره و وجه التجاره و وجه الصدقات. و فى ج ١٩ بحار الأنوار ص ١٠٦ عن تفسير النعمانى قال فاما ما جاء فى القرآن من ذكر معائش الخلق و أسبابها فقد أعلمنا سبحانه ذلك من خمسة أوجه وجه الإشاره، الى أن قال «ع»: «و اما وجه الإشاره فقوله تعالى: وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسْكِينِ. الى أن قال «ع»: «و اما وجه العماره فقوله هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَ اسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فأعلمنا سبحانه قد أمرهم بالعماره ليكون ذلك سبباً لمعايشهم بما يخرج من الأرض من الحب و الثمرات و ما شاكل ذلك مما جعله الله تعالى معاش للخلق، و اما وجه التجاره فقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ بِالْعِدْلِ، الآية. فعرفهم سبحانه كيف يشترى المتاع فى السفر و الحضر و كيف يتجرون إذ كان ذلك من أسباب المعاش. و اما وجه الإجاره فقوله عز و جل: نَحْنُ قَسَمٌ مِّمَّا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَ رَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَ رَحِمْتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ. فأخبر سبحانه ان الإجاره أحد معائش الخلق و جعل ذلك قواماً لمعائش الخلق و هو الرجل يستأجر الرجل فى صنعته و أعماله و أحكامه و تصرفاته و أملاكه، الى أن قال: «و اما وجه الصدقات إنما هى لأقوام ليس لهم فى الاماره نصيب و لا فى العماره حظ و لا فى التجاره أما و لا فى الإجاره معرفه و قدرة ففرض الله تعالى فى أموال الأغنياء، الخبر. و الظاهر من قوله «ع»: (إنما هى لأقوام ليس لهم فى الاماره نصيب) ان لفظ الإشاره فى مطلع التقسيم غلط من النساخ و ان الاماره هى النسخه الصحيحه كما فى ثل و فى سفينه البحار فى ماده حمد، محمد بن إبراهيم بن جعفر أبو عبد الله الكاتب النعمانى صاحب كتاب الغيبه يروى عن الشيخ

الكلينى وغيره جش محمد بن إبراهيم بن جعفر أبو عبد الله الكاتب النعمانى المعروف بابن زينب شيخ من أصحابنا عظيم القدر شريف المنزلة صحيح العقيدة كثير الحديث قدم بغداد و خرج الى الشام و مات بها له كتب منها كتاب الغيبة إلخ، و هكذا فى رجال المامقانى، و فى ج ٤ الذريعة ص ٣١٨ تلميذ الكلينى و شريك الصفوانى، و فى ج ٣ المستدرک فى الفائدة الثانية ص ٣٦٥ ان الكتاب فى غاية الاعتبار و صاحبه شيخ أصحابنا الأبرار، و مع ذلك كله لا يمكن الاعتماد على ما اشتمل عليه تفسير النعمانى لأن أحمد بن يوسف و حسن بن على بن أبى حمزة و أباه الذين من جملة رواته من الضعفاء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢

و وجه الإجارة و وجه التجارة و وجه الصدقات) إلّا- ان ذلك غير مربوط بما فى تحف العقول سنخا و حكما و لعل هذه الجملة صدرت من المصنف اما من سهو القلم أو من جهة الاعتماد على ما فى ثل فإنه قال بعد نقل رواية تحف العقول (و رواه المرتضى فى كتاب المحكم و المتشابه) و لا يخفى ان كتاب المحكم و المتشابه هذا هو بعينه تفسير النعمانى المعروف.

[فى الفقه الرضى]

إشارة

قوله «ره»: و فى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا «ع»

أقول تحقيق الكلام هنا يقع فى جتهتين الاولى فى صحة نسبة هذا الكتاب الى الرضا «ع» و عدم صحتها و الثانية فى دلالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣

هذه الرواية على مقصد المصنف و عدم دلالتها

(اما الجهة الأولى) [فى صحة نسبة هذا الكتاب الى الرضا «ع»]

إشارة

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

(الأول) و هو عمدة ما تمسك به المشتبون

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

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

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

اما الطريق الأول فضعفه بين لان حصول العلم للسيد الأجد و السند الأوحده من تلك القرائن على صحة النسبة لديه لا يوجب حصول العلم لنا باعتباره و عامه بذلك لا- يفيد غيره بوجه و من الغرائب أن يتمسك لحجية خبره هذا بعموم أدلة أخبار الآحاد فان هذه العمومات لا تشمل الأخبار الحدسية و لو كان المخبر بها من الثقات و أغرب منه أن يقال ان المتيقن من الاخبار الحدسية الخارجة عن هذه العمومات هي ما لا تعتمد على مبادئ محسوسة يلزم من العلم بها العلم بمضمون الخبر و اما لو اعتمد على مبادئ محسوسة يلزم من العلم بها العلم بصدق الخبر كما في الشجاعة و السخاوة و العدالة بناء على تفسيرها بمعنى الملكة فلا يظن بأحد أن يتوقف في عموم أدلة خبر العدل لها و اخبار السيد باعتبار الفقه الرضوي من قبيل الثاني لا الأول و وجه الغرابة في هذه القول ان الاخبار بالأمور الحدسية بواسطة أسبابها الحسية إنما يكون مشمولاً لأدلة الحجية إذا كان بين الأسباب و مسيبتها ملازمة عادية بحيث يلزم من العلم بها العلم بالمسببات كما في الأمثلة المذكورة و اما إذا انتفت الملازمة العادية فأدلة حجية الخبر لا تشملها كما حقق ذلك في علم الأصول و هذا الشرط مفقود في موضوع البحث فان

[١] و هو غير السيد حسين ابن بنت المحقق الكركي كما أشار إليه في ج ٣ المستدرک ص ٣٥٤ ناقلاً عن الرياض الذي أستاذ هذه الصناعة و ما ذهب إليه صاحب الفصول و العلامة الطباطبائي من اتحادهما خطأ فاحش.

(١) راجع ج ٣ ص ٣٣٧.

(٢) راجع ج ٣ ص ٣٣٩

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤

الأمور التي استند إليها السيد في اخباره قابلة للمنع فإنه كيف يعلم احد ان الخطوط في النسخة للإمام «ع» و ان الإجازات للاعلام إلا من طريق الحدس الشخصي إذن فإن الأمور المذكورة حدسية لا حسية، و أيضا فلا ملازمة بينها و بين العلم بالنتيجة. (فإن قلت) كيف يصح إنكار ما يدل على صدق نسبة الكتاب للإمام «ع» مع ان فيه عبارات تنطق بكونه له «ع» مثلما قال في أول الكتاب يقول عبد الله علي بن موسى الرضا و في بعض كلماته نحن معاشر أهل البيت و أمرني أبي وجدنا أمير المؤمنين «ع» و أروى عن أبي العالم، الى غير ذلك من العبارات التي لا- ينبغي صدورها إلا- عن الحجج (ع) و قد ذكر المحدث النوري جملة منها في المستدرک «١» هذا مضافا الى القرائن التي اعتمد عليها السيد المذكور (قلت) أولا ان احتمال الكذب لا دافع له مع الجهل بمؤلفه و انفتاح باب الجعل و الفرية من المشمرين عن ساق الجدل للكذب على العترة الطاهرة.

أفنسيت الأخبار المجعولة في أمر الولاية كيف قامت و ان لكل واحد من الأئمة عليهم السلام من يدس عليه من الكذابين. و من هذا ظهر فساد توهم الصدق في نسبة الكتاب من جهة موافقة تاريخه لزمان الرضا عليه السلام، و ثانيا لنفرض ان الكتاب ليس من مجعولات الوضاعين فهل يصح أن يتمسك بقوله: نحن معاشر أهل البيت، أو وجدنا أمير المؤمنين، لتصحيح كون الكتاب للإمام عليه السلام أليس احتمال كون مؤلفه رجلا علويا بمكان من الإمكان (و اما الطريق الثاني) أعنى استناد اخبار السيد بصدق الكتاب الى أخبار ثقتين بذلك من أهل قم.

(ففيه) أولا- انه محض اشتباه من المحدث المتبحر النوري فإنه مع نقله كلام المجلسي الأول بطوله الذي هو الأصل في السماع عن السيد غفل عنه و سلك مسلكا آخر فقد قال المجلسي الأول كما في المستدرک «٢» ثم حكى- أي السيد- عن شيخين فاضلين صالحين ثقتين انهما قالوا: ان هذه النسخة قد أتى بها من قم إلى مكة المشرفة و عليها خطوط العلماء و إجازاتهم و خط الامام عليه السلام في عدة مواضع قال: و القاضي أمير حسين قد أخذ من تلك النسخة و أتى بها الى بلدنا و اني استنسخت نسخة من كتابه. و هذا الكلام كما ترى يعلن بمخالفته لما أفاده النوري.

و ثانيا فننقل الكلام الى اخبار هذين العدلين فإن غاية ما يحصل لنا من أخبارهما كون الفقه الرضوي من جملة الأخبار المرسله فيتوجه عليه ما قدمناه في رواية تحف العقول.

و مما يوهن حجية خبر أمير حسين بصدق الكتاب مع كونه ثقة قول المجلسي الأول بعد

(١) راجع ج ٣ ص ٣٤٣.

(٢) راجع ج ص ٣٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥

كلامه المتقدم و العمدة في الاعتماد على هذا الكتاب مطابقة فتاوى على بن بابويه في رسالته و فتاوى ولده الصدوق لما فيه من دون تغيير أو تغيير يسير في بعض المواضع و من هذا الكتاب تبين عذر قدماء الأصحاب فيما أفتوا به. و وجه الوهن انه لو كان اخبار السيد بذلك جامعا لشرائط الحجية في الخبر الواحد فلا وجه لقول المجلسي الأول: ان العمدة في إثباته هي مطابقته لفتوى الصدوقين، و بالجملة لم يتحصل لنا من الوجه المذكور ما يوجب اعتبار الكتاب.

(الأمر الثاني) مما تمسك به المشبون

لنسبة الكتاب موافقته لرسالة على بن بابويه الى ولده الصدوق و هي الكتاب المعروف بشرائع الصدوق و قد استند الى هذا الوجه بعض الأصحاب و عرفت ان المجلسي الأول من هؤلاء فقد جعل العمدة في تصحيح الكتاب موافقته لفتوى الصدوقين فلا بد من ان يكون الكتاب موجودا في زمان الصدوق و معتمدا عليه عنده و لذا نقل عنه و ان لم يسم به.

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

(و ربما قيل «١» ان فقه الرضا عليه السلام هذا هو الذي كتبه الرضا لأحمد بن السكين الذي كان مقربا عنده و هو بخطه «ع» موجود في الطائف بمكة المعظمة في جملة كتب السيد عليخان و عليه إجازات العلماء و خطوطهم و هذه النسخة بالخط الكوفي و تاريخها عام مائتين من الهجرة و بعد ان نقل المحدث النوري هذا الوجه عن الرياض قال ما حاصله: و من هنا يتضح ان من عدم الاطلاع و من قلة الخبرة ان يقال ظهور الكتاب إنما كان في زمن أمير حسين اما قبل ذلك الزمان فلم يكن منه عين و لا أثر.

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

(١) ملخص ما نقله النوري في ج ٣ المستدرك ص ٣٤٠ عن كتاب رياض العلماء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦

ناشئ من عدم التأمل.

ثم انه مع الغض عن جميع ما ذكرناه فان في الكتاب قرائن قطعية تدل على عدم كونه لمثل مولانا الرضا «ع» بل هو رسالة عملية

ذكرت فيها الفتاوى و الروايات بعنوان الإفتاء كما يظهر لمن يلاحظه كيف و أكثر رواياته اما بعنوان روى و راوى و نحوهما، و اما نقل عن الرواة خصوصا فى آخر الكتاب فإنه ينقل فيه كثيرا عن ابن ابي عمير و زرارة و الحلبي و صفوان و محمد بن مسلم و منصور و غيرهم.

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

[١] فى باب اللباس و ما لا يجوز فيه الصلاة ص ١٧ قال: يجوز الصلاة فى سنجاب و سنور و فنك، و فى باب اللباس و ما يكره فيه الصلاة ص ٤٢ قال: جلد الميتة دباغته طهارته و قد يجوز الصلاة فيما لم تنبتة الأرض و لم يحل أكله مثل السنجاب و الفنك و السنور، و فى باب المواقيت ص ٤ قال: و ان غسلت قدميك و نسيت المسح عليها فان ذلك يجزيك لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك و قد ذكر الله الجميع فى القرآن.

[٢] و فى باب المتعة ص ٦٧ محمد بن ابي عمير عن ابن اذينة عن زرارة قال: جاء عبد الله بن عمير الى ابي جعفر «ع» فقال: ما تقول فى متعة النساء؟ فقال: أحلها الله فى كتابه و على لسان نبيه فهى حلال الى يوم القيامة، فقال: يا أبا جعفر مثلك يقول هذا و قد حرمها أمير المؤمنين عمر فقال و ان كان فعل فقال انى أعيدك ان تحل شيئا قد حرمه عمر فقال فأنت على قول صاحبك و انا على قول رسول الله (ص) فهلم الا- عنك ان القول ما قال رسول الله فان الباطل ما قال صاحبك قال فأقبل عليه عبد الله بن عمير فقال يسرك أن نساؤك و بناتك و أخواتك و بنات عمك يفعلن فأعرض عنه أبو جعفر «ع» و عن مقالته حين ذكر نسائه و بنات عمه.

[٣] راجع الفصول فصل انه لا يكفى عندنا فى حجية الرواية مجرد وجودها فى الكتب الأربعة من فصول حجية اخبار الأحاد ص ٣١٢

(١) ص ٤٨.

(٢) ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) راجع ج ٣ المستدرک ص ٣٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧

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

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

(و اما الجهة الثانية) [عدم إمكان الاستناد بهذه الرواية]

فمع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه و الالتزام باعتبار الكتاب لا يمكن الاستناد بهذه الرواية [١] التى نقلها العلامة الأنصارى «ره» فى

شيء من المباحث و ذلك لوجوه (الأول) عدم وجدان فتوى من فتاوى أعظم الأصحاب على طبقها فإن الرواية صريحة بحرمه استعمال ما نهى عنه مما فيه الفساد بجميع الاستعمالات حتى الإمساك مع انه لم يفت به أحد فيما نعلم و كيف يفتوه فقيه أو متفقه بحرمه إمساك الدم و الميتة و لحوم السباع كما ان ذلك مقتضى الرواية إذن فلا يمكن الفتوى على طبقها.

(الثاني) ان مقتضى قوله (فحرام ضار للجسم و فساد للنفس) أن الضابطة في تحريم هذه الأمور المذكورة في الرواية هو أضرارها للجسم كما ان المناط في جوازها عدم أضرارها له مع ان جلها ليس بضرار للجسم كالملابس و المناكح و أكثر المشارب و المآكل ان لم يكن كلها كذلك و على فرض تسليم ذلك فلا نسلم انضباط القاعدة فإنه لا شبهة ان كثيرا من هذه الاستعمالات للأشياء المحرمة لا تكون مضره قطعاً كوضع اليد عليها مثلاً أو الأكل منها قليلاً أو شد اليد بجلد الميتة و شعر الخنزير و إنما المضره هي مرتبة خاصة من الاستعمالات بجميع الأشخاص و الأزمان و الأمكنة و الكمية فلو كان ذلك موجبا لحرمه جميع الاستعمالات بجميع

[١] اعلم يرحمك الله ان كل مأمور به مما هو من (و في البحار مما هن «أو» هون) على العباد و قوام لهم في أمورهم من وجوه الصلاح الذي لا يقيمهم غيره مما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون فهذا كله حلال بيعه و شرائه و هبته و عاريتة و كل أمر يكون فيه الفساد مما قد نهى عنه من جهة أكله و شربه و لبسه و نكاحه و إمساكه لوجه الفساد مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم و فساد للنفس. ضعيفة كما عرفت.

راجع فقه الرضا عليه السلام باب التجارة ص ٣٤ و ج ٢٣ البحار ص ١٦ و ج ٢ المستدرک باب تحريم التكبسب، مما يكتسب به ص ٤٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨

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

على ان الأحكام الشرعية بناء على مسلك العدلية تدور مدار ملاكاتها الواقعية من المصالح و المفاسد و اما المنافع و المضار فهي خارجة عن حدودها، نعم ربما يكون الضرر أو النفع موضوعاً للأحكام إلا ان ذلك غير مربوط بباب ملاكات الأحكام.

(الثالث) ان ظاهر الرواية هو حرمه بيع الأمور المذكورة تحريماً تكليفاً كما تقدم نظير ذلك في رواية تحف العقول و كلامنا في الحرمة الوضعية.

[في اعتبار كتاب دعائم الإسلام]

إشارة

قوله و عن دعائم الإسلام

أقول أقصى ما قيل أو يمكن أن يقال في وجه اعتبار هذا الكتاب ان صاحبه أبا حنيفة النعمان حيث كان رجلاً إمامياً اثني عشرياً جليلاً فاضلاً فقيهاً و من جملة النوابغ في عصره بل كان فريداً في دهره كما يظهر من كتابه كانت رواياته مشمولة لأدلة حجية خبر العدل الإمامي.

(و الذي) ينبغي أن يقال انه لا شبهة في علو مكانة أبي حنيفة النعمان صاحب كتاب دعائم الإسلام و غيره من الكتب الكثيرة و نبوغه في العلم و الفضل و الفقه و الحديث على ما نطقت به التواريخ و كتب الرجال و كتابه هذا كما لا شبهة في كونه إمامياً في الجملة فإنه كان مالكي الأصل فتبصر و صار شيعياً إمامياً كما اتفقت عليه كلمات أكثر المترجمين الذين تعرضوا لترجمته و تاريخه كالبهار [١] و

تنقيح المقال للمامقاني «٢» و سفينة البحار [٢]

[١] ج ١ ص ١٥ قال: قد كان أكثر أهل عصرنا يتوهمون أنه تأليف الصدوق و قد ظهر لنا انه تأليف أبي حنيفة النعمان بن محمد بن منصور قاضي مصر في أيام الدولة الإسماعيلية.

[٢] مادة حنف: أبو حنيفة الشيعه هو القاضي نعمان بن محمد بن منصور قاضي مصر كان مالكيًا أو لا ثم اهتدى و صار إماميًا و صنف على طريق الشيعه كتبًا منها كتاب دعائم الإسلام و في كتاب دائرة المعاني: أبو حنيفة المغربي هو النعمان بن أبي عبد الله محمد بن منصور ابن أحمد بن حيوان أحد الأئمة الفضلاء المشار إليهم ذكره الإمام المسيحي في تاريخه فقال كان من أهل العلم و الفقه و الدين و النبيل على مالا يزيد عليه.

و له عدة مصنفات منها كتاب اختلاف أصول المذهب و غيره و كان مالكي المذهب ثم انتقل الى مذهب الإمامية. و قال ابن زولاق: كان في غاية الفضل من أهل القرآن و العلم بمعانيه عالما بوجوه الفقه و علم اختلاف الفقهاء و اللغه و الشعر و المعرفة بأيام الناس مع عقل و انصاف و ألف لأهل البيت من الكتب آلاف أوراق بأحسن تأليف و أفصح سجع و عمل في المناقب و المثالب كتابا حسنا و له رد على المخالفين له رد على أبي حنيفة و مالك و الشافعي و على بن سريج و كتاب اختلاف الفقهاء ينتصر فيه لأهل البيت «ع» و له القصيدة الفقهية لقبها بالمنتخبه و كان ملازما صحبة المعز العلوي توفي سنة ٣٦٣. و كان أولاده من الأفاضل منهم أبو الحسن علي بن النعمان و أبو عبد الله محمد بن النعمان.

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

(٢) ج ٣ ص ٢٧٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩

و المستدرک «١» و تأسيس الشيعه للسيد حسن الصدر «٢» و غيرها و قد نقلوا عن أئمة التاريخ و الرجال كونه إماميًا و على هذا فلا يصغى الى قول ابن شهر آشوب في المعالم انه لم يكن إماميًا على ما في تنقيح المقال.

إلا أن الذي يقتضيه الإنصاف إننا لم نجد بعد الفحص و البحث من يصرح بكونه ثقة و لا اثني عشريا و إن كان المحدث النوري قد أتعب نفسه في إثباتهما و بالغ في اعتبار الكتاب و مع هذا الجهد و المبالغة لم يأتي بشيء تركن اليه النفس و يطمئن به القلب و لعل كلام السيد في الروضات «٣» ينظر الى ما ذكرناه حيث قال: و لكن الظاهر عندي انه لم يكن من الإمامية الحقه و حينئذ فكيف يمكن إثبات حجيه رواياته بأدلة حجيه خبر العدل.

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

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

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

(قلت) نعم و لكن ثبوت الصحة عنده لا يوجب ثبوتها عندنا لاحتمال اكتفائه في تصحيح الروايه بما لا نكتفي به نحن و الحق فيه ما ذكره المجلسي في البحار «٤» ان رواياته إنما تصلح للتأكيد و التأييد فقط.

(إزاحة شبهة) و قد التجأ المحدث النوري «٥» في تنزيه أبي حنيفة النعمان عن اتهامه

(١) ج ٣ خاتمة الكتاب فى الفائدة الثانية ص ٣١٣.

(٢) ص ٣٨٢.

(٣) ص ٧٢٧.

(٤) ج ١ ص ١٥.

(٥) ج ٣ المستدرک ص ٢١٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠

بمذهب الإسماعيلية وإثبات كونه ثقة اثني عشرى الى بيان نبذة من عقائد الإسماعيلية الفاسدة كقولهم بأن محمد بن إسماعيل حى لم يمت وبعث برسالة وشرع جديد ينسخ به شريعة محمد وانه من اولى العزم واولو العزم عندهم سبع لأن السماوات سبع والأرضين سبع و بدن الإنسان سبع والأئمة سبع و قلبهم محمد بن إسماعيل الى غير ذلك من الخرافات التى تنزه عنها النعمان و كتابه ثم انه صرح فى كتابه بكفر الباطنية و أثبت إمامة الأئمة الطاهرة و كونهم مفترضى الطاعة و لم يصرح بإسماعيل و لا بابنه محمد و مع ذلك كله فكيف يرضى المنصف بعدة من من الإسماعيلية، انتهى ملخص كلامه.

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

(كشف حقيقة) لا- ينقضى تعجبي من المحدث المتبحر النورى حيث قال فى المستدرک «١» ما ملخصه: ان الكتاب المذكور لم يخالف فى فرع غالبا إلا و معه موافق معروف من الشيعة إلا فى إنكار المتعة فليس له موافق عليه، ثم حمل إنكاره هذا على التقيّة و جعل القرينة على ذلك ما ذكره فى باب الطلاق من عدم وقوع التحليل بالمتعة للمطلقة ثلاثا و ما ذكره فى باب الحد فى الزنا من ان الإحصان لا- يتحقق بالمتعة فإن المتعة لو لم تكن جائزة عنده لكان ذكرها فى البابين بلا وجه و تكون من قبيل ذكر الزنا فيهما و لا معنى لأن يقول أحد ان الزنا لا يتحقق به التحليل و الإحصان.

(و وجه العجب) أولا ان الكتاب يشتمل على فروع كثيرة تخالف مذهب الشيعة الاثنى عشرية و لم يوافقها عليها أحد من علماء الشيعة و قد ذكرنا فى الحاشية [١] أنموذجا من هذه المخالفات لتكون حجة على منكرها.

[١] منها ما ذكره فى المتعة و انها ليست بمشروعة، منها ما ذكره فى ضمن ما يسجد عليه المصلى قال: و عن جعفر بن محمد «ع» انه رخص فى الصلاة على ثياب الصوف و كلما يجوز لباسه و الصلاة فيه يجوز السجود عليه فإذا جاز لباس الثوب الصوف و الصلاة فيه فلذلك مما يسجد عليه و منها ما قال فى الوضوء انه من بدأ بالمياسير من أعضاء الوضوء جهلا أو نسيانا و صلى لم تفسد صلاته. و منها ما فى نواقض الوضوء عن جعفر بن محمد «ع» ان الذى ينقض الوضوء الى أن قال المذى و قال بعد أسطر و رأوا ان كلما خرج من مخرج الغائط و من مخرج البول عما قدمنا ذكره أو من دود أو حبات أو حب القرع ذلك كله حدث يجب منه الوضوء و ينقض الوضوء و منها ما قال فى المسح من بدأ بما أخره الله من الأعضاء نسيانا أو جهلا و صلى لم تفسد صلاته. و منها ما قال فى صفات الوضوء ثم أمروا بمسح الرأس مقبلا و مدبرا يبدأ من وسط رأسه فيمر يديه جميعا على ما أقبل من الشعر الى منطقة من الجبهة ثم يمار يديه من وسط الرأس إلى آخر الشعر من القفا و يمسح من ذلك الأذنين ظاهرهما و باطنهما. و منها ما قال فى هذا الباب و من غسل رجله تنظفا و مبالغة فى الوضوء و لا بتغاء الفضل و خلل أصابعه فقد أحسن.

و منها ما قال فى الوضوء التجديدى ما غسل من أعضاء الوضوء أو ترك لا شىء عليه و قد روينا عن على بن الحسين «ع» انه سئل عن المسح على الخفين فسكت حتى مر بموضع فيه ماء و السائل معه فنزل و توضأ و مسح على الخفين و على عمامته و قال هذا وضوء من لم يحدث الى غير ذلك مما يخالف مذهب الشيعة و ليس المقام مناسباً لذكره أجمع و من أراد الاطلاع عليه فليراجع إلى دعائم الإسلام.

(١) ج ٣ ص ٣١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١

(و ثانياً) ان نقل روایتين فى الكتاب يظهر منهما جواز المتعة لا يدل على التزامه بالجواز و نسبة ذلك إليه محتاجة إلى علم الغيب بأنه كان حين ما نقلهما ملتفتاً الى ما يستفاد منهما من مشروعية المتعة فإن من المحتمل القريب أن يكون نظره فى الروایتين مقصوراً على نفى التحليل و الإحصان بالمتعة كنهيهما بالشبهة مع عدم التفاته إلى جهة أخرى لأنه ليس بمعصوم لا- يمكن فى حقه مثل هذا الاحتمال.

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

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

تذييل

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢

ذكرها المصنف [١] هنا لا يمكن الاستناد إليها بالخصوص لأن قوله فيها (و ما كان محرماً أصله منهي عنه لم يجز بيعه) يقتضى حرمة بيع الأشياء التى تعلق بها التحريم من جهة ما مع انه ليس بحرام قطعاً على ان الظاهر منه هى الحرمة التكليفية مع أنها منتفية جزماً فى كثير من الموارد التى نهى عن بيعها و شرائها و إنما المراد من الحرمة فى تلك الموارد هى الحرمة الوضعية ليس إلا فلا تكون الرواية معمولاً بها.

[القول فى صحة النبوى المشهور و سقمه]

إشارة

قوله و فى النبوى المشهور

أقول توضيح الكلام فى صحة الحديث و سقمه يقع فى مقامين الأول فى سنده و الثانى فى دلالتة،

أما الأول [فى سنده]

إشارة

فالكلام فيه من جهتين الاولى فى حجيته عند العامة و الثانية فى حجيته عند الخاصة.

اما الكلام في الجهة الأولى [حجيته عند العامة]

فإن هذا النبوي لم يذكر في أصول حديثهم إلا في قضية الشحوم المحرمة على اليهود التي نقلت بطرق متعددة كلها عن ابن عباس إلا في روايتين إحداهما عن جابر والثانية عن عمر وقد ذكر في ذيل بعض الروايات [٢] التي عن ابن عباس قوله «ص»: (ان الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه) مع إضافة لفظ (أكل) و على هذا فيكون غير النبوي المشهور. (نعم) ورد في مسند أحمد [٣] بإسناده عن ابن عباس في بعض روايات تلك القضية (ان الله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه) بإسقاط لفظ (أكل) إلا ان أصول حديثهم كلها مطبقة على ذكره حتى ابن حنبل نفسه نقل ذلك في موضع آخر من كتابه عن

[١] عن دعائم الإسلام عن أبي عبد الله «ع» انه قال: الحلال من البيوع كلما هو حلال من المأكول والمشروب وغير ذلك مما هو قوام للناس وصلاح ومباح لهم الانتفاع به و ما كان محرماً أصله منهي عنه لم يجز بيعه ولا شراؤه. راجع ج ٢ المستدرک باب ٢ جواز التکسب بالمباحات مما يكتسب به ص ٤٢٦.

[٢] عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله «ص» جالسا عند الركن فرفع بصره الى السماء فضحك و قال: لعن الله اليهود - ثلاثا - ان الله حرم عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا أثمانها ان الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه، راجع ج ٦ السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي الشافعي البيهقي ص ١٣ و ج ١ مسند أحمد ص ٢٤٧ و ص ٢٩٣ و ج ٢ المستدرک باب ٦ جواز بيع الزيت النجس، مما يكتسب به ص ٤٢٧، و ج ٢ سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني باب في ثمن الخمر و الميتة ص ١٠٣.

[٣] عن ابن عباس ان النبي «ص» قال: لعن الله اليهود حرم عليهم الشحوم فباعوها فأكلوا أثمانها و ان الله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه، راجع ج ١ ص ٣٢٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣

ابن عباس كما أشرنا إلى مصدره في الحاشية، نعم قد أورده الفقهاء من العامة [١] و الخاصة [٢] في كتبهم الاستدلالية كثيرا مع إسقاط كلمة أكل تأييدا لمرامهم.

وحاصل ما ذكرناه ان اتحاد القضية في جميع رواياتها و إطباق أصول حديثهم على ذكر لفظ الأكل و اتصال السند فيما يشتمل عليه و فيما لا يشتمل عليه الى ابن عباس و موافقة أحمد على ذكر لفظ أكل في مورد آخر كلها شواهد صدق على اشتباه أحمد و ان النبوي مشتمل على كلمة أكل.

(و اما الجهة الثانية) [حجيته عند الخاصة]

فالنبوي و إن اشتهرت روايته في ألسنة أصحابنا في كتبهم قديما و حديثا متضمنة لكلمة أكل تارة و بدونها أخرى إلا ان كلهم مشتركون في نقله مرسلا و العذر فيه أنهم أخذوه من كتب العامة لعدم وجوده في أصولهم.

و حيث أثبتنا في الجهة الأولى ان الصحيح عندهم هو ما اشتمل على كلمة أكل كان اللازم علينا ملاحظة ما ثبت عندهم و إذن فلم يبق لنا وثوق بكون النبوي المشهور رواية فكيف بانجبار ضعفه بعمل المشهور.

(و اما المقام الثاني) [في دلالاته]

فبعد ما عرفت ان الثابت عند العامة و الخاصة اشتمال الرواية على كلمة أكل كان عمومه متروكا عند الفريقين فان كثيرا من الأمور يحرم أكله و لا يحرم بيعه و من هنا قال في جوهر النقى حاشية البيهقي في ذيل الحديث المشتمل على كلمة «أكل»: قلت عموم هذا الحديث متروك اتفاقا بجواز بيع الآدمي و الحمار و السنور و نحوها.

[١] راجع حياة الحيوان للدميري مادة الحمام ذيل الحكم قال: و اما بيع ذرق الحمام و سرجين البهائم المأكولة و غيرها فباطل و ثمنه حرام هذا مذهبا الى ان قال و احتج أصحابنا بحدث ابن عباس ان الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه و هو حديث صحيح رواه أبو داود بإسناد صحيح و هو عام إلا ما خرج بدليل كالحمار، أقول المذكور في ج ٢ سنن أبي داود السجستاني ص ١٠٣ مشتمل على كلمة أكل فلاحظ، و ج ٥ شرح فتح القدير ص ١٨٧ استدل به على حرمة بيع الخمر، و غيرها من كتبهم الاستدلالية.

[٢] راجع ج ٢٣ البحار ص ١٧ نسبه الى خط الشيخ محمد بن علي الجبعي، و ج ١ الخلاف للشيخ الطوسي بيع السرجين ص ٢٢٥ استدل به على حرمة بيع السرجين النجس، و ج ٢ الخلاف الأعمه ص ٢١٢ استدل به على حرمة بيع الدهن المتنجس و ج ٢ المستند ص ٣٣١ استدل به على حرمة بيع الخمر، و الغنية أول البيع، و غيرها من الكتب من غير أصول الحديث ثم ان هذه الروايات كلها ضعيفة السند اما ما في كتب العامة فواضح، و اما ما في كتب الخاصة فللارسال.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤

(تبيين) لو فرضنا ثبوت النبوى على النحو المعروف لم يجز العمل به أيضا للإرسال و عدم انجباره بالشهرة و غيرها و ذلك لأن تحريم الشيء الذى يستلزم تحريم ثمنه اما أن يراد به تحريم جميع منافع ذلك الشيء و اما تحريم منافعه الظاهرة و اما تحريم منافعه النادرة و لو من بعض الجهات فعلى الاحتمالين الأولين فالمعنى و إن كان وجيها و موافقا لمذهب الشيعة لقولهم بأن ما يحرم جميع منافعه أو منافع الظاهرة يحرم بيعه إلا- ان إثبات اعتمادهم فى فتياهم بذلك على النبوى مشكل و ذلك للوثوق بأن مستندهم فى تلك الفتيا ليس هو النبوى بل هو ما سياتى فى البيع من اعتبار المالية فى العوضين لأن مالية الأشياء إنما هى باعتبار المنافع الموجودة فيها الموجبة لرغبة العقلاء و تنافسهم فيها فما يكون عديما لجميع المنافع أو للمنافع الظاهرة لا تكون له مالية و إذن فليست هنا شهرة فتوائية مستندة الى النبوى لتوجب انجباره لأنه بناء على انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب إنما يكون فيما انحصر الدليل لفتياهم بذلك الخبر الضعيف و لم يكن فى البين ما يصلح لاستنادهم اليه.

(و اما على الثالث) فالحرمة لا توجب فساد البيع عند المشهور ليحتمل انجبار النبوى بفتياهم «فتحمل» انه لا يكون شىء من الروايات العامة التى ذكرها المصنف دليلا فى المسائل الآتية بل لا بد فى كل مسألة من ملاحظة مداركها فان كان فيها ما يدل على المنع أخذ به و إلا- فالعمومات الدالة على صحة العقود كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَتِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مُحْكَمَةٌ كما تقدمت الإشارة الى ذلك فى أول الكتاب.

بطان المعاملة على الأعمال المحرمة

«تمهيد» لا يخفى عليك ان محل كلامنا فى المسائل الآتية انما هو فى الأعيان المحرمة من الخمر و الخنزير و الميتة و نحوها. و اما الأعمال المحرمة كالزنا و النميمه و الكذب و الغيبة فيكفى فى فساد المعاملة عليها الأدلة الدالة على تحريمها لان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود هو وجوب الوفاء بالعقد الواقع على الأعمال المحرمة و مقتضى أدلة تحريم تلك الاعمال هو وجوب صرف النفس عنها و إيقاف الحركة نحوها فاجتماعهما فى مرحلة الامتثال من المستحيلات العقلية و على أقل التقادير فإن أدلة صحة العقود و وجوب الوفاء بها مختصة بحكم العرف بما إذا كان العمل سائغا فى نفسه فلا وجه لرفع اليد بها عن دليل حرمة العمل فى نفسه.

و بما ذكرنا يظهر ان الوجه فى فساد المعاملة على الأعمال المحرمة هو استحالة الجمع بين وجوب الوفاء بهذه المعاملة و بين حرمة

هذه الأعمال أو الحكومة العرفية المذكورة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥

و ربما يظهر من كلام شيخنا الأستاذ «١» في حكم الأجرة على الواجبات ان الوجه في ذلك هو عدم كون الأعمال المحرمة من الأموال أو عدم إمكان تسليمها شرعا حيث قال الأول ان يكون العمل الذي يأخذ الأجير أو العامل بإجرائه الأجره و جعل ملكا له بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعى عليه، و بملاحظة ما تقدم يظهر لك ما فيه فإنك قد عرفت ان صحة المعاملة عليها و وجوب الوفاء بها لا يجتمعان مع الحرمة النفسية سواء اعتبرنا المالية أو القدرة على التسليم في صحة العقد أم لم نعتبر شيئا من ذلك.

تقسيم المكاسب إلى الثلاثة أو الخمسة

قوله قد جرت عادة غير واحد على تقسيم المكاسب

أقول المكاسب جمع مكسب و هو مفعول من الكسب اما مصدر ميمي بمعنى الكسب أو التكسب أو اسم مكان من الكسب

قوله مما ندب اليه الشرع

أقول أى أمر به بالأمر الاستجابى و قد أشار بذلك الى الأخبار الواردة فى استحباب الرعى [١] و الزرع [٢].

قوله فتأمل

أقول لعله إشارة الى ان وجوب الصناعات ليس بعنوان التكسب بل

[١] عن العيون. محمد بن عطية قال سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: ان الله عز و جل أحب لأنبيائه من الاعمال الحرث و الرعى لثلاثا يكرهوا شيئا من قطر السماء. راجع ج ٥ البحار ص ١٨ و ج ٢٣ باب ١٠ استحباب الزرع ص ١٩. عن العيون. عقبه عن أبى عبد الله «ع» قال: ما بعث الله نبيا قط حتى يسترعيه الغنم و يعلمه بذلك رعية الناس. راجع ج ٥ البحار ص ١٨. و فى الحديث انه (ص) قال: ما من نبي إلا و قد رعى الغنم قيل و أنت يا رسول الله؟ قال: و أنا. راجع ج ١٤ البحار ص ٦٨٣.

[٢] كا. محمد بن عطية قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: ان الله عز و جل اختار لأنبيائه الحرث و الزرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء. مرسله. كما و يب. سهل بن زياد رفعه قال: قال أبو عبد الله «ع»: ان الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع لثلاثا يكرهوا شيئا من قطر السماء. ضعيفة لسهل و مرفوعة.

كما. سيابة عن أبى عبد الله «ع» قال سأله رجل فقال له جعلت فداك اسمع قوما يقولون ان الزراعة مكروهة فقال له ازرعوا و اغرسوا فلا و الله ما عمل الناس عملا أحب و لا أطيب منه و الله ليزرعن الزرع و ليغرسن النخل بعد خروج الدجال. مجهولة لسيابة.

كما. يزيد بن هارون الواسطى قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيبا أخرجه الله عز و جل و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزلة يدعون المباركين. مجهولة ليزيد بن هارون. راجع ج ١ كا باب ١٢٥ فضل الزراعة ص ٤٠٣ و ج ٢ ثل باب ٣ استحباب الزرع. من المساقاة. و ج ١٠ الوافى باب ٢٣ فضل الزراعة ص ٢٢ و ج ٢ التهذيب آخر التجارة ص ١٨٢.

يب. يزيد بن هارون الواسطى قال: سألت جعفر بن محمد «ع» عن الفلاحين فقال:

هم الزارعون كنوز الله فى أرضه و ما فى الأعمال شىء أحب الى الله من الزراعة و ما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس «ع» فإنه كان خياطا. مجهولة ليزيد بن هارون. راجع ج ٢ ثل باب ١٠ استحباب الغرس و الزرع. من مقدمات التجارة. و الباب ٢٣ المتقدم من الوافى ثم ان الاخبار فى فضل الزرع و الغرس كثيرة من الخاصة كالروايات المذكورة و غيرها فى الأبواب المزبورة و غيرها، و من العامة و قد أخرجه البيهقى فى ج ٦ من السنن الكبرى ص ١٣٧، و البخارى فى ج ٣ من صحيحه باب فضل الزرع ص ١٣٥.

(١) ج ١ منية الطالب ص ١٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦

لكون تركها يؤدي الى اختلال النظام كما سنبينه.

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

(و فيه) ان الأمثلة المذكورة لا تدل على شيء من مراده، إما الزراعة فاستحبها إنما هو من جهة إيكال الأمر الى الله و انتظار الفرج منه كما في رواية العياشي [١].

و اما الرعاية فاستحبها لما فيها من استكمال النفس و تحصيل الأخلاق الحسنه و تمرين الطبع على ادارة شؤون الرعية و ازالة الأوصاف الرذيلة من السبعية و البهيمية فان من مصرف برهه من الزمان في تربية الحيوان صار قابلا لإدارة الإنسان و من هنا كان الأنبياء قبل بعثهم رعاة للاغنام كما في رواية عقبه المتقدمة (ما بعث الله نبيا قط حتى يسترعيه الغنم و يعلمه بذلك رعية الناس) و في النبوى المتقدم (ما من نبى إلا و قد رعى الغنم قيل و أنت يا رسول الله قال و أنا) و على كل حال فالزراعة و الرعى مستحبان في أنفسهما بما انهما فعلا صادران من

[١] عن الحسين بن ظريف عن محمد عن أبي عبد الله «ع» في قول الله و على الله فليتوكل المتوكلون قال الزارعون، مهملة لحسين بن ظريف، راجع ج ٢ ثل باب ١٠ استحباب الزرع، من مقدمات التجارة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧

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

(و اما) الصناعات بجميع أقسامها فهى من الأمور المباحة و لا- تتصف بحسب أنفسها بالاستحباب فضلا عن الوجوب فلا- يكون التكسب بها إلا مباحا، نعم إنما يطرء عليها الوجوب إذا كان تركها يوجب إخلالا بالنظام و حينئذ يكون التصدى لها واجبا كفايا أو عينا و هذا غير كونها واجبة بعنوان التكسب.

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

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

(و ثانيا) ان الواجب من الصناعات إنما هو الطبيعة المطلقة العارية عن لحاظ المجانية و غيرها و ما يخل بالنظام إنما هو إيجاب العمل مجانا لا ما هو الجامع بينه و بين غيره و لا ملازمة بين عدم وجوب الصناعات مجانا و بين وجوب الجامع غير المقيد بحصة خاصة من الطبيعة و من هنا نقول يجب الاقدام عليها عينا أو كفاية من حيث هى صناعة يختل بتركها النظام سواء كانت عليها أجره أم لا.

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

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

(فإنه يقال) الواجب هنا فى الحقيقة هو إزالة ملكية الكافر للمسلم و بيع العبد المسلم إنما وجب لذلك و يدلنا على ذلك انه لو زال

ملكه بغير البيع كالتق و الهبة أو بالقهر كموت الكافر لا يجب البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨

معنى حرمة الاكتساب تكليفا

إشارة

قوله: و معنى حرمة الاكتساب.

أقول الحرمة المتعلقة بالمعاملة أما أن تكون وضعية و أما أن تكون تكليفية و بينهما عموم من وجه، فالبيع وقت الندى لصلاة الجمعة حرام تكليفا و البيع الغررى حرام وضعا و بيع الخمر حرام وضعا و تكليفا و كلام المصنف هنا مسوق لبيان خصوص الحرمة التكليفية فى البيع.

(إذا عرفت هذا)

فاعلم ان حرمة البيع تكليفا تتصور على وجوه.

الأول ما أفاده المحقق الإيروانى فى حاشيته

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

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

و من هنا يتضح ان بين عنوان بيع السلاح منهم و بين عنوان تقوية الكفر و إعانتة عموما من وجه إذ قد يباع السلاح عليهم و لا يلزم منه تقويتهم كبيعهم حال الصلح مثلا- أو حال حربهم مع الكفار الآخرين أو مع المسلمين و لكن بشرط تأخير التسليم الى ما بعد الحرب أو بدون الشرط المذكور و لكن يؤخذ التسليم قهرا عليهم فان هذه الموارد لا يلزم من البيع فيها اعانة كفر على إسلام، و قد تحصل تقوية الكفر على الإسلام بغير البيع كالإجارة السلاح عليهم أو هبته منهم، و قد يجتمعان و إذن فتعلق النهى بتقوية الكفر على الإسلام لا يستلزم حرمة بيع السلاح لأعداء الدين إلا فى مادة الاجتماع، نعم لو كان بين العنوانين تلازم خارجا لتوجه الالتزام بحرمة بيع السلاح منهم مطلقا و لكنك عرفت ان الأمر على خلافه.

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

(و الثالث) أن يكون النهى عن المعاملة باعتبار ذاتها كالنهى عن البيع وقت النداء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩

لصلاة الجمعة و النهى عن بيع المصحف و المسلم من الكافر بناء على حرمة بيعهما منه فإن النهى عن البيع فى هذا القسم ليس بلحاظ العناوين الطارئة عليه و لا بلحاظ مبغوضية متعلقة بل لأجل مبغوضية نفسه.

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

(الوجه الثانى) أن يراد من حرمة البيع حرمة إيجاده بقصد ترتب إمضاء العرف و الشرع عليه

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

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

(الوجه الثالث) ما أفاده العلامة الأنصارى

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

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

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠

(لا- يقال) انه لا مناص عن تقييد حرمة البيع بقصد ترتب الأثر المحرم عليه فان من الجائر قطعاً إعطاء الدرهم للخمار و أخذ خمره للاهراق مثلا.

(فإنه يقال) ان ذلك و إن كان جائزا إلا انه لا يرتبط بأصل المعاملة بل هو من أنحاء النهى عن المنكر و قطع مادة الفساد.

و الذى يقتضيه النظر الدقيق ان ما يكون موضوعا لحلية البيع بعينه يكون موضوعا لحرمة، بيان ذلك ان البيع ليس عبارة عن الإنشاء الساذج سواء كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ كما هو المعروف بين الأصوليين أم كان بمعنى إظهار ما فى النفس من الاعتبار كما هو المختار عندنا و إلا- لزم تحقق البيع بلفظ بعث خاليا عن القصد، و لا ان البيع عبارة عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون أن يكون له مظهر و إلا لزم صدق البائع على من اعتبر ملكية ماله لشخص آخر فى مقابل الثمن و ان لم يظهرها بمظهر كما يلزم حصول ملكية ذلك المال للمشتري بذاك الاعتبار الساذج الحالى من المبرز، بل حقيقة البيع عبارة عن المجموع المركب من ذلك الاعتبار

النفساني مع إظهاره بمبرز خارجي سواء تعلق به الإمضاء من الشرع والعرف أم لم يتعلق بل سواء كان في العالم شرع وعرف أم لم يكن، و إذن فذلك المعنى هو الذى يكون موضوعا لحرمة البيع و هو الذى يكون موضوعا لحليته و هكذا الكلام فى سائر المعاملات كما حققناه فى الأصول و سيأتى التعرض له فى أول البيع ان شاء الله.

قوله: فهو متفرع على فساد البيع.

أقول بعد أن أثبتنا ان موضوع الحلية و الحرمة فى المعاملات شىء واحد و ان ترتب الأثر على المعاملة من النقل و الانتقال أو غير ذلك خارج عن حقيقتها، و بعد أن أوضحنا عند التكلم فى الروايات العامة المتقدمة ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الحرمة الوضعية ظهر لك بطلان ما ذهب اليه المشهور من ان حرمة المعاملة تستلزم فسادها، كما ظهر بطلان ما نسب الى أبى حنيفة من ان حرمة المعاملة تستلزم صحتها، و انه لا بد فى إثبات صحتها و فسادها من التماس دليل آخر غير ما دل على الحرمة التكليفية و قد أوضحناه فى الأصول، و تترتب على ذلك ثمرات مهمة فى المباحث الآتية.

قوله: اما لو قصد الأثر المحلل.

أقول قد بينا ان البيع المحرم لا يخرج بقصد الأثر المحلل عن الحرمة المتعلقة به بعنوان البيع، و ان قصد الأثر المحرم لا يكون مأخوذا فى موضوع تحريم البيع فلا مجال لدعوى انه لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة، نعم لو قصد حليته شرعا مع كونه محرما لتوجه عليه التحريم من جهة التشريع أيضا كما ان الأمر كذلك فى سائر المحرمات المعلومة إذا أتى بها بعنوان الإباحة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١

معنى حرمة الاكتساب وضا

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

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

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

و قال ابن الهمام الحنفى فى شرح فتح القدير «٢»: و أيضا فإنه مأخوذ فى مفهومه - الفاسد - أو لازم له انه مشروع بأصله لا وصفه، و فى الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله و غير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان. إلا ان أمثال تلك الأقاويل لا تبتنى على أساس صحيح من العقل و الشرع و العرف و اللغة.

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

(٢) راجع ج ٥ ص ١٨٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢

[الاكتساب المحرم أنواع]**[النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسة]****جواز المعاوضة على أبوال ما لا يؤكل لحمه****إشارة**

قوله: و يحرم المعاوضة على أبوال [١] ما لا يؤكل لحمه.

أقول في كلام العلامة الأنصاري هنا و في المسائل الآتية خلط بين الحرمة التكليفية و الحرمة الوضعية فقد جعل هنا كلا من النجاسة و الحرمة و عدم جواز الانتفاع بها دليلا عليهما مع ان الأولين دليلان على الحرمة التكليفية و الثالث دليل على الحرمة الوضعية.

قوله: فيما عدا بعض أفراده قبول الإبل الجلالة.

أقول قال المحقق الايرواني:

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

(و فيه) أولا ان المصنف لم يستثن بول الإبل الجلالة فيما يأتي من أبوال ما لا يؤكل لحمه لا في حرمة شربه و لا في نجاسته، و ثانيا ان الفارق بين بول الإبل الجلالة و بين أبوال ما لا يؤكل لحمه ليس إلا كون الأول نجسا بالعرض و كون الثانية نجسة بالذات و مجرد هذا لا يكون فارقا بينهما حتى يصح الاستثناء، و الظاهر انه استثناء من قوله (و عدم الانتفاع به) أى ليس لأبوال ما لا يؤكل لحمه نفع ظاهر إلا بول الإبل الجلالة فإنه قبول الإبل غير الجلالة لها منفعة ظاهرة.

تنقيح و تهذيب

قد انتقت كلمات الأصحاب على حرمة بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه بل في بعضها دعوى الإجماع بقسميه على ذلك، و في المراسم «١» حكم بحرمة بيع الأبوال مطلقا إلا بول الإبل، و في الغنية «٢» منع عن بيع كل نجس لا يمكن تطهيره، و في نهاية الشيخ «٣» و جميع النجاسات محرم التصرف فيها و التكسب بها على اختلاف أجناسها من سائر أنواع العذرة و الأبوال

[١] و في ج ٧ تاج العروس مادة بول ص ٢٣٧: البول معروف ج أبوال و قد بال بيول و الاسم البيلة بالكسر كالركبة و الجلسة، و من المجاز الولد، قال المفضل: بال الرجل بيول بولا شريفا فاخرا إذا ولد له ولد يشبهه في شكله و صورته و آسانه و آسالة و أعسانه و أعسالة و تجاليدته، و البولة بهاء بنت الرجل و البوال كغراب داء يكثر منه البول يقال أخذه بوال إذا جعل البول يعتريه كثيرا و البولة كهزمة الكثيرة يقال رجل بولة.

(١) أول المكاسب.

(٢) أوائل البيع.

(٣) باب المكاسب المحظورة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣

و غيرهما، و في المبسوط «١»: فاما نجس العين فلا يجوز بيعه كالبول، و في التذكرة «٢»:

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

ثم انه قد استدل المصنف على حرمة بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه وضعا و تكليفا بالإجماع و الحرمة و النجاسة و عدم جواز الانتفاع بها، و جميعا لا يصلح لإثبات الحرمة التكليفية و لا الوضعية.

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

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

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

(١) فصل في حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

(٢) ج ١ شرائط العوضين.

(٣) ج ٢ ص ٣٣٤.

(٤) ج متاجر أوائل المكاسب المحرمة.

(٥) ج ٢ ص ٢٣١

(٦) ج ٥ ص ١٨٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤

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

على انه لو سلمنا دلالة الحرمة و النجاسة على حرمة البيع للدلتا على الحرمة التكليفية دون الوضعية كما تقدم في أول المسألة.

و مما ذكرنا ظهر أن المشهور لم يستندوا في فتياهم بحرمة بيع النجس إلى رواية تحف العقول، و لا الى غيرها من الروايات العامة المتقدمة كرواية فقه الرضا «ع» الدالة على أن كلما يكون محرما من جهة يحرم بيعه، و لو كان مستندهم ذلك لم يكن الحكم بحرمة

البيع مختصا بالنجس بل كان يعم سائر المحرمات و لو كانت من الأعيان الطاهرة كأبوال ما لا يؤكل لحمه بناء على حرمة شربها. و أما عدم جواز الانتفاع بها فربما قيل بأنه يستلزم فساد البيع و إن لم يقد دليل على حرمة ذلك البيع تكليفا لأن حرمة الانتفاع بها يستلزم نفى ماليتها التي لا بد منها في تحقق البيع و فيه أولا انه لا دليل على اعتبار المالية في البيع و إنما المناط صدق عنوان المعاوضة عليه و أما ما عن المصباح من أنه مبادلته مال بمال فلا يكون دليلا على ذلك لعدم حجية قوله.

و ثانيا إذا سلمنا اعتبار المالية في البيع فلا نسلم أن أبوال ما لا يؤكل لحمه ليست بمال في جميع الأزمنة و الأمكنة كيف و أن الانتفاع بها باستخراج الأودية أو الغازات أو استعمالها في العمارة عند قلته الماء ممكن جدا فتكون مالا باعتبار تلك المنافع الظاهرة، و مثلها أكثر المباحات التي تختلف ماليتها بحسب الأزمنة و الأمكنة كالماء و الحطب و نحوهما، و من هنا يعلم أن الشرب ليس من منافعها حتى يلزم من حرمة سقوط ماليتها، اللهم إلا أن يقال ان الشارع قد ألغى ماليتها بتحريم جميع منافعها، و لكنه أول الكلام. و ثالثا إذا سلمنا اعتبار المالية في البيع فيكفي أن يكون المبيع مالا بنظر المتبايعين إذا كان عقلايا و لا يجب كونه مالا في نظر العقلاء أجمع.

و رابعا لو سلمنا عدم كون الأبوال المذكورة مالا حتى في نظر المتبايعين فإن غاية ما يلزم كون المعاملة عليها سفهية و لا دليل على بطلانها بعد شمول أدلة صحة البيع لها، و الفاسد شرعا إنما هو معاملة السفهية لا المعاملة السفهائية، و الدليل على الفساد فيها أن السفهية محجور شرعا عن المعاملات، هذا كله مضافا الى صحة المعاملة عليها بمقتضى آية التجارة و إن لم يصدق عليها البيع، و قد اتضح مما قدمناه جواز بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه و وضعها و تكليفا كما اتضح جواز بيع أبوال ما يؤكل لحمه مطلقا بل الجواز هنا بالأولوية إبالا كان أو غيرها جلالا كان أو غيره قلنا بجواز شربه اختيارا أو لم نقل لأن جواز الشرب لا يعد من منافع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥

البول ليكون مالا باعتباره و يدور الحكم بجواز البيع مداره.

وهم و دفع

قد استدلل المحقق الايرواني «ره» على فساد المعاملة عليها بقوله تعالى «١»: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ على أن يراد من الباطل ما يعم الباطل العرفي و الشرعي، و مراد المستدل أن أخذ المال عوضا عن أبوال مالا يؤكل لحمه أكل للمال بالباطل.

(و فيه) أن دخول باء السببية على الباطل و مقابله في الآية للتجارة عن تراض - و لا ريب ان المراد بالتجارة هي الأسباب - قرينتان على كون الآية ناظرة إلى فصل الأسباب الصحيحة لا معاملة عن الأسباب الباطلة كما نبه عليه المستدل في أول البيع و غيره، و على ذلك فيكون الغرض من الباطل الأسباب الباطلة فلا يكون لها تعلق بما لا ماله له من العوضين كما يرومه المستدل، كما أن المراد من الأكل فيها ليس هو الانزدراد على ما هو معناه الحقيقي بل هو كناية عن تملك مال الغير من غير استحقاق و إن كان ذلك المال من غير المأكولات كالدار و نحوها، و قد تعارف استعماله بذلك في القرآن و في كلمات الفصحاء بل و في غير العربية أيضا.

و على هذا فان كان الاستثناء متصلا كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية، فيكون مفاد الآية نفى تملك أموال الغير بالأسباب الباطلة من القمار و الغصب و الغزو و بيع المنابذة و الحصاة و التقسيم بالأزلام و الأقداح، إلا بسبب يكون تجارة عن تراض فتفيد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض، و إن كان الاستثناء منقطعاً فظهور الآية البدوي و إن كان هو بيان القاعدة الكلية لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجارة عن تراض و لا تعرض لها للحصر، و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطلة و لا من التجارة عن تراض فيكون مهما، إلا أنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعية للمعاملات و تميز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية، و تكون النتيجة أن الآية

مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء كان الاستثناء متصلا أم منقطعا، و مما يدل على كون الآية راجعة إلى أسباب المعاملات تطبقها في بعض الروايات [١] على القمار.

[١] أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه قال: قال أبو عبد الله «ع» في قول

(١) راجع سورة النساء آية ٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦

قوله: كبول الإبل الجلالة.

أقول بعد ما عرفت جواز الانتفاع بالأبوال مطلقا و جواز بيعها كذلك فلا وجه لهذا الاستثناء.

قوله: إن قلنا بجواز شربها اختيارا كما عليه جماعة.

أقول قد ظهر مما تقدم ان جواز الشرب أو حرمة ليسا مناطين في جواز بيعا و حرمة لعدم كون الشرب من المنافع

الله عز و جل: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» قال ذلك القمار. موثقة.

العياشي في تفسيره عن أسباط بن سالم قال: كنت عند أبي عبد الله «ع» فجاء رجل فقال أخبرني عن قول الله عز و جل «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» قال: يعني بذلك القمار، الحديث.

و عن محمد بن علي عن أبي عبد الله «ع» (سأل عن الآية) قال: نهى عن القمار و كانت قريش يقامر الرجل بأهله و ماله فنهاهم الله عن ذلك، راجع ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار، مما يكتسب به.

«فائدة» اعلم ان صاحب التفسير أبو النضر محمد بن مسعود بن محمد بن عياش السلمى السمرقندى المعروف بالعياشي، و إن كان ثقة صدوقا عينا من عيون هذه الطائفة و كبيرها و لكن لم يثبت لنا اعتبار التفسير للإرسال، و في ج ٣ ثل خاتمة الكتاب في الفائدة الرابعة، كتاب تفسير القرآن لمحمد بن مسعود العياشى و قد وصل إلينا النصف الأول منه، غير ان بعض النساخ حذف الأسانيد و اقتصر على راو واحد.

و في ج ١ البحار ص ١٢ كتاب تفسير العياشى روى عنه الطبرسى و غيره، و رأينا منه نسختين قديمتين و عدّ في كتب الرجال من كتبه، لكن بعض الناسخين حذف أسانيد للاختصار و ذكر في أوله عذرا هو أشنع من جرمه.

و في ج ٣ رجال المامقانى عد الشيخ «ره» الرجل في رجاله ممن لم يرو عنهم «ع» بقوله:

محمد بن مسعود بن محمد بن عياش السمرقندى يكنى أبا النضر أكثر أهل المشرق علما و أدبا و فضلا و فهما و نبلا في زمانه، صنف أكثر من مائتى مصنف ذكرناها في الفهرست، و كان له مجلس للخاصي و مجلس للعامي.

و قال النجاشي: أبو النضر المعروف بالعياشي ثقة صدوق عين من عيون هذه الطائفة، و كان يروى عن الضعفاء كثيرا، و كان في أول أمره عامي المذهب و سمع حديث العامة فأكثر ثم تبصر و عاد إلينا، و أنفق على العلم و الحديث تركه أبيه سائرهما و كانت ثلاثمائة ألف دينار و كانت داره كالمسجد بين ناسخ أو مقابل أو قار أو معلق مملوءة من الناس.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧

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

استطراد [في حرمة شرب أبوال ما يؤكل لحمه لغير التداوى]

إشارة

قد وقع الخلاف بين أعظم الأصحاب في جواز شرب أبوال ما يؤكل لحمه حال الاختيار و عدم جوازه، و ذهب جمع كثير الى الجواز، و جماعة أخرى إلى الحرمة و هو الحق، لمفهوم موثقة عمار [١] فإنه يدل على حرمة شربها لغير التداوى، كما تدل على ذلك أيضا عدة روايات اخرى من الخاصة [٢] و العامة [٣].

[١] يب. عمار بن موسى عن أبي عبد الله «ع» قال سئل عن بول البقر يشربه الرجل قال: إن كان محتاجا اليه يتداوى به يشربه و كذلك أبوال الإبل و الغنم، موثقة.

[٢] كا. بعض أصحابنا عن موسى بن عبد الله قال: سمعت أشياخنا يقولون ألبان اللقاح شفاء من كل داء و عاهة و لصاحب البطن أبوالها، مرسله. و في القاموس مادة لقح اللقاح ككتاب الإبل و اللقوح كصبور واحدته.

ثل. المفضل بن عمر عن أبي عبد الله «ع» انه شكى اليه الربو الشديد فقال اشرب له أبوال اللقاح فشربت ذلك فمسح الله دائي، موثقة. الربو التهيج و توارد النفس الذي يعرض للمسرع في مشيه.

ثل. سماعة قال سألت أبا عبد الله «ع» عن شرب الرجل أبوال الإبل و البقر و الغنم ينعت له من الوجع هل يجوز له أن يشرب قال نعم لا بأس به، ضعيفة لأحمد بن فضل.

راجع ج ٣ ثل باب ٥٩ جواز شرب أبوال الإبل من الأطعمة المباحة، و ج ٢ كا باب ٨٧ من الأطعمة ص ١٧٥، و ج ١ التهذيب ص ٨١ و ج ١١ الوافي باب ١٦٩ ص ٩٢ و باب ٦٨ ص ٤٩.

دعائم الإسلام. رويانا عن أبي عبد الله عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين «ع» قال:

قدم على رسول الله (ص) قوم من بنى ضبة مرضى فأخرجهم إلى إبل الصدقة و أمرهم أن يشربوا من ألبانها و أبوالها يتداوون بذلك، الخبر. ضعيفة للإرسال. راجع ج ٣ المستدرک باب ٢٣ من الأشربة المباحة ص ١٣٣.

[٣] في ج ١٠ السنن الكبرى للبيهقي ص ٤ عن أنس ان النبي (ص) أمر العرنيين أن يشربوا ألبان الإبل و أبوالها، و عن أنس أن رهطا من عرينه أتوا النبي (ص) فقالوا انا اجتونا المدينة و عظمت بطوننا و ارتهست اعضاءنا فأمرهم النبي (ص) ان يلحقوا برا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨

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

(و فيه) مضافا الى ضعف سنديهما، انه لا بد من تقيدهما بمفهوم موثقة عمار المتقدمة، و حينئذ فيختص جواز شربها بالتداوى فقط، على أن رواية الجعفرى ليست بصدد بيان. الجواز التكليفى بل هي مسوقة إلى بيان الوجهة الطيبة و ان أبوال الإبل مما يتداوى بها الناس و يدل على ذلك قوله «ع» في ذيل الرواية «و يجعل الله الشفاء فى ألبانها».

دفع توهم

قد استدل بعض الأعظم «١» على حرمة شربها بقوله تعالى «٢»: «وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» حيث قال: و عندى ان هذا القول هو الأقوى و فى آية تحريم الخبائث غنى و كفاية بعد القطع بكون البول مطلقا من الخبائث.

(و فيه) ان المقصود من الخبائث كل ما فيه مفسدة و رذائ و لو كان من الافعال المذمومة

الإبل فيشربوا من ألبانها و أبوالها فلحقوا براعى الإبل فشربوا من أبوالها و ألبانها حتى صلحت بطونهم و أبدانهم ثم قتلوا الراعى و ساقوا

الإبل، الحديث، و رواه البخارى فى الصحيح ج ١ باب الأبوال ص ٦٧ بأدنى تفاوت.

و فى القاموس مادة جوى اجتواه كرهه و أرض جوية غير موافقة، و فيه ارتهس الوادى امتلاً.

و فى ج ١ مسند أحمد ص ٢٩٣ عن ابن عباس قال رسول الله (ص): ان فى أبوال الإبل و ألبانها شفاء للذربة بطونهم، و فى القاموس الذربة محركة فساد المعدة.

[١] قرب الاسناد. ان النبى (ص) قال: لا بأس ببول ما أكل لحمه. ضعيفه لأبى البخترى وهب بن وهب.

كا و يب. الجعفرى قال: سمعت أبا الحسن موسى «ع» يقول: أبوال الإبل خير من ألبانها و يجعل الله الشفاء فى ألبانها. مجهولة لبكر بن صالح. راجع ج ٣ ثل باب ٥٩ جواز شرب بول الإبل من الأطعمة المباحة، و ج ٢ كا باب ٨٧، من الأطعمة ص ١٧٥، و ج ١١ الوافى باب ٦٨ ص ٤٩ و باب ١٦٩ ص ٩٢، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٧.

(١) المامقانى فى حاشيته على المتن.

(٢) سورة الأعراف آية ١٥٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩

المعتبر عنه فى الفارسية لفظ «پلید» و يدل على ذلك إطلاق الخبيث على العمل القبيح فى قوله تعالى «١»: وَ نَجِّنَا مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ و يساعده العرف و اللغة [١] و إذن فالآية ناظرة إلى تحريم كل ما فيه مفسدة و لو من الأعمال القبيحة فلا تعم شرب الأبوال الطاهرة و نحوها مما تتنفر عنها الطباع.

قوله: لا يوجب قياسه على الأدوية.

أقول هذا الكلام بظاهره مما لا يترقب صدوره من المصنف، و ذلك لان التداوى بها لبعض الأوجاع يجعلها مصداقاً لعنوان الأدوية، فكما

[١] فى المجمع. الخبيث ضد الطيب، و قيل الخبيث خلاف طيب الفعل من فجور و نحوه، و الخبائث الأفعال المذمومة و الخصال الرديئة، و فى الحديث لا- تعودوا الخبيث من أنفسكم و فى حديث أهل البيت لا يبغضنا إلا من خبث ولادته أى لم تطب، و خبث الرجل بالمرأة من باب قتل زنى بها، و فى ج ١ تفسير التبيان ص ٧٥٨ الخبائث يعنى القبائح، و فى ج ٢ ص ٢٩١ و نجيناه من القرية التى كانت تعمل الخبائث، يعنى انهم كانوا يأتون الذكران فى أدبارهم، و يتضارطون فى أنديتهم «مجالسهم» و هى قرية سدوم على ما روى.

و فى مفردات الراغب مادة خبث: المخبث و الخبيث ما يكره رداءة و خساسة محسوسا كان أو معقولا و أصله الردى و ذلك يتناول الباطل فى الاعتقاد و الكذب فى المقال و القبيح فى أفعال «و يطلق على» مالا- يوافق النفس من المحظورات، و إتيان الرجال، و الأعمال الفاسدة و النفوس الخبيثة، و الحرام، و الأفعال الرديئة، و الكفر و الكذب و النميمة.

و فى ج ١ تاج العروس مادة خبث ص ٦١٧ الخبيث ضد الطيب، الخبث و هو الردى من كل شىء، و من المجاز الخبث بالضم الزنا و قد خبث بها ككرم أى فجر، و فى الحديث إذا كثر الخبث كان كذا و كذا أراد الفسق و الفجور، و منه حديث سعد بن عبادة انه أتى النبى (ص) برجل مخدج سقيم وجد مع امرأة يخبث بها أى يزنى، و فى حديث أنس ان النبى (ص) كان إذا أراد الخلاء قال أعوذ بالله من الخبث و الخبائث أراد بالخبث الشر و الخبائث الشياطين.

و قال ابن الأثير فى تفسير الحديث: الخبث بضم الباء جمع الخبيث و الخبائث جمع الخبيثة أى ذكور الشياطين و انائها، و قيل هو الخبث بسكون الباء و هو خلاف طيب الفعل من فجور و غيره و الخبائث يريد بها الأفعال المذمومة و الخصال الرديئة، و الخبيث نعت

كل شيء فاسد يقال هو خبيث الطعم خبيث اللون خبيث الفعل و الحرام السحت يسمى خبيثا مثل الزنا و المال الحرام و الدم و ما أشبهها مما حرم الله تعالى.

(١) سورة الأنبياء آية ٧٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠

يجوز بيعها حتى إذا كانت نجسة، فكذلك يجوز بيع الأبوال مطلقا لكونها مصداقا للأدوية و انطبق الكلى على أفرادها غير مربوط بالقياس، و توضيح ذلك ان مالمية الأشياء تدور على رغبات الناس بلحاظ حاجاتهم إليها على حسب الحالات و الأزمنة و الأمكنة، و لا شبهة ان المرض من الحالات التي لأجلها يحتاج الإنسان إلى الأدوية و العقاقير طاهرة كانت أم نجسة و لأجل ذلك يجلبها الناس من أقاصى البلاد، فإذا كانت الأبوال عند العرف من الأدوية و يعد من الأموال في غير حال المرض كانت كسائر الأدوية التي يحتاج إليها الناس في حال المرض و لا مجال لتفريقها عنها.

اللهم إلا أن يكون مراد المصنف سقوط مالمية الأبوال لكثرتها.

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

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

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

قوله: و لو عند الضرورة المسوغة للشرب.

أقول لا تعرض في شيء من الروايات العامة و غيرها للتعليق جواز بيع الأبوال الطاهرة غير بول الإبل على جواز شربها.

قوله: و لا ينتقص أيضا بالأدوية المحرمة.

أقول قوله: لأجل الإضرار تعليل للحرمه، و حاصل النقص إن الأبوال الطاهرة تكون بحكم الأدوية، فكما أن الأدوية محرمة الاستعمال في غير حال المرض لا ضرارها بالنفس و مع ذلك يجوز بيعها و استعمالها عند المرض

[١] عن سماعه عن أبي عبد الله «ع» قال. مرسله. راجع ج ٣ ثل باب ١٢ جواز الحلف باليمين الكاذبة من كتاب اليمين، و ج ٢ المستدرک باب ٢٤ و جوب التقيية في كل ضرورة من الأمر بالمعروف ص ٣٧٤، و ج ١ البحار ص ١٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١

في حال المرض لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع، و هذا بخلاف الأبوال فان حليتها ليست إلا لأجل الضرورة فالنقص في غير محله.

و لكن الإنصاف أن ما أفاده المصنف نقضا و جوابا غير تام، أما الجواب فلأننا لا نجد فرقا بين الأبوال و سائر الأدوية، و إذا كان الاحتياج إلى الأدوية موجبة لتبدل عنوان الضرر الى النفع فليكن الاحتياج إلى الأبوال في حال المرض كذلك، مع أن الأمر ليس كذلك فان من الواضح جدا ان الاحتياج إلى الأدوية و العقاقير حال المرض ليس من قبيل تبدل موضوع الضرر بموضوع النفع

كانتقال موضوع التمام الى موضوع القصر، و إنما هو كالاحتياج إلى سائر الأشياء بحسب الطبع. و أما النقض ففيه (أولاً) انه لا يجوز أن تعلق حرمة الأدوية في غير حال المرض بالإضرار، لأنه من العناوين الثانوية فلا يمكن أن يكون علّة لثبوت الحرمة للشئ بعنوانه الأولى، و لو صح ذلك لم يوجد شئ يكون حالاً بعنوانه الأولى إلا نادراً، و ذلك لأنه لا بد من عروض عنوان الضرر عليه في مرتبة من مراتب استعماله فيكون حراماً.

و (ثانياً) ان عنوان الإضرار ليس مما تكون الحرمة ثابتة عليه بالذات، أو بعنوان غير منفك عنه لأنه ليس أمراً مضبوطاً بل يختلف بالإضافة إلى الأشخاص و الأزمنة و الأمكنة و المقدار، و ربما يكون الشئ مضرراً بالإضافة إلى شخص جار المزاج دون غيره، و بالنسبة إلى منطقة دون منطقة، أو بمقدار خاص دون الأقل منه، بل لو كان عنوان الإضرار موجبا لحرمة البيع لما جاز بيع شئ من المشروبات و المأكولات، إذ ما من شئ إلا و هو مضر للمزاج أزيد من حده، نعم لو دل دليل على أن ما أضر كثيره فقليله حرام كما ورد «١» في الخمر (فما أسكر كثيره فقليله حرام) لتوجه ما ذكره من النقض، و قد تمسك بعض العامة بذلك عند بحثنا معه في حرمة شرب التتن، و أجبنا عنه بأنه لو صح ما أضر كثيره فقليله حرام للزم الالتزام بحرمة جميع المباحات فان من الواضح أنه ما من شئ في العالم إلا و تكون مرتبة خاصة منه مضرّة لامزاج.

(حرمة بيع شحوم ما لا يؤكل لحمة)

قوله: و لا ينافيه النبوى [١] لعن الله اليهود.

أقول وجه التنافي هو توهم الملازمة

[١] جابر بن عبد الله انه سمع رسول الله (ص) يقول عام الفتح و هو بمكة ان الله و رسوله حرم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الأصنام فقليل يا رسول الله أ رأيت شحوم الميتة

(١) قد تقدم في ص ١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢

بين حرمة الأكل و حرمة البيع، و أجب عنه المصنف بأن الظاهر أن الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لا كتحریم شحوم غير ما كول اللحم علينا.

(و فيه) أنه لا منشأ لهذا الظهور لا من الرواية و لا من غيرها بل الظاهر منها حرمة أكلها فقط، كما هو المستفاد من الآية [١] أيضاً فإن الظاهر من تحريم الشحوم فيها تحريم أكلها لكونه منفعاً ظاهرة لها، إلا انك عرفت «١» في البحث عن النبوى المشهور أن حرمة الأكل لا يستلزم حرمة البيع و وضعاً و تكليفاً باتفاق من الشيعة و من العامة.

قوله: و الجواب عنه مع ضعفه.

أقول قال المحقق الايروانى ظاهر النبوى ما حرم أكله من المأكولات أعنى ما يقصد للأكل دون ما حرم أكله مطلقاً ليخالف غرض المصنف و يلزم تخصيص الأكثر حتى يضطر الى تضعيفه سنداً و دلالةً.

(و فيه) مضافاً الى كونه حملاً- تبرعياً انه يلزم تخصيص الأكثر أيضاً لجواز بيع المأكولات و المشروبات المحرمة إذا كانت لها منافع محللة، ثم ان الظاهر من ذيل كلامه استظهار ضعف الرواية من عبارة المصنف من غير جهة تخصيص الأكثر، إلا انه ناشئ من غلط النسخة و من زيادة كلمة مع قبل كلمة ضعفه.

(لا- يقال) لو سلمنا حرمة الإعانة على الإثم لكان الظاهر من الرواية هو بيع اليهود شحومهم من غيرهم، و لم يعلم حرمة على غير

اليهود، بل الظاهر من الآية المباركة اختصاص التحريم بهم، مع انه لو قطع النظر عن هذا الظهور لكان تقييد الرواية بما إذا كان البيع للأكل بلا موجب.

فإنها تطلّى بها السفن و يدهن بها الجلود و يستصبح بها الناس فقال لا هو حرام ثم قال رسول الله (ص) قاتل الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها حملوه- أى إذ أبوه- ثم باعوه و أكلوا ثمنه. راجع ج ٦ سنن البيهقي ص ١٢، و ج ٢ سنبل السلام ص ٣١٦، و ج ٣ البخارى باب لا يذاب شحم الميتة ص ١٠٧، و باب بيع الميتة ص ١١٠، و تقدم أيضا بعض روايات الشحوم فى ص ٢٢. [١] فى سورة الانعام آية ١٤٧ وَ عَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ وَ مِنَ الْبَقَرِ وَ الْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا.

(١) ص ٢٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣

جواز بيع العذرة

قوله: يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان على المشهور.

أقول المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم حرمة بيع العذرة النجسة من كل حيوان، بل فى التذكرة «١» لا يجوز بيع سرجين النجس إجماعا منا، و فى الجواهر ادعى الإجماع بقسميه على حرمة بيع أرواث مالا- يؤكل لحمه، و فى النهاية «٢» جعل بيع العذرة من المكاسب المحظورة، و فى الغنية «٣» منع عن بيع سرقين ما لا يؤكل لحمه، و فى المراسم «٤» حكم بحرمة بيع العذرة، و فى المستندة «٥» انه موضع وفاق، و على هذا اتفاق المذاهب الأربعة [١] ثم ان تحقيق هذه المسألة فى ضمن مقامين الأول من حيث القواعد و الإجماعات و الروايات العامة، و الثانى من حيث الروايات الخاصة الواردة فى خصوص هذه المسألة. أما المقام الأول من حيث القواعد و الإجماعات و الروايات العامة فقد ظهر من المسألة السابقة و ما قبلها انه لا يجوز الاستدلال بشيء من تلك الأمور على حرمة البيع و فساده.

و أما المقام الثانى من حيث الروايات الخاصة فالروايات الواردة هنا على ثلث طوائف الأولى [٢] ما يدل على حرمة بيع العذرة و كون ثمنها سحتا، الثانية [٣] ما يدل على جواز بيعها و هى رواية ابن مضارب

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب الأربعة ص ٢٣١ عن المالكية لا يصح بيع زبل ما لا يؤكل لحمه سواء كان أكله محرما كالخيل و البغال و الحمير أو مكروها كالسبع و الضبع و الثعلب و الذئب و الهرقان فضلات هذه الحيوانات و نحوها لا يصح بيعها.

و عن الحنابلة لا يصح بيع النجس، و كالزبل النجس، و كذلك عند الشافعية، و فى ص ٢٣٢ عن الحنيفة لا ينعقد بيع العذرة فإذا باعها كان البيع باطلا إلا إذا خلطها بالتراب فإنه يجوز بيعها إذا كانت لها مائة، و يصح بيع الزبل يسمى سرجين و كذا بيع البعر.

[٢] يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله «ع» قال: ثمن العذرة من السحت، مجهولة لعلى بن مسكين أو سكن. راجع ج ٢ ثل باب ٦٩ حكم بيع عذرة الإنسان مما يكتسب به، و ج ٢ التهذيب ص ١١٢، و ج ٢ الاستبصار ص ٣٣، و ج ١٠ الوافى باب ٤٣ من المكاسب ص ٤٢، دعائم الإسلام ان رسول الله (ص) نهى عن بيع العذرة و قال هى ميتة، مرسله راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

[٣] محمد بن مضارب عن أبى عبد الله «ع» قال لا بأس ببيع العذرة، حسنة لابن

(١) ج ١ ص ٣ من البيع.

(٢) باب المكاسب المحظورة.

(٣) ص ٢ من البيع.

(٤) ص ١ من المكاسب.

(٥) ج ٢ ص ٣٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤

الثالثة [١] ما يدل على جواز بيعها و حرمة معا و هي رواية سماعه.

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

إذا عرفت مسلكه من كتبه الثلاثة فلا- تغتر بإطلاق كلامه في الاستبصار، حيث حمل رواية الجواز على عذرة غير الآدميين، و رواية المنع على عذرة الناس، ثم استشهد عليه برواية سماعه فإن مراده من غير الآدميين إنما هو ما يؤكل لحمه فقط فلا يعم غير المأكول. (وفيه) أولا- انه ثبت في محله أن كون الدليل نصا في مدلوله غير كون بعض أفراده متيقنا في الإرادة من الخارج على تقدير صدور الحكم، فما هو الموجب لرفع اليد عن الحكم هو الأول دون الثاني، ففي مثل الأمر [٢] بغسل الثوب من بول الخفاش الصريح في المحبوبة و الظاهر في الوجوب، و ما ورد [٣] من ان بول الخفاش لا بأس به، الصريح في جواز

مضارب. راجع ج ١ كا باب ١٠٣ من المعيشة ص ٣٩٣، و الأبواب المذكورة من التهذيب و ثل و الاستبصار و الوافي.

[١] سماعه قال سأل رجل أبا عبد الله «ع» و أنا حاضر قال انى رجل أبيع العذرة فما تقول قال حرام يبيعها و ثمنها و قال لا بأس ببيع العذرة. موثقة. راجع الأبواب المذكورة من التهذيب و ثل و الاستبصار و الوافي.

[٢] داود الرقى قال سألت أبا عبد الله «ع» عن بول الخشاشيف يصيب ثوبى فأطلبه فلا أجده فقال اغسل ثوبك. مجهولة ليحيى بن عمر. راجع ج ١ ثل باب ١٠ حكم بول الخفاش من أبواب النجاسات، و ج ١ التهذيب باب تطهير الثياب ص ٧٥.

[٣] غياث عن جعفر عن أبيه قال لا بأس بدم البراغيث و البق و بول الخشاشيف، موثقة راجع البابين المذكورين من يب و ثل.

في ج ٤ تاج العروس ص ٣٠٨، الخفاش كرمان الوطواط الذى يطير بالليل، سمي به لصغر عينيه خلقه، و ضعف بصره بالنهار، و من الخواص أن دماغه ان مسح بالاحمسين

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

(٢) ج ١ ص ٢٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥

الترك، و الظاهر فى الإباحة الخاصة، برفع اليد عن ظهور كل منهما بصريح الآخر فيثبت الاستحباب، و أما فى أمثال المقام حيث لا صراحة للدليل فى شىء، فلا- موجب للجمع المذكور فإنه تبرعى محض و خارج عن صناعة الجمع الدلالى العرفى فلا يوجب رفع التعارض بوجه، إذن فلا بد إما من طرحهما و إما الرجوع الى المرجحات السندية، أو الخارجية من موافقة الكتاب أو مخالفة العامة.

و بعبارة اخرى أن الجمع العرفي بين الدليلين بطرح ظهور كل منهما بنص الآخر إنما يجري فيما كانت لكل منهما قرينة لرفع اليد عن ظهور الآخر، كالجمع بين الأمر و الترخيص، بحمل الأول على الاستحباب و الثاني على الكراهة، و هذا بخلاف ما إذا ورد النفي و الإثبات على مورد واحد كما فيما نحن فيه، فإنه من أوضح موارد المتعارضين.

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

هيج الباه اي شيق النكاح، و ان أحرق و اكتحل به قلع البياض من العين و أحد البصر، و دمه ان طلى به على عانات المراهقين منع نبات الشعر، و مرارته ان مسح بها فرج المنهكة و هي التي عسر ولادها ولدت في ساعتها ج خفافيش، و الأخفش الذي يغمض إذا نظر و في حياة الحيوان للدميري، الخفاش له أربعة أسماء خفاش و خشاف و خطاف و وطواط و ليس من الطير في شيء، فإنه ذو أذنين و أسنان و خصيتين و منقار، و يحيض و يطهر، و يضحك كما يضحك الإنسان، و يبول كما تبول ذوات الأربع، و يرضع ولده، و من الخواص إن طبخ رأسه في إناء نحاس أو حديد بدهن زنبق و يغم فيه مرارا حتى يتهرى و يصفى ذلك الدهن عنه و يدهن به صاحب النقرس و الفالج القديم و الارتعاش و التورم في الجسد و الربو فإنه ينفعه ذلك و يبرئه و هو عجيب مجرب، و ان ذبح في بيت و أخذ قلبه و أحرق فيه لم يدخله حيات و لا عقارب، و من نتف إبطه و طلاه بدمه مع لبن أجزاء متساوية لم ينبت فيه شعر، و ان صب من مرق الخفاش و قعد فيه صاحب الفالج انحل ما به.

[١] في المنجد العذرة الغائط، و في المجمع العذرة و زان كلمة الخرو و لم يسمع التخفيف و قد تكرر ذكرها في الحديث، و سمعى فناء الدار عذرة لمكان إلقاء العذرة هناك. و كذلك في نهاية ابن الأثير، و في ج ٣ تاج العروس ص ٣٨٨ و العاذر هو الغائط الذي هو السلق و الرجيع، و العذرة بكسر الذال المعجمة و منه حديث ابن عمر أنه كره السلت الذي يزرع بالعذرة يريد غائط الإنسان الذي يلقيه، و فناء الدار.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦

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

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

(الثاني) أن تحمل رواية الجواز على بلاد ينتفع بها، و رواية المنع على بلاد لا- ينتفع بها، و قد حكى المصنف هذا الوجه من المجلسي ثم استبعده. (و فيه) مضافا الى كونه جمعا تبرعا ان إمكان الانتفاع بها في مكان يكفي في صحة بيعها على وجه الإطلاق، على أنك عرفت في بيع الأبوال ان غاية ما يلزم هو كون المعاملة على أمثال تلك الخبائث سفهية، و لم يقد دليل على بطلانها و صرف العمومات عنها، مع ان الظاهر من قول السائل في رواية سماعه (اني رجل أبيع العذرة) هو كونه يبيع العذرة و أخذه ذلك شغلا لنفسه، و إنما سئل عن حكمه الشرعي، و هذا كالصريح في كون بيع العذرة متعارفا في ذلك الزمان ثم ان هذا الوجه و ان نسبة المصنف إلى المجلسي و لكن لم نجده في كتبه، بل الموجود في مرآة العقول «١» نفي البعد عن حمل رواية الجواز على الكراهة.

(الثالث) ما احتمله السبزواري «٢» من حمل رواية المنع على الكراهة، و رواية الجواز على الترخيص المطلق، و قد استبعده المصنف أيضا: و لعل الوجه فيه هو أن استعمال لفظ السحت في الكراهة غير جار على المنهج الصحيح، فان السحت في اللغة [١] عبارة عن

الحرام

[١] في المجمع السحت كل مال لا يحل كسبه، و في القاموس السحت الحرام و ما خبث من المكاسب، و في المصباح السحت مال حرام لا يحل أكله و لا كسبه، و في ج ١ لسان العرب ص ٣٤٦ السحت كل حرام قبيح الذكر، و قيل هو ما خبث من المكاسب و حرم فلزم عنه العار، و قبيح الذكر كثمن الكلب و الخمر و الخنزير، و الجمع أسحات، و السحت الحرام الذي لا يحل كسبه لأنه يسحت البركة أي يذهبها، و أسحت تجارته خبث و حرمت و أسحت اكتسب السحت.

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

(٢) راجع الكفاية المقصد الثاني من التجارة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧

إذن فرواية المنع آبية عن الحمل عليها.

(و فيه) أولاً ان لفظ السحت قد استعمل في الكراهة في عدة من الروايات [١] فإنه أطلق فيها على ثمن جلود السباع، و كسب الحجام، و اجرة المعلمين الذين يشارطون في تعليم القرآن، و قبول الهدية مع قضاء الحاجة، و من الواضح جدا انه ليس شىء منها بحرام قطعاً، و إنما هي مكروهة فقط، و قد نص بصحة ذلك الاستعمال غير واحد من أهل اللغة [٢] بل الروايات [٣] الكثيرة تصرح بجواز بيع جلود السباع و أخذ الأجرة للحجام

[١] الجعفریات. عن علي «ع» من السحت ثمن جلود السباع. موثقة. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٦، دعائم الإسلام. من السحت ثمن جلود السباع. مرسله. راجع ج ٢٣ البحار ص ٢٠، و ج ٢ المستدرک ص ٤٣٦.

كا. سماعة قال قال أبو عبد الله «ع» السحت أنواع كثيرة منها كسب الحجام إذا شارط ضعيفه لمحمد بن أحمد الجاموراني، و مثلها رواية أخرى لسماعة إلا أنه ليست فيها جملة شرطية و لكنها موثقة، راجع ج ١ كا ص ٣٦٣، و ج ٢ التهذيب ص ١٠٦، و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به، و ج ١٠ الوافي ص ٤٢.

الجعفریات. عن علي «ع» من السحت كسب الحجام. موثقة. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

العيون. عن علي «ع» في قوله تعالى أَكَالُونَ لِلْسُّحْتِ قال هو الرجال يقضى لأخيه الحاجة ثم يقبل هديته راجع ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به. و قد تعرض صاحب ثل لأسانيد الرواية في ج ١ ثل باب ٥٤ إسباغ الوضوء من أبوابه و لكن أكثرها من المجاهيل.

فقہ الرضا. عن ابن عباس في قوله تعالى أَكَالُونَ لِلْسُّحْتِ قال اجرة المعلمين الذين يشارطون في تعليم القرآن. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٣٥.

[٢] في نهاية ابن الأثير السحت كما يطلق على الحرام يطلق على المكروه و في ج ١ لسان العرب ص ٣٤٦ السحت يرد في الكلام على المكروه مرة، و على الحرام اخرى، و يستدل عليه بالقرائن.

[٣] منها الروايات المجوزة لبيع جلود النمر و السباع كما سيأتي التعرض لها في بيع المسوخ و منها موثقة زرارة قال سألت أبا جعفر عن كسب الحجام فقال مكروه له أن يشارط و لا بأس عليك أن تشارطه و تماسكه و إنما يكره له و لا بأس عليك، راجع ج ٢ كا ص ٣٦٠، و ج ٢ التهذيب ص ١٠٧، و ج ١٠ الوافي ص ٣١، و ج ٢ ثل باب ٣٦ كراهة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨

و تعليم القرآن حتى مع الاشتراط، و الجمع العرفي يقتضى حمل المانعة على الكراهة، و عليها فتاوى الأصحاب و إجماعهم، بل فتاوى أكثر العامة [١] إذن فلا وجه للتحويل على السبزواری بأن كلمة السحت غير مستعملة في الكراهة الاصطلاحية. (و ثانيا) لو سلمنا حجیة قول اللغوی فغایة ما یترتب علیه ان حمل لفظ السحت علی

كسب الحجام مما يكتسب به، لا يخفى ان ظهور الرواية في الكراهة الاصطلاحية مما لا ينكر و ان كانت هي في الأخبار أعم منها و من الحرمة.

و منها رواية حنان بن سدير و فيها ان النبي (ص) قد احتجم و أعطى الأجر و لو كان حراما ما أعطاه. ضعيفة لسهل. و قريب منها رواية جابر عن أبي جعفر «ع». و هي أيضا ضعيفة لعمر بن شمر. راجع الأبواب المذكورة من الكتب المزبورة.

و في ج ٣ البخارى باب خراج الحجام من الإجازات ص ١٢٢، و ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٣٨ عن ابن عباس قال احتجم النبي (ص) و أعطى الحجام أجره و لو علم كراهية لم يعطه.

و منها رواية قرب الاسناد ان رسول الله (ص) احتجم وسط رأسه حجه أبو طيبة و أعطاه رسول الله (ص) صاعا من تمر. ضعيفة لحسين بن علوان. راجع ج ٢٣ البحار ص ١٨ و ج ٢ ثل الباب ٣٦ المتقدم و ج ٣ صحيح البخارى ص ١٢٢، و ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٣٧.

و منها رواية الفضل بن أبي قره قال قلت لأبي عبد الله «ع» إن هؤلاء يقولون ان كسب المعلم سحت فقال كذبوا أعداء الله إنما أرادوا أن لا يعلموا القرآن و لو أن المعلم أعطاه رجل دية ولده كان للمعلم مباحا. ضعيفة للفضل. راجع ج ٢ التهذيب ص ١١٠، و ج ١ كا ص ٣٦٢، و ج ١٠ الوافي ص ٣٧، و ج ٢ ثل باب ٥٧ كراهة أخذ الأجر على تعليم القرآن مما يكتسب به، ثم انه أخرج البيهقي في ج ٦ السنن الكبرى ص ١٢٤ أحاديث تدل على جواز أخذ المعلم الأجر للتعليم، و أحاديث أخرى تدل على كراهة أخذها لتعليم القرآن. [١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنابلة يصح بيع سباع البهائم، و عند الحنيفة يصح بيع الأسد و الفيل و سائر الحيوانات سوى الخنزير، و في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٧٣ كره أجر الحجام إذا اشترط، و في ص ١٩٥ عن الحنابلة كراهة أجره الحجام، و في ص ١٧١ المتأخرين من الحنفية أجازوا أخذ الأجر على تعليم القرآن، و في ص ١٨٢ عن المالكية يجوز أخذ الأجر على تعليم القرآن إذا عرف المعلم المتعلم، و في ص ١٨٨ عن الشافعية تصح الإجارة على تعليم القرآن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩

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

(لا يقال) و ان صح إطلاق كلمة السحت على الكراهة كصح إطلاقها على الحرام، إلا أن نسبتها الى الثمن صريحة في الحرمة، فإنه لا معنى لكراهة الثمن.

(فإنه يقال) ان عناية تعلق الكراهة بالثمن لا تزيد على عناية تعلق الحرمة به، فإرادة الثاني من كلمة السحت دون الأول مع صحه استعمالها فيهما تحتاج إلى قرينة معينة، و من هنا ذكر في لسان العرب السحت يرد في الكلام على المكروه مرة، و على الحرام أخرى، و يستدل عليه بالقرائن، غاية الأمر انه إذا تعلق الحرمة بالثمن فيستفاد من ذلك الحرمة الوضعية أعنى بها فساد البيع زائدا على حرمة التصرف في الثمن، بخلاف تعلق الكراهة به، فإنه متمحض في الدلالة على الحكم التكليفي كما في ثمن جلود السباع و نحوه.

(الرابع) أن تحمل رواية الجواز على الجواز التكليفي لظهور كلمة لا بأس في ذلك، و رواية المنع على الحرمة الوضعية، فتصير النتيجة ان بيع العدة فاسد و غير حرام.

(و فيه) مضافا الى كونه جمعا تبرعيا ان استعمال لا بأس في الجواز التكليفي و مقابله في البأس الوضعي من الغرابة بمكان كاد أن يلحق بالأغلاط و لم نسمع الى الآن نظير ذلك الاستعمال، بل هما متمحضان لبيان الحكم الوضعي و ان كان يستفاد منهما الحكم

التكليفى أحيانا بالالتزام، و من هنا ترون ان الفقهاء رضوان الله عليهم يتمسكون بالأمر بشيء و بالنهى عن شيء فى الصلاة لإثبات الجزئية و المانعية فيها، على أن قوله «ع» فى رواية سماعة (حرام بيعها و ثمنها) ظاهر فى الحرمة التكليفية لو لم يكن نصا فيها فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على الحرمة الوضعية.

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

(و فيه) مضافا الى كونه محتاجا الى علم الغيب، انه خلاف الظاهر من الرواية فلا يجوز المصير اليه بمجرد الاحتمال. و التحقيق انه لا يجوز العمل بروايات المنع لوجهين، الأول عدم استيفائها شرائط الحجية بنفسها، أما رواية ابن شبيب فلضعف سندها، لا للإرسال كما زعمه صاحب الجواهر، اغترارا بإرسال العلامة فى المنتهى، بل لجهالة على بن مسكين أو سكن، و كذا رواية دعائم الإسلام، و توهم انجبارهما بعمل المشهور توهم فاسد، فإنه مضافا الى فساد الكبرى، ان الحكم غير مختص بالعذرة، بل شامل لغيرها من النجاسات، و أما رواية سماعة فهى و إن كانت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠

موثقة، إلا- انه لا- يجوز الاعتماد عليها، اما لإجمالها لمعارضه صدرها مع ذيلها إن كانت رواية واحدة، و إما للتعارض و التساقط لو كانت روايتين، و لكن يدل على التعدد من الرواية أمور: الأول اقتران كلمة قال فيها بالواو، و الثانى وضع المظهر فيها موضع المضمرة، فإنها لو كانت رواية واحدة لكان للإمام «ع» أن يقول و لا بأس ببيعها بدل قوله (لا بأس ببيع العذرة) الثالث انها لو كانت رواية واحدة لكانت مجملة كما عرفت، إذن فلزم للسائل أن يسأل عن بيع العذرة ثانيا فيكشف من تلك القرائن تعددها و ان سماعة لما نقل رواية المنع ألحقها برواية الجواز تفهيمًا للمعارضه و على هذا فيحكم بالتساقط.

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

(قلت) احتمال انه فهم المراد من القرائن و إن كان موجودا إلا أن أصالة عدم القرينة التى من الأصول المسلمة عند العقلاء تدفع ذلك الاحتمال، ثم لو صحت رواية ابن مضارب كما هى كذلك و ان رماها المجلسى «١» بضعف السند لوجب الأخذ بها، و إلا فالمرجع فى الجواز التكليفى هى أصالة الإباحة، و فى الجواز الوضعى هى العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أحل الله البيع، و تجارة عن تراض.

(الوجه الثانى) انك بعدها عرفت تعدد رواية سماعة و كونها روايتين فتتخصر الروايات هنا فى طائفتين، المانعة عن بيع العذرة، و المجوزة لبيعها، و على هذا فإن أمكن الجمع بينهما بإحدى الوجوه المتقدمة فنأخذ بهما، و إلا فلا بد من الرجوع الى المرجحات الخارجية لتساوى روايتى سماعة من حيث المرجحات السندية، و لما كان القول بحرمة بيع العذرة مذهب العامة بأجمعهم فنأخذ بالطائفة المجوزة لبيعها، و من هنا ظهر ما فى كلام المصنف حيث استبعد حمل الطائفة المانعة عن بيعها على التقيّة، و العجب من الفاضل المامقانى «ره» فإنه وجه كلام المصنف و قال ان مجرد كونه مذهب أكثر العامة لا يفيد مع كون فتوى معاصر الإمام الذى صدر منه الحكم هو الجواز كما فيما نحن فيه حيث ان الجواز فتوى أبى حنيفة المعاصر لمن صدر منه أخبار المنع و هو الصادق «ع» فخير الجواز أولى بالحمل على التقيّة، و وجه العجب ان أبا حنيفة قد أفتى بحرمة بيع العذرة كما عرفت.

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

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

(٢) ص ٣ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١

و آرائهم كيف خفى عليه مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة، نعم لا ينكر تجويز أبي حنيفة «١» بيع العذرة إذا اختلطت بالتراب، و بيع الزبل الذي يسمى بالسرجين، و بيع البعر للانتفاع به و جعله وقودا.
قوله: فرواية الجواز لا يجوز الأخذ بها من وجوه لا تخفى.

أقول الوجوه المشار إليها في كلامه هي الإجماعات المنقولة، و الشهرة الفتوائية، و الروايات العامة المتقدمة، و ضعف سند ما يدل على الجواز، إلا أنها مخدوشة بأجمعها، و لا يصلح شيء منها لترجيح ما يدل على المنع أما الإجماعات المنقولة فليست بتعبدية، بل مدرکها هي الوجوه المتقدمة، و لو كانت تعبدية لكانت حجة مستقلة، و ضمها إلى رواية المنع لا يزيد اعتبارها بل هي بنفسها لو كانت حجة لوجب الأخذ بها، و إلا فضم الإجماعات إليها لا يوجب حجيتها.

و أما الشهرة الفتوائية فهي و إن كانت مسلمة، إلا أن ابتنائها على رواية المنع ممنوع جدا، فان تلك الشهرة غير مختصة ببيع العذرة، بل هي جارية في مطلق النجاسات، و لو سلمنا ابتنائها عليها لا توجب انجبار ضعف سند الرواية، على أن ما يوجب ترجيح احدي الروايتين على الأخرى عند المعارضة هي الشهرة في الرواية دون الشهرة الفتوائية.

و أما الروايات العامة فقد تقدم الكلام فيها، على أن النجاسة لم تذكر في شيء منها إلا في رواية تحف العقول، و الذي يستفاد منها ليس إلا حرمة الانتفاع بالنجس مطلقا، و هي و إن كانت مانعة عن البيع، إلا انه لم يقل بها أحد، و أما مانعية النجاسة من حيث هي نجاسة فلا يستفاد من تلك الروايات، و لا من غيرها، نعم لا شبهة في حرمة الانتفاع المتوقفة على الطهارة، و من هنا يظهر الجواب عن ذهب الى حرمة الانتفاع بالعذرة في التسميد و نحوه، و تمسك في ذلك بقوله «ع» في رواية تحف العقول (أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد) بدعوى ان التسميد و نحوه من التصرفات فيها من وجوه الفساد، بل قد ورد في بعض الروايات [١] جواز طرح العذرة في المزارع.

و اما تخيل ضعف رواية الجواز من ناحية السند، ففيه أولا انه محض اشتباه قد نشأ من خلط ابن مضارب بابن مصادف و توهم ان الأول غير موجود في كتب الرجال فإنه مضاف الى كونه مذكورا فيها و منصوبا بحسنه، انه قد اتفقت أصول الحديث على نقل

[١] قرب الإسناد. عن علي «ع» انه كان لا يرى بأسا أن يطرح في المزارع العذرة.

ضعيفه لأبي البختری وهب بن وهب. راجع ج ٣ ثل باب ٢٨ انه لا بأس بطرح العذرة في المزارع من الأطعمة المحرمة.

(١) ج ٢ فقه المذاهب الأربعة ص ٢٣٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢

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

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

جواز بيع الأرواث

قوله: الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة.

أقول المشهور بين أصحابنا جواز بيع الأرواث الطاهرة، و في المستند «١» يجوز الاكتساب بها مطلقا وفاقا للأكثر بل عن السيد الإجماع عليه لطهارتها و عظم الانتفاع بها فيشملمها الأصل و العمومات، و في الخلاف «٢» سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه دليلنا على جواز

ذلك انه طاهر عندنا و من منع منه فإنما منع لنجاسته و يدل على ذلك بيع أهل الأمصار فى جميع الأعصار لزروعهم و ثمارهم و لم نجد أحدا أكره ذلك و لا خلاف فيه فوجب أن يكون جائزا، نعم حكم فى النهاية «٣» بحرمة بيع العذرة و الأبوال إلا بول الإبل خاصة فإنه لا بأس بشربه و الاستشفاء به عند الضرورة و فى المراسم «٤» حكم بحرمة التكسب بالعذرة و البول إلا بول الإبل خاصة، و كذلك ذهب الشافعية «٥» إلى نجاسة فضلة مأكول اللحم بلا- تفصيل بين الطيور و غيرها، مع ذهابهم «٦» الى عدم صحة بيع كل نجس إلا إذا كان مخلوطا بشيء طاهر لا يمكن فصله منه.

و الظاهر انه لا فرق بين العذرة و الأرواث فى جواز البيع و عدمه من جهة مدرك الحكم إلا نجاسة الاولى و طهارة الثانية، فإن الأخبار الخاصة الواردة فى حرمة بيع العذرة لم تتم كما عرفت، و الاخبار العامة المتقدمة إنما تدل على حرمة بيع ما يكون منهيا عن أكله فتكون شاملة للأرواث و العذرة كليهما، و حيث عرفت انه لا يصلح شيء من ذلك لإثبات حرمة بيع العذرة فتعرف عدم جريانه فى الأرواث أيضا، و أما ما فى رواية تحف العقول من قوله «ع»: (أو شيء من وجوه النجس) فلا تدل على مانعية النجاسة عن البيع، لما عرفت فى بيع الأبوال أن مقتضى التعليل المذكور فيها هو كون منافع النجس بأجمعها محرمة، و أما إذا كانت له منفعة محللة فلا تدل الرواية على حرمة بيعه، إذن فلا وجه لما التزم به شيخنا الأنصارى من التفريق بين العذرة و الأرواث. و أما دعوى الإجماع على التفريق بينهما فهى دعوى جزافية للاطمئنان بأن مدرك المجمعين

(١) ج ٢ ص ٣٣٤.

(٢) ج ١ ص ٢٢٥.

(٣) باب المكاسب المحظورة.

(٤) باب المكاسب.

(٥) ج ١ فقه المذاهب ص ١٢.

(٦) ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣

تلك الوجوه المذكورة لمنع بيع العذرة دون الأرواث، و إلا فالإجماع التبعدى الكاشف عن رأى الحجة معلوم العدم، و قيام السيرة على جواز الانتفاع و المعاوضة لا يختص بالأرواث بل يعم العذرة أيضا، كشمول العمومات لهما، و ما فى الجواهر من الاستدلال على جواز بيع الأرواث فقط بخبر ابن مضارب، و بذيل رواية سماعه، بعد ما حملهما عليها فاسد لما عرفت من انه لا يصح إطلاق العذرة على الأرواث بوجه، و ان الأرواث فى اللغة [١] لا تطلق إلا على رجيع ذى الحافر.

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

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

و ثانيا انه قد تقدم فى بيع الأبوال ان الخبيث عبارة عن مطلق ما فيه نقص و دنائته و لو كان من قبيل الافعال و يرادف فى الفارسية بلفظ (پلید) فمثل الزنا و الافتراء و الغيبة و النمیمه و غيرها من الأفعال المحرمة التى عبر عنها فى قوله تعالى «١» بالفواحش، من الخبائث أيضا، إذن فليس المراد من تحريم الخبائث فى الآية إلا بيان الكبرى الكلية من تحريم ما فيه مفسدة، و أما تشخيص الصغرى و بيان ان فى هذا مفسدة أو فى ذاك فخارج عن حدود الآية، و إلا فيلزم التمسك بالعام فى الشبهات المصدقية و هو لا يجوز كما نقح فى الأصول، و ان أبيت إلا عن اختصاصها بما يكون الطبع متنفرا عنه، فندفعه بعدم الملازمة بين تحريم الأكل و حرمة البيع، كما سبق فى بيع الأبوال و غيره، إلا إذا كان الأكل من المنافع الظاهرة

جواز بيع الدم نجسا كان أم طاهرا

إشارة

قوله: يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف.

أقول المشهور بين أصحابنا شهرة عظيمة حرمه بيع الدم النجس كما في النهاية «٢» و المراسم «٣» و المبسوط «٤» و في التذكرة «٥»

[١] في ج ١ تاج العروس مادة راث ص ٦٢٦ الروثة واحدة الروث و الأرواث و قد راث الفرس و غيره، و في المثل أحشك و تروثنى، قال ابن سيده الروث رجيع ذى الحافر و فى التهذيب يقال لكل ذى حافر قد راث يروث روثا. و فى المجمع راث الفرس يروث روثا من باب قال و الخارج روث، و منه الحديث نهى عن الروث يعنى رجيع ذات الحافر.

(١) سورة الأعراف آية ٣١: قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ.

(٢) المكاسب المحظورة.

(٣) أول المكاسب.

(٤) فى فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح

(٥) ج ١ ص ٣ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤

يشترط فى المعقود عليه الطهارة الأصلية و لو باع نجس العين لم يصح إجماعا.

و على هذا المنهج ابن الهمام الحنفى فى شرح فتح القدير «١» و عن المالكية «٢» لا يصح بيع النجس، و عن الحنابلة لا يصح بيع النجس كالدّم، و عن الشافعية لا يصح بيع كل نجس، و عن الحنفية لا يصح بيع الدّم، و فى أخبارهم [١] أيضا شهادة على ذلك إذا عرفت ذلك فاعلم ان المصنف قد فصل بين الدم النجس فحكم بحرمه المعاوضة عليه للإجماع و الاخبار السابقة أى الروايات العامة، و بين الدم الطاهر فقد قوى جواز المعاوضة عليه إذا فرضت له منفعة محللة كالصّبغ و نحوه، لكونه من الأعيان التى يجوز الانتفاع بها منفعة محللة.

(و فيه) انه بعد اشتراكهما فى حرمة الأكل، و جواز الانتفاع بهما منفعة محللة كالصّبغ و التسميد و نحوهما، فلا وجه للتفكيك بينهما، و أما النجاسة فقد عرفت مرارا انه لا موضوعية لها، فلا تكون فارقة بين الدم الطاهر و النجس، و أما الاخبار السابقة فمضافا الى ضعف سندها أنها شاملة لهما، فلو تمت لدلت على حرمة بيعهما معا و إلا فلا، على ان الاستفادة من رواية تحف العقول هو تحريم مطلق منافع النجس، و حينئذ فإن وفقنا على ظاهرها فلازمه الإفتاء بما لم يفت به أحد، و ان اقتصرنا على خصوص تحريم البيع فلا دليل عليه. و أما الإجماع فهو لا يختص بالمقام، و إنما هو الذى ادعى قيامه على حرمة مطلق بيع النجس، و مدركه هى الوجوه المذكورة لحرمة بيعه من الروايات العامة و غيرها، و إلا فليس هنا إجماع تعبدى ليكشف عن رأى المعصوم، إذن فلا دليل على حرمة بيع الدم سواء كان نجسا أم طاهرا لا وضعاً و لا تكليفاً.

وهم وإزالة

و قد استدل على حرمة بيع الدم مطلقا بمرفوعة أبى يحيى الواسطى [٢] فإن فيها نهى

[١] عون بن أبي جحيفة قال ان رسول الله «ص» نهى عن ثمن الدم. راجع ج ٦ سنن البيهقي ص ٦ و ج ٣ صحيح البخارى باب موكل الربا ص ٧٨.

[٢] الواسطى رفعه 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 النخاع و الخصى و القضيب فقال له بعض القصابين يا أمير المؤمنين ما الكبد و الطحال إلا سواء فقال له كذبت يا لكع أتونى بثورين من ماء أنبتك بخلاف ما بينهما فأتى بكبد و طحال و تورين من ماء-

(١) ج ٥ ص ١٨٦.

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٥

على «ع» عن بيع سبعة منها الدم، فتدل على ذلك وضعا و تكليفا بعد ملاحظة انجبارها بالشهرة، بل بعدم الخلاف بين الأصحاب. (و فيه) أولا انها ضعيفة السند، و غير منجبرة بعمل المشهور صغرى و كبرى، و الوجه فى ذلك هو ما تقدم «١» و لانها منجبرة بعدم الخلاف و إن ذكره المامقانى «ره» فإنه على تقدير عدم كونه حجة فضمها لغير الحجة لا يفيد اعتبارها فلا يجوز الاستدلال بها على حرمة بيع الأمور المذكورة فيها. نعم إذا قلنا بشمول أدلة التسامح فى السنن للمكروهات لا بأس من الالتزام بكراهة بيعها. (و ثانيا) ان الظاهر من الدم المذكور فى المرفوعة هو الدم النجس الذى تقذفه الذبيحة المسمى بالمسفوح لكثرتة و مرسومية أكله فى زمن الجاهلية، دون الطاهر المتخلف فيها الذى يباع بتبع اللحوم كثيرا، فإنه من القلة بمكان لم يكن مورد الرغبة لأهل الجاهلية لينجر ذلك الى أن يمر على «ع» بالقصابين و ينهاهم عن بيعه، و لعله لذلك لم يذكر الله تعالى فى القرآن «٢» إلا الدم المسفوح، إذن فالرواية لا تشمل الدم الطاهر فلا تدل على حرمة بيعه مطلقا لكونها أخص من المدعى.

و لكن يمكن أن يقال ان تعارف أكل الدم النجس و غلبته فى الخارج لا يوجب اختصاص المنع المذكور فى الرواية، بل يعم الدم الطاهر أيضا، و يدل على ذلك من الرواية ذكر الطحال فيها، فإن الإمام عليه السلام بين كونه من الدم، و فى رواية [١]

فقال «ع» شقوا الطحال من وسطه و شقوا الكبد من وسطه ثم أمر «ع» فمر سافى الماء جميعا فايضت الكبد و لم ينقص شىء منه و لم يبيض الطحال و خرج ما فيه كله و صار دما كله حتى بقى جلد الطحال و عرقه فقال له هذا خلاف ما بينهما هذا لحم و هذا دم. مرفوعة. راجع ج ٢ كا باب ٧ من الأطعمة ص ١٥٣، و ج ٢ التهذيب باب الذبائح ص ٣٠٠، و ج ١١ الوافى باب ١٥ من المطاعم ص ٢٠، و ج ٣ ثل باب ٣٠ ما يحرم من الذبيحة من الأطعمة المحرمة، أقول: النخاع مثلثة الخيط الأبيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ و يتشعب منه شعب فى الجسم كما فى القاموس، و الخصى كمدى جمع خصية كمدية، الغدد كغرف جمع غدة كغرفة لحم أسود يستصحب الشحم، اللكع بضم اللام و فتح الكاف اللثيم و الأحمق، و التور إناء يشرب فيه، و مرس الشىء فى الماء انقاعه فيه و تليينه باليد.

[١] ابن مزار عنهم «ع» قال: لا- يؤكل مما يكون فى الإبل الى أن قال الطحال لانه دم، مجهولة لإسماعيل بن مزار. راجع المصادر المذكورة عند ذكر رواية الواسطى

(١) ص ٦.

(٢) سورة الانعام آية ١٤٦ أو دَمًا مَشْفُوحًا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٦

أخرى لأنه دم إلا أنه مع ذلك لا نسلم دلالة المرفوعة على أزيد من حرمة بيعه للأكل فقط تكليفاً، أو وضعاً أيضاً، كما نبه على ذلك العلامة الأنصاري «ره» وقال فالظاهر إرادة حرمة البيع للأكل ولا شك في تحريمه لما سيجيء من أن قصد المنفعة المحرمة في المبيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه، واما حرمة بيعه لغير الأكل فلا دلالة عليه من الرواية لا وضعاً ولا تكليفاً، والشاهد لذلك انه لا ريب في جواز بيع الأمور المذكورة فيها لغير الأكل كإطعام الحيوان ونحوه.

تذكرة

ربما يتوهم ان بيع الدم لما كان اعانة على الإثم محرماً لذلك، وفيه مضافا الى ما سيأتي من عدم الدليل على حرمتها، ان النسبة بينها وبين بيع الدم هو العموم من وجه، فإنه قد يشتريه الإنسان لغير الأكل كالصبيغ والتسميد ونحوهما، فلا يلزم منه إعانة على الإثم بوجه، وعلى تقدير كونه اعانة على الإثم فالنهي إنما تعلق بعنوان خارج عن البيع فلا يدل على الفساد.

تذكرة اخرى

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

(و فيه) مضافا الى ما تقدم في النبوي، ان المراد من تحريم الدم في الكتاب و السنة إنما هو تحريم أكله و قد عرفت مرارا انه لا ملازمة بينه وبين حرمة الثمن.

[في حرمة بيع المنى]

قوله: الرابعة لا إشكال في حرمة بيع المنى.

أقول قبل التعرض لبيان جهات المسألة و أحكامها لا بد و أن يعلم ان المنى إنما يطلق على ما خرج من المخرج و أريق كما ذكره بعض

(١) سورة البقرة آية ١٦٩ ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ. وَ سوره المائدة آية ٥ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ.

(٢) راجع ج ١١ الوافي ص ٢٠، و ج ٣ ثل باب ٣٠ ما يحرم من الذبيحة من الأطعمة المحرمة، و ج ٢ كا ص ١٥٣، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٧

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

[١] و في المصباح المنى معروف، و امنى الرجل أمناء أراق منيه. و في المجمع قوله تعالى مِنْ نُطْفَةٍ إِذْ تُمْنِي قِيلَ أَي تَدْفِقُ فِي الرَّحْمِ

يقال أمني الرجل يمني إذا أنزل المنى، و منى كإلى موضع بمكة فليل سمي به لما يمني من الدماء أى يراق. و فى ج ١٠ تاج العروس ص ٣٤٨ استمنى طلب خروجه و استدعاء.

[٢] فى ج ١ تاج العروس ص ٣٨٠ العسب ضرب الفحل و طرقة، أو العسب ماؤه أى الفحل فرسا كان أو بعيرا، أو نسله يقال قطع الله عسبه أى ماؤه و نسله، و العسب الولد، و العسب إعطاء الكراء على الضراب، و هو أيضا اسم للكراء الذى يؤخذ على ضرب الفحل، و الفعل كضرب يقال عسب الفحل الناقه يعسبها عسبا إذا طرقتها، و عسب الفحل يعسبه إذا أكرهه، و هو منهى عنه فى الحديث، أو ان الذى فى الحديث بحذف المضاف تقديره نهى عن كراء عسب الفحل، و إنما نهى عنه للجهالة.

و فى المجمع عسب الفحل اجرة ضرابه، و منه نهى عن عسب الفحل، و عسب الفحل ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما، و لم ينع عنه و إنما أراد النهى عن الكراء الذى يؤخذ عليه للجهالة.

و عن الجمهرة نهى عن عسب الفحل أى لا يؤخذ لضرابه كراء. و عن نهاية ابن الأثير نهى عن عسب الفحل عسب الفحل ماؤه، و عسبه أيضا ضرابه، و إنما أراد النهى عن الكراء. و عن فائق الزمخشري النبى ص نهى عن عسب الفحل أى عن كراء قرعه، و العسب القرع، و الفرق بينه و بين الملاقيح ان المراد بها النطفة بعد استقرارها فى الرحم، و العسب الماء قبل استقرارها. و عن المصباح عسب الفحل الناقه عسبا من باب ضرب طرقتها، و عسبت الرجل عسبا أعطيته الكراء على الضراب، و نهى عن عسب الفحل و هو على حذف مضاف و الأصل عن كراء عسب الفحل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٨

ثم ان تحقيق الكلام فى هذه المسألة يقع فى ثلاث جهات: الأولى فى بيع المنى إذا وقع فى خارج الرحم، و الثانية فى بيعه بعد وقوعه فيه و يسمى بالملاقيح، و الثالثة فى بيع ماء الفحول فى أصلابها و يسمى بعسب الفحل.

أما الجهة الأولى فحكم المصنف بحرمه بيعه لنجاسته، و عدم الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم، و كذلك يحرم بيعه عند كل من يرى النجاسة مانعة عن البيع، و منهم المالكية و الحنابلة «١» غير الشافعية فإنهم و إن ذهبوا الى مانعية النجاسة عن البيع إلا انهم يرون طهارة المنى فى بعض الصور [١] أما النجاسة فظهر ما فى مانعيتها عن البيع من المسائل المتقدمة، و اما عدم الانتفاع به فمانعته عنه تتوقف على أمرين: الأول إثبات حرمة الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم، و الثانى اعتبار المالىة فى البيع، فبانتفاء أحدهما يثبت جواز بيعه، و حيث عرفت و ستعرف عدم اعتبار المالىة فيه فيحكم بجواز بيعه فى هذه الصورة، على انه لو تم ذلك لمنع عن بيعه وضع فقط كما هو واضح.

و اما الجهة الثانية ففى التذكرة «٢» لا نعرف خلاف بين العلماء فى فساد بيع الملاقيح للجهالة و عدم القدرة على التسليم. و لكن التحقيق أن يقال انه ان قلنا بتبعية النماء للحيوان كما هو الحق فبمجرد وقوع المنى فى الرحم يصير ملكا لمالك الحيوان بالتبعية لكونه جزء منه، كما كان قبل ذلك جزء من الفحل و ملكا لمالكة بالتبع، و على هذا فلا يجوز بيعه لا من صاحب الأنتى، و لا من غيره، و ان قلنا بعدم الجزئية و التبعية، بل بكونه كالبذر المغروس فى أرض الغير، فالظاهر جواز بيعه مطلقا سواء كان من صاحب الأنتى أو من غيره حتى بناء على اعتبار المالىة فى العوضين، لكونه ما لا فى هذه الصورة فتجوز المعاوضة عليه، و أما منع جواز بيعه حينئذ لنجاسته كما فى المتن فمن العجائب كيف فإنها منتفية قطعا إذا خرج من الباطن الى الباطن، على انها لو كانت مانعة لمنعت عن بيعه لأجل المنافع التى تتوقف على عدمها لا مطلقا على انك عرفت عدم مانعيتها عن البيع، و ستعرف اعتراف المصنف بذلك فى بيع الميتة فإنه قال

[١] الشافعية قالوا بطهارة منى آدمى حيا و ميتا إن خرج بعد استكمال السن تسع سنين و لو خرج على صورة الدم إذا كان خروجه على هذه الحالة من طريقه المعتاد و إلا- فنجس و قيس عليه منى خرج من حى غير آدمى لأنه أصل للحيوان الطاهر إلا منى الكلب

راجع ج ١ فقه المذاهب ص ١٣.

(١) ج ٣ فقه المذاهب ص ٣٣١ و ص ٢٣٢.

(٢) ج ١ ص ٧ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٩

فمجرد النجاسة لا تصلح علة لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمة بيع الميتة.

و اما الجهالة و عدم القدرة على التسليم فلا تكونان مانعتين عن بيع الملاقيح، لأنها لا تختلف قيمتها باختلاف الكم و الكيف، و أن تسليم كل شيء بحسب حاله و هو في المنى وقوعه في الرحم فهو حاصل على الفرض، و بعبارة اخرى ان الجهالة و عدم القدرة على التسليم إنما تمنعان عن البيع لأجل الغرر المنهى عنه في البيع كما يأتي في البيع الغرري، ففي بيع الملاقيح ليس غرر لا- من ناحية الجهالة و لا من ناحية عدم القدرة على التسليم.

و لكن الذي يسهل الخطب ان السيرة القطعية من العقلاء و المتشرعة قائمة على تبعية النتائج للأهيات في الحيوانات، و قد أمضاها الشارع فلا- يمكن التخطي عنها، كما ان الولد للفراش في الإنسان بالنص و الإجماع القطعيين، و من هنا يعاملون مع نتائج الحيوانات معاملة الملك حتى مع العلم بأن اللقاح حصل من فحل شخص آخر، و إلا فكان اللازم عليهم اما رد النتائج الى صاحب الفحل ان كان معلوما أو المعاملة معه معاملة مجهول المالك ان كان المالك مجهولا و هذا شيء لا يتفوه به ذو مسكة، و اما دعوى الإجماع التعبدى على البطلان فدعوى جزافية بعد العلم و لا أقل من الاحتمال بكونه مستندا الى الوجوه المذكورة لبطلان بيع الملاقيح و قياس ذلك بالبذر المغروس في أرض الغير باطل بعد قيام الدليل على الفرق.

و أما الجهة الثالثة فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في حرمة بيع عسيب الفحل، قال في التذكرة بعد كلامه المتقدم في الجهة الثانية يحرم بيع عسيب الفحل و هو نطفته لانه غير متقوم و لا- معلوم و لا- مقدور عليه و لا- نعلم فيه خلافا. و قال في الخلاف «١» اجارة الفحل للضراب مكروه و ليس بمحظور و عقد الإجارة عليه غير فاسد، ثم ادعى الإجماع على الكراهة. و في المستند «٢» حكم بكراهة اجارة الضراب و حمل عليها الاخبار الناهية عنها للإجماع و هكذا وقع الخلاف في ذلك بين العامة [١].

[١] في ج ١ الخلاف ص ٢٢٢ قال مالك يجوز و لم يكرهه، و قال أبو حنيفة و الشافعي ان الإجارة فاسدة، و الأجرة محظورة.

و في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٦٩ عن الحنفية و أما الأعيان التي لا يصح استئجارها باتفاق فمنها نزو الذكور من الحيوانات على إناثها، فلا- يحل لأحد أن يؤجر ثوراً ليحبل بقره غيره و لا يؤجر حمارة ليحبل حمارة الغير و هكذا، لأن إحيال الحيوان غير مقدور عليه فلا يصح

(١) ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) ج ٢ ص ٣٣٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٠

ثم ان تحقيق هذه الجهة يقع في مقامين: الأول من حيث القواعد و الثاني بحسب الروايات أما الأول فقد استدل على بطلان المعاملة على عسيب الفحل بالبيع أو بالإجارة بوجوه الأول بجهالته. و فيه انه لم يرد نص و لا انعقد إجماع على اعتبار العلم بعوضي المعاملة ليلزم من جهالتهمما بطلانها بل إنما نعتبر ذلك فيها من جهة الغرر المرتفع بالعلم بالطروقة و الاجتماع فان الغرض من المعاملة على عسيب الفحل هو ذلك.

الثاني بعدم القدرة على التسليم بدعوى أن إقبال الحيوان غير مقدور عليه فلا تصح الإجارة عليه لأن ذلك ليس في وسعه و الموجود في أصلاب الفحول أيضا غير مقدور على تسليمه فلا يصح بيعه. وفيه ان اعتبار ذلك في المعاملة أيضا من جهة الغرر فحيث كان النظر في ذلك الى الطروقة و الاجتماع فيرتفع الغرر عنها فان تسليم كل شيء بحسبه كما عرفت في الجهة الثانية و الثالث بعدم كون ما في أصلاب الفحول مالا لكونه ماء مهينا لا قيمة له فيكون العقد عليه باطلا، وفيه مضافا الى عدم اعتبار المالية في عوضى المعاملة. أن قوامها إنما هو باعتبار العقلاء و رغبتهم، فلا شبهة في ترتب الغرض المهم على ما في أصلاب الفحول، على انه لو تم شيء من تلك الوجوه لدل على الحرمة الوضعية دون التكليفية، و أما توهم مانعية النجاسة عنها هنا لتكون دليلا على الحرمة التكليفية فما لا يصغى إليه، فإنه مع تسليم مانعيتها عن المعاملة فلا دليل على نجاسة ما في الأصلاب.

و أما المقام الثاني فالروايات الواردة هنا على طائفتين: الأولى [١] تدل على حرمة بيع

تاجيره. و في ص ١٩٤ عن الحنابلة و من الأشياء التي لا تصح إجارتها ذكور الحيوانات التي تستأجر لإقبال انثاها، فلا يحل استئجار ثور ليحبل بقره، و لا جملا ليحبل ناقه و هكذا، لأن المقصود من ذلك إنما هو منيه و هو محرم لا قيمة له فلا يصح الاستئجار عليه. و في ج ٢ سبل السلام للصنعاني ص ٣٢٩ و عن ابن عمر قال نهى رسول الله ص عن عسب الفحل و فيه و فيما قبله دليل على تحريم استئجار الفحل للضراب و الأجرة حرام، و ذهبت جماعة من السلف إلى انه يجوز ذلك إلا انه يستأجره للضراب مدة معلومة أو تكون الضرابات معلومة، و حملوا النهى على التنزيه و هو خلاف أصله.

و في ج ١٥ المبسوط لمحمد الشيباني ص ٨٣ و المراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب و هو إنزاء الفحول على الإناث و ذلك حرام. و في ج ١٦ ص ٤١ و إذا استأجر فحلا لينزيه لم يجز.

[١] في حديث ان رسول الله ص نهى عن خصال تسعة عن عسيب الدابة يعني كسب الفحل. و عن خاتم الذهب و عن لبوس ثياب القسي و هي ثياب ينسج بالشام. ضعيفة لأبي مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦١

عسيب الدابة و إكراثها على الضراب، و ان ثمن ذلك سحت، و يدل عليه بعض الروايات من طرق العامة أيضا [١].

خوي، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٦١

الثانية [٢] تدل على جواز إكراء التيوس و نفى البأس عن أخذ اجورها، فمقتضى الجمع بينهما هو حمل الطائفة الأولى المانعة على الكراهة، و لا يمنع عن ذلك إطلاق السحت على ثمن عسيب الفحل في رواية الجعفریات، فإنك قد عرفت في بيع العذرة إطلاقه على الكراهة الاصطلاحية في مواضع شتى.

لا يقال ان النبوى و رواية الجعفریات بنفسهما ظاهرتان في الكراهة المصطلحة لاشتمالهما على ما ليس بمحرم قطعاً، فإنه ذكر المنع في الجعفریات عن بيع جلود السباع و أجر القارى مع أنهما ليسا بمحرمين جزماً، و في النبوى نهى عن لبس ثياب ينسج بالشام مع عدم ثبوت حرمة، على أن النبوى كمرسلة الصدوق و دعائم الإسلام و المنقول من طرق العامة ضعيفة السند.

فإنه يقال إن ثبوت الترخيص في بعض الأمور المذكورة فيهما بدليل خارجي لا يوجب ثبوته في غيره، كيف و قد ثبت في الشرعية المقدسة استحباب بعض الأغسال كغسل الجمعة

الخطاب راشد المنقري و أبي عروبة. راجع ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به، و ج ٢٣ البحار ص ١٤، الصدوق قال نهى رسول الله عن عسيب الفحل و هو أجر الضراب، مرسله، راجع ج ٢ ثل باب ٣٩ كراهة اجرة فحل الضراب مما يكتسب به، و ج ١٠ الوافي باب ٣١ ص ٣١ و الفقيه ص ٢٧١، و في ج ٢ المستدرک ص ٤٢٦ عن الجعفریات عن علي (ع) قال من السحت ثمن اللقاح و عسب الفحل و جلود السباع. موثقة.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧ دعائم الإسلام ان رسول الله ص نهى عن عسب الفحل.

[١] ابن عمر قال نهى النبي ص عن عسب الفحل، راجع ج ٣ صحيح البخارى باب عسب الفحل من الإجازات ص ١٢٣، و في ج ٢ سبل السلام ص ٣٢٨ عن جابر قال نهانا رسول الله ص عن بيع ضراب الجمل، و في ج ١٥ المبسوط للشيباني ص ٨٣ عن أبي نعيم عن بعض أصحاب النبي ص ان رسول الله نهى عن عسب التيس. و في ج ٦ السنن الكبرى للبيهقي ص ٦ عن أبي هريرة نهى عن عسب الفحل

[٢] حنان بن سدير قال دخلنا على أبي عبد الله (ع) و معنا فرقد الحجام فقال له ان لى تيسا أكرهه فما تقول فى كسبه قال كل من كسبه فإنه لك حلال. ضعيفة لسهل بن زياد.

معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (ع) فى حديث قال قلت له أجر التيوس قال ان كانت العرب لتعاير به و لا بأس. موثقة. راجع ج ٢ ثل باب ٣٩ كراهة اجرة فحل الضراب مما يكتسب به، و ج ١٠ الوافي ص ٣١، و ج ١ كا ص ٣٦٠ و ج ٢ التهذيب ص ١٠٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٢

و العيدين و غيرهما مع انها ذكرت فى جملة من الروايات [١] فى عداد الأغسال الواجبة كغسل الجنابة و الميت و مس الميت، نعم لم تثبت من تلك الروايات المانعة إلا وثاقه رواية الجعفریات على ان النهى عن بيع عسيب الفحل فى النبوى لا يوجب حرمة المعاملة و ضعا بل التكبس به حرام تكليفا، و الشاهد على ذلك ان فى الرواية نهى عما هو حرام بذاته مثل ثمن الكلب و ما هو حرام بالعرض مثل خاتم الذهب فإنه ليس بذاته من المحرمات بل لبسه و التختم به حرام ثم لا وجه لحمل الطائفة المانعة على التقية لما عرفت من كون المسألة محل الخلاف بين العامة أيضا

[١] عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال ان الغسل فى أربعة عشر موطنًا غسل الميت و غسل الجنب و غسل من غسل الميت و غسل الجمعة و العيدين الخبر. راجع ج ١ ثل باب ١ حصر أنواع الأغسال من أبواب الأغسال المسنونة.

جواز الانتفاع بالميتة و حرمة بيعها

إشارة

قوله: يحرم المعاوضة على الميتة.

أقول

تحرير هذه المسألة فى مقامين

إشارة

و قد خلط المصنف بينهما، الأول فى جواز الانتفاع بالميتة، و الثانى فى حرمة بيعها، و تقديم الأول للبحث عنه أول من تقديم الثانى و

إن عكسه المصنف.

أما المقام الأول [في جواز الانتفاع بالميتة]

فإن مقتضى الأصل الأولي هو جواز الانتفاع بالميتة إلا أن المشهور إنما هي حرمة الانتفاع بها ففي النهاية «١» بيع الميتة و التصرف فيها و التكسب بها حرام، و في المراسم «٢» التصرف في الميتة ببيع و غيره حرام، و في الجواهر لا يجوز الانتفاع بشيء من الميتة مما تحله الحياة فضلا عن التكسب، و عليه فتاوى أكثر العامة [١].

ثم ان المهم هنا صرف عنان الكلام الى الروايات الخاصة الواردة في ذلك و هي على طائفتين الأولى تدل على حرمة الانتفاع بالميتة، و الثانية على جواز الانتفاع بها.

أما الطائفة الأولى فهي متظافرة، منها مكاتبة قاسم الصيقل [٢] فإنه سأل الإمام «ع»

[١] في ج ٥ شرح فتح القدير ص ٢٠٣ منع عن بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنها غير منتفع بها و تمسك في ذلك بقوله ص: لا تنتفعوا من الميتة بإهاب.

و في ج ٢ سبل السلام ص ٣١٧ نسب إلى الأكثر انه لا ينتفع من الميتة بشيء إلا بجلدها إذا دبغ ثم حكم بحرمة بيعها لتحريمها.

[٢] قال كتبت الى الرضا (ع) انى أعمل أغماد السيوف من جلود الحرم الميتة فيصيب

(١) في المكاسب المحظورة.

(٢) في أول المكاسب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٣

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

و منها رواية الوشاء [١] فإنه (ع) قد منع فيها عن استصباح الاليات المبائة من الغنم الحى فإنه يستلزم اصابتها اليد و الثوب و هو حرام. (و فيه) انه لما لم يكن اصابة اليد و الثوب للميتة، و سائر النجاسات، بل تلويت تمام البدن فهما، حراما قطعا، فلا بد إما من أخذ التحريم فى قوله ع (و هو حرام) إرشادا إلى النجاسة كما فى الحدائق، أو إلى المانعية عن الصلاة، أو إلى صورة المعاملة معها معاملة المدكى بل عدم تعرضه ع لحكم الانتفاع بها بالاستصباح المسئول عنه، و تصديه لبيان نجاستها أو مانعيتها عن الصلاة أدل دليل على جواز الانتفاع بها دون العكس، سلمنا ذلك و لكن

ثيابى فأصلى فيها فكتب (ع) إلى اتخذ ثوبا لصلاتك فكتبت الى أبى جعفر الثانى (ع) إلخ فكتب (ع) فان كان ما تعمل وحشيا ذكيا فلا بأس. ضعيفة لقاسم و معلى البصرى.

راجع ج ١ ثل باب ٤٩ انه لا يستعمل من الجلود و باب ٣٤ نجاسة الميتة من أبواب النجاسات و ج ١ كا ص ١١٣ و ج ٤ الوافي ص ٣٢.

[١] الحسن الوشاء قال سألت أبا الحسن (ع) فقلت جعلت فداك ان أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها فقال حرام هي - في الوافي هي ميت - فقلت جعلت فداك فيستصبح بها فقال: أما علمت انه يصيب اليد و الثوب و هو حرام. ضعيفة لمعلى البصرى. المراد بالحرام الأول هو الحرام الاصطلاحي. راجع ج ٣ ثل باب ٣١ ان ما قطع من أليات الغنم من الأطعمة المحرمة، و ج ٢ كا ص ١٥٤، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠١، و ج ١١ الوافي ص ٢٠. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٤

لا بد من الاقتصار فيها على موردها أعنى صورة اصابتها اليد و الثوب، إلا أن يتمسك في غير موردها بعدم القول بالفصل. نعم و في دلالة الروايات المروية عن الكاهلي [١] و علي بن المغيرة [٢] و الجرجاني [٣] و سماعه [٤] و غيرها [٥] على حرمة الانتفاع بالميتة غنى و كفاية، و قد ذكر ذلك في أحاديث أهل السنة [٦] أيضا.

[١] سأل رجل أبا عبد الله (ع) و كنت عنده يوما عن قطع أليات الغنم الى أن قال (ع) إن في كتاب علي (ع) أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به. ضعيفة سهل بن زياد. راجع ج ٣ ثل باب ٣٠ ان ما قطع من الأعضاء من أبواب الذبائح، و الفقيه ص ٣٠٢، و ج ٢ يب ص ٣٠١، و ج ٢ كا ص ١٥٣، و ج ١١ الوافي ص ٢٠.

[٢] قال قلت. لأبي عبد الله (ع) جعلت فداك الميتة ينتفع منها بشيء فقال لا. الخبر.

موثقة. راجع ج ١ كا باب ٦٠ اللباس من الصلاة ص ١١١، و ج ١ ثل باب ٦١ عدم طهارة جلد الميتة من أبواب النجاسات، و ج ٣ ثل باب ٣٣ تحريم استعمال جلد الميتة من الأطعمة المحرمة، و ج ٢ كا ص ١٥٥، و ج ١١ الوافي ص ١٩.

[٣] عن أبي الحسن (ع) قال كتبت إليه أسأله عن جلود الميتة التي يؤكل لحمها ذكيا فكتب (ع) لا ينتفع من الميتة يهاب و لا عصب. الخبر. ضعيفة لمختار بن محمد بن المختار، راجع ج ٣ ثل باب ٣٢ ما لا يحرم الانتفاع به من الميتة من الأطعمة المحرمة، و ج ١١ الوافي ص ١٩، و ج ٢ كا ص ١٥٥، و في القاموس الإهاب ككتاب الجلد أو ما لم يدبغ ج آهبة، و فيه أيضا العصب محرقة أطناب المفاصل و عصب اللحم كفرح كثر عصبه.

[٤] قال سألت عن جلود السباع أ ينتفع بها فقال إذا رميت و سميت فانتفع بجلده و أما الميتة فلا. موثقة. راجع ج ٢ التهذيب ص ٣٠٢، و ج ٣ ثل الباب ٣٣ المتقدم من الأطعمة المحرمة، و ج ١ ثل باب ٤٩ انه لا يستعمل من الجلود، من النجاسات، و ج ١١ الوافي ص ٢٠ [٥] في ج ٣ المستدرک ص ٧٧ عوالي اللئالي صح عنه ص انه قال لا تنتفعوا من الميتة يهاب و لا عصب. و مرسله.

و في دعائم الإسلام عن علي (ع) قال سمعت رسول الله ص يقول لا ينتفع من الميتة يهاب و لا عظم و لا عصب.

[٦] عن رسول الله ص أن لا تنتفعوا من الميتة يهاب و لا عصب.

و في رواية اخرى، أن لا تستمتعوا، راجع ج ١ السنن الكبرى للبيهقي ص ١٤ و ص ١٥ و أخرج أيضا أحاديث أخر تدل على جواز الانتفاع بجلود الميتة بعد الدبغ و ذلك لذهابهم الى طهارتها به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٥

و أما الطائفة الثانية فهي أيضا كثيرة مستفيضة منها روايتي الصيقل و الوشاء المتقدمتين و منها رواية أبي القاسم الصيقل و ولده [١] و قد ظهر وجه الاستدلال بها من رواية الصيقل المتقدمة، على أن إصرار السائل في هذه الرواية على الجواب بقوله (و نحن محتاجون الى جوابك في هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا إليها) أدل دليل على جواز الانتفاع بالميتة، فإن سكوتة (ع) عن حكم المسألة مع إصرار السائل على الجواب تقرير على ذلك بلا ارتياب.

و منها رواية البزنطى [٢] التى تدل على جواز الاستصحاب بما قطع من أليات الغنم.

و منها [٣] ما عن على بن الحسين (ع) فإنه كان يلبس الفرو المجلوب من العراق و ينزعه وقت الصلاة، ففعله هذا يدل على جواز الانتفاع بالميتة إلا فيما يكون مشروطا بالطهارة، و الوجه فى كون ذلك الفرو العراقى من جلود الميتة هو نزعه فى الصلاة، إلا أن يقال ان

[١] قال كتبوا الى الرجل (ع) «جعلنا الله فداك انا قوم نعمل السيوف و ليست لنا معيشة و لا تجارة غيرها و نحن مضطرون إليها و إنما علاجنا من جلود الميتة من البغال و الحمير الأهلية لا يجوز فى أعمالنا غيرها فيحل لنا عملها و شرائها و بيعها و مسها بأيدينا و ثيابنا و نحن نصلى فى ثيابنا و نحن محتاجون الى جوابك فى هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا إليها فكتب (ع) «اجعلوا ثوبا للصلاة. مجهولة لأبى القاسم الصيقل. راجع ج ٢ التهذيب ص ١١٣، و ج ١٠ الوافى ص ٤٢.

[٢] محمد بن إدريس فى آخر السرائر نقلا عن جامع البزنطى صاحب الرضا (ع) «قال سألت عن الرجل تكون له الغنم يقطع من ألياتها و هى أحياء أ يصلح له أن ينتفع بما قطع قال نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعها. موثقة. راجع ج ٢ نل باب ٣٣ جواز بيع الزيت مما يكتسب به.

[٣] عن أبى بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الصلاة فى الفراء فقال كان على بن الحسين (ع) رجلا صردا لا تدفئه فراء الحجاز لأن دباغتها بالقرظ فكان يبعث الى العراق فيؤتى مما قبلهم بالفرو فيلبسه فإذا حضرت الصلاة ألقاه و ألقى القميص الذى تحته الذى يليه فكان يسأل عن ذلك فقال ان أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة و يزعمون ان دباغه ذكاته. ضعيفة لمحمد بن سليمان الديلمى. راجع ج ١ كا باب ٦٠ اللباس من الصلاة ص ١١٠ و ج ١ التهذيب ص ١٩٣، و ج ١ نل باب ٦١ عدم طهارة جلد الميتة من أبواب النجاسات و ج ٥ الوافى ص ٦٧، و فى القاموس صرد كفرح وجد البرد سريعا، و فيه أيضا الدفؤ بالكسر و يحرك نقيض حدة البرد و أدفاه ألبسه الدفاء، و فيه أيضا القرظ محرقة ورق السلم و أديم مقروظ دبع به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٦

لبسه سلام الله عليه إنما كان فى مورد الأخذ من يد المسلم و معه يحكم بالتذكية و عدم كون الجلد من الميتة، إذن فلان مانع من الصلاة فيه فضلا عن لبسه فى غيرها، فلا مناص من حمل فعله عليه السلام على الاحتياط من جهة عدم اقتران صلاته التى هى معراج المؤمن بلبس الميتة الواقعية، و عليه فلا تبقى للرواية دلالة على جواز الانتفاع بالميتة فى نفسها، إلا أن يقال ان الاحتياط إنما يجرى فى حق من كان جاهلا بالأحكام الواقعية و الموضوعات الخارجية و أما العالمين بالواقعات بل بحقائق الأشياء، و الأمور الكائنة و العوالم الكونية، فلا يجرى الاحتياط فى حقهم كالأئمة المعصومين عليهم السلام.

على ان العمل بالاحتياط يقتضى أن لا يلبسه فى غير حال الصلاة أيضا. فإن الانتفاع بالميتة لو كان حراما فإنما هو حرام واقعى تكليفى فلا يختص بحال الصلاة فقط، نعم ان ما يختص بالصلاة هى الحرمة الوضعية و أنها تبطل إذا وقعت فى الميتة، إلا أن يتوهم أن عمدة غرضه (ع) من ذلك الاحتياط هو انخفاض صلاته عن احتمال البطلان، و اما الاحتياط فى غير حال الصلاة فليس بمحط لنظره (ع) و لكنه مما لا يمكن التفوه به فى حق الملتزم بالشرع من غير المعصومين فكيف ممن كان معدن العصمة، إلا أن الذى يسهل الخطب أن الرواية ضعيفة السند فلا تكون قابلة للبحث عن دلالتها على المطلوب و عدمها.

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

إذا عرفت هاتين الطائفتين المانعة عن جواز الانتفاع بالميتة و المجوزة له فتعرف وقوع المعارضة بينهما، و بما ان هذه الروايات المجوزة لذلك صريحة فى جواز الانتفاع بها فى غير ما اشترطت فيه التذكية، فنرفع اليد بها عن ظهور تلك الروايات المانعة، فتقيد بغير ذلك و بصورة الانتفاع بها مثل المذكى، أو تحمل الطائفة المانعة على الكراهة كما هو مقتضى الجمع العرفى بين الدليلين

المتنافيين، و يدل على الوجه الأول من الطائفة المرخصة خبر أبي القاسم الصيقل، فان فيه قرر الامام «ع» جواز الانتفاع بجلود الميتة في غير الصلاة حيث أمر السائل باتخاذ الثوب لصلاته، و أما دعوى اختصاص موارد الطائفة المجوزة بالجلود و الاليات فهي دعوى جزائية لعدم القول بالفصل في أجزاء الميتة قطعا.
(تلويح) قد توهم بعضهم حملها على التقيّة لتخيل ذهاب العامة إلى جواز الانتفاع بها.

[١] قال سألته عن جلد الميتة المملوح و هو الكيمخت فرخص فيه الخبر. موثقة.

راجع ج ٣ ثل باب ٣٣ تحريم استعمال جلد الميتة من الأطعمة المحرمة، و ج ١١ الوافي ص ٢٠. و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٢.
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٧

و فيه انك عرفت في أول المسألة تصريح بعضهم بذهاب أكثرهم إلى حرمة الانتفاع بالميتة.
حتى بجلودها قبل الدبغ، و قد ورد ذلك في أخبارهم أيضا كما عرفت عند التعرض للطائفة المانعة، و من هنا منعوا عن بيع الميتة و جلودها قبل الدبغ و أيضا عللوا «١» حرمة بيع الميتة بانعدام ركن البيع فيه الذي هو مبادلة مال بمال بدعوى أنها لا تعد ما لا عند من له دين سماوى فلو كان الانتفاع بها جائزا عندهم لما تفوهوا بذلك التعليل العليل لدوران مالىة الأشياء وجودا و عدما مدار جواز الانتفاع بها و حرمة.

(تلويح آخر) قال المحقق الايروانى «ره» و أحسن جمع بينها و بين الطائفة المانعة عن الانتفاع حمل المانعة على صورة التلويث. و فيه أنك قد عرفت عند التكلم في رواية الوشاء أن تلويث اليد بل تلويث جميع البدن بالنجاسات ليس من المحرمات، إذن فلا وجه لحمل الطائفة المانعة على صورة التلويث، و أما ما تخليه بعضهم من تخصيص المجوزة بالأجزاء التي لا تحلها الحياة كالصوف و القرن و الانفحة و الناب و الحافر و غيرها من كل شىء يفصل من الشاة و الدابة فهو ذكى، و حمل المانعة على غيرها، فهو تخيل فاسد و ذلك لأن صدق الميتة عليها ممنوع جدا، على أن هذا الجمع منافع لصراحة ما يدل على جواز الانتفاع بها كما عرفت.

حرمة بيع الميتة

إشارة

و أما المقام الثانى فالمشهور بل المجمع عليه بين الخاصة و العامة هي حرمة بيع الميتة وضعا و تكليفا قال فى المستند «٢» حرمة بيعها و شرائها و التكسب بها إجماعى و كذلك فى التذكرة «٣» بل فى رهن الخلاف «٤» أنها لا تملك، و قد تقدم فى المقام الأول تحريم بيعها، من النهاية، و المراسم، و الجواهر. و شرح فتح القدير، و سبل السلام، و فى الفقه على المذاهب «٥» المالكية قالوا: لا يصح بيع النجس كعظم الميتة و جلدها و لو دبغ لانه لا- يظهر بالدبغ. و الحنابلة قالوا: لا يصح بيع الميتة و لا بيع شىء منها، و كذلك عند الشافعية، و الحنفية.

و الذى استدل أو يمكن الاستدلال به على هذا الرأى وجوه، الأول قيام الإجماع على ذلك كما سمعته عن بعضهم، و فيه لو سلمنا قيام الإجماع المحصل فى المقام أو حجية المنقول منه فلا- نسلم كونه تعديدا محضا و كاشفا عن رأى الحجة «ع» أو عن دليل معتبر، للاحتمال بل الاطمئنان بأن مدرك المجمعين هو الوجوه المذكورة لعدم جواز بيعها و بيع كل نجس

(١) راجع ج ٥ شرح فتح القدير ص ١٨٦.

(٢) ج ٢ ص ٣٣٣.

(٣) ج ١ ص ٣ من البيع.

(٤) ج ١ ص ٢٣٣.

(٥) ج ٢ ص ٢٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٨
كما عرفت في المسائل المتقدمة.

الثاني دعوى حرمة الانتفاع بها فإنها تستلزم سلب المالية عنها المعبرة في العوضين بالإجماع إذن فتدخل المعاملة عليها تحت عموم النهي عن أكل المال بالباطل، وفيه انه بعد ما أثبتنا في المقام الأول جواز الانتفاع بها، وعرفت في بيع الأبوال و ستعرف في أول البيع عدم اعتبار المالية في العوضين، وكفاية الأغراض الشخصية العقلانية في صدق المالية على تقدير اعتبارها لكون تلك الأغراض موجبة لخروج المعاملة من السفهائية، مع عدم الدليل على بطلانها، فلا وجه لهذا التوهم، وأما عموم آية النهي عن أكل المال بالباطل فغير شامل لشرائط العوضين لكونها نازرة إلى بيان أسباب التجارة كما تقدم في بيع الأبوال.

الثالث انه قامت الضرورة من المسلمين على نجاسة ميتة ماله نفس سائلة، و بيع النجس محذور، وفيه أنها وإن ذكرت في رواية تحف العقول، ولكن مضافا الى ما تقدم فيها من الوهن، أنها لا تدل إلا على حرمة بيع الميتة النجسة و المدعى أعم من ذلك، وقد اعترف المصنف هنا بعدم مانعية النجاسة عن البيع على خلاف ما تكرر منه سابقا من جعلها مانعة عنه و قال (فمجرد النجاسة لا تصلح علّة لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمة بيع الميتة).

الرابع الروايات العامة المتقدمة، وفيه أنها وإن كانت تدل على حرمة بيعها، ولكنها لمكان ضعف أسانيدها لا تفي بالمقصود كما عرفت.

الخامس الروايات الخاصة الواردة في المسألة منها رواية البرنطي المذكورة في المقام الأول فإن الإمام «ع» و ان رخص فيها الانتفاع بالميتة، ولكنه «ع» منع فيها أيضا عن بيعها بقوله (و لا يبيعه).

ومنها روايات السكوني [١] و الصدوق [٢] و الجعفرات [٣] فان جميعها تدل على أن ثمن الميتة من السحت فيكون بيعها فاسدا.

[١] على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال السحت ثمن الميتة الخبر. ضعيفة للنوفلي. راجع ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به و ج ٢٣ البحار ص ١٤، و ج ١ كا باب ٤٢ السحت ص ٣٤٣، و ج ٢ التهذيب ص ١١٠ [٢] قال «ع» ثمن الميتة سحت. مرسله. و بإسناده عن جعفر بن محمد عن آبائه «ع» في وصية النبي (ص) لعلى «ع» قال يا على من السحت ثمن الميتة. قال المحدث النورى فى خاتمة ج ٣ المستدرک ص ٥٩٢ رجال سند هذه الوصية مجاهيل لا طريق الى الحكم بصحتها و اعتبارها من جهته، راجع ج ٢ ثل الباب ٣٢ المذكور.

[٣] عن على «ع» قال من السحت ثمن الميتة الحديث. موثقة. راجع ج ٢ المستدرک

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٦٩

ومنها رواية على بن جعفر [١] حيث سأل أخاه «ع» عن بيع جلود ميتة الماشية و لبسها و (قال «ع» لا و لو لبسها فلا يصل فيها) فان الظاهر ان المنع فيها راجع الى البيع و اللبس، ولكنه «ع» بين المانعية عن الصلاة زائدا على المنع فى نفسه، و قد ورد النهي عن بيع الميتة فى بعض روايات العامة [٢] أيضا.

وفيه ان هذه الروايات و إن كانت ظاهرة فى المنع عن بيعها، ولكنها معارضة مع ما هو صريح فى الجواز كمكاتبة الصيقل المتقدمة فإن فيها قرر الامام أسئلتهم عن جواز بيع الميتة من جلود الحمير و البغال و شرائها و مسها فلو لا جوازها لكان تقريره «ع» لتلك الأسئلة و سكوته عن بيان حكمها إغراء بالجهل و تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة، و بضميمة عدم القول بالفصل بين مورد المكاتبه و غيره يتم المطلوب، و يؤيد ذلك فعل على بن الحسين «ع» حيث كان يبعث الى العراق و يجلب الفرو منهم فان الظاهر انه «ع» كان يأخذ ذلك

منهم بالشراء، إلا- أن يقال ان مقتضى السوق و يد المسلم هي التذكية، و كيف كان فلا بد في رفع المعارضة بينهما إما من طرح المانعة لموافقتهما مع العامة لانفاقهم على بطلان بيع الميتة كما عرفت في أول المسألة، و إما من حملها على الكراهة برفع اليد عن ظهورها بما هو صريح في الجواز أو على صورة البيع ليعامل معها معاملة المذكي إذا بيعت بغير إعلام، و إن أبيت عن هذه المحامل كلها فلا بد من الحكم إما بالتخير فنختار ما يدل على الجواز، و اما بالتساقط فيرجع الى العمومات و الإطلاقات و يحكم بصحة بيعها. (لا- يقال) أن تقرير الامام «ع» أسئلتهم عن الأمور المذكورة و إن كان لا ينكر إلا أنه لأجل اضطرارهم الى جعل أغماد السيوف من جلود الميتة من الحمير و البغال مع عدم وجود معيشة لهم من غير ذلك العمل كما يصرح بذلك ما في سؤالهم (لا يجوز في أعمالنا غيرها) و لا ريب أن الضرورات تبيح المحظورات، إذن فلا دلالة في المكاتبه على جواز بيعها في غير حال الاضطرار.

ص ٤٢٦، ثم الظاهر ان هذه الروايات الأربع كلها روايات واحدة مروية عن علي عليه السلام بطرق متعددة.

[١] قال سألته عن الماشية تكون للرجل فيموت بعضها يصلح له بيع جلودها و دباغها و لبسها قال لا و لو لبسها فلا يصلح فيها. مجهولة لعبد الله بن الحسن. راجع ج ٢ ثل الباب ٣٢ المتقدم.

[٢] في ج ٦ سنن البيهقي ص ١٢ و ج ٣ البخاري باب بيع الميتة عن جابر سمع رسول الله يقول عام الفتح و هو بمكة ان الله و رسوله حرم بيع الخمر و الميتة. الحديث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٠

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

نقد و دفع

قد أشكل المصنف على الرواية بوجهين:

الأول أن الجواب لا ظهور فيه في الجواز إلا من حيث التقرير الغير الظاهر في الرضا خصوصاً في المكاتبات المحتملة للتقية. و فيه أولاً أن التقية في المكاتبات و إن كانت كثيرة لكونها معرضاً لها من جهة البقاء، و لكنها في خصوص هذه الرواية غير محتملة لورودها على غير جهة التقية لذهاب أهل السنة بأجمعهم إلى بطلان البيع الميتة كما عرفت، و أعجب من ذلك تشكيكه في كاشفية التقرير عن الرضا و في كونه من الحجج الشرعية، مع أنه كسائر الامارات مشمول لأدلة الحجية.

و ثانياً ان فعليه التقية إنما هي بفعليه موضوعها، و أما مجرد الاحتمال فغير قابل لأن يكون موضوعاً لها و سبباً لرفع اليد عن الأدلة الشرعية، نعم إذا صارت فعليه و جب رفع اليد عما يخالفها مكاتبه كان أم غيرها.

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

و فيه ان هذا من الغرائب، فإن منشأ ذلك حسابان أن الضمائر في قول السائل (فيحل لنا عملها و شرائها و بيعها و مسها بأيدينا) إلى السيوف. و لكنه فاسد فإنه لا وجه لأن يشتري السيوف سيوفاً من غيره، كما لا وجه لسؤاله عن مسها و إصراره بالجواب عن كلما سأله، بل هذه الضمائر إنما ترجع الى جلود الحمر و البغال ميتة كانت أم غيرها، كما يظهر ذلك لمن يلاحظ الرواية، مع أن من المستبعد

جدا بل من المستحيل عادة أن يجدوا جلود الميتة من الحمير و البغال بمقدار يكون وافيا بشغلهم بلا شرائها من الغير، على أن مقتضى ذلك هي حرمة بيع الغلاف مستقلا مع انه فاسد إذ ربما تكون قيمة الغلاف أكثر من السيف فكيف يحكم بالتبعية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧١

دائما، نعم تبعية مثل الجل و المسامير للفرس و الجدران في بيع الفرس و الدار من الوضوح بمكان و ربما ترمى الرواية بالتقية لذهاب العامة إلى جواز بيع جلود الميتة بعد الدبغ لطهارتها به [١] و أما قبل الدبغ فلا تصلح للاغماد، و فيه أولا ان أمره «ع» بأن يجعلوا ثوبا لصلاتهم على خلاف التقية، و ثانيا لو كانت الرواية موردا للتقية لكان الأليق أن يجاب بحرمة البيع و الشراء و يدفع محذور التقية عند الابتلاء بها بإرادة حرمة بيعها قبل الدبغ، فان فيه بيان الحكم الواقعي مع ملاحظة التقية، و ثالثا ان الرواية خالية عن كون البيع أو الشراء بعد الدبغ لتحمل عليها، و مجرد عدم صلاحية الجلود للغلاف قبل الدبغ لا يوجب تقييدها لإمكان دبغها عند جعلها غمدا، إذن فالرواية أيضا على خلاف التقية، و أما توهم أن الأخبار المانعة تشتمل على كلمة السحت التي تأتي عن حملها على الكراهة فهو توهم فاسد لما مر في بيع العذرة من أن إطلاق السحت على المكروه في الروايات و اللغة كثير جدا.

هذا كله مع قصر النظر على المكاتب، و لكنها ضعيفة السند فلا تقاوم الروايات المانعة لأن فيها رواية الجعفرات و هي موثقة، إذن فلا مناص من الحكم بحرمة بيع الميتة و أجزاءها التي تحلها الحياة، إلا أن يتمسك في تجويز بيعها بحسنه الحلبي و صحيحة الواردتين في بيع الميتة المختلطة بالمذكي ممن يستحلها، فإنهما بعد إلغاء خصوصيتي الاختلاط و المستحل تدلان على جواز بيعها مطلقا، إلا أن الجزم بذلك مشكل جدا فلا مناص من اختصاص جواز البيع بالمستحل كما سيأتي.

[فرعان]

[الأول] حكم بيع المذكي المختلط بالميتة

إشارة

قوله: انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى المذكي.

أقول تارة تمتاز الميتة من المذكي و اخرى لا تمتاز، أما الصورة الاولى فلا إشكال في جواز البيع و صحته بالنسبة الى غير الميتة، سواء كانت ممتازة عند المتبايعين أم عند المشتري فقط لعدم ترتب الأثر على علم البائع و جهله، و أما بالنسبة إلى الميتة فيجوز فيها جميع ما تقدم في بيعها منفردة لأن انضمام الميتة إلى المذكي لا يغير حكمها، نعم بناء على حرمة بيعها يكون المقام من مصاديق بيع ما يجوز و ما لا يجوز فيسقط الثمن بالنسبة إليهما و يحكم بالصحة فيما يجوز و بالفساد

[١] في ج ١ سنن البيهقي ص ١٧ ابن عباس عن النبي «ص» في جلد الميتة قال ان دباغه قد ذهب بخبثه أو رجسه أو نجسه، و في رواية أخرى دباغها طهورها، و في ص ١٦ في أحاديث كثيرة فدبغوه فانتفعوا به. أي بجلد الميتة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٢

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

و أما الصورة الثانية فهي محل الكلام و مورد النقض و الإبرام، و تحقيقها في مقامين:

الأول من حيث القواعد العامة. و الثاني من حيث الروايات الخاصة الواردة في خصوص ذلك.

أما المقام الأول فإن كان المدرك في حرمة بيع الميتة منفردة هي النصوص و الإجماعات فلا شبهة في أنها لا تشملان صورة الاختلاط لانه لا يصدق بيع الميتة على ذلك مع قصد المذكي حتى مع تسليمها إلى المشتري لكونه مقدمة لا قباض المبيع، و على

هذا فلا وجه لما ذهب اليه المصنف من المنع على الإطلاق بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، نعم لا يجوز أن ينتفع بهما فيما كان مشروطا بالطهارة و التذكية و إن كان المدارك في المنع هي حرمة الانتفاع بالميته لكونها في نظر الشارع مسلوب المالية نظير الخمر و الخنزير و قلنا بتنجز العلم الإجمالي، فغاية ما يترتب عليه هو عدم جواز بيعهما من شخص واحد للعلم الإجمالي بوجود ما لا- يجوز الانتفاع به فيهما فان العلم الإجمالي يوجب وجوب الاجتناب عن كلا- المشتبهين، إذن فيجوز هنا ما جرى في الميته المعلومة تفصيلا من الأحكام التكليفية و الوضعية، و أما بيعهما من شخصين فلا بأس فيه لأن حرمة الانتفاع لم تثبت إلا على الميته المعلومة أما إجمالا أو تفصيلا على سبيل منع الخلو و إذا انتفى أحد العامين انتفت حرمة الانتفاع أيضا فلم يبق في البين إلا الاحتمال فيندفع بالأصل، فإن هذا نظير انعدام أحد المشتبهين أو خروجه عن محل الابتلاء الموجب لسقوط العلم الإجمالي عن التأثير.

قوله: فأكل المال بإزائه أكل المال بالباطل.

أقول قد عرفت ما فيه في بيع الأبوال

قوله: و جوز بعضهم البيع بقصد بيع المذكي.

أقول قد عرفت أن هذا هو الصحيح بناء على أن المانع عن بيع الميته هو الإجماع أو النص، فيبيعهما بقصد المذكي ثم يسلمهما إلى المشتري فينتفع بهما في غير ما يشترط فيه التذكية، نعم لو كان المانع هي حرمة الانتفاع فيجوز فيه ما ذكرناه.

قوله: و جواز ارتكاب أحدهما.

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٣

قوله: لكن لا ينبغي القول به في المقام.

أقول قد منع المصنف عن جواز بيع أحد المختلطين حتى مع القول بأنه يجوز ارتكاب أحد المشتبهين و عدم تنجز العلم الإجمالي، و ذلك لأصالة عدم التذكية الجارية في اللحم، فإنها أصل موضوعي حاكم على سائر الأصول من أصالتي الحل و الطهارة، و فيه ان أصالة عدم التذكية لا تثبت الميته التي هي أمر وجودي إلا على القول بالأصول المثبتة، لا يقال ان الميته عبارة عما لم تلحقه الذكاة كما في القاموس، إذن فلا- شبهة في ثبوتها بالأصل بلا أن يلزم منه المحذور و المذكور، فإنه يقال ان الأصل المذكور و إن كان متكفلا لإثبات ذلك العنوان إلا أنه أمر يغاير الميته و يلازمها و ليس متحدا معها، لأنها في عرف الشرع و اللغة [١] إما عبارة عما مات حتف أنفه، و إما عبارة عما فارقت الروح بغير ذكاة شرعية و على هيئة غير مشروعة إما في الفاعل أو في المفعول، فلا يثبت شيء منهما بأصالة عدم التذكية إلا على القول بحجية الأصل المثبت فالمحذور في محله، و أما ما في القاموس فأمر لم تثبت صحته، و كذلك ما عن أبي عمرو من أنها ما لم تدرك تذكيته.

و أما المقام الثاني فالروايات الواردة هنا على طائفتين أما الطائفة الأولى [٢] فتدل على حرمة بيع المذكي المختلط بالميته، و حرمة الانتفاع بهما، بل يرمى بهما الى الكلاب. و فيه أولا- ان الرمي بهما الى الكلاب كناية عن حرمة الانتفاع بهما على نحو الانتفاع بالمذكي، كما حملنا على ذلك قوله «ع» في رواية الوشاء المتقدمة (أما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام) و إلا فلا مناص من الالتزام بالوجوب النفسي للرمي، و هو بديهي البطلان، إذ عمدة ما يكون محط النظر و مورد الرغبة من الميته هو جلدها و ليس هذا مما تأكله الكلاب، و هذا نظير ما سيأتي في بيع الدراهم المغشوشة من أمره «ع» بكسر درهم من طبقتين طبقة من نحاس و طبقة من فضة فإن المراد بذلك ليس إلا إعدام الهيئة الدرهمية لئلا يعامل عليها معاملة الدراهم الرائجة و إلا فكسر الدرهم المغشوش ليس من الواجبات النفسية كالصوم و الصلاة، و من هذا القبيل

[١] فى ج ١ تاج العروس ص ٥٨٧ عن أبى عمرو و الميتة ما لم تدرك تذكيتها، و قال النووى فى تهذيب الأسماء و اللغات قال أهل اللغة و الفقهاء الميتة ما فارقت الروح بغير ذكاة، و فى المصباح المراد بالميتة فى عرف الشرع ما مات حتف أنفه أو قتل على هيئة غير مشروعة إما فى الفاعل أو فى المفعول.

و فى مفردات الراغب و الميتة من الحيوان ما زال روحه بغير تذكية.

[٢] الجعفریات عن على «ع» انه سئل عن شاة مسلوخة و اخرى مذبوحة عن عمى على الراعى أو على صاحبها فلا يدري الذكوة من الميتة قال يرمى بهما جميعا الى الكلاب. موثقة.

راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٤

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

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

[١] زكريا بن آدم قال سألت أبا الحسن «ع» عن قطرة حمر أو نبيذ مسكر قطرت فى قدر فيه لحم كثير و مرق كثير قال يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمة أو الكلاب الحديث مهملة للحسن المبارك. راجع ج ١ ثل باب ٣٨ نجاسة الخمر من النجاسات، و ج ٢ التهذيب ص ٣١٢، و ج ١١ الوافى ص ٩٢.

[٢] الحلبي قال سمعت أبا عبد الله «ع» يقول إذا اختلط الذكى و الميتة باعه ممن يستحل الميتة و يأكل ثمنه. موثقة. و عنه عن أبى عبد الله «ع» انه سئل عن رجل كانت له غنم و بقر و كان يدرك الذكى منها فيعزله و يعزل الميتة ثم ان الميتة و الذكى اختلطا كيف يصنع قال يبيعه ممن يستحل الميتة و يأكل ثمنه فإنه لا بأس به. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع ج ٢ ثل باب ٣٤ حكم بيع المذكى المختلط بالميت مما يكتسب به، و ج ١١ الوافى ص ١٧، و ج ٢ كا باب ١٢ من الأطعمة ص ١٥٥، و ج ٢ التهذيب الذبائح ص ٢٩٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٥

قوله: و عن العلامة «١» حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميتة بذلك برضاه.

أقول يرد عليه أولا- ان النسبة بين الكافر المستحل و بين ما يجوز استنقاذ ماله عموم من وجه، فإنه قد يكون المستحل ممن لا يجوز استنقاذ ماله إلا بالأسباب الشرعية كالذمى، و قد يكون غير المستحل ممن يجوز استنقاذ ماله.

و ثانيا انه لم يكن فى مكان صدور تلك الأخبار و زمانه كافر حربى يجوز استنقاذ ماله فإنها إنما صدرت من الصادق «ع» فى الكوفة فكانت هى و نواحيها فى ذلك الوقت خالية عن الحربيين لدخول غير المسلمين فيها بأجمعهم تحت الذمة و الأمان.

قوله: و يمكن حملهما على صورة قصد البائع المسلم أجزائها التى لا تحلها الحياة.

أقول الظاهر أن هذا رأى إنما نشأ من عدم ملاحظة الروايتين، فإنه مضافا إلى إطلافتها و عدم وجود ما يصلح لتقيدهما، إن الحسنه إنما اشتملت على اختلاط المذكى بالميتة من الغنم و البقر فبديهي انه ليس فى البقر من الأجزاء التى لا تحلها الحياة شىء ليتمكن الانتفاع به حتى يتوهم حمل الروايتين على ذلك.

قوله: و الرواية شاذة.

أقول لا- يضر شذوذها بحجيتها بعد فرض صحتها و الإجماع المحصل على حرمة التصرف فى الميتة غير ثابت، و المنقول منه مع تصريح جماعة من الفقهاء بالجواز غير حجة، و أما دعوى معارضتها بما دل على المنع فقد عرفت الحال فيها.

قوله: يرجع الى عموم ما دل على المنع عن الانتفاع بالميتة.

أقول قد تقدم حمل الروايات المانعة على صورة الانتفاع بها كالمذكى بقريته الروايات المجوزة أو على الكراهة.

إزاحة وهم

ربما يتخيل الغافل انه بناء على تكليف الكفار بالفروع كتكليفهم بالأصول كما هو الحق و المشهور يكون بيع المذكى المختلط بالميتة اعانة على الإثم فهى محرمة، و فيه مضافا الى منع كون المقام من صغريات الإعانة على الإثم، و منع قيام الدليل على حرمتها لو كان منها و إنما هو كبيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يعلم انه يجعلها خمرا الذى لا شبهة فى جوازه كما سيأتى انه لا ريب فى جواز مثل هذا النحو من الإعانة على الإثم، و إلا فلم يجز سقى الكافر أيضا لتنجس الماء بمجرد مباشرته إياه بشرفته فيحرم عليه شربه فيكون سقيه إعانة عليه، مع أنه لم يقل أحد بحرمة من جهة الإعانة على الإثم، كيف و قد ورد «٢» جواز إيراد الكبد

(١) فى ج ٤ المختلف ص ١٣١.

(٢) ضريس عن أبى جعفر «ع» قال ان الله يجب إيراد الكبد الحرى، و من سقى كبدا حرى من بهيمة أو غيرها أظله الله يوم لا ظل إلا ظله. موثقة. فى القاموس مادة حر الحران العطشان و الأثنى الحرى مثل عطشى، مسمع عن أبى عبد الله «ع» أفضل الصدقة إيراد كبد حرى. ضعيفة لعبد الله. و فى رواية أخرى أمر «ع» بسقى نصرانى من قبيلة الفراسين عند ضعفه من العطش. راجع ج ١ كا باب ٤١ سقى الماء من الزكاة ص ١٧٨ إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه ان عليا «ع» كان يقول و لا تصدقوا بشىء من نسككم إلا على المسلمين و تصدقوا بما سواه غير الزكاة على أهل الذمة. موثقة. راجع ج ٢ ثل باب ٢٠ استحباب الصدقة من أبواب الصدقات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٦

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

و فيه مضافا الى ضعف السند فيه، ان ذلك على خلاف البداهة من الوجدان، فان من المقطوع انه لا تأثير لانقباض اللحم و لا لانبساطه إذا طرح على النار فى وقوع الزكاة عليه و عدم وقوعها، إذن فرد علمه إلى أهله طريق الاحتياط و سبيل النجاة، و ان ادعى الشهيد (ره) قيام الشهرة القريبة من الإجماع على العمل به فى مورده.

[١] إسماعيل بن عمرو عن شعيب عن أبي عبد الله (ع) في رجل دخل قرية فأصاب بها لحما لم يدر أ ذكى هو أم ميت قال يطرحه على الناس فكلما انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت. ضعيفة لإسماعيل. راجع ج ١١ الوافي باب ١١ من المطاعم ص ١٧، و ج ٢ كا باب ١٣ من الأطعمة ص ١٥٥، و ج ٢ التهذيب الذبائح ص ٢٩٤، و ج ٣ ثل باب ٣٦ ان اللحم إذا لم يعلم كونه ميتة من الأطعمة المحرمة، و في هذا الباب من ثل محمد بن علي بن الحسين قال قال الصادق (ع) و إذا وجدت لحما و لم تعلم أ ذكى هو أم ميتة فألق قطعه منه على النار فان انقبض فهو ذكى و إن استرخى على النار فهو ميتة. مرسله.

[الثاني] جواز بيع ميتة ما ليس له دم سائل

قوله: الثاني ان الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها.

أقول المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل الإجماع على جواز المعاوضة على ميتة غير ذى النفس السائلة

- سقى كبدا حرى من بهيمة أو غيرها أظله الله يوم لا ظل إلا ظله. موثقة. في القاموس مادة حر الحران العطشان و الأنتى الحرى مثل عطشى، مسمع عن أبي عبد الله «ع» أفضل الصدقة إيراد كبد حرى. ضعيفة لعبد الله. و في رواية أخرى أمر «ع» بسقى نصراني من قبيلة الفراسين عند ضعفه من العطش. راجع ج ١ كا باب ٤١ سقى الماء من الزكاة ص ١٧٨ إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه ان عليا «ع» كان يقول و لا تصدقوا بشيء من نسككم إلا على المسلمين و تصدقوا بما سواه غير الزكاة على أهل الذمة. موثقة. راجع ج ٢ ثل باب ٢٠ استحباب الصدقة من أبواب الصدقات.

[١] إسماعيل بن عمرو عن شعيب عن أبي عبد الله (ع) في رجل دخل قرية فأصاب بها لحما لم يدر أ ذكى هو أم ميت قال يطرحه على الناس فكلما انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت. ضعيفة لإسماعيل. راجع ج ١١ الوافي باب ١١ من المطاعم ص ١٧، و ج ٢ كا باب ١٣ من الأطعمة ص ١٥٥، و ج ٢ التهذيب الذبائح ص ٢٩٤، و ج ٣ ثل باب ٣٦ ان اللحم إذا لم يعلم كونه ميتة من الأطعمة المحرمة، و في هذا الباب من ثل محمد بن علي بن الحسين قال قال الصادق (ع) و إذا وجدت لحما و لم تعلم أ ذكى هو أم ميتة فألق قطعه منه على النار فان انقبض فهو ذكى و إن استرخى على النار فهو ميتة. مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٧

و قد ذهب الى ذلك أكثر العامة و ان كان قد يظهر من بعضهم الآخر خلافه [١] و ما ذهب اليه المشهور هو الوجيه، فإن المقتضى لجواز بيعها أعنى الانتفاع بها بالمنافع المحللة موجود خصوصا في بعض أقسامها كالسمك فان دهنه من المنافع المهمة المقصودة للعقلاء، و المانع عنه مفقود لعدم ما يصلح للمانع عن المعاوضة على الميتة الطهارة وضعا و تكليفا، إذن فلا مانع من التمسك بالعمومات لإثبات صحتها، بل يمكن التمسك بها حتى مع الشك في وجود المنافع فيها لما عرفته مرارا و ستعرفه من عدم اعتبار المالية في المعاوضات، و توهم ان بيعها ممن يعلم البائع أنه يأكلها إعانة على الإثم فيكون حراما، توهم فاسد فإنها كبيع التمر و العنب و العصير ممن يجعلها خمرا و سيأتي جوازه و ورود الاخبار عليه و ان صدق عليه عنوان الإعانة على الإثم، و أما الروايات الخاصة التي تدل على حرمة بيع الميتة فلا ريب في ظهورها بل صراحة بعضها في الميتة النجسة، و أما الروايات العامة المتقدمة فمضافا الى ما تقدم فيها، أن الشهرة بل الإجماع على خلافها هنا، فلا يكون ضعفها منجبرا بعمل الأصحاب.

حرمة التمسك بالكلب الهراش

قوله: يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين إجماعاً.

أقول وجه التقييد بالبريين هو أن المشهور و المختار عنده طهارة البحرين منهما، و استدل على ذلك في كتاب الطهارة في مسألة نجاسة الكلب بصحيفة ابن الحجاج [٢] بل الظاهر أنهما من أقسام السمك الغير المأكول فيكونان خارجين عما نحن فيه تخصصاً، ثم ان تحرير البحث هنا يقع في جهتين: الجهة الاولى في بيع الكلب الهراش [٣] الظاهر بل المجمع عليه بين أصحابنا حرمة

[١] في ج ١ فقه المذاهب ص ١٠ الشافعية قالوا بنجاسة ميتة ما لا نفس له سائلة إلا ميتة الجراد، و في ج ٢ ص ٢٣٢ ان كل نجس لا يصح بيعه، فلا يصح بيعها عندهم، و أما غير الشافعية ففي ج ١ ص ١٠ ذهبوا الى طهارة ميتة الحيوان الذي ليس له دم سائل يسيل عند جرحه، و قيدوا في ج ٢ ص ٢٣١ الميتة التي لا يصح بيعها بالنجاسة فيصح بيعها عندهم

[٢] قال سأل أبا عبد الله ع رجل و أنا عنده عن جلود الخنزير فقال ليس بها بأس فقال الرجل جعلت فداك انها في بلادى و إنما هي كلاب تخرج من الماء فقال أبو عبد الله «ع» إذا خرجت من الماء تعيش خارجة من الماء فقال الرجل لا قال لا بأس. موثقة. راجع ج ٢ كا باب ١١ لبس الخبز من التجمل ص ٢٠٥، و ج ١١ الوافي باب ١٧٦ الملابس ص ٩٨، و ج ١ ثل باب ١٠ جواز لبس جلد الخنزير من لباس المصلى.

[٣] في القاموس هرش كفرح ساء خلقه و التهريش التحريش بين الكلاب و الإفساد بين الناس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٨

بيعه و كون ثمنه سحتاً، قال في التذكرة «١» الكلب ان كان عقورا حرم بيعه عند علمائنا، بل عند أكثر العامة [١] لا يصح بيع الكلب مطلقاً و لو كان كلب صيد.

و تدل على حرمة بيعه الروايات المتظافرة [٢] إلا أن أكثرها ضعيفة السند، و جملة منها و إن كانت مطلقة تشمل جميع أقسام الكلاب و لكنها مقيدة بالأخبار الآتية في جواز بيع كلب الصيد التي هي صريحة في جواز بيع الصيد منها، و على هذا المنوال روايات العامة [٣] على كثرتها، و عليه فدعوى الإجماع التعبدى على حرمة بيعه في غير محله، لأنه إن كان المراد بالحرمة هي الحرمة الوضعية فهي و إن كانت مسلمة و لكن المدارك لها ليس إلا تلك الأخبار المتكثرة فيحكم بفساد بيعها لأجلها لا للإجماع التعبدى و ان كان المراد بها هي الحرمة التكليفية، ففيه ان الظاهر هو انحصار معقد الإجماع بالحرمة الوضعية، بل يكفيها الشك في

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ عن المالكية لا يصح بيع الكلب مع كونه طاهراً سواء كان كلب صيد أو حراسة أو غيرهما، و عن الحنابلة لا يصح بيعه مطلقاً، و كذلك عن الشافعية، و اما عن الحنفية و يصح بيع كلب الصيد و الحراسة، و في ص ٤ عن بعض المالكية يكره أكل الكلب.

[٢] كا و يب. السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب ضعيفة للنوفلى كا و يب. الحسن الوشاء عن الرضا «ع» في حديث قال و ثمن الكلب سحت ضعيفة لسهل بن زياد.

يب. جراح المدائني قال قال أبو عبد الله «ع» و نهى عن ثمن الكلب. ضعيفة لقاسم بن سليمان. و في وصية النبي «ص» لعلى «ع» من السحت ثمن الكلب. مجهولة. الجعفریات. عن على «ع» من السحت ثمن الكلب. موثقة.

دعائم الإسلام عن رسول الله «ص» انه نهى عن ثمن الكلب العقور. مرسله. الى غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المتفرقة من الكتب العديدة، راجع ج ١ كا باب ٣٧ كسب المغنية ص ٣٦١ و باب ٤٢ السحت ص ٣٦٣، و ج ٢ التهذيب المكاسب ص ١٠٧ و ص ١١٠ و باب الغرر و المجازفة ص ١٥٥، و ج ١٠ الوافي باب ٤٣ ص ٤٢، و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة و باب ٤٢ تحريم بيع الكلاب مما يكتسب به، و ج ٢ المستدرک ص ٤٣٠.

[٣] و في ج ٣ البخارى آخر البيوع ص ١١٠ ان رسول الله (ص) نهى عن ثمن الكلب و في ج ٦ سنن البيهقي ص ٦ عن أبى هريرة نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد.

(١) ج ١ ص ٣ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٧٩

ذلك لكونه دليلا ليا لا يؤخذ من إلا المقدار المتيقن.

حرمه التكبس بالخنزير

و الجهة الثانية فى بيع الخنزير المشهور بل المجمع عليه بين الخاصة و العامة [١] هو عدم جواز بيعه، قال فى التذكرة «١» لو باع نجس العين كالخنزير لم يصح إجماعا. ثم ان الروايات الواردة فى هذه المسألة على طائفتين: الأولى ما دل على حرمه بيعه وضعا و تكليفا، منها قوله «ع» فى رواية قرب الاسناد [٢] فى نصرانيين باع أحدهما الخنزير إلى أجل ثم أسلما (إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه) فإن مفهومه أن غير أخذ الثمن لا يجوز له بعد الإسلام، و عليه فيستفاد من الرواية أمران: الأول حرمه بيع الخنزير بعد الإسلام و إلا لكان الحصر فيها لغوا، و الثانى صحه المعاملة عليه قبل الإسلام و إلا لكان أخذ ثمنه بعد الإسلام حراما و أكلا للمال بالباطل. و منها روايتى الجعفرىات و دعائم الإسلام «٢» حيث جعل الامام «ع» ثمن الخنزير فيهما من السحت. و منها جملة من الروايات [٣] الدالة على حرمه بيعه بل فى بعضها نهى عن إمساكه.

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ حكى عن المذاهب الأربعة إجماعهم على بطلان بيع الخنزير. و فى ج ٥ شرح فتح القدير ص ١٨٦ بيع الخنزير فاسد.

[٢] على بن جعفر عن أخيه قال سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الإسلام قال إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه. مجهولة لعبد الله بن الحسن. و رواه على بن جعفر فى كتابه إذن فهى موثقة. راجع ج ٢ ثل باب ٩٠ أن الذمى باع خمرا فأسلم مما يكتسب به، و ج ٢٣ البحار ص ٢٠.

[٣] معاوية بن سعيد عن الرضا «ع» قال سألته عن نصرانى أسلم و عنده خمرة و خنازير و عليه دين هل يبيع خمرة و خنازيره فيقضى دينه فقال لا. ضعيفة لمعاوية. و مثلها رواية أبى عمير عن الرضا «ع» إلا أنها مرسله.

إسماعيل بن مرار عن يونس فى مجوسى باع خمرا أو خنازير إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال له دراهمه و قال إن أسلم رجل و له خمرة و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين قال يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خمرة و خنازيره و يقضى دينه و ليس له أن يبيعه و هو حى و لا يمسه مجهولة لإسماعيل. راجع ج ٢ ثل باب ٨٦ تحريم بيع

(١) ج ١ ص ٣ من البيع.

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٠

و قد ذكر ذلك فى أحاديث أهل السنة أيضا [١].

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

و من هنا يظهر الوجه في دلالة قوله ع في رواية محمد بن مسلم (أما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام) على صحة بيع الخنزير وضعا و حرمة تكليفها.

و جمع بينهما في الوسائل بحمل المجوزة على فرض كون البائع ذميا، و استشهد عليه بموثقة منصور [٣] لدلالاتها على جواز خصوص بيع الذمي الخنزير، فتكون مقيدة لما يدل على جواز بيعه مطلقا

- الخنزير مما يكتسب به، و ج ١ كا باب ١٠٧ بيع العصير من المعيشة ص ٣٩٤ و ص ٣٩٥ و ج ١٠ الوافي باب ٣٩ بيع الخمر ص ٣٨، و ج ٢ التهذيب باب المجازفة ص ١٥٥.

[١] جابر عن رسول الله ص ان الله حرم بيع الخنزير. و أبو هريرة عن رسول الله ص ان الله حرم الخنزير و ثمنه. راجع ج ٦ سنن البيهقي ص ١٢، و ج ٣ البخاري باب بيع الميتة ص ١١٠.

[٢] كا. محمد بن مسلم عن أبي جعفر ع في رجل كانت له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنازير و هو ينظر فقضاه فقال لا بأس به أما للمقتضى فحلال و اما للبائع فحرام. حسنة لإبراهيم بن هاشم، و في ج ٢ يب في القرض ص ٦٢ عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله بطرق صحيحة.

كا. زرارة عن أبي عبد الله ع في الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرأ و خنزيرا ثم يقضى عنها قال لا بأس أو قال خذها. حسنة لإبراهيم.

يب. الخثعمي قال سألت أبا عبد الله ع في الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر و الخنازير فيقضينا فقال لا بأس به ليس عليك من ذلك شيء. مجهولة لقاسم بن محمد.

يب. عن أبي بصير قال سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرأ و خنازير يأخذ ثمنه قال لا بأس به. ضعيفة لعبد الله بن بحر. راجع ج ١ كا باب ١٠٧ بيع العصير من المعيشة ص ٣٩٤، و ج ٢ ثل باب ٨٩ أن الذمي إذا باع خمرأ مما يكتسب به، و باب ٢٨ استيفاء الدين من الذمي من أبواب الدين، و ج ٢ التهذيب بيع الخمر ص ١٥٥، و ج ١٠ الوافي باب ٣٩ بيع الخمر ص ٣٨.

[٣] قال قلت لأبي عبد الله ع لى على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨١

و فيه ان حمل المطلق على المقيد و ان كان من المسلمات، إلا أنه فيما كان بينهما تناف و تعاند نظير أعتق رقبة و لا تعتق رقبة كافرة، و لو لم يكن بينهما تناف كما في المقام فلا. وجه لذلك الحمل و الصحيح أن يقال ان الظاهر من خبر منصور، و من قوله «ع» في رواية قرب الاسناد (إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه) و من رواية عمار بن موسى [١] هو جواز بيع الذمي الخنزير قبل الإسلام، فيقيد بها ما يدل على حرمة بيعه مطلقا، إذن فتقلب النسبة و تصير المانعة أخص من المجوزة و مقيدة لها، و عليه فلا يجوز لغير الذمي بيع الخنزير، و قد اتضح مما ذكرناه حكم بيع الخمر أيضا لأنها مذكورة في الأخبار المتقدمة مع الخنزير. ثم انه استدل غير واحد من الأعاظم على حرمة بيعه بالأخبار العامة المذكورة في أول الكتاب، و قد عرفت ما فيها من ضعف السند و الدلالة، ثم لا ينقضى العجب من المصنف حيث اقتصر في الاستدلال على حرمة بيع الخنزير بالإجماع فقط و لم يتعرض للروايات و هو أعرف بالحال. قوله: و كذلك أجزاءهما.

أقول ظاهر النصوص و الإجماعات أنما تمنعان عن بيع الكلب و الخنزير بوصفهما العوانى و بصورتها النوعية التي بها شبيهة الأشياء في دار تحققها و صقع تكونها، و بما أن الأحكام الشرعية إنما تترتب على الموضوعات العرفية فلا مانع من شمول المنع للميتة منهما، لصدق عنوان الكلب و الخنزير عليها و لو بالمسامحة العرفية، إذن فتكون المعاملة عليها أيضا حراما، و أما أجزاءهما فلا شبهة في أنه لا

يصدق عليها عنوان الكلب و الخنزير لا بالدقة العقلية و لا بالمسامحة العرفية، و عليه فان كانت مما تحله الحياة شملتها أدلة حرمة بيع الميتة لصدقها عليها و ان جاز الانتفاع بها في غير ما هو مشروط بالطهارة و التذكية، و إن كانت مما لا تحله الحياة كالشعر و نحوه فحرمة البيع و الانتفاع هنا متوقفة على مانعية النجاسة عنهما، إذ من الواضح جدا ان نجاسة الكلب و الخنزير لا تختص بما تحله الحياة فقط، و حيث علمت أنها لا تصلح للمانعية عن البيع و لا عن الانتفاع، فلا مانع عن بيعها للعمومات و لا عن الانتفاع بها بالمنافع المحللة لأصالة الإباحة، و من هنا أفتى بعضهم بجواز بيع شعر الخنزير و الانتفاع به في غير ما هو مشروط بالطهارة، و ان منع عن بيعه بعض

حاضر فيحل لي أخذها فقال إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك. موثقة. راجع الأبواب المتقدمة من ثل و كا و الوافي.

[١] عن أبي عبد الله «ع» انه سئل عن رجلين نصرانيين باع أحدهما من صاحبه خمرا أو خنازير ثم أسلما قبل أن يقبض الدراهم قال لا بأس. موثقة. راجع ج ١٠ الوافي ص ٣٩ و ج ٢ التهذيب الأتعمة المحرمة ص ٣١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٢

فقهاء العامة «١» لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له، نعم بناء على طهارة الخنزير كما ذهب اليه المالک [١] يجوز بيع شعره لعدم نجاسته المانعة عنه.

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

حرمة التكبس بالخمير و كل مسكر مانع

إشارة

قوله: يحرم التكبس بالخمير و كل مسكر مانع و الفقاع إجماعا نصا و فتوى.

أقول قد قامت الضرورة من المسلمين [٣] و أطبقت الروايات من الفريقين على حرمة بيع الخمر و كل

[١] في ج ١ فقه المذاهب ص ١١ المالكية قالوا كل حي طاهر العين و لو كلبا أو خنزيرا و معه نقل في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ عن المالكية حرمة بيع النجس و مثله بالخمير و الخنزير

[٢] يب. زرارة عن أبي جعفر «ع» قال قلت له ان رجلا من مواليك يعمل الحمائل بشعر الخنزير قال إذا فرغ فليغسل يده موثقة.

يب. برد الإسكاف قال سألت أبا عبد الله «ع» عن شعر الخنزير يعمل به فقال خذ منه فاعسله (فأغله) بالماء حتى يذهب ثلث الماء و يبقى ثلثاه ثم اجعله في فخارة جديدة ليلة باردة فإن حمد فلا تعمل به و إن لم يحمد فليس له دسم فاعمل به و اغسل يدك إذا مسسته عند كل صلاة. ضعيفة لبرد. في القاموس الفخارة كجبانة الجرّة ج الفخار.

برد الإسكاف قال قلت لأبي عبد الله «ع» إني رجل خزاز و لا يستقيم علمنا إلا بشعر الخنزير نخرز به قال خذ منه و بره فاجعلها في فخارة ثم أوقد تحتها حتى يذهب دسمها ثم اعمل به ضعيفة لبرد. راجع ج ٢ التهذيب المكاسب ص ١١٤، و ج ٢ ثل باب ٨٧ العمل بشعر الخنزير مما يكتسب به.

[٣] أما عند الخاصة فواضح، و أما عند العامة ففي ج ٢ فقه المذاهب ص ٦ و ص ٧ الخمر و ما خامر العقل أى خالطه فأسكره و غيبه، فكل ما غيب العقل من الخمر و النبيذ و غيرهما من أقسام المسكرات فهو حرام، سواء كان مأخوذا من العنب أو التمر أو العسل أو الحنطة أو الشعير، بل و لو من اللبن و الطعام أو غير ذلك.

و في ج ١ ص ١٥ و من الأعيان النجسة المسكر المائع، سواء كان مأخوذاً من عصير العنب أو كان نقيع زبيب أو نقيع تمر أو غير ذلك، لأن الله تعالى قد سمى الخمر رجسا و الرجس في العرف النجس، أما كون كل مسكر مائع خمرا فلما رواه مسلم من قوله «ع»

(١) ج ٥ شرح فتح القدير ص ٢٠٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٣

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

كل مسكر خمرا و كل مسكر حرام، و في ج ٢ ص ٢٣١ نقل اتفاق المذاهب الأربعة على حرمة بيع الخمر و ان كل نجس لا يصح بيعه. إذن فكل مسكر مائع و إن أخذ من اللبن لا يصح بيعه عند العامة كما لا يجوز شربه.

نعم في ج ٣ تاج العروس ص ١٨٧ و الخمر ما أسكر من عصير العنب خاصة و هو مذهب أبي حنيفة. و في ج ١ التذكرة ص ٣ من البيع الفقاع عندنا نجس إجماعا فلا- يجوز بيعه و لا- شرائه لأنه كالخمر على ما تقدم خلافا للجمهور كافة. و قد عامت ان ظاهر كلماتهم على خلاف ما نسبه العلامة «ره» إليهم.

(روايات الخاصة) كا. محمد بن مسلم عن أبي عبد الله «ع» في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه ثم قال ان رجلا من ثقيف أهدى الى رسول الله (ص) روايتين من خمرا فأمر بهما رسول الله (ص) فأهريقتا و قال ان الذي حرم شربها حرم ثمنها. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

كا. زيد بن علي عن آبائه «ع» قال لعن رسول الله (ص) الخمر و عاصرها. الحديث.

ضعيفة لحسين بن علوان.

يب. الجراح المدائني قال قال أبو عبد الله «ع» من أكل السحت ثمن الخمر. ضعيفة لقاسم بن سليمان. الى غير ذلك من الروايات الكثيرة. راجع ج ١ كا باب ١٠٧ بيع العصير من المعيشة ص ٣٩٤، و ج ٢ كا باب شارب الخمر ص ١٩٠، و ج ٢ التهذيب باب الغرر ص ١٥٥ و ج ١٠ الوافي في باب ٣٩ بيع الخمر ص ٣٨، و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة و باب ٨٤ تحريم بيع الخمر مما يكتسب به، و ج ٢ المستدرک ص ٤٥٢، و ج ١٦ البحار باب ٨٦ حرمة شرب الخمر و ج ٢٣ ص ١٤.

(روايات العامة) في ج ٣ البخاري باب تحريم التجارة في الخمر آخر البيوع ص ١٠٨ عن عائشة قال النبي (ص) حرمت التجارة في الخمر، و في ج ٦ سنن البيهقي ص ١٢ عن أبي هريرة ان رسول الله (ص) قال ان الله حرم الخمر و ثمنها، و في رواية أخرى السحت ثمن الخمر، و في ج ٨ ص ٢٨٦ عن ابن عباس قال بلغ عمر ان رجلا باع خمرا قال قاتل الله فلانا باع الخمر. الحديث. و في ص ٢٨٧ عن ثابت بن يزيد قال لقيت عبد الله بن عمر فسألته عن ثمن الخمر فقال ان رسول الله قال ان الله لعن الخمر و عاصرها. الحديث. الى غير ذلك من رواياتهم المتظاهرة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٤

و البدنية و الاجتماعية، و يدل على حرمة جميع شؤونها الخير المشهور بين الخاصة و العامة من أن رسول الله ص «لعن الخمر و عاصرها و معتصرها و بائعها و مشتريها و ساقياها آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحمولة إليه». و أما النبيذ المسكر فيدل على حرمة بيعه كلما دل على حرمة بيع الخمر وضعوا و تكليفها لكونه خمرا واقعا، لقوله ع [١] «فما فعل فعل الخمر فهو خمرا» و لقوله ع «فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمرا» فمن البديهي أن النبيذ يفعل ما تفعله الخمر و يسكر كاسكار الخمر، إذن فيكون ذلك مثلها في جميع الأحكام، و من هنا ورد في بعض الروايات [٢] «شه شه تلك الحمرة الممتنة» أي النبيذ المسكر، على أنه جعل الامام ع من أقسام السحت ثمن النبيذ

المسكر في رواية عمار الآتية، و هذه الرواية و ان لم يكن فيها دلالة على حرمة البيع تكليفا لظهورها في الحكم الوضعي فقط إلا ان في غيرها كفاية، فإنه بعد ما صدقت الخمر عليه حقيقة فيترتب عليه جميع أحكامها التي منها حرمة البيع، و هكذا الفقاع لكونه خمرا مجهولا استصغرها الناس و قد نزل ذلك منزلة الخمر في عدة من الروايات [٣] بل في بعضها ما يدل على

[١] على بن يقطين عن أبي إبراهيم قال ان الله لم يحرم الخمر لاسمها و لكن حرما لعاقبتها فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر. موثقة. راجع ج ٢ كا باب حرمة الخمر لفعالها ص ١٩٤ و ج ٢ التهذيب الأشربة ص ٣١٠، و ج ١١ الوافي باب ١٥٧ حرمة الخمر لفعالها ص ٨٤ و ج ٣ ثل باب ١٩ ما فعل فعل الخمر من الأشربة المخرمة.

[٢] الكلبي النسابة قال سألت أبا عبد الله ع عن النبيذ فقال حلال قلت إنا نبذه فنطرح فيه العكر و ما سوى ذلك فقال ع شه شه - كلمة تقييح - تلك الخمر المتنته الحديث ضعيفة لمعلى بن محمد البصرى و سهل بن زياد، راجع ج ٢ كا باب النبيذ ص ١٩٥، و ج ١١ الوافي باب ١٦٠ النبيذ ص ٨٦، و ج ١ ثل باب ٢ النبيذ من الماء المضاف، و ج ١ التهذيب باب المياه ص ٦٢.

[٣] كا. الجعفرى قال سألت أبا الحسن الرضا ع عن الفقاع فقال هو خمر مجهول فلا تشربه يا سليمان لو كان الدار لى أو الحكم لقتلت بايعه و لجلدت شاربه. ضعيفة لسهل و محمد ابن إسماعيل الرازى.

كا. الحسين القلانسى قال كتبت الى أبي الحسن الماضى ع أسأله عن الفقاع فقال لا تقر به فإنه من الخمر. ضعيفة لمحمد بن سنان و القلانسى. كا. الوشاء قال كتبت إليه -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٥

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

تذكرة

هل تختص حرمة البيع بالمائعات المسكرة كما يظهر من المصنف أم نعم جميع المسكرات و لو كانت من الجوامد خلاف، ربما يقال بالثاني لوجوه:

الأول ان المستفاد من كلام بعض اللغويين [١] هو أن الخمر ما يخامر العقل و يخالطه فتشمل المسكرات الجامدة أيضا. و فيه انه لا نسلم اعتبار قول اللغوى خصوصا في مثل المقام من جهة العلم بعدم صحة صدق الخمر على المجامد، على أن الظاهر من كلام تاج العروس [٢] هو ذلك أيضا فإنه ذكر الخلاف في اختصاص الخمر بما أسكر من عصير العنب خاصة و فى عموم المسكر من عصير كل شىء، و أما المسكر الجامد فخارج عن محل الخلاف.

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

يعنى الرضا ع أسأله عن الفقاع قال فكتب حرام و هو خمر و من شربه كان بمنزلة شارب الخمر قال و قال أبو الحسن الأخير ع لو أن الدار دارى لقتلت بايعه و لجلدت شاربه و حده حد شارب الخمر و هى خمره استصغرها الناس. موثقة. راجع ج ٢ كا باب الفقاع ص ١٩٧، و ج ٢ التهذيب الأشربة ص ٣١٣، و ج ١١ الوافي باب ١٦٢ الفقاع ص ٨٨، و ج ٣ ثل باب ٢٧ تحريم الفقاع من الأشربة المحرمة.

[١] فى ج ٣ تاج العروس ص ١٨٧ و اختلف فى وجه تسمية الخمر فقليل لأنها تخمر العقل و تستره، أو لأنها تخامر العقل أى تخالطه كما فى الحديث، و فى المصباح الخمر اسم لكل مسكر خامر العقل. و فى مفردات الراغب و الخمر و سميت لكونها خامرة لمقر العقل و هو عند بعض الناس اسم لكل مسكر و عند بعضهم اسم للمتخذ من العنب و التمر.

[٢] فى ج ٣ تاج العروس ص ١٨٧ و الخمر ما أسكر من عصير العنب خاصة أو عام أى ما أسكر من عصير كل شىء و العموم أصح.
 [٣] ضعيفة لعبد الرحمن بن زيد و أبيه و أحمد بن الحسن الميثمى و عطا بن يسار، راجع ج ٢ كا باب تحريم كل مسكر من الأشربة
 ص ١٩٣، و ج ٢ التهذيب الأشربة ص ٣١٠، و ج ١١ الوافى باب ١٥٦ حرمة كل مسكر من المشارب ص ٨٢، و ج ٣ ثل باب ١٥
 تحريم كل مسكر من الأشربة المحرمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٦

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

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

و فيه أن الاستدلال بها متوقف على أن تكون الرواية كما نقله التهذيب المطبوع و بعض نسخ الوسائل بأن يكون لفظ المسكر معطوفا
 على النيذ، و أما إذا كان وصفا له بإسقاط الواو بينهما كما فى غير نسخة التهذيب و بعض نسخ الوسائل فهى لا محالة تسقط عن
 الدلالة، إذا عرفت ذلك فاعلم انه و إن كان لفظ المسكر معطوفا على النيذ فى رواية التهذيب إلا أنها مذكورة فى الوافى و الكافى
 بدون العطف بل بالتوصيف، فترجيحهما على نسخة التهذيب من الوضوح بمكان و لو مع دوران الأمر بين الزيادة و النقيصة، و يؤيد
 ذلك ما فى رواية الخصال على ما فى الوسائل من جعل لفظ المسكر وصفا للنيذ.

تبصرة

لا- يخفى عليك أنه لا- يبعد اختصاص الروايات بما كان المطلوب منه الشرب و الإسكار، و أما لو كان الغرض منه شىء آخر و لم
 يكن معدا للإسكار عند العرف و لو كان من أعلى مراتب المسكرات كالمابع المتخذ من الخشب أو غيره المسمى بلفظ (أكل) لأجل
 المصالح النوعية و الأغراض العقلانية، فلا يحرم بيعه لانصراف أدلة حرمة بيع الخمر عنه وضعا و تكليفا كانصراف أدلة عدم جواز
 الصلاة فيما لا يؤكل لحمه عن الإنسان.

قوله: و فى بعض الأخبار يكون لى على الرجال دراهم.

أقول قد ورد فى جملة من

[١] كا. قال سألت أبا جعفر «ع» عن الغلول قال كل شىء غل من الامام فهو سحت و السحت أنواع كثيرة منها ثمن النيذ المسكر.
 ضعيفة لسهل بن زياد.

يب عنه «ع» و السحت أنواع كثيرة منها ثمن النيذ و المسكر. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع ج ١ كا باب ٤٢ السحت ص ٣٦٣، و ج
 ٢ التهذيب المكاسب ص ١١٠، و ج ١٠ الوافى باب ٤٣ السحت ص ٣٢ و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به
 [٢] فى ج ٢ ثل الباب ٣٢ المذكور و فى ج ٢٣ البحار ص ١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٧

الروايات جواز تخليل الخمر بمعالجتها بالملح و نحوه، و عليه تحمل الرواية ابن أبى عمير [١] الظاهرة فى جواز أخذ الخمر من الغريم
 لاستيفاء الدين منه و إفسادها بعد الأخذ، و يؤيد ذلك الحمل تفسير على بن حديد الإفساد فيها بالتخليل.

قوله: و المراد به إما أخذ الخمر مجانا.

أقول حمل الرواية بنحو المانعة الخلو إما على أخذ الخمر مجانا ثم تخليلها، أو أخذها و تخليلها لصاحبها ثم أخذ الخل و فاء عن

الدرهم، لا يستقيم، أما الوجه الأول فلأن أخذها مجانا ثم تخليلها لا يوجب سقوط الدين عن الغريم و هي صريحة في حصول الوفاء بمجرد الأخذ، و أما الوجه الثاني فهو خلاف ظاهر الرواية فإن الموجود فيها ليس إلا كون استيفاء الدين بالخمير نفسها، على أن المالك لم يعط الخل وفاء عن الدرهم و إنما أعطى الخمر لذلك فقط، إذن فيحتاج أخذ الخل كذلك إلى إذن جديد من المالك، و الرواية صريحة في خلافه.

لا يتوهم أن الرواية ظاهرة في جواز اشتراء الخمر بقصد التخلييل فرفع اليد بها عن ظهور ما يدل على حرمة بيعها مطلقا وضعا و تكليفا، و عليه فتختص حرمة بيع الخمر بغير هذه الصورة، فإن هذا التوهم فاسد لكونها أجنبية عن قضية البيع و الشراء و إنما هي راجعة إلى جواز أخذ الخمر من المديون مسلما كان أو كافرا وفاء عن الدين إذا كان الأخذ بقصد التخلييل و الإفساد، نعم لو التزمت بما التزم به المصنف فيما تقدم من أن (معنى حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر) و أن (ظاهر أدلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمة أما لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة) لتوجه القول بجواز بيع الخمر و شرائها بقصد التخلييل و لكنك عرفت ما فيه من الوهن.

تنبيه

قد تقدم في بيع الخنزير ظهور رواية منصور و غيرها في صحة بيع الدمى خمره و خنازيره

[١] ابن أبي عمير و علي بن حديد عن جميل قال قلت لأبي عبد الله «ع» يكون لي على الرجل الدرهم فيعطيني بها خمرا فقال خذها ثم أفسدها قال علي (ابن حديد) و اجعلها خلا موثقة. راجع ج ٢ التهذيب الأشربة ص ٣١١، و ج ١١ الوافي باب ١٦٥ الخمر يجعل خلا ص ٩١، و ج ٣ ثل باب ٣١ عدم تحريم الخل من الأشربة المحرمة، و في الوافي بعد ما نقل الرواية قال زاد علي بن حديد في حديثه قوله و اجعلها خلا و ربما يوجد في بعض النسخ «نسخة التهذيب» لفظة عليه السلام و كأنه من غلط الناسخ و ذهاب و همه إلى أمير المؤمنين «ع» ثم لا يخفى أن نسبة التفسير إلى ابن أبي عمير كما في المتن ناشئ من سهو القلم
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٨

من ذمى آخر، فيقيد بها ما يدل على حرمة بيع الخمر و كون ثمنها سحتا، و عليه فتقلب النسبة و يكون ما يدل على المنع أخص مما يدل على الجواز مطلقا كروايتي محمد بن مسلم و زرارة المتقدمتين في ذلك البحث، إذن فنحمل المطلق على المقيد فتصير النتيجة أنه يجوز للذمي أن يبيع خمره من ذمى آخر.

جواز بيع المتنجس

إشارة

قوله: يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة الغير القابلة للطهارة.

أقول المشهور بين الخاصة و العامة [١] حرمة المعاوضة على الأعيان المتنجسة الغير القابلة للتطهير، قال في التذكرة «١» ما عرضت له النجاسة ان قبل التطهير صح بيعه و يجب إعلام المشتري بحاله، و ان لم يقبله كان كنجس العين.
و قال في المبسوط «٢» ما حاصله ان كان المتنجس جامدا و كان النجاسة العارضة رقيقة و غير مانعة عن النظر اليه جاز بيعه و إلا فلا يجوز، و ان كان مائعا فإن قبل التطهير صح بيعه و إلا فلا يصح. بل في بعض الحواشي ان هذا الحكم مما لا خلاف فيه بل هو مما قام عليه الإجماع و الاشكال في كونه مجمعا عليه.

ثم ان محصل كلام المصنف ان المتنجس إذا توقف الانتفاع به بالمنافع المحللة على الطهارة نظير المائعات المتنجسة المعدة للشرب و المأكولات المتنجسة المعدة للأكل، فإن بيعه لا يجوز للأخبار العامة المتقدمة، لظهورها في أن حرمة الشيء تستلزم حرمة بيعه و ثمنه و من هذا القليل المتنجس، و ان لم يتوقف الانتفاع به على الطهارة أو كان قابلاً للتطهير مع توقف الانتفاع به عليها فان بيعه يجوز، نعم لا يجوز الاستدلال بقوله «ع» في رواية تحف العقول (أو شيء يكون فيه وجه من وجوه النجس) على حرمة بيعه، لان الظاهر من وجوه النجس العنوانات النجسة فإن وجه الشيء إنما هو عنوانه فلا يشمل الأعيان المتنجسة فإن النجاسة فيها ليست إلا أمراً عرضياً فلا تكون وجهها و عنوانها لها.

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ عن المالكية لا يصح بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره على المشهور، أما الذي يمكن تطهيره فإنه يجوز بيعه مع الإعلام بالنجاسة و إلا فللمشترى حق الخيار. و عن الحنابلة لا يصح بيع الدهن المتنجس أما النجس الذي يمكن تطهيره فان بيعه يصح. و عن الحنفية يصح بيع المتنجس و الانتفاع به في غير الأكل.

(١) ج ١ ص ٣ من البيع.

(٢) في حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٨٩

و فيه مضافاً الى ما تقدم في تلك الروايات من ضعف السند و الدلالة و عدم انجبارهما بشيء انه إن كان المراد بالحرمة فيها هي الحرمة الذاتية فلا- تشمل المتنجس، بدهاء أنها مختصة بالأعيان النجسة، إذن فيكون المتنجس خارجاً عنها بالتخصيص، و إن كان المراد بها ما يعم الحرمة الذاتية و الحرمة العرضية فيلزم على المصنف أن لا يفرق حينئذ بينما يقبل التطهير و ما لا يقبله، فان موضوع حرمة البيع على هذا التقدير ما يتصف بالنجاسة سواء كانت ذاتية أم عرضية، فإمكان التطهير لا يؤثر في زوال الحرمة الفعلية عن موضوعها الفعلي، و مع الإغضاء عما ذكرناه لا دلالة فيها على حرمة بيع المتنجس لأنه ان كان المراد بالحرمة فيها حرمة جميع منافع الشيء أو منافعه الظاهرة فلا تشمل المتنجس، ضرورة جواز الانتفاع به في غير ما يتوقف على الطهارة كاطعامه الصبي لو قلنا بجوازه أو البهائم أو ينتفع به في غير ذلك من الانتفاعات المحللة، و إن كان المراد بها حرمة الأكل و الشرب فقط فإنها لا نستلزم حرمة البيع لما عرفت مراراً من أنه لا ملازمة بين حرمة الأكل و الشرب و بين حرمة البيع فان كثيراً من الأشياء يحرم أكلها و شربها و مع ذلك يجوز بيعها، و أما دعوى الإجماع التعبدى على ذلك فجرافية فان مدرك المجمعين هي الوجوه المذكورة على حرمة بيع المتنجس.

جواز بيع السباع و المسوخ الا القرد

قوله: قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها.

أقول أما المسوخ فالمشهور بين أصحابنا و بين العامة [١] حرمة بيعها، بل في المبسوط «١» ادعى الإجماع عليها و على حرمة الانتفاع بها، و في الخلاف «٢» دليلنا على حرمة بيعها إجماع الفرق و قوله (ص): ان الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه و هي محرمة الأكل فيحرم ثمنها، و عن بعض فقهاءنا انه لا يجوز بيعها لنجاستها، فالمتحصل من كلماتهم انه لا يجوز بيع المسوخ، لحرمة لحمها، و عدم وجود النفع فيها، و نجاستها و قيام الإجماع على حرمة التكبس بها، و الكل ضعيف، أما الحرمة فلا ملازمة بينها و بين حرمة البيع كما تقدم، و أما النجاسة فأيضاً كذلك لو سلمنا نجاسة جميع أفراد المسوخ، و أما عدم النفع فيها ففيه مضافاً الى عدم اعتبار المالية في العوضين و كفاية

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنابلة يجوز بيع سباع البهائم كالفيل والسبع ونحوهما، وكك عن الحنفية، وفي ج ١ الخلاف للشيخ ص ٢٢٥ عن الشافعية كلما ينتفع به يجوز بيعه مثل القرد والفيل وغير ذلك.

(١) في التجارة في حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

(٢) ج ١ ص ٢٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٠

الأغراض الشخصية في خروجها عن السفهية، أنه لا شبهة في جواز الانتفاع بها منفعة محللة أما الإجماع فنمنع كونه تعدياً و كاشفاً عن رأى الحجة «ع» بل هو كسائر الإجماعات المنقولة في المسائل المتقدمة في استناده الى المدارك المعروفة، و يؤيد ذلك ما ورد في بعض الروايات [١] من جواز بيع عظام الفيل.

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

و أما السباع فلا- شبهة في جواز بيعها لجواز الانتفاع بها بالاصطيد و نحوه و كذلك الانتفاع بجلودها على ما ورد في جملة من الروايات «١» بل في حديث [٣] جواز بيع الفهود و في آخر «٢» جواز بيع الهر و في الثالث [٤] جواز بيع جلود النمر و في رواية على بن جعفر [٥] جواز بيع جلود السباع و الانتفاع بها مطلقاً.

[١] عبد الحميد بن سعيد قال سألت أبا إبراهيم «ع» عن عظام الفيل يحل بيعه أو شرائه الذي يجعل منه الأمشاط فقال لا بأس قد كان لأبي منه مشط أو أمشاط. مجهولة لعبد الحميد راجع ج ١ كا باب ١٠٣ من المعيشة ص ٣٩٣، و ج ٢ التهذيب ص ١١٢، و ج ١٠ الوافي باب ٤٣ من المكاسب ص ٤١، و ج ٢ ثل باب ٦٦ جواز بيع عظام الفيل مما يكتسب به.

[٢] مسمع عن أبي عبد الله «ع» قال ان رسول الله (ص) نهى عن القرد أن تشتري أو تباع. ضعيفة لسهل و محمد بن الحسن بن شمون. راجع الأبواب المتقدمة من الكتب المذكورة، و في ج ٢ المستدرک ص ٤٢٦ عن الجعفریات من السحت ثمن القرد. موثقة.

[٣] عيص بن القاسم قال سألت أبا عبد الله «ع» عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس التجارة فيها قال نعم. موثقة. راجع الأبواب المزبورة من كا و يب و الوافي و ثل.

[٤] أبو مخلد السراج قال كنت عند أبي عبد الله «ع» (فدخله رجلان) فقال أحدهما اني رجل سراج أبيع جلود النمر فقال مدبوغة هي قال نعم قال ليس به بأس. ضعيفة لأبي مخلد راجع ج ٢ ثل باب ٤٧ مما يكتسب به، و الأبواب المذكورة من يب و كا و الوافي.

[٥] على بن جعفر في كتابه عن أخيه قال سألته عن جلود السباع و بيعها و ركوبها أ يصلح ذلك قال لا بأس ما لم يسجد عليها. موثقة. راجع ج ٢ ثل باب ٦٧ جواز بيع جلد غير مأكول اللحم مما يكتسب به.

(١) منها موثقة سماعه المتقدمة في ص ٧.

(٢) في موثقة عبد الرحمن لا بأس بثمن الهر. و سند كرها في بيع كلاب الصيد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩١

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

- [١] فى ج ٢ المستدرک ص ٤٢٦ عن الجعفریات من السحت ثمن جلود السباع. موثقة.
و فى ص ٤٣٦ عن دعائم الإسلام عن على «ع» قال من السحت ثمن جلود السباع. مرسله.
[٢] راجع ج ٦ سنن البيهقى ص ١٠ و فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنابلة و هل يصح بيع الهر خلاف و المختار انه لا يجوز.

[أما المستثنى من الأعيان المتقدمة]

جواز بيع العبد الكافر

قوله: يجوز بيع المملوك الكافر أصليا كان أم مرتدا مليا.

أقول إن المماليك من الكفار على أقسام ثلاث، فان كفرهم إما أصلى أو عرضى، و على الثانى فاما أن يعرضهم الكفر بارتدادهم عن الملة و إما أن يعرضهم ذلك بارتدادهم عن الفطرة، أما الكافر الأصلى و المرتد الملى فيجوز بيعهما بلا اشكال بل فى المتن (بلا خلاف ظاهر بل ادعى عليه الإجماع و ليس ببعيد) و لا يتوجه الاشكال على هذا الرأى من ناحية الأخبار العامة المتقدمة لما عرفت من وهنها، و لا من ناحية النجاسة فإن الكافر و إن كان من الأعيان النجسة و يشمله قوله «ع» فى رواية تحف العقول (أو شىء من وجوه النجس) إلا- أن جميع منافعه غير متوقفة على الطهارة بل يجوز الانتفاع به فى غير ما اعتبرت فيه الطهارة، و الرواية لضعف سندها لا تصلح للمانعية، و توهم قيام الإجماع على عدم الجواز، إنما هو توهم فاسد، إذ مع كثرة المخالف و دعوى انعقاد الإجماع على الجواز لا- يبقى مجال لهذا التخيل، بل من القريب جدا أن يكون مدرک توهم الإجماع تلك الأخبار العامة، إذن فتكون المعاوضة على المملوك الكافر الأصلى و المرتد الملى مشمولة للعمومات و هذا مضافا الى ما يظهر من جملة من الروايات [٣] جواز بيع المملوك الكافر

[٣] إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن «ع» فى شراء الروميات قال اشترهن و بعهن موثقة. إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد الله «ع» عن شراء مملوكى أهل الذمة إذا أقرروا لهم بذلك فقال إذا أقرروا لهم بذلك فاشتر و انكح. مرسله.

رفاعة النحاس قال قلت لأبى الحسن الرضا «ع» إن الروم يغيرون على الصقالبة فيسرقون أولادهم من الجوارى و الغلمان فيعمدون الى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم الى بغداد الى التجار فما ترى فى شرائهم و نحن نعلم انهم قد سرقوا و إنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم فقال لا بأس إنما أخرجوهم من الشرك الى الإسلام. ضعيفة لسهل بن زياد. الصقالبة بالسين و الصاد جيل من الناس حمر الألوان كانوا بين بلغر و قسطنطينية. زكريا بن آدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٢

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

و فيه مضافا الى منع مانعية النجاسة عن البيع، انه لو كان جواز بيعه مبنيا على زوال نجاسته بالتوبة لما كان فرق بين أقسام الكفار فى ذلك، سواء كان كفرهم أصليا أم عرضيا و سواء كان عروضه بالارتداد عن الملة أم عن الفطرة، و سواء تقبل توبتهم أم لم تقبل، و ذلك لما عرفت فى بيع المتنجس ان فعلية الحكم إنما هى بفعلية موضوعه، فإذا قلنا بمانعية النجاسة عن البيع كانت مانعة عنه بوجودها الفعلى سواء كانت قابلة للزوال أم لا- كيف فإنه بعد صيرورة الموضوع فعليا من جميع الجهات فتلك القابلية لا تؤثر فى انفكاك

الحكم عنه على أن إمكان طهره بالتوبة لا يستلزم تحقق الطهارة لاحتمال أن لا يتوب و لا يخرج الإمكان الاستقبالي من القابلية إلى الفعلية. إذن فلا تمنع النجاسة عن بيع العبد إذا ارتد عن الفطرة.

و أما الوجه الثاني فربما يقال بأن النجاسة و إن لم تكن مانعة عن البيع إلا أن العبد بارتداده عن الفطرة يخرج عن الملية لوجوب قتله و إن تاب، إذن فيكون في معرض التلف، و كذلك المرتد الملى إذا لم يتب، و من هنا استشكل غير واحد من أعظم الأصحاب في رهن الفطرى بدعوى أن الغرض من الرهانة هي الوثاقة فهي منتفية فيه.

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

قال سألت الرضا «ع» عن قوم من العدو الى أن قال و سألت عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض و يغيرون المسلمون عليهم بلا إمام أ يحل شرائهم قال إذا أفرأ بالعبودية فلا بأس بشرائهم. مجهولة لمحمد بن سهل. راجع ج ١ كا باب ٩٣ من المعيشة ص ٣٨٨، و ج ٢ التهذيب بيع الحيوان ص ١٣٧، و ج ١٠ الوافي باب ٤٠ بيع الرقيق ص ٣٩، و ج ٢ ثل باب ١ جواز الشراء من رقيق أهل الذمة و باب ٢ من بيع الحيوان.

(١) ص ٤ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٣

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

جواز بيع كلب الصيد

إشارة

قوله: يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش فى الجملة بلا خلاف ظاهر.

أقول حيث لم يكن غير كلب الهراش من أقسام الكلاب على إطلاقه مما قام الإجماع على جواز بيعه، فجعل المصنف الجواز المقيد بالإجمال موردا لعدم الخلاف. فإنك ستعرف وقوع الخلاف فى بيع كلب الماشية و الحائض و الزرع.

ثم ان تحقيق هذه المسألة فى ضمن جهات الجهة الأولى الظاهر أنه لا خلاف بين الإمامية فى جواز بيع كلب الصيد الذى اتصف بملكه الاصطياد، و يطلق عليه الصيود بالحمل الشائع فى الخلاف «١» دليلنا إجماع الفرقة، بل دعوى الإجماع المحصل عليه فضلا عن الإجماع المنقول غير جزافية، إلا ما نسب الى ابن أبى عقيل من المنع عن بيع الكلب على إطلاقه استنادا الى العمومات، و ما يظهر من النهاية «٢» من قصر جواز التكسب به على السلوقى و الماشية و الزرع، إلا أنك قد عرفت فى بيع الكلب الهراش أن المطلقات و إن كانت متظافرة و لكنها قيدت بالروايات الخاصة التى تدل على جواز بيع الصيود من الكلاب سلوقيا كان أم غير سلوقى و سندكرها فى الجهة الثانية، نعم عن أكثر العامة انه لا يجوز بيع الكلب و لو كان كلب صيد كما تقدم.

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

وفيه مضافا الى كون الروايات خالية عن ذكر السلوقى، و كثرة الاصطياذ بغيره و ان كان أقل بالنسبة اليه، و ان المراد بالسلوقى هو مطلق كلب الصيد و ان كان من غير جنسه كما صرح به غير واحد من الأعاظم، أنه يرد عليه ما فى المتن من (عدم الغلبة المعتد بها على فرض تسليم

(١) ج ١ ص ٢٢٤.

(٢) أول المكاسب.

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٤

كون مجرد غلبة الوجود من دون غلبة الاستعمال منشأ للانصراف) و عليه فلا مجال لتخصيص جواز البيع بالسلوقى فقط. ثم أجاب عنه المصنف ثانيا و قال (مع أنه لا يصح فى مثل قوله ثمن الكلب الذى لا يصيد أو ليس بكلب الصيد لأن مرجع التقييد إلى إرادة ما يصح عنه سلب صفة الاصطياذ) و حاصل كلامه ان الكلب و ان كان طبيعة واحدة نعم جميع افراد الكلاب و تصدق عليها صدق الكلى على جزئياته و الطبيعى على أفرادها، إلا أن لحاظ تلك الطبيعة عند جعلها موردا للحكم مع وصف الاصطياذ تارة و بدونه اخرى، يستلزم انقسامها الى قسمين متضادين، و على هذا فيتقابل كلب الصيد و كلب الهراش تقابل التضاد كما هو الشأن فى كل ماهية ملحوظة مع الأوصاف الخارجية المشخصة تارة و بدونها أخرى، إذن فلا يصغى الى دعوى الانصراف بوجه لاستلزامه اتحاد المتضادين و وحدة المتقابلين فهو محال.

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

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

و ربما يقال فى وجه الصحة فيهما. بأن الأخبار الواردة فى بيع الكلاب على ثلاث طوائف أما الطائفة الأولى فتدل على حرمة بيع الكلاب على وجه الإطلاق كالمطلقات و قد تقدمت جملة منها فى بيع الكلب الهراش و سمعت ان أكثرها ضعيفة السند.

و أما الطائفة الثانية [١] فتدل على جواز بيع ما كان صيودا بالفعل و متصفا بملكة

[١] كا و يب. أبو عبد الله العامرى قال سألت أبا عبد الله «ع» عن ثمن الكلب الذى لا يصيد فقال سحت فأما الصيود فلا بأس. مجهولة لقاسم بن وليد.

يب. محمد بن مسلم عن أبى عبد الله «ع» قال ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت ثم قال و لا بأس بثمن الهر. موثقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٥

الاصطياذ سواء كان سلوقيا أم غير سلوقى.

و أما الطائفة الثالثة [١] فتدل على جواز بيع كلب الصيد كمرسله الصدوق و غيرها، و المحتمل فى الطائفة الأخيرة منها ثلاثة: الأول ان يكون المراد بكلب الصيد ما كان صيودا بالفعل و كلب صيد بشخصه و واجدا للملكة الاصطياذ بنفسه، فيكون الغرض من المركب

هي اضافة الشخص الى وصفه، وحينئذ فترجع هذه الطائفة إلى الطائفة الثانية و يجرى فيها الاشكال المتقدم أيضا من دعوى انصرافها إلى السلوقى مع جوابها، و عليه فنقيد بها و بالطائفة الثانية الطائفة الأولى، فتصير النتيجة ان غير الصيود من الكلاب لا يجوز بيعه. الثانى أن يراد به نوع كلب الصيد و ان لم يتصف بعض أفراده بملكة الاصطياد، و عليه فتختص هذه الطائفة الأخيرة بالسلوقى فقط، فتكون النسبة بينها و بين الطائفة الثانية هو العموم من وجه، إذ قد يكون الكلب صيودا و لا- يكون من أفراد الكلاب السلوقية و قد يكون من أفرادها و لا يكون صيودا بالفعل كالغير المعلم من السلوقى، و قد يجتمعان و حينئذ فيجوز تخصيص العمومات بكل من الطائفة الثانية و الثالثة بناء على ما نقحناه فى الأصول من جواز تخصيص العام بالخاصين بينهما عموم من وجه، كما إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم الفساق منهم و لا تكرم النحويين منهم، فإنه جاز تخصيص أكرم

يب. لىث قال سألت أبا عبد الله «ع» عن الكلب الصيود يباع فقال نعم و يؤكل ثمنه موثقه. يب. عن أبى بصير عن أبى عبد الله «ع» قال رسول الله (ص) و ثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت. ضعيفة لقاسم بن محمد. راجع ج ١ كا باب ٤٢ السحت ص ٣٦٣، و ج ٢ التهذيب باب المكاسب ص ١٠٧ و بيع الخمر ص ١٥٥ و كتاب الصيد ص ٣٠٢، و ج ١٠ الوافى باب ٣٩ بيع الخمر ص ٣٩ و باب ٤٣ أنواع السحت ص ٤١، و ج ٢ ثل باب ٤٢ تحريم بيع الكلاب مما يكتسب به.

[١] يب. أبو بصير قال سألت أبا عبد الله «ع» عن ثمن كلب الصيد قال لا بأس بثمنه و الآخر لا يحل ثمنه. ضعيفة لقاسم بن محمد. الصدوق قال قال «ع» و ثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت. مرسله. راجع ج ٢ يب ص ١٠٧، و ج ١٠ الوافى ص ٥٢، و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة و باب ٤٢ تحريم بيع الكلاب مما يكتسب به، و فى دعائم الإسلام عن على «ع» انه قال لا بأس بثمن كلب الصيد. و فى فقه الرضا و ثمن الكلب سحت إلا كلب الصيد. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٣٠. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٦

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

الثالث أن يراد به ما يكون بينه و بين الصيد نسبة و علاقة، بدعوى كفاية أدنى الملابس فى صحة الإضافة كما هو الظاهر و الموافق للاستعمالات الدائرة بين المحاورين، ضرورة ان جملة كلب الصيد فى اللغة العربية لم توضع لمعنى خاص بل أطلقت على حصة من الكلاب بوجه من المناسبة و بعلاقة الملابس، كيف فإنها ترادف فى اللغة الفارسية بلفظ (سك شكارى) و لا يعتبرون فى صحة ذلك الإطلاق أزيد من تلك المناسبة الإجمالية، و عليه فالنسبة بينها و بين الطائفة الثانية هو العموم المطلق فإنه على هذا يصح إطلاق كلب الصيد على الصيود مطلقا سلوقيا كان أم غيره و على السلوقى كذلك صيودا كان أم غيره، و على ذلك أيضا فيجوز تخصيص العمومات بهما بناء على جواز تخصيص العام بالخاصين بينهما عموم مطلق كما هو الظاهر على ما حققناه فى محله.

و أظهر المحتملات الثلاث هو الاحتمال الأخير لما عرفت من كفاية أدنى الملابس فى صحة الإضافة ثم الثانى لكثرة إضافة الموصوف الى وصف نوعه و بهذا صح جعله موضوعا للأحكام الشرعية، و أما الاحتمال الأول فغير سديد جزما فان من المستبعد جدا اعتبار الانصاف الفعلى فى صحة إضافة الموصوف إلى الصفة و أن لا يكتفى فيها بأدنى المناسبة، هذا غاية ما يمكن أن يقال فى جواز بيع السلوقى على الإطلاق.

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

و فى المقام ان الظاهر من قوله «ع» فى الطائفة الثانية (ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت) (و أما الصيود فلا بأس) هو ان غير الصيود من

الكلاب يحرم بيعه و ان كان سلوقيا، فيشارك العام بمقتضى اشتماله القيد العدمي، كما ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فى الطائفة الثالثة (و لا بأس بثمان كلب الصيد و الآخر لا يحل ثمنه) هو انه كلما كان كلب صيد بنوعه جاز بيعه صيودا كان أم لم يكن، و أما غير كلب الصيد فلا يجوز بيعه و إن كان صيودا، فيتعارضان فى الصغير و الكبير غير المعلمين من السلوقى على الاحتمال الثالث من دعوى العموم المطلق بين الخاصين، و فى الصيود من غير السلوقى أيضا على الاحتمال الثانى من دعوى العموم من وجه بينهما، فصارت النتيجة على الاحتمال الثالث ان غير الصيود من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٧

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

حرمة بيع كلب الحراسة

قوله الثالث كلب الماشية.

أقول: هذه هى الجهة الثالثة من الكلام، الظاهر انه لا شبهة فى حرمة بيع الكلاب الثلاثة: أى كلب الماشية، و كلب الحائط، و كلب الزرع، و يسمى كل واحد منهما بالكلب الحارس، و هذا هو المشهور بين القدماء، و قد دلت عليه العمومات المتقدمة، كما ان المشهور بين الشيخ (ره) و من تأخر عنه الجواز.

و قد استدل عليه بوجه: الوجه الأول، دعوى الإجماع عليه كما يظهر من العلامة فى التذكرة على ما حكاه المصنف (ره) قال: (يجوز بيع هذه الكلاب عندنا) و لكننا لم نجد ذلك فى التذكرة. نعم ذكر الشيخ (ره) فى الخلاف «١»: ان (بيع هذه الكلاب يجوز عندنا و ما يصح بيعه يصح إجارته بلا خلاف). و المحكى عن حواشى الشهيد: (ان أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة). و ظاهر هذه العبارة عدم وجود القول بالفرق بين الكلاب الأربعة فى جواز البيع و عدمه.

و فيه ان ذلك معارض بدعوى الإجماع على حرمة بيعها، على ان دعواه فى مثل هذه المسألة المختلف فيها من الصعب المستصعب خصوصا مع عدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى الحجة لاحتمال ان المجمعين قد استندوا الى المدارك المعلومة المذكورة فى المقام.

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

إلا أن يكون نظره الشريف فى ذلك الى العامة، فقد عرفت فى بيع كلب الهراش: ان طائفة منهم كالحنابلة و الشافعية و بعض فرق المالكية ذهبوا الى ان بيع الكلاب مطلقا لا يصح حتى كلب الصيد و طائفة أخرى منهم كالحنفية و بعض آخر من المالكية ذهبوا الى صحة بيعها مطلقا حتى كلب الحراسة. أو يكون نظره الى جواز الانتفاع بها مطلقا و عدم جوازه كذلك، فان الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم لم يفرقوا فى ذلك بين الكلاب الأربعة.

الوجه الثانى: ان ثبوت الدية على قاتلها فى الشريعة المقدسة يدل على جواز المعاوضة عليها و الى هذا أشار العلامة فى المختلف «٢» و قال: (و لأن لها ديات منصوبة، فتجوز المعاوضة

(١) ج ١ كتاب الإجارة ص ٢٧٦.

(٢) ج ٢ ص ١٦٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٨

عليها). و قدرت هذه الديق في كلب الماشية بكبش، أو بعشرين درهما، و في كلب الحائظ بعشرين درهما، و في كلب الزرع بقفيز من طعام.

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

الوجه الثالث: انه لا شبهة في جواز إجارتها لحفظ الماشية و الحائظ و الزرع اتفاقا كما في المتن، فيجوز بيعها لوجود الملازمة بينهما، و الى هذا الدليل أشار العلامة أيضا في المختلف «١» و قال: (و لأنه يجوز إجارتها فيجوز بيعها) و فيه انه لا ملازمة شرعية بين صحة الإجارة و صحة البيع، فإن إجارة الحر و أم الولد جائزة بالاتفاق و لا يجوز بيعهما، كما لا ملازمة بين صحة البيع و صحة الإجارة، فإن بيع الشعير و الحنطة و عصير الفواكه و سائر المأكولات و المشروبات جائزة اتفاقا، و لا تصح إجارتها فإن من شرائط الإجارة ان العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، و الأمور المذكورة ليست كذلك.

و بعبارة اخرى ان جواز بيع الكلاب و عدمه من الأحكام الشرعية و هي أمور توقيفية فلا محيص عن اتباع أدلتها، فإن كان فيها ما يدل على جواز بيعها أخذ به، و إلا فالعمومات الدالة على المنع متبعة.

الوجه الرابع: ما ذكره العلامة أيضا في المختلف «٢» من انه (إذا جاز بيع كلب الصيد جاز بيع باقى الكلاب الأربعة، و الأول ثابت إجماعا فكذا الثانى، بيان الشرطية: ان المقتضى للجواز هناك كون المبيع مما ينتفع به، و ثبوت الحاجة الى المعاوضة، و هذان المعنيان ثابتان في صورة النزاع فيثبت الحكم علماء بالمقتضى السالم عن المعارض إذا الأصل انتفائه). و زاد عليه بعض أصحابنا: ان ما يترتب على الكلاب الثلاثة من المنافع أكثر مما يترتب على كلب الصيد، فإذا جاز بيعه كان بيع تلك الكلاب الثلاثة أولى بالجواز. و فيه انه قياس واضح، فقد نهينا عن العمل به في الشريعة المقدسة، بالأدلة القاطعة، و عليه فلا وجه لرفع اليد عن العمومات إلا في الكلب الصيد.

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

(١) الموضع المتقدم.

(٢) الموضع المتقدم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٩٩

فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريتته) وجدنا ان النسبة بينهما هي العموم من وجه، فان العمومات تقتضى حرمة بيع الكلاب كلها، و إنما خرج منها بيع كلب الصيد فقط للروايات الخاصة، و هذه الفقرة من رواية تحف العقول تقتضى صحة بيع كلما كان فيه جهة صلاح، فتشمل بيع كلب الماشية و كلب الحائظ و كلب الزرع أيضا، لجواز الانتفاع بها في الحراسة، و بعد سقوطهما المعارضة يرجع في إثبات الجواز التكليفى إلى أصالة الإباحة، و في إثبات الجواز الوضعى إلى عمومات صحة البيع و التجارة عن تراض.

و فيه أولا: انا لو أغمضنا عما تقدم في رواية تحف العقول. فإنها لا تقاوم العمومات المذكورة في خصوص المقام، لأن كثرة الخلاف هنا مانعة عن انجبار ضعفها بعمل المشهور.

و ثانيا: انه لا مناص من ترجيح العمومات عليها، إذ قد بينا في علم الأصول: ان من جملة المرجحات عند معارضة الدليلين بالعموم من

وجه ان يلزم من العمل بأحدهما إلغاء الآخر من أصله، و إسقاط ما ذكر فيه من العنوان عن الموضوعية، و حينئذ فلا بد من العمل بالآخر الذى لا يلزم منه المحذور المذكور، و فى المقام لو عملنا برواية تحف العقول للزم من ذلك إلغاء العمومات على كثرتها، و لسقط عنوان الكلب المذكور فيها عن الموضوعية لخروج الكلب الصيد منها بالروايات الخاصة كما عرفت، و لو خرجت الكلاب الثلاثة منها بالرواية المذكورة لما بقى تحتها إلا الكلب الهراش فقط. و يكفى فى المنع عن بيعه عدم وجود النفع فيه، فلا يحتاج الى تلك العمومات المتظافرة، و يلزم المحذور المذكور، و اما إذا علمنا بالعمومات، و رفعنا اليد عن الرواية فإن المحذور لا يتوجه أصلاً، لأن ما فيه جهة صلاح من الأشياء لا ينحصر فى الكلاب الثلاثة.

و نظير ذلك المعارضة بين ما ورد [١] من الأمر بغسل الثوب من أبواب ما لا يؤكل لحمة و ما ورد [٢] من نفي اليأس عن بول الطير و خرثه، فإننا لو قدمنا الخبر الأول، و حكمنا

[١] عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله «ع»: اغسل ثوبك من أبواب ما لا يؤكل لحمة. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع ج ١ ثل باب ٨ نجاسة البول من أبواب النجاسات و ج ١ التهذيب باب تطهير الثياب ص ٧٥، و ج ١ كا باب ٣٧ أبواب الدواب ص ١٨، و ج ٤ الوافى باب التطهير من فضلات الحيوانات ص ٣٠.

[٢] أبو بصير عن ابى عبد الله «ع»: كل شىء يطير فلا بأس ببوله و خرثه. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع ج ١ ثل باب ١٠ حكم ذوق الدجاج من النجاسات، و الأبواب المذكورة من كا و يب و الوافى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٠

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

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

الوجه السادس: ما فى المتن من حكاية رواية ذلك عن الشيخ فى المبسوط، قال: (إنه روى ذلك يعنى جواز البيع فى كلب الماشية و الحائط المنجبر قصور سنده و دلالة- لكون المنقول مضمون الرواية، لا معناها، و لا ترجمتها- باشتهاره بين المتأخرين).

و فيه أن الشهرة بين المتأخرين لا تجبر ضعف الرواية، بل و لم يعلم استنادهم إليها فى فتياهم بالجواز، فلعلمهم استندوا فى ذلك الى الوجوه المذكورة، كما يظهر ذلك ممن يلاحظ كلماتهم على أنه لم يثبت لنا كون المحكى عن الشيخ رواية فضلاً عن انجباره هنا بالاشتهار، و توضيح ذلك: أن ناقل الرواية تارة ينقلها بألفاظها الصادرة عن المنقول عنه، و اخرى بترجمتها بلغة اخرى غير لغة المروى عنه، و ثالثة بمعناها، كما هو المتعارف بين الرواة، خصوصاً فى الأحاديث الطوال التى يعسر حفظ ألفاظها عادة، و رابعة بمضمونها، كما هو المرسوم بين الفقهاء فى مرحلة الإفتاء.

[١] حرير و زرارة انهما قالوا: لا تغسل ثوبك من بول شىء يؤكل لحمة. حسنة لإبراهيم ابن هاشم. راجع ج ١ كا باب ٣٧ أبواب الدواب ص ٢٨. و ج ٤ الوافى باب التطهير من فضلات الحيوانات ص ٣٠ و ج ١ ثل باب ٩ طهارة البول من كل ما يؤكل لحمة من أبواب النجاسات

[٢] محمد بن مسلم عن أبي عبد الله «ع» و سئل عن الماء تبول فيه الدواب و تلغ فيه الكلاب و يغتسل فيه الجنب؟ قال: إذا كان الماء قدر كرم لم ينجسه شيء. مجهولة لمحمد بن إسماعيل النيسابوري. راجع ج ١ كما باب الماء الذي لا ينجسه شيء ص ٢، و ج ١ التهذيب باب المياه ص ١١٧، و باب الأحداث ص ١٢.

(١) راجع ج ١ ثل باب ٨ نجاسة ما نقص عن الكر من أبواب ماء المطلق.

(٢) راجع ج ١ ثل باب ٥ عدم نجاسة الماء الجاري من أبواب ماء المطلق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠١

أما غير القسم الأخير فلا شبهة في شمول أدلة اعتبار الخبر له، كما هو واضح، و أما القسم الأخير فلا تشمل تلك الأدلة قطعا، لانحصارها في الاخبار الحسية، و رأى الفقيه من الأمور الحدسية، فلا يكون حجة لغيره و لغير مقلديه، كما حقق في علم الأصول. و إذا عرفت ذلك اتضح لك أن المحكى عن الشيخ (ره) لا يكون مشمولا لأدلة اعتبار الخبر لأن ظاهره أنه (ره) فهم باجتهاده جواز البيع من الروايات، و أشار إليه بلفظ الإشارة بدهاء أن الامام «ع» لم يبين الحكم على النحو المذكورة في العبارة، و بلفظ الإشارة ابتداء من دون أن يكون مسبوqa أو ملحوقا بكلام آخر يدل عليه، و عليه فلم يثبت كون المحكى رواية حتى ينجبر ضعفها بعمل المشهور، و تكون حجة لنا في مقام الفتوى، نعم لو كانت الرواية بأصلها و أصله إلينا، و قلنا بانجبار ضعف الخبر بشيء لكان لهذه الدعوى مجال واسع هذا كله على تقدير أن يكون المنقول في المتن هو عين عبارة الشيخ (ره). و لكنها ليست ككك، فإنه قال في تجارة المبسوط «١»: (و روى ان كلب الماشية و الحائض كذلك) و على هذا فهي رواية مرسله، و قابلة للانجبار.

و مع ذلك لا يجوز الاستناد إليها أيضا، لما عرفت في البحث عن رواية تحف العقول من منع انجبار ضعف الرواية بشيء صغرى و كبرى. على أن من البعيد جدا بل من المستحيل عادة أن تكون هناك رواية، و لم يظفر عليها غير الشيخ من علماء الحديث، أو وصلوا إليها و لكنهم لم يوردوها في أصولهم المعدة للرواية، حتى هو (ره) في تهذيبه. و المظنون أن الشيخ (ره) اطلع عليها في كتب العامة، و أوردتها في كتابه للمناسبة إلا أن أحاديثهم عن النبي (ص) في النهى عن بيع الكلاب خالية أيضا عن استثناء كلب الماشية و كلب الحائض.

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

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

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٢

ضرورة عدم اختصاص النقلة بقرينة زائدة ليمتازوا بها على غيرهم. و إذن فنسبة المرسله الى العاملين و الناقلين كنسبتها إلينا، لأن مستندهم أجمع هو نقل الشيخ (ره) فقط: فلا يكون عملهم هذا جابرا لو هنها. و يضاف الى ذلك ما قد عرفته مرارا من فساد البناء و المبني، و أن الشهرة لا تجبر ضعف الرواية صغرى و كبرى.

المستفاد من أخبار الباب إنما هو حرمة بيع كلب الماشية و كلب الحائط و كلب الزرع و أما المعاملات الأخرى غير البيع فلا بأس في إيقاعها عليها، كاجارتها، و هبتها، و الصلح عليه بناء على عدم جريان أحكام البيع عليه إذا كانت نتيجة المبادلة بين المالكين، فإن المذكور في تلك الأخبار هي حرمة ثمن غير الصيد من الكلاب، و لا يطلق الثمن على ما يؤخذ بدلا بغير عنوان البيع من المعاملات. ثم لا يخفى: أن اقتناء تلك الكلاب و لو في غير أو ان الاصطياد و الحراسة مما لا إشكال فيه لأنها من الأموال و لو باعتبار الانتفاع بها في وقت الاصطياد و الحراسة، و حرمة بيع هذه الكلاب لا يضر بجواز اقتنائها، إذ لا ملازمة بين حرمة بيع شيء و حرمة اقتنائه و الانتفاع به كيف و إن الانتفاع بها أكثر من الانتفاع بالكلب الصيد، خصوصا لأهل البادية، و أصحاب الماشية و البساطين و الزروع و نحوها، و لم يستشكل أحد في جواز ذلك فيما نعلم، بل ورد في أخبار الفريقين [١] جواز اقتناء الكلاب الأربعة، إلا أن تلحق بالكلب الهراش.

[١] في ج ٢ المستدرک باب ٣٥ كراهة اتخاذ الكلب من أبواب الدواب عن غوالي اللثالي عن النبي (ص) انه قال: من اقتنى كلبا إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع فقد انتقص من أجره كل يوم قيراط. مرسله. أبو الفتوح في تفسير قوله تعالى: (وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ) الآية، رخص النبي (ص) في اقتناء كلب الصيد و كل كلب فيه منفعة مثل كلب الماشية و كلب الحائط و الزرع رخصهم في اقتنائه و نهى عن اقتناء ما ليس فيه نفع، الخبر. مرسله. و في ج ٦ سنن البيهقي ص ٩ عبد الله بن عمر يقول: سمعت رسول الله (ص) يقول: من اقتنى كلبا إلا كلب ضاري لصيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان. و في رواية أخرى قيل لابن عمر: إن أبا هريرة يقول: أو كلب زرع، فقال: إن لأبي هريرة زرعاً. أقول: في هذا الحديث إشارة إجمالية إلى مكانة أبي هريرة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٣

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

و فيه أن غاية ما يستفاد من الرواية هو جواز اقتنائه للانتفاع به في حراسة الماشية و اتصافه بالمالية بهذا الاعتبار، و أما جواز بيعه فلا يستفاد منها، لأنك قد عرفت عدم الملازمة بين كون الشيء مالا، و بين جواز بيعه، و إذن فالرواية من جملة ما يدل على جواز اقتناء كلب الماشية. و من هنا اتضح: أنه لا وجه لقياس ما يحرم بيعه من الكلاب الثلاثة بالخمير لإثبات عدم المالية فيها، لا وجه لذلك لأن الشارع قد ألغى مالية الخمير، بخلاف الكلاب الثلاثة، فإن ماليتها محفوظة في نظر الشارع و إن حرم بيعها.

جواز بيع العصير العنبي إذا غلى و لم يذهب ثلثاه

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

الغليان عبارة عن القلب، كما في رواية الحماد [٢]، قال: (قلت: أي شيء الغليان؟ قال:

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

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

وضع الأحاديث الكاذبة، حسب اقتضاء أغراضه الفاسدة و آرائه الكاسدة.

[١] محمد بن قيس عن أبى جعفر «ع» قال: قال: أمير المؤمنين «ع»: لا خير فى الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشية. صحيحة. راجع ج ٢ كا باب ١٢ الكلاب ص ٢٣٣، و ج ١١ الوافى باب ٢١٢ الكلب ص ١١٧، و ج ٢ ثل باب ٤٣ كراهة اتخاذ الكلب من أحكام الدواب. [٢] عن أبى عبد الله «ع» قال: سألت عن شرب العصير؟ قال: تشرب ما لم يغل فإذا غلى فلا تشربه، قلت: أى شىء الغليان؟ قال: القلب. راجع ج ٣ ثل باب ٢ أن العصير لا يحرم شربه من أبواب الأشربة المحرمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٤

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

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

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

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

أما الناحية الأولى: فقد يقال: بحرمة بيعه إذا غلى من جهة النجاسة، و الحرمة، و انتفاء المالىة، و لا يرجع شىء من هذه التعليقات الى معنى محصل، أما النجاسة فإنها لم تذكر إلا- فى رواية تحف العقول، و المراد بها النجاسات الذاتية، فلا تشمل المتنجسات، لأن نجاستها عرضية، و لو سلمنا شمولها للمتنجسات فالنهي عن بيعها ليس إلا من جهة عرائها عن المنفعة المحللة، و لا شبهة فى أن العصير العنبى المغلى ليس كذلك، لوجود المنافع المحللة فيه بعد ذهاب ثلثيه، على أن مانعية النجاسة عن البيع ممنوعة كما تقدم.

و أما الحرمة فقد يقال: إن الروايات العامة المتقدمة دلت على وجود الملازمة بين حرمة الشىء و حرمة بيعه، إلا أنه فاسد، فقد تقدم أنها ضعيفة السند، و أشرنا أيضا الى عدم الملازمة بين حرمة الشىء و حرمة بيعه، على أن المراد بالحرمة فيها ما يعرض على الشىء بعنوانه الذاتى الأولى، فلا تشمل الأشياء المحرمة بواسطة عروض أمر خارجى، و إلا للزم القول بحرمة بيع الأشياء المباحة إذا عرضتهم النجاسة أو غيرها مما يوجب حرمتها العرضية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٥

و أما انتفاء المالىة ففیه أن العصير العنبى المغلى من الأموال الخطيرة فى نظر الشارع و العرف و لذا لو أتلفه أحد لضمه كما عرفته.

على أن الظاهر ان المالمية لا تعتبر فى صحة المعاوضة على الشىء و أما الناحية الثانية: فقد استدل على حرمة بيعه بروايات: منها قوله «ع» فى رواية محمد ابن الهيثم [١]: إنه (إذا تغير عن حاله و غلى فلا- خير فيه حتى يذهب ثلثاه). فان البيع من جملة الخبير منفى فلا يجوز. و فيه أولاً: انها رواية مرسله، فلا تصلح للاستناد إليها فى الأحكام الشرعية. و ثانياً: إنها بعيدة عن حرمة البيع الظهور السؤال فى حرمة الشرب فقط، فلا تشمل البيع.

و منها قوله «ع» فى رواية أبى كهمس [٢]: (و إن غلى فلا يحل بيعه) فان ظاهرها نفى الحلية المطلقة تكليفية كانت أم وضعيه، فتدل على حرمة بيع العصير إذا غلى و لم يذهب ثلثاه و فيه أولاً: انها ضعيفة السند. و ثانياً: ان ظهورها فى غليان العصير بنفسه لا بالنار، فتكون غريبة عما نحن فيه، و راجعه إلى القسم الأول من العصير، و قد عرفت من بعض القدماء و من شيخ الشريعة أن الطهارة و الحلية فيه لا تحصلان إلا بصيرورته خلا، على أن الظاهر من الحلية فيها بقرينة الصدر و الدليل هى التكليفية فقط دون الوضعية وحدها، أو ما هو

[١] عن رجل عن أبى عبد الله «ع» قال: سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته فيشربه صاحبه؟ فقال: إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه. مرسله. راجع ج ٢ كا باب العصير ص ١٩٧. و ج ٢ التهذيب باب الأشربة ص ٣١٢ و ج ١١ الوافى باب ١٦١ العصير ص ٨٧. و ج ٣ ثل باب ٣ تحريم العصير من الأشربة المحرمة

[٢] قال: سألت رجل أبى عبد الله «ع» عن العصير فقال: لى كرم أنا أعصره كل سنة و أجعله فى الدنان و أبيع قبل ان يغلى؟ قال: لا بأس به و إن غلى فلا يحل بيعه ثم قال:

هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم انه يصنعه خمرا. مجهولة لأبى كهمس. راجع ج ٢ التهذيب بيع الخمر ص ١٥٥. و ج ١ كا باب ١٠٧ بيع العصير ص ٣٩٥. و ج ١٠ الوافى باب ٣٩ بيع العصير ص ٣٩. و ج ٢ ثل باب ٨٨ جواز بيع العصير ممن يعمل خمرا مما يكتسب به. فى ج ٣ رجال المامقانى فى فصل الكنى ص ٣٢: كهمس بالكاف المفتوحة، و الهاء الساكنة و الميم المفتوحة و السين المهملة من أسماء الأسد قاله الليث. و الرجل القبيح الوجه عن ابن خاوية. و الناقة الكوماء، و هى العظيمة السنام عن ابن عباد، نص على ذلك كله فى التاج، و فى الصحاح ان الكهمس القصير، و أبو حى من العرب، و أبو كهمس كنية الهيثم بن عبد الله، و ظاهر النقد كونهما رجلين، و الظاهر الاتحاد، و هو كنية قاسم بن عبيد أيضا انتهى أقول: فى ج ٣ التهذيب كتاب الطلاق ص ٢١٩ أبى كهمس اسمه هيثم بن عبيد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٦

أغم منها و من التكليفية، إذن فالرواية ناظرة إلى حرمة بيع العصير للشرب، فان إشراب النجس أو المتنجس للمسلم حرام، و أما حرمة بيعه للذبس و نحوه فلا يستفاد منها.

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

و فيه أولاً: انها ضعيفة السند. و ثانياً: ان روايتها أبى بصير مشترك بين اثنين، و كلاهما كوفى، و من أهل الثقة، و من المقطوع به ان بيع العصير العنبى لم يتعارف فى الكوفة فى زماننا هذا مع نقل العنب إليها من الخارج فضلا عن زمان الراوى الذى كان العنب فيه قليلاً جداً، و عليه فالمسؤول عنه هو حكم العصير التمرى الذى ذهب المشهور الى حليته حتى بعد الغليان ما لم يصر خمرا، فلا يستفاد من

الرواية إلا حرمة بيع الخمر و جواز بيع العصير التمرى قبل كونه خمرا، فتكون غريبة عن محل الكلام، و إن أبيت عن ذلك فلا إشكال انها غير مختصة بالعصير العنبى، فغاية الأمر أن تكون الرواية شاملة لكلا العصيرين، إلا أنه لا بد من التخصيص بالتمرى، لان ظاهر قوله «ع»: (و هو حلال) هو أن العصير قبل كونه خمرا حلال و لو كان مغليا، و من الواضح ان هذا يختص بالتمرى دون العنبى. قوله و الظاهر أنه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث.

أقول: قد حكى المصنف عن المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد: انه (لو تنجس العصير و نحوه فهل يجوز بيعه على من يستحله فيه اشكال؟) ثم ذكر المحقق الثانى: (ان الأقوى عدم، لعموم و لا تعاونوا على الإثم و العدوان). و قد استظهر المصنف من كلامه هذا: أنه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث، إلا أن الذى يظهر لنا منه: أنه أراد من العصير مطلق المعتصرات كعصير الفواكه و غيره، و يدل على أن هذا هو المراد من كلامه وجهان: الوجه الأول: عطف كلمة (نحوه) على

[١] قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن ثمن العصير قبل ان يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمرا؟ قال: إذا بعته قبل ان يكون خمرا و هو حلال فلا بأس. ضعيفة لقاسم بن محمد راجع المصادر المزبورة من الكتب المتقدمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٧

العصير، فان الظاهر أن المراد منها مطلق المائعات المضافة، فلا بد و أن يكون المراد من العصير مطلق المعتصرات، إذ لا خصوصية العصير العنبى فى المقام. و الوجه الثانى: تقييده جواز البيع بمن يستحل، إذ لو كان مراده خصوص العصير العنبى فقط لكان ذلك التقييد لغوا، لجواز بيعه من غير المستحل أيضا، فقد عرفت حليته و طهارته و جواز الانتفاع به على وجه الإطلاق بعد ذهاب ثلثيه. و يؤيد ذلك ما استدلل به المحقق الثانى على حرمة البيع من حرمة الإعانة على الإثم. فان العصير العنبى و إن كان يتنجس و يحرم بمجرد الغليان، إلا أنه يطهر و يحل بذهاب ثلثيه، فلا يكون بيعه من غير المستحل إعانة على الإثم، و يستكشف من ذلك أن غرضه من العصير هو ما ذكرناه.

جواز المعاوضة على الدهن المتنجس

إشارة

قوله يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس.

أقول: المعروف بين الأصحاب هو جواز المعاوضة على الدهن المتنجس، لفائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة، بل فى الخلاف «١» دعوى الإجماع على ذلك، قال: (يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصبح به تحت السماء، و قال أبو حنيفة [١]: يجوز بيعه مطلقا، و قال مالك و الشافعى: لا يجوز بيعه بحال، دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم). و عن الحنابلة أيضا لا يجوز، إلا ان الظاهر من أخبار العامة «٢» جواز ذلك، لاطباؤها على جواز الانتفاع به. بل فى بعضها [٢] ذكر

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنفية يجوز ان يبيع دهنا متنجسا ليستعمله فى الديغ و الاستضاءة به فى غير المسجد، و فى ص ٢٣١ عن المالكية لا- يصح بيع المتنجس الذى لا- يمكن تطهيره كسمن وقعت فيه نجاسة على المشهور، و ذهب بعضهم الى الجواز.

و عن الحنابلة الدهن الذى سقطت فيه نجاسة فإنه لا يحل بيعه. و فى هامش ج ٦ سنن البيهقى ص ١٣ فى قواعد ابن رشد اختلفوا فى الزيت النجس و نحوه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فمنعه مالك و الشافعى، و جوزه أبو حنيفة و ابن وهب إذا بين، و فى نوادر الفقهاء اجمع الصحابة على جواز بيع زيت و نحوه تنجس بموت شىء فيه إذا بين ذلك.

[٢] في هامش ج ٦ سنن البيهقي ص ١٣ عن ابن عمران قال: سألت القاسم و سالما عن الزيت تموت فيه الفارة أ فبيعه؟ قال: نعم.

(١) ج ١ كتاب البيوع ص ٢٢٥.

(٢) راجع ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٨

جواز البيع صريحا.

قوله و جعل هذا من المستثنى عن بيع الأعيان النجسة.

أقول: حاصل كلامه أن مسألة المعاوضة على الدهن للاستصباح إنما يمكن جعله من المستثنى من حرمة بيع الأعيان النجسة إذا قلنا بحرمة الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، أو قلنا بحرمة بيع المتنجس و إن جاز الانتفاع به منفعة محللة مقصودة، و إلا فيكون الاستثناء منقطعاً، لعدم دخول بيع الدهن المتنجس و لا غيره من المتنجسات القابلة للانتفاع بها في المستثنى منه، و قد تقدم أن المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمة المنفعة المقصودة، فإذا فرض حلها فلا مانع من البيع.

و فيه أولاً: أنه قد تقدم مرارا عديدة أن النجاسة بما هي نجاسة لا تمنع عن البيع إلا إذا استلزمت حرمة الانتفاع بالنجس من جميع الجهات و قد اعترف المصنف هنا و في مسألة بيع الميتة الحكم الأول، و قد تقدم أيضا أن النجاسة لا تمنع عن الانتفاع بالنجس لو كان له نفع محلل، بل و ستعرف أن مقتضى الأصل إنما هو جواز الانتفاع بالأعيان النجسة فضلاً عن المتنجسات، و إذن فلا مناص عن كون الاستثناء منقطعاً لا متصلاً.

و ثانياً: أننا لا نعرف وجهاً لابتداء كون الاستثناء متصلاً على حرمة الانتفاع بالمتنجس، إذا العنوان في المستثنى منه إنما هو حرمة بيع النجس، أو المتنجس من حيث هما كذلك و لم يقيد بحرمة الانتفاع بهما، نعم يجوز تعليل جواز البيع، أو حرمة بجواز الانتفاع بهما أو حرمة، و عليه فتكون حرمة الانتفاع بهما من علة التشريع لحرمة بيعهما، و من قبيل الواسطة في الثبوت لذلك، و قد ظهر مما ذكرناه: أن القاعدة الأولية تقتضى جواز بيع الدهن المتنجس بلا- احتياج الى الروايات، كما أنها تقتضى حرمة بيعه، و عدم جواز الانتفاع به لو قلنا بمانعية النجاسة عن البيع، و عدم جواز الانتفاع بالمتنجس.

و ثالثاً: أن جعل المصنف المعاوضة على الأعيان المتنجسة من جملة المسائل الثمانية و ان كان يقتضى اتصال الاستثناء و شمول المستثنى منه للنجس و المتنجس كليهما، إلا أن تخصيصه الكلام في عنوان هذه المسائل الثمانية بالاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى يقتضى انقطاع الاستثناء، سواء قلنا بجواز الانتفاع بالمتنجس أم لم نقل، و عليه فذكر مسألة المعاوضة على الأعيان المتنجسة في عداد المعاوضة على الأعيان النجسة من باب الاستطراد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٠٩

تأسيس

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

[١] ابن وهب عن أبي عبد الله «ع» في جرد مات في زيت ما تقول في بيع ذلك؟ فقال به و بينه لمن اشتراه ليستصبح به. موثقة للحسن بن محمد بن سماعه.

أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الفارة تقع في السمن أو في الزيت فتموت فيه؟ فقال: إن كان جامدا فتطرحها و ما حولها و يؤكل ما بقى و إن كان ذائبا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته. مجهولة للحسن بن رباط. راجع ج ٢ ثل باب ٣٣ جواز بيع زيت النجس مما يكتسب به. و ج ٢ التهذيب باب الغرر ص ١٥٣. و ج ١٠ الوافي باب ٤٣ جامع فيما يحل بيعه و شراؤه ص ٤٢. قرب الاسناد بإسناده عن إسماعيل بن عبد الخالق عن أبي عبد الله «ع» قال: سأله سعيد الأعرج السمان و أنا حاضر عن الزيت و السمن و العسل تقع فيه الفارة فتموت كيف يصنع به قال أما الزيت فلا تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج، الخبر. ضعيفة لمحمد بن خالد. راجع الباب ٣٣ المتقدم من ج ٢ ثل.

[٢] الجعفریات بإسناده عن علي «ع» أنه سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت؟

قال: الزيت خاصةً يبيعه لمن يعلمه صابونا و عن الراوندى مثله. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧ أقول: قد أشرنا مرارا عديدة الى وثيقة كتاب الأشعثيات المسمى بالجعفریات، و لكن تبين أخيرا لسيدنا الأستاذ أدام الله أيام إفاضاته: أن الوجوه التي استند إليها القائلون باعتبار الكتاب لا- تخرجه عن الجهالة، فإن من جملة رواته موسى بن إسماعيل، و هو مجهول الحال في كتب الرجال، و مهما بالغ المحدث النورى في اعتباره و توثيق رواته، إلا أن ما أفاده لا يرجع الى معنى محصل تركن اليه النفس، و يطمئن به القلب.

[٣] قرب الاسناد عن علي بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن حب دهن ماتت فيه فارة قال: لا تدهن به و لا تبعه من مسلم. مجهولة لعبد الله بن الحسن. راجع ج ٢ ثل باب ٣٤ بيع الذكى المختلط بالميت مما يكتسب به.

الجعفریات عن علي «ع» قال: و إن كان شيئا مات في الإدام و فيه الدم في العسل أو في زيت أو في السمن إن كان ذائبا فلا يؤكل يسرج به و لا يباع. مجهولة لموسى بن إسماعيل-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٠

عدم جواز بيعه مطلقا، و مقتضى القاعدة تخصيص الطائفة الثالثة الدالة على عدم الجواز بما دل على جواز البيع مع الإعلام، و بعد التخصيص تنقلب: نسبتها إلى الطائفة الثانية الدالة على جواز البيع مطلقا، فتكون مقيدة لها لا محالة، فيحكم بجواز بيعه مع الإعلام دون عدمه، و على هذا فيجب الإعلام بالنجاسة مقدمة لذلك.

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

قوله منها الصحيح عن معاوية بن وهب.

أقول: لا دلالة في الرواية على جواز البيع و لا على عدمه، بل هي دالة على جواز إسراج الزيت المتنجس.

قوله و منها الصحيح عن سعيد الأعرج.

أقول: الرواية للحلبى، و هي أيضا دالة على الإسراج، فلا إشعار فيها بحكم البيع بوجه.

قوله و زاد في المحكى عن التهذيب.

أقول: بعد ما نقل الشيخ (ره) رواية ابن وهب المشار إليها الدالة على جواز إسراج الزيت المتنجس قال: (و قال: في بيع ذلك الزيت تبيعه و تبينه لمن اشتراه ليستصبح به) فأشار به الى رواية أخرى لابن وهب، و هي الرواية المتقدمة الدالة على جواز بيع ذلك الزيت مع الإعلام، إذن فلا وجه لجعل هذه العبارة رواية كما صنعه المصنف، و إنما هي من كلام الشيخ (ره).

عدم اشتراط الاستباح في صحة بيع الدهن المتنجس

قوله إذا عرفت هذا فالإشكال يقع في مواضع: الأول)

أقول: ما قيل أو يمكن ان يقال في حكم بيع الدهن المتنجس وجوه بل أقوال،

الأول: جواز بيعه على أن يشترط على المشتري الاستصباح،

كما استظهره المصنف من عبارة السرائر الثاني: جوازه مع قصد المتبايعين الاستصباح وإن لم يستصبح به بالفعل، كما استظهره المصنف من الخلاف. الثالث جواز بيعه بشرط أن لا يقصد المتبايعان في جواز بيعه المنافع المحرمة وإن كانت نادرة سواء

راجع ج ١ المستدرک ص ٢٩، و ج ٢ ص ٤٢٧.

دعائم الإسلام عنهم «ع» إذا وقعت (الدابة) فيه (الإدام) فماتت لم يؤكل و لم يبيع و لم يشتر. ضعيفة. راجع ج ٣ المستدرک ص ٤٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١١

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

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

ولنبداً بذكر ما اختاره المصنف، و ذكر ما يرد عليه من الاشكال، و سيظهر من ذلك وجه القول المختار، فنقول: ملخص كلامه: أن مالية الأشياء عند العرف و الشرع إنما هي باعتبار منافعها المحللة الظاهرة المقصودة منها لا باعتبار مطلق الفوائد و لو كانت غير ملحوظة في ماليتها، أو كانت نادرة الحصول، و لا باعتبار المنافع الملحوظة إذا كانت محرمة، و عليه فإذا فرض أن الشيء لم تكن له فائدة محللة ملحوظة في ماليتها فلا يجوز بيعه، لا مطلقا لانصراف الإطلاق إلى كون الثمن بإزاء المنافع المقصودة منه، و المفروض حرمتها، فيكون أكلا للمال بالباطل. و لا مع قصد الفائدة المحللة النادرة، فإن قصدها لا يوجب المالية مع حرمة منفعتها الظاهرة، نعم لو دل نص خارجي على جواز بيعه كما فيما نحن فيه لوجب حمله على ما إذا قصد المتبايعان المنفعة النادرة، فإنها و إن لم توجب المالية بحسب نفسها، و لكن توجبها بحكم الشارع، فلا يكون أكلا للمال بالباطل، كما أن حكمه قد يوجب سلب المالية في بعض الأحيان كما في الخمر و الخنزير، فيكون أكل المال في مقابلتهما أكلا له بالباطل، و هكذا لو لم تقصد المنفعة النادرة في الصورة المتقدمة، فإن المال في هذه الصورة يقع في مقابل المنفعة الظاهرة المحرمة.

و فيه أن جميع الأدهان و لو كانت من العطور مشتركة في أن الإطلاء و الاستصباح بها أو جعلها صابونا من منافعها المحللة الظاهرة، و أنها دخيلة في مالية الدهن، غاية الأمر ان توفق بعض منافعها كالأكل فيما قصد منه أكله، و الشم فيما قصد منه شمه أو جب لها زيادة في المالية، و أوجب إلحاق المنافع الأخر المغفول عنها بالمنافع النادرة و إن كانت في نفسها من المنافع الظاهرة، لأن اختلاف المرتبة في المنفعة بمجرد لا يجعل المرتبة النازلة من المنافع نادرة في حد ذاتها و إن خفيت في نظر أهل العرف، و عليه فالمرتفع من منافع الدهن إذا تنجس إنما هو خصوص إباحة أكله، و اما ما سواها من المنافع فهو باق على حاله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٢

و على الجملة انتفاء بعض المنافع الظاهرة المعروفة عن الأشياء، كذهاب رائحة الأدهان العطرية، و عروض حرمة الأكل لما قصد منه أكله من الادهان لا يوجب انتفاء ماليتها بالكليّة، بل هي موجودة فيها باعتبار منافعها الأخر الظاهرة و إن كانت غير معروفة.

و من هنا يتوجه الحكم بالضمان إذا غصبها غاصب أو أتلّفها متلف، للسيرة القطعية العقلائية، و لدليل اليد، و إذن فلا وجه لجعل

الاستصباح من المنافع النادرة للدهن، بل هو كغيره من المنافع الظاهرة، فإن اعتبر قصدها في صحة البيع اعتبر مطلقا، و ان لم يعتبر ذلك لم يعتبر مطلقا.

و أما المنافع النادرة للشئ فإنها لا توجب ماليته، فكيف يقال: باعتبار قصدها في صحة بيعه، و لا نظن ان أحدا يلتزم بمالية الكوز المصنوع من الطين المتنجس بلحاظ الانتفاع بخزفه في البناء!! على أنه لا دليل على اعتبار أصل القصد وجودا و عدما في صحة البيع. قوله نعم يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرمة.

أقول: أشار به الى الوجه الثالث.

و يرد عليه: أن مالية الأشياء قائمة بها بما لها من المنافع حسب رغبات العقلاء، إذ الرغبة فيها لا تكون إلا لأجل منافعها، فالمنافع المترتبة عليها من قبيل الجهات التعليلية: بمعنى أن رغبة العقلاء فيها ليس إلا لأجل منافعها الموجودة فيها، و حينئذ فبذل المال إنما هو بإزاء نفس العين فقط، و علة ذلك البذل هي المنافع، و عليه فلو قصد البائع المنفعة المحرمة لم يلزم منه بطلان البيع، فقد عرفت أن مالية الأشياء قائمة بذواتها، و أن المنافع المترتبة عليها من قبيل العلل و الدواعي، فحرمه بعض المنافع لا توجب حرمة المعاملة على الأشياء إذا كانت حلالا- بلحاظ المنافع الأخرى، و مثال ذلك بيع العنب ممن يجعله خمرا، و سيأتي البحث فيه و بعبارة واضحة الثمن إنما يقع بإزاء العين دون المنافع، غاية الأمر ان ترتب المنفعة عليها غاية للشراء و داع اليه، فحرمه المنفعة المشروطة عليه لا توجب بطلان البيع ما لم يكن الثمن بإزائها، و مما يدلنا على ذلك أنه إذا استوفى المشتري منافع المال الأخرى غير هذه التي اشترطت عليه في البيع، أو التي انصرف إليها الإطلاق لم يبطل البيع، و لا يكون هذا التصرف منه بغير استحقاق، و مما ذكرناه تجلي: ان أكل الثمن في مقابلة ليس أكلا للمال بالباطل كما في المتن فإنه مضافا الى ما تقدم من كون الآية أجنبية عن شرائط العوضين، و إنما هي ناظرة إلى حصر المعاملات الصحيحة بالتجارة عن تراض، و ناهية عن الأسباب الباطلة لها. ان اشتراط المنفعة المحرمة لا يوجب كون الثمن بإزائها، لكي يكون أكل المال في مقابله أكلا له بالباطل إذ الشروط لا تقابل بالثمن، و سيأتي ذلك في مبحث الشروط ان شاء الله.

قوله و إفساد العقد بفساد الشرط.

أقول: يرد عليه أن العقد لا يفسد باشتراط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٣

الشرط الفاسد فيه، و قد اختاره المصنف في باب الشروط، و الوجه فيه أن الالتزام الشرطي أمر آخر وراء الالتزام العقدي، فلا يستلزم فساده فساد العقد، و عليه فلا وجه للالتزام ببطلان العقد في المقام باشتراط المنفعة المحرمة فيه، لانه من صغريات الكبرى المذكورة. قوله بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و إن لم يشترط في متن العقد.

أقول: يرد عليه ما ذكرناه سابقا من أن بذل المال إنما هو بإزاء نفس العين، و المنافع المترتبة عليها من قبيل الجهات التعليلية، ثم لتسلم أنا قد التزمنا ببطلان العقد باشتراط المنفعة المحرمة. فلا مجال للالتزام بالبطلان بمجرد القصد بعد ما لم يكن مذكورا في العقد، إذ لا عبرة بالقصد الساذج إذا لم يكن شرطا في ضمن العقد، و قد انجلي مما حققناه ببطلان سائر الوجوه و الأقوال بأجمعها. هذا كله بحسب ما تقتضيه القواعد.

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

فإنهما ظاهران في تقييد جواز البيع بقصد الاستصباح، بل بالغ بعضهم و قال: إن الرواية الثانية صريحة في ذلك بدعوى حصر جواز البيع فيها بصورة الشراء للإسراج فقط.

و فيه أولا: أن الرواية الثانية ضعيفة السند كما تقدم. و ثانيا: أن الظهور البدوي في الروايتين و إن كان ذلك، و لكن الذي يظهر بعد التأمل في مدلولهما هو أن الاستصباح و الإسراج من فوائد التبيين و متفرعاته، و قد أخذ غاية لذلك لكي لا يقع المشتري في محذور

النجاسة باستعماله الدهن المتنجس فيما هو مشروط بالطهارة كالأكل ونحوه، إذن فلا- دلالة في الروايتين على أن اعتبار قصد الاستصباح من شرائط البيع.

و ثالثا: أن التوهم المذكور مبنى على جعل الأمر بالبيان في الروايتين للإرشاد إلى الاستصباح بالدهن، وليس كذلك، لأن الأوامر والنواهي إنما تحمل على الإرشاد إذا اكتنفت بالقرائن الصارفة عن ظهور الأمر في الوجوب، وعن ظهور النهي في التحريم، سواء أ كانت القرائن حالية أم مقالية، و سواء أ كانت عامة أم خاصة، كالأوامر والنواهي المتعلقة بأجزاء الصلاة و شرائطها، و كالأوامر والنواهي الواردة في أبواب المعاملات، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و كالنهي عن بيع ما ليس عندك، و النهي عن بيع الغرر، و سيأتي البحث عنها في مواضعها، و أما فيما نحن فيه فلا- قرينة توجب رفع اليد عن ظهور الأمر بالبيان في الوجوب النفسى، و حمله على الإرشاد.

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

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٤

الإيماء دلالتها على بطلان بيع الجارية المغنية إذا كان لأجل الغناء، فتكون مؤيدة لما ذكره من كون قصد المنفعة المحرمة موجبا لبطلان البيع و إن لم يشترط في ضمن العقد، و سيأتي الكلام في تلك الروايات.
قوله في رواية الأعرج المتقدمة.

أقول: ليست الرواية للأعرج، و ليس متنها هو الذى ذكره المصنف (ره)، و قد عرفت ذلك في أول المسألة.

وجوب الإعلام بنجاسة الدهن عند البيع

إشارة

قوله الثانى: أن ظاهر بعض الاخبار وجوب الإعلام.

أقول: قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى وجوب إعلام المشتري بنجاسة الدهن و عدم وجوبه، و على الأول فهل يجب مطلقا، أو فيما إذا كان المشتري بصدد الاستعمال للدهن فيما هو مشروط بالطهارة؟ و على التقديرين فهل الوجوب المذكور نفسى، أم شرطى بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحة البيع؟

وجوه: المصرح به فى كلامهم هو الوجوب مطلقا، و قد تقدم فى عنوان المسألة نقل صاحب الحاشية على سنن البيهقى عن بعض العامة دعوى الإجماع على ذلك، و استشهد على ذلك أيضا بما نقله من الرواية [١].

ثم لا يخفى أن موضوع البحث فى الاشكال السابق يرجع إلى اشتراط البيع بالاستصباح أو بقصده، و أما هنا فموضوع البحث متمحض فى بيان وجوب الإعلام و عدم وجوبه مطلقا أو فى الجملة نفسيا أو شرطيا، إذن فالنسبة بينهما هى العموم من وجه، لانه قد يكون البيع للاستصباح مع جهل المشتري بالنجاسة، و قد يبيعه لغرض آخر غير الاستصباح مع الاعلام بها، و قد يجتمعان بأن يبيعه للاستصباح مع الاعلام بها، و عليه فدعوى اتحاد الشرطين مجازفة

قوله و الذى ينبغى أن يقال: إنه لا إشكال فى وجوب الإعلام)

أقول: ظاهر كلامه أنا إذا اعتبرنا الشرط السابق فى بيع الدهن المتنجس فلا مناص لنا عن القول بوجوب الاعلام بنجاسته، لتوقف قصد الاستصباح أو اشتراطه على العلم بها، و عدم انفكاك أحدهما عن الآخر. و فيه أن كلا من الأمرين مستقل بنفسه لا يرتبط بالآخر، نعم قد يجتمعان، لما عرفته من النسبة المذكورة.

إذا عرفت ذلك فاعلم، أنه ربما يقال: بأن الاعلام بنجاسة الدهن واجب شرطى للبيع، لقوله «ع» فى رواية أبى بصير: (و أعلمهم إذا

بعته). وفيه أن ظهور الرواية في ذلك

[١] في هامش ج ٦ سنن البيهقي عن أبي عمران قال: سألت القاسم و سالما عن الزيت تموت فيه الفارة أ فبيعه؟ قالوا: نعم ثم كلوا ثمنه و بينوا لمن يشتره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٥

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

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

الثانى: أن الاستصباح قد جعل فيها غاية للبيان و فائدة له، و ليس هذا إلا لبيان منفعة ذلك الدهن و مورد صرفه، لئلا يستعمل فيما هو مشروط بالطهارة، و إلا فلا ملازمة بينهما بوجه من الوجوه الشرعية و العقلية و العادية، و هذا المعنى كما ترى لا يناسب إلا الوجوب النفسى، و يختص وجوب الإعلام بصورة التسليم، فلا يجب مع عدمه، أو مع العلم بأن المشتري لا يتنفع به فى غير الاستصباح و نحوه مما هو غير مشروط بالطهارة، فتحصل أن بيع الدهن المتنجس مشروط بالإعلام، فيكون من صغريات ما ورد فى الحديث [١]: أن شرط الله قبل شركم، فلا يجوز البيع بدون الإعلام.

حرمة تغير الجاهل و إلقاءه فى الحرام الواقعى

قوله و يشير إلى هذه القاعدة كثير من الأخبار.

أقول: لما كان بيع الدهن المتنجس من المسلم قد يوجب إلقاءه فى الحرام الواقعى حكم بحرمة فى الشريعة المقدسة، فإنه يستفاد من مذاق الشارع حرمة إلقاء الغير فى الحرام الواقعى.

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

[١] فى ج ٢ التهذيب باب الطلاق ص ٢٠٨. محمد بن قيس عن أبى جعفر «ع» قال:

قضى على «ع» فى رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهى طالق فقضى فى ذلك: أن شرط الله قبل شرطكم فان شاء و فى لها بالشرط و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها. موثقة لعلى بن الحسن الفضال.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٦

فى الأخبار الكثيرة فى مواضع شتى الدالة على حرمة تغير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرمات.

منها ما دل [١] على حرمة الإفتاء بغير علم، و لحوق وزر العامل به للمفتى، فإن ثبوت ذلك عليه، و استحقاق العقوبة الإلهية و المهلكة الأبدية إنما هو لوجهين: أحدهما: افتراؤه على الله فهو بالضرورة من المحرمات الذاتية و المبعوضات الإلهية، و قد توافق العقل و النقل على حرمة. و ثانيهما التغرير و التسبيب و إلقاء المسلم فى الحرام الواقعى، و هو أيضا حرام فى الشريعة المقدسة.

و منها ما دل [٢] على ثبوت أوزار المأمومين و إثمهم على الإمام في تقصير نشأ من تقصير الامام، فيدل على حرمة تغير الجاهل بالحكم و إلقائه في الحرام الواقعي.

[١] أبو عبيدة الحذاء عن أبي جعفر «ع» قال: من أفتى الناس بغير علم و لا هدى لعنته ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و لحقه وزر من عمل فتياه!! صحيحة. راجع ج ١ أصول الكافي بهامش مرآة العقول ص ١٨، و ج ٣ ثل باب ٤ عدم جواز القضاء و الإفتاء بغير علم من كتاب القضاء. و ج ١ الوافي باب النهي عن القول بغير علم ص ٤٨ و ج ٣ التهذيب في أوائل القضاء ص ٦٩. و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ١١٦ عن أبي هريرة عن رسول الله (ص): من قال على ما لم أقل فليتبوأ بيتا في جهنم و من أفتى بغير علم كان إثمه على من أفتاه.

أقول: قد تواترت الروايات من الفريقين على ذلك، و لكن خالفها أهل السنة في أصولهم و فروعهم.

[٢] كتاب الغارات بإسناده عن كتاب على «ع»: كتب أمير المؤمنين «ع» إلى محمد بن أبي بكر انظر يا محمد صلاتك تصلحها لوقتها فإنه ليس من إمام يصلى بغيره فيكون في صلاته نقص إلا كانت عليه و لا ينقص ذلك من صلاتهم قال المجلسي (ره) في رواية ابن أبي الحديد:

و انظر يا محمد صلاتك كيف تصلحها فإنما أنت إمام ينبغي لك أن تتمها و أن تخففها و أن تصلحها لوقتها فإنه ليس من إمام يصلى بغيره فيكون في صلاته و صلاتهم نقص إلا كان إثم ذلك عليه و لا ينقص ذلك من صلاتهم شيئا. و زاد في تحف العقول هكذا: ثم انظر صلاتك كيف هي فإنك إمام و ليس من إمام يصلى بغيره فيكون في صلاتهم تقصير إلا- كان عليه أوزارهم و لا ينقص من صلاتهم شيء و لا يتمها إلا كان له مثل أوزارهم و لا ينقص من أوزارهم شيء. مجهول لإبراهيم بن حسن و عباية و غيرهما. راجع ج ١٨ البحار ص ٦٣، و ج ٢ شرح النهج لابن أبي الحديد ص ٢٧، و تحف العقول ص ٤١ و يظهر ذلك من-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٧

و منها الروايات [١] المتضمنة لكرهه إطعام الأتمة و الأشرية المحرمة للبهيمة، فقد استشعر منها المصنف حرمة ذلك بالنسبة إلى المكلف، فتكون مؤيدة للمدعي.

و فيه أنا إذا قلنا بالتعدى عن مورد الروايات لثبوت الكراهة أو الكراهة المغلظة في ذلك بالنسبة إلى المكلف بالأولوية القطعية، و أما الحرمة فلا.

و منها ما دل [٢] على ضمان الإمام صلاة المأمومين إذا صلى بهم جنبا أو على غير طهر، و معنى الضمان هنا هو الحكم بوجوب الإعادة على الامام دون المأمومين، و تحمله كل وزر يحدث على المأمومين من جهة النقص إذا كان عالما. و منها ما دل [٣] على حرمة سقى الخمر للصبي و الكفار، و أن على الساقى كوزر من شربها،

- جملة من روايات العامة. منها ما عن رسول الله (ص) من أم الناس فأصاب الوقت و أتم الصلاة فله و لهم و من نقص من ذلك شيئا فعليه و لا عليهم. راجع ج ٣ سنن البيهقي ص ١٢٧

[١] كا و يب. غياث عن أبي عبد الله «ع» قال: ان أمير المؤمنين «ع» كره أن تسقى الدواب الخمر. موثقة لغياث بن إبراهيم. يب أبو بصير عن أبي عبد الله «ع» قال: سألت عن البهيمه البقره و غيرها تسقى أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شربه أ يكره ذلك؟ قال:

نعم يكره ذلك ضعيفه للحسن بن علي بن أبي حمزة. و راجع ج ٢ التهذيب الأشرية ص ٣١٠ و ج ٣ ثل باب ١٠ أنه لا يجوز سقى الخمر الصبي من الأشرية المحرمة. و ج ٢ كا باب نوادر ص ٢٠٠. و ج ١١ الوافي ص ٩٣. و في ج ٣ المستدرک ص ١٣٨ دعائم الإسلام عن رسول الله (ص) أنه نهى ان تسقى الأطفال و البهائم و قال (ص): الإثم على من سقاها. ضعيفه

[٢] معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: أي يضمن الإمام صلاة الفريضة فإن هؤلاء يزعمون أنه يضمن؟ فقال: لا يضمن أي شيء يضمن إلا أن يصلى بهم جنباً أو على غير طهراً! صحيحة راجع ج ١ التهذيب أحكام الجماعة ص ٢٠٠ و ج ١ ثل باب ٣٥ أنه إذا تبين كون الامام على غير طهارة من أبواب صلاة الجماعة و ج ٥ الوافي ص ١٨٧.

[٣] في عقاب الأعمال بإسناده عن النبي (ص) في حديث: و من سقاها- أي الخمر- يهوديا أو نصرانيا أو صابئاً أو من كان من الناس فعليه كوزر من شربها. مجهولة لجهالة كثير من روايتها كموسى بن عمران و يزيد بن عمر و غيرهما. و في الخصال بإسناده عن علي «ع» في حديث الأربعمائة قال: من سقى صبياً مسكراً و هو لا يعقل حبسه الله عز و جل في طينه خبال ضعيفة لقاسم بن يحيى. و مثله في ج ٨ سنن البيهقي ص ٢٨٨. و فيه قيل: و ما طينه الخبال يا رسول الله؟ قال: صديد أهل النار. راجع ج ٣ ثل باب ١٠ أنه لا يجوز سقى الخمر الصبي من الأشربة المحرمة. و في ج ٣ المستدرک- مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٨

و إذا كان التسبب و التغيرير بالإضافة إلى الصبي و الكفار حراماً فهو أولى بالحرمه في غير الصبي و الكفار. و منها الأخبار الآمرة بإهراق المائعات المتنجسة، و سيأتى التعرض لها في حكم الانتفاع بالمتنجس. و منها الأخبار الدالة على حرمه ارتكاب المحرمات، فإنه لا فرق في إيجاد المحرم بين الإيجاد بالمباشرة أو بالتسبب. و يؤيد ما ذكرناه ما ورد [١] في جواز بيع العجين المتنجس من مستحل الميتة دون غيره. و ما ورد من الاخبار الدالة على حرمه بيع المذكى المختلط بالميتة، و انه يرمى بهما إلى الكلاب، و قد تقدم ذكرها في مبحث بيع الميتة، و ما يدل على جواز إطعام المرق المتنجس لأهل الذمة أو الكلاب، و قد تقدم ذلك أيضا في المبحث المذكور. قوله و يؤيده ان أكل الحرام و شربه من القبيح و لو في حق الجاهل. أقول:

توضيح كلامه: ان الاحكام الواقعية كما حقق في محله ليست مقيدة بعلم المكلفين، و إلا لزم التصويب المستحيل أو الباطل، فالأحكام الواقعية و ملاكاتها شاملة لحالتي العلم و الجهل، ثم إن غرض الشارع من بعث المكلفين نحوها و تكليفهم بها ليس إلا امتثالها بالإتيان بالواجبات و ترك المحرمات، حتى لا يوجد ما هو مبعوض للشارع، و لا يترك ما هو مطلوب. و نتيجة المقدمتين ان المكلف الملتفت كما يحرم عليه مخالفة التكليف الإلزامية من ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات، فكذلك يحرم عليه التسبب إلى مخالفتها بإلقاء الجاهل في الحرام الواقعي، لأن مناط الحرمة في ذلك إنما هو تفويت غرض المولى بإيجاد المفسدة و ترك المصلحة الملمزتين، و هذا المنطوق موجود في كلتا الصورتين، فالأدلة الأولية كما تقتضى حرمة

- ص ١٣٨ جامع الاخبار عن رسول الله (ص) أنه قال في حديث في الخمر: ألا و من سقاها غيره يهوديا أو نصرانيا أو امرأة أو صبياً أو من كان من الناس فعليه كوزر من شربها

[١] في ج ١١ الوافي باب ١٦ اختلاط ما يؤكل بغيره. ابن محبوب عن محمد بن الحسين عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا قال: و ما أحسبه إلا حفص بن البختري قال: قيل لأبي عبد الله «ع» في العجين يعجن من الماء النجس: كيف يصنع به؟ قال: يباع ممن يستحيل الميتة. صحيحة لو كان المراد ببعض أصحابنا هو حفص بن البختري كما هو الظاهر، و إلا- فهي مرسله. ثم إن صاحب الوسائل قد أخرجها في ج ١ ثل باب ١١ حكم العجين بالماء النجس من الأسائر. و ج ٢ ثل باب ٣٤ بيع الذكى المختلط بالميت مما يكتسب به. و لكن المذكور في الموضوع الثاني على ما هو الموجود في نسخة عين الدولة لا يخلو عن الاشتباه من حيث المتن و السند.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١١٩

مخالفة التكليف الإلزامية بالمباشرة، فكذلك تقتضى حرمة مخالفتها بالتسبب.

و بعبارة أخرى قد ذكرنا في علم الأصول في الكلام على حديث الرفع: ان المرفوع عن المكلفين عند جهلهم بالتكاليف الواقعية ليس إلا- خصوص الإلزام الظاهري و العقاب الذي تستلزمه مخالفة الواقع، و أما الأحكام الواقعية و ملاكاتها فهي باقية على حالها، و عليه فتغير الجاهل بالأحكام الواقعية و إن لم يوجب مخالفة المغرور التكاليف الإلزامية، إلا انه يوجب تفويت غرض الشارع فهو حرام، و مثال ذلك في العرف ان المولى إذا نهى عبده عن الدخول عليه في وقت خاص عينه لفراغه، فان نهيه هذا يشمل المباشرة و التسبب، و لذلك لو سبب أحد العبيد لدخول أحد على مولاه في ذلك الوقت لصح عقابه، كما يصح عقابه لو دخل هو بنفسه لاتحاد الملاك في كلتا صورتين بحكم الضرورة و البديهية، و مما ذكرناه ظهر لك ان في تعبير المصنف تسامحا واضحا، فإنه أتى بلفظ القبيح بدل لفظ الحرمة، و من الضروري ان القبيح يرتفع عند الجهل بالتكليف، و لا يلزمه ارتفاع الحرمة، اللهم إلا إذا أراد بالقبيح الحرمة، و لكنه لا يرفع التسامح.

ثم إن الوجوه المتقدمة إنما تقتضى حرمة تغيير الجاهل بالأحكام الواقعية فيما إذا كان المغرور في معرض الارتكاب للحرام، و إلا فلا موضوع للإغراء، و يترتب على ذلك تقييد وجوب الإعلام في بيع الدهن المتنجس بذلك أيضا، فإنه إنما يجب فيما إذا كان المشتري في معرض الانتفاع به فيما هو مشروط بالطهارة، و إلا فلا دليل على وجوبه.

قوله بل قد يقال: بوجوب الاعلام و إن لم يكن منه تسبب.

أقول: قد عرفت بما لا مزيد عليه حرمة إلقاء الجاهل في الحرام الواقعي، و أما لو ارتكبه الجاهل بنفسه من دون تغيير و لا تسبب من الغير، فهل يجب على العالم بالواقع إعلامه بالحال؟ فيه وجهان:

فعن العلامة (ره) في أجوبة المسائل المهنية التصريح بوجوب الاعلام، حيث سأله السيد المهنا عن رأى في ثوب المصلى نجاسة؟ فأجاب بأنه يجب الاعلام لوجوب النهي عن المنكر.

و لكن يرد عليه أن أدلة وجوب النهي عن المنكر مختصة بما إذا كان صدور الفعل من الفاعل منكرا، و في المقام ليس كذلك، لأننا قد فرضنا جهل الفاعل بالواقع.

خوي، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ١١٩

و قد يقال: بعدم الوجوب في غير موارد التسبب، لرواية ابن بكير [١] فإنها صريحة

[١] عن أبي عبد الله «ع» عن رجل أعار رجلا ثوبا فصلى فيه و هو لا يصلى فيه فقال:

لا يعلمه، قلت: فإن أعلمه؟ قال: يعيد. موثقة لعبد الله بن بكير الفطحي. راجع ج ١ ثل باب ٤٧ انه لا يجب إعلام الغير بالنجاسة من أبواب النجاسات. و لا يخفى ان ذيل الرواية محمول على الاعلام قبل الصلاة جمعا بينها و بين ما دل على عدم وجوب الإعادة فيما إذا كان بعد الصلاة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٠

في عدم وجوب الإعلام بنجاسة ثوب المصلى. و فيه ان الرواية أجنبية عما نحن فيه، لان عدم وجوب الإعلام بالنجاسة إنما هو لأن الطهارة الخبيثة ليست من الشرائط الواقعية للصلاة، و إنما هي من الشرائط العلمية، لأن تنبيه الجاهل و إعلامه ليس بواجب على العالم، و يرشدك الى ذلك ان الرواية مختصة بصورة الجهل، و لا تشمل صورة النسيان.

نعم يمكن الاستدلال عليه على وجه الإطلاق بخبرين آخرين، الأول: خبر محمد بن مسلم [١] فإن الإمام «ع» نهى فيه عن الاعلام بالدم

فى ثوب المصلى، و (قال: لا يؤذنه حتى ينصرف) من صلاة. و لا يرد عليه الاشكال المتقدم فى رواية ابن بكير، فقد عرفت أن مورد السؤال فيها مختص بصورة الجهل بالواقع فقط، و هذا بخلاف مورد السؤال فى هذه الرواية فإنه مطلق يشمل صورتى الجهل و النسيان، و من الواضح ان الطهارة الخبيثة فى صورة النسيان من الشرائط الواقعية للصلاة.

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

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

قوله و الحاصل: ان هنا أمورا أربعة).

أقول: ملخص كلامه: ان إلقاء الغير فى الحرام الواقعى على أربعة أقسام، الأول: ان يكون فعل احد الشخصين علة تامة لصدور

[١] عن أحدهما «ع» قال: سألته عن الرجل يرى فى ثوب أخيه دما و هو يصلى؟ قال لا يؤذنه حتى ينصرف. صحيحة. راجع ج ١ كا ص ١١٣. و ج ١ ثل الباب ٤٧ المتقدم.

[٢] عن ابى عبد الله «ع» قال: اغتسل ابى من الجنابة فقيل له: قد أبقيت لمعة فى ظهرك لم يصبها الماء فقال له: ما كان عليك لو سكت ثم مسح اللعة بيده. صحيحة. راجع ج ١ كا ص ١٥ و الباب ٤٧ المتقدم من ج ١ ثل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢١

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

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

الثالث: أن يكون فعل أحدهما شرطا لصدور الحرام من الآخر، و هذا على وجهين: لأن عمل الشخص الأول تارة يكون من قبيل إيجاد الداعى للثانى على المعصية، سواء كان باثارة الرغبة إلى الحرام فى نفس الفاعل بالتحريض و التوصيف و نحوهما، أو بإيجاد العناد فى قلبه، كسب آلهة الكفار الموجب لالقائهم فى سب الحق عنادا، و اخرى يكون من قبيل إيجاد مقدمة من مقدمات الحرام غير إيجاد الداعى كبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا. الرابع:

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

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

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

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

[١] سورة التوبة آية ١٢٣ قوله تعالى: (وَ مَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذٍ رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ)

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٢

و الروايات «١» الواردة في بذل العلم و تعليمه و تعلمه.

و أما الأحكام الجزئية المترتبة على الموضوعات الشخصية فان لم نقل بوجود الدليل على نفى وجوب الإعلام- كالرواية المتقدمة الدالة على صحة الصلاة في الثوب النجس جهلاً، و أنه لا يجب على المعير إعلام المستعير بالنجاسة- فلا ريب في عدم الدليل على وجوبه، و على هذا فلو رأى أحد نجاسة في طعام الغير فإنه لا يجب عليه إعلامه، كما أنه لا يجب تنبيه المصلي إذا صلى بالطهارة الترابية مع الغفلة عن وجود الماء عنده، إلا إذا كان ما ارتكبه الجاهل من الأمور المهمة، فإنه يجب إعلام الجاهل بها كما عرفت.

و أما الثاني: (أعني إضافة فعل أحد الشخصين إلى الشخص الآخر) فقد يكون فعل أحد الشخصين سبباً لوقوع الآخر في الحرام، و اخرى لا- يكون كذلك، أما الأول: فلا شبهة في حرمة، كإكراه الغير على الحرام، و قد جعله المصنف من قبيل العلة و المعلول، و الدليل على حرمة هي الأدلة الأولية الدالة على حرمة المحرمات، فان العرف لا- يفرق في إيجاد مبعوض المولى بين المباشرة و التسيب.

و أما الثاني: فإن كان الفعل داعياً إلى إلى إيجاد الحرام كان حراماً، فإنه نحو من إيقاع الغير في الحرام، و مثاله تقديم الطعام المتنجس أو النجس أو المحرم من غير جهة النجاسة إلى الجاهل ليأكله، أو توصيف الخمر بأوصاف مشقوفة ليشربها، و من هذا القبيل بيع الدهن المتنجس من دون إعلام بالنجاسة، و سب آلهة المشركين الموجب للجرأة على سب الإله الحق، و سب آباء الناس الموجب لسب أبيه، و قد جعل المصنف بعض هذه الأمثلة من قبيل السبب، و بعضها من قبيل الشرط، و بعضها من قبيل الداعي، و لكنه لم يجر في جعله هذا على المنهج الصحيح و قد أشير إلى حرمة التسيب إلى الحرام في بعض الآيات [١] و الروايات [٢]

[١] سورة الانعام آية ١٠٨ قوله تعالى: (وَ لَا تَسِيْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسِيْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ). و في ج ٢ مجمع البيان طبع صيدا ص ٣٤٧. قال قتادة: كان المسلمون يسبون أصنام الكفار فنهاهم الله عن ذلك لئلا يسبوا الله فإنهم قوم جهلة.

[٢] في ج ٢ أصول الكافي بهامش مرآت العقول باب السباب ص ٣٥٠. و باب السفه ص ٣١٠. و ج ٣ الوافي باب السفه ص ١٥٩.

ج ٢ ثل باب ١٥٨ تحريم سب المؤمن من أحكام العشرة. ابن حجاج البجلي عن أبي الحسن موسى «ع» في رجلين يتسابان؟ فقال:

البادي منهما أظلم و وزره و وزير صاحبه عليه ما لم يعتذر إلى المظلوم. صحيحة. و في حسنة

(١) راجع ج ١ أصول الكافي بهامش مرآت العقول. و ج ١ الوافي ص ٤٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٣

و إن لم يكن الفعل داعياً إلى الحرام فاما أن يكون مقدمة له، و إما أن لا يكون كذلك أما الأول: فكإعطاء العصا لمن أراد ضرب اليتيم، فإن إعطاءه و إن كان مقدمة للحرام، إلا أنه ليس بداعٍ إليه، و الحكم بحرمة يتوقف على أمرين، الأول: كونه إعانة على الإثم، و الثاني: ثبوت حرمة الإعانة على الإثم في الشريعة المقدسة، و سيأتي الكلام على ذلك في مبحث بيع العنب ممن يجعله خمراً. و أما الثاني: فكمن ارتكب المحرمات و هو برأى من الناس، فإن رؤيتهم له عند الارتكاب ليست مقدمة لفعل الحرام، نعم لا بأس بإدخاله تحت عنوان النهي عن المنكر فيجب النهي عنه إذا اجتمعت شرائطه.

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

قوله ثم إن بعضهم استدل على وجوب الإعلام بأن النجاسة عيب خفي فيجب إظهارها.

أقول: أشكل عليه المصنف (ره) بوجهين، الأول: (أن وجوب الإعلام على القول به ليس مختصا بالمعاوضات، بل يشمل مثل الإباحة و الهبة من المجانيات). و الثاني:

(أن كون النجاسة عيبا ليس إلا- لكونه منكرا واقعيا و قبيحا، فان ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسألة وجوب إظهار العيب، و إلا لم يكن عيبا فتأمل).

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

- اخرى باختلاف في صدر السند. قال «ع»: ما لم يتعد المظلوم.

أبو بصير عن أبي جعفر «ع» قال: إن رجلا من بني تميم أتى النبي (ص) فقال: أوصني فكان مما أوصاه أن قال: لا تسبوا الناس فتكسبوا العداوة منهم - بينهم - لهم - صحيحة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٤

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

و الذي يسهل الخطب أنه لا دليل على وجوب إظهار العيب الخفي في المعاملات، و إنما الحرام هو غش المؤمن فيها، كما سيأتي في البحث عن حرمة الغش، و عليه فالعيب الخفي إن استلزم الغش في المعاملات و جب رفع الغش، و إلا- فلا- دليل على وجوبه، و من المعلوم أن رفع الغش هنا لا ينحصر بإظهار العيب الخفي، بل يحصل بالتبري عن العيوب، أو باشتراط صرفه فيما هو مشروط بالطهارة، و من هنا يعلم أنه لا وجه لتوهم: أن النجاسة عيب خفي و جب إظهارها حتى لا يكون غشا للمسلم.

ثم إن وجوب الإعلام بالنجاسة فيما إذا كان المشتري مسلما مباليا في أمر الطهارة و النجاسة و أما إذا كان كافرا أو مسلما غير مبال في

الدين فلا يجب الإعلام، لكونه لغواً، وإن كان الجميع مكلفين بالفروع كتكليفهم بالأصول.

جواز استصباح الدهن المنتجس تحت الظلال

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

المشهور بين الأصحاب هو جواز الاستضاءة بالدهن المنتجس على وجه الإطلاق، وذهب بعضهم إلى جواز الإسراج به تحت السماء، وذهب المشهور من العامة «١» إلى جواز الاستصباح به في غير المسجد ففي أطمعة السرائر: وقال شيخنا أبو جعفر في مبسوط في كتاب الأطمعة: روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف، وهذا يدل على أن دخانه نجس غير أن عندي أن هذا مكروه، إلى أن قال: وأما ما يقطع بنجاسته فقال قوم: دخانه نجس، وهو الذي دل عليه الخير الذي قدمناه من رواية أصحابنا. وقال آخرون- وهو الأقوى:- إنه ليس بنجس وقال ابن إدريس بعده: ولا يجوز الاستصباح به تحت الظلال لأجل التعبد. ثم قال: ولا يجوز الإدهان به ولا استعماله في شيء من الأشياء سوى الاستصباح به تحت السماء، ثم قال: ما ذهب أحد من أصحابنا إلى أن الاستصباح به تحت الظلال مكروه، بل محذور بغير خلاف بينهم، وقول شيخنا أبي جعفر محجوج بقوله في جميع كتبه إلا ما ذكره هنا، فالأخذ بقوله وقول أصحابنا أولى من الأخذ بقوله المتفرد من أقوال أصحابنا.

(١) في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ و ص ٢٣٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٥

أقول: إن الروايات وإن استفاضت من الفريقين على جواز إسراج الدهن المنتجس إلا أنها خالية عن ذكر الاستصباح به تحت السماء فقط، وستأتي الإشارة إلى هذه الروايات المستفيضة في البحث عن جواز الانتفاع بالمنتجس. نعم استدل على ذلك بوجوه: الأول دعوى غير واحد من أعظم الأصحاب الإجماع عليه. وفيه أن دعواه في المقام مجازفة لمخالفة جملة من الأعظم كالشيخ والعلامة وغيرهما، على أن الإجماع التعبدى هنا ممنوع لاحتمال استناد المجمعين إلى الوجوه المذكورة في المسألة.

الثاني: الشهرة الفتوائية. وفيه أنها وإن كانت مسلمة إلا أنها ليست بحجة.

الثالث: مرسله الشيخ المتقدم، المنجبر ضعفها بعمل المشهور، وهي صريحة في كون الإسراج به تحت السماء.

وفيه أن من المظنون أنها صدرت من سهو القلم، فإن أصحاب الحديث لم ينقلوها في أصولهم حتى الشيخ بنفسه في تهذيبه، و ظاهره قوله (ره): (روى أصحابنا: أنه يستصبح به تحت السماء) يقتضى كون الرواية مشهورة في المقام، فلا وثوق بوجود الرواية المذكورة نعم لو كانت العبارة المذكورة رواية مرسله، فإن العمل بها لا يجوز للإرسال، وتوهم انجبارها بعمل المشهور بها ممنوع صغرى و

كبرى، كما هو واضح، خصوصاً مع مخالفة الشيخ (ره)، فإنه حملها على الكراهة، ومخالفة العلامة (ره)، فإنه أعرض عنها، وجعل العلة في تحريم الإسراج به تحت الظلال هي حرمة تنجيس السقف، قال في المختلف «١»:

(نعم لو كان صعود بعض الأجزاء الدهنية بواسطة الحرارة موجبا لتنجس السقف فلا يجوز الاستصباح به تحت الظلال، وإلا فيجوز مطلقاً).

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

ولكن يرد عليه أولاً: أن دخان النجس كرماده ليس بنجس للاستحالة، ومجرد احتمال صعود الأجزاء الدهنية إلى السقف قبل

الاستحالة لا يمنع عن الإسراج به تحت الظلال لكونه مشكوكا.

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

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

(١) ج ٤ كتاب الأطعمة ص ١٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٦

المساجد و المشاهد، و عليه فلا وجه للمنع عن الاستصباح به تحت السقف من جهة حرمة تنجيسه قوله لكن الأخبار المتقدمة على كثرتها.

أقول: محصل كلامه: أن المطلقات حيث كانت متظافرة، و واردة في مقام البيان فهي آية عن التقييد، و لو سلمنا جواز تقييدها إلا انه ليس في المقام ما يوجب التقييد عدا مرسله الشيخ، و هي غير صالحة لذلك، لأن تقييد المطلقات بها يتوقف على ورودها للتعبد، أو لحرمة تنجيس السقف، كما فهمها الشيخ، و كلا الوجهين بعيد، فلا بد من حمل المرسله على الإرشاد إلى عدم تنجيس السقف بالدخان.

و فيه أن غاية ما يترتب على كون المطلقات متظافرة أن تكون مقطوعة الصدور لا مقطوعة الدلالة، و إذن فلا مانع عن التقييد، إذ هي لا تزيد على مطلقات الكتاب القابلة للتقييد حتى بالأخبار الآحاد، و أوهن من ذلك دعوى إبانها عن التقييد من جهة ورودها في مقام البيان فان ورودها في مقام البيان مقوم لحجيتها، و من الواضح أن مرتبة التقييد متأخرة عن مرتبة الحجية في المطلق، و نسبة حجيتها إلى التقييد كنسبة الموضوع إلى الحكم، و لا يكون الموضوع مانعا عن ترتب الحكم عليه.

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

و أما تقييد المطلقات بها من جهة أن المرسله تدل على حرمة تنجيس السقف فبعيد غايته. قوله لكن لو سلم الانجبار.

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

قوله و لو رجع إلى أصالة البراءة حينئذ لم يكن إلا بعيدا عن الاحتياط و جرأه على مخالفة المشهور.

أقول: لا- يكون البعد عن الاحتياط مانعا عن الرجوع إلى البراءة في شيء من الموارد، و أما الجرأة على خلاف المشهور فلا محذور فيها لأن الشهرة ليست بحجته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٧

جواز الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الاستصباح

إشارة

قوله هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح؟.

أقول: حاصل كلامه:

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

و قد يتوهم عدم جواز استعماله في غير الاستصباح مطلقاً استناداً إلى رواية قرب الاسناد [٢] الدالة على عدم جواز التدهن به. و لكن الرواية ضعيفة السند.

لا يقال: إن هذه الرواية لا يجوز العمل بها و إن كانت صحيحة، لأنها غير معمول بها بين الأصحاب، لفتواهم بجواز الانتفاع بالدهن المنتجس في غير الاستصباح أيضاً. فإنه يقال قد ذكرنا في علم الأصول: أن أعراض المشهور عن الرواية الصحيحة لا يوجب الوهن فيها و قد أشرنا إليه في الكلام على رواية تحف العقول.

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

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

إن ظاهر الرواية هو النهي عن طلي البدن بالدهن المنتجس، و من الواضح أن الأدهان من الإفعال بمعنى الخدعة، و أن الذي بمعنى الطلي هو من باب الافتعال.

و الذي ينبغي أن يقال: إن جواز الانتفاع بهذا الدهن في غير الموارد المنصوصة و عدم جوازه مبني على تحقيق الأصل في الانتفاع بالمنتجس، فهل الأصل يقتضي جواز ذلك أو حرمة حتى يخرج الخارج بالدليل؟ فذهب جمع من الأصحاب إلى الثاني، و قال جمع من المتأخرين: بالأول، و هو الأقوى، و هو مقتضى أصالة البراءة الثابتة بالأدلة المستفيضة، و يدل هذا الأصل على إباحة ما لم يرد فيه نهى و حليته، و من البين أن الانتفاع بالمنتجس في

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنفية فيجوز أن يبيع دهننا منتجسا ليستعمله في الدبغ و دهن عدد الآلات (الماكينات) و نحوها.

[٢] في ج ٢ نل باب ٣٤ حكم بيع الذكي المختلط بالميت مما يكتسب به. على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر «ع» قال: سألته عن حب دهن مات فيه تارة؟ قال: لا تدهن به و لا تبعه من مسلم. مجهولة لعبد الله بن الحسن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٨

غير ما هو مشروط بالطهارة من صغريات ذلك.

قوله و قاعده حل الانتفاع بما في الأرض.

أقول: لا وجه لهذه القاعدة إلا قوله تعالى [١] هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا.

و لكن الآية ليست بدالة على جواز الانتفاع بجميع ما في الأرض ليكون الانتفاع بالمنتجس من صغريات، بل هي إما ناظرة إلى بيان أن الغاية القصوى من خلق الأجرام الأرضية و ما فيها ليس إلا خلق البشر و تربيته و تكريمه، و أما غير البشر فقد خلقه الله تعالى تبعاً لخلق الإنسان و مقدمه له، و من البديهي أن هذا المعنى لا ينافي تحليل بعض المنافع عليه دون بعض.

و إما ناظرة إلى أن خلق تلك الأجرام و تكوينها على الهيئات الخاصة و الاشكال المختلفة و الأنواع المتشعبة من الجبال و الأودية و الأشجار و الحيوانات على أنواعها، و أنحاء المخلوقات من النامي و غيره، لبيان طرق الاستدلال على وجود الصانع و توحيد ذاته و صفاته و فعاله و على إتقان فعله و علو صنعه و كمال قدرته و سعة علمه، إذن فتكون اللام للانتفاع، فإنه أي منفعة أعظم من تكميل البشر، و لعل هذا هو المقصود من قوله «ع» في دعاء الصباح:

(يا من دل على ذاته بذاته).

الأصل جواز الانتفاع بالمتنجس

قوله و لا حاكم عليها سوى ما يتخيل)

أقول: قد استدل على حرمة الانتفاع بمطلق المتنجس بجملة من الآيات و الروايات.

اما الآيات فمنها قوله تعالى «١»: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾. فان المتنجس رجس فيجب الاجتناب عنه.

و فيه ان الرجس و إن أطلق على الأعيان النجسة كثيرا، كما أطلق على الكلب في صحيحة البقباق [٢] إلا ان الآية لا ترتبط بالمدعى لوجوه، الأول: ان الظاهر من الرجس

[١] سورة البقرة آية ١٩. و في ج ١ مجمع البيان ط صيدا المعنى: أن الأرض و جميع ما فيها نعم من الله تعالى مخلوقه لكم أما دينه فتستدلون بها على معرفته، و إما دنيوية فتنتفون بها بضروب النفع عاجلا.

[٢] الفضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن فضل الهرة و الشاة إلى ان قال: فلم اترك شيئا إلا سألت عنه؟ فقال: لا بأس به، حتى انتهيت إلى الكلب فقال:

(١) سورة المائدة آية ٩٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٢٩

هي الأشياء التي يحكم عليها بالنجاسة بعناوينها الأولية، فيختص بالأعيان النجسة، و لا يشمل الأعيان المتنجسة، لأن النجاسة فيها من الأمور العرضية.

الثاني: أن الرجس في الآية لإيراد منه القذارة الظاهرية لكي ينازع في اختصاصه بالأعيان النجسة، أو شموله الأعيان المتنجسة أيضا. بل المراد منه القذارة المعنوية: أي الحسة الموجودة في الأمور المذكورة في الآية، سواء كانت قدرة بالقذارة الحسية أيضا أم لم تكن، و الذي يدل على ذلك من الآية إطلاق الرجس على الميسر و الأنصاب و الأزلام، فان من البديهي أن قذارة هذه الأشياء ليست ظاهريه، و لا شبهة في صحة إطلاق الرجس في اللغة [١] على ما يشمل القذارة الباطنية أيضا، و عليه فالآية إنما تدل على وجوب الاجتناب عن كل قدر بالقذارة الباطنية التي يعبر عنها في لغة الفرس بلفظ (بليد) فتكون المتنجسات خارجة عنها جزما.

الثالث: أن جعل المذكورات في الآية من عمل الشيطان، إما من جهة كون الأفعال المتعلقة بالخمر و الأنصاب و الأزلام رجسا من عمل الشيطان، كما يشير اليه قوله تعالى [٢]:

﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعِدَاةَ وَ الْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ وَ يَصِيدَكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾. فان الرجس قد يطلق على مطلق القبائح و المعاصي، و قد عرفت ذلك في الهامش من القاموس و غيره.

و إما من جهة كون تلك الأمور نفسها من عمل الشيطان، فعلى الأول تكون الآية دالة

- رجس نجس لا نتوضأ بفضله و اصيب ذلك الماء، الخبر. صحيحة. راجع ج ١ التهذيب باب المياه ص ٦٤. و ج ٤ الوافي باب أسآر الحيوانات ص ١٣. و ج ١ ثل باب ١ سور الكلب من أبواب الأستار.

[١] في ج ٢ مجمع البيان ط صيدا ص ٢٣٩: رجس أي خبيث و في مفردات الراغب:

الرجس الشيء القذر. يقال: رجل رجس و رجال أرجاس، و الرجس على أربعة أوجه:

إما من حيث الطبع، و إما من جهة العقل، و إما من جهة الشرع، و إما من كل ذلك.

و في القاموس: الرجس بالكسر القذر، و المأثم، و كل ما استقذر من العمل، و العمل المؤدى إلى العذاب. و في المنجد: رجس رجاسة عمل عملا قبيحا.

[٢] سورة المائدة آية ٩٣. و في ج ٢ مجمع البيان ص ٢٤٠: و المعنى يريد الشيطان إيقاع العداوة بينكم بالإغواء المزين لكم ذلك حتى إذا سكرتم زالت عقولكم، و أقدمتم على القبائح على ما يمنعه منه عقولكم. قال قتادة: إن الرجل كان يقامر في ماله و أهله، فيقمر، و يبقى حزينا سلبيا، فيكسبه ذلك العداوة و البغضاء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٠

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

أقول: لا يلزم من خروج المتنجسات كلها من الآية تخصيص الأكثر فضلا عما إذا كان الخارج بعضها، فان الخارج منها عنوان واحد ينطبق على جميع أفراد المتنجس انطباق الكلي على أفراده نعم لو كان الخارج من عموم الآية كل فرد فرد من أفراده للزم المحذور المذكور.

و منها قوله تعالى «١»: (وَ الرَّجَزَ فَاهْجُرُوا). بناء على شمول الرجز للأعيان النجسة و المتنجسة، و قد ظهر الجواب عنها من كلامنا على الآية السابقة، ثم إن نسبة الهجر إلى الأعيان الخارجية لا- تصح إلا- بالعناية و المجاز، بخلاف نسبه إلى الأعمال، فإنها على نحو الحقيقة، و عليه فالمراد من الآية خصوص الهجر عن الأعمال القبيحة و الأفعال المحرمة، و لا تشمل الأعيان المحرمة. و يحتمل أن يراد من الرجز العذاب، كما في قوله تعالى «٢»: (فَأَنْزَلْنَا عَلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا رِجْزًا مِنَ السَّمَاءِ)

(١) سورة المدثر، آية: ٥.

(٢) سورة البقرة، آية: ٥٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣١

و قد صرح بذلك بعض أهل اللغة، كصاحب القاموس و غيره، و على هذا فالمراد من هجر العذاب هجر موجباته، كما أريد من

المسارعة إلى المغفرة، و من الاستباق إلى الخيرات المسارعة و الاستباق إلى أسبابهما في آيتهما «١».

و منها قوله تعالى «٢»: (وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) بناء على صدق الخبائث على المتنجسات و حيث إن التحريم فى الآية لم يقيد بجهة خاصة فهى تدل على عموم تحريم الانتفاع بالمتنجسات.

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

و الحق أن يقال: إن متعلق التحريم فى الآية إنما هو العمل الخبيث و الفعل القبيح، فالمتنجس خارج عن مدلولها لانه من الأعيان.

لا يقال: إذا أريد من الخبيث العمل القبيح و جب الالتزام بالتقدير، و هو خلاف الظاهر من الآية.

فإنه يقال: إنما يلزم ذلك إذا لم يكن الخبيث بنفسه بمعنى العمل القبيح، و قد أثبتنا فى مبحث بيع الأبوال «٣» صحة إطلاقه عليه بدون عناية، و خصوصا بقريته قوله تعالى:

(وَنَجَّيْنَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ). فإن المراد من الخبائث فيها اللواط.

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

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

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

و منها رواية السكونى [١] الآمرة بإهراق المرق المتنجس بموت الفارة فيه فتدل على حرمة

[١] عن جعفر عن أبيه إن عليا «ع» سئل عن قدر طبخت و إذا فى القدر فارة؟ قال:

بهراق مرقها و يغسل اللحم و يؤكل. ضعيفه للنوفلى. راجع ج ٢ كا باب ١٤ من الأطعمة

(١) سورة آل عمران، آية: ١٢٧ (وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ). سورة البقرة آية: ١٤٣ (فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ).

(٢) سورة الأعراف، آية: ١٥٦.

(٣) ص ٣٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٢

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

و منها الأخبار [١] الدالة على أن الفارة إذا ماتت فى السمن الجامد و نحوه و جب أن تطرح الفارة و ما يليها من السمن، لأنه لو جاز الانتفاع بالمتنجس لما أمر الإمام «ع» بطرحه، لإمكان الانتفاع به فى غير ما هو مشروط بالطهارة، كتدهين السفن «١» و الأجر «٢» و نحوهما، فتدل على المدعى بضميمة عدم القول بالفصل بين أفراد المتنجسات و قد أجاب عنها المصنف بأن الطرح كناية عن حرمة الأكل فقط، فان الانتفاع بالاستصباح به جائز إجماعا. و لكن يرد عليه ما تقدم من ظهور الأمر بالطرح فى حرمة الانتفاع به مطلقا، و أما

الاستصباح به فإنما خرج بالنصوص الخاصة كما عرفت.

- ص ١٥٥. و ج ٢ التهذيب الأطعمة ٣٠٤. و ج ١١ الوافي ص ٢٢. و ج ١ ثل باب ٥ نجاسة المضاف بملاقاة النجاسة من أبواب الماء المضاف.

[١] زرارة عن أبي جعفر «ع» قال: إذا وقعت الفأرة في السمن فمات فيه فان كان جامدا فألقها و ما يليها و كل ما بقى، الخبر. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع ج ٢ كا باب ١٤ من الأطعمة ص ١٥٥. و ج ٢ التهذيب الأطعمة ص ٣٠٣. و ج ١١ الوافي ص ٢٢ و ج ١ ثل باب ٥ نجاسة المضاف بملاقاة النجاسة من أبواب الماء المضاف. و ج ٣ ثل باب ٤٣ أن الفأرة إلخ من الأطعمة المحرمة. و ج ٢ ثل باب ٣٣ جواز بيع الزيت النجس مما يكتسب به.

على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال: سألت عن الفأرة و الكلب إذا أكلا من الجبن و شبهه أ يحل أكله؟ قال: يطرح منه ما أكل و يحل الباقي. مجهول لعبد الله بن الحسن. راجع الباب ٤٢ المذكور من ج ٣ ثل.

إلى غير ذلك من الاخبار المزبورة في المواضع المتقدمة من ج ٢ ثل. و الوافي. و ج ٢ التهذيب. و ج ٣ المستدرک باب ٣١ ص ٧٧. و ج ١ ص ٢٩. و ج ٢ ص ٤٢٧. و ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٥٤.

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

(٢) في المنجد: الجرب و هو داء يحدث في الجلد بشورا صغارها لها حكة شديدة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٣

و الصحيح في الجواب ما أشرنا إليه من أن الأمر بطرح ما تلى الفأرة من السمن للإرشاد إلى عدم إمكان الانتفاع به بالاستصباح و نحوه لقلته، فتكون الرواية غريبة عن المقام.

و من هنا ظهر ما في رواية زكريا بن آدم [١] التي تدل على إهراق المرق المتنجس، فإن الأمر بالهراقة فيها إرشاد إلى ما ذكرناه من قلة نفعه، مضافا إلى أنها ضعيفة السند.

و منها قوله «ع» في روايتي سماعه و عمار [٢] الواردتين في الإنائين المشتبهين: (يهرقها جميعا و يتيمم) فإن أمره «ع» بهراقة الإنائين مع إمكان الانتفاع بهما في غير ما هو مشروط بالطهارة ظاهر في حرمة الانتفاع بالماء المتنجس، و بضميمة عدم القول بالفصل بين أفراد المتنجسات يتم المطلوب.

و فيه أن خصوصية المورد تقتضى كون الأمر بالإهراق إرشادا إلى مانعية النجاسة عن الوضوء، ثم إذا سلمنا كون الأمر فيهما للمولوية التكليفية فمن المحتمل القريب أن يكون الغرض من الأمر هو تميم موضوع جواز التيمم، لأن جوازه في الشريعة المقدسة مقيد بفقدان الماء، و قبل إراقة الإنائين لا يتحقق عنوان فقدان لوجود الماء الطاهر عنده و إن لم يعرفه بعينه، و لذلك أفتى بعض الفقهاء بعدم جواز التيمم قبل إهراق الإنائين.

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

[١] قال: سألت أبا الحسن «ع» عن قطرة خمر أو نبيذ مسكر قطرات في قدر فيه لحم كثير و مرق كثير؟ قال: يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمة أو الكلب. مهمله للحسن المبارك و ضعيفة لمحمد بن موسى. راجع ج ٢ كا باب المسكر يقطر منه في الطعام من الأشربة

ص ١٩٧. و ج ٢ التهذيب الأئمة ص ٣١٢. و ج ١١ الوافي ص ٩٢. و ج ١ ثل باب ٣٨ نجاسة الخمر من أبواب النجاسات.
 [٢] قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن رجل معه إناء ان فيهما ماء وقع في أحدهما قذر ولا يدري أيهما وليس يقدر على ماء غيرهما؟
 قال: يهريقهما جميعا و يتيمم. ضعيفة لعثمان بن عيسى و مثلها رواية عمار الساباطي عن أبي عبد الله «ع» و لكنها موثقة لأجله و
 لمصدق بن صدقة. راجع ج ١ كا ص ٤. و ج ١ التهذيب باب المياه ص ٦٥ و باب تطهير الثياب ص ٧١. و ج ٤ الوافي ص ١١ و ج ١
 ثل باب ٨ نجاسة ما نقص عن الكر بملاقاة النجاسة من أبواب الماء المطلق.
 [٣] أبو بصير عن أبي عبد الله «ع» قال: سألت عن الجنب يجعل الركوة أو التور فيدخل إصبعة فيه؟ قال: إن كانت يده قدرة فأهرقه،
 الحديث. صحيحة. في القاموس:

التور إناء يشرب فيه. راجع المصادر المتقدمة من ج ١ يب. و ج ١ ثل. و ج ٤ الوافي-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٤

غير ما هو مشروط بالطهارة لم يؤمر بذلك، و فيه أولا: ما عرفت من أن خصوصية المورد تقتضى ذلك، لقله نفعه في العادة. و ثانيا:
 أن الأمر بالهراقة في تلك الأخبار إرشاد إلى عدم جواز التوضى من ذلك الماء للنجاسة المشتبهة، و لا يجوز التعدي من موردها إلى
 غيره من الاستعمالات إلا إذا كان مشروطا بالطهارة، و إذن فلا دلالة فيها على المطلوب أيضا.
 و منها الأخبار المستفيضة عند الخاصة [١] و العامة [٢] الواردة في استصباح الدهن المتنجس، فإنها ظاهرة في أن الانتفاع به منحصر
 في الإسراج، فإنه لو جاز الانتفاع به في غيره أيضا لتعرض له الامام «ع» فيها أو في غيرها.
 و فيه أن وجه التخصيص أن النفع الظاهر للدهن هو الاكل و الإسراج فقط، فإذا حرم أكله للنجس اختص الانتفاع به بالإسراج، فلذا
 لم يتعرض الامام «ع» لغير الاستصباح، و إذن فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.
 على أنه قد ورد في بعض الروايات جواز الانتفاع به بغير الاستصباح، كقوله «ع» في رواية قرب الاسناد [٣]: (و لكن ينتفع به كسراج و
 نحوه). و كقوله على «ع» المروي

- و في موثقة سماعه: فإن أدخلت يدك في الماء و فيها شيء من ذلك فأهرق ذلك الماء.

و في موثقة أخرى له: و إن كان أصاب «المني» يده فأدخل يده في الماء قبل ان يفرغ على كفيه فليهرق الماء كله. راجع الباب ٨
 المتقدم من ج ١ ثل. و ج ١ كا باب ٨ من المياه ص ٥. و ج ٤ الوافي باب ما يستحب التنزه عنه في رفع الحدث من المياه ص ١١ و ١٢
 و في صحيحة الباق المتقدمة في ص ١٢٨ عن سؤر الكلب قال «ع»: و اصب ذلك الماء.

[١] راجع ج ٢ كا باب ١٤ من الأئمة ص ١٥٥، و ج ٢ التهذيب كتاب الصيد ص ٣٠٣. و ج ٢ ثل باب ٣٣ جواز بيع الزيت مما
 يكتسب به. و ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧. و ج ٣ ثل باب ٣١ أن ما قطع من أليات الغنم. و باب ٤٢ أن الفأرة إذا ماتت في السمن من
 الأئمة المحرمة. و ج ٣ المستدرک ص ٧٧ و ج ١ ثل باب ٥ نجاسة المضاف بملاقاة النجاسة من أبواب النجاسات. و ج ١
 المستدرک ص ٢٩. و ج ١١ الوافي ص ٢٢

[٢] في ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٥٤ سئل رسول الله (ص) عن الفأرة تقع في السمن أو الزيت؟ قال: استصبحوا به و لا تأكلوه، و غير
 ذلك من الأحاديث.

[٣] بإسناده عن علي بن جعفر عن أخيه إلى أن قال: و سألت عن فأرة أو كلب شربا في زيت أو سمن؟ قال: إن كان جرة أو نحوها فلا
 تأكله و لكن ينتفع به كسراج و نحوه مجهولة لعبد الله بن الحسن راجع ج ٣ ثل باب ٤٥ أن الفأرة إذا وقعت في مائع من الأئمة
 المحرمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٥

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

بل ورد في أحاديث العامة [٢] جواز الانتفاع به مطلقاً من غير تقييد بنوع خاص من المنافع وقد يخطر بالبال أن الأمر في الروايات بخصوص الاستصباح دون غيره إنما هو فيما لا يتمكن الإنسان من الانتفاع به بغير الاستصباح ولو في الوجوه النادرة من المنافع، وإلا فلا خصوصية للتقييد بالاستصباح، كما لا خصوصية للتقييد بجعله صابونا، ولذا جوز الامام «ع» أن ينتفع به بغيرهما أيضاً في رواية قرب الاسناد كما عرفت، ولكنها ضعيفة السند وقد يقال: بانعقاد الإجماع على حرمة الانتفاع بالمنتجس مطلقاً، فيكون مقتضى الأصل هو حرمة الانتفاع به في المقام. إلا أن ذلك ممنوع، فإن الإجماع المنقول ممنوع الحجية، وقد حققناه في علم الأصول. على أن دعوى الإجماع في المسألة موهونة بكثرة المخالفين فيهما

[١] الجعفریات عن على «ع» سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت؟ قال: الزيت خاصةً يبيعه لمن يعلمه صابونا. مجهولة لموسى بن إسماعيل. و مثلها في دعائم الإسلام و نوادر الراوندى. راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

قال المحدث النورى نور الله مرقدہ فی ج ٣ المستدرک فی الفائدة الثانية من الخاتمة ص ٣٢٤: كتاب النوادر هو تأليف السيد الامام الكبير ضياء الدين أبى الرضا فضل الله بن على الراوندى الكاشانى حفيد الحسن المثنى بن الحسن المجتبى عليه السلام، و وصفه العلامة فى إجازة بنى زهرة: بالسيد الامام، و فى فهرست الشيخ منتجب الدين: علامة زمانه جمع مع علو النسب كمال الفضل و الحسب و كان أستاذ أئمة عصره، قال أبو سعد السمعاني فى كتاب الأنساب: إنه من المشايخ و اليه تنتهى كثيرا أسانيد الإجازات و هو تلميذ الشيخ أبى على بن شيخ الطائفة، و له تصانيف تشهد بفضله و أدبه و جمعه بين مورث المجد و مكتسبه و منه انتشرت الأديعة الجليلة المعروفة بأديعة السر، انتهى ملخص كلامه.

أقول: لا شبهة فى علو شأنه و رفعة منزلته و مكانة عامه و ثبوت وثاقته، و قد صرح بذلك غير واحد من المترجمين، و لكن لم يظهر لنا اعتبار كتابه هذا، لأن فى سنده من لم تثبت وثاقته كعبد الواحد بن إسماعيل، و من هو مجهول الحال كمحمد بن الحسن التميمى البكرى.

[٢] فى ج ٩ سنن البيهقى ص ٣٥٤ فى جملة من الأحاديث سئل رسول الله (ص) عن الفأرة تقع فى السمن؟ فقال: اطرحوها و ما حولها إن كان جامداً، فقالوا: يا رسول الله (ص) فان كان مائعا؟ قال: فانتفعوا به و لا تأكلوه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٦

و أما الإجماع المحصل على ذلك فهو ممنوع التحقق أيضاً.

و يضاف إلى ما ذكرناه كله أنه لا ظهور لعبارات الفقهاء المحتوية لنقله فى ذلك المدعى، قال فى الغنية «١» بعد أن اشترط فى البيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة: (و قيدنا بكونها «المنفعة» مباحة تحفظاً من المنافع المحرمة، و يدخل فى ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره إلا ما أخرجه الدليل من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، و هو إجماع الطائفة).

و هذه العبارة و إن كانت صريحة فى نقل الإجماع، إلا أن الظاهر رجوعه إلى مطلع كلامه: أعنى حرمة بيع النجس، فلا دلالة فيها على حرمة الانتفاع بالمنتجس، و يحتمل قريباً أن يرجع إلى آخر كلامه: أعنى استثناء الكلب المعلم للصيد، و الزيت المنتجس للاستصباح من حرمة البيع.

و قال الشيخ فى الخلاف «٢»: (إذا مات الفأرة فى سمن أو زيت أو شيرج أو بزر نجس كله، و جاز الاستصباح به، و لا يجوز أكله، و لا الانتفاع به لغير الاستصباح). ثم ذكر المخالفين فى المسألة من العامة و غيرهم إلى أن قال: (دلينا إجماع الفرقة و أخبارهم).

و فيه أن محط كلامه إنما هو الدهن المنتجس فقط، فلو صح ما ادعاه من الإجماع لدل على حرمة الانتفاع به خاصةً، لكونه هو

المتيقن من مورد الإجماع، فلا يشمل سائر المنتجسات وقد أجاب المصنف عما ادعاه الشيخ من الإجماع بأن (معقده ما وقع الخلاف فيه بينه وبين من ذكر من المخالفين، إذ فرق بين دعوى الإجماع على محل النزاع بعد تحريره وبين دعواه ابتداء على الاحكام المذكورات في عنوان المسألة، فإن الثاني يشمل الاحكام كلها، والأول لا يشمل إلا الحكم الواقع مورد الخلاف، لانه الظاهر من قوله دليلنا إجماع الفرقة) وفيه أن ما أفاده وإن كان صحيحا بحسب الكبرى، إلا أنه خلاف ما يظهر من كلام الشيخ (ره)، فان ظاهره دعوى الإجماع على جميع الأحكام المذكورة. فالصحيح في الجواب هو ما ذكرناه.

على أنا لو سلمنا قيام الإجماع على ذلك فلا نسلم كونه إجماعا تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم «ع». إذ من المحتمل القريب جدا، بل المظنون عادة أن مدركه هو الوجوه المذكورة في المقام لحرمة الانتفاع بمطلق المنتجس. قوله أن بل الصبغ و الحناء.

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

(١) ص ٢ من البيع.

(٢) ج ٢ ص ٢١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٧

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

أقول: قد عرفت عدم ورود النص بذلك.

قوله و الذى أظن و إن كان الظن لا يغنى لغيرى شيئا.

أقول: بل لا- يغنيه أيضا، لعدم كونه من الظنون المعتبرة، اللهم إلا أن يكون مراده من ذلك هو الظن الاطمئنانى، فيكون حجة له، لا لغيره.

قوله و الرواية إشارة إلى ما عن الراوندى في كتاب النوادر.

أقول: قد عرفت:

أنها رواية واحدة نقلت بطرق ثلاثة، و لم يقع السؤال عن الشحم فى شيء منها، فما نقل فى المتن ناشئ عن سهو القلم. قوله ثم لو قلنا بجواز البيع فى الدهن،

أقول: كما يصح الانتفاع بالمنتجس على وجه الإطلاق، فكذلك يصح بيعه للعمومات المقتضية لذلك من قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و عليه فلا نحتاج فى ذلك إلى التمسك بقوله «ع» فى رواية تحف العقول: (و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله) كما تمسك به المصنف هنا. قوله و هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجيس،

أقول: إذا سلمنا جريان الاستصحاب فى الأحكام الكلية الإلهية، و أغمضنا عن معارضته دائما بأصالة عدم الجعل كما نقحنه فى الأصول، فلا نسلم جريانه فى المقام، لأن نمحل الكلام هو الجواز الوضعى بمعنى نفوذ البيع على تقدير وجوده، و عليه فاستصحاب الجواز بعد التنجس يكون من الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

قوله و أما قوله تعالى: فَاجْتَنِبُوهُ، و قوله تعالى: وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوهُ.

أقول: قد يتوهم أن إيراد المصنف (ره) الآيات المذكورة هنا لا يخلو من الاشتباه و سهو القلم، لأنه قد استدل بها فيما مضى على حرمة الانتفاع بالمنتجس، و كلامنا هنا مختص بجواز البيع فقط، و لكنه توهم فاسد، فان ذكر الآيات هنا ليس إلا- لدفع توهم الاستدلال بها على بطلان بيع المنتجس و القرينة على ذلك قوله (ره) فى مقام الجواب عنه:

(فقد عرفت أنها لا تدل على حرمة الانتفاع بالمتنجس فضلا عن حرمة البيع)

. قوله و أما مثل بيع الصابون المتنجس فلا يندفع الاشكال عنه.

أقول: وجه عدم الاندفاع هو أن الثوب المغسول بالصابون المتنجس و إن كان يقبل الطهارة بالغسل، إلا انه ليس معنى ذلك أن الصابون رجع إلى حالة يقبل معها الطهارة، فإن الأجزاء الصابونية تنفصل عن الثوب بالغسل و إن كانت في غاية النجاسة و الخبائث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٨

الأصل جواز الانتفاع بالأعيان النجسة

إشارة

قوله بقى الكلام فى حكم نجس العين.

أقول: الظاهر ان الأصل جواز الانتفاع بالأعيان النجسة أيضا إلا ما خرج بالدليل كما اختاره بعض الأعاظم و إن ذهب المشهور إلى حرمة الانتفاع بها، بل ادعى عليه الإجماع.

قال فى أول المكاسب من المراسم: التصرف فى الميتة و لحم الخنزير و شحمه و الدم و العذرة و الأيوان ببيع و غيره حرام. و فى المكاسب المحظورة من النهاية. جميع النجاسات محرم التصرف فيها. و فى فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح من المبسوط، نجس العين لا يجوز بيعه و لا إجارته و لا الانتفاع به و لا اقتناؤه بحال إجماعا إلا الكلب فان فيه خلافا، و على هذا النهج مذاهب فقهاء العامة [١]. و كيف كان فقد استدل على عدم الجواز بوجوه، منها الآيات المتقدمة من قوله تعالى (فَاجْتَنِبُوهُ) و قوله تعالى: (وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوهُ)، و قد عرفت الجواب عن ذلك آنفا.

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

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ عن الحنابلة لا يصح الانتفاع بالدهن النجس فى أى شىء من الأشياء، و فى ص ٢٣٢ عن الحنفية لا يحل الانتفاع بدهن الميتة لأنه جزء منها و قد حرمها الشرع فلا تكون مالا، و فى ج ٥ شرح فتح القدير ص ٢٠٣ حكم بحرمة الانتفاع بالميتة ثم جعل بطلان البيع دائرا مدار حرمة الانتفاع و هى عدم المالية، و فى ج ٢ فقه المذاهب فى الموضوع المتقدم نقل اتفاق المذاهب على حرمة بيع النجس، فقد عرفت من شرح فتح القدير الملازمة بين بطلان البيع و حرمة الانتفاع. و فى ج ٥ شرح فتح القدير نقل عن محمد انه لو وقع شعر الخنزير فى ماء قليل لا يفسده لأن حل الانتفاع به دليل طهارته، و فى ج ٢ فقه المذاهب ص ١٦٧ عن الحنفية لا ينعقد بيع كل ما لا يباح الانتفاع به شرعا، و فى ج ٨ شرح فتح القدير ص ١٥٧ نقل عن بعضهم حرمة الانتفاع بالنجس، و نقضه بجواز الانتفاع بالسرقين، فإنه مع القول بنجاسته يجوز بيعه و الانتفاع به بخلاف العذرة.

(١) سورة المائدة، آية: ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٣٩

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

عن البيع من جهة عدم جواز الانتفاع به.

نعم تقدم في مبحث بيع الميته ما دل على حرمة الانتفاع بالميته، إلا أنك عرفت هناك معارضتها بما دل على جواز الانتفاع بها، وأن الترجيح للروايات المجوزة، على أنها أخذنا بالروايات المانعة فهي أخص من المدعى لأنها مختصة بالميته، و موضوع كلامنا أعم منها و من سائر النجاسات.

نعم رواية تحف العقول صريحة في المدعى، فان دلالة قوله «ع» فيها: (أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لان ذلك كله منهي عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام)، صريحة لا تكاد تنكر و لا وجه لحملها على الإمساك و التقلب لأجل الأكل و الشرب كما في المتن، إلا أن الرواية لا يجوز الاعتماد عليها لضعف سندها و عدم انجبارها بعمل المشهور بها.

منها قوله «ع» «٢» في دعائم الإسلام: (و ما كان محرما أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه) بدعوى أن حرمة البيع في الرواية قد علقت على حرمة الشيء من أصله، فلا بد و أن يكون الانتفاع به محرما مطلقا، إذ لو جاز الانتفاع به لجاز بيعه لا ملازمة بينهما.

و فيه مضافا إلى ضعف السند فيها، أن المراد بالحرمة في الرواية حرمة التصرفات المناسبة لذلك الشيء المحرم، لا حرمة جميع التصرفات، و عليه فلا يستفاد منها حرمة جميع الانتفاعات على أنها لو سلمنا دلالتها على حرمة جميع التصرفات فغاية ما يستفاد منها: أن كلما لا يجوز الانتفاع به بوجه فلا يجوز بيعه، لا أن كل ما لا يجوز بيعه فلا يجوز الانتفاع به، كما هو المدعى و مما ذكرناه تجلي ما في النبوى المشهور المجعول: (إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه) و بالجملة: أنا لم نجد آية و لا رواية تدل على حرمة الانتفاع بنجس العين مطلقا إلا في موارد خاصة كالخمر.

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

(١) سورة النساء، آية: ٢٣.

(٢) قد تقدم في ص ٢٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٠

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

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

الثاني: دعوى الإجماع على حرمة الانتفاع بها ابتداء كما هو الظاهر من فخر الدين و الفاضل المقداد. و فيه أن دعواه في مثل هذه المسألة مع ذهاب الأكثر إلى جواز الانتفاع بها من الأمور الصعبة، و لو سلمت هذه الدعوى فلا يمكن إثبات كونه إجماعا تعبديا، لإمكان استناد المجمعين في ذلك إلى الوجوه المذكورة.

قوله الجابر لرواية تحف العقول.

أقول: قد تقدم في أول الكتاب عدم انجبار ضعف الرواية بشيء من الشهرة و الإجماع و غيرهما.

قوله مع احتمال أن يراد من جميع التقلب جميع أنواع التعاطى لا الاستعمالات

. أقول: إذا فرضنا اعتبار الرواية فلا مناص من القول بحرمة التصرف في الأعيان النجسة على وجه الإطلاق و لو بالإمساك، و لا وجه لتقيدها بخصوص التعاطى، كما لا وجه لتقييد النهى عن الإمساك بالإمساك على وجه محرم.

قوله نعم يمكن أن يقال: أن مثل هذه الاستعمالات.

أقول: توضيحه أن النهى عن الانتفاع بشيء ينصرف إلى النهى عن الانتفاع به فى منافعه الظاهرة لأن المنفعة النادرة لا تعد من المنافع عرفاً، فهى خارجة عن حدود النهى و إن كان الإطلاق فى نفسه شاملاً لها، لا يقال: إن النهى عن الانتفاع بشيء يدل على تحريم جميع منافعه، لأن النهى عن الطبيعى يقتضى الانزجار عن جميع أفرادها، و لذلك كان دالاً على العموم. فإنه يقال: إن الدلالة على العموم إنما تسلم بمقدار ما ينصرف إليه اللفظ فقط، و نظير ذلك العمومات الناهية عن الصلاة فى أجزاء ما لا يؤكل لحمه، فإنه ينصرف إلى غير الإنسان، فلا ينعقد للعموم ظهور إلا به. و لا يخفى: أن القول بحرمة الانتفاع بالنجس مطلقاً لا يقتضى حرمة اقتنائه و إن كان الاقتناء لغير الغرض العقلاني، و من هنا ورد فى جملة من الأحاديث [١] جواز اقتناء الخمر،

[١] راجع ج ٢ كا باب الخمر يجعل خلاص ١٩٩، و ج ٢ التهذيب باب الأشربة ص ٣١١، و ج ١١ الوافى باب ١٦٥ ص ٩١، و ج ٣ نل باب ٣١ عدم تحريم الخل من الأشربة المحرمة. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤١ بل أخذها للتخليل، مع أنها من الخبائث الشديدة، و ورد أيضاً جواز اقتناء بعض الكلاب و قد تقدم ذلك فى البحث عن بيعها «١». قوله و العذرة للتسميد. أقول: التسميد فى اللغة [١] ما يصلح به الزرع. قوله كما يدل عليه وقوع السؤال فى بعض الروايات [٢] عن الجص. أقول:

قال المحدث القاسانى فى كتاب الوافى: (لعل المراد بالماء الممزوج بالجص، أو بالماء ماء المطر الذى يصيب أرض المسجد المخصص بذلك الجص، و كأنه كان بلا سقف، فإن السنة فيه ذلك. و المراد بالنار ما يحصل من الوقود التى يستحيل بها أجزاء العذرة و العظام المختلطة بالجص رماداً، فإنها تطهر بالاستحالة، و الغرض أنه قد ورد على ذلك الجص أمران مطهران: هما النار و الماء فلم يبق ريب فى طهارته، فلا يرد السؤال بأن النار إذا طهرته أولاً فكيف يحكم بتطهيره الماء له ثانياً!! إذ لا يلزم من ورود المطهر الثانى تأثيره فى التطهير).

و قال فى الوسائل: تطهير النار للنجاسة بإحالتها رماداً أو دخاناً، و تطهير الماء: أعنى ما يجبل به الجص يراد به حصول النظافة و زوال النفرة.

أقول: يمكن أن يراد من الماء ماء المطر الذى يصيب الموضوع المخصص بذلك الجص المتنجس لكون المسجد مكشوفاً و بلا سقف كما احتمله القاسانى، و أن يراد من النار الشمس فان الشمس إذا جففت شيئاً طهرته. و يمكن أن يراد من التطهير التنظيف مجازاً كما احتمله فى المستند «٢» مطلقاً، و صاحب الوسائل فى خصوص الماء، و مع الإغماض عما ذكرناه فالرواية مجمله يرد علمها إلى أهلها، فإن الثابت فى الشريعة أن النار إنما تطهر من النجاسات ما أحالته رماداً، و هذا الشرط غير

[١] عن المصباح: السماد وزان السلام ما يصلح به الزرع من تراب و سرجين، سمدة الأرض تسميداً أصلحها بالسماد. و فى القاموس: و سمدة الأرض تسميداً جعل فيها السماد، أى السرجين برماد. و فى مجمع البحرين: و السماد كسلام ما يصلح به الزرع من تراب و سرجين و تسميد الأرض هو أن يجعل فيها السماد.

[٢] الحسن بن محبوب قال: سألت أبا الحسن «ع» عن الجص يوقد عليه بالعدرة و عظام الموتى ثم يجصص به المسجد أ يسجد عليه؟ فكتب إلى بخطه: إن الماء و النار قد طهراه.

صحيحه. راجع ج ١ كا باب ما يسجد عليه ص ٩١، و ج ١ التهذيب باب ما يسجد عليه ص ٢٣٢، و ج ٤ الوافي ص ٣٩، و ج ١ نل باب ٨١ طهارة ما أحالته النار من أبواب النجاسات

(١) ص ١٠٢.

(٢) راجع ج ١ ص ٥٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٢

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

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

قوله ثم إن منفعة النجس المحللة للأصل أو للنص قد جعلها ما لا عرفا إلا أنه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة.

أقول: قد ظهر مما ذكرناه أنه لا ملازمة بين حرمة بيع الأعيان النجسة و بين حرمة الانتفاع بها و سقوطها عن المايه، بل لا بد من ملاحظة دليل الحرمة، هل يوجد فيه ما يدل على إلغاء المايه من قبل الشارع كما في الخنزير؟

فان كان فيه ما يدل على ذلك أخذ به و حكم بعدم ترتب آثار المايه عليها من الإرث و الضمان و غيرهما، و إلا فلا يصح أن يحكم بحرمة الانتفاع بها لمجرد حرمة بيعها، كيف و قد علمت جواز الانتفاع بالميتة و العذرة و شعر الخنزير و كلب الماشية و كلب الحائط و كلب الزرع و غيرها من أنواع النجاسات مع ذهاب الأكثر إلى حرمة بيعها!! و على ذلك يجب أن تترتب عليها جميع آثار المايه، فإذا أتلفها أحد ضمنها لمالكها، و إذا مات مالها انتقلت إلى ورائه، و لا يجوز للغير أن يزاحم الورثة في تصرفاتهم، و كذلك تجوز إعارتها و إيجارها و هبتها و لو هبة معوضة، لأن حقيقة الهبة متقومة بالمجانبة، و اشتراط العوض فيها أمر زائد على حقيقتها، و فائدته جواز فسخ الواجب إياها إذا لم يف له المتب بالشرط.

لا يقال: إن الشيء إذا حرم بيعه حرمت سائر المعاملات عليه بطريق الأولوية القطعية.

فإنه يقال: ان الاحكام الشرعية توقيفية محضة. فلا يجوز التعدي عن مورد ثبت فيه التبعيد إلى غيره إلا بدليل، و الموجود في أدلة النهي عن بيع الأعيان النجسة في غير ما ألغى الشارع مآلته إنما هو حرمة ثمنها، فلا تشمل العوض في سائر المعاملات، لعدم إطلاق الثمن عليه إلا في الصلح بناء على كونه يباع و من قبيل المبادلة بين المالين.

قال المحقق الايرواني: (أن المايه لا تدور مدار المنفعة، فإن الجواهر النفيسة و منها النقود أموال، و لا فائدة فيها، و في الماء على الشط أهم المنافع، و لا يعد مالا، و التراب ينتفع به أهم الانتفاع من اصطناع آجر أو خزف أو أناة و ليس بمال).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٣

و فيه أنه لا شبهة في دوران المايه الشرعية مدار المنفعة المحللة، و دوران المايه العرفية مدار مطلق المنافع و إن كانت محرمة، و لكن الانتفاع بالأشياء ليس على نسق واحد، بل يختلف باختلاف ذى النفع، فنفع الجواهر و النقود يباعها و شرائها، و جعلها أثمانا للأمتعة و العروض، و أما عدم كون الماء على الشط و التراب في البر من الأموال مع الانتفاع بها أهم الانتفاع فلكون الناس في الانتفاع بهما شرعا سواء، و لذا لو اختصا بشخص واحد كبعض أقسام التراب فان الناس يبذلون بإزائهما المال المهم. و على الإجمال مايه الأشياء

إنما هي باعتبار منافعها فقديم المنفعة ليس من الأموال.

حقيقة حق الاختصاص و منشأ ثبوته

قوله و الظاهر ثبوت حق الاختصاص في هذه الأمور.

أقول: قد قامت السيرة القطعية الشرعية و العقلانية على ثبوت حق الاختصاص و الأولوية للمالك في أموالهم التي سقطت عن المالية للعوارض و الطوارئ كالماء على الشط، و الحيوان المملوك إذا مات، و الأراضي المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرعا سواء كالطرق و الشوارع المغصوبة، بديهه عدم جواز مزاحمة الأجانب عن تصرف الملاك في أمثال تلك الموارد ما لم يثبت الإعراض و هذا مما لا ريب فيه.

و إنما الكلام في منشأ ذلك الحق، و قد استدل عليه بوجوه، الأول: أن حق الاختصاص سلطنة ثابتة في الأموال و هي غير الملكية، فإذا زالت الملكية بقي الحق على حاله، لأن كل واحد منهما ناشئ عن سبب خاص به.

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

الثاني: أن حق الاختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية، فإذا زالت الملكية بعدها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة التي نسميها بحق الاختصاص لعدم الملازمة بينهما في الارتفاع، و يتضح ذلك بملاحظة الألوان و الكيفيات الخارجية.

و فيه ان الملكية الحقيقية من أية مقولة كانت، جدة أو إضافة ليست قابلة للشدة و الضعف حتى تعتبر بعدها الضعيف تارة، و بعدها القوى تارة أخرى، بل هي أمر بسيط فإذا زالت بأصلها.

و لو سلمنا كون الملكية الحقيقية ذات مراتب لم يجر ذلك في الاعتبارية فإن اعتبار كل مرتبة منها مغاير لاعتبار المرتبة الأخرى، و إذا زال اعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده اعتبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٤

آخر للمرتبة الضعيفة، و عليه فلا يبقى هناك شيء آخر لكي يسمى بالحق.

و هذا لا ينافي ما هو المعروف من أن الحق في نفسه مرتبة ضعيفة من الملك. فان معنى هذا الكلام: أن الملك و الحق كليهما من مقولة السلطنة، و أن الملك سلطنة قوية، و الحق سلطنة ضعيفة، و هو أمر آخر غير اختلاف حقيقة الملك بالشدة و الضعف، و الكمال و النقص نظير الألوان كما توهم.

و نظير ما نحن فيه تسمية الرجحان الضعيف في باب الأوامر بالاستحباب و الرجحان الشديد بالوجوب، و هو أمر وراء كون الاستحباب مرتبة ضعيفة من الوجوب.

الثالث: قد ثبت في الشريعة المقدسة أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه، و قد دلت على ذلك السيرة القطعية و جملة من الاخبار [١] فإذا زالت الملكية، و شككنا في زوال ذلك الحكم كان مقتضى الاستصحاب الحكم ببقائه.

و فيه مضافا إلى عدم جريان الاستصحاب في الأحكام، لمعارضته دائما بأصالة عدم الجعل كما نقحنه في علم الأصول. أن موضوع الحكم محرمة التصرف هو مال الغير فإذا سقط

[١] في الاحتجاج ص ٢٦٧ عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي قال: كان فيما ورد علي من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري قدس الله روحه في جواب مسائل إلى صاحب الزمان إلى أن قال «ع»: و أما ما سألت عنه عن أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقربا إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه فكيف يحل ذلك في ما لنا!! من فعل ذلك بغير أمرنا فقد استحل منا ما حرم عليه و من أكل من

أموالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً و سيصلى سعيراً.

و في ج ١ ثل باب ٣ حكم ما لو طاب نفس المالك بالصلاة في أرضه من مكان المصلى.

سماعة عن أبي عبد الله «ع» في حديث إن رسول الله (ص) قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه، موثقة لزرعه و سماعة الواقفيين.

و عن تحف العقول عن رسول الله (ص) إنه قال في خطبة حجة الوداع: أيها الناس إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ و لا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه، مرسله.

و في ج ١ المستدرک ص ٢٢٢ عن عوالي اللثالي عن رسول الله (ص) قال: المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه، مرسله. و عنه (ص) قال: لا يحلن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه، مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٥

الشيء عن المالية سقطت عنه حرمة التصرف حتى إذا كان باقياً على صفة المملوكية. إذ لا دليل على حرمة التصرف في ملك الغير، فكيف إذا زالت عنه الملكية أيضاً!! الرابع: دعوى الإجماع على ذلك. و فيه أن دعوى الإجماع التعبدى فى المسألة بعيدة جداً، فان من الممكن استناد المجمعين إلى الوجوه المذكورة.

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

و فيه أن حديث الحيازة و إن اشتهر فى السنة الفقهاء و كتبهم الاستدلالية، و لكننا لم نجد فى أصول الحديث من الخاصة و العامة. و الظاهر انه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة فى الأبواب المختلفة، كإحياء الموات و التحجير و غيرهما كسائر القواعد الفقهية المضروبة لبيان الأحكام الجزئية.

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

على انها ضعيفة السند، و غير منجبره بشيء، فإن الشهرة إنما تكون جابرة لضعف سند الرواية إذا علم استناد المشهور إلى الرواية الضعيفة، و لا-ريب ان استناد أكثرهم هنا أو كلهم الى غيرها، و إنما ذكروها للتأييد و التأكيد. و يضاف الى ذلك: ان جبر الرواية الضعيفة بالشهرة ضعيف المبنى، و قد أشرنا إليه فى أول الكتاب.

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

[١] فى ج ٦ سنن البيهقى ص ١٤٢ أسمر بن مضر قال: أتيت النبى (ص) فبايعته فقال: من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون.

و فى أول إحياء الموات من المبسوط لشيخ الطائفة، و فى ج ٣ المستدرک باب إحياء الموات ص ١٤٩: روى عنه (ص) قال: من سبق الى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٦

بين المالك و ملكه بعد زوال الملكية.

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

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

قوله ثم انه يشترط فى الاختصاص بالحيابة قصد الحائر للانتفاع.

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

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

على انا لو قلنا: بعدم الاشتراط بذلك لجاز إشغال المساجد و معابد المسلمين بنحو من الحيابة و لو بإلقاء السجادة و وضع التربة ثم بيعها من المصلين، و من البديهي ان هذا على خلاف وجهة الوقف، نعم لو اكتفينا فى ثبوت الاختصاص بمجرد قصد الحيابة، و لم نشترط فيه قصد الانتفاع، و قلنا بأن حق الاختصاص بما تجوز المعاوضة عليه لارتفع الاشكال و أما الثانى: كالاختطاب و الاصطياد فالظاهر أن الاختصاص به غير مشروط بشيء، بل يكفى فيه مجرد الحيابة الخارجية لعدم الدليل على التقييد، و من هنا ذهب جمع من الأصحاب و من العامة الى عدم الاشتراط. و يظهر ذلك لمن يلاحظ الموارد المناسبة لما نحن فيه قال الشيخ فى الخلاف «١»: (الأرضون الموات للإمام خاصة لا- يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له الإمام. و قال الشافعى: من أحيها ملكها أذن له الإمام أو لم يأذن).

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

(١) راجع ج ٢ ص ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٧

و يؤيده عموم رواية: (من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به) و قاعدة الحيابة المتقدمتين، بل يمكن استفادة الإطلاق من الإخبار المتظاهرة الواردة فى إحياء الموات من الأراضى، كصحيحه محمد بن مسلم: (أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هى لهم). و كحسنه زرارة لإبراهيم بن هاشم عن أبى جعفر «ع»: (قال: قال رسول الله (ص) من أحيى مواتاً فهو له). و غير ذلك من الروايات من طرق الشيعة «١» و من طرق العامة [١].

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

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

حرمه بيع مياكل العبادة المبتدعة

إشارة

قوله النوع الثاني مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به وهو على أقسام:
الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام وهي أمور، منها هياكل العبادة المبتدعة.
أقول: المشهور بل المجمع عليه بين الشيعة والسنة [٢] هو تحريم بيع هياكل [٣] العبادة المبتدعة، وفي المتن (بلا خلاف ظاهر بل الظاهر الإجماع عليه).

[١] في ج ٦ سنن البيهقي ص ١٤١، و ج ٣ البخاري باب من أحياء أرضا مواتا ص ١٤٠ عن عائشة إنه قال: من عمر أرض ليست لأحد فهو أحق بها، وغيرها من أحاديثهم.

[٢] في ج ٢ سبل السلام ص ٣١٧ وأما علمه تحريم بيع الأصنام فقليل: لأنها لا منفعة فيها مباحة، وقيل: إن كانت بحيث إذا كسرت انتفع بإكسارها جاز بيعها. والأولى أن يقال: لا يجوز بيعها وهي أصنام للنهي، ويجوز بيع كسرها، إذ هي ليست بأصنام، ولا وجه لمنع بيع الأكسار أصلا.

أقول: قد أشار بالنهي إلى رواية جابر بن عبد الله حيث ذكر النهي فيها عن بيع الأصنام راجع ج ٦ سنن البيهقي ص ١٢، و ج ٣ البخاري ص ١١٠.

[٣] في المسالك الأصل في الهيكل أنه بيت للصنم كما نص عليه الجوهرى وغيره، وأما إطلاقه على نفسه الصنم فلعله من باب المجاز إطلاقا لاسم المحل على الحال.

وفي ج ٨ تاج العروس ص ١٧٠: الهيكل الضخم من كل شيء، والهيكل بيت للنصارى فيه صنم على صورة مريم عليها السلام فيما يزعمون - مشى النصارى حول بيت الهيكل - زاد في المحكم فيه صورة مريم وعيسى عليهما السلام، وربما يسمى ديرهم هيكلا، والهيكل البناء المشرف قيل: هذا هو الأصل ثم سمي به بيوت الأصنام مجازا.

(١) راجع ج ١ كا ص ٤٠٩، و ج ٢ التهذيب ص ١٥٨، و ج ١٠ الوافي ص ١٣١، و ج ٣ نل إحياء الموات ص ١٤٩، و ج ٣ المستدرک إحياء الموات ص ١٤٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٨

وقد استدل على ذلك أولا: بما في رواية تحف العقول من قوله «ع»: (فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه) وقوله «ع»: فيها: (إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضا نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكل ملهوه به والصلبان والأصنام) وقوله «ع»: أيضا فيها: (أو على التصاوير والأصنام).

وفيه أولا: إن رواية تحف العقول ضعيفة السند فلا يمكن الاستناد إليها في الأحكام الشرعية، وقد تقدم ذلك في أول الكتاب. وثانيا: أن النهي فيها ظاهر في الحرمة التكليفية فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعية، وهذا أيضا تقدم في أول الكتاب.

وثانيا: بأن أكل المال بإزائها أكل له بالباطل، لآية التجارة عن تراض، وفيه أنك عرفت مرارا عديدة: أن الآية ليست عن شرائط العوضين في شيء، وإنما هي راجعة إلى بيان أسباب المعاملات، وستعرف ذلك أيضا فيما يأتي.

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

(إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) و بقوله تعالى «٣»: (وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوا). بناء على أن بيع

هياكل العبادة و الاكتساب بها مناف للاجتنب المطلق، كما أن المراد من الأنصاب هي الأوثان و الأصنام [١] و المراد من الرجز الرجس، و من الهجر الاجتناب.

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

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

[١] فى ج ١ تاج العروس ص ٤٨٦: الأنصاب و هى حجارة كانت حول الكعبة تنصب فيهل عليها، و يذبح لغير الله تعالى، قاله ابن سيده. و أحدها نصب كعتق و أعناق، أو نصب بالضم كقفل و أقفال، قال تعالى: وَ الْأَنْصَابُ، و قوله: و ما ذبح على النصب. الأنصاب الأوثان، و قال القتيبي. النصب صنم أو حجر و كانت الجاهلية تنصبه تذبح عنده فيحمر بالدم و فى مفردات الراغب: و النصب الحجارة تنصب على الشىء، و جمعه نصائب و نصب، و كان للعرب حجارة تعبدوها، و تذبح عليها.

و فى حديث أبى الجارود فى تفسير الآيه: و أما الأنصاب الأوثان التى يعبدوها المشركون و سيأتى التعرض لهذا الحديث فى البحث عن بيع آلات القمار.

(١) سورة الحج، آية: ٣٢.

(٢) سورة المائدة، آية ٩٠.

(٣) سورة المدثر، آية: ٥.

(٤) راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٤٩

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

و خامسا: بأنه قد ورد المنع [١] عن بيع الخشب ممن يجعله صليبا أو صنما فإذا حرم بيع الخشب لذلك فإن بيع الصليب و الصنم أولى بالتحريم، و هذا هو الوجه الوجيه، و يؤيده قيام السيرة القطعية المتصلة إلى زمان المعصوم «ع» على حرمة بيع هياكل العبادة، و يؤيده أيضا وجوب إتلافها حسما لمادة الفساد كما أئلف النبى (ص) و على «ع» أصنام مكة [٢] فإنه لو جاز بيعها لما جاز إتلافها.

[١] ابن أذينة قال: كتبت إلى أبى عبد الله «ع» أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذة صلبانا؟ قال: لا، حسنة لإبراهيم بن هاشم.

و عن عمرو بن حريث قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن التوت أبيع به الصليب و الصنم؟ قال: لا. صحيحة. و فى بعض النسخ: عمرو بن حريز، و عليه فالرواية ضعيفة و لكن المشهور هو الأول. لا يخفى: أنه ذكر فى بعض نسخ ثل أبان بن عيسى فى سند الرواية بدل أبان عن عيسى فهو من سهو القلم. راجع ج ١ كا ص ٣٩٣، و ج ٢ التهذيب ص ١١٢، و ج ١٠ الوافى ص ٤١، و ج ٢ ثل باب ٧٠ تحريم بيع الخشب ليعمل صليبا مما يكتسب به.

[٢] فى ج ٦ سنن البيهقى ص ١٠١ عن ابن مسعود قال: دخل النبى (ص) مكة يوم الفتح و حول البيت ثلاثمائة و ستون نصبا فجعل يطعنها بعود يده و يقول: جاء الحق و ما يبدئ الباطل (جاء الحق و زهق الباطل إن الباطل كان زهوقا) و رواه البخارى و مسلم.

و فى ج ٩ البحار ص ٢٧٨، عن أبى هريرة قال: قال لى جابر بن عبد الله: دخلنا مع النبى مكة و فى البيت و حوله ثلاثمائة و ستون صنما فأمر بها رسول الله (ص) فألقيت كلها لوجوهها و كان على البيت صنم طويل يقال له هبل فنظر النبى (ص) إلى على و قال له: يا على تتركب على أو أركب عليك لألقى هبل عن ظهر الكعبة؟ قلت: يا رسول الله بل تتركبى، فلما جلس على ظهرى لم أستطع حمله

لثقل الرسالة، قلت: يا رسول الله بل أركبك، فضحك و نزل و طأطأ لى ظهره و استويت عليه فو الذى فلق الحبة و برأ النسمة لو أردت أن أمسك السماء لمسكتها بيدي فألقيت هبل عن ظهر الكعبة، فأنزل الله تعالى: (وَقُلْ لِّجَاءِ الْحَقِّ وَ زَهَقِ الْبَاطِلِ).

و عن أحمد بن حنبل و أبى بكر الخطيب فى كتابيهما ما يقرب من ذلك. و عن أحمد بن حنبل و أبى يعلى الموصلى فى مسنديهما و أبى بكر الخطيب فى تاريخه. و محمد بن الصباح-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٠

بحث و تنميم

إن كفيات الأشياء و أوصافها محسوسة كانت أم غير محسوسة و إن كانت بحسب الدقة الفلسفية من مقولة الأعراض، إلا أنها فى نظر العرف المبني على المسامحة و المساهلة منقسمة إلى قسمين، الأول: أن يكون النظر إلى الأشياء أنفسها بالأصالة، و إلى أوصافها بالتبع، لفنائها فى المعروض و اندكائها فيه، و مثال ذلك الأعراض التى هى من لوازم الوجود كالالوان، و من هذا القبيل أيضا الليرات العثمانية التى ألغيت عن الرواج، و الذهب و الفضة غير المسكوكين.

الثانى: أن يكون النظر فيها إلى الهيئة و الصورة بالأصالة، و إلى المادة و الهيولى بالتبع، لكون الأوصاف معدودة من الصور النوعية فى نظر العرف، و ذلك كالإشكال التى يكون عليها مدار التسمية و العنوان فى الخارج، كما فى الكأس و الكوز و نحوهما مع أن موادها من جنس واحد، و من هذا القبيل الفرش و الثوب و نحوهما.

أما القسم الأول: فالمالية فيها من ناحية المواد، لان أوصافها خارجة عن حدود الرغبات التى هى من علل ثبوت المالية فى المرغوب فيه.

و أما القسم الثانى: فالمالية فيها لخصوص الهيئات، لخروج موادها عن حريم المالية و حدودها، لكونها إما مرغوبا عنها كالتقود الرائجة المضروبة من القراطيس، أو مغفولا عنها فى قبال الهيئة للتبعية و الاندكاك، و من هنا اتضح أن المالية إنما تقوم بمواد الأشياء، أما للرغبة فيها أنفسها، و إما للميل إلى هيئاتها، و إما للاشتياق إليهما معا، و لا تضر بذلك استحالة عراء المادة عن هيئتها ما كما لا يخفى.

و قد انضح: ان المراد بالصورة النوعية هنا هى العرفية دون العقلية المبحوث عنها فى طبيعيات الفلسفة، و ان بينهما عموما من وجه، إذ قد يكون الوصف من الصور النوعية العرفية مع كونه فى نظر العقل من الاعراض، كالرجولة و الأنوثة، فإنهما و إن كانا عرضيين للإنسان، إلا- انهما فى نظر العرف من الصور النوعية، فالعبد و الأمة نوعان فى نظر العرف و إن كانا بالنظر الدقيق صنفين من طبيعة واحدة. و قد ينعكس الأمر، فيكون ما هو من الصور النوعية فى نظر العقل من الاعراض فى نظر العرف، و ذلك كالتوبين المنسوج أحدهما من الحرير و الآخر من الفتاز، فإنهما عند العقل ماهيتان متباينتان، و فى نظر العرف

— الزعفرانى فى الفضائل و الخطيب الخوارزمى فى أربعينه فى تفسير قوله تعالى: (وَرَفَعْنَا مَكَانًا عَلِيًّا) أنه نزل فى صعود على «ع» على ظهر النبى (ص) لقلع الصنم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥١

حقيقته واحدة لا تعدد فيها، و قد يجتمعان كالفراشين المنسوجين بنسج واحد و من جنس واحد، و الكأسين المصوغين بصياغة واحدة، و من فلز واحد.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك نقول: الملحوظ استقلالاً فى بيع الصليب و الصنم إن كانت هى الهيئات العارية عن المواد- إما لعدم مالية المواد كالمصنوع من الخزف، أو لكونها مغفولا- عنها- فلا شبهة فى حرمة بيعها و وضعها و تكليفها، لوقوع البيع فى معرض الإضلال و لتمحض المبيع فى جهة الفساد، و انحطاطه عن المالية لحرمة الانتفاع مهما بالهيئة الوثنية، و لذا وجب إتلافها.

و ان كان الملحوظ في بيعهما هي المواد مجردة عن الصورة الوثنية إلا باللحاظ التبعية غير المقصود فلا إشكال في صحة بيعهما، لآية التجارة و سائر العمومات، لان البيع و المبيع لم يتصفان بجهة من الجهات المبعوضة المنهى عنها.

و إن كان المقصود من البيع هي المواد و إلهية معا- كما إذا كانا مصنوعين من الجواهر النفيسة أو الأشياء الثمينة- فلا إشكال في حرمة البيع و ضعا و تكليفا كالصورة الأولى، لعموم أدلة المنع عن البيع لهذا الغرض أيضا.

لا يقال: إذا كان كل من الهيئة و المادة ملحوظا في البيع كان المورد من صغريات بيع ما يملك و ما لا يملك، كبيع الخل مع الخمر، و بيع الشاة مع الخنزير في صفقة واحدة، و حكم ذلك أن يقسط الثمن عليهما، و سيأتي، و يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط لفوات الانضمام، و على ذلك فلا وجه للحكم بالبطلان.

فإنه يقال: إن الانحلال و التقسيط و إن كلما بحسب الكبرى موافقين للتحقيق، إلا ان الاشكال في صحة الصغرى، لأن الهيئة الوثنية في الصليب و الصنم كالصورة النوعية للمادة في نظر العرف، فلا تكونان في الخارج إلا شيئا واحدا، فلا موضع هنا للانحلال و التقسيط، كما لا- موضع لهما في المادة و الصورة العقليتين عند التخلف بأن يحكم بالصحة في المادة السيالة المسماة بالهيولى الأولى، لأنها محفوظة في جميع الأشياء و إن تبادلت عليها الصور و بالبطلان في الهيئة، لأن المقصود منها غير واقع، و الواقع منها غير مقصود، و يتبع ذلك تقسيط الثمن عليها بالنسبة.

و وجه الفساد ان المادة و الهيئة ليستا من الاجزاء الخارجية لكي تنحل المعاملة الواحدة إلى معاملات متكررة حسب تكثر أجزاء المبيع، فالمعاملة عليهما واحدة لاتحاد متعلقها خارجا و الكثرة إنما هي تحليلية عقلية. و لازم ذلك ان المعاملة إذا بطلت في جزء بطلت في الجميع فلا منشأ للانحلال و التقسيط، و لا فرق في ذلك بين ان تكون الصورة عقلية أو عرفية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٢

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

فإنه يقال: إذا تحقق موضوع الحرمة و ترتب عليه الحكم لم يؤثر هذا الاشتراط في الجواز، لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه. ثم لا يخفى: أنه لو اتصف شيء من آلات الصنائع كالمكائن و نحوها بصورة الوثنية لكان داخلا في الأعيان ذات المنافع المحللة و المحرمة، و سيأتي الكلام عليها، و لو قلنا: بجواز بيعها باعتبار منافعها المحللة فإنما هو فيما إذا أوجب هذه المنافع ماليتها مع قطع النظر عن المنافع الأخرى المحرمة و عن لحاظ الجهة الوثنية، و إلا فلا وجه لتوهم جواز البيع. قوله لو أتلغ الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها.

أقول: قد عرفت أنه يجب إعدام الصورة الوثنية، و عليه فان كانت لأبعضها المكسورة قيمة كما إذا كانت مصوغة من الذهب أو الفضة فلا- يجوز إتلافها بمواردها، بل يجب إتلافها بهيئتها فقط، و لو أتلغ بموادها ضمنها المتلف لمالكها، إلا أن يتوقف إتلاف الهيئة على إتلاف المادة. و ان لم تكن لرضاها قيمة فلا مانع من إتلاف المادة أيضا مع الهيئة.

لا يقال: إن توقف إتلاف الهيئة على إتلاف المادة لا ينافي ضمان المادة إذا كانت لها قيمة، كما أن جواز أكل طعام الغير بدون إذنه في المجاعة و المخمصة لا ينافي ضمان ذلك الطعام.

فإنه يقال: الفرق واضح بين المقامين، إذ الباعث إلى أكل طعام الغير في المخمصة إنما هو الاضطراب الموجب لإذن الشارع في ذلك، و أما هياكل العبادة فإن الباعث إلى إتلافها ليس إلا خصوص أمر الشارع بالإتلاف فلا يستتبع ضمانا.

حرمة بيع آلات القمار

قوله و منها آلات القمار.

أقول: قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمة بيع آلات القمار، بل في المستند «١» دعوى الإجماع عليها محققا بعد أن نفى عنها الخلاف أولا. ثم إن مورد البحث هنا- سواء كان من حيث حرمة البيع أم من حيث وجوب الإتلاف- ما يكون معدا للمقامرة و المراهنة كالنرد و الشطرنج. و نحوهما مما بعد آلة قمار بالحمل الشائع، و إلا فلا وجه لحرمة بيعه و إن أنفقت المقامرة به في بعض الأحيان، كالجواز و البيض و نحوهما، كما لا يجوز إتلافه، لكونه تصرفا في مال الغير بغير إذن منه، و لا من الشارع،

(١) ج ٢ ص ٣٣٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٣

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

و يظهر حكم هذه المسألة مما أسسناه في المسألة السابقة من الضابطة الكلية في حرمة بيع ما قصدت منه الجهة المحرمة، فلا يحتاج الى التكرار. على أن حرمة البيع هنا قد دلت عليها جملة من الاخبار [١] منها رواية أبي الجارود الدالة على حرمة بيع آلات القمار، و حرمة الانتفاع بها. و منها قوله «ع» في رواية أبي بصير: (بيع الشطرنج حرام و أكل ثمنه سحت) و منها ما في حديث المناهى: (نهى رسول الله (ص) عن بيع النرد). و مورد الخبرين الأخيرين و إن كان خصوص بعض الآلات، و لكن يتم المقصود بعدم القول بالفصل بين آلات القمار

[١] في ج ٢ ثل باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج مما يكتسب به.

و في ج ١٦ البحار باب حرمة بيع الشطرنج، و ج ٢٣ كتاب السبق. عن علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود عن أبي جعفر «ع» في قول الله عز و جل: (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ) و أما الخمر فكل مسكر من الشراب، الى أن قال: و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر و أما الأنصاب فالأوثان التي كانت تعبدها المشركون و أما الأزلام فالأقداح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم و هو رجس من عمل الشيطان و قرن الله الخمر و الميسر مع الأوثان.

ضعيفة لأبي الجارود و هو زياد بن منذر يكتنى بأبي النجم أيضا.

و في ج ١ رجال المامقاني ص ٤٥٩ في رواية أبي بصير عن الصادق «ع» إنه من الكذابين و المكذابين و الكفار ثم لعن عليهم، و هو زیدی المذهب، و كان أعمى القلب و البصر، و يسمى سرحون و هو من أسماء الشيطان.

و في ج ٢ ثل باب ١٣١ تحريم الحضور عند اللاعب بالشطرنج و تاليه من أبواب ما يكتسب به. محمد بن إدريس في آخر السرائر نقلا- عن جامع البرنظي عن أبي بصير عن أبي عبد الله «ع» قال: بيع الشطرنج حرام و أكل ثمنه سحت و اتخاذها كفر و اللعب بها شرك و السلام على اللاهي بها معصية و كبيرة موبقة. صحيحة.

و عن الصدوق بإسناده عن الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في المناهى قال: و نهى رسول الله (ص) عن بيع النرد. و في ج ١٦ البحار باب حرمة بيع الشطرنج. أضاف إليه الشطرنج.

و في ج ٣ المستدرک في الفائدة الخامسة من الخاتمة في شرح مشيخة الفقيه ص ٦٠٧ فالخبر ضعيف على المشهور لجهالة بعض رواته و لكن تلوح من متنه آثار الصدق و ليس فيه من آثار الوضع علامة و الله العالم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٤

المعدة لذلك. ثم انه قد ورد في جملة من أحاديث العامة «١» الأمر بكسر النرد و إحراقها.

فتدل على حرمة بيعها، لاین ما لا يجوز الانتفاع به لا يجوز بيعه عندهم. و قد تقدم ذلك في البحث عن جواز الانتفاع بالنجس، و

سيأتي التعرض له في المسألة الآتية.

قوله و في المسالك إنه لو كان لمكسورها قيمة.

أقول: قال في التذكرة «٢»:

(ما أسقط الشارع منفعتة لا نفع له فيحرم بيعه، كآلات الملاهي و هياكل العبادة المبتدعة، كالصليب و الصنم، و آلات القمار، كالنرد و الشطرنج إن كان رضاضها لا- يعد مالا- و به قال الشافعي، و إن عد مالا فالأقوى عندى الجواز مع زوال الصفة المحرمة). و ذكر المصنف: إن أراد بزوال الصفة زوال الهيئة فلا ينبغي الإشكال في الجواز، و لا ينبغي جعله محلا للخلاف بين العلامة و الأكثر). و في حاشية السيد: (لعله أراد بزوال الصفة عدم مقامرة الناس به و تركهم له بحيث خرج عن كونه آلة القمار و ان كانت الهيئة باقية).

و يرد على التوجيهين: أن ظاهر عبارة العلامة أن الحرمة الفعلية لبيع الأمور المذكورة تدور مدار عدم صدق المالىة على اكسارها، و توجيهها بما ذكره المصنف أو بما ذكره السيد رحمهما الله بعيد عن مساق كلامه جدا، نعم يحتمل وقوع التحريف فى كلامه بالتقديم و التأخير: بأن تكون العبارة (و إن عد مالا مع زوال الصفة المحرمة فالأقوى عندى الجواز) فيكون ملخص كلامه جواز البيع إذا كانت المادة من الأموال. أو يوجه بتقدير المضاف بين كلمة مع و كلمة زوال: بأن يكون التقدير (فالأقوى عندى الجواز مع اشتراط زوال الصفة المحرمة). و كيف كان فهو أعرف بمرامه، و لا ندرى ما الذى فهم منه المسالك حتى استحسنه.

قوله ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنة بعوض.

أقول: فى مجمع البحرين: أصل القمار الرهن على اللعب بشيء، و ربما أطلق على اللعب بالخاتم و الجواز، و سيأتي التعرض لحقيقة القمار و الميسر و الأزلام، و التعرض لبيان أن المحرم هو مطلق المراهنة و المغالبة أو المغالبة مع العوض فى مسألة حرمة القمار.

حرمة بيع آلات الملاهي

قوله و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها.

أقول: اتفق فقهاؤنا بل الفقهاء

(١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢١٦.

(٢) ج ١ ص ٤ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٥

كافة ظاهرا [١] على حرمة بيع آلات الملاهي وضعا و تكليفا، بل فى المستند «١» دعوى الإجماع على ذلك محققا.

و قد يستدل على ذلك بالروايات العامة المتقدمة فى أول الكتاب و لكنه فاسد لما فيها من ضعف السند و الدلالة، و ظهورها فى الحرمة التكليفية كما عرفت.

و الذى ينبغي ان يقال: ان الروايات «٢» قد تواترت من طرفنا و من طرق العامة على حرمة الانتفاع بآلة اللهو فى الملاهي و المعازف، و أن الاشتغال بها و الاستماع إليها من الكبائر الموبقة و الجرائم المهلكة، و أن ضربها ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء الخضرة، و يتسلط عليه شيطان ينزع منه الحياء، و أنه من عمل قوم لوط، و فى سنن البيهقي: يخسف الله بهم الأرض و يجعل منهم القردة و الخنازير، بل من الوظائف اللازمة كسرها و إتلافها حسما لمادة الفساد، و ليس فى ذلك ضمان بالضرورة، و فى بعض أحاديث العامة «٣» ان رجلا كسر طنورا لرجل فرفعه الى شريح فلم يضمه.

إذن فالمسألة من صغريات الضابطة الكلية التى ذكرناها فى البحث عن حرمة بيع هياكل العبادة المبتدعة، و عليه فالحق هو حرمة بيع آلات اللهو وضعا و تكليفا، على أنه ورد فى الحديث [٢] ما يدل على حرمة بيع آلات الملاهي و شرائها و حرمة ثمنها و التجارة فيها.

[١] فى ج ٥ شرح فتح القدير: إذا كان احد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد.

و فى ج ٢ فقه المذاهب ص ١٦٦ عن الشافعية: أن من شرائط المعقود عليه إن يكون منتفعا به شرعا. و فى ص ١٦٧ عن الحنفية: لا ينعقد بيع كل ما لا يباح الانتفاع به شرعا. و فى ص ١٦٨ عن المالكية: من شرائط المعقود عليه ان يكون منتفعا به شرعا فلا يصح بيع آله اللهو. و فى ج ٣ فقه المذاهب ص ١٧٥: تحرم إجارة آلات الطرب و ثمنها.

أقول: لا- شبهة فى ظهور كلمات هؤلاء، بل صراحة بعضها فى حرمة بيع آلات الملاهى فإن الانتفاع بها حرام فى الشرعية المقدسة بالإنفاق، و لا ينافى ذلك لما سياتى فى البحث عن حرمة الغناء من ذهاب العامة إلى جواز الغناء فى نفسه.

[٢] فى ج ٢ المستدرک ص ٤٥٨ الشيخ أبو الفتوح فى تفسيره عن أبى أمامة عن رسول الله (ص) انه قال: ان الله بعثنى هدى و رحمة للعالمين، و أمرنى أن أمحو المزامير و المعازف و الأوتار و الأوثان و أمور الجاهلية، إلى أن قال: إن آلات المزامير شراؤها و بيعها و ثمنها و التجارة بها حرام مرسله.

(١) راجع ج ٢ ص ٣٣٥.

(٢) سنتعرض لهذه الأخبار المنقولة من الفريقين فى البحث عن حرمة الغناء.

(٣) راجع ج ٦ سنن البيهقى ص ١٠١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٦

و لكنه ضعيف السند.

لا يخفى: أن موضوع الحرمة هنا هى آله اللهو، و قد حقق فى محله أن المضاف اليه خارج عن حدود المضاف، فلا يعد جزء له، إلا أنه داخل فيه بنحو الاشتراط و التقييد، و حيث إن معرفة الحكم فرع معرفة الموضوع بقيوده و شؤونه فلا بد هنا من العلم بحقيقة اللهو، و سياتى التعرض له فى محله، و من أوضح مصاديقه ما هو مرسوم اليوم من تغنى أهل الفسوق و لهوهم بالراديو و غيرها من آلات الملاهى.

حكم بيع آنية الذهب و الفضة

قوله و منها أواني الذهب و الفضة.

أقول: مفهوم الإناء أمر معلوم لكونه من المفاهيم العرفية، و هو ما يكون معدا للأكل و الشرب، جمعه آنية و أوان، و الظرف أعم منه، و مجمل القول هنا أن النهى عن آنية الذهب و الفضة إن كان مختصا بالأكل أو الشرب فيها، و كانت محرمة الاستعمال فى خصوصهما، كما أنفق عليه الفقهاء كافة [١] و استفاضت الروايات بينهم من الفريقين «١» فلا- شبهة فى جواز بيعها لسائر الجهات المحللة، و منها اقتناؤها لأنحاء الاستعمالات و أقسام التزينات غير الأكل و الشرب فيها، و هكذا الحكم لو كان المستفاد من الروايات هو حرمة استعمالها على وجه الإطلاق، كما ادعى عليه الإجماع أيضا، و ذكر النهى عنه فى بعض الأحاديث [٢] إذ لا يعم ذلك مثل التزين لعدم صدق الاستعمال عليه، فيجوز بيعها لذلك.

و إن كان المستفاد حرمة جميع منافعها و جميع أنحاء التقلب و التصرف فيها حتى التزين

[١] قال صاحب الجواهر فى أواخر كتاب الطهارة: لا يجوز الأكل و الشرب فى آنية من ذهب أو فضة إجماعا منا. و على هذا النهج

كثير من الأصحاب و فى ج ٢ فقه المذاهب ص ١٦: فيحرم اتخاذ الآنية من الذهب و الفضة فلا يحل لرجل أو امرأة ان يأكل أو يشرب

فيها، وكذلك لا- يحل الطيب منها أو الأدهان أو غير ذلك، و كما يحرم استعمالها يحرم اقتناؤها بدون استعمال. و غير ذلك من كلمات العامة

[٢] في ج ١ المستدرک ص ١٦٦ عن رسول الله (ص) نهى عن استعمال أواني الذهب و الفضة. مرسله.

(١) راجع ج ٢ كا ص ١٨٧، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٥، و ج ١١ الوافي ص ٧٥ و ج ١ ثل باب ٦٥ عدم جواز استعمال أواني الذهب و الفضة و من أبواب النجاسات، و ج ١ المستدرک ص ١٦٦، و ج ١٤ البحار ص ٩٢٣ الى ص ٩٢٥، و ج ١ سنن البيهقي ص ٢٧ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٧ بها فلا ريب في حرمة المعاوضة عليها مطلقا، لكونها مما يجيء منها الفساد محضاً، و تكون من صغريات الكبرى المتقدمة في البحث عن حرمة بيع هياكل العبادة المبتدعة.

و قد استدل على هذا الاحتمال الأخير بقوله «ع» [١]: (آية الذهب و الفضة متاع الذين لا يوقنون). و فيه مضافا الى ضعف السند في الرواية، أنها ناطرة إلى الجهة الأخلاقية فلا تكون مدركا في الأحكام الفرعية، و تفصيل الكلام في كتاب الطهارة.

حكم بيع الدراهم المغشوشة

قوله و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس.

أقول: لا شبهة في حرمة غش المؤمن في البيع و الشراء و ضعا و تكليفا، و سنذكر ذلك عند التعرض لحرمة الغش، و إنما الكلام هنا يقع في ناحيتين: الأولى جواز الانتفاع بها في التزين و في دفعه الى العشار في المكوس و الكمارك، و إلى الظالم، و عدم جوازه. الثانية جواز المعاوضة عليها و عدم جوازها أما الناحية الأولى فقد استدل على الحرمة بروايات، منها ما في رواية الجعفي [٢] من الأمر بكسر الدرهم المغشوش، فإنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه.

و فيه أن الأمر فيها ليس تكليفا ليجب كسره، و يحرم تركه، بل هو إرشاد الى عدم صحة المعاوضة عليها، و عدم جواز أداء الحقوق الواجبة منها، و يدل على ذلك من الرواية تعليل الامام «ع» الأمر بالكسر بأنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه، إذ من البديهي أن الصد عن

[١] في الباب ٦٥ المذكور من ثل من طريق الكافي و المحاسن عن موسى بن بكر عن أبي الحسن «ع» قال: آية الذهب و الفضة إلخ. و لكن ما في الكافي ضعيف لسهل و ما في المحاسن ضعيف لعبد الله بن المغيرة.

[٢] في ج ٢ التهذيب باب بيع الواحد بالاثنين ص ١٤٨، و ج ١٠ الوافي باب ١٠١ إنفاق الدراهم ص ٨٨، و ج ٢ ثل باب ١٠ جواز إنفاق الدراهم المغشوشة من أبواب الصرف عن الفضل بن عمر الجعفي قال: كنت عند أبي عبد الله «ع» فألقى بين يديه دراهم فألقى إلى درهما منها فقال: أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: و ما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة، فقال: اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه.

ضعيفة لعلي بن الحسن الصيرفي.

قال في الوافي: الستوق بالضم و الفتح معا، و تشديد التاء، و تسوق بضم التاء الزيف البهرج الملبس بالفضة طبقتين فضة. الصواب طبقة من فضة، و كأنه مما صحفه النساخ، و حمل منع إنفاقه في التهذيبيين على ما إذا لم يبين أنه كذلك، فيظن الآخذ أنه جيد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٨

عن بيعه و إنفاقه في الخارج لا ينحصر في الكسر بل يحصل بغيره أيضا.

و منها ما في رواية موسى بن بكر [١] من أن الامام «ع» قطع الدينار المغشوش بنصفين و أمره بإلقائه في البلوعة حتى لا يباع ما فيه

غش، إذ لو جاز الانتفاع به في وجه لما قطعه بنصفين.

وفيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند، وغير منجبرة بشيء. وثانيا: أن فعله «ع» وإن كان حجة كسائر الأمارات الشرعية كما حقق في محله، إلا أن ذلك فيما تكون وجهة الفعل معلومة، وعليه فلا يستفاد من الرواية أكثر من الجواز الشرعي، ويكون مؤداها الإرشاد إلى عدم نفوذ المعاملة عليه، لوجود الغش فيه، والشاهد على ذلك من الرواية قوله «ع»:

(حتى لا يباع شيء فيه غش). بل الظاهر أنه كان غشا محضاً، وإلا لما أمر الإمام «ع» بإلقائه في البالوعة، لكون هذا الفعل من أعلى مراتب الإسراف والتبذير. ومن هنا ظهر ما في رواية دعائم الإسلام [٢] من حكمه «ع» بقطع الدرهم المغشوش. وأما الناحية الثانية فتوضيح الكلام فيها أن للدرهم المغشوش حالتين، الأولى: أن تكون رائحة بين الناس حتى مع العلم بالغش، كالدراهم الرائحة في زماننا. والثانية: أن لا تكون رائحة بينهم.

أما الصورة الأولى فلا شبهة في جواز المعاوضة على الدراهم المذكورة لأن الفرض الأصيل منها أعنى الرواج غير تابع لخلوص المواد ونقائنها من الغش، بل هو تابع لاعتبار سلطان الوقت لها، وجريان القانون الحكومي عليه من غير فرق بين اغتشاف المادة وخلوصها نعم إذا سقطت عن الاعتبار فلا تجوز المعاوضة عليها من دون إعلام.

وأما الصورة الثانية فإن المعاوضة قد تقع على الدرهم الكلي ثم يدفع البائع الدرهم المغشوش عند الإقباض، وقد تقع على شخص الدرهم الخارجي المغشوش، فعلى الأول لا وجه للبطلان أيضاً، ولا خيار للمشتري، بل يجبر البائع على التبديل، فإن حصل التبديل فيها،

[١] في ج ١ كا باب ٦١ الغش من المعيشة ص ٣٧٤، و ج ٢ التهذيب ص ١٢٢، و ج ١٠ الوافي ص ٦٣، و ج ٢ ثل باب ١١٥ تحريم الغش بما يخفى مما يكتسب به، عن موسى ابن بكر قال: كنا عند أبي الحسن «ع» فإذا دنانير مصبوبة بين يديه فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين ثم قال لي: ألقه في البالوعة حتى لا يباع شيء فيه غش. ضعيفة للإرسال وللحسن بن علي بن أبي عثمان.

[٢] في ج ٢ المستدرک ص ٤٨١، دعائم الإسلام عن أبي عبد الله «ع» قال في الستوق وهو المطبق عليه الفضة و داخل نحاس: يقطع ولا يحل أن ينفق مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٥٩
و إلا كان للمشتري الخيار.

وعلى الثاني فقد يكون المتعاملان كلاهما عالمين بالغش، وقد يكونان جاهلين به، وقد يكونان مختلفين، أما الصورة الأولى فلا ريب في إباحة البيع تكليفاً ونفوذه وضعا للعمومات ودعوى أن الغش مانع عن صحة البيع للأخبار المتظاهرة الآتية في البحث عن حرمة الغش دعوى جزافية، ضرورة خروج هذه الصورة عن موردها خروجاً تخصيصياً، إذ الغش إنما يتقوم بعلم الغار و جهل المغرور، وقد فرضنا علم المتبايعين بالحال، و التمسك لذلك بروايتي الجعفي و موسى بن بكر المتقدمتين بدعوى ظهورهما في حرمة بيع الدراهم و الدنانير المغشوشة توهم فاسد، فإن الروايتين وإن كانا ظاهرتين في ذلك، و لكن يجب حملها على الكراهة لصراحة ما دل من الروايات [١] على جواز البيع مع علم المتبايعين بالحال.

و أما للصورة الثانية فالتحقيق فيها أن الكلام تارة يقع في الحرمة التكليفيه، و أخرى في الحرمة الوضعيه، أما الحرمة التكليفيه فمنفيه جزماً، لفقد موضوعا (و هو الغش) مع جهل المتبايعين.

و أما الحرمة الوضعيه بمعنى عدم نفوذ البيع فتوضيح الحال فيها يتوقف على مقدمه قد أوضحناها في البحث عن بيع هياكل العبادة، و تعرض المصنف لها في خيار تخلف الشرط، و لا بأس هنا بالإشارة إليها إجمالاً، و ملخصها: أن القيود في المبيع - سواء كانت من قبيل الأوصاف أو الشروط - إما صور نوعيه عرفيه، أو جهات كماليه.

فإن كانت من القبيل الأول فلا ريب في بطلان البيع مع التخلف، كما إذا اشترى جارية على أنها شابة جميلة فظهرت عبدا شائبا كريبه الوجه، أو اشترى صندوقا فظهر أنه طبل.

و وجه البطلان أن ما جرى عليه العقد غير واقع، و ما هو واقع لم يجر عليه العقد، فإن ما تعلقت به المعاملة و إن اتحد في الحقيقة مع ما تسلمه المشتري، إلا انهما في نظر العرف

[١] في ج ٢ التهذيب ص ١٤٨، و ج ١٠ الوافي باب ١٠١ إنفاق الدراهم المحمول عليها ص ٨٧ و ص ٨٨، و ج ٢ ثل باب ١٠ جواز إنفاق الدراهم المغشوش مما يكتسب به عن محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعه؟ قال: إذا بين ذلك فلا بأس صحيحة.

التهذيب عن ابن ابي عمير عن عبد الرحمن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: اشترى الشيء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة و الحبطين؟ قال: لا حتى تبينه، الحديث. قال المحدث النوري في خاتمة المستدرک ص ٧٤٢ عند التعرض لمشايخ التهذيب: (و إلى محمد بن أبي عمير ثلاث طرق حسنة في المشيخة و ست) و عليه فالرواية المذكورة حسنة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٠

متباينان، و لا يتقسط الثمن على المادة و الهيئة، لتبطل المعاملة فيما قابل الهيئة، و تنفذ فيما قابل المادة، كما يتجزأ فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك صفقة واحدة، كالشاة مع الخنزير، و ذلك لما عرفت من فساد الانحلال و التقسيط فيما إذا كانت الكثرة تحليلية عقلية.

و إن كانت من القبيل الثاني فلا وجه للبطلان، بل يثبت خيار تخلف الشرط، كما إذا باع عبدا على أنه كاتب فان أنه غير كاتب أو باع كبشا فظهر أنه نعجة. و الوجه في ذلك هو أن الفاتئ ليس إلا من الأوصاف الكمالية، فلا يوجب تخلفه إلا الخيار. ففي المقام إذا باع درهما على أنه مسكوك بسكة السلطان فبان أنه مسكوك بسكة التاجر بطل البيع، لكون الاختلاف بينهما من الاختلاف في الصور النوعية. و أما لو باع درهما على أنه طازج فبان أنه عتيق فان البيع صحيح، و إنما يثبت المشتري خيار تخلف الشرط.

و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من الوهن حيث أثبت خيار التدليس مع تفاوت السكة، و وجه الوهن هو أن الملحوظ إن كان هي المادة المجردة فلا بطلان و لا خيار، و إن كان هي مع الهيئة أو الهيئة المحضه فلا مناص عن البطلان، نعم لو كان الملحوظ هي المادة المجردة، و كان التفاوت بكثرة الخليط و قلته لثبت خيار العيب، إلا أنه غير مفروض المصنف. و أما الصورة الثالثة فتارة يفرض علم البائع بالغش دون المشتري و اخرى بالعكس، أما الأولى فهو من أوضح مصاديق الغش في المعاملة، و يجرى فيه جميع ما ذكرناه في الصورة الثانية، و أما الثاني فلا- مانع من نفوذ البيع فيه وضعا و بإباحته تكليفا للعمومات و توهم أن الغش مانع عن النفوذ مندفع بما ذكرناه من تقومه بعلم البائع و جهل المشتري، و المفروض عكسه.

قوله و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات.

أقول: أراد بذلك إبداء الفرق بين بيع آلات اللهو و القمار و بيع الدراهم المغشوشة، بدعوى استحالة صحته في الآلات، لأن المادة و الهيئة اجزاء تحليلية عقلية فلا تقابل المادة بجزء من الثمن و الهيئة بجزء آخر منه، ليحكم بصحة البيع في المادة و بفساده في الهيئة، بل إذا بطل في جزء بطل في الجميع و إذا صح في جزء صح في الجميع، و التقسيط إنما يكون في الاجزاء الخارجية كتقسيط الثمن على الخل و الخمر إذا بيعا صفقة واحدة، و هذا بخلاف الدراهم المغشوشة لنفوذ المعاملة فيها مع الخيار إلا إذا وقع عنوان المعاوضة على الدراهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكة السلطان فان البيع حينئذ يبطل إذا بان الخلاف.

و فيه ان التزامه بالانحلال و التقسيط في الاجزاء الخارجية إذا ظهر الخلاف، و عدم التزامه بهما في آلات اللهو و القمار و سائر ما كان

التعدد فيه بالتحليل العقلي متين و من الوضوح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦١

بمكان، إلا أن الحال في الدراهم أيضا كذلك، فإذا كان الاختلاف من جهة السكة لا يمكن التصحيح من جهة المادة و الإبطال من جهة الهيئة، و أما الصورة الأخرى التي يصح البيع فيها مع الخيار أو مع عدمه فلا جامع بينها و بين آلات القمار ليحتاج إلى إبداء الفارق بينهما، و من المحتمل أن هذه العبارة قد حررها النساخ في غير موضعها اشتباها و الله العالم.

قوله و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد.

أقول: الشروط سواء كانت صحيحة أم فاسدة لا- تقابل بجزء من الثمن كما سيأتي بيان ذلك في بابها، و عليه فتخلفها لا يوجب إلا الخيار حتى على مسلك المصنف، و دعوى الخصوصية في المورد جزافية.

[القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة.]

حكم بيع العنب على أن يعمل خمرا

إشارة

قوله القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة.

أقول: أراد به تقسيم ما يقصد من بيعه الحرام إلى ثلاثة أقسام، و بيان حكم كل منها على حدة، و منشأ القسمة هو أن المنفعة المحرمة التي يقصدها المتعاملان إما أن تكون تمام الموضوع في المعاوضة بحيث يرجع مفادها إلى بذل المال بإزاء تلك المنفعة المحرمة لا غير، كالمعاوضة على العنب بشرط التخمير فقط، و على الخشب بشرط صنعه صنما فحسب، و إما أن تكون بنحو الداعي إلى المعاوضة من دون اشتراط فيها كالمعاملة على العنب ليجعله خمرا من غير اشتراط لذلك في المعاوضة، و إما أن تكون جزء الموضوع بحيث يرجع مفاد المعاوضة إلى ضم الغاية المحرمة للغاية المحللة، و بذل المال بإزائهما، كبيع الجارية المغنية إذا لو حظ بعض الثمن بإزاء صفة الغناء، فهنا مسائل ثلاث. ثم إن الوجوه المذكورة جارية في الإجارة أيضا، بل هي تزيد على البيع بوجه رابع، و هو أن يؤجر نفسه لفعل الحرام كالزنا و النميمة و الغيبة و القتل و الافتراء، و من هذا القبيل إجارة الجارية المغنية للتغنى.

قوله الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا و الخشب على أن يعمل صنما.

أقول: ادعى في المستند (١) و في متاجر الجواهر و غيرهما عدم الخلاف بل الإجماع على حرمة الإجارة و البيع، بل كل معاملة و تكسب للمحرم سواء اشتراطه في العقد أم حصل اتفاق المتبايعين عليه، كإجارة المساكن و الحمولات للخمر و ركوب الظلمة و إسكانهم للظلم، و بيع العنب و التمر و غيرهما مما يتخذ منه المسكر ليعمل خمرا أو الخشب ليعمل صنما أو بربطا، و إلى هذا القول ذهب بعض أهل الخلاف [١] بل هو ظاهر جميعهم، لنصهم على حرمة الإجارة للأموار

[١] في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٧٦ المالكية قالوا: بحرمة بيع الدكان لبيع فيه الخمر

(١) راجع ج ٢ ص ٣٣٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٢

المحرمة، و سيأتي، و لا فرق في ذلك بين الإجارة و سائر المعاملات.

و كيف كان فالكلام يقع في ناحيتين:

الاولى فى جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه. و الثانية: فى بيان أقسام ما يقصد من إجارتة الحرام و ذكر أحكامه.

أما الناحية الاولى [فى جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه]

فالذى يمكن الاستدلال به على حرمة البيع وجوه، الوجه الأول:

أن بيع الأشياء المباحة على أن تصرف فى الحرام- كبيع العنب للتخمير، و بيع الخشب لجعله صنما أو آلة لهو- إعانة على الإثم، بل فى المستند «١» أنه معاونة على الإثم المحرم كتابا و سنة و إجماعا.

و فيه أولا: أن الكبرى ممنوعة إلا- فى موارد خاصة، كما سيأتى. و ثانيا: أنك علمت فى بعض المباحث أن بين عنوان البيع و عنوان الإعانة على الإثم عموما من وجه، لتقوم مفهوم الإعانة بالإقباض و التسليط الخارجى على العين و لو بغير عنوان البيع، مع العلم بصرفها فى الحرام و إن كان ينطبق عنوان الإعانة على البيع فى بعض الأحيان، و عليه فلا تستلزم حرمة الإعانة على الإثم حرمة البيع فى جميع الموارد.

و ثالثا: أن حرمة المعاوضة لو سلمت لا تدل على فساد المعاملة و ضعفا، لأنها حرمة تكليفية محضة.

و رابعا: لو قلنا: بدلالة النهى التكميلى على فساد المعاملة فإن ذلك فيما إذا كانت المعاملة بعنوانها الاولى موردا للنهى، كبيع الخمر، لا بعنوانها العرضى كما فى المقام. و هذا لا- ينافى ما سلكناه فى بعض المباحث، و أشرنا إليه فيما سبق من كون النواهى فى باب المعاملات إرشادا إلى الفساد كالنهى عن البيع الغررى، كما أنها فى أبواب الصلاة إرشاد إلى المانع، فإن ذلك فيما لم تقصد المولوية التكميلية من النهى كالنهى عن بيع الخمر.

و خامسا: أن تخلف الشروط الصحيحة إنما يوجب الخيار للمشتري، لان الشروط لا تقابل بجزء من الثمن، و قد حققناه فى محله، و التزم به المصنف فى باب الشروط، و من الواضح أن الشروط الفاسدة لا تزيد على الصحيحة فى ذلك، فلا يسرى فساد الشرط إلى العقد و دعوى امتياز الموارد عن بقاء الشروط الفاسدة موهونة جدا.

و لو سلمنا أن للشروط حصه من الثمن فيقسط عليها و على المشروط فإنما هو فى الشروط التى تجعل على البائع: كأن يشترط المشتري عليه فى ضمن العقد خياطة ثوبه أو بناء داره أو نجارة بابه و نحوها مما يوجب زيادة الثمن. و أما الشروط التى تجعل على المشتري: كأن

و نحوها مما يفسد العقل أو يتخذ بيوتا للدعارة أو محلا للفسق أو نحو ذلك.

(١) راجع ج ٢ ص ٣٣٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٣

يشترط البائع عليه صرف المبيع فى جهة خاصة سواء أ كانت محرمة أم محللة فلا تقابل بشيء من الثمن. و إذن فاشتراط البائع على المشتري صرف المبيع فى الحرام لا يوجب فساد البيع حتى على القول بالتقسيط.

الوجه الثانى: أن ذلك أكل للمال بالباطل فهو حرام لآية التجارة. و فيه أولا:

ما عرفته مرارا و ستعرفه من أن الآية الشريفة مسوقة لبيان الضابطة الكلية فى الأسباب الصحيحة و الأسباب الفاسدة للمعاملات، و أن شرائط العوضين خارجة عن حدودها.

و ثانيا: ما عرفته مرارا أيضا من أن الشروط لا تقابل بجزء من الثمن ليلزم من فسادها أكل المال بالباطل، و إنما هى مجرد التزامات لا

يترتب على مخالفتها إلا الخيار.

الوجه الثالث: دعوى الإجماع على الحرمة. وفيه مضافا إلى عدم حجية الإجماع المنقول. أن دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهونة جدا، لإمكان استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة فى المسألة.

الوجه الرابع: ما ذكره فى المستند «١» من كونه بنفسه فعلا محرما لما بينا فى موضعه:

أن فعل المباح بقصد التوصل به إلى الحرام محرم. وفيه أنا لو قلنا: بحرمة مقدمة الحرام فإنما ذلك فى المقدمات التى لا يمكن التفكيك بينها وبين ذى المقدمة بحيث لا- يتمكن المكلف بعد إيجاد المقدمة عن ترك ذى المقدمة، فيعاقب على ذلك. و من الضرورى أن بيع المباح بقصد التوصل به إلى الحرام أو بشرط صرفه فيه ليس علة لإيجاده، وإنما هو من الدواعى والتخلف فيها ليس بعزير.

الرابع: ما توهم من شمول أدلة النهى على المنكر للمقام، بدعوى أنه إذا وجب النهى عن المنكر لرفعه فإن النهى عنه لدفعه أولى بالوجوب.

وفيه أنا لو استفدنا من الأدلة وجوب النهى عن المنكر لدفعه فلا يمكن الالتزام و بوجوب النهى عنه لرفعه بالفحوى، و أما العكس فلا. و لو أغمضنا عن ذلك فهو إنما يتم إذا علم البائع بأن المشتري يصرف المبيع فى الحرام على حسب الا-شروط، و إلا- فلا- مقتضى للوجوب، على أن مقتضاه إنما هو مجرد التكليف، و النهى التكليفى فى المعاملات لا يقتضى الفساد. قوله خبر جابر.

أقول: لا- وجه لذكره فى المقام إلا من جهة اتحاد حكم البيع و الإجارة فيما نحن فيه، و إلا فهو أجنبى عن البيع، و صريح فى حرمة الإجارة للغاية المحرمة كما سيأتى.

(١) راجع ج ٢ ص ٣٣٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٤

[و أما الناحية الثانية] حكم ما يقصد من إجارته الحرام

و أما الناحية الثانية فقد علمت أن ما يقصد من إجارته الحرام يكون على أربعة أقسام الأول: ان يكون متعلق الإجارة من الأمور المحرمة، كأن يؤجر نفسه للعمل الحرام، و هذا لا شبهة فى حرمة من حيث الوضع و التكليف، بل لا نعرف فيه خلافا من الشيعة و السنة [١] إلا ما يظهر مما نسب إلى ابى حنيفة فى بعض الفروع [٢] و قد عرفت فى معنى حرمة البيع أن نفس أدلة المحرمات كافية فى حرمة هذا القسم من الإجارة، إذ هى تقتضى الانزجار عنها، و مقتضى العمومات هو وجوب الوفاء بالعقد، و هما لا يجتمعان، و لعل المقصود من خبر جابر الآتى هو هذا القسم أيضا.

الثانى: أن يشترط المؤجر على المستأجر أن ينتفع بالعين المستأجرة بالمنافع المحرمة من دون ان يكون أصل الإيجار للحرام، كاستئجار الثياب و الحلى و الأمتعة و الخيام و السيارات و سائر المحمولة بشرط الانتفاع بها بالجهات المحرمة، المشهور بيننا و بين العامة [٣] عدم جواز

[١] فى ج ١٦ المبسوط للسرخسى ص ٣٨: و لا- تجوز الإجارة على شىء من الغناء و النوح و المزامير و الطبل و شىء من اللهو، لأنه معصية و الاستئجار على المعاصى باطل، فان بعقد الإجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا، و لا يجوز ان يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا.

و في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٧٥ المالكية قالوا: من جملة الإجازات الممتنعة الإجارة على تعليم الغناء فإنها لا تصح، و كلما لا يباح لا يصح تأجيله، و من ذلك اجرة آلات الطرب.

و في ص ١٦٩: لا يصح الاستئجار على المعاصي مثل الغناء و النوح و الملاهي كاستئجار بعض الفارغين من الشبان ليقوموا بأناشيد سخيفة و يتبادلون في مجلسهم الخمر و المحرمات، فإن استئجارها كبيرة لا يحل لمسلم أن يفعلها.

و في ج ٧ الهداية ص ١٨٠: و لا- يجوز الاستئجار على الغناء و النوح و كذا سائر الملاهي لأنه استئجار على المعصية و المعصية لا تستحق بالعقد.

[٢] في ج ٢ أحكام القرآن للجصاص ص ١٧٨ في تسمية الله المهر أجرا دليل على صحة قول أبي حنيفة فيمن استأجر امرأة فزنا بها انه لا حد عليه لأن الله تعالى قد سمى المهر أجرا فهو كمن قال: أمهرك كذا، و قد روى نحوه عن عمر بن الخطاب و مثل هذا يكون نكاحا فاسدا لانه بغير شهود.

[٣] في ج ١٦ المبسوط للسرخسي ص ٣٨: إذا استأجر الذمي من المسلم بيتا لبيع-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٥

ذلك، إلا ان الظاهر ان المسألة من صغريات الشرط الفاسد، و بما أنك علمت إجمالا و ستعلم تفصيلا ان فساد الشرط لا يستلزم فساد العقد و لا يسرى إليه، فلا موجب لفساد الإجارة من ناحية الشرط المذكور.

و قد يستدل على الفساد برواية جابر [١] حيث حكم الامام «ع» فيها بحرمة الأجرة في رجل آجر بيته فيبيع فيه الخمر.

و فيه مضافا إلى ضعف السند فيها. أولا: أنها أجنبية عن اشتراط الانتفاع بالعين المستأجرة في الحرام، إذ لا داعي للمسلم ان يؤاجر بيته و يشترط على المستأجر ان ينتفع منها بالمنافع المحرمة، بل موردها فرض العلم بالانتفاع المحرم من غير شرط.

و ثانيا: انها محمولة على الكراهة لمعارضتها بحسنه ابن أذينة [٢] الدالة على جواز إيجاز الحمولة لحمل الخمر و الخنازير.

و جمع المصنف بينهما بأن رواية ابن أذينة محمولة على ما إذا اتفق الحمل من غير أن يؤخذ ركنا أو شرطا في العقد، بتقريب ان خبر جابر نص فيما نحن فيه و ظاهر في هذا، و أن حسنة ابن أذينة بالعكس، فيطرح ظاهر كل منهما بنص الآخر.

و فيه أنه قد تقدم في البحث عن بيع العذرة ان المتيقن الخارج عن مقام التخاطب من

- فيه الخمر لم يجز، لأنه معصية فلا ينعقد العقد عليه و لا أجر له، و عند أبي حنيفة و الشافعي يجوز هذا العقد، لعدم ورود العقد على بيع الخمر، بل على منفعة البيت فله ان يبيع فيه شيئا آخر.

و في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٧٦: إجارة الدكان لبيع فيه الخمر و نحوها مما يفسد العقل أو يضر بالبدن فإنها لا تصح، و كذلك إجارة المنازل للدعارة و الفسق.

و في ج ٨ شرح فتح القدير ص ١٢٩ و قد صرح محمد في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة ان تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو يبعه أو يباع الخمر فيه بالسواد

[١] عن جابر «و في التهذيب صابر بدل جابر» قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الرجل يؤاجر بيته فيبيع فيه الخمر؟ قال: حرام أجره. مجهولة لجابر و على نسخة التهذيب حسنة فإن صابر من الحسان. راجع ج ١ كا ص ٣٩٣. و ج ٢ التهذيب ص ١١١. و ج ١٠ الوافي ص ٢٩. و ج ٢ ثل باب ٦٨ تحريم إجارة المساكن للمحرمات مما يكتسب به.

[٢] ابن أذينة قال: كتبت إلى أبي عبد الله «ع» أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل عليها أو فيها الخمر و الخنازير؟ قال: لا بأس. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع المصادر المتقدمة في رواية جابر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٦

الدليلين لا يصح الجمع الدلالي بينهما ما لم يساعده شاهد من النقل والاعتبار، وإنما هو تبرعى محض. ومن هنا اندفع ما فى التهذيب من انه (إنما حرّم إجارة البيت لمن يبيع الخمر لأن بيع الخمر حرام و أجاز إجارة السفينة يحمل فيها الخمر، لأن حملها ليس بحرام، لأنه يجوز ان يحمل ليجمع خلا، و على هذا لا تنافى بين الخبرين). على انه ذكر فى الحسنه جواز حمل الخمر و الخنازير، و ما ذكره من التوجيه فى حمل الخمر لا يجرى فى حمل الخنازير. و قد يتوهم عدم نفوذ الإجارة وضعا و حرمتها تكليفا لرواية دعائم الإسلام [١] الظاهرة فيهما، ولكنه توهم فاسد لأن هذه الرواية ضعيفة السند و غير منجبره بشيء فلا تفى لإثبات المقصود. على انها معارضة بالحسنه المذكورة، فتحمل على الكراهة. ثم انه بفحوى ما ذكرناه ظهر حكم القسم الثالث و الرابع، أعنى صورة العلم بترتب الحرام على الإجارة من غير ان يجعل شرطا فى العقد أو داعيا إليها، و صورة ان يكون ترتب الحرام داعيا لإنشاء المعاملة. و يتضح ذلك وضوحا من المسألة الثانية و الرابعة. قوله بل الأظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد).

أقول: قد سمعت كون المسألة من صغريات الشرط الفاسد، و دعوى الخصوصية فيها و امتيازها عن سائر الشروط الفاسدة مجازفة. قوله مع ان الجزء اقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط) . أقول: جواز الانحلال و التقسيط فى الاجزاء الخارجية و إن كان صحيحا كما أشرنا اليه، و سيأتى تفصيله فى بيع ما يملك و ما لا يملك، إلا- انه غير صحيح فى الاجزاء التحليلية العقلية فإن الانحلال فى ذلك باطل جزما، و من ذلك يظهر ان بطلان بيع الآلات اللهوية لا يستلزم بطلان البيع فيما إذا كان الشرط؟؟؟؟ الشرط إنما جعل بإزاء نفس المال فقط، و ليس للشرط حصه من الثمن، ليقاس بيع الآلات المحرمة.

حكم بيع الجارية المغنية

إشارة

قوله المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية.

أقول: محصل كلامه: ان الصفات سواء كانت محللة أم محرمة قد تكون داعية الى المعاوضة، و لا دخل لها فى المعاوضة

[١] فى ج ٢ المستدرک ص ٤٣٦ عن أبى عبد الله «ع» إنه قال: من اكرى دابته أو سفينته فحمل عليها المكترى خمرا أو خنازير أو ما يحرم لم يكن على صاحب الدابة شيء و إن تعاقدنا على حمل ذلك فالعقد فاسد و الكرى على ذلك حرام. مرسله. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٧

بأكثر من ذلك، و قد تكون دخيلة فى ازدياد الثمن فيها، و قد تكون أجنبية عنها أصلا، أما الأول و الثالث فلا ريب فى صحة المعاوضة فيهما، لأن المفروض أن الصفة المحرمة لم توجب زيادة فى الثمن، و كذا الثانى لو كانت الصفة الموجبة لازدياد الثمن هى الصفة المحللة، و أما لو كان الموجب للزيادة هى الصفة المحرمة فلا شبهة فى فساد المعاوضة حينئذ، كملاحظة صفة التغنى فى بيع الجارية المغنية، و المهارة فى القمار و السرقة و اللهو فى بيع العبد، و وجه الفساد أن بذل شيء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة أكل للمال بالباطل، و أما التفكيك بين القيد و المقيد فيحكم بصحة العقد فى المقيد و بطلانه فى القيد بما قابله من الثمن فتوهم فاسد، لأن القيد أمر معنوى لا يوزع عليه شيء من المال.

أقول: تحقيق المسألة فى جهتين، الأولى: من حيث القواعد، و الثانية: من حيث الروايات. أما الجهة الأولى: فالقاعدة تقتضى صحة المعاوضة فى جميع الوجوه المذكورة، لوجهين، الوجه الأول: أن بعض الأعمال كالخياطة و نحوها و إن صح أن تقع عليه المعاوضة و أن يقابل بالمال إذا لو حظ على نحو الاستقلال، إلا أنه إذا لوحظ وصفا فى ضمن المعاوضة فإنه لا يقابل بشيء من الثمن، و إن كان

بذل المال بملاحظة وجودها. و عليه فحرمة الصفة لا تستلزم حرمة المعاوضة في الموصوف، و إنما هي كالشروط الفاسدة لا توجب إلا الخيار.

الوجه الثاني: لو سلمنا أن الأوصاف تقابل بجزء من الثمن فان ذلك لا يستلزم بطلان المعاملة، إذ الحرام إنما هي الأفعال الخارجية من التغنى و القمار و الزنا دون القدرة عليها التي هي خارجة عن اختيار البشر.

على أنه قد ورد في الآيات و الأحاديث «١»: أن قدرة الإنسان على المحرمات قد توجب كونه أعلى منزله من الملائكة، فإن الإنسان يحتوى على القوة القدسية التي تبعث إلى الطاعة، و القوة الشهوية التي تبعث إلى المعصية، فإذا ترك مقتضى الثانية و انبعث بمقتضى الاولى فقد حصل على أرقى مراتب العبودية. و هذا بخلاف الملك، فإنه لا اختصاصه بالقوة الروحية و الملكة القدسية الباعثة إلى الطاعة و الرادعة عن المعصية، و لعرائه عن القوة الأخرى الشهوية لا يعصى الله، فيكون الإنسان الكامل أفضل من الملك، و تفصيل الكلام في محله.

و أما الجهة الثانية فقد استفاضت الروايات من الشيعة [١]

[١] الوشاء قال: سئل أبو الحسن الرضا «ع» عن شراء المغنية؟ فقال: قد تكون للرجال الجارية تلهيه و ما ثمنها إلا ثمن كلب و ثمن الكلب سحت و السحت في النار. ضعيفة لسهل ابن زياد و غيره.

(١) راجع ج ١٤ البحار ص ٢٥٦-٣٦٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٨

و السنة [١] على حرمة بيع الجواز المغنيات، و كون ثمنهن سحتا كثمن الكلب، و أكثر هذه الروايات و إن كان ضعيف السند، و لكن في المعتمد منها غنى و كفاية.

و قد يتوهم وقوع المعاوضة بينها و بين ما دل على جواز البيع و الشراء للتذكير بالجنة

- محمد الطاهري عن أبي عبد الله «ع» قال: سأله رجل عن بيع الجوازي المغنيات؟

فقال: شراؤهن و بيعهن حرام و تعلمهن كفر و استماعهن نفاق، ضعيفة للطاهري و سهل و غيرهما.

أبو البلاد قال: أوصى إسحاق بن عمر عند وفاته بجواز له مغنيات أن يبيعهن و نحمل ثمنهن الى أبي الحسن «ع»، قال إبراهيم: فبعت الجوازي بثلاثمائة ألف درهم و حملت الثمن اليه فقلت: إن مولى لك يقال له: إسحاق بن عمر قد أوصى عند موته ببيع جواز له مغنيات و حمل الثمن إليك و قد بعتهن و هذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم فقال: لا حاجة لي فيه إن هذا سحت و تعليمهن كفر و الاستماع منهن نفاق و ثمنهن سحت. مرسله راجع ج ١ كا ص ٣٦١. و ج ٢ التهذيب ص ١١٧ و ص ١١٨. و ج ١٠ الوافي ص ٣٣. و ج ٢ نل باب ٤٤ تحريم بيع المغنية مما يكتسب به.

و في الباب ٤٤ المذكور من ج ٢ نل. و ج ١٦ البحار باب ٩٩ الغناء عن قرب الاسناد عن أبي البلاد قال: قلت لأبي الحسن الأول «ع»: جعلت فداك إن رجلا من مواليك عنده جواز مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار و قد جعل لك ثلثها فقال: لا حاجة لي فيها إن ثمن الكلب و المغنية سحت. صحيحة. و في هذا الباب ٤٤ من نل عن إسحاق بن يعقوب في التوقيعات الى ان قال «ع»: و ثمن المغنية حرام. مجهولة لمحمد بن عصام الكليني.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣١ عن قطب الراوندي عن النبي (ص) إنه قال: لا يحل بيع المغنيات و شراؤهن و ثمنهن حرام. مرسله.

و عن عوالي اللثالي عن النبي (ص) نهى عن بيع المغنيات و شرائهن و التجارة فيهن و أكل ثمنهن. مرسله.

[١] فى ج ٦ سنن البيهقى ص ١٤ عن رسول الله (ص) قال: لا تبتاعوا المغنيات ولا تشتروهن ولا تعلموهن ولا خير فى تجارة فيهن و ثمنهن حرام و فى مثل هذا الحديث نزلت (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ) الآية.

و فى ج ١٠ ص ٢٢٥ عن مجاهد فى تفسير الآية هو اشتراؤه المغنى و المغنية بالمال الكثير و الاستماع اليه و الى مثله من الباطل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٦٩

و طلب الرزق كروايتى الدينوى و الصدوق [١].

و فيه أولا: أنهما ضعيفتا السند و غير منجبرتين بشىء. و ثانيا: أن رواية الصدوق خارجة عن محل الكلام أصلا، فإن المفروض فيها شراء الجارية التى لها صوت، و مورد البحث هنا بيع الجارية المغنية و بينهما بون بعيد، و أما رواية الدينورى فهى راجعة إلى البيع و الشراء لطلب الرزق و تحصيله فقط لا سوى ذلك، فلا يكون حراما على أن المحرم إنما هو التغنى الخارجى، و أما مجرد القدرة عليه فليس بحرام جزما.

ثم الظاهر من الأخبار المانعة هو أن الحرام إنما هو بيع الجوارى المغنية المعدة للتلهى و التغنى كالمطربات اللاتى يتخذن الرقص حرفة لهن، و يدخلن على الرجال، إذ من الواضح جدا ان القدرة على التغنى كالقدرة على بقاء المحرمات ليست بمبغوضة ما لم يصدر الحرام فى الخارج كما عرفت. على أن نفعها لا ينحصر بالتغنى لجواز الانتفاع بها بالخدمة و غيرها.

و مع الإغضاء عن جميع ذلك أن بيعها بقصد الجهة المحرمة لا يكون سببا لوقوع الحرام، لبقاء المشتري بعد على اختياره فى أن ينتفع بها بالمنافع المحرمة إن شاء أو بالمنافع المحللة، و عليه فلا موجب لحرمه البيع إلا من جهة الإعانة على الإثم، و هى بنفسها لا تصلح للمانعة قال السيد (ره) فى حاشيته على المتن: (و يمكن الاستدلال بقوله «ع» فى حديث تحف العقول أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد خصوصا بقرينه تمثيله بالبيع بالربا، و ذلك لأن المبيع فى بيع الربا ليس مما لا يجوز بيعه، بل الوجه فى المنع هو خصوصية قصد الربا، ففى المقام أيضا الجارية من حيث هى ليست مما لا يجوز بيعها، لكن لو قصد بها الغناء يصدق أن فى بيعها وجه الفساد).

و فيه مضافا إلى وهن الحديث من حيث السند، أنه لا مورد للقياس، لأن البيع الربوى

[١] فى ج ٢ التهذيب ص ١١٥. و ج ١٠ الوافى ص ٣٥. و ج ٢ نل باب ٤٤ تحريم بيع المغنية مما يكتسب به. و عن عبد الله بن الحسن الدينورى قال: قلت لأبى الحسن «ع»:

جعلت فداك فأشترى المغنية أو الجارية تحسن أن تغنى أريد بها الرزق لا سوى ذلك قال:

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ١٦٩

اشتر و بع. مجهولة للدينورى.

أقول: فى رجال المامقانى إنه لم أقف فيه إلا على رواية الشيخ فى باب المكاسب من التهذيب عن البرقى عن أبى الحسن «ع».

و فى الباب ٤٤ المذكور من نل عن الصدوق قال: سأل رجل على بن الحسين «ع» عن شراء جارية لها صوت فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة يعنى براءة القرآن و الزهد و الفضائل التى ليست بغناء فأما الغناء فمحظور. مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٠

حرام لذاته، و بيع الجارية لو كان حراما فإنما هو حرام لأجل قصد التغنى، فالحرمة عرضية و القياس مع الفارق.

حرمة كسب المغنية

لا بأس بالإشارة إلى حكم كسب المغنية وإن لم يتعرض له المصنف. فنقول: إنه ورد في جملة من الروايات [١] عدم جواز كسب المغنية، وأنها ملعونة، وملعون من أكل من كسبها، فيدل ذلك على حرمة كسبها وضعا وتكليفا، على أنه يكفي في الحرمة جعلهن الأفعال المحرمة موردا للتكسب، كالتغنى والدخول على الرجال وغيرهما، لما علمت سابقا، من أن أدلة صحة العقود، وجوب الوفاء بها مختصة بما إذا كان العمل سائغا في نفسه، فلا وجه لرفع اليد بها عن دليل حرمة العمل في نفسه، نعم لو دعين لزف العرائس، ولم يفعلن شيئا من الأفعال المحرمة فلا بأس بكسبهن، وقد ورد ذلك في رواية أبي بصير، وذكرناها في الهامش. ومن جميع ما ذكرناه ظهر حكم الرجل المغنى أيضا.

حكم بيع العنب ممن يجعله خمرا

إشارة

قوله المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله إلخ.

أقول:

[١] أبو 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: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾. ضعيفه لعلى بن أبي حمزة بن سالم البطائني. و عنه عن أبي عبد الله «ع» قال: المغنية التي تزف العرائس لا بأس بكسبها. مجهولة حكم الحنائط. و عنه قال: قال أبو عبد الله «ع»: أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس و ليست بالتي يدخل عليها الرجال. صحيحة. النصر بن قابوس قال: سمعت أبا عبد «ع» يقول: المغنية ملعونة ملعون من أكل كسبها حسنة لإسحاق بن إبراهيم. راجع ج ١ كا ص ٣٦١. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٨. و ج ١٠ الوافي ص ٣٣. و ج ٢ ثل باب ٤٣ تحريم كسب المغنية مما يكتسب به. و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٠ عن فقه الرضا: كسب المغنية حرام. ضعيفه. و كك عن المقنع مرسلا. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧١

قد وقع الخلاف بين الفقهاء في جواز بيع الأشياء المباحة ممن يعلم البائع أنه يصرفه في الحرام و عدم جوازه، ففي المختلف «١»: (إذا كان البائع يعلم ان المشتري يعمل الخشب صنما أو شيئا من الملاهى حرم بيعه و إن لم يشترط في العقد ذلك، لنا أنه قد اشتمل على نوع مفسدة، فيكون محرما، لأنه إعانة على المنكر). و نقل عن ابن إدريس جواز ذلك، لأن الوزر على من يجعله كذلك، لا على البائع، و فصل المصنف (ره) بين ما لم يقصد منه الحرام فحكم بجواز بيعه، و بينما يقصد منه الحرام فحكم بحرمة، لكونه إعانة على الإثم، فتكون محرمة بلا خلاف. و قد وقع الخلاف في ذلك بين العامة أيضا [١].

أما ما ذكره المصنف (ره) من التفصيل فيرد عليه أولا: أن مفهوم الإعانة على الإثم و العدوان كمفهوم الإعانة على البر و التقوى أمر واقعى لا يتبدل بالقصد، و لا يختلف بالوجه و الاعتبار.

و ثانيا: لا دليل على حرمة الإعانة على الإثم ما لم يكن التسبب و التسبب في البين كما سيأتى.

و ثالثا: أنا إذا سلمنا حرمة البيع مع قصد الغاية المحرمة لصدق الإعانة على الإثم عليه فلا بد من الالتزام بحرمة البيع مع العلم بترتب الحرام أيضا، لصدق الإعانة على الإثم عليه أيضا. و إن قلنا بالجواز في الثانى من جهة الأخبار المجوزة فلا بد من القول بالجواز في

الأول أيضا، لعدم اختصاص الجواز الذي دلت عليه الاخبار بفرض عدم القصد.

و رابعا: أنا لم نستوضح الفرق بين القسمين، فان القصد بمعنى الإرادة والاختيار يستحيل ان يتعلق بالغاية المحرمة في محل الكلام، لأنها من فعل المشتري، إذ هو الذي يجعل العنب خمرا و الخشب صنما، فلا معنى لفرض تعلق القصد بالغاية المحرمة، و أما القصد بمعنى

[١] في ج ٥ سنن البيهقي ص ٣٢٧ أفتى بكراهة بيع العصير ممن يعصر الخمر و السيف ممن يعصى الله عز و جل، و في ج ٢٤ المبسوط للسرخسي ص ٢٦ و لا- بأس ببيع العصير ممن يجعله خمرا، لان العصير مشروب طاهر حلال فيجوز بيعه و أكل ثمنه، و لا فساد في قصد البائع، إنما الفساد في قصد المشتري، و لا تزر و وازرة و زرا اخرى، و كره ذلك أبو يوسف و محمد استحسانا، لكونه إعانة على المعصية، و ذلك حرام.

و في ج ٨ شرح فتح القدير ص ١٢٧ و لا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا، لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره، و في ج ٢ فقه المذاهب ص ٥٢ عن الحنابلة كلما أفضى إلى محرم فهو حرام.

(١) ج ١ ص ١٦٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٢

العلم و الالتفات فهو مفروض الوجود في القسمين فلا وجه للتفصيل بينهما، نعم يمكن ان يكون الداعي إلى بيع البائع هو ترتب الغاية المحرمة تارة، و غير ذلك تارة أخرى، مع العلم بترتبها في الخارج، و لكن هذا لا يكون سببا في اختلاف صدق الإعانة عليهما، لأن دعوة الحرام الى الفعل ليست شرطا في صدق الإعانة على الإثم، و هو واضح، إذن فلا وجه للتفصيل المذكور في كلام المصنف.

ثم إن تحقيق هذه المسألة يقع تارة من حيث الروايات، و اخرى من حيث القواعد،

أما الصورة الأولى

فالكلام فيها من جهتين، الأولى: في الحرمة الوضعية، و الثانية: في الحرمة التكليفية.

أما الجهة الأولى: فربما يقال بفساد المعاوضة مع العلم بصرف المبيع أو الانتفاع بالعين المستأجرة في الجهة المحرمة. لخبر جابر المتقدم (عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر؟ قال حرام أجرته). فإنه لا وجه لحرمة الأجرة إذا كانت المعاملة صحيحة، و بعدم القول بالفصل بين الإجارة و البيع يتم المقصود.

و فيه مضافا الى ضعف السند فيه، و اختصاصه بالإجارة، انه لا بد من حملته على الكراهة لمعارضته بحسنه ابن أذينة المتقدمة التي دلت على جواز إجارة الحمولة لحمل الخمر و الخنازير.

و أما الجهة الثانية فقد يقال: بحرمة البيع تكليفا، لما دل من الاخبار على حرمة بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا، و قد تقدم ذكرها في البحث عن بيع آله الله، و بعدم القول بالفصل بين موردها و غيره يتم المطلوب.

و لكن يعارضها ما ورد من الاخبار المتظاهرة [١] الدالة على جواز بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يجعلها خمرا، بدعوى عدم الخصوصية في موردها، لعدم القول بالفصل بين

[١] أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن ثمن العصير قبل ان يغلى لمن يتاعه ليطبخه أو يجعله خمرا؟ قال: إذا بعته قبل ان يكون خمرا فهو حلال فلا بأس. ضعيفة لقاسم بن محمد الجوهري.

محمد الحلبي قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن بيع عصير العنب ممن يجعله حراما؟ فقال:

لا بأس به تبعه حلالا فيجعله حراما أبعد الله وأسحقه. صحيحة.

ابن أذينة قال: كتبت الى أبي عبد الله أسأله عن رجل له كرم أبيع العنب و التمر ممن يعلم انه يجعله خمرا أو سكرا؟ فقال: إنما باعه

حلالا في الإبان الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

في القاموس: السكر محركة الخمر و نبيذ يتخذ من التمر، و فيه أيضا: إبان الشيء -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٣

هذه الموارد و بين غيرها، إذ لو قيل: بالجواز قيل به مطلقا، و إلا فلا.

و قد يوجه ما ذكر في روايتي رفاعه و أبي كهمس المذكورتين في الحاشية من بيعهم «ع» تمرهم ممن يجعله خمرا: بأن يراد من لفظ

الخمر فيهما العصير المغلى، و لم يذهب ثلثاه فان

- بالكسر و التشديد: حينه أو أوله.

رفاعة قال: سئل أبو عبد الله «ع» و انا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره؟ فقال: حلال ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خيئا؟

صحيحة.

يزيد بن خليفة الحارثي عن أبي عبد الله «ع» قال: سأله رجل و انا حاضر قال: إن لي الكرم؟ قال: تبعه عنب، قال: فإنه يشتريه من يجعله

خمرا؟ قال: بعه إذن عصيرا، قال:

إنه يشتريه مني عصيرا فيجعله خمرا في قربتي (و في الوافي قربتي بدل قربتي) قال: بعته حلالا فيجعله حراما فأبعد الله، ثم سكت هنيئة

ثم قال: لا تذر ثمنه عليه حتى يصيره خمرا فتكون تأخذ ثمن الخمر. ضعيفة ليزيد المذكور.

كا بسند ضعيف لسهل، و التهذيب بسند صحيح عن ابى بصير قال: سألت أبا الحسن «ع» عن بيع العصير فيصير خمرا قيل أن يقبض

الثلث؟ قال: فقال: لو باع ثمرته ممن يعلم انه يجعله حراما لم يكن بذلك بأس فاما إذا كان عصيرا فلا يباع إلا بالنقد.

و في رواية أبي كهمس المتقدمة في البحث عن بيع العصير عن أبي عبد الله «ع» هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا.

مجهولة لأبى كهمس.

أبو المعزى قال: سأل يعقوب الأحمر أبا عبد الله «ع» و أنا حاضر فقال: أصلحك الله إنه كان لى أخ و هلك و ترك فى حجرى يتيما

ولى أخ يلى ضعيفة لنا و هو يبيع العصير ممن يصنعه خمرا، إلى أن قال «ع» و أما بيع العصير ممن يصنعه خمرا فليس به بأس خذ

نصيب اليتيم منه. صحيحة.

أقول: أبو المعزى هو حميد بن المثنى العجلي الكوفي الثقة، و المعزى بكسر الميم و سكون العين و فتح الزاء المعجمة بمعنى المعز و

هو خلاف الضأن، و قد وقع الخلاف فى كتابته أنه بالمد كحمراء، أو بالقصر كحبلى، فذهب الى كل فريق، و لكن الظاهر من كتب

اللغة هو الثانى. و الى غير ذلك من الروايات.

راجع ج ١ كا ص ٣٩٤. و ج ٢ التهذيب ص ١٥٥ و ص ١٧٨، و ج ١٠ الوافي ص ٣٨، و ج ٢ ثل باب ٨٨ جواز بيع العصير ممن يعمل

خمرا مما يكتسب به.

و فى ج ٢ للمستدرک ص ٤٥٢ عن دعائم الإسلام عن أبى عبد الله «ع» جواز بيع العصير و نحوه ممن يصنعه خمرا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٤

ظاهر غير واحدة من الروايات ان شربه كان متعارفا فى زمان الصادق «ع». إذن من المستبعد جدا انهم عليهم السلام يبيعون تمرهم فى

كل سنة ممن يصنعه خمرا.

وفيه أن استعمال الخمر في العصير المغلى مجازا وان صح إلا أنه لا يمكن الالتزام به مع عراء الكلام عن القرينة المجوزة على أن هذا الحمل إنما يصح على القول بنجاسة عصير التمر أو بحرته بعد غليانه، ولم يثبت شيء منهما، بل الظاهر طهارته وإباحته ما لم يكن مسكرا و عليه فلا مجوز لإطلاق لفظ الخمر أو الشراب الخبيث عليه.

قال المصنف:

(فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة لشهادة غير واحد من الأخبار على الكراهة، كما أفتى به جماعة و يشهد له رواية رفاعه [١] عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا قال: به ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى ولا أرى به- بالأول- بأسا).

وفيه أولا: أنه معارض بما في بعض الروايات من بيعهم عليهم السلام تمرهم ممن يجعله شرابا خبيثا على ما أشرنا إليه، لبعده صدور الفعل المكروه منهم «ع» دفعة واحدة فضلا عن الدفعات، وبما في بعض روايات الباب من تعليل جواز البيع بأنه قد وقع على العنب الحلال و إنما المشتري جعله حراما أبعد الله وأسحقه، فلا تزر وازرة وزر اخرى، وقد ذكرنا الروايات في الحاشية.

و ثانيا: أن كون بيع العصير ممن يجعله خلا أحب الى الامام «ع» لا يدل على كراهة بيعه ممن يجعله خمرا، خصوصا مع تصريحه «ع» فيها بالجواز ب قوله ولا أرى بالأول بأسا

نعم لو كان لفظ الرواية: إنى لا أحب بيعه ممن يجعله خمرا، لكان دالا على كراهة البيع. ثم إنه لم نجد رواية تدل على الكراهة غير رواية الحلبي التي نسبها المصنف إلى رفاعه و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك و إذن فلا وجه لقول المصنف: (لشهادة غير واحد من الأخبار على الكراهة).

قال السيد في حاشيته ما ملخصه: أنه يمكن الجمع بحمل الأخبار المجوزة على صورة العلم بأن ذلك عمل المشتري و إن لم يعلم بصرف هذا المبيع الخاص في المحرم، و حمل الأخبار المانعة على صورة العلم بصرفه في الحرام. و يمكن الجمع أيضا بحمل المانعة على العلم بقصد المشتري صرفه في الحرام، و حمل المجوزة على العلم بالتخمين مع عدم العلم بأن قصده ذلك. و يرد على الوجهين: أنهما من الجموع التبرعية، فلا شاهد لهما.

[١] نسبه الرواية إلى رفاعه من سهو القلم، بل هي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله «ع» راجع ج ٢ التهذيب ص ١٥٥، و ج ٢ ثل باب ٨٨ جواز بيع العصير ممن يعمل خمرا مما يكتسب به. و ج ١٠ الوافي ص ٣٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٥

و في المتن (و قد يجمع بينها و بين الاخبار المجوزة بحمل المانعة على صورة اشتراط جعل الخشب صليبا أو صنما أو تواطئهما عليه). وفيه مضافا الى إطلاق الروايات المانعة، و عدم تقيدها بصورة الاشتراط، و إطلاق الروايات المجوزة، و عدم تقيدها بصورة عدم الاشتراط. أنه يرد عليه أولا: ما في المتن من أنه لا داعي للمسلم الى هذا النحو من البيع ثم سؤاله عن حكمه.

و ثانيا: أن ذكر جواز بيع الخشب ممن يجعله برابط، و عدم جواز بيعه ممن يجعله صلبانا في روايتي ابن أذينة و المقنع [١] لا يلائم هذا الجمع ضرورة أن حمل رواية واحدة على جهتين متنافيتين من غير تقييد شبيه بالجمع بينهما، فإن السؤال إن كان عن جواز البيع مع اشتراط الصرف في جهة الحرام فلا يلائمه الجواب بجواز البيع فيما جعله برابط، و إن كان السؤال عن الجواز مع عدم الاشتراط فلا يلائمه الجواب بعدم الجواز فيما جعله أصناما أو صلبانا و الذي ينبغي أن يقال: إنه إذا تم عدم الفصل بين موارد الروايات المجوزة و المانعة كان من قبيل تعارض الدليلين، فيؤخذ بالطائفة المجوزة، لموافقتها لعمومات الكتاب، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)، (وَ يَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ)، و إن لم يثبت عدم الفصل بين موارد كما احتمله المصنف و جب أن يقتصر بكل طائفة على موردها و لا- تصل النوبة إلى التعارض بينهما، و العمل بقواعده، و هذا هو الظاهر من الروايات، و تشهد له أيضا رواية ابن أذينة

المفصلة بين الأصنام والبرابط.

و يقربه: أن شرب الخمر و صنعها، أو صنع البرابط و ضربها و إن كانت من المعاصي الكبيرة و الجرائم الموبقة، إلا أنها ليست كالشرك بالله العظيم، لأن الله لا يغفر أن يشرك به و يغفر ما دون ذلك، و عليه فيمكن اختلاف مقدمه الحرام من حيث الجواز و عدمه باختلاف ذى المقدمه من حيث الشدة و الضعف. و دعوى الإجماع على عدم الفصل دعوى جزافية، لذهاب صاحبى الوسائل و المستدرک فى عناوين الأبواب من كتابيهما الى التفصيل مضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول فى نفسه. هذا كله بحسب الروايات، و حاصل جميع ما ذكرناه: أنه ليس فى الروايات ما يدل على

[١] ابن أذينة قال: كتبت الى أبى عبد الله «ع» أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذ منه برابط؟ فقال «ع»: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا؟ فقال: لا، أقول قد ذكرنا مصدرها فى ص ١٤٩. و فى ج ٢ المستدرک ص ٤٣٦ عن المقنع: و لا بأس ببيع الخشب ممن يتخذه برابط و لا يجوز بيعه لمن يتخذه صلبانا، مرسله. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٦. حرمة بيع المباح ممن يجعله حراما.

و أما الصورة الثانية (أعنى التكلم فى حكم المسألة من حيث القواعد)

إشارة

فالكلام فيها من نواحى شتى، الأولى: فى تحقيق مفهوم الإعانة و بيان ما يعتبر فيه، الثانية: فى حكم الإعانة على الإثم، الثالثة: أنه على القول بحرمة الإعانة على الإثم فهل هى كحرمة الظلم لا تختلف بالوجوه و الاعتبار، و لا تقبل التخصيص و التقييد، أو هى كحرمة الكذب التى تختلف بذلك و عليه فتتصف بالأحكام الخمسة.

حقيقة الإعانة و مفهومها

ما حقيقة الإعانة و مفهومها؟ الظاهر أن مفهوم الإعانة كسائر المفاهيم التى لا يمكن تحديدها إلا بنحو التقريب، فمفهوم الماء مثلا مع كونه من أوضح المفاهيم ربما يشك فى صدقه على بعض المصاديق على ما اعترف به المصنف فى أول كتاب الطهارة. و قد وقع الخلاف فى بيان حقيقة الإعانة على وجوه، الأول: ما استظهره المصنف من الأكثر، و هو أنه يكفى فى تحققها مجرد إيجاد مقدمه من مقدمات فعل الغير و إن لم يكن عن قصد، و الثانى: ما أشار إليه فى مطلع كلامه من أن الإعانة هى فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه، لا مطلقا، ثم نسبه الى المحقق الثانى و صاحب الكفاية، و الثالث: ما نسبه الى بعض معاصريه، من أنه يعتبر فى تحقق مفهومها وراء القصد المذكور وقوع الفعل المعان عليه فى الخارج، و الرابع: ما نسبه الى المحقق الأردبيلي من تعليقه صدق الإعانة على القصد أو الصدق العرفى، بدهاء أن الإعانة قد تصدق عرفا فى موارد عدم وجود القصد مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إياها، أو يطلب القلم لكتابة ظلم فيعطيه أباه، و نحو ذلك مما يعد معونة عرفا، و الخامس: الفرق بين الإعانة فى المقدمات القريبة فتحرم و بين المقدمات البعيدة فلا تحرم، السادس: عدم اعتبار شىء فى صدق الإعانة إلا وقوع المعان عليه فى الخارج.

و أوجهها هو الوجه الأخير، و تحقيق ذلك بيان أمرين: الأول فى بيان عدم اعتبار العلم و القصد فى مفهوم الإعانة، و الثانى فى بيان اعتبار وقوع المعان عليه فى صدقها.

أما الأمر الأول: فإن صحة استعمال كلمة الإعانة وما اقتطع منها في فعل غير القاصد بل وغير الشاعر بلا عناية وعلاقة تقتضى عدم اعتبار القصد والإرادة في صدقها لغه، كقوله «ع» في دعاء أبي حمزة الثمالي: (و أعانني عليها شقوتي) وقوله تعالى «١»:

(١) سورة البقرة، آية: ٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٧
(وَاسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ). وفي بعض الروايات [١] أن المراد بالصبر هو الصوم.
وفي أحاديث الفريقين [٢]: (من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه). ومن البديهي أن أكل الطين لم يقصد موته بذلك، بل يرى أن حياته فيه. وفي رواية أبي بصير [٣]:
(فأعينونا على ذلك بورع واجتهاد). ومن المعلوم أن المعين على ذلك بالورع والاجتهاد لا يقصد الإعانة عليه في جميع الأحيان، وكذلك ما في بعض الأحاديث [٤] من قوله «ع»:
(من أعان على قتل مؤمن ولو بشرط كلمة). وكذلك قوله (ص) «١»: (من تبسم على وجه مبدع فقد أعان على هدم الإسلام). وفي رواية أبي هاشم الجعفرى «٢»: (و رزقك

[١] في ج ٢ ثل باب ٢ استحباب الصوم عند نزول الشدة من أبواب الصوم عن سليمان عن أبي عبد الله «ع» في قول الله: (و استعينوا بالصبر) قال: الصبر الصيام. وفي رواية أخرى يعنى الصيام.
[٢] في ج ٢ كا ص ١٥٦، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٤، و ج ١١ الوافي ص ٢٣، و ج ٣ ثل باب ٢٩ تحريم أكل الطين من الأطعمة المحرمة، عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه، ضعيفه للنوفلى و في رواية أخرى فإن أكلته و مت كنت قد أعنت على نفسك، ضعيفه لسهل.
و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ١١ عن ابن عباس إن رسول الله (ص) قال: من انهمك في أكل الطين فقد أعان على نفسه، و في حديث آخر: من أكل الطين فكأنما أعان على قتل نفسه.
[٣] في ج ١ ثل باب ٢٠ تأكد استحباب الجد في العبادة من مقدمات العبادة، عن أبي بصير عن أبي عبد الله «ع» إن أباه قال لجماعة من الشيعة: و الله انى لأحب ربحكم و أرواحكم فأعينوا على ذلك بورع واجتهاد، و في رواية ابن يعفور عن أبي عبد الله «ع» فأعينوا على ما أنتم عليه بالورع والاجتهاد.
و في ج ٣ الوافي باب تذاكر الاخوان ص ١١٦ في رواية ميسر عن أبي جعفر «ع» فأعينوا بورع واجتهاد.
[٤] في ج ٢ ثل باب ١٦٣ تحريم المعونة على قتل المؤمن من العشرة، و ج ٣ ثل باب ٢ تحريم الاشتراك في القتل المحرم من القصاص، و ج ٨ سنن البيهقي ص ٢٢: من أعان على قتل مؤمن بشرط كلمة لقي الله و بين عينيه مكتوب: آيس من رحمة الله.

(١) راجع ج ٢ المستدرک ص ٣٨٩.

(٢) راجع ج ٣ الوافي باب تذاكر الاخوان ص ١١٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٨

العافية فأعانتك على الطاعة). و في الصحيفة الكاملة السجادية في دعائه عليه السلام في طلب الحوائج (و اجعل ذلك عوناً لى) و أيضاً يقال: الصوم عون للفقير، و الثوب عون للإنسان، و سرت في الماء و أعاننى الماء و الريح على السير، و أعانتنى العصا على المشى، و كتبت باستعانة القلم، الى غير ذلك من الاستعمالات الكثيرة الصحيحة، و دعوى كونها مجازات جزافية لعدم القرينة عليها.

و نتيجة جميع ذلك أنه لا يعتبر في تحقق مفهوم الإعانة علم المعين بها. و لا اعتبار الداعي إلى تحقيقها، لبديهة صدق الإعانة على الإثم على إعطاء العصا لمن يريد ضرب اليتيم و ان لم يعلم بذلك، أو علم و لم يكن إعطاؤه بداعي وقوع الحرام كما لا يخفى. و يدل على ما ذكرناه ما تقدمت الإشارة إليه من أن القصد سواء كان بمعنى الإرادة و الاختيار أم بمعنى الالتفات لا يعتبر في مفهوم الإعانة.

و على الجملة لا نعرف وجها صحيحا لاعتبار القصد بأى معنى كان في صدق الإعانة، و من هنا لا نظن أن أحدا ينكر تحقق الإعانة بإعطاء السيف أو العصا لمن يريد الظلم أو القتل و لو كان المعطى غير ملتفت الى ضمير مرید الظلم أو القتل، أو كان غافلا عنه. نعم لو نسب ذلك الى الفاعل المختار انصرف الى صورة العلم و الالتفات.

و أما الأمر الثانى فالذى يوافق الاعتبار و يساعد عليه الاستعمال هو تقييد مفهوم الإعانة بحسب الوضع بوقوع المعان عليه فى الخارج، و منع صدقها بدونه. و من هنا لو أراد شخص قتل غيره بزعم أنه مصون الدم، و هيا له ثالث جميع مقدمات القتل، ثم أعرض عنه مرید القتل، أو قتله ثم بان أنه مهذور الدم فإنه لا يقال: إن الثالث أعان على الإثم بتهيئة مقدمات القتل، كما لا تصدق الإعانة على التقوى إذا لم يتحقق المعان عليه فى الخارج، كما إذا رأى شبعا يغرق فتوهم أنه شخص مؤمن فأنقذه إعانة منه له على التقوى فبان أنه خشبة و قد يمنع من اعتبار وقوع المعان عليه فى الخارج فى مفهوم الإعانة و صدقها، بدعوى أنه لو أراد رجلا التهجم على بيضة الإسلام أو على قتل النفوس المحترمة فهيا لهما آخران جميع مقدمات القتال فمضى أحدهما و ندم الآخر، فإنه لا شبهة فى استحقاق كل من المهينين الدم و اللوم من جهة الإعانة على الإثم و إن تحقق الفعل المعان عليه فى أحدهما و لم يتحقق فى الآخر، فلو كان ذلك شرطا فى صدق الإعانة لم يتوجه الدم إلا على الأول.

و فيه أن الصادر من النادم ليس إلا التجرى، و هو على تقدير الالتزام بقبحه و استحقاق العقاب عليه لا يصدق عليه الإثم لتكون الإعانة عليه إعانة على الإثم. و أما إذا قلنا بعدم استحقاق العقاب عليه فان الأمر أوضح، مع أنه لا مضايقة فى صحة ذم معينه، بل فى صحة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٧٩

عقابه أيضا بناء على حرمة الإعانة على الإثم و صحة العقاب على التجرى، فإن المعين حينئذ يرى نفسه عاصيا لتخليه أنه معين على الإثم فهو متجر فى فعله، و المفروض أن التجرى يوجب استحقاق العقاب. و قد تجلى من جميع ما ذكرناه ما فى بقیة الوجوه و الأقوال المتقدمة من الوهن و الخلل.

كما اتضح ضعف ما أورده المصنف على بعض معاصريه من أن (حقيقة الإعانة على الشيء هو الفعل بقصد حصول ذلك الشيء سواء حصل فى الخارج أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر من الغير بقصد التوصل اليه فهو داخل فى الإعانة على الإثم. ثم لا يخفى: أن عنوان الإعانة كما يتوقف على تحقق الفعل المعان عليه فى الخارج فكذلك يتوقف على تحقق المعين و المعان: بأن يكونا مفروضى الوجود مع قطع النظر عن تحقق الإعانة فى الخارج ليقع فعل المعين فى سلسلة مقدمات فعل المعان، فيكون عنوان الإعانة بهذا الاعتبار من الأمور الإضافية، و عليه فإيجاد موضوع الإعانة كتوليد المعين مثلا خارج عن حدودها. و إلا لحرم التناكح و التناسل. للعلم العادى بأن فى نسل الإنسان فى نظام الوجود من يرتكب المعاصى، و تصدر منه القبائح.

و أما مسير الحاج و متاجر التاجر مع العلم بأخذ المكوس و الكمارك، و هكذا عدم التحفظ على المال مع العلم بحصول السرقة كلها داخل فى عنوان الإعانة، فإنه لا-وجه لجعل أمثالها من قبيل الموضوع للإعانة و خروجها عن عنوانها، كما زعمه شيخنا الأستاذ و المحقق الايروانى، كما لا وجه لما ذهب اليه المصنف (ره) من إخراجها عن عنوان الإعانة من حيث إن التاجر و الحاج غير قاصدين لتحقيق المعان عليه، لما عرفت من عدم اعتبار القصد فى صدقها.

و قد ظهر من مطاوى جميع ما ذكرناه: أن المدار فى عنوان الإعانة هو الصدق العرفى، و عليه فلا يفرق فى ذلك بين المقدمات القريبة و المقدمات البعيدة، و لذلك صح إطلاق المعين على من تسبب فى قضاء حوائج الغير و لو بوسائط بعيدة.

حكم الإعانة على الإثم

إشارة

ما حكم الإعانة على الإثم؟ الظاهر جواز ذلك لانه مقتضى الأصل الاولي، و لا- دليل يثبت حرمة الإعانة على الإثم و إن ذهب المشهور و بعض العامة [١] إلى الحرمة، و عليه

[١] فى ج ٢٤ المبسوط للسرخسى ص ٢٦ عن أبى يوسف و محمد إن بيع العصير و العنب ممن يتخذ خمرًا إعانة على المعصية و تمكين منها و ذلك حرام و إذا امتع البائع من البيع -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٠

فالحكم هو جواز الإعانة عليه إلا ما خرج بالدليل، كإعانة الظالمين و إعانة أعوانهم و تهيئة مقدمات ظلمهم، لاستفاضة الروايات على حرمة إعانتهم و تقويتهم و تعظيم شوكتهم و لو بمدة قلم أو بكتابة رقعة أو بجباية خراج و نحوها، و سيأتى هذه الروايات فى البحث عن معونة الظالمين، بل الحرمة فى هذا النحو من الإعانة مما استقل به العقل، و قامت عليه ضرورة العقلاء، بل قال فى العروة فى مسألة ٢٩ من صلاة المسافر: إنه لو كانت تبعية التابع إعانة للجائر فى جوره و جب عليه التمام و إن كان سفر الجائر طاعة فإن التابع حينئذ يتم مع أن المتبوع يقصر.

قوله بعموم النهى عن التعاون على الإثم و العدوان.

أقول: استدلو على حرمة الإعانة على الإثم بوجوه، الوجه الأول: قوله تعالى «١»: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ). فان ظاهرها حرمة المعاونة على الإثم و العدوان مطلقا.

و فيه أن التعاون عبارة عن اجتماع عدة من الأشخاص لإيجاد أمر من الخير أو الشر ليكون صادرا من جميعهم، كتهب الأموال و قتل النفوس و بناء المساجد و القناطر. و هذا بخلاف الإعانة فإنها من الافعال، و هى عبارة عن تهيئة مقدمات فعل الغير مع استقلال ذلك الغير فى فعله، و عليه فالنهي عن المعاونة على الإثم لا يستلزم النهى عن الإعانة على الإثم فلو عصى أحد فأعانه الآخر فإنه لا يصدق عليه التعاون بوجه، فان باب التفاعل يقتضى صدور المادة من كلا الشخصين، و من الظاهر عدم تحقق ذلك فى محل الكلام.

نعم قد عرفت فيما سبق حرمة التسيب الى الحرام و جعل الداعى إليه، لكن حرمة ذلك لا تستلزم الحرمة فى المقام.

الوجه الثانى: ادعاء الإجماع على ذلك. و فيه أنها دعوى جزافية، لاحتمال كون مدرك المجمعين هى الوجوه المذكورة فى المسألة، فلا يكون إجماعا تعبديا. مضافا الى عدم حجية الإجماع المنقول فى نفسه.

الوجه الثالث: أن ترك الإعانة على الإثم دفع للمنكر، و دفع المنكر واجب كرفعه، و اليه أشار المحقق الأردبيلي فى محكى كلامه، حيث استدل على حرمة بيع العنب فى المسألة

- يتعذر على المشتري اتخاذ الخمر فكان فى البيع منه تهيج الفتنة و فى الامتناع تسكينها.

و فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٥٢ عن الحنابلة كلما أفضى إلى محرم فهو حرام.

و فى ج ٨ الهداية ص ١٢٧ و يكره بيع السلاح فى أيام الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية

(١) سورة المائدة، آية: ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨١

بأدلة النهى عن المنكر، واستشهد له المصنف برواية أبي حمزة [١] عن أبي عبد الله «ع» من أنه لو لا- أن بنى أمية وجدوا لهم من يكتب و يجبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبوا حقنا).

و فيه أولا: أن الاستدلال بدفع المنكر هنا إنما يتجه إذا علم المعين بانحصار دفع الإثم بتركه الإعانة عليه، و أما مع الجهل بالحال، أو العلم بوقوع الإثم بإعانة الغير عليه فلا يتحقق مفهوم الدفع.

و ثانيا: أن دفع المنكر إنما يجب إذا كان المنكر مما اهتم الشارع بعدم وقوعه، كقتل النفوس المحترمة، و هتك الاعراض المحترمة، و نهب الأموال المحترمة، و هدم أساس الدين و كسر شوكة المسلمين، و ترويح بدع المضلين و نحو ذلك، فان دفع المنكر فى هذه الأمثلة و نحوها واجب بضرورة العقل و اتفاق المسلمين، و قد ورد الاهتمام به فى بعض الأحاديث [٢] و أما فى غير ما يهتم الشارع بعدمه من الأمور فلا دليل على وجوب دفع المنكر، و على كلا الوجهين فالدليل أخص من المدعى.

و أما النهى عن المنكر فإنه و إن كان سبيل الأنبياء و منهج الصالحاء و فريضة عظيمة بها تقام الفرائض و تحل المكاسب و ترد المظالم، إلا أنه لا يدل على وجوب دفع المنكر، فان معنى دفع المنكر هو تعجيز فاعله عن الإتيان به و إيجادا فى الخارج سواء ارتدع عنه باختياره أم لم يرتد، و النهى عن المنكر ليس إلا- ردع الفاعل و زجره عنه على مراتبه المقررة فى الشريعة المقدسة. و على الإجمال: إنه لا- وجه لقياس دفع المنكر على رفعه. و أما رواية أبي حمزة فمضافا الى ضعف السند فيها أنها أجنبية عن رفع المنكر فضلا عن دفعه، لاختصاصها بحرمة إعانة الظلمة.

قال المحقق الايروانى: (الرفع هنا ليس إلا الدفع فمن شرع بشرب الخمر فبالنسبة إلى جرعة شرب لا معنى للنهى عنه و بالنسبة الى ما لم يشرب كان النهى دفعا عنه).

[١] هذه الرواية ضعيفة لإبراهيم بن إسحاق الأحمرى. راجع ج ٢ ثل باب ٧٦ و جوب رد المظالم إلى أهلها مما يكتسب به.

[٢] فى ج ٢ التهذيب ص ٤٥١. و ج ٣ ثل باب ١٧ حكم من أمسك رجلا فقتله آخر من أبواب القصاص. عن السكونى عن أبي عبد الله «ع» إن ثلاثة نفر رفعوا الى أمير المؤمنين «ع» واحد منهم أمسك رجلا و أقبل الآخر فقتله و الآخر يراهم فقضى فى الرؤية «و فى بعض النسخ الربيضة» أن تشمل عيناه و فى الذى أمسك أن يسجن حتى يموت كما أمسكه و قضى فى الذى قتل أن يقتل. ضعيفة للنوفلى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٢

و فيه أن مرجع الرفع و إن كان الى الدفع بالتحليل و التدقيق إلا أن الاحكام الشرعية و موضوعاتها لا تبنى على التدقيقات العقلية، و لا شبهة فى صدق رفع المنكر فى العرف و الشرع على منع العاصى عن إتمام المعصية التى ارتكبها بخلاف الدفع.

قوله و توهم أن البيع حرام على كل أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بأنه لو تركه لفعله غيره.

أقول: محصل الاشكال ما ذكره المحقق الايروانى: من أن النهى عن الطبيعة ينحل إلى نواهي متعددة حسب تعدد أفراد تلك الطبيعة على سبيل العموم الاستغراقى فكان كل فرد تحت نهى مستقل، و على هذا فترك بيع فرد من العنب دفع لتخمير هذا الفرد و إن علم أن عنباً آخر يباع و يخمر لو لم يبع هو هذا، فإذا تراكمت التروك بترك هذا للبيع و ترك ذاك له و هكذا حصل ترك التخمير رأساً، و كان كل ترك مقدمة لترك فرد من الحرام، لا أن مجموع التروك يكون مقدمة لترك حرام واحد.

و فيه أن النهى إنما ينحل إلى أفراد الطبيعة، لأن معنى النهى عن الشىء عبارة عن الزجر عنه، لما فيه من المفسدة الإلزامية، فإذا توجه النهى إلى طبيعة ما و كان كل واحد من أفرادها مشتملا على المفسدة الإلزامية فلا محالة ينحل ذلك النهى إلى نواهي عديدة حسب تعدد الافراد، و أما فى مثل المقام فإن منشأ النهى فيه هو أن لا يتحقق الإثم فى الخارج، فالغرض منه إنما هو الوصول الى ذلك، فإذا علم صدور الإثم فى الخارج و لو مع ترك الإعانة من شخص خاص فلا- موجب لحرمتها، و هذا كما إذا نهى المولى عبيده عن

الدخول عليه في ساعة عينها لفرأغه، فان غرضه يفوت إذا دخل عليه واحد منهم، فترتفع المبعوضيه عن دخول غيره. و يدلنا على ذلك ما في الروايات المتقدمه من تجويزهم عليهم السلام بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يصنعها خمرا، إذ لو لم تدل تلك الروايات على عدم حرمة الإعانة على الإثم مطلقا فلا أقل من دلالتها على عدم الحرمة فيما إذا علم المعين تحقق الحرام في الخارج على كل حال.

إذن فما نحن فيه من قبيل رفع الحجر الثقيل الذي لا يرفعه إلا جماعة من الناس، فان الوجوب يرتفع عن الجماعة بمخالفة شخص واحد منهم، وهكذا ما نحن فيه، لان عدم تحقق المعصية من مشتري العنب يتوقف على ترك كل أرباب العنب للبيع، لان ترك المجموع سبب واحد لترك المعصية، كما أن بيع أي واحد منهم على البدل شرط لتحقيق المعصية من المشتري. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٣

تتميم وفيه تأسيس

قد عرفت فيما تقدم: أن جواز الإعانة على الإثم هو مقتضى الأصل لعدم الدليل على التحريم، و يمكن الاستدلال عليه مضافا الى ذلك بأمور:

الأول: انه لو لم تجز الإعانة على الإثم لما جاز سقى الكافر، لكونه إعانة على الإثم، لتنجس الماء بمباشرته إياه، فيحرم عليه شربه، لكن السقى جائز، لقوله «ع»: «إن الله يحب إيراد الكبد الحرا». على ما تقدم تفصيله في البحث عن بيع الميتة المختلطة مع المذكى «١» فتجوز الإعانة على الإثم. و الاعتذار عن ذلك بعدم قدرتهم على شرب الماء الطاهرة في حال الكفر اعتذار غير موجه، إذ الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار.

الثاني: أنك علمت سابقا استفاضة الروايات على جواز بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يجعلها خمرا، و جواز بيع الخشب ممن يجعله برابط، و من الواضح جدا كون هذا البيع إعانة على الإثم، و من أنكره فإنما أنكره بلسانه، أو هو مكابر لوجدانه، و بعدم القول بالفصل يثبت الجواز في غير موارد الروايات.

على أن في بعضها إشعارا إلى كليه الحكم، و عدم اختصاصه بالأمر المذكورة فيها، كقول الصادق «ع» في رواية أبي بصير: «إذا بعته قبل أن يكون خمرا فهو حلال فلا بأس به». و في رواية الحلبي عن بيع العصير ممن يجعله حراما (فقال: لا بأس به تبعه حلالا فيجعله حراما بعده الله و أسحقه). و في رواية ابن أذينة عن بيع العنب و التمر ممن يعلم أنه يجعله خمرا (فقال: إنما باعه حلالا في الإناء الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه). فان الظاهر من هذه الروايات أن المناط في صحة البيع هي حلية المبيع للبائع حين البيع و إن كان يبيعه هذه إعانة على المحرم، و مثل هذه الروايات غيرها أيضا.

الثالث: قيام السيرة القطعية على الجواز، ضرورة جواز المعاملة مع الكفار و غير المبالين في أمر الدين من المسلمين ببيع الطعام منهم و لو كان منتجسا كاللحم و إعاره الأواني إياهم للطبخ و غيره، مع أنه إعانة على أكل الطعام المنتجس بمباشرتهم إياه، و وجوب تمكين الزوجة للزوج و إن علمت بعدم اغتساله عن الجنابة، فيكون التمكين إعانة على الإثم، و أيضا قامت السيرة القطعية على جواز تجارة التاجر و مسير الحاج و الزرار و إعطائهم الضربة المعينة للظلمة، مع أنه من أظهر مصاديق الإعانة على الإثم.

و أيضا قضت الضرورة بجواز إجارة الدواب و السفن و السيارات و الطيارات من

(١) ص ٧٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٤

المسافرين، مع العلم إجمالا بأن فيهم من يقصد في ركوبه معصية. و أيضا قامت السيرة القطعية على جواز عقد الأندية و المجالس

لتبليغ الاحكام، و إقامة شعائر الافراح و الأحران بل على وجوبها فى بعض الأحيان إذا توقف عليها إحياء الدين و تعظيم الشعائر، مع العلم بوقوع بعض المعاصى فيها من الغيبة و الاستهزاء و الكذب و الافتراء و نظر كل من الرجال و النساء الى من لا يجوز النظر اليه و غيرها من المعاصى.

قوله ثم إنه يمكن التفصيل فى شروط الحرام المعان عليها بين ما ينحصر فائده و منفعتة عرفا فى المشروط المحرم. أقول: قد ظهر مما ذكرناه أن الميزان فى حرمة المقدمه هو كونها سببا لوقوع ذى المقدمه، و إلا فلا وجه للتحريم و ان انحصرت فائده فى الحرام.

قوله و إنما الثابت من العقلاء و العقل القاضى بوجوب اللطف و جوب رد من هم بها أقول: إن كان المنكر مثل قتل النفس و نحوه مما يهتم الشارع بعدم تحقيقه فلا-ريب فى وجوب رفعه، بل دفعه شرعا و عقلا كما تقدم، و أما فى غير الموارد التى يهتم الشارع بعدم تحقيقها فلا-وجه لدعوى الوجوب العقلى فيها و ان ادعاه المشهور مطلقا، لمنع استقلال العقل بذلك فى جميع الموارد، و لذا ذهب جمع من المحققين [١] الى الوجوب الشرعى.

حرمة الإعانة على الإثم كحرمة الكذب تقبل التخصيص

إن حرمة الإعانة على الإثم على فرض ثبوتها هل تقبل التخصيص و التقييد أم لا؟ قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن حرمة ذلك على فرض ثبوتها إنما هى كحرمة الكذب تقبل التخصيص و التقييد، و تختلف بالوجوه و الاعتبار، و ليست هى كحرمة الظلم التى لا تختلف بذلك قال شيخنا الأستاذ: (لا-إشكال فى عدم إمكان تخصيصها بعد تحقق موضوعها. لان هذه من العناوين الغير القابلة للتخصيص، فإنها كنفس المعصية و كالظلم، فإنه كما لا يمكن أن يكون معصية خاصة مباحة فكذلك لا يمكن أن تكون الإعانة على المعصية مباحة، فما عن الحدائق بعد ما حكى عن الأردبيلي (ره) من القول بالحرمة فى مسألتنا من جهة كونها إعانة على الإثم من أنه جيد فى حد ذاته لو سلم من المعارضة بأخبار الجواز لا-وجه له لانه لو كان بيع العنب ممن يعلم بأنه يعمله خمرا داخلا فى عنوان الإعانة فلا يمكن أن يدل دليل

[١] قال الحكيم الطوسى (ره) فى آخر التجريد: الأمر بالمعروف واجب، و كذا النهى عن المنكر، و بالمندوب مندوب سمعا، و إلا لزم ما هو خلاف الواقع، و الإخلال بحكمته تعالى، و تبعه فى هذا رأى شراح التجريد كالعلامة و القوشجى و غيرهما.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٥

على جواز فمع ورود الدليل على الجواز نستكشف بأنه ليس داخلا فى هذا العنوان).

و لكن الوجوه المتقدمة الدالة على الجواز حجة عليه، و من هنا لو أكره الجائر أحدا على الإعانة على الإثم أو اضطر إليها فإنه لا شبهة حينئذ فى جوازها، و لو كانت حرمتها كحرمة الظلم لا تختلف بالوجوه و الاعتبار، و لا تقبل التخصيص و التقييد لما كانت جائزة فى صورتى الإكراه و الاضطرار أيضا.

قوله و قد تلخص مما ذكرنا أن فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقيق المعصية من الغير من دون قصد توصل الغير به الى المعصية غير محرم

أقول: بعد ما علمت أنه لا دليل على حرمة الإعانة على الإثم، و لا على اعتبار القصد فى مفهوم الإعانة، و لا فى حكمها فلا وجه لما ذهب اليه المصنف و أتعب به نفسه من التطويل و التقسيم. ثم على القول: بحرمة الإعانة على الإثم فلا وجه للحكم بحرمة البيع فى شىء من الشقوق التى ذكرها المصنف، إذا الإعانة على الإثم إنما تتحقق بالتسليم و التسلم فى الخارج، و من الواضح أن بينهما و بين البيع عموما من وجه.

قوله و إن علم أو ظن عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك.

أقول: إذا كان البيع على تقدير ترك الآخرين محرماً فلا إشكال في ارتفاع الحرمة عند العلم ببيع غيره، و أما مع الشك فيه فلا مانع من استصحاب تركه. و الحكم بحرمة البيع، و أما الظن ببيع الغير فما لم تثبت حجيته لا يغني عن الحق شيئاً.

قوله ثم كل مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسة فالظاهر عدم فساد البيع.

أقول: توضيح كلامه: أنه لا ملازمة بين الحرمة التكليفية و الحرمة الوضعية في المعاملات، فالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة مثلاً صحيح و إن كان محرماً بالاتفاق.

و لو سلمنا الملازمة بينهما فلا نسلمها فيما إذا تعلق النهي بعنوان عرضي ينطبق على البيع، كتعلقه بعنوان الإعانة في بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمراً، إذ بين عنوان الإعانة على الإثم و بين البيع عموم من وجه. و على القول بالفساد مطلقاً أو في الجملة فلا يفرق في ذلك بين علم المتبايعين بالحال و بين علم أحدهما مع جهل الآخر، فان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين العوض و المعوض في جهة الإضافة، فإذا بطل من أحد الطرفين بطل من الطرف الآخر أيضاً، إذ لا يعقل التبعض من حيث الصحة و الفساد في بيع واحد، كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٦

[القسم الثالث] حرمة بيع السلاح من أعداء الدين

إشارة

قوله القسم الثالث ما يحرم لتحریم ما يقصد منه شأنًا بمعنى أن من شأنه أن يقصد منه الحرام.

أقول: هذا العنوان يعم جميع الأشياء و لو كانت مباحة، إذ ما من شيء إلا و له شأنية الانتفاع به بالمنافع المحرمة، فلا يصح أن يجعل عنواناً للبحث، و لا بد من تخصيصه بالموارد المنصوصة، و لذا خصه الفقهاء ببيع السلاح من أعداء الدين.

ثم إن تحقيق هذه المسألة يقع في ناحيتين، الناحية الأولى: في حرمة بيعه و جوازه في الجملة أو مطلقاً، و الأقوال في ذلك و إن كانت كثيرة قد أنهاها السيد في حاشيته الى ثمان إلا- أن الأظهر منها هي حرمة بيعه من الكفار مطلقاً و من المخالفين عند محاربتهم مع الشيعة الناجية. و ذهب بعض العامة [١] إلى حرمة بيعه في حال الفتنة.

و فصل المصنف (ره) بين حالتي الحرب و الصلح، فذهب إلى الحرمة في الأولى، و الى الجواز في الثانية، و ملخص كلامه: أن الروايات الواردة في المقام على طوائف، الأولى [٢]

[١] في ج ٨ هداية ص ١٢٧: و يكره بيع السلاح في أيام الفتنة ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية. و في ج ٤ هداية و شرح فتح القدير ص ٢٩٧: و لا- ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب و لا يجهز إليهم لأن النبي (ص) نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب و حمله إليهم، و لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك، و كذا الكراع لما بينا و كذلك الحديد لأنه أصل السلاح، و كذا بعد الموادة.

و في ج ٥ سنن البيهقي ص ٣٢٧ عن عمران بن حصين قال: نهى رسول الله (ص) عن بيع السلاح في الفتنة.

[٢] في ج ١ كا ص ٣٥٩. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٧. و ج ١٠ الوافي ص ٢٩.

و ج ٢ نل باب ٣٥ تحريم بيع السلاح لأعداء الدين مما يكتسب به. عن الحضرمي قال:

دخلنا على أبي عبد الله (ع) فقال له حكم السراج: ما ترى فيما يحمل الى الشام من السروج و أداؤها؟ فقال: لا بأس أنتم اليوم بمنزلة

أصحاب رسول الله إنكم في هدنة فإذا كانت المباشنة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج و السلاح. ضعيفة للحضرمي.
 و عن هند السراج قال: قلت لأبي جعفر «ع»: أصلحك الله انى كنت أحمل السلاح الى أهل الشام فأبيعه منهم فلما أن عرفنى الله هذا الأمر ضقت بذلك و قلت: لا أحمل إلى أعداء الله؟ فقال لى: احمل إليهم فإن الله عز و جل يدفع بهم عدونا و عدوكم - يعنى الروم- و بعهم فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا فمن حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٧

ما دل على جواز بيعه من أعداء الدين فى حال الهدنة الثانية [١] ما دل على جواز بيعه منهم مطلقا، الثالثة [٢] ما دل على حرمة بيعه منهم كذلك.

و يمكن الجمع بينها بحمل الطائفة المانعة على صورة قيام الحرب بينهم و بين المسلمين، و حمل الطائفة المجوزة على صورة الهدنة فى مقابل المباشنة و المنازعة، و شاهد الجمع الطائفة الأولى المفصلة بين الحالتين «الهدنة و المنازعة».
 و عن الشهيد فى حواشيه انه لا يجوز مطلقا، لان فيه تقوية الكافر على المسلم، فلا يجوز

- فهو مشرك مجهولة لأبى سارة.

أقول: قد كثر من الرواة خطاب الأئمة عليهم السلام بكلمة أصلحك الله، و المراد بذلك هو مطالبه إصلاح الشؤون الدنيوية، لا الأمور الأخروية، و تغيير حال الجور و الظلم الى حال العدل و الانصاف لكى يلزم منه جهل القائل بمقامهم، و إلا لم يقدر أحد على خطاب سلاطين الجور بذلك مع أنه كان مرسوما فى الزمن السابق.

و عن السراد عن أبى عبد الله «ع» قال: قلت له: انى أبيع السلاح، قال: لا تبعه فى فتنه. أقول: ان كان المراد بالسراد هو ابن محبوب المعروف هو لا- يروى عن الصادق «ع» بلا واسطة، و ان كان المراد منه غيره فلا بد و أن يبحث فى حاله، هذا على نسخة الكافى و التهذيب، و فى الاستبصار عن السراد عن رجل، و عليه فلا شبهة فى ضعف الرواية، و فى الوسائل «نسخة عين الدولة» عن السراج و هو غلط جزما لاتفاق جميع النسخ على خلافه

[١] فى ج ٢ التهذيب ص ١١٤. و ج ١٠ الوافى ص ٢٩. و ج ٢ ثل باب ٣٥ تحريم بيع السلاح لأعداء الدين مما يكتسب به. عن أبى القاسم الصيقل قال: كتبت اليه انى رجل صيقل اشترى السيوف و أبيعها من السلطان أ جاز لى بيعها؟ فكتب «ع» لا بأس به مجهولة لأبى القاسم.

[٢] فى ج ٢٣ البحار ص ١٨. و الباب ٣٥ المتقدم من ج ٢ ثل. عن على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر «ع» قال: سألته عن حمل المسلمين الى المشركين التجارة؟ قال: إذا لم يحملوا سلاحا فلا بأس. صحيحة.

و عن الصدوق فيما أوصى به النبى (ص) يا على كفر بالله العظيم من هذه الأمة عشرة:

(١) القتال (٢) و الساحر، (٣) و الديوث، (٤) و ناكح المرأة حراما فى دبرها، (٥) و ناكح البهيمة، (٦) و من نكح ذات محرم منه، (٧) و الساعى فى الفتنة، (٨) و بائع السلاح من أهل الحرب، (٩) و مانع الزكاة، (١٠) و من وجد سعة فمات و لم يحج. مجهولة لحمد بن عمرو و أنس بن محمد و أبيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٨

على كل حال، و يرد عليه أولا: أنه لا يمكن المساعدة على دليله، لان بيع السلاح عليهم قد لا يوجب تقويتهم على المسلمين، لإمكان كونه فى حال الصلح، أو عند حربهم مع الكفار الآخرين، أو كان مشروطا بأن لا يسلمه إياهم إلا بعد الحرب.
 و ثانيا: أن رأيه هذا شبه اجتهاد فى مقابل النص، فإنه أخذ بظهور المطلقات الدالة على المنع، و ترك للعمل بالمقيد الذى هو نص فى

مفهومه، وهو وإن لم يكن اجتهادا في مقابل النص، ولكنه شبيه بذلك. انتهى حاصل كلام المصنف.

ولكن الظاهر أن ما ذهب إليه الشهيد (ره) وجيه جدا، ولا يرد عليه شيء مما ذكره المصنف لوجوهه الأول: أن ما جعله وجها للجمع بين المطلقات لا يصلح لذلك، فان مورده هم الجائرون من سلاطين الإسلام، كما دل عليه السؤال في روايتي الحضرمي و هند السراج عن حمل السلاح الى أهل الشام، «و قد ذكرناهما في الهامش» إذ لا شبهة في إسلامهم في ذلك الزمان وإن كانوا مخالفين، فتكون الطائفة الأولى المفصلة بين الهدنة و قيام الحرب مختصة بغير الكفار من المخالفين فلا يجوز بيعه منهم عند قيام الحرب بينهم و بين الشيعة، و اما في غير تلك الحالة فلا- شبهة في جوازه خصوصا عند حربهم مع الكفار، لان الله يدفع بهم أعداءه، و أما المطلقات فأجنبية عن الطائفة المفصلة لاختصاصها بالمحاربين من الكفار و المشركين الثاني: أنه لا وجه لرد كلام الشهيد تارة برميته الى شبه الاجتهاد في مقابل النص، و اخرى بتضعيف دليله، أما الأول فلانه لا مناص هنا من العمل بالمطلقات لما عرفت من عدم صلاحية الطائفة المفصلة للتقييد، فلا يكون ترك العمل بها و الأخذ بالمطلقات شبه اجتهاد في مقابل النص، و أما الثاني فلان تقوية شخص الكافر بالسقي و نحوه و إن كان جائزا، إلا أن تقويته لجهه كفره غير جائزة قطعا، و من الواضح أن تمكين المشركين و المحاربين من السلاح يوجب تقويتهم على المسلمين، بل ربما يستقل العقل بقبح ذلك، لان تقويتهم تؤدي الى قتل النفوس المحترمة.

ثم إن هذا كله لو تقارن البيع مع التسليم و التسلم الخارجي، و إلا- فلا- شبهة في جوازه، لما عرفت من أن بين البيع و عنوان الإعانة عموما من وجه، فلا يلزم من البيع المجرد تقوية الكافر على الإسلام.

الثالث: أنه قد أمر في الآية الشريفة «١» بجمع الأسلحة و غيرها، للاستعداد و التهيئة الى إرهاب الكفار و قتالهم، فبيعهما منهم و لو في حال الهدنة نقض للغرض، فلا يجوز.

(١) سورة الأنفال، آية ٦٢، قوله تعالى: (وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِباطِ الْخَيْلِ تُزْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ وَ آخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٨٩

و أما ما دل على الجواز فإنه لضعف سنده لا يقاوم الروايات المانعة، و يضاف إليه أنه ظاهر في سلاطين الجور من أهل الخلاف. ثم إن السيد (ره) في حاشيته احتمل دخول هذا القسم الذي هو مورد بحثنا تحت الإعانة على الإثم بناء على عدم اعتبار القصد فيها، و كون المدار فيها هو الصدق العرفي، لحصول الصدق في المقام، و حينئذ فيتعدى الى كل ما كان كذلك، و يؤيده قوله «ع»: يستعينون به علينا.

و فيه أن الإعانة على الإثم و إن لم يعتبر في مفهومها القصد، إلا انك قد عرفت أنها ليست محرمة في نفسها و على القول بحرمتها فيبينها و بين ما نحن فيه عموم من وجه كما هو واضح، و أما قوله «ع» في رواية هند السراج المتقدمة في الهامش: (فمن حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك). فخارج عن حدود الإعانة على الإثم. و إنما يدل على حرمة إعانة الظلمة، و لا سيما إذا كانت على المعصومين عليهم السلام الموجبة لزوال حقوقهم.

قوله بل يكفي مظنة ذلك بحسب غلبة ذلك مع قيام الحرب.

أقول: قد علمت أن الروايات المانعة تقتضي حرمة بيع السلاح من أعداء الدين و لو مع العلم بعدم صرفه في محاربة المسلمين، أو عدم حصول التقوى لهم بالبيع، و عليه فلا- وجه لما ذكره المصنف من تقييد حرمة البيع بوجود المظنة بصرف السلاح في الحرب لغلبة ذلك عند قيامها بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع.

الناحية الثانية: الظاهر شمول التحريم لمطلق آلة الحرب و حديدتها سواء كانت مما يدفع به في الحرب أم مما يقاتل، و ذلك لوجوه:

الأول: أن السلاح في اللغة [١] اسم لمطلق ما يكن. فيشمل مثل: المجن «١» و الدرع

[١] فى ج ٢ تاج العروس ص ١٦٥: السلاح بالكسر و السلاح كعنب و السلاحان بالضم آله الحرب. و فى المصباح: ما يقاتل به فى الحرب و يدافع، أو حديدتها، أى ما كان من الحديد، كذا خصه بعضهم، يذكر و يؤنث، و التذكير أعلى، لأنه يجمع على أسلحة، و هو جمع المذكر، مثل حمار و أحمره، و رداء و أردية، و السلاح القوس بلا وتر، و العصا تسمى سلاحا. و فى مجمع البحرين قوله تعالى (خذوا أسلحتكم) هى جمع سلاح بالكسر و هو ما يقاتل به فى الحرب و يدافع، و التذكير فيه أغلب من التأنيث، و يجمع فى التذكير على أسلحة، و على التأنيث سلاحات.

(١) فى القاموس: المجن و المجنة بكسرهما الترس، و الجنة بالضم كل ما وقى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٠

و المغفر «١» و سائر ما يكن به «٢» فى الحرب.

الثانى: أنه تعالى أمر فى الآية المتقدمة بالتهيئة و الاستعداد الى قتال الكفار و إرهابهم، فبيع السلاح منهم و لو بمثل المغفر و الدرع نقض لغرضه تعالى.

الثالث: أن تمكين الكفار من مطلق ما يكن به فى الحرب تقوية لهم فهو محرمة عقلا و شرعا كما علمت.

الرابع: أنه يحرم حمل السروج و أداتها الى أهل الشام، و بيعها منهم و الإعانة لهم عند قيام الحرب بينهم و بين الشيعة، لروايتى الحضرمى و هند السراج، فبيعهما من الكفار أولى بالتحريم و لكن هذا الوجه يختص بحال الحرب، على أن كلتا الروايتين ضعيفة السند.

وهم و دفع

قد يتوهم أن المراد بالسروج المذكورة فى رواية الحضرمى هى السيوف السريجية، فلا تكون لها دلالة و لو بالفحوى على حرمة بيع ما يكن من أعداء الدين.

و لكن هذا التوهم فاسد، فإنه مضافا الى أن الظاهر من كون السائل سراجا أن سؤاله متصل بصنعتة (و هى عمل السروج و نقلها) فلا ربط له بالسيوف و بيعها، أن حمل السروج بالواو على السيوف السريجية لا- تساعده القواعد اللغوية، لان السريجي يجمع على سرجيات، لا على سروج، و إنما السروج جمع سرج. على أنه لا يساعده صدر الرواية، لاشتماله على كلمة الأداة و ليست للسيوف أدوات بخلاف السرج، و حملها على أدوات السيف من الغمد و نحوه بعيد جدا. قوله بمقتضى أن التفصيل قاطع للشركة.

أقول: قد يقال: بجواز بيع ما يكن من الكفار لصحيحة محمد بن قيس [١] عن بيع السلاح من فئتين تلتقيان من أهل الباطل؟ فقال: بهما ما يكنهما.

[١] فى ج ١ كا ص ٣٥٩، و ج ٢ التهذيب ص ١٠٧. و ج ١٠ الوافى ص ٢٩.

و ج ٢ نل باب ٢٥ تحريم بيع السلاح لأعداء الدين مما يكتسب به. قال: سألت

(١) فى القاموس: المغفر كمنبر زرد من الدرع يلبس تحت القلنسوة، أو حلق يتقنع بها المتسلح.

(٢) فى ج ٩ تاج العروس ص ٣٢٣: الكن بالكسر و قاء كل شئ و ستره، و كن أمره عنه أخفاه، و قال بعضهم: أكن الشئ ستره، و فى التنزيل العزيز: (أو أكنتم فى أنفسكم) أى أخفيتم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩١

و فيه ما ذكره المصنف من عدم دلالتها على المطلوب، و توضيح ذلك: أن الامام «ع» فصل بين السلاح و بين ما يكن، فلا بد و أن يكون بيع السلاح حراما بعد ما جوز الامام بيع الثاني، لأن التفصيل قاطع للشركة في الحكم، و إلا لكان التفصيل لغوا، و عليه فترفع اليد عن ظهور الصحيحة، و تحمل على فريقين محقوني الدماء من أهل الخلاف، إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه لمنع بيع السلاح منهم، و حينئذ فيجب ان يباع منهما ما يكن ليحفظ كل منهما عن صاحبه، و يتترس به عنه، بل لو لم يشتروا و جب إعطاؤهم إياه مجانا، فان اضمحلهم يوجب اضمحلال وجهه الإسلام في الجملة، و لذا سكت على «ع» عن مطالبه حقه من الطغاة خوفا من انهدام حوزة الإسلام، و من هنا أفتى بعض الأعاظم في سالف الأيام بوجود الجهاد مع الكفار حفظا للدولة العثمانية. قوله ثم إن مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدي الى غير أعداء الدين كقطاع الطريق.

أقول: بيع السلاح من السرقة و قطاع الطريق و نحوهم خارج عن حریم بحثنا، و إنما هي من صغريات المسألة المتقدمة، فإن قلنا بحرمة الإعانة على الإثم فلا يجوز بيعه منهم، و إلا جاز كما هو الظاهر.

قوله إلا أن المستفاد من روايته تحف العقول إباطه الحكم بتقوى الباطل و وهن الحق.

أقول: لم يذكر ذلك في رواية تحف العقول بل المذكور فيها هي حرمة و هن الحق و تقوية الكفر، و عليه فلا يمكن التمسك بها على حرمة بيع السلاح من قطاع الطريق و نحوهم، نعم يجوز الاستدلال على ذلك بقوله «ع» فيها: (أو شيء فيه وجه من وجوه الفساد). إلا أنك علمت في أول الكتاب ان الرواية ضعيفة السند.

قوله ثم النهي في هذه الاخبار لا يدل على الفساد.

أقول: لا شبهة في ان الحرمة الوضعية متقومة بكون النهي إرشاديا إلى الفساد، و لا نظر له إلى مبغوضية المتعلق، كما ان قوام الحرمة التكليفية بكون النهي مولويا تكليفيا ناظرا إلى مبغوضية متعلقة، و لا نظر له الى فساده، و عدم تأثيره، فهما لا يجتمعان في استعمال واحد.

و أيضا النهي من حيث هو تحريم بحت لا يقتضى الفساد لا شرعا. و لا عرفا، و لا عقلا، سواء تعلق بذات المعاملة، أو بوصفها، أو بأمر خارج منطبق عليها، إذن فلا ملازمة بين الحرمة الوضعية و الحرمة التكليفية على ما عرفت مرارا عديدة.

أبا عبد الله «ع» عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح؟ فقال: بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحوه هذا. صحيحة. في القاموس: الفئنة كجمعة الطائفة أصلها فيء كقبيح ج فئون و فئان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٢

و عليه فان كان المراد بالنهي المتوجه إلى المعاملة هو النهي التكليفي المولوي كما هو الظاهر منه بحسب الوضع و اللغة لدل على خصوص الحرمة التكليفية، كالنهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، إذ ليس الغرض منه إلا بيان مبغوضية البيع.

و ان لم ترد منه المولية التكليفية كان إرشادا إلى الفساد، كالنهي المتوجه إلى سائر المعاملات، أو الى المانعية، كالنهي المتوجه الى أجزاء الصلاة.

إذا عرفت ذلك فنقول: ان النهي عن بيع السلاح من أعداء الدين ليس إلا- لأجل مبغوضية ذات البيع في نظر الشارع، فيحرم تكليفا فقط، و لا يكون دالا على الفساد، و يتضح ذلك جليا لو كان النهي عنه لأجل حرمة تقوية الكفر، لعدم تعلق النهي به، بل بأمر خارج يتحد معه.

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

إشارة

جواز بيع ما لا نفع فيه

قوله النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به مالا منفعه فيه محلله معتدا بها عند العقلاء.

أقول: البحث في هذا النوع ليس على نسق البحث في الأنواع السابقة لنمحصه هنا لبيان الحرمة الوضعية بخلافه في المسألة السابقة فإن البحث فيها كان ناظرا إلى الحرمة التكليفية و من ذلك يعلم انه لا وجه لهذا البحث هنا إلا استطرادا فان المناسب لهذا ذكره في شرائط العوضين و العجب من المصنف (ره) حيث ذكر عدم جواز بيع المصحف من الكافر في شروط الصحة، مع انه اولى بالذكر هنا، لإمكان دعوى كونه حراما تكليفا!

ثم ان مالا- نفع فيه تارة يكون لقلته كحبه من الشعير و الحنطة و غيرهما، فان هذه الأمور و ان كانت تعد عند العرف و الشرع من الأموال، بل من مهماتها، إلا ان قلتها أخرجتها عن حدودها، و حدود إمكان الانتفاع بها. و اخرى يكون لخسته و ردايته، كحشرات الأرض من العقارب و الحيات و الخنافس و الجعلان و الضفادع و الديدان، و كبعض اقساط الطيور من بغائها «١» و النسر و الغربان و الرخم «٢» و نحوها.

تحقيق و تكميل

قد تطابقت كلمات الأصحاب على فساد المعاملة على ما لا نفع فيه نفعا يعتد به. قال

(١) في القاموس: البغات مثلثة طائر أغبر ج كغزلان و شرار الطيور.

(٢) في القاموس: الرخم طائر من الجوارح الكبيرة الجثة الوحشية الطباع، الواحدة رخمه ج رخم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٣

الشيخ في المبسوط «١»: (و إن كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل الأسد و الذئب و سائر الحشرات).

و في التذكرة «٢» منع عن بيع تلك الأمور لحستها، و عدم التفات نظر الشرع الى مثلها في التقويم، و لا يثبت لأحد الملكية عليها، و لا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعها، فإنها مع ذلك لا تعد مالا، و كذا عند الشافعي.

و في الجواهر ادعى الإجماع محصلا و منقولا على حرمة بيع ما لا ينتفع به نفعا مجوزا للتكسب به على وجه يرفع السفه عن ذلك. و على هذا المنهج فقهاء العامة أيضا [١] و ان جوز بعضهم بيع الحشرات و الهوام إذا كانت مما ينتفع بها.

إذا عرفت ذلك فنقول: المتحصل من كلمات الفقهاء لفساد بيع ما لا نفع فيه وجوه:

الوجه الأول: أن حقيقة البيع كما عن المصباح عبارة عن مبادلة مال بمال، فلا يصح بيع ما ليس بمال.

و فيه أولًا- انه لا- يعتبر في مفهوم البيع و صدقه لغه و عرفا عنوان المبادلة بين المالين، و من هنا ذكر في القاموس: أن كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه، و من الواضح جدا عدم تحقق الاشتراء بدون البيع، للملازمة بينهما، و لذا قال الراغب الأصفهاني

الشراء و البيع يتلازمان، بل كثر في الكتاب [٢] العزيز استعمال البيع و الشراء في غير المبادلة المالية.

و أما ما عن المصباح فمضافا الى عدم حجية قوله. أنه كسائر التعاريف ليس تعريفا حقيقيا، بل لمجرد شرح الاسم. فلا يبحث فيه طردا و عكسا نقضا و إبراما.

و ثانيا: أنه لو ثبت ذلك فغاية ما يلزم منه أنه لا يمكن تصحيح البيع بالعمومات الدالة

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢: يصح بيع الحشرات و الهوام كالحيات و العقارب إذا كان ينتفع بها. و عن الحنابلة لا يصح بيع الحشرات. و في ص ٢٣٧: فإذا لم يكن من شأنه الانتفاع به كجبة من الحنطة فلا يجوز بيعه.

[٢] في مفردات الراغب: شريت بمعنى بعث أكثر. و أتبعت بمعنى اشترت أكثر.

قال الله تعالى: وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ، أَى باعوه، و كذلك قوله: يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ. و يجوز الشراء و الاشتراء في كل ما يحصل به شىء، نحو: إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ، لَأَيَّاشُونَ بِالْيَمِينِ، اشْتَرُوا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا، اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ - إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ، وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ. فمعنى يشري يبيع.

(١) في فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح من فصول البيع.

(٢) ج ١ ص ٤ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٤

على صحة البيع، و هو لا يمنع عن التمسك بالعمومات الدالة على صحة العقد و التجارة عن تراض، بدهاءه صدقها على تبديل ما لا نفع فيه بمثله، أو بما هو مال.

الوجه الثانى: ما عن الايضاح من أن المعاملة على ما ليس له نفع محلل أكل المال بالباطل فتكون فاسدة.

و فيه ما سمعته مرارا من أن الآية أجنبية عن بيان شرائط العوضين، بل هى ناظرة إلى تمييز الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الفاسدة لها، و عليه فلا يكون الأكل فى محل الكلام من أكل المال بالباطل بعد كون سببه تجارة عن تراض.

الوجه الثالث: أن بيع ما لا نفع فيه من المعاملات السفهية فهى فاسدة. و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى، أما الوجه فى منع الصغرى فهو أن المعاملة إنما تكون سفهية إذا انتفت عنها الأغراض النوعية و الشخصية كليهما، و ليس المقام كذلك، إذ ربما تتعلق الأغراض الشخصية باشتراء ما لا نفع فيه من الحشرات و غيرها، و هى كافية فى خروج المعاملة عن السفهية، و أما الوجه فى منع الكبرى فلأنه لا دليل على فساد المعاملة السفهية بعد أن شملتها العمومات كما أشرنا الى ذلك مرارا، نعم قام الدليل على فساد معاملة السفهية، لكونه محجورا عن التصرف، و المعاملة السفهية غير معاملة السفهية.

الوجه الرابع: ما استدلل به المصنف (ره) من قوله «ع» فى رواية تحف العقول: (و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال بيعه و شراؤه). إذ لا يراد منه مجرد المنفعة و إلا لعم الأشياء كلها. و قوله «ع» فى آخرها (إنما حرم الله الصناعة التى يجىء منها الفساد محضا نظير كذا و كذا). الى آخر ما ذكره، فان كثيرا من الأمثلة المذكورة هناك لها منافع محللة، فلا شربة المحرمة مثلا- كثيرا ما ينتفع بها فى معالجة الدواب بل الأمراض، فجعلها مما يجىء منه الفساد محضا باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح لندرتها.

و فيه أن هاتين القطعتين من الرواية إنما سيقتا لبيان حكم الأشياء التى تمحضت للصلاح أو للفساد، أو تساوت فيها الجهتان، أو غلبت إحدهما على الأخرى، فيحكم بصحة بيعها أو فساده حسب ما اقتضته تلك الجهة التعليلية المكونة فيها، و أما الأشياء التى لها نفع محلل نادر فخارجة عن حدود الرواية، إذ ليس فيها تعرض لذلك بوجه، لا من حيث صحة البيع و لا من حيث فساده، و عليه فلا مانع من صحة المعاملة عليها للعمومات.

على أنها لو تمت فإنما تدل على فساد بيع ما لا نفع فيه لخسته، لكونه مما يجىء منه الفساد محضا، و لا تشمل ما لا نفع فيه لقلته كجبة من الحنطة، إذ ليست فيه جهة فساد أصلا.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فهى مختصة بالحرمة التكليفية على ما تقدم فى أول الكتاب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٥

فلا تشمل الحرمة الوضعية، ويضاف الى ما ذكرناه كله أنها ضعيفة السند فلا يصح الاستدلال بها.

الوجه الخامس: دعوى غير واحد من الأعظم الإجماع على ذلك. وفيه أن المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجة، على أنا لا تظمن بوجود الإجماع التعبدي الكاشف عن الحجة المعتبرة، لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المسألة. وربما يؤيد القول بالجواز بصحيفة محمد بن مسلم [١] الصريحة في جواز بيع الهر، مع أنه مما لا نفع فيه، بل كثيرا ما يضر الناس، و في التذكرة «١»: لا بأس ببيع الهر عند علمائنا و به قال ابن عباس و الحسن و ابن سيرين و الحكم و حماد و الثوري و مالك و الشافعي [٢] و إسحاق و أصحاب الرأي.

و العجب من المصنف حيث منع عن بيع القرد لكون المصلحة المقصودة منه: أعنى حفظ المتاع نادرة بخلاف الهرة، لورود غير واحد من الروايات على جواز بيعها، و وجه العجب أن منافع القرد المحللة ليست بنادرة، بل هي من مهمات المنافع!! وإنما الوجه في المنع عن بيع القرد هو الروايات التي تقدمت في بيع المسوخ.

قوله و لو فرض الشك في صدق المال على مثل هذه الأشياء المستلزم للشك في صدق البيع.

أقول: العلم بعدم صدق المال على شيء لا يمنع عن وقوع البيع عليه فضلا عن الشك في صدقه عليه، و إذن فلا وجه لرفع اليد عن عموم ما دل على صحة البيع و التمسك بعمومات التجارة و الصلح و العقود و الهبة المعوضة و غيرها كما صنعه المصنف. قوله لان ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها أو سائر منافعها المتعارفة. أقول:

[١] قد تقدمت الرواية في ص ٩٤.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٠ عن دعائم الإسلام عن علي «ع» إنه رأى رجلا يحمل هرة فقال: ما تصنع؟ قال: أبيعها فلا حاجة لي بها، قال: تصدق بثمانها. مرسله.

[٢] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢ عن الحنفية: يصح بيع الحيوانات بأجمعها سوى الخنزير. و عن الحنابلة انه هل يصح بيع الهر خلاف و المختار انه لا يجوز.

أقول: الظاهر ان القائلين بحرمة بيع الهر قد استندوا إلى جملة من الأحاديث المروية عن النبي (ص)، و قد أخرجها البيهقي في ج ٦ من سننه ص ١١: منها ما عن جابر قال: نهى رسول الله (ص) عن ثمن الكلب و السنور. و منها ما عن عبد الرزاق بإسناده عن النبي (ص) نهى عن ثمن الهر. و منها ما عن جابر أيضا: نهى رسول الله عن أكل الهر و أكل ثمنه.

(١) ج ١ ص ٣ من البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٦

هذا ينافي ما تقدم منه في بيع الأبوال من حمل النبوي على كون الشحوم محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات.

قوله و منه يظهر أن الأقوى جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليهما

. أقول: يجوز بيع جلود السباع و الانتفاع بها على وجه الإطلاق لجملة من الاخبار التي ذكرناها في بيع المسوخ و السباع، و عليه فلا وجه لدعوى ان النص إنما ورد ببعضها فقط، فيجب تقييد جواز البيع به كما في المتن.

ثم ان السباع مما يقبل التذكية كما هو المشهور، بل عن السرائر الإجماع عليه. و تدل عليه موثقة سماعة التي تقدمت في مبحث جواز الانتفاع بالميتة، عن جلود السباع ينتفع بها؟

قال «ع»: (إذا رميت و سميت فانتفع بجلده). إلا أنه لا وجه لتعليق جواز بيعها على قبول التذكية إلا على القول بحرمة الانتفاع بالميتة، و إلا فلا مانع من بيعها في حال الحياة للانتفاع بجلودها بعد الموت.

قوله و لو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثليا.

أقول الدليل على الضمان إنما هو السيرة القطعية من العقلاء و المتشرعة، و عليه فلا بد و أن يخرج من عهدة الضمان إما برد عينه أو مثله، و مع فقدهما لا يمكن الخروج منها بأداء القيمة، بل أصبح الغاصب مشغول الذمة لصاحب العين الى يوم القيامة مثل المفلس، إذ الانتفاع إلى القيمة إنما هو فيما إذا كان التالف من الأموال. فلا ينتقل إليها إذا لم يكن التالف مالا.

و ربما يتمسك للقول بالضمان بقاعدة ضمان اليد، لشمولها لمطلق المأخوذ بالغصب سواء كان من الأموال أو من غيرها.

و فيه ان القاعدة و إن ذكرت في بعض الأحاديث [١] و استند إليها المشهور في موارد الضمان. و لكنها ضعيفة السند و غير منجبرة بشيء كما سيأتي التعرض لها في المقبوض بالعقد الفاسد.

[١] في ج ٢ مستدرک الوسائل ص ٥٠٤. و ج ٥ كنز العمال للمتقى الهندي ص ٢٥٢ و ج ٥ مسند احمد ص ٨. و ج ٣ سنن أبي داود

السجستاني ص ٢٩٦. و ج ٦ سنن البيهقي ص ٩٠. و ج ٥ نيل الأوتار للشوكاني ص ٢٥٢. عن سمرة بن جندب قال:

قال رسول الله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤدي الحديث. في ج ١ شرح النهج لابن أبي الحديد ص ٣٦٣: ان سمرة هو الذي كان يحرض الناس لحرب الحسين «ع»، و كان تائباً عن ابن زياد في البصرة عند مجيئه إلى الكوفة، و هو صاحب النخلة في بستان الأنصاري و من المنحرفين عن أمير المؤمنين «ع».

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٧

و قد يتمسك للضمان بقاعدة الإلتلاف (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) و لكنه واضح الفساد لاختصاص موردها بالأموال، فلا تشمل غيرها. نعم لو انفصلت كلمة ألما عن اللام و أريد من الأول الموصول و من الثاني حرف الجر بحيث تكون العبارة هكذا: (من أتلف ما للغير إلخ) لشملت هذه القاعدة صورة الإلتلاف و غيره، إلا انه بعيد جدا. على ان القاعدة المذكورة متصيدة و ليست بمتن رواية. و كيف كان فموردتها. خصوص الإلتلاف، فلا تدل على الضمان عند عدمه، فلا دليل على الضمان إلا السيرة كما عرفت.

قوله خلافا للتذكرة فلم يوجب شيئا كغير المثلى

(أقول: ضعفه بعضهم بأن اللازم حينئذ عدم الغرامة فيما لو غصب صبرة تدريجا. و يرد عليه ان نظر العلامة (ره) ليس إلا عدم الضمان مطلقا، بل فيما إذا لم يكن المغصوب مقدارا يصدق عليه عنوان المال، و من البديهي ان كل حبة من الصبرة و إن لم تكن مالا بشرط لا و مجردة عن الانضمام إلى حبة أخرى، إلا انها إذا انضمت الى غيرها من الحبات صارت مالا، فتشملها أدلة الضمان.

فروع

لو حاز مالا نفع له كالحشرات لثبت له الاختصاص به، فيكون أولى به من غيره، فليس لأحد ان يزاحمه في تصرفاته فيه للسيرة القطعية. على ان أخذ المحاز من المحيز قهرا عليه ظلم، فهو حرام عقلا و شرعا. و أما حديث (من سبق الى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحق به) فقد تقدم انه ضعيف السند، و غير منجبر بشيء.

[النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه]

حكم تدليس الماشطة

قوله النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه.
أقول:

قد جرت عادة الأصحاب بالبحث عن جملة من الأعمال المحرمة في مقدمه أبحاث التجارة و تبعهم المصنف بذكر أكثرها في مسائل شتى بترتيب حروف أوائل عنواناتها، ونحن أيضا نفتنى أثرهم.

ثم إنك قد علمت في البحث عن معنى حرمة البيع تكليفا انه يكفي في عدم جواز المعاملة على الأعمال المحرمة ما دل على حرمتها من الأدلة الأولية، إذ مقتضى أدلة صحة العقود لزوم الوفاء، بها و مقتضى أدلة المحرمات حرمة الإتيان بها، وهما لا يجتمعان. و عليه فلا موجب للبحث في كل مسألة من المسائل الآتية عن صحة المعاملة عليها و فسادها، بل في جهات اخرى، و أما ما في حاشية السيد من عدم جواز أخذ الأجرة على العمل المحرم لقوله «ع»:

إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه، فان المراد من الثمن مطلق العوض، فهو فاسد، فإنه مضافا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٨

الى ضعف سند هذا الحديث، أنا نمنع صدق الثمن على مطلق العوض.

قوله المسألة الأولى: تدليس الماشطة المرأة التي يراد تزويجها أو الأمة التي يراد بيعها حرام.

أقول: الماشطة و الماشطة التي تحسن المشط. و تتخذ ذلك حرفة لنفسها.

و الظاهر انه لا خلاف في حرمة تدليسها إذا أظهرت في المرأة التي يراد تزويجها، أو الأمة التي يراد بيعها ما ليس فيهما من المحاسن، بل ادعى عليه الإجماع كما في الرياض و غيره، قال في تجارة المقنع: (و لا بأس بكسب الماشطة إذا لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها). و في المكاسب المحظورة من النهاية: (كسب المواشط حلال إذا لم يغشش و لا يدللسن في عملهن فيصلن شعر النساء بشعر غيرهن من الناس و يوشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز في شريعة الإسلام) و في فتاوى العامة [١] انه لا يجوز وصل شعر الإنسان بشعر المرأة.

و تحقيق هذه المسألة في ثلاث جهات، الجهة الأولى: في تدليس الماشطة. الظاهر انه لا دليل على حرمة التدليس و الغش من حيث هما تدليس و غش إلا في بيع أو شراء أو تزويج للروايات الخاصة التي ستعرض لها في البحث عن حرمة الغش، بل ربما يكونان مطلوبين للعقلاء، كترتين الدور و الألبسة و الأمتعة، لإظهار العظمة و الشوكة و حفظ الكيان و إراءة انها جديدة، نعم لو قلنا بحرمة الإعانة على الإثم لكان تزوين المرأة التي في معرض التزويج أو الأمتعة التي في معرض البيع حراما، لكونه مقدمه للغش المحرم. و قد أجاد المحقق الايرواني حيث قال: (إن الماشطة لا- ينطبق على فعلها غش و لا- تدليس و إنما الغش يكون بفعل من يعرض المغشوش و المدلس فيه على البيع، نعم الماشطة أعدت المرأة لأن يغش بها، و حالها كحال الحائك الذي بفعله تعد العامة لأن يدللس بلبسها، و كفعل صانع السبحة لأن يدللس بالتسيح بها رياء. و اما نفس التمشيط فلا دليل يدل على المنع عنه بقول مطلق، بل الاخبار رخصت فيه).

الجهة الثانية: في تمشيط الماشطة. الظاهر انه لا دليل على المنع عنه بقول مطلق و إن

[١] في ج ٥ شرح فتح القدير ص ٢٠٤ منع عن وصل شعر الإنسان بشعر المرأة لحديث لعن الله الواصلة و المستوصلة، و في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٤٠ عن الحنفية: و من البيوع الباطلة بيع شعر الإنسان، لأنه لا يجوز لحديث لعن الله إلخ، و قد رخص في الشعر المأخوذ من الوبر ليزيد في صفات النساء.

و في ج ٢ سنن البيهقي ص ٤٠٦ في عدة من الأحاديث لعن رسول الله (ص) الواصلة و المستوصلة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ١٩٩

ورد النهي عن خصوص وصل الشعر بالشعر، بل يتجلى من الاخبار [١] الكثيرة جوازه

[١] في ج ١ كا ص ٣٦١، و ج ٢ التهذيب ص ١٠٨، و ج ١٠ الوافي ص ٣٢، و ج ٣ ثل باب ٤٧: انه لا بأس بكسب الماشطة مما يكتسب به. عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله «ع» في حديث أم حبيب الخافضة قال: و كانت لام حبيب أخت يقال لها: أم عطية، و كانت مقنية - يعنى ماشطة - فلما انصرفت أم حبيب إلى أختها فأخبرتها بما قال لها رسول الله (ص) فأقبلت أم عطية إلى النبي (ص) فأخبرته بما قالت لها أختها فقال لها ادنى منى يا أم عطية إذا أنت قنيت الجارية فلا تغسلى وجهها بالخرقة فإن الخرقه تذهب بماء الوجه «و في نسخة اخرى: تشرب ماء الوجه» صحيحة.

أقول: تقيين الجوارى تزيينها. و عن الصحاح: اقتان الرجل إذا حسن، و اقتان الروضة أخذت زخرفها، و منه قيل للماشطة: مقنية، و قد قينت العروس تقيينا زينها.

و عن ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله «ع» قال: دخلت ماشطة على رسول الله فقال لها: هل تركت عملك أو أقتت عليه؟ فقالت: يا رسول الله (ص) أنا أعمله إلا ان تنهاني عنه فأنتهى عنه، فقال: افعلى فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقة فإنه يذهب بماء الوجه و لا تصلى الشعر بالشعر. ضعيفة لابن أشيم و مرسله. و زاد فى المتن: و اما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة. و هو من سهو القلم.

و عن سعد الإسكاف قال: سئل أبو جعفر «ع» عن القرامل التى تضعها النساء فى رؤسهن تصلنه بشعورهن؟ فقال لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها قال: فقلت بلغنا ان رسول الله لعن الواصلة و الموصولة؟ فقال ليس هنالك إنما لعن رسول الله (ص) الواصلة التى تزنى فى شبابها فلما كبرت قادت النساء الى الرجال فتلك الواصلة و الموصولة. ضعيفة لسعد المذكور أقول: القرملة كزبرج ما تشد المرأة فى شعرها من شعر أو صوف أو إبريسم، و يقال له فى لغة الفرس «كيسو بند» و فى لغة الترك «صاج باغى».

و عن القاسم بن محمد عن علي «ع» قال: سألت عن امرأة مسلمة تمشط العرائس ليس لها معيشة غير ذلك و قد دخلها ضيق؟ قال: لا بأس و لكن لا تصل الشعر بالشعر. ضعيفة لقاسم المذكور.

و فى ج ٣ ثل باب ١٠١ جواز وصل شعر المرأة بصوف عن الاحتجاج عن عمار الساباطى قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: إن الناس يرون ان رسول الله (ص) لعن الواصلة الموصولة قال فقال: نعم، قلت: التى تتمشط و تجعل فى الشعر القرامل؟ قال: فقال لى: ليس بهذا بأس قلت: فما الواصلة و الموصولة؟ قال: الفاجرة و القوادة. مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٠

مطلقا سواء اشترت فيه الأجرة أ لم تشترط، بل فى رواية قاسم بن محمد صرح بجواز تعيش الماشطة بالتمشيط إذا لم تصل الشعر بالشعر.

و قد يقال: بتقييدها بمفهوم مرسله الفقيه و فقه الرضا [١] فإنهما تدلان على جواز كسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى، إذ مفهومهما يدل على حرمة كسبها مع انتفاء القيدىن أو أحدهما، فتقيد به المطلقات، و عليه فالنتيجة انه لا بأس بكسب الماشطة إذا لم تشارط الأجرة و قبلت ما تعطى، و الا فيحرم كسبها.

و فيه أولا: انهما ضعيفتا السند، فلا يجوز الاستدلال بهما على الحرمة. نعم لا بأس بالاستدلال بهما على الكراهة بناء على شمول اخبار من بلغ للمكروهات. و ما ذكره المصنف من ان (المراد بقوله «ع»): إذا قبلت ما تعطى البناء على ذلك حين العمل و إلا فلا يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته). بين الخلل، فإنه لا- موجب لهذا التوجيه بعد إمكان الشرط المتأخر و وقوعه. فلا غرو فى تأثير عدم

القبول بعد العمل في كراهة ذلك العمل، كتأثير الأغسال الليلية في صحة الصوم على القول به.

و ثانيا: ما ذكره المصنف (ره)، و ملخص كلامه: أن الوجه في أولوية قبول ما تعطى و عدم مطالبتها بالزيادة إنما هو أحد أمرين على سبيل منع الخلو:

الأول: ان ما يعطى للماشطة و الحجام و الختان و الحلاق و أمثالهم لا ينقص غالبا عن اجرة مثل عملهم، إلا أنهم لكثرة حرصهم و دناءة طباعهم يتوقعون الزيادة، خصوصا من أولى المروءة و الثروة، بل لو منعوا عما يطلبونه بادروا الى السب و هتك العرض، و لذا أمروا في الشريعة المقدسة بالقناعة بما يعطون و ترك المطالبة بالزائد عنه.

الثاني: ان المشاركة و المماكسة في مثل تلك الأمور لا تناسب المحترمين من ذوى المجد و الفخامة، كما أن المسامحة فيها ربما توجب المطالبة بأضعاف أجره المثل، فلذلك أمر الشارع أصحاب هذه الاعمال بترك المشاركة و الرضا بما يعطى لهم، و هذا كله لا ينافى جواز المطالبة بالزائد، و الامتناع عن قبول ما يعطى إذا اتفق كونه أقل من اجرة المثل، إذ لا يجوز الإعطاء أقل من ذلك لاحترام عملهم.

[١] في ج ٢ ثل باب ٤٧ انه لا بأس بكسب الماشطة مما يكتسب به عن الصدوق قال:

قال «ع»: لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و اما شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة. مرسله.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣١ عن فقه الرضا «ع»: و لا بأس بكسب الماشطة إذا لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بغير شعرها و اما شعر المعز فلا بأس. ضعيفة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠١

قوله و لأن الاولى في حق العامل قصد التبرع.

أقول: المرسله إنما دلت على عدم المشاركة المستلزمة لعدم تحقق الإجارة المعتبر فيها تعيين الأجرة، و هذا لا يستلزم قصد التبرع، لجواز ان يكون إيجاد العمل بأمر الأمر، فيكون امره هذا موجبا للضمان بأجرة المثل، كما هو متعارف في السوق كثيرا. قوله: «فلا ينافى ذلك ما ورد».

أقول: إن تم ما ذكره المصنف من حمل المرسله على ان الاولى بالعامل ان يقصد التبرع كانت المرسله خارجة عن حدود الإجارة موضوعا.

و إن لم يتم ذلك فلا بد و ان يلتزم بتخصيص ما دل [١] على اعتبار تعيين الأجرة قبل العمل بواسطة المرسله إذا كانت حجة، و إلا فيرد علمها إلى أهلها.

الجهة الثالثة: قد ورد في بعض الاخبار [٢] لعن الماشطة على خصال أربع: الوصل،

[١] في صحيحه سليمان بن جعفر الجعفرى إن الرضا «ع» أقبل على غلمانهم يضربهم بالسوط لعدم مقاطعتهم على أجرة الأجير قبل العمل.

مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله «ع» قال: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعمل ما أجره. ضعيفة لمسعدة. راجع ج ١ كا باب ١٤٧ من المعيشة ص ٤١٢. و ج ٢ التهذيب ص ١٧٥. و ج ١٠ الوافي ص ١٢٨. و ج ٢ ثل باب ٣ كراهة استعمال الأجير قبل تعيين أجرته من الإجازات.

[٢] في ج ٢ ثل باب ٤٧ أنه لا بأس بكسب الماشطة مما يكتسب به عن معان الأخبار بإسناده عن علي بن غراب عن جعفر بن محمد

عن آباءه «ع» قال: لعن رسول الله (ص) النامصة و المتمصصة و الواشرة و الموشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و المستوشمة. ضعيفة لعلى بن غراب و غيره من رجال الحديث.

قال الصدوق: قال على بن غراب: النامصة التي تنتف الشعر، و المتمصصة التي يفعل ذلك بها، و الواشمة التي تشم و شما في يد المرأة، و في شيء من بدنها: و هو أن تعزر بدنها، أو ظهر كفيها، أو شيئاً من بدنها بإبرة حتى تؤثر فيه ثم تحشوه بالكحل أو بالنورة فتخضر، و المستوشمة التي يفعل ذلك بها. و الواشرة التي تشر أسنان المرأة و تفلجها و تحدها و الموشرة التي يفعل ذلك بها، و الواصلة التي تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها، و المستوصلة التي يفعل ذلك بها.

و قد ورد اللعن أيضاً من طرق العامة على الواصلة و المستوصلة، و الواشمة و المستوشمة، و الواشرة و الموشرة، و النامصة و المتمصصة. راجع ج ٢ سنن البيهقي ص ٤٢٦. و ج ٧ ص ٣١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٢

و النمص، و الوشم، و الوشر. أما الوصل فإن كان المراد به ما هو المذكور في روايتي سعد الإسكاف و الاحتجاج المتقدمين في الحاشية من تفسير الواصلة بالفاجرة و القوادة فحرمته من ضروريات الإسلام، و سيأتي التعرض لذلك في البحث عن حرمة القيادة. و إن كان المراد به ما في تفسير على بن غراب من أن (الواصلة التي تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها). فقد يقال بحرمة أيضاً لظهور اللعن فيها.

و لكن يرد عليه أولاً: أنه لا- حجية في تفسير ابن غراب، لعدم كونه من المعصوم، مع ورود الرد عليه في روايتي سعد الإسكاف و الاحتجاج، و تفسير الواصلة و الموصولة فيها بمعنى آخر، و يحتمل قريباً أنه أخذ هذا التفسير من العامة فإن مضمونه مذكور في سنن البيهقي «١».

و ثانياً: لو سلمنا اعتباره فإنه لا بد و أن يحمل على الكراهة، كما هو مقتضى الجمع بين الروايات، و توضيح ذلك أن الروايات الواردة في وصل الشعر بشعر امرأة على ثلاث طوائف الأولى: ما دل على الجواز مطلقاً كرواية سعد الإسكاف المتقدمة (عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلنه بشعورهن؟ فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها) و كرواية الاحتجاج [١].

الثانية: ما دل على التفصيل بين شعر المرأة و شعر غيرها، و جواز الوصل في الثاني دون الأول، كقوله «ع» في مرسله الفقيه المتقدمة: (لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و أما شعر المعرف فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة) الثالثة: ما تظهر منه الحرمة في مطلق وصل الشعر بالشعر كجملة من الروايات المتقدمة من الفريقين، و كروايتي عبد الله بن الحسن [٢]

[١] في ج ٣ ثل باب ١٠١ جواز وصل شعر المرأة بصوف من مقدمات النكاح، عن أبي بصير قال: سألته عن قصة النواصي تريد المرأة الزينة لزوجها و عن الخف و القرامل و الصوف و ما أشبه ذلك؟؟ قال: لا بأس بذلك كله. مرسله.

[٢] قال: سألته عن القرامل؟ قال: و ما القرامل؟ قلت: صوف تجعله النساء في رؤوسهن فقال: إن كان صوفاً فلا بأس به و إن كان شعراً فلا خير فيه من الواصلة و الموصولة. مجهولة ليحيى بن مهران و عبد الله بن الحسن. راجع ج ٢ التهذيب ص ١٠٩ و ج ١٠ الوافي ص ٣٢. و ج ١٢ ص ١٢٦. و ج ٢ ثل باب ٤٧ أنه لا بأس بكسب الماشطة مما يكتسب به.

(١) ج ٧ ص ٣١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٣

و ثابت بن أبي سعيد [١] و هاتان الروايتان تدلان أيضاً على جواز وصل الصوف بالشعر.

و مقتضى الجمع بينهما أن يلتزم بجواز وصل شعر المعز شعر المرأة فلا- كراهة، و بجواز وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى مع الكراهة، فإن ما دل على المنع مطلقا يقيد بما دل على جواز الوصل بشعر المعز، و ما دل على حرمة وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى يحمل على الكراهة، لما دل على جواز تزين المرأة لزوجها مطلقا، فإن رواية سعد الإسكاف و ان كانت بصراحتها تدفع توهم السائل من حيث الموضوع و هو إرادة وصل الشعر بالشعر من الواصلة و الموصولة، و لكنها ظاهرة أيضا في جواز وصل الشعر بالشعر مطلقا، إذ لو لم يكن جائزا لكان على الامام «ع» أن يدفع توهم السائل من حيث الحكم، فيقول له مثلا:

إن وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى حرام، على أن روايتي عبد الله بن الحسن و ثابت غير ظاهرتين في الحرمة كما هو واضح لمن يلاحظهما.

بقي هنا أمران، الأول: أن رواية سعد مختصة بزينة المرأة لزوجها. فلا تدل على جواز الوصل مطلقا. و فيه أنها و إن كانت واردة في ذلك إلا أن من المقطوع به أن جواز تزين المرأة لزوجها لا يسوغ التزين بالمحرم كما تقدم، فيعلم من ذلك أن وصل الشعر بالشعر و لو بشعر امرأة كان من الأمور السائغة في نفسها.

الثاني: أن رواية سعد مطلقة تدل على جواز وصل الشعر بالشعر مطلقا و لو كان شعر امرأة أخرى، فتقيد بما اشتمل على النهي عن وصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها.

و فيه أن رواية سعد و إن كانت مطلقة و لكن السؤال فيها كان عن خصوص وصل الشعر بالشعر، فلو كان في بعض أفراده فرد محرم لوجب على الامام «ع» أن يتعرض لبيان حرمة في مقام الجواب، فيعلم من ذلك أنه ليس بحرام، هذا كله مع صحة الروايات، و لكنها جميعا ضعيفة السند، و إذن فمقتضى الأصل هو الجواز مطلقا.

و ربما يقال: إن لعن الواصلة في النبوي صريح في الحرمة، فلا يجوز حمله على الكراهة،

[١] قال: سئل أبو عبد الله «ع» عن النساء يجعلن في رؤوسهن القرامل؟ قال: يصلح الصوف و ما كان من شعر امرأة لنفسها و كره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها فان وصلت شعرها بصوف أو بشعر نفسها فلا يضر. مجهولة لثابت. و عن الاحتجاج مثله مرسلا و مضمرا. راجع ج ٢ ص ٦٤. و ج ١٢ الوافي ص ١٢٦. و ج ٣ ثل باب ١٠١ جواز وصل شعر المرأة بصوف من مقدمات النكاح. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٤

و فيه مضافا الى ضعف سنده، و استعمال اللعن في الأمور المكروهة في بعض الأحاديث [١] أن اللعن ليس بصريح في الحرمة حتى لا يجوز حمله الكراهة. و إنما هو دعاء بالابعاد المطلق الشامل للكراهة أيضا، نظير الرجحان المطلق الشامل للوجوب و الاستحباب كليهما، غاية الأمر أن يدعى كونه ظاهرا في التحريم، لكنه لا بد من رفع اليد عن ظهوره و حمله على الكراهة إذا تعارض بما يدل على الجواز كما عرفت.

و من هنا ظهر جواز بقیة الأمور المذكورة في النبوي كالمص و الوشم و الوشر و إن كانت مكروهة، بل ربما يشكل الحكم بالكراهة أيضا، لضعف الرواية إلا- أن يتمسك في ذلك بقاعدة التسامح في أدلة السنن بناء على شمولها للمكروهات أيضا. بل ورد جواز المص: أعنى حف الشعر من الوجه في الخبر [٢] و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب أيضا عن رواية عبد الله بن سنان [٣] المشتملة على اللعن على الواشمة و الموتشمة.

[١] عن الصدوق بإسناده عن جعفر بن محمد عن آبائه «ع» في وصية النبي (ص) لعلی «ع» قال: يا علی لعن الله ثلاثة: آكل زاده و حده، و راكب الفلاة و حده، و النائم في بيت و حده. راجع ج ٣ ثل باب ١٠١ تأكد كراهة أكل الإنسان زاده و حده من أحكام المائدة. و ج ١٧ البحار ص ١٥.

و في الاحتجاج ص ٢٦٧. و ج ١ ثل باب ٢١ تأكد استحباب تأخير العشاء من مواقيت الصلاة. عن الكليني رفعه عن الزهري في التوقيع: ملعون ملعون من آخر العشاء الى أن تشتبك النجوم ملعون ملعون من آخر الغداة إلى ان تنقضى النجوم.

و في ج ٢ ثل باب ٤١ تحريم التظاهر بالمنكرات من الأمر بالمعروف عن كثر الفوائد:

ملعون ملعون من وهب الله له مالا فلم يتصدق منه شيء أما سمعت أن النبي (ص) قال صدقة درهم أفضل من صلاة عشر ليال.

[٢] في ج ٢ ثل باب ٤٧ أنه لا بأس بكسب الماشطة مما يكتسب به قرب الاسناد بإسناده عن علي بن جعفر إنه سأل أخاه موسى بن جعفر «ع» عن المرأة التي تحف الشعر من وجهها؟ قال: لا بأس. مجهولة لعبد الله بن الحسن.

و في ج ٣ ثل باب ١٠١ جواز وصل شعر المرأة بصوف من مقدمات النكاح عن علي بن جعفر مثلها، ولكنه صحيح.

[٣] في ج ٢ كا ص ٧٦. و ج ١٢ الوافي ص ١٢٦. و ج ٣ ثل باب ١٣٦ حكم عمل الواشمة من مقدمات النكاح. عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): الواشمة و الموتشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد (ص). ضعيفة لمحمد بن سنان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٥

و قد يتوهم أنه ثبت بالأخبار المستفيضة المذكورة في أبواب النكاح، و بالسيرة القطعية جواز تزين المرأة لزوجها، بل كونها من الأمور المستحبة. و مقتضى ما دل على حرمة الوصل و النمص و الوشم و الوشر هو عدم جواز التزين بها سواء كان ذلك للزوج أو لغيره فيتعارضان فيما كان التزين بالأمر المذكورة للزوج، و يتساقطان، فيرجع الى الأصول العملية و فيه أنه لو تم ما دل على حرمة الأمور المزبورة فالنسبة بينه و بين ما دل على جواز التزين هو العموم المطلق. فيحكم بجواز التزين مطلقا إلا بالأشياء المذكورة. بيان ذلك: أن المذكور في الروايات و إن كان هو جواز تزين الزوجة لزوجها فقط، و لكننا نقطع بعدم مدخلية الزوجية في الحكم بحيث لولاها لكان التزين للنساء حراما، بل هو أمر مشروع للنساء كلها، كما عليه السيرة القطعية، إذن فلا بد من تخصيص الحكم بما دل على حرمة الأمور المذكورة في النبوي.

قوله خصوصا مع صرف الإمام للنبوي الوارد في الواصلة عن ظاهره.

أقول:

صرف النبوي عن ظاهره بالتصرف في معنى الواصلة و المستوصلة بإرادة القيادة من الواصلة يقتضى حرمة الوصل و النمص و الوشم و الوشر المذكورة في النبوي، لاتحاد السياق، دون الكراهة.

نعم لو كان معنى اللعن في الرواية هو مطلق الابعاد الذي يجتمع مع الكراهة لصار مؤيدا لحمل ما عدا الوصل على الكراهة.

قوله نعم يشكل الأمر في وشم الأطفال من حيث إنه إيذاء لهم بغير مصلحة)

. أقول: لا شبهة أن الوشم لا يلازم الإيذاء دائما، بل بينهما عموم من وجه، فإنه قد يتحقق الإيذاء حيث يتحقق الوشم كما هو الكثير، و قد يتحقق الوشم حيث لا يتحقق الإيذاء، لأجل استعمال بعض المخدرات المعروفة في اليوم، و قد يجتمعان. و على تقدير الملازمة بينهما فالسيرة القطعية قائمة على جواز الإيذاء إذا كان لمصلحة التزين، كما في ثقب الآذان و الآناف

قوله ثم إن التدليس بما ذكرنا إنما يحصل بمجرد رغبة الخاطب أو المشتري)

. أقول: التدليس في اللغة «١» عبارة عن تليس الأمر على الغير، أو كتمان عيب السلعة عن المشتري و إخفائه عليه بإظهار كما ليس فيها، و أما ما يوجب رغبة المشتري و الخاطب فليس بتدليس ما لم يستلزم كتمان عيب، أو إظهار ما ليس فيه من الكمال، و إلا لحرمت تزين السلعة، لكون ذلك سببا لرغبة المشتري، و لحرمة أيضا لبس المرأة الثياب الحمر

(١) في القاموس: التدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري. و في المنجد دلس البائع كتم عيب ما يبيعه عن المشتري.

و الحضر الموجبة لظهور بياض البدن و صفائه، بدهاه كونه سببا لرغبة الخاطبين، و لا نظن أن يلتزم بذلك فقيه أو متفقه.

تزيين الرجل بما يحرم عليه

إشارة

قوله المسألة الثانية تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب حرام).

أقول: اتفق فقهاءنا و فقهاء العامرة [١] و استفاضت الاخبار و من طرقنا «١» و من طرق السنة «٢» على حرمة لبس الرجل الحرير و الذهب إلا في موارد خاصة، و لكن الأخبار خالية عن حرمة تزيين الرجل بهما، فعقد المسألة بهذا العنوان كما صنعه المصنف (ره) فيه مسامحة واضحة، نعم ورد في بعض الأحاديث «٣»: (لا- تختم بالذهب فإنه زينتك في الآخرة) و في بعضها الآخر «٤»: (جعل الله الذهب في الدنيا زينة النساء فحرم على الرجال لبسه و الصلاة فيه). و لكن مضافا الى ضعف السند فيهما، أنهما لا تدلان على حرمة تزيين الرجل بالذهب حتى يشمل النهي غير صورة اللبس أيضا، بل تفرعه «ع» في الرواية الثانية حرمة لبس الذهب على كونه زينة النساء في الدنيا لا يخلو عن الاشعار بجواز تزيين الرجل بالذهب ما لم يصدق عليه عنوان اللبس.

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ١٠ الشافعية قالوا: يحرم على الرجال لباس الحرير، فلا- يجوز للرجال أن يجلسوا على الحرير و لا أن يستندوا اليه من غير حائل، و يحرم ستر الجدران به في أيام الفرح و الزينة إلا لعذر، و الحنابلة قالوا: بحرمة استعمال الحرير مطلقا و لو كان بطانة لغيره، و مثل الرجل الخنثى و كذلك الصبي و المجنون فيحرم الباسهما الحرير. و في ص ١٢ الحنفية قالوا: يحرم على الرجال لبس الحرير إلا لضرورة. و في ص ١٣ المالكية قالوا: يحرم على الذكور البالغين لبس الحرير و في الصغار خلاف. و في ص ١٤ يحرم على الرجل و المرأة استعمال الذهب و الفضة.

(١) راجع ج ٢ كا باب ١٣ لبس الحرير ص ٢٠٦. و باب ٢٣ الخواتيم من التجميل ص ٢١٠. و ج ١١ الوافي باب ١٨٦ الخواتيم ص ١٠٣. و باب ١٧٦ أجناس اللباس من التجميل ص ٩٨. و ج ١ ثل ١١ عدم جواز صلاة الرجل في الحرير. و باب ٣٠ عدم جواز لبس الرجل الذهب من لباس المصلى.

(٢) راجع ج ٢ سنن البيهقي ص ٤٢٢ و ص ٤٢٤.

(٣) ضعيفة لغالب بن عثمان. راجع أبواب الخواتيم المتقدمة من كا و الوافي و ثل.

(٤) مرسله. راجع ج ٣ ثل باب ٣٠ عدم جواز لبس الرجل المذهب من لباس المصلى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٧

و قد يقال: إن عنوان التزيين بالذهب و الفضة و إن لم يذكر في الاخبار، إلا أن لبس الحرير و الذهب يلزم التزيين بهما، فالنهي عن لبسهما يلزم النهي عن التزيين بهما.

و فيه أنها دعوى جزافية، لمنع الملازمة، بل بين العنوانين عموم من وجه. فان التزيين قد يصدق حيث لا يصدق اللبس، كما إذا جعلت أزرار الثوب من الذهب، أو من الحرير، و كما إذا خيط بهما الثوب، كما تتعارف خياطة الفراء بالحرير و الديقاج، و كما إذا صاغ الإنسان أسنانه من الذهب، و قد يصدق اللبس و لا يصدق التزيين، كلبس الحرير و الذهب تحت سائر الألبسة، و تختم الرجل بالذهب للتجربة و الامتحان، و قد يجتمع العنوانان، و تفصيل الكلام في البحث عن لباس المصلى في كتاب الصلاة.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب إليه في العروة في المسألة ٢٢ من مسائل الباس المصلى قال: (نعم إذا كان زنجير الساعة من الذهب و علقه على رقبتة أو وضعه في جيبه لكن علق رأس الزنجير يحرم لأنه تزين بالذهب و لا تصلح الصلاة فيه أيضا).

تشبه الرجل بالمرأة و تشبه المرأة بالرجل

هل يجوز تشبه الرجل بالمرأة و بالعكس أولاً: بأن يلبس الرجل ما يختص بالنساء من الألبسة، و تلبس المرأة ما يختص بالرجل منها، كالمنطقة و العمامة و نحوهما، و لا ريب ان ذلك يختلف باختلاف العادات؟ فنقول: إنه ورد النهي عن التشبه في الاخبار المتظافرة [١] و لعن الله و رسوله المتشبهين

[١] في ج ٢ ثل باب ١١٥ تحريم تشبه الرجال بالنساء مما يكتذب به ص ٥٦١ عن جابر عن أبي جعفر «ع» قال: قال رسول الله (ص) في حديث: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال، الحديث. ضعيفة لعمر بن شمر. و في ج ٣ المستدرک ص ٤٥٥ عن الطبرسى في مجمع البيان عن أبي أمامة عن النبي (ص) قال: اربع لعنهم الله عن فوق عرشه و أمنت عليه الملائكة: الرجل و تشبه بالنساء و قد خلقه الله ذكراً، و المرأة تشبه بالرجال و قد خلقها الله أنثى مرسله. و في ج ١ المستدرک ص ٢٠٨ عن الصدوق عن جابر بن يزيد الجعفي قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي الباقر «ع» يقول: لا يجوز للمرأة ان تشبه بالرجال. ضعيفة لجعفر بن محمد بن عماره و لأبيه.

و عن المفيد عن عروة بن عبيد الله بن بشير الجعفي قال: دخلت على فاطمة بنت علي بن أبي طالب و هي عجوزة كبيرة و في عنقها خرز و في يدها مسكتان فقالت: يكره للنساء -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٨

من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال، و لكن هذه الاخبار كلها ضعيفة السند، فلا تصلح دليلاً للقول بالحرمة. و مع الإغضاء عن ذلك فلا دلالة فيها على حرمة التشبه في اللباس، لان التشبه فيها إما ان يراد به مطلق التشبه أو التشبه في الطبيعة، كتأث الرجل و تذكره المرأة، أو التشبه الجامع بين التشبه في الطبيعة و التشبه في اللباس.

أما الأول فبديهي البطلان، فان لازمه حرمة اشتغال الرجل بأعمال المرأة، كالغزل و غسل الثوب و تنظيف البيت و الكنس و نحوها من الأمور التي تعملها المرأة في العادة، و حرمة اشتغال المرأة بشغل الرجال، كالاختطاب و الاصطياد و السقى و الزرع و الحصد و نحوها، مع انه لم يلتزم به احد، بل و لا يمكن الالتزام به.

و اما الثالث فلا يمكن أخذه كذلك، إذ لا جامع بين التشبه في اللباس و التشبه في الطبيعة فلا يكون امراً مضبوطاً، فيتعين الثاني، و يكون المراد من تشبه كل منهما بالآخر هو تأث الرجل باللواط، و تذكر المرأة بالسحق، و هو الظاهر من لفظ التشبه في المقام.

و يؤيد ما ذكرناه تطبيق الامام «ع» النبوي على المخنثين و المساحقات في جملة روايات من الخاصة [١]

أن يتشبهن بالرجال، الخبر. مجهول لعروة و لغيره.

عن دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد «ع»: إن رسول الله (ص) نهى النساء ان يكن متعطلات من الحلى ان يتشبهن بالرجال و لعن من فعل ذلك منهن. مرسله.

و عن فقه الرضا «ع»: قد لعن رسول الله (ص) سبعة: المتشبه من النساء بالرجل و الرجال بالنساء. ضعيفة.

[١] في ج ٢ ثل باب ١١٥ تحريم تشبه الرجال بالنساء و النساء بالرجال مما يكتسب به ص ٥٦٢. و ج ٣ ثل باب ١٨ تحريم اللواط على المفعول به من أبواب النكاح المحرم ص ٤٢ عن الصدوق في العلل عن زيد بن علي عن آباءه عن علي «ع» إنه رأى رجلاً به تأث في

مسجد رسول الله «ص» فقال: اخرج من مسجد رسول الله يا لعنة رسول الله ثم قال علي «ع»: سمعت رسول الله يقول: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال. ضعيفة لحسين بن علوان.
و في حديث آخر: أخرجوهم من بيوتكم فإنهم أقدر شيء. مرسله. و في ج ٨ سنن البيهقي ص ٢٢٤ عن ابن عباس: أخرجوهم من بيوتكم.

و بهذا الاسناد عن علي «ع» قال: كنت مع رسول الله (ص) جالسا في المسجد حتى
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٠٩
و طرق العامة [١] و لكنها ضعيفة السند.

و قد اتضح مما تلوناه بطلان ما ادعاه المحقق الايرواني من (أن إطلاق التشبه يشمل التشبه في كل شيء، و دعوى انصرافه الى التشبه فيما هو من مقتضيات طبع صاحبه، لا- ما هو مختص به بالجعل كاللباس في حيز المنع، بل كون المساحقة من تشبه الأنثى بالمذكر ممنوع، بل التخث لا أيضا ليس تشبها بالأنثى). و كذلك ما في حاشية السيد من: (عدم اختصاص النبوي بالتشبه في التأنت و التذكر، لإمكان شموله للتشبه في اللباس أيضا).

و العجب من المحقق الايرواني حيث قال في توجيه رواية العامل: (لعل الرجل الذي أخرجه علي «ع» من المسجد كان مترينا بزينة النساء كما هو الشائع في شبان عصرنا و كان هو المراد من التأنت، لا التخث) و هو أعرف بمقاله.

– أتاه رجل به تأنيث فسلم عليه فرد عليه ثم أكب رسول الله الى الأرض يسترجع ثم قال: مثل هؤلاء في أمتي! انه لم يكن مثل هؤلاء في أمة إلا عذبت قبل الساعة. ضعيفة للحسين بن علوان.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٥٥ عن الجعفریات عن أبي هريرة قال: لعن رسول الله (ص) مخنثين الرجال المتشبهين بالنساء و المترجلات من النساء المتشبهات بالرجال، الحديث. ضعيف لأبي هريرة و غيره.

و في ج ٢ كا باب ١٨٧ من أمكن من نفسه من أبواب النكاح ص ٧٢. و ج ٣ ثل باب ٢٤ تحريم السحق من النكاح المحرم ص ٤٣. و ج ٩ الوافي باب من أمكن من نفسه من الحدود عن أبي خديجة عن أبي عبد الله «ع» قال: لعن رسول الله (ص) المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال، قال: و هم المخنثون و اللاتي ينكحن بعضهن بعضا. مجهولة لأبي خديجة و غيره. و قال في ثل بعد نقل الرواية: (و رواه البرقي في المحاسن) و عليه فلا بأس بالعمل بها.

و في ج ٢ كا باب ١٨٩ السحق من النكاح ص ٢٣. و ج ٩ الوافي باب السحق من الحدود ص ٣٨. و الباب ٢٤ المذكور من ج ٣ ثل ص ٤٤. عن أبي عبد الله في الراكبة و المركوبة قال: و فيهن قال رسول الله (ص): لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء و المتشبهين من الرجال بالنساء. مجهولة للحسين بن زياد و يعقوب بن جعفر.

[١] في ج ٨ سنن البيهقي ص ٢٢٤ عن أبي هريرة أتى بمخنث قد خشب يديه و رجله بالحنا، فقال النبي (ص): ما بال هذا؟ فقيل: يا رسول الله يتشبه بالنساء، فأمر به فنفي إلى النقيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٠

ثم إنه قد ورد في بعض الأحاديث [١] النهي عن التشبه في اللباس، كرواية سماعة في الرجل يجر ثيابه (قال: إنني لأكره أن يتشبه بالنساء). و في رواية أخرى: كان رسول الله ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال في لباسها. فإنه يستفاد منهما تحريم التشبه في اللباس.

و فيه أنه ليس المراد من التشبه في الروايتين مجرد لبس كل من الرجل و المرأة لباس الآخر، و إلا- لحرم لبس أحد الزوجين لباس الآخر لبعض الدواعي كبرد و نحوه، بل الظاهر من التشبه في اللباس المذكور في الروايتين هو أن يتزيب كل من الرجل و المرأة بزى الآخر، كالمطربات اللاتي أخذن زى الرجال، و المطربين الذين أخذوا زى النساء، و من البديهي أنه من المحرمات في الشريعة، بل

من أخبث الخبائث و أشد الجرائم و أكبر الكبائر.

على ان المراد فى الرواية الأولى هى الكراهة، إذ من المقطوع به أن جر الثوب ليس من المحرمات فى الشريعة المقدسة. و قد تجلى مما ذكرناه أنه لا شك فى جواز لبس الرجل لباس المرأة لإظهار الحزن، و تجسم قضية الطف، و إقامة التعزية لسيد شباب أهل الجنة عليه السلام، و توهم حرمة لاخبار النهى عن التشبه ناشئ من الوسوس الشيطانية، فإنك قد عرفت عدم دلالتها على حرمة التشبه.

و قد علم مما تقدم أيضا أنه لا وجه لاعتبار القصد فى مفهوم التشبه و صدقه، بل المناط فى صدقه وقوع وجه الشبه فى الخارج مع العلم و الالتفات، كاعتبار وقوع المعان عليه فى صدق الإعانة، على أنه قد أطلق التشبه فى الاخبار، على جر الثوب و التخث و المساحقة مع أنه لا يصدر شئ منها بقصد التشبه، و دعوى أن التشبه من التفاعل الذى لا يتحقق إلا بالقصد دعوى جزافية، لصدقه بدون القصد كثيرا.

قوله و فيها خصوصا الأولى بقرينة المورد ظهور فى الكراهة.

أقول: قد علم مما ذكرناه أنه لا وجه لحمل ما ورد فى التشبه فى اللباس على الكراهة، بدعوى ظهوره فيها، إذ لا نعرف منشأ لهذه الدعوى إلا قوله «ع» فى رواية سماعه فى رجل يجر ثيابه: (إنى لأكره أن يتشبه بالنساء) و من الواضح جدا أن الكراهة المذكورة فى الروايات أعم من

[١] فى ج ١ ثل باب ١٣ عدم جواز تشبه النساء بالرجال من أحكام الملابس ص ٢٨ عن الحسن الطبرسى فى مكارم الأخلاق عن سماعه فى عن أبى عبد الله و أبى الحسن «ع» فى الرجل يجر ثيابه؟ قال: إنى لأكره أن يتشبه بالنساء. مرسله. و عن أبى عبد الله عن آباءه عليهم السلام قال: كان رسول الله (ص) يزر الرجل أن يتشبه بالنساء و ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال فى لباسها. مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١١

الكراهة الاصطلاحية.

على أن رواية الصادق «ع» عن آباءه عن رسول الله (ص) إنه (كان يزر الرجل أن يتشبه بالنساء و ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال فى لباسها). كالصريح فى الحرمة، لعدم إطلاق الزجر فى موارد الكراهة الاصطلاحية.

قوله ثم الخنثى يجب عليها ترك الزيتين إلخ.

أقول: اختلفوا فى الخنثى هل هو من صنف الرجال، أو من صنف الإناث، أو هو طبيعة ثالثة تقابل كلا من الصنفين على أقوال؟ قد ذكرت فى محلها، و ما ذكره المصنف (ره) من أنه (يجب عليها ترك الزيتين المختصتين بكل من الرجل و المرأة) مبنى على كونه داخلا تحت أحد العنوانين «الذكر و الأنثى» و إلا فأصالة البراءة بالنسبة إلى التكاليف المختصة بهما محكمة.

قوله و يشكل بناء على كون مدرك الحكم حرمة التشبه بأن الظاهر عن التشبه صورة علم المتشبه.

أقول: لا- إشكال فى اعتبار العلم بصدور الفعل فى تحقق عنوان التشبه، إلا أنه لا يختص بالعلم التفصيلى، بل يكفى فى ذلك العلم الإجمالى أيضا، فهو موجود فى الخنثى

التشبيب بالمرأة الأجنبية

قوله المسألة الثالثة: التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة و هي كما في جامع المقاصد ذكر محاسنها و إظهار حبها بالشعر حرام. أقول: لا- شبهة في حرمة ذكر الأجنبية و التشبيب بها، كحرمة ذكر الغلمان و التشبيب بهم بالشعر و غيره إذا كان التشبيب لتمنى الحرام و ترجى الوصول إلى المعاصي و الفواحش، كالزنا و اللواط و نحوهما، فان ذلك هتك لاحكام الشارع، و جرأة على معصيته، و من هنا حرم طلب الحرام من الله بالدعاء، و لا يفرق في ذلك بين كون المذكورة مؤمنة أو كافرة، و على كل حال فحرمة ذلك ليس من جهة التشبيب.

و أما التشبيب بالمعنى الذى ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد مع القيود التى اعتبرها المصنف فى حرمة خلاف، فذهب جمع من الأكابر إلى الحرمة، و ذهب بعض آخر إلى الجواز، و ذهب جمع من العامة إلى حرمة مطلق التشبيب [١].

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٢. بعد أن حكم بإباحة الغناء قال: فلا يحل التغنى بالألفاظ التى تشمل على وصف امرأة معينة باقية على قيد الحياة، لأن ذلك يهيج الشهوة إليها و يبعث على الافتتان بها. و مثلها فى ذلك الغلام الأمد. و فى ص ٤٣ عن الغزالي: لا أعلم أحدا من علماء الحجاز كره السماع إلا ما كان فى - مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٢

و قد استدلل القائلون بالحرمة بوجوه، الوجه الأول: أن التشبيب هتك للمشيب بها و إهانته لها، فيكون حراما. و فيه أولا: لو سلمنا كون التشبيب هتكا لها فان ذلك لا يختص بالشعر كما لا يختص بالمؤمنة المعروفة المحترمة، فإنه لا فرق فى حرمة الهتك بين أفراد الناس من المحرم و غير المحرم، و الزوجة و غير الزوجة، و المخطوبة و غير المخطوبة، فإن هتك جميعها حرام عقلا و شرعا و أيضا لا فرق فى الشعر بين الإنشاء و الإنشاد.

و ثانيا: أن النسبة بين عنوانى الإهانة و التشبيب هى العموم من وجه، فان الشاعر أو غيره قد يذكر محاسن امرأة أجنبية فى حال الخلوة بحيث لا- يطلع عليه أحد ليلزم منه الهتك، أو يكون التوصيف و إظهار محاسنها و ذكر جمالها مطلوبا، سواء كان ذلك بالنظم أم بغيره، كما إذا سأل سائل عن بنات أحد الأعاظم و الملوك ليخطب منهن واحدة، فهل يقوم أحد أن توصيفها بالجمال و الكمال و الأدب و الأخلاق حرام؟؟ و كثيرا ما يتحقق عنوان الهتك من دون تحقق التشبيب، و قد يجتمعان، و عليه فلا ملازمة بينهما دائما. و ثالثا: أن كلامنا فى المقام فى حرمة التشبيب بعنوانه الأولى، فإثبات حرمة لعنوان آخر عرضى - كعنوان الهتك أو الإهانة أو غيرهما - خروج عن محل الكلام.

الوجه الثانى: أنه إيذاء للمشيب بها، و هو حرام. و فيه أنه لا دليل على حرمة فعل يترتب عليه أذى الغير قهرا إذا كان الفعل سائغا فى نفسه، و لم يقصد العامل أذى الغير من فعله. و إلا لزم القول بحرمة كل فعل يترتب عليه أذى الغير و إن كان الفعل فى نفسه مباحا أو مستحبا أو واجبا، كتأذى بعض الناس من اشتغال بعض آخر بالتجارة و التعليم و التعلم و العبادة و نحوها، و كثيرا ما يتأذى بعض التجار باستيراد البعض الآخر مال التجارة، و يتأذى الجار بعلو جدار جاره أو من كثرة أمواله، مع أن أحدا لا يتفوه بحرمة ذلك.

على أن النسبة بين التشبيب و الإيذاء أيضا عموم من وجه، إذ قد يتحقق التشبيب و لا- يتحقق الإيذاء كالتشبيب بالمتبرجات، و قد يتحقق الإيذاء حيث لا يتحقق التشبيب، و هو واضح، و قد يجتمعان.

- الأوصاف. و عن الحنفية: التغنى المحرم ما كان مشتملا على ألفاظ لا تحل كوصف الغلمان. و المرأة المعينة التى على قيد الحياة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٣

ما استدلل به على حرمة التشبيب و الجواب عنه

قوله و يمكن أن يستدل عليه بما سيجيء.

أقول: بعد أن أشكل المصنف على الوجوه المتقدمة، و اعترف بعدم نهوضها لإثبات حرمة التشبيب أخذ بالاستدلال عليه بوجوه أضعف من الوجوه الماضية:

الوجه الأول: أن التشبيب من اللهو و الباطل، فيكون حراما، لما سيأتى من دلالة جملة من الآيات و الروايات على حرمتها. و فيه أن هذه الدعوى ممنوعة صغرى و كبرى: أما الوجه فى منع الصغرى فلأنه لا دليل على كون التشبيب من اللهو و الباطل، إذ قد يشتمل الكلام الذى يشب به على المطالب الراقية و المدائح العالية المطلوبة للعقلاء خصوصا إذا كان شعرا كما هو مورد البحث. و أما الوجه فى منع الكبرى فلعدم العمل بها مطلقا، لأن اللهو و الباطل لو كان على إطلاقهما من المحرمات لزم القول بحرمة كل ما فى العالم، فإن كل ما أشغل عن ذكر الله- و ذكر الرسول و ذكر القيامة و ذكر النار و الجنة و الحور و القصور- لهو و باطل، و قد نطق بذلك القرآن الكريم أيضا فى آيات عديدة [١] و سيأتى من المصنف الاعتراف بعدم حرمة اللهو إلا على نحو الموجبة الجزئية. الوجه الثانى: أنه ورد النهى فى الكتاب العزيز [٢] عن الفحشاء و المنكر، و منهما التشبيب فيكون حراما.

و فيه أنا نمنع كون التشبيب من الفحشاء و المنكر، على أن هذا الوجه، مع الوجه السابق، و سائر الوجوه الآتية لو دلت على الحرمة لدلت عليها مطلقا، سواء أ كان بالشعر أم بغيره و سواء أ كان التشبيب بأنثى أم بذكر، و سواء أ كانت الأنثى مؤمنة أم غير مؤمنة، فلا وجه لتخصيص الحرمة بالشعر.

[١] كقوله تعالى فى سورة الانعام، آية: ٣٢ (وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ).

و قوله تعالى فى سورة العنكبوت، آية: ٦٤ (وَمَا هَذِهِ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا لَهْوٌ وَ لَعِبٌ).

و قوله فى سورة محمد، آية: ٣٨ (إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ). و فى سورة الحديد، آية ١٩ (اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ).

[٢] فى سورة النحل آية: ٩٢ قوله تعالى: (وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ الْبَغْيِ).

و غيرها من الآيات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٤

و يضاف الى ذلك ان النسبة بين التشبيب و بين تلك العناوين المحرمة هى العموم من وجه فلا تدل حرمتها على حرمة التشبيب دائما، مع ان الكلام فى التشبيب بعنوانه الاولى، فحرمة بعنوان اللهو أو الفحشاء أو غيرهما من العناوين المحرمة خارج عن حدود البحث و محل النزاع.

الوجه الثالث: انه مناف للعفاف الذى اعتبر فى العدالة بمقتضى بعض الروايات [١] و حيث إن العفاف واجب، فيحرم الإخلال به.

و فيه انا نمنع اعتبار أى عفاف فى العدالة، و إنما المعتبر فيها العفاف عن المحرمات، و كون التشبيب منها أول الكلام.

الوجه الرابع: الأخبار الدالة على حرمة ما يثير الشهوة الى غير الحليلة حتى بالأسباب البعيدة و هى كثيرة قد ذكرت فى مواضع شتى: منها ما دل [٢] على النهى عن النظر إلى الأجنبية لأنه سهم مسموم من سهام إبليس: و النكتة فى إطلاق لفظ السهم على النظر هى تأثيره فى قلب الناظر و إيمانه، كتأثير السهم الخارجى فى الغرض، و من هنا أطلق عليه زنا العين كما فى رواية أبى جميلة و وجه دلالة هذه الاخبار على حرمة التشبيب هو ان النظر الى

[١] فى ج ٣ ثل باب ٤١ ما يعتبر فى الشاهد من العدالة من الشهادات ص ٤١٦. عن أبى يعفور قال: قلت لأبى عبد الله: بم تعرف عدالة

الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ فقال: أن تعرفوه بالستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان، الخبر.

صحيح.

[٢] فى ج ٢ كا باب ١٩١ النوادر من النكاح ص ٧٦. و ج ١٢ الوافى باب ١٣٥ العفة من النكاح ص ١٢٧. و ج ٣ ثل باب ١٠٤ تحريم النظر الى النساء من مقدمات النكاح ص ٢٤ عن عقبه بن خالد عن أبى عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: النظر سهم من سهام إبليس مسموم و كم من نظرة أورثت حسرة طويلة. ضعيفه لعقبه.

و عن ابن أبى نجران عن ذكره عن أبى عبد الله «ع». و يزيد بن حماد و غيره عن أبى جميله عن أبى جعفر و أبى عبد الله «ع» قالوا: ما من أحد إلا و هو يصيب حظا من الزنا فرنا العين النظر، الخبر. السند الأول مرسل. و الثانى ضعيف لأبى جميله. راجع المصادر المزبورة فى خبر عقبه. و فى البابين المذكورين من الوافى و ثل عن الفقيه عن عقبه بن خالد قال: قال أبو عبد الله «ع»: النظر سهم من سهام إبليس مسموم من تركها لله لا لغيره أعقبه الله ايماننا يجد طعمه. ضعيفه لعقبه.

و عن الكاهلى قال: قال أبو عبد الله «ع»: النظرة بعد النظرة ترزع فى القلب الشهوة-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٥

الأجنبيات إذا كان سهما مسموما مؤثرا فى هدم الايمان و قلعه عن قلوب الناظرين، فالتشيب أولى بالتحريم، فإن تأثير الكلام أشد من تأثير النظر.

و فيه انك قد عرفت عدم الملازمة بين التشيب و بين سائر العناوين المحرمة، و كذلك فى المقام، إذ قد يكون التشيب مهيجا للقوة الشهوية. فلا يكون حراما كالتشيب بالزوجة، و قد يكون التشيب غير مهيج للشهوة كما إذا شبب بإحدى محارمه، و قد يجتمعان فلا ملازمة بينهما.

و منها الأخبار الدالة على المنع عن الخلوة بالأجنبية، و هى كثيرة [١] منها قوله «ع» فى

و كفى بها لصاحبها فتنه.

و فى الباب ١٣٥ المذكور من الوافى عن بعض أصحابنا قال: قال أبو عبد الله «ع» إياكم و النظر فإنه سهم من سهام إبليس. مرسله.

و فى ج ٢ المستدرک ص ٥٥٤ عن مصباح الشريعة قال الصادق «ع»: إياكم و النظر الى المحذورات فإنه بذر الشهوات. مرسله.

و عن القطب الراوندى عن النبى (ص) النظر الى محاسن النساء سهم من سهام إبليس.

مرسله. الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الدالة على حرمة النظر إلى الأجنبية. و على هذا المنهج أحاديث العامة: راجع ج ٧ سنن البيهقى ص ٨٩.

[١] فى ج ٢ كا باب ١٥٨ التستر من النكاح ص ٦٤. و ج ١٢ الوافى باب ١٣٤ ما لا ينبغى للنساء من النكاح ص ١٢٦. و ج ٣ ثل باب

٩٩ عدم جواز خلوة الرجل مع المرأة الأجنبية من مقدمات النكاح ص ٢٣. عن مسمع عن أبى عبد الله «ع» قال: فيما أخذ رسول الله

(ص) من البيعة على النساء ان لا يحتبين و لا يقعدن مع الرجال فى الخلاء.

ضعيفه لسهل و محمد بن الحسن بن شمون.

قال فى الوافى: الاحباء الجمع بين الظهر و الساقين بعمامة و نحوها.

و فى الباب ٩٩ المزبور من ج ٣ ثل عن موسى بن إبراهيم عن موسى بن جعفر «ع» عن آباءه «ع» عن رسول الله (ص) قال: من كان

يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يبيت فى موضع يسمع نفس امرأة ليست له بمحرم. ضعيفه لموسى بن إبراهيم.

و عن الحسن الطبرسى فى مكارم الأخلاق عن الصادق «ع» قال: أخذ رسول الله على النساء ان لا ينحن و لا يخمشن و لا يقعدن مع

الرجال فى الخلاء مرسله.

خمش الوجه خدشه و لطمه و ضربه و قطع عضوا منه.

وفي ج ٢ ثل باب ٣١ ان من استأجر بيتا له باب الى بيت آخر فيه أجنبية من الإجازات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٦

رواية مسمع في قضية أخذ الرسول ص البيعة على النساء: ولا يقعدن مع الرجال في الخلاء، و هكذا في رواية مكارم الأخلاق، و منها ما في رواية موسى بن إبراهيم من قوله ع:

من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يبيت في موضع يسمع نفس امرأة ليست له بمحرم، و منها قوله (ع) في رواية محمد بن الطيار: فان الرجل و المرأة إذا خليا في بيت كان ثالثهما

– ص ٦٥٠. و الفقيه ص ٢٨٧. و ج ١٢ الوافي باب ١٣٧ النوادر من النكاح. عن محمد ابن الطيار حيث استأجر دارا و فيها باب الى بيت امرأة أجنبية فسأل ذلك عن أبي عبد الله فقال: تحول منه فان الرجل و المرأة إذا خليا في بيت كان ثالثهما الشيطان. مرسله. و في ج ٢ المستدرک ص ٥٥٣. عن الجعفریات عن علي «ع» قال: ثلاثة من حفظهن كان مصونا من الشيطان الرجيم و من كل بليء من لم يخل بامرأة لا يملك منها شيئا إلخ. مجهولة لموسى بن إسماعيل.

و عن دعائم الإسلام عن علي «ع» انه قال: لا يخلو بامرأة رجل فما من رجل خلا بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما. مرسله. و عنه «ع» انه قال: أخذ رسول الله (ص) البيعة على النساء ان لا ينحن و لا يخمشن و لا يقعدن مع الرجال في الخلاء. مرسله. و عن الصدوق في الخصال عن أبي جعفر «ع» قال: لما دعا نوح ربه على قومه أتاه إبليس فقال: يا نوح إن لك عندي يدا أريد أن اكافيك عليها، الى ان قال: اذكرني إذا كنت مع امرأة خاليا و ليس معكما احد ضعيفة لعمرو بن شمر. و عن القطب الراوندى روى ان إبليس قال: لا أغيب عن العبد في ثلاث مواضع: إذا هم بصدقة و إذا خلا بامرأة و عند الموت مرسله و عنه مرسله قال إبليس لموسى: لا تخلون بامرأة غير محرم.

و عن المفيد في أماليه بإسناده عن رسول الله (ص) قال إبليس لموسى بن عمران: أوصيك بثلاث خصال: يا موسى لا تخل بامرأة و لا تخل بك فإنه لا يخلو رجل بامرأة و لا تخلو به إلا كنت صاحبه من دون أصحابي. مجهولة لسعدان بن مسلم. و عن الشيخ ابى المفتوح في تفسيره عن رسول الله انه قال: لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان. مرسله. و في ص ٣٨٦ باب ٣٦ تحريم مجالسة أهل المعاصي من الأمر بالمعروف عن الشيخ المفيد عن رسول الله: أربعة مفسدة للقلوب: الخلو بالنساء و الاستماع منهن و الأخذ برأيهن.

مجهولة لجهالة أكثر رواتها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٧

الشيطان. الى غير ذلك من الروايات التي دلت على حرمة الخلو مع الأجنبية، ففي بعضها:

لا- يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان، و في بعضها: إن الشيطان لا يغيب عن الإنسان في موضع خلّو الرجال مع امرأة أجنبية. و على هذا النهج أحاديث العامة «١» فيستفاد من جميعها حرمة خلو الرجل مع امرأة أجنبية، لأن الشيطان لا يغيب عنه في هذه الحالة، فيهيح قوته الشهوية ليلقيه الى المهلكة و المضلة، و بما أن التشيب بالمرأة الأجنبية يهيح الشهوة أزيد مما تهيجه الخلو بها فيكون أولى بالتحريم.

و فيه أنه لا دلالة في شيء من تلك الأخبار على حرمة الخلو مع الأجنبية فضلا عن دلالتها على حرمة التشيب، أما روايتا مسمع و مكارم الأخلاق فالمستفاد منهما حرمة قعود الرجل مع المرأة في بيت الخلاء، فقد كان من المتعارف في زمان الجاهلية أنهم يهيتون مكانا لقضاء الحاجة، و يسمونه بيت الخلاء، و يقعد فيه الرجال و النساء و الصبيان، و لا يستتر بعضهم عن بعض، كبعض أهل البادية

في الزمن الحاضر، و لما بعث نبي الرحمة نهي عن ذلك، و أخذ البيعة على النساء أن لا يقعدن مع الرجال في الخلاء، على أن الخلوة مع الأجنبية إذا كانت محرمة فلا تختص بحالة القعود، بل هي محرمة مطلقة و إن كانت بغير قعود.

و يؤيد ما ذكرناه من المعنى أن النهي في الروايتين قد تعلق بقعود الرجال مع النساء في الخلاء مطلقا و إن كن من المحارم، و من الواضح أنه لا مانع من خلوة الرجل مع محارمه، و إن لم يكن للروايتين ظهور فيما ادعينا، فلا ظهور لهما في حرمة الخلوة أيضا، و لا أقل من الشك، فتسقطان عن الحجية.

على ان من جملة ما أخذ رسول الله (ص) البيعة به على النساء أن لا يزينين، و لعل أخذ البيعة عليهن أن لا يقعدن مع الرجال في الخلاء من جهة عدم تحقق الزنا، فان حالة الخلوة مظنة الوقوع على الزنا، و عليه فلا موضوعية لعنوان الخلوة بوجه، و الغرض المهم هو النهي عن الزنا، و إنما تعلق بالخلوة لكونها من المقدمات القريبة له.

و يدل على ما ذكرناه أيضا ما ورد في جملة من الروايات من تعليل النهي عن الخلوة بأن الثالث هو الشيطان، فان الظاهر منها هو أنه لو خلا الرجل مع المرأة الأجنبية فإن الشيطان يكاد أن يوقعهما في البغي و الزنا، و من هنا ظهر أنه لا يجوز الاستدلال أيضا بهذه الروايات المشتملة على التعليل المذكور. و قد ذكرنا جميع هذه الروايات في الحاشية.

و أما رواية موسى بن إبراهيم فهي خارجة عما نحن فيه، فإنها دلت على حرمة نوم الرجل في موضع يسمع نفس المرأة الأجنبية، و لا ملازمة بين سماع النفس و الخلوة دائما، بل

(١) راجع ج ٧ سنن البيهقي ص ٩٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٨

بينهما عموم من وجه، كما أن النهي عن نوم الرجل مع المرأة تحت لحاف واحد كما في بعض الأحاديث «١» لا يدل على حرمة عنوان الخلوة.

و يمكن أن يكون نهي الرجل عن النوم في مكان يسمع نفس المرأة الأجنبية من جهة كون سماع نفس المرأة من المقدمات القريبة للزنا، كما أن النهي عن النوم تحت لحاف واحد كذلك، فان سماع النفس في الأشخاص العادية لا يكون إلا مع نومهم في محل واحد، و من القريب جدا أن هذا يوجب الزنا كثيرا.

بل يمكن أن يقال: إنه لو ورد نص صريح في النهي عن الخلوة مع الأجنبية فلا-موضوعية لها أيضا، و إنما نهي عنها لكونها من المقدمات القريبة للزنا، فان أهمية حفظ الاعراض في نظر الشارع المقدس تقتضي النهي عن الزنا، و عن كل ما يؤدي إليه عرفا.

و أما الروايات المشتملة على أن إبليس لا يغيب عن الإنسان في مواضع منها موضع خلوة الرجل مع امرأة أجنبية، فإن الاستفادة منها أن الشيطان يقطن في تلك المواضع يجر الناس الى الحرام، فلا دلالة فيها على المدعى. و على الجملة فلا دليل على حرمة الخلوة بما هي خلوة، و إنما النهي عنها للمقدمة فقط.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الروايات الواردة في النهي عن الخلوة بالأجنبية كلها ضعيفة السند و غير منجبرة بشيء. و لو سلمنا وجود الدليل على ذلك فإنه لا ملازمة بين حرمة الخلوة و حرمة التشبيب و لو بالفحوى، إذ لا طريق لنا الى العلم بأن ملاك الحرمة في الخلوة هو إثارة القوة الشهوية حتى يقاس عليها كل ما يوجب تهيجها. و من هنا على أنه لا وجه لقياس التشبيب على شيء يوجب تهيج القوة الشهوية.

قوله و كراهة جلوس الرجل في مكان المرأة حتى يبرد المكان.

أقول: استدلال المصنف على حرمة التشبيب بفحوى أمور مكروهة: منها ما ورد [١] في كراهة الجلوس في

[١] في ج ٢ كا باب ١٩١ النوادر من النكاح ص ٧٨. و ج ١٢ الوافي باب ١٣٧ النوادر من النكاح ص ١٢٩. و الفقيه باب النوادر من النكاح ص ٣٣٠. و ج ٣ ثل باب ١٤٤ كراهة الجلوس في مجلس المرأة من مقدمات النكاح ص ٣٢. عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): إذا جلست المرأة مجلسا فقامت عنه فلا-

(١) راجع ج ٣ ثل باب ١٣ تحريم خلوة الرجال بالمرأة تحت لحاف واحد من أبواب النكاح المحرم ص ٤١. و ج ٢ كا باب ٥ ما يوجب الجلد من الحدود ص ٢٨٧. و ج ٩ الوافي باب المجردين وجدا في لحاف واحد من الحدود ص ٤٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢١٩

مجلس المرأة حتى يبرد المكان، و منها ما ورد [١] في رجحان تستر المرأة عن نساء أهل الذمة و منها ما ورد [٢] في التستر عن الصبي المميز الى غير ذلك من الموارد التي نهى الشارع عنها تنزيها، لكونها موجبة لتهيج الشهوة. فتدل بالفحوى على حرمة التشيب، لكونه أقوى في إثارة الشهوة.

و لكنها لا نعرف وجها صحيحا لهذا الاستدلال، إذ لا معنى لإثبات الحرمة لموضوع لثبوت الكراهة لموضوع آخر حتى بناء على العمل بالقياس. على أننا لا نعلم أن مناط الكراهة في تلك الأمور هو تهيج الشهوة حتى يلتزم بالحرمة فيما إذا كان التهيج أشد و أقوى، و قد تقدم نظير ذلك من المصنف في البحث عن حرمة إلقاء الغير في الحرام الواقعي «١»، حيث استدلت على الحرمة بكراهة إطعام النجس للبهيمة.

على أن رجحان التستر عن نساء أهل الذمة إنما هو لثلاث- يطلعن رجالهن على محاسن نساء المسلمين، و رجحان التستر عن الصبي المميز إنما هو لكونه مميزا في نفسه، كما يظهر من الرواية الدالة على ذلك.

قوله و النهي في الكتاب العزيز

أقول: قد ورد النهي في الكتاب الشريف «٢» عن خضوع النساء بالقول لثلاث يطعم الذي في قلبه مَرَضٌ. و عن أن يضربن بأرجلهن ليُعَلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ «٣».

إلا- أنه لا دلالة في شيء من ذلك على حرمة التشيب، كما لا دلالة عليها في حرمة التعريض بالخطبة لذات البعل و لذات العدة الرجعية، و التعريض هو الإتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح مع كونه ظاهرا في النكاح، كأن يقول: رب راغب فيك، و حريص عليك،

يجلس في مجلسها رجل حتى يبرد. ضعيفة للنوفلي.

[١] في ج ٢ كا باب ١٥٨ التستر من النكاح ص ٦٤. و ج ١٢ الوافي باب ١٢٣ تسترهن ص ١٢١. و ج ٣ ثل باب ٩٨ عدم جواز انكشاف المرأة بين يدي اليهودية من مقدمات النكاح ص ٢٣. عن حفص بن البختری عن أبي عبد الله «ع» قال: لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية و النصرانية فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن. صحيحة.

خوبی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٢١٩

[٢] في ج ٣ ثل باب ١٢٩ أنه يجوز للرجل أن يعالج الأجنبية من مقدمات النكاح ص ٣٠. عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال: سئل أمير المؤمنين «ع» عن الصبي يحجم المرأة؟ قال: إذا كان يحسن يصف فلا. ضعيفة للنوفلي.

(١) ص ١١٧.

(٢) سورة الأحزاب، آية ٣٢.

(٣) سورة النور، آية: ٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٠

أو انى راغب فيك، أو أنت على كريمة، أو عزيزة، أو إن الله لسائق إليك خيرا، أو رزقا، أو نحو ذلك.

قوله سواء علم السامع إجمالا بقصد معينة أم لا ففيه إشكال.

أقول: إذا ثبتت حرمة التشيب و حرمة سماعه فلا يحرم سماعه إذا كان المشيب بها امرأة غير معينة، لعدم علم السامع بها حتى يترتب عليه ما تقدم من الأمور.

قوله وفيه إشكال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحريم.

أقول: قد عرفت عدم دلالة شيء من الوجوه المتقدمة على حرمة التشيب. و لو سلم ذلك فلا دلالة فيها على حرمة التشيب بامرأة مبهمه أو خيالية إلا إذا كان مرجعه إلى تمنى الحرام. و قد عرفت أنه خارج عما نحن فيه.

قوله أما التشيب بالغلام فهو محرم على كل حال.

أقول: التشيب بالغلام إن كان داخلا في عنوان تمنى الحرام فلا ريب في حرمة، لكونه جرأة على حرمة المولى كما تقدم و إلا فلا وجه لحرمة فضلا عن كونه حراما على كل حال. بل ربما يكون التشيب به مطلوبا. و لذا يجوز مداح الابطال و الشجعان، و مدح الشبان بتشبيهم بالقمر و النجوم، و لا شبهة في صدق التشيب عليه لعة [١] و عرفا.

قوله لأنه فحش محض.

أقول: لا شبهة في حرمة الفحش و السب كما سيأتى، إلا أنه لا يرتبط ذلك بالتشيب بعنوانه الأولى الذى هو محل الكلام فى المقام.

حرمة التصوير

إشارة

قوله المسألة الرابعة تصوير صور ذوات الأرواح حرام إذا كانت الصورة مجسمة بلا خلاف.

أقول: لا خلاف بين الشيعة و السنة [٢] فى حرمة التصوير فى الجملة.

[١] فى أقرب الموارد: تشيب الشاعر بفلانته قال فيها: النسب و وصف محاسنها.

[٢] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٠ عن المالكية: إنما يحرم التصوير بشروط أربعة:

أحدها: أن تكون الصورة لحيوان. ثانيها: أن تكون مجسدة و قيدها بعضهم بكونها من مادة تبقى و إلا فلا تحرم، و فى غير السجدة خلاف، فذهب بعضهم إلى الإباحة مطلقا، و بعضهم يرى إباحتها إذا كانت على الثياب و البسط. ثالثها: أن تكون كاملة الأعضاء رابعها: أن يكون لها ظل.

و عن الشافعية: يجوز تصوير غير الحيوان. و أما الحيوان فإنه لا يحل تصويره.

و بعد التصوير إن كانت الصورة مجسدة فلا يحل التفرج عليها إلا إذا كانت ناقصة-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢١

ففي المستند «١» ادعى الإجماع على حرمة على الصور لذوات الأرواح إذا كانت الصورة مجسمة، و ذكر الخلاف في غير هذا القسم. وفي المختلف «٢»: (مسألة: قال ابن براج: يحرم التماثيل المجسمة و غير المجسمة، و قال ابن إدريس: و سائر التماثيل و الصور ذوات الأرواح مجسمة كانت أو غيرها. و أبو الصلاح قال: يحرم التماثيل و أطلق). و عن المحقق الثاني إنه قسم التصوير إلى أربعة أقسام، و قال: أحدها محرم إجماعاً، و هو عمل الصور المجسمة لذوات الأرواح، و باقى الأقسام مختلف فيها. فالتحصيل من كلمات الأصحاب أن الأقوال فى حرمة التصوير أربعة، الأول: أن التصوير حرام إذا كانت الصورة مجسمة لذى روح، و هذا مما لا خلاف فى حرمة بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع. الثانى: أن تصوير ذوات الأرواح حرام سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة، و قد اختاره المصنف وفاقاً لما ذهب إليه الحلّى و القاضى و غيرهما من الأصحاب.

الثالث: حرمة التصاوير مطلقاً إذا كانت مجسمة. الرابع: القول بحرمتها على وجه الإطلاق سواء كانت مجسمة أم غيرها، و سواء كانت لذوات الأرواح أم غيرها، و القولان الأخيران و إن كانا أيضاً مورد الخلاف بين الفقهاء كما أشار إليه النراقى و المحقق الثانى: إلا أنا لم نجد قائلاً بهما عدا ما يستفاد من ظاهر بعض العبائر. و كيف كان فالمهم فى المقام هو التكلم فى مدرك الأقوال، فنقول: الظاهر من بعض المطلقات المنقولة من طرق الشيعة [١]

- و غيره المجسدة لا- يحل التفرج عليها إذا كان مرفوعاً على الجدار. و يجوز التفرج على خيال الظل «السينما» و يستثنى من المذكورات لعب البنات.

و عن الحنابلة يجوز تصوير غير الحيوان، و أما تصوير الحيوان فإنه لا يحل إلا إذا كان موضوعاً على ثوب يفرش. و عن الحنفية: تصوير غير الحيوان جائز، أما تصوير الحيوان فإنه لا يحل إلا إذا كان على بساط مفروش أو كانت الصورة ناقصة. [١] فى ج ٢ المستدرک ص ٤٥٧ عن محمد بن مسلم عن على «ع» قال: إياكم و عمل الصور إلخ. ضعيفه لقاسم بن يحيى.

(١) ج ١ ص ٣٣٧.

(٢) ج ٢ ص ١٦٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٢

و من طرق العامة «١» حرمة التصاوير مطلقاً و لو كانت لغير ذوات الأرواح. و لم تكن مجسمة، كقول على «ع»: (إياكم و عمل الصور فإنكم تسألون عنها يوم القيامة) و كالنبوى

و عن الحضرمى عن أبى عبد الله «ع» جعل من أكل السحت تصوير التماثيل، ضعيفه لعبد الله بن طلحة. و لأن كتاب الحضرمى لم يثبت اعتباره.

و عن القطب الراوندى: من صور التماثيل فقد ضاد الله. مرسله.

و عن الشهيد فى المنية عن النبى (ص) إنه قال: أشد الناس عذاباً يوم القيامة مصور يصور التماثيل. مرسله.

و فى ج ٢ كا ص ٢٢٦. و ج ١١ الوافى ص ١٠٧. و ج ١ ثل باب ٣ عدم جواز نقش البيوت بالتماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٧. عن أبى بصير عن أبى عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): أتانى جبرئيل و قال: يا محمد إن ربك يقرؤك السلام و ينهى عن تزويق البيوت، قال أبو بصير: فقلت: و ما تزويق البيوت؟ فقال: تصاوير التماثيل. ضعيفه لقاسم بن محمد الجوهري، و على بن أبى حمزة. التزويق التزيين و التحسين.

و في ج ١ التهذيب باب دفن الميت ص ١٣٠. و ج ١٣ الوافي باب ٩٥ وظائف القبر ص ٨٣. و ج ١ ثل الباب ٣ المذكور عن الأصغ بن نباتة قال: قال أمير المؤمنين «ع»:

من جدد قبرا أو مثل مثالا فقد خرج عن الإسلام. ضعيفة لأبي جارود. الى غير ذلك من المطلقات. قال في التهذيب و حاصله. انه اختلف أصحابنا في رواية هذا الخبر و تأويله على وجوه:

فقال محمد بن الحسن الصفار: من جد بالجيم، لا غير، فمعناه: انه لا يجوز تجديد القبر بعد الاندراست و إن جاز تعميره أولا. و قال سعد بن عبد الله: من حدد قبرا بالحاء غير المعجمة يعنى به من سنم قبرا. و قال أحمد البرقي: إنما هو من جدت قبرا بالجيم و الثاء، و لم يفسر ما معناه. إلا انه يمكن ان يراد منه جعل القبر (الذى دفن فيه الميت) قبرا للإنسان آخر لأن الحدث هو القبر. و قال محمد بن على بن الحسين: إن معنى التجديد هو ما اختاره سعد ابن عبد الله فى معنى التحديد، إلا ان جميع المعانى المذكورة داخل فى معنى الحديث. و قال شيخنا محمد بن محمد بن النعمان (ره) يقول: إن الخبر بالحاء و الدالين، و ذلك مأخوذ من الخد بمعنى الشق، يقال: خدت الأرض خدا: أى شقتها.

و فى الوافي عن الفقيه: (و الذى أقوله فى قوله «ع»: من مثل مثالا، إنه يعنى من أبدع بدعة و دعا إليها، أو وضع دينا فقد خرج عن الإسلام).

(١) راجع ج ٧ سنن البيهقى ص ٢٦٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٣

المذكور فى سنن البيهقى: (إن أشد الناس عذابا عند الله يوم القيامة المصورون).

و لكن لا بد من تقييد هذه المطلقات بما دل [١] على جواز التصوير لغيرها ذوات الأرواح و عليه فتحمل المطلقات على تصوير ذوات الأرواح. و يحكم بجواز التصوير لغيرها سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة، و هو الموافق للأصل و الإطلاقات و العمومات من الآيات و الروايات الواردة فى طلب الرزق و جواز الاكتساب بأى كيفية كان إلا ما خرج بالدليل. و يضاف الى ما ذكرناه أن المطلقات المذكورة بأجمعها ضعيفة السند و غير منجبرة بشيء.

على ان مقتضى السيرة القطعية المستمرة إلى زمان المعصوم «ع» جواز التصوير لغير ذوات الأرواح، و لم نر و لم نسمع من أنكر جواز تصوير الأشجار و الفواكه و الجبال و البحار و الشطوط و الحدائق، بل السيرة المذكورة ثابتة فى تعلم بعض الأشياء، خصوصا فى بعض العلوم الرياضية حيث يعملون الصور لتسهيل التفهيم.

و يؤيد ما ذكرناه ما ورد فى بعض الأحاديث [٢] من ان رسول الله (ص) بعث عليا (ع)

[١] فى ج ٢ كا باب ٦٧ تزويق البيوت من أبواب التجمل ص ٢٢٦. و ج ١١ الوافي باب ١٩٦ تزويق البيوت من التجمل ص ١٠٧. و ج ٢ ثل باب ١٢٢. تحريم عمل الصور المجسمة مما يكتسب به ص ٥٦٤. و ج ١ ثل باب ٣ عدم جواز نقش البيوت بالتماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٧. عن ابى العباس البقباق عن ابى عبد الله «ع» فى قول الله عز و جل: يَعْْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُونَ مِنْ مَّحَارِبٍ وَ تَمَاثِيلَ؟ فقال: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه. و موثقة لابان بن عثمان.

و فى الباب ١٢٢ المزبور من ج ٢ ثل عن زرارة عن أبى جعفر «ع» قال: لا بأس بتماثيل الشجر. صحيحة.

و عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟

فقال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان. صحيحة. أقول: يحتمل قريبا ان يكون السؤال فى هذه الرواية عن اقتناء الصور و إبقائها. و سيأتى التعرض لذلك. و فى أحاديث العامة أيضا ما يدل على جواز التصوير لغير ذوات الأرواح. راجع ج ٧ سنن البيهقى ص ٢٧٠.

[٢] في ج ٢ كا ص ٢٢٦، و الباب ٣ المتقدم من ج ١ ثل. و ج ١١ الوافي ص ١٠٨ و ج ١٤ البحار ص ٧١٧: عن عبد الله بن ميمون الأسود القداح عن ابي عبد الله (ع) قال:

قال أمير المؤمنين (ع): بعثني رسول الله في هدم القبور و كسر الصور، ضعيفة لسهل.

و عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال: قال أمير المؤمنين (ع): بعثني رسول الله الى المدينة فقال: لا تدع صورة إلا محتوها و لا قبرا إلا سويته و لا كلبا إلا قتلته، ضعيفة للنوفلي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٤

في هدم القبور و كسر الصور، و أيضا قال له: لا تدع صورة إلا محتوها. فإنه ليس من المعهود ان عليا (ع) كسر الصور التي لغير ذوات الأرواح، و ان رسول الله (ص) أمره أيضا على ذلك.

و يضاف الى ما ذكرناه ان الصورة في اللغة [١] و إن كانت مساوقة للشكل و شاملة لصور ذوات الأرواح و غيرها، إلا ان المراد بها في المقام صور ذوات الأرواح فقط، لما ورد في جملة من الروايات التي سنذكرها: ان من صور صورة كلفه الله تعالى يوم القيامة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ.

و من الواضح ان الأمر بالنفخ و لو كان تعجيزا إنما يمكن إذا كان المورد قابلا لذلك، و لا شبهة ان نفس الأشجار و الأحجار و البحار و الشطوط و نحوها غير قابلة للنفخ فضلا عن صورها، فان عدم القدرة على النفخ فيها ليس من جهة عجز الفاعل فقط، بل لعدم قابلية المورد.

و اما القول الثاني - أعني حرمة تصوير الصور لذي الروح سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة - فتدل عليه الاخبار المستفيضة من الفريقين [٢] التي تقدمت الإشارة إليها،

[١] في أقرب الموارد: شكل الشيء صورة. و فيه أيضا: صورته تصويرا جعل له صورة و شكلا. و هكذا في المنجد و غيره.

[٢] في ج ٢ كا ص ٢٢٦. و ج ١١ الوافي ص ١٠٨ و الباب ٣ المزبور من ج ١ ثل ص ٣١٧: عن ابن ابي عمير عن رجل عن ابي عبد الله (ع) قال: من مثل تمثالا كلف يوم القيامة ان ينفخ فيه الروح. و مرسله.

و عن الحسين بن المنذر قال: قال: أبو عبد الله (ع) قال: ثلاثة معذبون يوم القيامة، الى ان قال: و رجل صور تماثيل يكلف ان ينفخ فيها و ليس بنافخ. ضعيفة للحسين.

و في الباب ٣ المذكور من ج ١ ثل عن سعد عن ابي جعفر (ع): إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، هم المصورون و يكلفون يوم القيامة ان ينفخوا فيها الروح. ضعيفة لسعد و ابي جميلة المفضل بن صالح الأسدي.

و في ج ٢ ثل باب ١٢٢ تحريم عمل الصور مما يكتسب به ص ٥٦٤ في حديث المناهي قال: نهى رسول الله (ص) عن التصاوير و قال: من صور صورة كلفه الله تعالى يوم القيامة أن ينفخ فيها و ليس بنافخ الى أن قال: و نهى ان ينقش شيء من الحيوان على الخاتم. ضعيفة لشعيب بن واقد.

و عن الخصال عن ابن عباس قال: قال رسول الله (ص) من صور صورة عذب -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٥

فإنه قد ذكر فيها أن من صور صورة يعذب يوم القيامة، و يكلف أن ينفخ فيها و ليس بنافخ، و في بعضها «١»: (أحيوا ما خلقتم). و لكنها مع كثرتها ضعيفة السند. و غير منجبرة بشيء، فلا تكون صالحة للاستناد إليها في الحكم الشرعي.

و يضاف الى ما ذكرناه ما تقدم في الحاشية من الروايات الدالة على حرمة خصوص التصوير لذوات الأرواح، كصححة البقباق عن أبي عبد الله (ع): (في قول الله يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ من محاريب و تماثيل؟ فقال: و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و

شبهه).

فان ذكر الرجال و النساء فيها من باب المثال، و يدل على ذلك من الرواية قوله (ع) (و لكنها الشجر و شبهه). و غيرها من الروايات المعتمدة.

ما استدل به على اختصاص الحرمة بالصورة المجسمة

إشارة

و قد يقال: إن التحريم مختص بالصورة المجسمة لوجوه قد أشار الى جملة منها في متاجر الجواهر:

الوجه الأول: أن الأخبار المشتملة على نفخ الروح ظاهرة في ذلك،

فان الظاهر منها أن الصورة التي صنعها المصور جامعة لجميع ما يحتاج اليه الحيوان سوى الروح، و هذا إنما يكون في الصورة إذا كانت مجسمة، و واجدة للجثة و الهيكل، و مشتملة على الأبعاد الثلاثة، إذ يستحيل الأمر بنفخ الروح في النقوش الخالية عن الجسم، فإن الأمر بالنفخ لا يكون إلا في محل قابل له، و الصور المنقوشة على الألواح و الأوراق و نحوهما غير قابلة لذلك، لاستحالة انقلاب العرض الى الجوهر. و دعوى إرادة تجسيم النقش مقدمة للنفخ ثم النفع فيه خلاف الظاهر من الروايات. و أجاب عنه المصنف بوجهين، الأول:

و كلف ان ينفخ فيها و ليس بفاعل. مجهولة لعكرمة و غيره.

و في رواية أخرى عن أبي عبد الله (ع): من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها و ليس بنافخ فيها. مجهولة لمحمد بن مروان الكلبي. و على هذا النهج أحاديث العامة. راجع ج ٧ سنن البيهقي ص ٢٦٩.

(١) راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٥٧. و ج ٧ سنن البيهقي ص ١٦٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٦

(أن النفخ يمكن تصويره في النقش بملاحظة محله، بل بدونها، كما في أمر الإمام (ع) [١] الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر في مجلس الخليفة).

و فيه أن هذا خلاف ظواهر الأخبار، فإن الظاهر منها أن التكليف إنما هو بإحياء نفس الصور دون محلها، و أما أمر الإمام (ع) الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فسيأتي الجواب عنه.

الثاني: أن النفخ إنما هو (بملاحظة لون النقش الذي هو في الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ، و الحاصل: أن مثل هذا لا يعد قرينه عرفاً على تخصيص الصورة بالمجسمة).

و هذا الجواب متين، و بيان ذلك: أنه إذا كان المقصود من النفخ هو النفخ في النقوش الخالية عن الجسم التي هي ليست إلا أعراضاً صرفية، فإنه لا مناص عن الاشكال المذكور، و هو واضح. و إذا كان المقصود من النفخ فيها بملاحظة لون النقش، و أجزاء الصبغ اللطيفة فهو متين، إذ النفخ حينئذ إنما هو في الأجزاء الصغار، و لا ريب في قابليتها للنفخ لتكون حيواناً، و لا يلزم منه انقلاب العرض الى الجوهر، بل هو من قبيل تبدل جوهر بجوهر آخر. و عليه فلا يتوجه الاشكال المذكور على شمول الروايات المتقدمة (أعني الأخبار المشتملة على نفخ الروح) لصور ذى الروح مطلقاً و إن كانت غير مجسمة. و لكن قد عرفت أنها ضعيفة السند. و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه ففي ما دل على حرمة تصوير الصور لذوات الأرواح مطلقاً غنى و كفاية كما عرفت.

و يضاف الى ذلك كله ما تقدم من المطلقات التي دلت على حرمة التصوير، فان الخارج عنها ليس إلا تصوير الصور لغير ذى الروح، فيبقى الباقي تحتها. و لكن قد عرفت أن تلك المطلقات ضعيفة السند.

و من هنا يعلم أنه لا استحالة في صيرورة الصورة الأسيدي المنقوشة على البساط أسدا

[١] فى ج ١١ البحار ص ٢٤٣ عن على بن يقطين قال: استدعى الرشيد رجلا يبطل به أمر أبى الحسن موسى بن جعفر (ع) و يقطعه و يخجله فى المجلس فانتدب له رجل معزم فلما أحضرت المائدة عمل ناموسا على الخبز فكان كلما رام خادم أبى الحسن (ع) تناول رغيفا من الخبز طار من بين يديه و استقر هارون الفرخ و الضحك لذلك فلم يلبث أبى الحسن أن رفع رأسه الى أسد مصور على بعض الستور فقال: يا أسد الله خذ عدو الله فوثبت تلك الصورة كأعظم ما يكون من السباع فافترت ذلك المعزم فخر هارون و ندماؤه على وجوههم مغشيا عليهم و طارت عقولهم خوفا من هول ما رأوه، الخبر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٧

حقيقيا و حيوانا مفترسا بأمر الإمام (ع)، غاية الأمر أنه من الأمور الخارقة للعادة، لكونه إعجازا منه (ع)، و قد حققنا فى مبحث الإعجاز من مقدمه التفسير أن الإعجاز لا بد و أن يكون خارجا عن النواميس الطبيعية، و خارقا للعادة.

و توضيح ذلك أن الخلق و الإيجاد على قسمين، الأول: أن يكون بحسب المقدمات الإعدادية و النواميس الطبيعية، فإنه تعالى و إن كان قادرا على خلق العوالم بمجرد الإرادة التكوينية، إلا أن حكمته قد جرت على أن يخلقها بالسير الطبيعي، و طى المراتب المختلفة بلبس الصور و خلعتها حتى تصل الى المقصد الأقصى و الغاية القصوى.

مثلا إذا تعلق المشية الإلهية بخلق الإنسان بحسب المقدمات الإعدادية و السير الطبيعي جعل الله مادة الأصلية فى كمنون الأغذية فى أكلها البشر فتحللها القوى المكنونة فيه الى أن تصل الى حد المنوية، ثم يستقر المنى فى الرحم، فىكون دما ثم علقه ثم مضغه ثم لحما ثم عظما ثم إنسانا، و هذا هو الخلق بالنواميس الطبيعية. و كذلك الحال فى سائر المخلوقات.

الثانى: أن يكون الخلق غير جار على النواميس الطبيعية، بل أمرا دفعا و خارقا للعادة، و تكون المقدمات الطبيعية كلها مطوية فيه، كجعل الحبوب أشجارا و زروعا، و الأحجار لؤلؤا و يواقيتا دفعة واحدة، و يسمى ذلك بالإعجاز، و هذا من المواهب الإلهية التى خص الله بها أنبياءه و رسله (ص) و الأئمة الطاهرين (ع). و صيرورة الصورة الاسدي حيوانا مفترسا بأمر الإمام (ع) من القبيل الثانى.

الوجه الثانى: ما ذكره فى متاجر الجواهر،

و هو أن (فى بعض النصوص التى تقدمت فى كتاب الصلاة من أنه لا بأس إذا غير رؤوسها [١] و فى آخر [٢] قطعت و فى ثالث [٣])

[١] فى ج ١ ثل باب ٤ جواز إبقاء التماثيل التى تغير من أحكام المساكن ص ٣١٨.

و ج ١١ الوافى ص ١٠٨. و ج ٢ كا ص ٢٢٦. عن زرارة عن أبى جعفر (ع) قال:

لا بأس بأن يكون التماثيل فى البيوت إذا غيرت رؤوسها منها و ترك ما سوى ذلك. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

[٢] فى ج ١ ثل باب ٣٢ كراهة استقبال المصلى التماثيل من مكان المصلى ص ٣٠٠.

و ج ٢ كا ص ٢٢٦. و ج ٥ الوافى ص ٧٣ عن على بن جعفر عن أبى الحسن (ع) قال: سألت عن الدار و الحجره فيها التماثيل أ يصلى فيها؟؟ فقال: لا تصل و فيها شىء يستقبلك إلا أن لا تجديدا فتقطع رؤوسها و إلا فلا تصل فيها. صحيحة.

[٣] فى الباب ٣٢ المزبور من ج ١ ثل ص ٣٠٠. عن على بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر (ع) قال: سألت عن مسجد يكون فيه

تصاوير و تماثيل يصلى فيه؟ فقال:-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٨

كسرت نوع إشعار بالتجسم).

و فيه أولا: أنه لا إشعار في شيء من هذه الروايات بكون الصور المنهى عنها مجسمة إلا في رواية قرب الاسناد (تكسر رؤوس التماثيل و تلتخ رؤوس التصاوير) و هي ضعيفة السند، و الوجه في عدم إشعار غيرها بذلك هو أن قطع الرأس أو تغييره كما يصدق في الصور المجسمة، فكذلك يصدق في غيرها.

و ثانيا: أن الكلام في المقام في عمل الصور، و هو لا- يرتبط بالصلاة في بيت فيه تماثيل، بل الصلاة فيه كالصلاة في الموارد المكروهة.

الوجه الثالث: ما في الجواهر أيضا

من أنه (يظهر من مقابلة النقش للصورة في خبر المناهى ذلك أيضا) أى كون الصور المحرمة مجسمة.

و فيه أولا: أن خبر المناهى ضعيف السند و مجهول الراوى، كما عرفت مرارا.

و ثانيا: ما ذكره السيد في حاشيته: و هو أن ما اشتمل على كلمة النقش (خبر آخر عن النبي (ص) نقله الامام (ع): فلا مقابلة في كلام النبي، و الامام أراد أن ينقل اللفظ الصادر عنه (ع)).

فروع مهمة

تصوير الملك و الجن

الأول: هل يلحق الجن و الملك بالحيوان فيحرم تصويرهما أولا؟ ففيه قولان، و قد يقال بالثاني، كما في الجواهر، و حكاه عن بعض الأساطين في شرحه على القواعد.

و الوجه فيه أن المطلقات المتقدمة و ان اقتضت حرمة التصوير مطلقا إلا أنك قد عرفت أنها مقيدة بالروايات المعتبرة كصحيحة محمد بن مسلم: (لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان) و غيرها، و قد عرفت ذلك آنفا، و عليه فنفي البأس عن تصوير غير الحيوان يقتضى اندراج الملك و الجن تحت الحكم بالجواز، فان من الواضح أنهما ليسا من جنس الحيوان.

و فيه أن المراد من الحيوان هنا ما هو المعروف في مصطلح أهل المعقول من كونه جسما حساسا متحركا بالإرادة، و من البديهي أن هذا المفهوم يصدق على كل مادة ذات روح سواء كانت من عالم العناصر أم من عالم آخر هو فوقه، و عليه فلا قصور في شمول صحيحة محمد بن مسلم للملك و الجن و الشيطان، فيحكم بحرمة تصويرهم.

– تكسر رؤوس التماثيل و تلتخ رؤوس التصاوير و يصلى فيه و لا بأس مجهولة لعبد الله ابن الحسن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٢٩

و دعوى أن الملك من عالم المجردات فليس له مادة، كما اشتهر في ألسنة الفلاسفة، دعوى جزافية. فإنه مع الخدشة في أدلة القول بعالم المجردات ما سوى الله كما حقق في محله. انه مخالف لظاهر الشرع. و من هنا حكم المجلسي (ره) في اعتقاداته بكفر من أنكر جسمية الملك. و تفصيل الكلام في محله.

و إن أبيت إلا إرادة المفهوم العرفي من الحيوان فاللازم هو القول بانصرافه عن الإنسان أيضا، كانصرافه عن الملك و الجن، و لذا قلنا: إن العمومات الدالة على حرمة الصلاة في أجزاء ما لا يؤكل لحمه منصرفه عن الإنسان قطعاً، مع أنه لم يقل أحد هنا بالانصراف، فتحصل أنه لا يجوز تصوير الملك و الجن.

و في حاشية السيد (ره) ما ملخصه: أن كلا من صحيحة ابن مسلم، و ما في خبر تحف العقول (و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني) مشتمل على عقدين عقد ترخيصي و عقد تحريمي، فلا يكونان من الأعم و الأخص المطلقين، لوجود التعارض بين منطوق الصحيحة و بين مفهوم الخبر بالعموم من وجه في الملك و الجن، فان مقتضى الصحيحة هو جواز تصويرهما، و مقتضى مفهوم رواية تحف العقول هو حرمة تصويرهما، و حيث إن الترجيح بحسب الدلالة غير موجود، و المرجح السندی مع الصحيحة، فلا بد من ترجيح ما هو أقوى من حيث السند.

و فيه أولاً: أن خبر تحف العقول ضعيف السند، و مضطرب الدلالة، فلا يجوز العمل به في نفسه فلا عما إذا كان معارضا لخبر صحيح، و قد تقدم ذلك.

و ثانياً: أنا سلمنا جواز العمل به، و لكننا قد حققنا في باب التعادل و الترجيح من الأصول أن أقوائية السند لا تكون مرجحة في التعارض بالعموم من وجه، بل لا بد من الرجوع الى المرجحات الأخرى، و حيث لا ترجيح لكل منهما على الآخر، فيحكم بالتسايق و يرجع الى المطلقات الدالة على حرمة التصوير مطلقاً، و عليه فيحرم تصوير الملك و الجن لهذه المطلقات، إلا أنك قد عرفت أننا أن المطلقات بأجمعها ضعيفة السند، فلا تكون مرجعا في المقام، فلا بد و أن يرجع الى البراءة.

و سيأتي ان صحيحة محمد بن مسلم غريبة عن حرمة التصوير. اللهم إلا أن يقال: إن المتعارف من تصوير الملك و الجن ما يكون بشكل أحد الحيوانات فيحرم من هذه الجهة، و لكن يرد عليه أن من يصور صورة الملك و الجن إنما يقصد صورتها لا صورة الحيوان، و لا بما هو أعم منهما و من الحيوان، إلا أن يكونا معدودين من أفراد الحيوان كما عرفت.

نعم يمكن استفادة الحرمة من صحيحة البقباق المتقدمة، بدعوى أن الظاهر من قوله (ع)

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٠

فيها: (و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه هو المقابلة بين ذى الروح و غيره من حيث جواز التصوير و عدمه، و ذكر الأمور المذكورة فيها إنما هو من باب المثال و الله العالم).

ان حرمة التصوير غير مقيدة بكون الصورة معجبة

الفرع الثاني: ما ذكره المصنف و حاصله: انا إذا عممنا الحكم لغير الحيوان مطلقاً أو مع التجسيم فالظاهر أن المراد به ما كان مخلوقاً لله سبحانه على هيئة خاصة معجبة للناظر، و إلا فلا وجه للحرمة، و على هذا فلا يحرم تصوير الصور لما هو من صنع البشر و إن كان على هيئة معجبة كالسيوف و الابنية و القصور و السيارات و الطائرات و الدبابات و غيرها.

و كذلك لا يحرم تصوير الصور لما هو مخلوق لله و لكن لا بهيئة معجبة كالخشب و القصب و الشطوط و البحار و الأودية و العرصات و نحوها. و من هنا ظهر الاشكال فيما حكاه المصنف عن كاشف اللثام في مسألة كراهة الصلاة في الثوب المشتمل على التماثيل من أنه (لو عمت الكراهة لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام لشبه الأعلام بالأخشاب و القصبات و نحوها، و الثياب المحشوة لشبه طرائقها المخيطة بها، بل الثياب قاطبة أشبه خيوطها الأخشاب و نحوها).

و فيه أولاً: أن ما دل على حرمة التصوير لم يقيد بكون الصورة أو ذى الصورة معجبة فلا- وجه لجعل الإعجاب شرطاً في حرمة التصوير.

و ثانياً: ما ذكره المحقق الايرواني من أن (الإعجاب الحاصل عند مشاهدة الصورة إنما هو من نفس الصورة لكشفها عن كمال مهارة النقاش و لو كانت صورة نمل أو دود، و لذا لا يحصل ذلك الإعجاب من مشاهدة ذى الصورة).

و أما ما حكاه عن كاشف اللثام فيرد عليه أولاً: أن مورد البحث هنا إنما هو الشبه الخاص بحيث يقال في العرف: إن هذا صورة ذاك،

و من البديهي أن مجرد كون الاعلام و الطرائق و الخيوط فى الثياب على هيئة الأخشاب و القصب لا يحقق الشبه المذكورة، و إلا فلا محيص عن الاشكال حتى بناء على اختصاص الحكم بذوات الأرواح لشبه اعلام الثياب و طرائقها المخيط بالحيات و الديدان و نحوهما.

و ثانيا: أنه يعتبر فى حرمة التصوير قصد الحكاية كما سيأتى فى الفرع الآتى، فصانع الثوب لم يقصد شباهته بشيء من ذوات الأرواح و غيرها، بل غرضه نسج الثوب فقط،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣١

و عليه فلا بأس بشباهته بشيء من الحيوانات و غيرها شباهة اتفافية.

نعم إذا قلنا بتعميم الحكم الغير الحيوان مطلقا أو فى الجملة فلا- مناص من الالتزام بانصرافه الأدلة عما هو مصنوع للعباد بديهة أن إيجاد نفس ذى الصورة جائر فيجاء صورته أولى بالجواز.

اعتبار قصد الحكاية فى حرمة التصوير

الفرع الثالث: ما ذكره المصنف ب

قوله هذا كله مع قصد الحكاية و التمثيل، فلو دعت الحاجة الى عمل شيء يكون شبيها بشيء من خلق الله و لو كان حيوانا من غير قصد الحكاية فلا بأس قطعا).

و توضيح كلامه: أنه لا شبهة فى اعتبار قصد حكاية ذى الصورة فى حرمة التصوير، لأن المذكور فى الروايات النهى عن التصوير و التمثيل، و لا يصدق ذلك إذا حصل التشابه بالمصادفة و الاتفاق من غير قصد للحكاية، و هذا نظير اعتبار قصد الحكاية فى صحة استعمال الألفاظ فى معانيها، و بدون ذلك ليس هناك استعمال.

و عليه فإذا احتاج أحد إلى عمل شيء من المكائن أو آلاتها أو غيرها من الأشياء اللازمة على صورة حيوان فلا يكون ذلك حراما، لعدم صدق التصوير عليه بوجه. و المثال الواضح لذلك الطائرات المصنوعة فى زماننا، فإنها شبيهة بالطيور و مع ذلك لم يفعل صانعها فعلا محرما، و لا يتوهم أحد حتى الصبيان أن صانع الطائرة يصور صورة الطير، بل إنما غرضه صنع شيء آخر للمصلحة العامة، و لكونه على هيئة الطير إنما هو اتفاقى. و من هنا لا وجه لما توهمه كاشف اللثام على ما عرفت من أنه (لو عمت الكراهة لتمثيل ذى الروح و غيره كرهت الثياب ذوات الاعلام لشبه الاعلام بالأخشاب). فان النساج لم يقصد الحكاية فى فعله.

و توهم بعضهم أن مراد المصنف من كلامه فى هذا الفرع هو أن يكون الداعى إلى التصوير هو الاكتساب دون التمثيل بأن يكون غرض المصور نظر الناس الى الصور و التماثيل و إعطاء شيء بإزاء ذلك.

و فيه أنه من العجائب، لكونه غريبا عن كلام المصنف، على أنه من أوضح أفراد التصوير المحرم فكيف يحمل كلام المصنف عليه!!

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٢

اعتبار الصدق العرفى فى حرمة التصوير

الفرع الرابع: ما ذكره المصنف أيضا، و هو

(أن المرجع فى الصورة إلى العرف، فلا يقدر فى الحرمة نقص بعض الأعضاء).

و توضيح ذلك: أنه يعتبر فى تحقق الصورة فى الخارج الصدق العرفى، فإن الأدلة المتقدمة التى دلت على حرمة التصوير إنما تقتضى حرمة الصورة العرفية التامة الأعضاء و الجوارح بحيث يصدق عليها أنها مثال بالحمل الشائع و عليه فإذا صور أحد نصف حيوان من رأسه الى وسطه أو بعض أجزائه فإن قدر الباقي موجودا فهو حرام، كما إذا صور إنسانا جالسا لا يتبين نصد بدنه، أو كان بعض أجزائه

ظاهرا و بعضه مقدرا بأن صور إنسانا وراء جدار أو فرس أو يسبح في الماء و رأسه ظاهر و إن قصد النصف فقط فلا يكون حراما، فان الحيوان لا يصدق على بعض أجزائه كرجله و يده و رأسه. نعم إذا صدق الحيوان على هذا النصف كان تصويره حراما، و على هذا فإذا صور صورة حيوان متفرق الأجزاء فلا يكون ذلك حراما، فإذا ركبها كان حراما لصدق التصوير على التركيب، و إذا كان الغرض تصوير بعض الأجزاء فقط ثم بدئ له الإكمال حرم الإتمام فقط، فإنه مع قطع النظر عن الإتمام ليس تصويرا لذى روح و مما ذكرناه ظهر بطلان قول المحقق الايروانى: (إن من المحتمل قريبا حرمة كل جزء جزء أو حرمة ما يعم الجزء و الكل، فنقش كل جزء حرام مستقل إذا لم ينضم اليه نقش بقية الأجزاء، و إلا كان الكل مصداقا واحدا للحرام) الى أن قال: (و يحتمل أن يكون كل فاعلا للحرام، كما إذا اجتمع جمع على قتل واحد. فإن الهيئة تحصل بفعل الجميع، فلو لا- نقش السابق للأجزاء السابقة لم تحصل الهيئة بفعل اللاحق).

على أن المقام لا يقاس باجتماع جمع على قتل واحد، فإن الإعانة على القتل حرام بالروايات المستفيضة بل المتواترة، بخلاف ما نحن فيه، فان التصوير المحرم إنما يتحقق بفعل اللاحق، و تحصل الهيئة المحرمة بذلك. غاية الأمر أن نقش السابق للأجزاء السابقة يكون إعانة على الإثم، و هي ليست بحرام كما عرفت فيما سبق. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٣

جواز أخذ العكس المتعارف

الفرع الخامس: الظاهر من الأدلة المتقدمة الناهية عن التصوير و التمثيل هو النهى عن إيجاد الصورة، كما أن النهى عن سائر الأفعال المحرمة نهى عن إيجادها فى الخارج، و عليه فلا يفرق فى حرمة التصوير بين أن يكون باليد أو بالطبع أو بالصياغة أو بالنسج، سواء أ كان ذلك أمرا دفعيا كما إذا كان بالآلة الطابعة أم تدريجيا.

و على هذا المنهج فلا يحرم أخذ العكس المتعارف فى زماننا، لعدم كونه إيجادا للصورة المحرمة، و إنما هو أخذ للظل، و إبقاء له بواسطة الدواء، فإن الإنسان إذا وقت فى مقابل المكيئة العكاسة كان حائلا بينها و بين النور، فيقع ظله على المكيئة، و يثبت فيها لأجل الدواء فيكون صورة لذى ظل، و اين هذا من التصوير المحرم؟.

و هذا من قبيل وضع شىء من الأدوية على الجدران أو الأجسام الصيقلية لتثبت فيها الاظلال و الصور المرتسمة، فهل يتوهم أحد حرمة من جهة حرمة التصوير، و إلا لزمه القول بحرمة النظر إلى المرأة، إذ لا يفرق فى حرمة التصوير بين بقاء الصورة مدة قليلة أو مدة مديدة!!.

و قد اشتهر انطباع صور الأشياء فى شجرة الجوز فى بعض الأحيان، و لا نحتمل أن يتفوه أحد بحرمة الوقوف فى مقابلها فى ذلك الوقت، بدعوى كونه تصويرا محرما.

و على الاجمال لا نتصور حرمة أخذ العكس المتعارف، لا من جهة الوقوف فى مقابل المكيئة العكاسة، و لا من جهة إبقاء الظل فيها كما هو واضح.

الفرع السادس: قد عرفت آنفا أن المناطق فى حرمة التصوير قصد الحكاية و الصدق العرفى، و عليه فيحرم تصوير الصورة للحيوانات مطلقا سواء ما كان منها فرد لنوع من الحيوانات الموجودة، و ما لم يكن كذلك كالعنقاء و نحوه من الحيوانات الخيالية، و ذلك لإطلاق الأدلة.

الفرع السابع: إذا صور صورة مشتركة بين الحيوان و غيره لم يكن ذلك حراما إلا- إذا قصد الحكاية عن الحيوان، ثم إذا اشترك أشخاص عديدة فى صنعها صورة محرمة، فان قصد كل واحد منهم التصوير المحرم فهو حرام، و إلا فلا يحرم غير تركيب الأجزاء المشتتة الفرع الثامن: قد عرفت فى البحث عن حرمة تغيير الجاهل: أن إلقاء الغير فى الحرام الواقعى حرام، و عليه فلا فرق فى حرمة

التصوير بين المباشرة و التسيب. بل قد عرفت في المبحث المذكور: أن نفس الأدلة الأولية تقتضى عدم الفرق بين المباشرة و التسيب في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٤

إيجاد المحرمات، و على هذا فلا نحتاج في استفادة التعميم إلى القرينة و ملاحظة المناط كما في حاشية السيد (ره).

ما استدل به على حرمة اقتناء الصور المحرمة و الجواب عنه

إشارة

قوله بقى الكلام في جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور.

أقول: هل يجوز اقتناء الصور المحرمة أو لا؟ ففيه قولان: فالمحكي عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي، و عن جامع المقاصد للمحقق الثاني هو الجواز، إلا أن المعروف بين القدماء حرمة بيع التماثيل و ابتياعها و التكسب بها. بل حرمة اقتنائها. و قد استدل على حرمة اقتنائها بوجوه،

الوجه الأول: أن الوجود و الإيجاد في الحقيقة شيء واحد و إنما يختلفان بالاعتبار،

فان الصادر من الفاعل بالنسبة إليه إيجاد، و بالنسبة إلى القابل وجود، فإذا حرم الإيجاد حرم الوجود.

و فيه أن حرمة الإيجاد و إن كان ملازماً لحرمة الوجود إلا ان الكلام هنا ليس في الوجود الاولى الذى هو عين الإيجاد أو لازمه، بل في الوجود فى الآن الثانى الذى هو عبارة عن البقاء، و من البديهي انه لا ملازمة بين الحدوث و البقاء، لا حكماً، و لا موضوعاً، و عليه فما يدل على حرمة الإيجاد لا يدل على حرمة الوجود بقاء، سواء كان صدوره من الفاعل عصياناً أو نسياناً أم غفلةً إلا إذا قامت قرينة على ذلك، كدلالة حرمة تنجيس المسجد على وجوب إزالة النجاسة عنه.

بل ربما يجب إبقاء النتيجة و إن كان الفعل حراماً، كما إذا كتب القرآن على ورق مغصوب، أو بحبر مغصوب، أو كتبه العبد بدون إذن مولاه، أو بنى مسجداً بدون إذنه أو تولد احد من الزنا، فان فى ذلك كله يجب حفظ النتيجة و إن كانت المقدمة محرمة.

و على الجملة ما هو متحد مع الإيجاد ليس مورداً للبحث، و ما هو مورد للبحث لا دليل على اتحاده مع الإيجاد.

لا- يقال: إن النهى عن الإيجاد كاشف عن مبغوضية الوجود المستمر فى عمود الزمان، كما أن النهى عن بيع العبد المسلم من الكافر حدوثاً يكشف عن حرمة ملكيته له بقاء.

فإنه يقال: إن النهى عن بيع العبد المسلم من الكافر إن تم فهو يدل على وجوب إزالة علاقة الكافر عنه كما سيأتى بيان ذلك فى محله، و لا يفرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء، بخلاف ما نحن فيه، إذ قد عرفت: أن مجرد وجود الدليل على حرمة الإيجاد لا يدل على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٥

حرمة الإبقاء إلا إذا كان محفوظاً بالقرائن المذكورة.

على أنا إذا سلمنا الملازمة بين مبغوضية الإيجاد و بين مبغوضية الوجود فإنما يتم بالنسبة إلى الفاعل فقط فيجب عليه إتلافه دون غيره، مع أن المدعى وجوب إتلافه على كل احد فالدليل أخص منه.

الوجه الثانى: أن صنع التصاوير لذوات الأرواح من المحرمات الشرعية،

و قد دل عليه قوله «ع» فى روايته تحف العقول: (و صنع صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحاني) و كل صنع يجيء منها الفساد

محضاً من دون أن يكون فيها وجه من وجوه الصلح فهي محرمة، وقد دل على ذلك ما في روايته تحف العقول من الحصر: (إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً ولا يكون منه وفيه شيء من وجوه الصلاح) وكل ما يجيء منه الفساد محضاً يحرم جميع التقلب فيه، ومنه الاقتناء والبيع، وقد دل عليه قوله «ع» فيها: (و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها). وقوله «ع» فيها أيضاً: (فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهي عنه، الى ان قال: فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلب فيه).

و فيه أولاً: ان الرواية ضعيفة السند فلا يجوز الاستناد إليها في شيء من المسائل الشرعية كما عرفته في أول الكتاب. و ثانياً: قد عرفت انه لا ملازمة بين حرمة عمل شيء و بين حرمة بيعه و اقتنائه و التصرف فيه و التكسب به، و من هنا نقول بحرمة الزنا، و لا نقول بحرمة تربية أولاد الزنا، بل يجب حفظهم لكونهم محقونى الدماء. و ثالثاً: لا- نسلم أن عمل التصاوير مما يجيء منه الفساد محضاً، فإنه كثيراً ما تترتب عليه المنافع المحللة من التعليم و التعلم و حفظ صور بعض الأعظم و نحوه ذلك من المنافع المباحة.

الوجه الثالث: قوله (ص) في الخبر المتقدم: (لا تدع صورة إلا محتوها).

و فيه أولاً: أنه ضعيفة السند. و ثانياً: ما ذكره المحقق الايروانى من انه (وارد في موضوع شخصى فعلت تصاوير المدينة كانت أصناماً و كلابها مؤذيات و قبورها مسنمات).

الوجه الرابع: ما دل [١] على عدم صلاحية اللعب بالتمثيل.

و فيه أولاً: انه ضعيف السند. و ثانياً: ان عدم الصلاحية أعم من الحرمة، فلا يدل

[١] فى ج ١ ثل باب ٣ عدم جواز نقش البيوت بالتمثيل من أحكام المساكن ص ٣١٨ عن مثني رفعه قال: التماثيل لا يصلح ان يلعب بها. مرسله. و مرفوعة. و مجهولة للمثني.

و فى ج ٢ ثل باب ١٢٢ تحريم عمل الصور المجسمة مما يكتسب به ص ٥٦٥: عن-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٦

عليها. و ثالثاً: لو سلمنا دلالة على حرمة اللعب بها فلا ملازمة بين حرمة و حرمة اقتنائها، فإن حرمة اللعب أعم من حرمة الاقتناء. و رابعاً: انه غريب عما نحن فيه، إذ من المحتمل القريب ان يراد من التماثيل فى هذه الطائفة من الرواية الشطرنج و الوجه فى صحة إطلاق التماثيل عليه هو ان القطع التي يلعب بها فى الشطرنج على ستة أصناف، و كل صنف على صورة، كالشاة و الفرزان «١» و الفيل و الفرس و الرخ «٢» و البيذق «٣» و قد صور هذه القطع فى كتاب المنجد فراجع. و يؤيد ما ذكرناه من إرادة الشطرنج من التماثيل انا لا نتصور معنى لحرمة اللعب بالتصاوير المتعارفة كما هو واضح، و عليه فما دل على حرمة اللعب بها إنما هو من أدلة حرمة اللعب بالشطرنج، و لا أقل من الاحتمال، فلا يبقى له ظهور فى إرادة الصور المتعارفة.

الوجه الخامس: صححة البقاي - المتقدمة عند الاستدلال على حرمة التصوير

(عن أبى عبد الله «ع» فى قول الله تعالى «٤»: يَعْْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُونَ مِنْ مَّحَارِبٍ وَ تَمَاثِيلٍ؟ فقال:

و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه). و بدعوى ان ظاهر الرواية ان الامام «ع» أنكر ان شاء سليمان «ع» هذا الصنف من التماثيل، فتكون دالة على مبعوضة وجود التماثيل، و حرمة اقتنائها.

وفيه ان الظاهر من الرواية رجوع الإنكار إلى كون التصاویر المعمولة لسليمان «ع» تصاویر الرجال و النساء، فلا تدل الرواية على مبغوضية العمل فضلا عن مبغوضية المعمول و الوجه فيه هو ان عمل تصاویر الرجال و النساء و اقتنائها من الأمور اللاهية غير اللائقة بمنصب الأعظم و المراجع من العلماء و الروحانيين فضلا عن مقام النبوة، فإن النبي (ص) لا بد و ان يكون راغبا عن الدنيا و زخرفها، و اما عمل الصور و جمعها فمن لعب الصبيان و شغل المجانين و السفهاء، فلا يليق بمنصب النبوة، بخلاف تصاویر الشجر و شبهه، فإنها

على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر «ع» قال: سألته عن التماثيل هل يصلح ان يلعب بها؟ قال: لا. مجهولة لعبد الله بن الحسن.

- (١) الفرزان بضم الفاء و سكران الراء المهملة الملكة في لعب الشطرنج ج فرازين بفتح الفاء، و الكلمة من الدخيل.
- (٢) الرخ بضم الراء المهملة و الخاء المعجمة طائر و همى كبير، الواحدة رخه قطعة من قطع الشطرنج ج رخاخ و رخخه بكسر الراء.
- (٣) البيذق بفتح الباء و سكون الياء الماشى راجلا و منه يذق الشطرنج ج بيذق.
- (٤) سورة سبأ، آية: ١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٧

غير منافية لذلك.

و قد يقال: ان الصانعين للتماثيل هم الجن، و إنما يتم الاستدلال بالرواية على حرمة اقتناء الصور إذا قلنا بحرمة التصوير على الجن كحرمة على الانس، و هو أول الكلام. و فيه ان الكلام ليس في عمل الصور، بل في اقتنائها، و من الواضح انه يعود الى سليمان.

الوجه السادس: حسنة زارة المتقدمة في الحاشية (لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت إذا غيرت رؤوسها منها و ترك ما سوى ذلك).

فإنها بمفهومها دالة على ثبوت البأس إذا لم يغير الرأس.

و فيه ما ذكره المصنف من حمل البأس فيها على الكراهة للصلاة. و عليه فتدل الرواية على جواز اقتناء الصور مع قطع النظر عن الصلاة.

و يؤيده ما في رواية قرب الاسناد [١] من انه (ليس فيما لا يعلم شيء فإذا علم فليزح الستر و ليكسر رؤوس التماثيل). فان الظاهر ان الأمر بكسر رؤوس التصاویر لأجل كون البيت معدا للصلاة. و مع الإغضاء عما ذكرناه و تسليم ان البأس ظاهر في المنع فالرواية معارضة بما دل على جواز الاقتناء كما سيأتي. و يضاف الى جميع ذلك انها ضعيفة السند و مجهولة الراوى.

الوجه السابع: ما دل [٢] على كراهة على «ع» وجود الصور في البيوت،

فإنه بضميمة ما دل [٣] على ان عليا «ع» لم يكن يكره الحلال يدل على حرمة اقتناء الصور في البيوت.

و فيه ان المراد من الحلال الذي كان على «ع» لا يكرهه المباح المتساوى طرفاه، لا ما يقابل الحرمة، لأن عليا «ع» كان يكره المكروه أيضا. و من هنا يظهر ان الكراهة المذكورة في الرواية الأولى أعم من الحرمة و الكراهة المصطلحة. و إذن فلا دلالة فيها أيضا على حرمة اقتناء الصور.

[١] مجهولة لعبد الله بن الحسن. راجع ج ١ ثل باب ٤٤ كراهة الصلاة في التماثيل من لباس المصلى ص ٢٧٤.

[٢] في ج ١ ثل باب ٣ عدم جواز نقش البيوت بالتماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٨ عن حاتم بن إسماعيل عن جعفر عن أبيه ان

عليا كان يكره الصورة في البيوت. مجهولة لحاتم

[٣] في ج ١ كا ص ٣٨٢ باب ٨٠ المعاوضة في الطعام من المعيشة. و ج ٢ التهذيب باب بيع الواحد بالاثنتين ص ١٤٤. و ج ١٠ الوافي باب ٩١ المعاوضة في الطعام ص ٧٩.

و ج ٢ ثل باب ١٥ عدم جواز التفاضل في الجنس الربوي من أحكام الربا ص ٦٠١ في صحيحة أبي بصير «و لم يكن على يكره الحلال».

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٨

الوجه الثامن: رواية الحلبي [١] فقد أمر الإمام «ع» فيها بتغيير رأس الصورة وجعلها كهيئة الشجر،

فتدل على حرمة إبقاء الصور من غير تغيير فيها.

و فيه ان أمر الإمام «ع» بتغيير الصورة في الطنفسة التي أهديت إليه ليس إلا كفعله بنفسه، و من الواضح ان فعل الامام «ع» لا يدل على الوجوب، و لا- يقاس ذلك بسائر الأوامر الصادرة منه «ع» الدالة على الوجوب، و قد تقدم نظير ذلك في البحث عن بيع الدراهم المغشوشة من أمره «ع» بكسر الدرهم المغشوش، و إلقائه في البالوعة، على ان الرواية مرسله، فلا يجوز الاستناد إليها.

الوجه التاسع، صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة (عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان).

فإنها ظاهرة في حرمة اقتناء الصور المحرمة، فإن التماثيل جمع تماثل بالفتح، و يجمع على تماثلات. و عليه فالسؤال عن التماثيل إنما هو سؤال عن الصور الموجودة في الخارج، فلا بد و أن يحمل على الأمور المناسبة لها من البيع و الشراء و الاقتناء و التزين و نحوها، لا على نفس عمل الصور، كما أن السؤال عن بقية الأشياء الخارجية- من المأكولات و المشروبات و المركوبات و المنكوحات و نحوها- سؤال عن الأفعال المناسبة لها، و الطائفة عليها بعد كونها موجودة في الخارج. و إذن فالصحيحة دالة على حرمة اقتناء الصور المحرمة و بيعها و شرائها و التزين بها، كما هو واضح.

قال المحقق الايرواني: (و الجواب أما عن الصحيحة فبعد تسليم السؤال فيها عن حكم الاقتناء و كون اقتنائها من منافعها. أن غاية ما يستفاد منهما ثبوت البأس، و هو أعم من التحريم.

و فيه أن كلمة البأس ظاهرة في المنع ما لم يثبت الترخيص من القرائن الحالية أو المقالية، كما أن مقابلها: أعنى كلمة لا بأس ظاهر في الجواز المطلق.

فالإنصاف أنها ظاهرة في التحريم، إلا أنها معارضة بما دل [٢] على جواز اقتناء الصور

[١] في ١ ثل باب ٤ عدم جواز إبقاء التماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٨: عن الطبرسي في المكارم الأخلاق عن الحلبي عن أبي عبد الله «ع» قال: و قد أهديت إلى طنفسة من الشام عليها تماثيل طائر فأمرت به فغير رأسه فجعل كهيئة الشجر. مرسله. الطنفسة بالمثلثة في الطاء و الفاء البساط و الحصر و الثوب ج طنفس، و الكلمة من الدخيل.

[٢] عن الحلبي قال: قال أبو عبد الله «ع»: ربما قمت فأصلي و بين يدي الوسادة و فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوبا. صحيحة.

و عن محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر «ع»: أصلى و التماثيل قدامي و أنا أنظر إليها؟-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٣٩

فلا بد من حملها على الكراهة، كغيرها من الأخبار المتقدمة لو سلمت دلالتها على الحرمة،

- قال: لا- اطرح عليها ثوبا لا بأس بها إذا كانت عن يمينك أو شمالك أو خلفك أو تحت رجلك أو فوق رأسك و إن كانت في القبلة فألق عليها ثوبا و صل. صحيحة. و أخرجها في ج ١ كا ص ١٠٩ بتفاوت يسير.

راجع ج ١ التهذيب باب ما تجوز الصلاة فيه ص ٢٠٠. و ج ٥ الوافي باب ٥٨ ما لا ينبغي الصلاة عنده ص ٧٣. و ج ١ نل باب ٣٢ كراهة استقبال المصلي التماثيل من مكان المصلي ص ٣٠.

و عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر «ع» قال: لا بأس أن تصلي على كل التماثيل إذا جعلتها تحتك. صحيحة.

و عنه قال: سألت أبا جعفر «ع» عن الرجل يصلي و في ثوبه دراهم فيها تماثيل؟ فقال لا بأس بذلك. صحيحة.

و عن حماد بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الدراهم السود فيها التماثيل أ يصلي الرجل و هي معه؟؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كانت مواراة. صحيحة. و أخرجها في ج ١ كا باب ٦٠ اللباس الذي تكره فيه الصلاة ص ١١٢. و لكن لم يذكر كلمة «بذلك» و تدل على ذلك رواية ليث المرادي، و لكنها ضعيفة السند لمحمد بن سنان. راجع ج ١ التهذيب باب ما تجوز الصلاة فيه من اللباس و المكان ص ٢٤٠. و ج ٥ الوافي ص ٢٣.

و ج ١ نل باب ٤٤ كراهة الصلاة في التماثيل من لباس المصلي ص ٢٧٤.

و في هذه المصادر من يب و الوافي و نل، و في ج ١ كا ص ١٠٩ عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله «ع» سألته عن التماثيل تكون في البساط فتقع عينك عليه و أنت تصلي؟ قال: إن كان بعين واحدة فلا بأس و إن كان له عينان فلا. مرسله.

أقول: قد اشتهر بين الأصحاب قديما و حديثا أن مراسلات ابن أبي عمير من الامارات المعتمدة التي يجب العمل بها كسائر الامارات المعتمدة. و لكن يرد عليه أولا: أنا نرى بالعيان و نشاهد بالوجدان أن في مسندات ابن أبي عمير رجال ضعفاء، كما يتضح ذلك جليا لمن يلاحظ أصول الحديث و كتب الرجال، فنستكشف من ذلك أن مراسلاته أيضا على هذا النهج. و دعوى انه لم يرسل إلا عن الثقة دعوى جزافية. إذ لم يثبت لنا ذلك من العقل و النقل.

و ثانيا: لو سلمنا أنه لم يرسل إلا عن الثقة، و لكن ثبوت الصحة عنده لا يوجب ثبوتها عندنا، لاحتمال اكتفائه في تصحيح الرواية بما لا نكتفي به نحن، و لعنا نعتبر شيئا في -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٠

بل الظاهر من بعضها ان النهي عن اقتناء الصور في البيوت إنما هو من جهة كراهة الصلاة إليها، و عليه فلا يكره الاقتناء في غير بيوت الصلاة. و قد ذكر المصنف هنا جملة من الروايات [١] و لكنها ضعيفة السند.

ثم ان مقتضى العمومات الدالة على حلية البيع و نفوذه هو جواز بيع الصور و ان كان عملها حراما، لعدم الدليل على حرمة بيعها و ضعا و تكليفا، بل الظاهر من بعض الأحاديث الدالة على جواز إبقاء الصور هو جواز بيعها، فان المذكور فيها جواز اقتناء الثياب و البسط و الوسائد التي فيها الصور، و من الواضح جدا انها تبتاع من السوق غالبا، و قد ذكرنا جملة منها في الحاشية، و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أن المحرم هو خصوص تصوير الصور لذوات الأرواح فقط، و أما اقتناؤها و تزيين البيوت بها و بيعها و شراؤها فلا إشكال في جوازها.

قوله و يؤيد الكراهة الجمع بين اقتناء الصور و التماثيل في البيت.

أقول: قد عرفت

رواة الحديث لم يعتبره ابن أبي عمير في هؤلاء. و لا يقاس ذلك بتوثيق النجاشي و أمثاله، و هو واضح.

و في ج ١ نل باب ٤ جواز إبقاء التماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٨: عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر «ع» قال: قال له رجل: رحمك الله ما هذه التماثيل التي أراها في بيوتكم؟

فقال: هذا للنساء أو بيوت النساء. صحيحة.

و في رواية جعفر بن بشير: كانت لعلی بن الحسين (ع) و ساء و أنماط فيها تماثيل يجلس عليها. مرسله.

الى غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المزبورة و غيرها.

[١] قوله و رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الوسادة؟.

أقول: ضعيفة لعثمان بن عيسى. راجع ج ٢ كا ص ٢٢٦. و ج ١١ الوافي باب ١٩٧ الفرش ص ١٠٨. و ج ١ ثل باب ٤ جواز إبقاء

التماثيل من أحكام المساكن ص ٣١٨ قوله و رواية أخرى لأبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: إنا نسط عندنا الوسائد. أقول:

ضعيفة لعلی بن أبي حمزة البطائني. راجع ج ١١ الوافي ص ١٠٩.

قوله و رواية علی بن جعفر عن أخيه عن الخاتم إلخ. و قوله: و عنه عن أخيه «ع» عن البيت إلخ. و قوله: و عن قرب الاسناد عن علی

بن جعفر إلخ. أقول: كلها مجهولة لعبد الله بن الحسن. راجع ج ١ ثل باب ٤٤ كراهة الصلاة في التماثيل من لباس المصلي ص ٢٧٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤١

أنه لا- دليل على حرمة اقتناء الصورة المحرمة، و أن مقتضى الجمع بين ما دل على جواز الاقتناء و بين ما دل على الحرمة هو حمل

الثاني على الكراهة.

و يؤيد ذلك أيضا الأخبار المستفيضة [١] المصرحة بأن الملائكة لا- تدخل بيتا فيه صورة أو كلب أو إناء يبال فيه، و في بعض

أحاديث العامة «١»: لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب و لا صورة تماثيل. و في بعض أحاديثنا [٢] إضافة الجنب إلى الأمور المذكورة.

و وجه التأييد أن وجود الجنب و الكلب و الإناء الذي يبال فيه في البيوت ليس من الأمور المحرمة في الشريعة المقدسة، بل هو

مكروه، و اتحاد السياق يقتضى كون اقتناء الصور فيها أيضا مكروها.

ثم إنه لا- فرق فيما ذكرناه من جواز اقتناء الصور و بيعها و شرائها بين كونها مجسمة و غير مجسمة، لانحداد الأدلة نفيًا و إثباتًا كما

عرفت.

[١] في ج ٢ كا ص ٢٢٦. و ج ١ التهذيب آخر باب اللباس و المكان من الصلاة ص ٢٤٣. و ج ١١ الوافي ص ١٠٧. و ج ١ ثل باب ٣٣

كراهة الصلاة في بيت فيه كلب من مكان المصلي ص ٣٠٠ عن ابن مروان عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): إن جبرئيل

أتاني فقال: إنا معاشر الملائكة لا تدخل بيتا فيه كلب و لا تمثال جسد و لا إناء يبال فيه. مجهولة لابن مروان.

و في رواية عمرو بن خالد إننا لا- ندخل بيتا فيه صورة إنسان. مرسله. و رواها في ج ١ كا ص ١٠٩ بطريق آخر ضعيف لمعلی بن

محمد. و رواها في الموضوع المتقدمة من ثل عن المحاسن بطريق معتبر.

و في ج ٢ كا ص ٢٢٧. و ج ١١ الوافي ص ١٠٨. و ج ١ ثل باب ٤ جواز إبقاء التماثيل التي توطأ من أحكام المساكن ص ٣١٨ عن

رسول الله (ص) قال جبرئيل: إنا لا ندخل بيتا فيه تمثال لا يوطأ، الحديث مختصر. ضعيف لعمرو بن شمر و عبد الله بن يحيى و أبيه. و

غير ذلك من الروايات الكثيرة.

[٢] في ج ١ ثل باب ٣٣ كراهة الصلاة في بيت فيه كلب من مكان المصلي ص ٣٠٠ عن المحاسن عن رسول الله (ص) في حديث:

إن جبرئيل «ع» قال: إنا لا ندخل بيتا فيه كلب و لا جنب و لا تمثال يوطأ. ضعيف لعمرو بن شمر و عبد الله بن يحيى و أبيه.

الظاهر أن النسخة الصحيحة: و لا تمثال لا يوطأ.

(١) راجع ج ٧ ص ٢٦٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٢

حرمه التطفيف و البخس

إشارة

قوله الخامسة التطفيف حرام):

أقول: التطفيف [١] مثل التقليل و زنا و معنى، و المراد به هنا أن يجعل الإنسان نفسه كيالا أو وزانا، فيقلل نصيب المكيال له في إيفائه و استيفائه على وجه الخيانة. و البخس [٢] نقص الشيء عن الحد الذي يوجهه الحق على سبيل الظلم. و كيف كان فلا إشكال في حرمتها عند المسلمين قاطبة. و تدل على ذلك الأدلة الأربعة.

أما الكتاب فقوله تعالى [٣]: (وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ). و قوله تعالى: «١» (وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ). و قوله تعالى «٢»: (وَلَا تَنْقُصُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ). و أما السنة فقد ورد النهي عن البخس و التطفيف في جملة من الروايات [٤] و أما الإجماع فإنه و إن كان

[١] في ج ٢ تفسير التبيان للشيخ الطوسي ص ٧٦٠: المطفف المقلل حق صاحبه بنقصانه عن الحق في كيل أو وزن، و التطفيف التنقيص على وجه الخيانة في الكيل أو الوزن و في مفردات الراغب: طفف الكيل قلل نصيب المكيال له في إيفائه و استيفائه. و عن المصباح: طففه فهو مطفف إذا كان أو وزن و لم يوف.

[٢] في مفردات الراغب: البخس نقص الشيء على سبيل الظلم. و في القاموس:

البخس النقص و الظلم. و في المنجد: بخسه بخسا نقصه و ظلمه.

[٣] سورة المطففين، آية: ٢. في ج ٢ تفسير التبيان ص ٧٦٠. و ج ٦ سنن البيهقي ص ٣٢ عن ابن عباس: لما قدم النبي (ص) المدينة كانوا من أخبث الناس كيلا فأنزل الله (وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ) فأحسنوا الكيل بعد ذلك.

[٤] في ج ١ كا ص ٣٧١. و ج ٢ التهذيب ص ١٢٠. و ج ١٠ الوافي ص ٥٩.

و ج ٢ نل باب ١ استحباب التفقه من آداب التجارة ص ٥٧٤: عن الأصبع بن نباتة قال:

سمعت أمير المؤمنين «ع» يقول على المنبر: يا معشر التجار الفقه ثم المتجر - ثلاثا - الى أن قال: التاجر فاجر و الفاجر في النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق. ضعيفة لأبي جارود و عثمان بن عيسى. و غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة. و ج ٢ المستدرک باب ٣ ما يستحب للتاجر من آداب التجارة ص ٤٦٣.

(١) راجع سورة الأعراف، آية: ٨٣. و سورة هود، آية ٨٦. و سورة الشعراء آية: ١٨٠.

(٢) سورة هود، آية: ٨٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٣

قائما على حرمه التطفيف و البخس، إلا- أنه ليس إجماعا تعبديا، بل من المحتمل القريب أن يكون مدرکه الكتاب و السنة، و أما العقل فلأن تنقيص حق الناس و عدم الوفاء به ظلم.

و قد استقل العقل بحرمة.

و مما ذكرناه ظهر ما في كلام المحقق الايرواني من الوهن حيث قال: الظاهر بل المقطوع به أن التطفيف بنفسه ليس عنوانا من العناوين المحرمة: أعنى الكيل بالمكيال الناقص و كذا البخس في الميزان مع وفاء الحق كاملا). و وجه الوهن أن التطفيف قد أخذ فيه عدم الوفاء بالحق، و البخس هو نقص الشيء على سبيل الظلم، و هما بنفسهما من المحرمات الشرعية و العقلية.

على أنه قد ثبت الذم في الآية الشريفة على نفس عنوان التطفيف، فإن الويل كلمة موضوعة للوعيد و التهديد، و تقال لمن وقع في هلاك و عقاب، و كذلك نهى في الآيات المتعددة عن البخس كما عرفت آنفا. و ظاهر ذلك كون التطفيف و البخس بنفسهما من المحرمات الإلهية

و في ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٤: عن عيون الأخبار عن الرضا «ع» فإنه «ع» جعل البخس في المكيال و الميزان من الكبائر.

أقول: في خاتمة الوسائل ص ٥١٩: و من ذلك طريقه الى الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون، و قد رواه في عيون الأخبار بالسند الأول و الثاني جميعا و رواه أيضا عن حمزة بن محمد العلوي.

أقول: أما الطريق الأول فهو مجهول لعبد الواحد بن محمد بن عبدوس النيشابوري و على ابن قتيبة النيشابوري. و أما الثاني فهو مجهول للحاكم أبي محمد جعفر بن نعيم. و أما الثالث فهو مجهول لحمزة بن محمد العلوي.

و في ج ٢ المستدرک باب ٣٩ تحريم التظاهر بالمنكرات من الأمر بالمعروف ص ٣٩٢:

عن أبي القاسم الكوفي في كتاب الأخلاق عن أبي جعفر «ع» محمد بن علي «ع» قال: إذا ظهر الزناء في أمتي كثر موت الفجأة فيهم و إذا طففت المكيال أخذهم الله بالسنين و النقص. مرسله و في ج ٢ ثل باب ٤١ تحريم التظاهر بالمنكرات من الأمر بالمعروف ص

٥١١: كما بإسناده عن أبي جعفر «ع» قال: وجدنا في كتاب رسول الله (ص): إذا ظهر الزناء من بعدى كثر موت الفجأة و إذا طفف الميزان و المكيال أخذهم الله بالسنين و النقص. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

و في رواية حمران عن أبي عبد الله «ع» في حديث طويل عدّ جملة من الأوصاف المحرمة الى ان قال: و رأيت الرجل معيشته من نجس المكيال و الميزان. حسنة لإبراهيم بن هاشم و حمران

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٤

قوله ثم إن البخس في العدد و الذرع يلحق به حكما و إن خرج عن موضوعه)

. أقول: قد عرفت أن التطفيف و البخس مطلق التقليل و النقص على سبيل الخيانة و الظلم في إيفاء الحق و استيفائه. و عليه فذكر الكيل و الوزن في الآية و غيرها إنما هو من جهة الغلبة، فلا وجه لإخراج النقص في العدد و الذرع عن البخس و التطفيف موضوعا، و إلحاقهما بهما حكما.

صحة المعاملة المطفف فيها و فسادها

قوله و لو وازن الربوى بجنسه طفف في أحدهما فإن جرت المعاوضة إلخ.

أقول قد عرفت أنه لا إشكال في حرمة التطفيف تكليفا، فإجارة نفسه عليه - كإجارة نفسه على سائر الأفعال المحرمة - محرمة و ضعا و تكليفا، كما عرفت مرارا.

و أما الكلام في صحة المعاملة المطفف فيها و فسادها فنقول: إن المعاملة قد تقع على الكلى في الذمة، و قد تقع على الكلى في المعين الخارجي، و قد تقع على الشخص المعين الموجود في الخارج المشار إليه بالإشارة الحسية.

أما على الصورتين الأولتين فلا إشكال في صحة المعاملة و عدم فسادها بالتطفيف الخارجي فإن المعاملة قد انعقدت صحيحة، و لكن البائع، أو من يباشر الإقباض و التسليم طفف في الكيل و الوزن، أو في الذرع و العدد، و هو لا يوجب فسادها، بل يكون الدافع مشغول الذمة بما نقص عن الحق، و لا يفرق في ذلك بين كون المعاملة ربوية أو غير ربوية كما هو واضح.

و على الجملة: إن هاتين الصورتين خارجتان عما نحن فيه.

و أما على الصورة الثالثة فربما يقال: ببطلان المعاملة إذا وقعت على المتاع الخارجى بما أنه مقدر بمقدار كذا فظهر عدم انطباق العنوان الملحوظ فى البيع على المشار إليه الخارجى و وجه البطلان أن ما هو معنون بعنوان كذا غيره موجود فى الخارج، و ما هو موجود فى الخارج غير معنون بذلك العنوان، و توهم إلغاء الإشارة أو الوصف فاسد، فان اللازم هو الأخذ بكليهما، لتعلق قصد المتبايعين بهما.

و فيه أنه لا- وجه للبطلان إذا تخلف العنوان، فإنه ليس من العناوين المقومة، بل هو إما أن يكون مأخوذاً على نحو الشرطية، أو على نحو الجزئية كما سيجىء. و لا يقاس ذلك بتخلف العناوين التى تعد من الصور النوعية عند العرف، كما إذا باع صندوقاً فظهر أنه طبل، أو باع ذهباً فظهر أنه مذهب، أو باع بغلاً فظهر أنه حمار فان البطلان فى أمثالها ليس مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٥

من انفكاك العنوان عن الإشارة، بل من جهة عدم وجود المبيع أصلاً، و قد تقدم ذلك فى البحث عن بيع هياكل العبادة و عن بيع الدراهم المغشوشة.

و ربما يقال: إن المورد من صغريات تعارض الإشارة و العنوان، و تقديم أحدهما على الآخر يختلف بحسب اختلاف الموارد. و فيه أن الكبرى و إن كانت مذكورة فى كتب الشيعة و السنة [١] إلا أنها لا تنطبق على ما نحن فيه، فان البيع من الأمور القصدية، فلا معنى لتردد المتبايعين فيما قصده. نعم قد يقع التردد منهما فى مقام الإثبات من جهة اشتباه ما هو المقصود بالذات. و الذى ينبغى أن يقال: إن الصور المتصورة فى المقام ثلاث، الأولى: أن يكون إنشاء البيع معلقاً على كون المبيع متصفاً بصفة خاصة، بأن يقول: بعثك هذا المتاع الخارجى على أن يكون منا فظهر الخلاف، و هذا لا إشكال فى بطلانه، لا من جهة التطفيف، و لا من جهة تخلف الوصف، بل لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى الإنشاء.

الثانية: أن ينشأ البيع منجزاً على المتاع الخارجى بشرط كونه كذا مقدار ثم ظهر الخلاف، و هذا لا إشكال فى صحته، فان تخلف الأوصاف غير المقومة للصورة النوعية لا يوجب بطلان المعاملة، غاية الأمر أنه يوجب الخيار للمشتري.

الثالثة: أن يكون مقصود البائع - من قوله: بعثك هذا المتاع الخارجى بدينارين على أن يكون كذا مقدار - بيع الموجود الخارجى فقط، و كان غرضه من الاشتراط الإشارة إلى تعيين مقدار العوضين، و وقوع كل منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسط الثمن على أجزاء المثلث، و عليه فإذا ظهر الخلاف صح البيع فى المقدار الموجود و بطل فى غيره، نظير بيع ما يملكك و ما لا يملكك، كالخنزير مع الشاة و الخمر مع الخل.

و الظاهر هى الصورة الأخيرة، فإن مقصود البائع من الاشتراط المذكور ليس إلا بيان مقدار المبيع فقط، من غير تعليق فى الإنشاء، و لا اعتبار شرط فى المعاملة كما هو واضح، هذا كله إذا لم يكن البيع ربوياً.

و أما إذا كان ربوياً، فان كان من قبيل الصورة الأولى بطل البيع للتعليق، مع قطع النظر

[١] فى ج ٢ شرح فتح القدير فى المهر ص ٤٦٤: إن الإشارة و التسمية إذا اجتمعا و المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية، لأنها تعرف ماهية و الإشارة تعرف الصورة، فكان اعتبار التسمية أولى، لأن المعانى أحق بالاعتبار، و إن كان المشار اليه من جنس المسمى إلا- أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للإشارة، لأن المسمى موجود فى المشار اليه ذاتاً و الوصف يتبعه، إلى أن قال: و الشأن فى التخريج على هذا الأصل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٦

عن التخلف، و كون المعاملة ربوية، و إن كان من قبيل الصورة الثانية بطل البيع، لكونه ربوياً، مع قطع النظر عن تخلف الشرط. و إن كان من قبيل الصورة الثالثة قسط الثمن على الاجزاء، و صح البيع فى المقدار الموجود، و بطل فى غيره.

التنجيم**إشارة**

قوله السادسة: التنجيم «١» حرام، و هو كما في جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم.
أقول:

تحقيق المرام يبنى على مقدمتين:**المقدمة الأولى في بيان أمرين:****الأمر الأول: أن أصول الإسلام أربعة:****الأول: الإيمان بالله، والإقرار بوجوده، و كونه صانعا للعالم،**

و بجميع ما يحدث فيه من غرائب الصنع، و آثار الرحمة، و عجائب الخلق، و اختلاف الموجودات من الشمس و القمر و النجوم و الرياح و السحاب و الجبال و البحار و الأشجار و الاثمار، و اختلاف الليل و النهار، فمن أنكر ذلك كان كافرا، كالدهرية القائلين: يكون الأمور كلها تحت سلطان الدهر بلا احتياج الى الصانع، و كفره ثابت بالضرورة من المسلمين، بل و من جميع المليين، و قد دلت الآيات الكثيرة على أن من لم يؤمن بالله و أنكره فهو كافر.

الثاني: الإقرار بتوحيده تعالى،

و يقابله الشرك، و القول: بأن للعالم أكثر من صانع واحد، كما يقوله الثنوية و غيرهم، و كفر منكر التوحيد ثابت بكثير من الآيات- كقوله تعالى «٢»: (إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ) - و الروايات.

الثالث: الإيمان بنبوّه محمد (ص) و الاعتراف بكونه نبيا مرسلا:

(لا- ينطق عن الهوى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى) و من أنكر ذلك- كاليهود و النصرى و أشباههم- كان كافرا يحكم الضرورة من المسلمين، و قد دلت عليه جملة من الآيات و الروايات. و أما الإقرار بالأنبياء السابقين فهو داخل في الإقرار بما جاء به النبي (ص)، فإنكاره يوجب الكفر من جهة التكذيب النبي (ص).

الرابع: الإيمان بالمعاد الجسماني، و الإقرار بيوم القيامة و الحشر و النشر،

و جمع العظام البالية، و إرجاع الأرواح فيها، فمن أنكر المعاد أو أنكر كونه جسمانيا فهو كافر بالضرورة و لا بد و أن يعلم أن الإقرار بهذه الأمور الأربعة له موضوعية في التلبس بحلية الإسلام، و إنكار أى واحد منها في حد نفسه موجب للكفر، سواء كان مستندا الى العناد و اللجاج

(١) نجم من التفعيل رعى النجوم و راقبها ليعلم منها أحوال العالم.

(٢) سورة التوبة، آية: ٢٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٧

أم كان مستندا إلى الغفلة و عدم الالتفات الناشئ عن التقصير أو القصور، و قد دلت الآيات الكثيرة أيضا على كفر منكر المعاد.

الأمر الثاني: أنه يجب على العباد الاعتراف بفرائض الله و سنن رسوله (ص)، و بما جاء به النبي (ص)،

فمن تركها جاحدا و هو عالم بأن إنكاره هذا يستلزم تكذيب النبي (ص) فهو كافر، و إلا فلا ملازمة بين الإنكار و بين الكفر، و من هنا لا يحكم بكفر المخالفين في الظاهر مع إنكارهم الولاية.

و قد دلت الآيات و روايات الفريقين على اعتبار الأمور المذكورة في الإسلام، و حقن الدماء، و حفظ الأموال، ففي موثقة سماعة «١»: (الإسلام شهادة أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله به حققت الدماء و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره جماعة الناس). و في رواية داود بن كثير الرقي «٢»: (إن الله تعالى فرض فرائض موجبات على العباد فمن ترك فريضة من الموجبات و جحدتها كان كافرا). و من طرق العامة «٣» عن رسول الله (ص): (أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله و يؤمنوا بي و ما جئت به فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم و أموالهم).

المقدمة الثانية: أنه لا إشكال في اختلاف الأجرام العلوية

و الكيفيات الخاصة الحاصلة بين الفلكيات بعضها مع بعض، و تأثيرها في الأوضاع الأرضية و الأجسام العنصرية، كتأثير قرب الشمس من خط الاستواء و بعدها عنه في اختلاف الفصول، و كزيادة الرطوبة في الأبدان بزيادة نور القمر و نقصانها بنقصانها، و زيادة أدمغة الحيوانات و ألبانها بزيادة نوره و نقصانها بنقصانها، و زيادة البقول و الثمار نموا و نضجا احمرارا و اخضرارا عند زيادة نور القمر، بل ذكر المحقق البهائي في الحديقة الحلالية ان المزاولين لها يسمعون صوتا من القنأ و القرع و البطيخ عند تمدده وقت زيادة النور، و كزيادة المياه في البحار و الشطوط و الينابيع في كل يوم من النصف الأول من الشهر و نقصانها يوما فيوما في النصف الأخير منه، الى غير ذلك من الآثار الواضحة التي يجوز الاعتقاد بها، و الإخبار عنها، من دون أن يترتب عليه محذور شرعا. و أيضا لا- إشكال في جواز النظر إلى أوضاع الكواكب و سيرها، و ملاحظة اقتران بعضها مع بعض، و الإذعان بها و الإخبار عنها، كالإخبار عن سير الكواكب حركة سريعة من المشرق الى المغرب في يوم و ليلة التي بها يتحقق طلوعها و غروبها، و يتحقق الليل

(١) راجع ج ٣ الوافي ص ١٨.

(٢) راجع ج ٣ الوافي ص ٤٠.

(٣) راجع ج ٨ سنن البيهقي ص ٢٠٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٨

و النهار، كما حقق في الهيئة القديمة، و كالإخبار عن الخسوف و الكسوف، و عن مازجات الكواكب و مقارناتها، و اختفائها و احتراقها، و نحوها من الأمور الواضحة المقررة في علم معرفة التقويم و علم الهيئة، فإن الإخبار عنها- نظير الإخبار عن طلوع الشمس في أول اليوم و عن غروبها في آخره- مبني على التجربة و الامتحان و الحساب الصحيح الذي لا يتخلف غالبا، و من الواضح جدا أنه لا يرتبط شيء منها بما نحن فيه، بل هي خارجة عن علم النجوم.

نعم إذا استند المخبر عن تلك الأمور إلى الظنون غير المعتمدة عقلا و كان كلامه ظاهرا في الإخبار الجزمي كان الإخبار حراما من جهة الكذب، و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من تجويز الأخبار عن سير الكواكب مع الاستناد إلى الأمارات الظنية.

إذا عرفت هاتين المقدمتين فنقول: قد اختلفت الأقوال في جواز تعلم النجوم و تعليمها و النظر فيها مع عدم اعتقاد تأثيرها أصلا و عدم

جوازه.

و تنقيح المسألة و تهذيبها يقع في أمور:**الأول: قال جمع من الفلاسفة: إن للأفلاك نفوسا ترسم فيها صور المقدرات،**

و يقال لها: لوح المحو و الإثبات، و إن الأفلاك متحركة على الاستدارة و الدوام حركة إرادية اختيارية للشبه بعالم العقول: و الوصول الى المقصد الأقصى، و إنما مؤثرة في ما يحدث في عالم العناصر من الموت و المرض و الصحة و الفقر و الغنى، و إن نظام الكل بشخصيته هو الإنسان الكبير، و العقول و النفوس بمنزلة القوى العاقلة و العاملة التي هي مبادئ الإدراكات و التحريكات و النفوس مفوضة إلى النفوس المنطبعة بمنزلة الروح الحيوانى. و على الجملة التزموا بأن الموجودات الممكنة برمتها مفوضة إلى النفوس الفلكية، و العقول الطولية، و أن الله تعالى بعد خلقه العقل الأول منعزل عن التصرف في مخلوقه.

و فيه أنه على خلاف ضرورة الدين، و إجماع المسلمين، و الاعتقاد به كفر و زندقه، لكونه إنكارا للصانع، فإن الأدلة العقلية و السمعية من الآيات و الروايات مطبقة على إثبات الصانع، و إثبات القدرة المطلقة له تعالى، و أن أزمة المخلوقات كلها في قبضة قدرته، يفعل فيها ما يشاء، و لا يسئل عما يفعل و هم يسألون.

إلا- أن يكون مراد الفلاسفة أن الفياض على الإطلاق في جميع الحالات هو البارى تعالى و لكن إفاضة الوجود بواسطة النفوس الفلكية، و هي طرق لوصول الفيض، و ليست مؤثرة في عالم العناصر ليلزم منه إنكار الصانع. و يظهر هذا من كلام جماعة منهم. على أن الظاهر من الآيات و الروايات أن حركة الأفلاك إنما هي حركة قسرية،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٤٩

و بمباشرة الملائكة، فالاعتقاد على خلافه مخالف للشرع، و تكذيب النبى الصادق (ص) في إخباره، فيكون كفرا، و إرادة النفوس الفلكية من الملائكة من تأويلات الملاحدة، كما صرح به المجلسى (ره) في اعتقاداته.

ثم إن الاعتقاد بالأمور المذكورة إنما يوجب الكفر إذا علم المعتقد بالملازمة بينها و بين إنكار الصانع، أو تكذيب النبى (ص)، و إلا فلا محذور فيه، كما عرفت في المقدمة الثانية.

الأمر الثانى: أن يلتزم بتأثير الأوضاع الفلكية و الكيفيات الكوكبية بنفسها في حوادث العوالم السفلية،

كتوسعة الرزق و أنوثة الولد و رجولته و صحة المزاج و سقمه و ازدياد الأموال و نقصانها و غيرها من الخيرات و الشرور، سواء قلنا بالنفوس الفلكية أم لم نقل.

و هو على وجهين، الأول: أن يكون ذلك علة تامه لحدوث الحوادث. و الثانى: أن يكون شريكا للعللة في الأمور المذكورة.

و كلا- الوجهين باطل، لأنه إنكار للصانع، أو لتوحيده جل و علا، و الظاهر أنه لا خلاف في ذلك بين الشيعة و السنة [١] بل قامت الضرورة بين المسلمين على كفر من اعتقد بذلك.

قال العلامة المجلسى في مرآة العقول: (إن القول باستقلال النجوم في تأثيرها كفر و خلاف لضرورة الدين، و أن القول بالتأثير الناقص إما كفر أو فسق). و قال المحقق البهائى فى الحديقة الهلالية: إن الالتزام بأن (تلك الأجرام هي العلة المؤثرة في تلك الحوادث بالاستقلال أو أنها شريكه في التأثير فهذا لا- يحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنى على هذا كفر. الى غير ذلك من كلمات الأعظم الصريحة فيما ذكرناه.

[١] عن ابن أبى الحديد فى شرح نهج البلاغة: إن المعلوم ضرورة من الدين إبطال حكم النجوم، و تحريم الاعتقاد بها، و الزجر عن

تصديق المنجمين.

و في ج ٣ سنن البيهقي ص ٣٥٨ في حديث زيد الجهني قال الشافعي: و أما من قال:

مطرنا بنوء كذا على ما كان بعض أهل الشرك بعنوان من إضافة المطر الى أن أمطره نوء كذا فذلك كفره.

و في الموضوع المزبور عن الجهني عن رسول الله (ص) قال الله: أصبح من عبادي مؤمن و كافر فأما من قال: مطرنا بفضل الله و رحمته فذلك مؤمن بي كافر بالكوكب و أما من قال مطرنا بنوء كذا و كذا فذلك كافر بي مؤمن بالكوكب. و رواه العلامة (ره) مراسلا في ج ١ التذكرة في صلاة الاستسقاء: و رواه صاحب الوسائل أيضا مرسله في ج ٢ ثل باب ١٤ تحريم العمل يعلم النجوم من آداب السفر ص ١٨١.

في لسان العرب مادة نوأ، قال أبو عبيد: الأنواء ثمانية و عشرون نجما معروفة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٠

الأمر الثالث: أن يلتزم بكون أوضاع الكواكب [علامة على حوادث عالم العناصر]

من التقارن و التباعد و الاتصال و التربيع و الاختفاء و غيرها من الحالات - علامة على حوادث عالم العناصر التي تحدث بقدره الله و إرادته: بأن يجعل الوضع الفلاني علامة رجولته الولد، و الوضع الفلاني علامة أنوثته و هكذا، كما أن سرعة حركة النبض علامة على الحمى، و اختلاج بعض الأعضاء علامة على بعض الحوادث المستقبلية، و نصب العلم علامة على التعزية و الرثاء. و هذا الوجه قد اختاره السيد بن طاوس في محكي كلامه في رسالته النجومية، و وافقه عليه جمع من الأعظم، كالمحقق البهائي في الحديقة الهلالية، و السيد الجزائري في شرح الصحيفة السجادية «١». و المحدث النوري في المستدرک «٢» و غيرهم، و حملوا عليه ما روى من صحة علم النجوم و جواز تعلمه.

الأمر الرابع: أن يلتزم بأن الله تعالى قد أودع في طبائع أوضاع الكواكب خصوصيات تقتضي حدوث بعض الحوادث

من غير أن يكون لها استقلال في التأثير و لو بنحو الشركة، و تلك الخصوصيات كالحرارة و البرودة المقتضيتين للإحراق و التبريد. و هذان الوجهان و إن لم يكن الاعتقاد بهما موجبا للكفر بأنفسهما، إلا أنهما باطلان لوجوه الأول: أنه لا طريق لنا الى كشف هذا المعنى في مقام الإثبات و إن كان ممكنا في مقام الثبوت.

الثاني: أن ذلك مناف لإطلاق الروايات [١] الدالة على حرمة العمل بعلم النجوم و جعلها

المطالع في أزمته السنة، و كانت العرب في الجاهلية إذا سقط منها نجم و طلع آخر قالوا:

لا بد من ان يكون عند ذلك مطر أو رياح، فينسيون كل غيث عند ذلك الى ذلك النجم فيقولون مطرنا بنوء الثريا إلخ و إنما سمي نوء لأنه إذا سقط الساقط منها بالمغرب ناء الطالع بالمشرق: أي نهض و طلع.

[١] في ج ٢ ثل باب ١٤ تحريم العمل بعلم النجوم من آداب السفر ص ١٨١. و ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٠ عن عبد الله بن عوف بن الأحمر قال: لما أراد أمير المؤمنين «ع» المسير الى النهر و ان أتاه منجم فقال له: يا أمير المؤمنين لا تسر في هذه الساعة و سر في ثلاث ساعات يمضين من النهار فقال «ع»: و لم ذاك؟ قال: لأنك إن سرت في هذه الساعة أصابك و أصاب أصحابك أذى و ضر شديد و إن سرت في الساعة التي أمرتك ظفرت و ظهرت و أصبت كلما طلبت، فقال له أمير المؤمنين «ع»: تدري ما في بطن هذه الدابة أذكر أم أنتي؟ قال: ان حسبت علمت، قال له أمير المؤمنين «ع»: من صدقك على هذا القول

(١) ص ١٨١.

(٢) ج ٢ ص ٤٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥١
علامة على الحوادث، و ظاهر جملة من

كذب بالقرآن إن الله عنده علم الساعة و ينزل الغيث و يعلم ما فى الأرحام و ما تدرى نفس ماذا تكسب غدا و ما تدرى بأى أرض تموت إن الله عليم خبير ما كان محمد (ص) يدعى ما ادعت أ تزعم أنك تهتدى إلى الساعة التى من سار فيها حاق به الضر؟؟ من صدق بهذا استغنى بقولك عن الاستعانة بالله فى ذلك الوجه و أحوج إلى الرغبة إليك فى دفع المكروه عنه و ينبغى له ان يولييك الحمد دون ربه فمن آمن لك بهذا فقد اتخذك من دون الله ندا و ضدا، ثم قال «ع»: اللهم لا طير إلا طيرك و لا ضير إلا ضيرك و لا خير إلا خيرك و لا إله غيرك بل نكذب و مخالفك و نسير و نسير فى الساعة التى نهيت عنها. ضعيفه لعبد الله ابن عوف و عمر بن سعد و محمد بن على القرشى و غيرهم، و لكن آثار الصدق منها ظاهرة.

و قريب منه ما نقله السيد فى نهج البلاغة رسلا: أعنى الخطبة ٧٦ من خطبه «ع» قوله:
حاق به الضر، أى أحاط به.

و فى الباب المزبور من ج ٢ ثل عن معان الاخبار عن الكابلى قال: سمعت زين العابدين الى ان قال: و الذنوب التى تظلم الهواء السحر و الكهانة و الايمان بالنجوم. ضعيفه لأحمد ابن يحيى بن زكريا و بكر بن عبد الله بن حبيب و غيرهما.
و فى ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٤. و ج ١٤ الوافى ص ١٣٢. و ج ٢ ثل باب ١٤ تحريم العمل بعلم النجوم من آداب السفر ص ١٨١: عن عبد الملك بن أعين قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: انى قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجة فإذا نظرت الى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها و إذا رأيت الطالع الخير ذهبت فى الحاجة؟ فقال لى:
تقتضى؟ قلت: نعم، قال: أحرقت كتبك. حسنة لعبد الملك.

و فى ج ٢ ثل باب ٥٢ عدم جواز تعلم النجوم مما يكتسب به ص ٥٤٤. و ج ٢ المستدرک باب ١١ من آداب السفر ص ٢٣. و ج ٤ مرآة العقول ص ٤١١. و الاحتجاج للطبرسى ص ١٩١ فى حديث احتجاج الصادق «ع» على الزندىق، قال: فما تقول فى علم النجوم؟ قال «ع»: هو علم قلت منافعه و كثرت مضراته لانه لا يدفع به المقدور و لا يتقى و المحذور إن أخبر المنجم بالبلاء لم ينجه التحرز من القضاء و ان أخبر هو بخير لم يستطع تعجيله و ان حدث به سوء لم يمكنه صرفه و المنجم يضاد الله فى علمه بزعمه أن يرد قضاء الله عن خلقه. مرسله.

و فى الباب المذكور من ثل عن المحقق فى المعتمد و العلامة فى التذكرة و الشهيدان قالوا:
من صدق كاهنا أو منجما فهو كافر بما أنزل على محمد (ص). مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٢

الروايات [١] ان لعلم النجوم حقيقة واقعية، و لكن لا يحيط بها غير علام الغيوب، و من

[١] فى ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٠ عن قيس بن سعد قال: كنت كثيرا أساير أمير المؤمنين «ع» إذا سار الى وجه من الوجوه فلما قصد النهروان و صرنا بالمدائن و كنت يومئذ مسائرا له إذ خرج اليه قوم من أهل المدائن، الى ان قال: و كان فيمن تلقاه دهقان و كانت الفرس تحكم برأيه- فى النجوم فجرى بينه و بين على «ع» بعض الأسئلة فقال الدهقان لا- أدرى، ثم قال: على «ع»- لو علمت ذلك لعلمت انك تحصى عقود القصب فى هذه الأجمة و مضى أمير المؤمنين فهزم أهل النهروان قتلهم و عاد بالغنيمه و الظفر، فقال

الدهقان: ليس هذا العلم بما في أيدي أهل زماننا هذا علم مادته من السماء. ضعيفة لأبي جارود زياد من المنذر و في الاحتجاج ص ١٩٣. و الموضوع المذكور من مرآة العقول عن أبان بن تغلب قال: كنت عند ابي عبد الله «ع» إذ دخل عليه رجل من أهل اليمن، الى أن قال «ع»:

ما صناعتك يا سعد؟ فقال: جعلت فداك أنا من أهل بيت تنظر بالنجوم لا يقال: إن باليمن أحدا أعلم بالنجوم منا، الى أن ذكر أبو عبد الله «ع» أمورا فقال له اليماني: ما ظننت أن أحدا يعلم هذا و ما يدري ما كنهه. مرسله.

و في ج ٤ كا بهامش مرآة العقول. و ج ١٤ الوافي ص ١٣١. و ج ٢ نل باب ٥٢ عدم جواز تعلم النجوم مما يكتسب به ص ٥٤٣ عن هشام الخفاف قال: قال لي أبو عبد الله كيف بصيرك بالنجوم؟ قال: قلت: ما خلقت بالعراق أبصر بالنجوم مني، الى أن قال «ع»:

إن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق كلهم. مجهولة لحمد الأزدى و في ج ٤ كا بهامش مرآة العقول ص ٣٣٤. و ج ١٤ الوافي ص ١٣٠. و ج ٢ نل باب ٥٢ عدم جواز تعلم النجوم مما يكتسب به ص ٥٤٣: عن عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله «ع» بعد أن جوز النظر الى النجوم قال: انكم تنظرون في شيء منها كثيرة لا يدرك و قليله لا ينتفع به. ضعيفة لعبد الرحمن بن سيابة. و مجهولة للحسن بن أسباط.

و في ج ١٤ الوافي ص ١٣٢. و ج ٤ كا بهامش مرآة العقول ص ٣٩٦: عن سليمان ابن خالد قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الحر و البرد مما يكونان؟ فأجاب الإمام «ع» بما حاصله: أن المريخ كوكب حار و زحل كوكب بارد فكلما ارتفع المريخ درجة انحط زحل درجة فذلك يشتد الحر في الصيف و إذا انعكس الأمر اشتد البرد كما في الشتاء و شدة البرد في الصيف أحيانا مستندة الى القمر و شدة الحر في الشتاء أحيانا مستندة الى الشمس.

حسنه لإبراهيم بن هاشم. الى غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المتقدمة و غيرها و أكثرها مذكورة في ج ٤ مرآة العقول ص ٤٠٨-٤١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٣

ارتضاه لغيبه، فلا يجوز لغيره أن يجعلها علامة على الحوادث.

و من هنا قال الشهيد في محكي قواعده: (و أما ما يقال: من أن استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار، و غيرها من العاديات. الى أن قال: فهذا لا يكفر معتقده، و لكنه مخطئ أيضا).

الثالث: أن ذلك مناف للاخبار المتواترة الواردة في الحث على الدعاء و الصدقات و سائر وجوه البر، و الدلالة على أنها ترد القضاء الذي نزل من السماء، و أبرم إبراهيم، و أنها ترد البلاء المبرم، و من الواضح جدا أن الالتزام بالوجهين المذكورين إنكار لذلك، و هو مستلزم للكفر من حيث إنه تكذيب النبي (ص)، و لا يفرق في ذلك بين كون الالتزام بأن أوضاع الكواكب مجرد علامة على الحوادث، أو مؤثرة فيها و لو بغير شعور و اختيار نظير الحرارة و البرودة.

لا يقال: قد ورد في بعض الأحاديث [١] أنه يكره التزويج في بعض الإيلام و الساعات لنحوستها كمحاق الشهر، و عند كون القمر في برج العقرب، فيستفاد من ذلك أن سير الكواكب و أوضاعها علامة على بعض الحوادث.

فان ذلك لا ينافي ما قدمناه بعد أن كان المبين له هو الشارع على ألسنة أمثائه، و قد عرفت دلالة بعض الأخبار على أن لعلم النجوم حقيقة، و لكن لا يعلم بها غير علام الغيوب، و من ارتضاه لغيبه.

على أن ذلك أجنبى عما نحن فيه، فان كراهة التزويج في تلك الأوقات ككراهة الصلاة في المواضع المكروهة، و كراهة الجماع في الأوقات المخصوصة، فلا دلالة في ذلك على المطلوب الأمر الخامس: هل يجوز تعلم علم النجوم في حد ذاته من غير إذعان بتأثير الكواكب أم لا؟ نسب الشهيد في محكي الدروس القول بالحرمة الى بعض الأصحاب، و لكن الظاهر

[١] فى ج ٢ التهذيب باب من الزيادات فى فقه النكاح ص ٢٤٢. و ج ٣ ثل باب ٥٤ كراهة التزويج و القمر فى العقرب من مقدمات النكاح ص ١٥: عن محمد بن حمران عن أبى عبد الله «ع»: من تزوج امرأة و القمر فى العقرب لم ير الحسنى. و عن الصدوق روى أنه يكره التزويج فى محاق الشهر.

و فى ج ٢ ثل باب ١١ كراهة السفر و القمر فى برج العقرب من آداب السفر ص ١٨١ عن الكلينى و الصدوق و المحاسن عن أبى عبد الله «ع»: من سافر أو تزوج و القمر فى العقرب لم ير الحسنى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٤

من بعض الأحاديث [١] هو الجواز إذا كان ذلك لمجرد معرفة سير الكواكب و أوضاعها الخاصة وفاقا لجمع من الأعظم رضوان الله عليهم. و أما ما يوههم حرمة تعلم النجوم من أحاديث الشيعة «١» و السنة «٢» فمحمول على غير هذه الصورة و الله العالم.

حفظ كتب الضلال

إشارة

قوله السابعة حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة بلا خلاف.

أقول: قال الشيخ فى غنائم المبسوط: إذا وجد فى المغنم كتب نظر فيها- الى أن قال:- و إن كانت كتب لا يحل إمساكه كالكفر و الزندقه و ما أشبه ذلك لا- يجوز بيعه. ثم حكم بوجوب تمزيقها و إتلافها، و حكم بكون التوراة و الإنجيل من هذا القبيل، لوقوع التحريف فيهما. و نحوه العلامة فى غنائم التذكرة.

ثم إن المراد بكتب الضلال كل ما وضع لغرض الإضلال و إغواء الناس، و أوجب الضلالة و الغواية فى الاعتقادات أو الفروع. فيشمل كتب الفحش و الهجو و السخرية، و كتب القصص و الحكايات و الجرائد المشتملة على الضلالة، و بعض كتب الحكمة و العرفان و السحر و الكهانة و نحوها مما يوجب الإضلال.

و قد استدل على حرمة الحفظ بوجوه:

الأول: حكم العقل بوجوب قلع مادة الفساد.

و فيه أن مدرك حكمه إن كان هو حسن العدل و قبح الظلم- بدعوى أن قلع مادة الفساد حسن، و حفظها ظلم و هتك للشارع- فيرد عليه أنه لا- دليل على وجوب دفع الظلم فى جميع الموارد، و إلا لوجب على الله و على الأنبياء و الأوصياء الممانعة عن الظلم تكويناً، مع أنه تعالى هو الذى أقدر الإنسان على فعل الخير و الشر، و هداه السبيل إما شاكراً، و إما كفوراً.

[١] فى ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٤: عن ابن أبى عمير إنه قال: كنت أنظر فى النجوم و أعرفها و أعرف الطالع فيدخلنى من ذلك شىء فشكوت ذلك الى أبى الحسن موسى بن جعفر «ع» فقال: إذا وقع فى نفسك شىء فتصدق على أول مسكين ثم امض فإن الله يدفع عنك. حسنة لإبراهيم بن هاشم. و قد تقدم فى رواية عبد الملك بن أعين. و رواية عبد الرحمن بن سيابة ما يدل على ذلك.

(١) راجع المصادر المذكورة و ج ١٤ البحار ص ١٤٥-١٥٦.

(٢) راجع ج ٨ سنن البيهقى ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٥

و إن كان مدرك حكمه وجوب الإطاعة و حرمة المعصية، لأمره تعالى بقلع مادة الفساد فلا دليل على ذلك إلا في موارد خاصة، كما في كسر الأصنام و الصلبان و سائر هياكل العبادة. و أما التمسك برواية تحف العقول في استفادة كلية الحكم فسيأتي الكلام فيه. نعم إذا كان الفساد موجب لوهن الحق و سد بابه، و إحياء الباطل و تشييد كلمته و جب دفعه، لأهمية حفظ الشريعة المقدسة، و لكنه أيضا وجوب شرعى في مورد خاص، فلا يرتبط بحكم العقل بقلع مادة الفساد.

الوجه الثاني: قوله تعالى «١»: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ).

فقد قيل «٢» في تفسير الآية: أن يشتري كتابا فيه لهو الحديث، فتشمل حفظ كتب الضلال أيضا. وفيه أولا: أن المذموم في ظاهر الآية هو اشتراء لهو الحديث للإضلال، و من الواضح ان هذا المعنى أجنبي عن حفظ كتب الضلال، لعدم العلم بترتب الغاية المحرمة عليه، غاية الأمر احتمال ترتب الإضلال على الحفظ. و ثانيا: أنا إذا سلمنا ذلك فالمستفاد من الآية حرمة اشتراء كتب الضلال، و لا دلالة فيها على حرمة إبقائها و حفظها بعد الشراء، كما أن التصوير حرام، و أما اقتناؤه فليس بحرام، و الزنا حرام و تربية أولاد الزنا ليس بحرام. و قد تقدم ذلك في البحث عن جواز اقتناء الصور المحرمة.

و ثالثا: أنه قيل «٣»: إن الآية قد نزلت في النضر بن الحارث بن كلة، فإنه كان يشتري كتبها فيها احاديث الفرس من حديث رستم و إسفنديار، و كان يلهي الناس بذلك، و يظرف به ليصدهم عن سماع القرآن و تدبر ما فيه. نظير الجرائد المعروفة في هذا الزمان فإنها مشتملة على الأمور اللاهية التي تصد الناس عن الحق.

و رابعا: ما ذكره المحقق الايرواني من ان المراد من الاشتراء هو التعاطي، و هو كناية عن التحدث به، و هذا داخل في الإضلال عن سبيل الله بسبب التحدث بلهو الحديث و لا إشكال في حرمة الإضلال، و ذلك غير ما نحن فيه من إعدام ما يوجب الإضلال.

(١) سورة لقمان، آية: ٥.

(٢) في ج ٢ تفسير التبيان ص ٤٢٩: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ): أي يستبدل لهو الحديث، قيل في معناه قولان: أحدهما: أن يشتري كتابا فيه لهو الحديث.

الثاني: انه يشتري لهو الحديث عن الحديث.

(٣) راجع الموضوع المزبور من التبيان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٦

الوجه الثالث: قوله تعالى «١»: (وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ).

و فيه ان قول الزور قد فسر بالكذب [١]. و سيأتي في مبحث حرمة الغناء تفسير قول الزور بالغناء في جملة من الروايات، و لا منافاة بين التفسيرين، فان كلا منهما لبيان المصداق، و قد ذكرنا في مبحث التفسير ان القرآن لا يختص بطائفة، و لا بمصداق و إلا لنفد بنفاد تلك الطائفة و انعدم ذلك المصداق، بل القرآن يجرى مجرى الشمس و القمر، كما في عدة من الروايات، و قد ذكرنا جملة منها في مقدمات التفسير، و جمعها في مشكاة الأنوار المعروف بمقدمة تفسير البرهان، و كيف كان فالآية غريبة عما نحن فيه.

لا يقال: إن الآية تدل على إعدام كتب الضلال، لكونها من أظهر مصاديق الكذب بل في كذب على الله و رسوله.

فإنه يقال: غاية ما يستفاد من الآية وجوب الاجتناب عن التكلم بالكذب، و أما إعدامه فلا، و إلا لوجب إعدام جميع ما فيه كذب

كأكثر التواريخ و نحوها، و لم يلتزم به احد من المحصلين فضلا عن الفقهاء.

الوجه الرابع: ان جملة من فقرات رواية تحف العقول تدل على حرمة حفظ كتب الضلال:

منها قوله «ع»: (إنما حرم الله الصناعة التي يجيء منها الفساد محضاً) بدعوى أن مفهوم الحصر يقتضى حرمة الصناعة المحرمة بجميع منافعها، و منها الحفظ.

و فيه ان حرمة الصناعة لا تلازم حرمة إبقاء المصنوع كما تقدم فى مبحث إبقاء الصور المحرمة، فغاية ما تدل عليه الرواية ان تأليف كتب الضلال أو استنساخها من المحرمات، لصدق الصناعة عليهما، و لا تدل على حرمة الإبقاء.

و منها قوله «ع»: (و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً- الى قوله «ع»-) و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها). و فيه ان صدق التقلب على الحفظ ممنوع خصوصاً إذا كان غرض الحافظ عدم وقوع كتب الضلال فى أيدي الناس لتوجب إضلالهم.

و منها قوله «ع»: (أو يقوى به الكفر و الشرك فى جميع وجوه المعاصى أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه).

و فيه ان الكبرى و ان كانت مسلمة، و لكن للمناقشة فى الصغرى مجالا واسعا، لمنع كون الحفظ تقوية للكفر و اهانة للحق، كما هو واضح، الا ان يكون بهذا الداعى.

[١] فى ج ٢ تفسير التبيان ص ٣٠٤: (و اجتنبوا قول الزور): يعنى الكذب، و روى أصحابنا انه يدخل فيه الغناء و سائر الأقوال الملهية.

(١) سورة الحج، آية: ٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٧

و يضاف الى جميع ما ذكرناه من الأجوبة أنها ضعيفة السند و غير منجبرة بشيء كما تقدم، فلا تصلح أن تكون مستندا لشيء من الأحكام الشرعية.

الوجه الخامس: حسنة عبد الملك بن أعين التى تقدمت فى مبحث التنجيم،

حيث سأل عن ابتلائه بالنجوم (فقال لى: تقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرق كتبت).

و فيه أن مقتضى التفصيل فيها القاطع للشركة هو جواز الحفظ مع عدم الحكم.

الوجه السادس: الإجماع.

و فيه أولا: أنا لا نسلم تحققه على المطلوب، و لذا قال فى الحقائق، ما حاصله: أنه لا دليل على حفظ كتب الضلال. و أما الوجوه التى أقاموها على حرمة فهى تخمينية اعتبارية لا يجوز الاعتماد عليها فى الأحكام الشرعية.

و ثانيا: لو سلمنا تحققه على المطلوب فليس إجماعا تعديدا، لاحتمال استناده الى الوجوه المذكورة فى المسألة. و لو سلمنا جميع ذلك فالمتيقن من الإجماع ما يترتب عليه الإضلال خارجا، و لا ريب أن حرمة إضلال الناس عن الحق من الضروريات بين المسلمين، فلا يحتاج فى إثباتها إلى الإجماع.

ثم لو سلمنا حرمة حفظ كتب الضلال فإنه لا بأس بحفظها لردّها، أو إظهار ما فيها من العقائد الخرافية و القصص المضحكة و الأحكام الواهية، و مما ذكرناه ظهر حكم المعاملة عليها وضعا و تكليفا، و كذلك ظهر حكم كتب المخالفين المدونة فى الفقه و العقائد و

الأخبار و غيرها.

حرمة حلق اللحية

إشارة

و لا بأس بالتعرض لحرمة حلق اللحية إجابة لالتماس بعض الأفاضل. فنقول: المشهور بل المجمع عليه بين الشيعة و السنة [١] هو حرمة حلق اللحية،

و قد استدل عليها بوجوه:

إشارة

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٥: الحنفية قالوا: يحرم حلق لحيه الرجل، و يسن ألا تزيد فى طولها على القبضة. المالكية قالوا: يحرم حلق اللحية. و فى ص ٤٦ الحنابلة قالوا يحرم حلق اللحية. و فى ص ٤٤ الشافعية قالوا: أما اللحية. فإنه يكره حلقها و المبالغة فى قصها و فى ج ١ سنن البيهقى ص ٥٢ باب سنة المضمضة عن عائشة قالت: قال رسول الله (ص) عشر من الفطرة قص الشوارب و إعفاء اللحية، الحديث.

و فى ص ١٤٩: عن ابن عمر عن النبى (ص) قال: ألعفوا اللحي و أحفوا الشوارب و فى ص ١٥٠ عنه (ص): جزوا الشوارب و أرخوا اللحي و خالفوا المجوس.

و فى ج ٧ سنن البيهقى ص ٣١١ عن النبى (ص) نهى عن نتف الشيب و قال: إنه من نور الإسلام. و عنه (ص): لا- نزعوا الشيب، الحديث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٨

الوجه الأول: قوله تعالى «١» فى التحدث عن قول الشيطان: (وَأْمُرْهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ).

بدعوى أن حلق اللحية من تغيير الخلقه، و كل ما يكون تغييرا لها فهو حرام. و فيه أنه إن كان المراد بالتغيير فى الآية المباركة تغييرا خاصا فلا شبهة فى حرمة على إجماله، و لكن لا دليل على كون المراد به ما يعم حلق اللحية، و إن كان المراد به مطلق التغيير فالكبرى ممنوعه، ضرورة عدم الدليل على حرمة تغيير الخلقه على وجه الإطلاق، و إلا لزم القول بحرمة التصرف فى مصنوعاته تعالى حتى بمثل جرى الأنهار و غرس الأشجار و حفر الآبار و قطع الأخشاب و قلم الأظفار و غيرها من التغييرات فى مخلوقاته سبحانه.

و الظاهر أن المراد به تغيير دين الله الذى فطر الناس عليها وفاقا للشيخ الطوسى (ره) فى تفسيره [١]. و يدل عليه قوله تعالى «٢»: (فَطَرَتِ اللَّهُ النَّاسَ عَلَىٰهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ). و قد نقل الشيخ (ره) فى تفسير الآية أقوالا شتى، و ليس منها ما يعم حلق اللحية.

الوجه الثانى: ما فى جملة من الروايات [٢] من الأمر بإعفاء اللحي و حف الشوارب، و النهى عن التشبه باليهود و المجوس.

[١] في ج ١ تفسير التبيان ص ٤٧١ وقوله تعالى: (وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ). □

اختلفوا في معناه، فعن ابن عباس فليغيرن دين الله، وروى ذلك عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام. وقال مجاهد: كذب عكرمة في قوله: إنه الإحصاء، وإنما هو تغيير دين الله الذي فطر الناس عليه في قوله: فطرت الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم. وقال قوم: هو الوشم. وقال عبد الله: لعن الله الواشمات والموتشمات والمتفلجات المتغيرات خلق الله. وأقوى الأقوال قول من قال: فليغيرن خلق الله، بمعنى دين الله، بدلالة قوله: فطرت الله، الآية. ويدخل في ذلك جميع ما قاله المفسرون، لأنه إذا كان ذلك خلاف الدين فالآية تناوله، انتهى كلامه بأدنى تفاوت.

[٢] في ج ١ ثل باب ٦٧ عدم جواز حلق اللحية من آداب الحمام ص ٨٠. و ج ٤ الوافي باب جز اللحية ص ٩٩: عن الصدوق قال: قال رسول الله (ص): حفوا الشوارب وأعفوا اللحي ولا تشبهوا باليهود. مرسله.

قال: وقال رسول الله (ص): إن المجوس جزوا لحاهم ووفروا شواربهم وأما نحن نجز الشوارب ونعفى اللحي وهي الفطرة. مرسله. وفي الباب المزبور من ثل عن معاني الأخبار بإسناده عن علي بن غراب عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله (ص): حفوا الشوارب وأعفوا اللحي ولا تشبهوا بالمجوس. ضعيفة للحسين بن إبراهيم وموسى بن عمران النخعي والحسين بن يزيد وعلي بن غراب.

(١) سورة النساء، آية: ١١٨.

(٢) سورة الروم، آية: ٢٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٥٩

وفيه أولاً: أنها ضعيفة السند. وثانياً: أنها لا تدل على الوجوب، فإن من الواضح جداً أن إعفاء اللحي ليس واجباً، بل الزائد عن القبضة الواحدة مذموم. نعم غاية الأمر أنه يستفاد منها الاستحباب. أقول: الظاهر أن الأمر بالإعفاء عقيب الإحفاء ثم النهي عن التشبه باليهود ما ذكره المحدث القاساني «ره» بعد نقل الحديث من أن (اليهود لا يأخذون من لحاهم، بل يطيلونها، فذكر الإعفاء عقيب الإحفاء ثم النهي عن التشبه باليهود دليل على أن المراد بالإعفاء أن لا يستأصل ويؤخذ منها من دون استقصاء، بل مع توفير وإبقاء بحيث لا يتجاوز القبضة فتستحق النار). وعلى هذا فلا دلالة في ذلك على حرمة حلق اللحية، لأن الأمور به حينئذ هو الإعفاء وإبقاء اللحية بما لا يزيد على القبضة، وهو ليس بواجب قطعاً.

وأما النهي عن التشبه بالمجوس عقيب الإعفاء والإحفاء فالمراد به أن لا تعلق اللحية، وتترك الشوارب، كما يصنعون (قال رسول الله: إن المجوس جزوا لحاهم ووفروا شواربهم وأما نحن نجز الشوارب ونعفى اللحي وهي الفطرة) وعليه فلا يدل هذا النهي على حرمة حلق اللحية وترك الشوارب معاً، فإن نفى التشبه يحصل بفعل أى منهما.

و أما ما يقال: من أن الروايات لا تدل على وجوب الإعفاء: لاشتمالها على قص الشوارب، وهو مستحب اتفاقاً. ففيه أن ظهور الأمر في الوجوب إنما ترفع اليد عنه بمقدار ما ثبت فيه الترخيص، وقد حققنا ذلك في موضعه.

الوجه الثالث: رواية الجعفریات [١] الدالة على أن حلق اللحية من المثلة، ومن مثل فعله لعنة الله.

وفيه أولاً: أنها مجهولة السند. وثانياً: أن المثلة هو التنكيل بالغير بقصد هتكه وإهانته

[١] في ج ١ المستدرک ص ٥٩ عن علي «ع» قال: قال رسول الله (ص): حلق اللحية من المثلة ومن مثل فعله لعنة الله. مجهولة

لموسى بن إسماعيل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٠

بحيث تظهر آثار فعل الفاعل بالمنكل به، و عليه فتكون الرواية دالة على حرمة هتك الغير بإزالة لحيته، لكون ذلك مثله و المثلة محرمة، فلا ترتبط بحلق اللحية بالاختيار، سواء أ كان ذلك بمباشرة نفسه أم بمباشرة غيره.

و ثالثا: أن اللعن كما يجتمع مع الحرمة فكذلك يجتمع مع الكراهة أيضا، فترجيح أحدهما على الآخر يحتاج إلى القرينة المعينة. و يدل على هذا ورود اللعن على فعل المكروه في موارد عديدة، و قد تقدمت في مسألة الوصل و النمص «١» و من تلك الموارد ما في وصية النبي «ص» لعلى «ع» (قال: يا على لعن الله ثلاثة: آكل زاده وحده و راكب الفلاة وحده و النائم في بيت وحده).

و من ذلك يظهر بطلان الفرق بين اللعن المطلق و بين كون اللعن من الله أو من رسوله بتوهم أن الأول يجتمع مع الكراهة، لكونه ظاهرا في العبد المطلق، بخلاف الثانى، فإنه يختص بالحرمة، لكونه ظاهرا في إنشاء الحرمة. اللهم إلا أن يقال: إن الرواية المذكورة ضعيفة السند، و لم نجد في غيرها ورود اللعن من الله على فعل المكروه، و عليه فلا بأس في ظهور ذلك في الحرمة.

الوجه الرابع: ما دل [١] على عدم جواز السلوك مسلك أعداء الدين.

و من شعارهم حلق اللحية.

و فيه أولا: أنه ضعيف السند. و ثانيا: أن السلوك مسلك أعداء الدين عبارة عن اتخاذ سيرتهم شعارا و زيا، و هذا لا يتحقق بمجرد الاتصاف بوصف من أوصافهم.

الوجه الخامس: قوله ص «٢» لرسولى كسرى (ويلكما من أمركما بهذا؟)

قالا: أمرنا بهذا ربنا يعينان كسرى فقال رسول الله (ص): (لكن ربي أمرنى بإعفاء لحيتى و قص شواربى).

و فيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: ما تقدم من أن المأمور به إنما هو الإعفاء و هو ليس بواجب قطعاً.

[١] فى ج ١ ثل باب ١٩ كراهة لبس السواد من لباس المصلى ص ٢٦٦: عن الفقيه بإسناده عن الصادق «ع» إنه قال: أوحى الله الى نبي من أنبيائه: قل للمؤمنين لا تلبسوا لباس أعدائى و لا تطعموا مطاعم أعدائى و لا تسلكوا مسالك أعدائى فتكونوا أعدائى كما كما هم أعدائى. ضعيفة للنوفلى.

(١) ص ٢٠٤.

(٢) راجع ج ١ المستدرک ص ٥٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦١

الوجه السادس: قوله «ع» [١]: (أقوام حلقوا اللحي و فتلوا الشوارب فمسخوا).

و فيه أن الرواية و إن كانت ظاهرة فى الحرمة، إلا أنها ضعيفة السند.

الوجه السابع: و هو العمدة صحيحة البنظلى [٢] الدلالة على حرمة حلق اللحية و أخذها و لو بالتنف و نحوه. و تدل على ذلك أيضا السيرة القطعية بين المتدينين المتصلة إلى زمان النبي (ص)، فإنهم ملتزمون بحفظ اللحية، و يذمون حالقها، بل يعاملونه معاملة الفساق فى الأمور التى تعتبر فيها العدالة. و يؤيد ما ذكرناه دعوى الإجماع عليه، كما فى كلمات جملة من الأعلام، و عدم نقلهم الخلاف فى

المقام من الشيعة و السنة، كما هو كذلك و الله العالم.

[١] فى ج ١ كا بهامش مرآة العقول باب ما يفصل به بين دعوى المحق و المبطل فى أمر الإمامة ص ٢٥٤. و ج ٢ الوافى ص ٣٣. و ج ١ نل باب ٥٦ عدم جواز حلق اللحية من آداب الحمام ص ٨٠ عن حبابه الوالبيه قالت: رأيت أمير المؤمنين «ع» فى شرطه الخميس و معه درة لها سبابتان يضرب بها يباعى الجرى و المارماهى و الزمار و يقول لهم: يا يباعى مسوخ بنى إسرائيل و جند بنى مروان، فقام إليه فرات بن أحنف فقال: يا أمير المؤمنين و ما جند بنى مروان؟ قال فقال له: أقوام حلقوا اللحي و فتلوا الشوارب فمسخوا إلخ.

مجهولة لمحمد بن إسماعيل و عبد الله بن أيوب و عبد الله بن هاشم و غيرهم.

قال فى مرآة العقول: الوالبيه نسبة الى والبه موضع بالبادية من اليمن. و فى النهاية:

الشرطة أول طائفة من الجيش تشهد الواقعة. و الخميس و منهم من يشدد و لعله تصحيف الجيش سمي به لأنه مقسوم بخمسة أقسام: المقدمة و الساقه و الميمنة و الميسرة و القلب.

وقيل: لأنه تخمس فيه الغنائم، انتهى.

و الدرّة بكسر الدال و تشديد الراء السوط. و السبابه بالتخفيف رأس السوط.

و الجرى بكسر الجيم و تشديد الراء و الياء نوع من السمك لا- فلوس له، و كذا المارماهى بفتح الراء، و كذا الزمار بكسر الزاء و تشديد الميم.

و المسوخ بضم الميم و السين جمع المسخ بالفتح و إنما سموا بالمسوخ، لكونها على خلقتها، و ليست من أولادها، لأنهم ماتوا بعد ثلاثة أيام كما ورد فى الخبر. و جند بنى مروان قوم كانوا فى الأمم السالفة. انتهى كلام المجلسى.

[٢] فى ج ١ نل باب ٥٢ استحباب تخفيف اللحية من آداب الحمام ص ٨٠ عن محمد بن إدريس فى آخر السرائر نقلا- عن جامع البنزطى صاحب الرضا «ع» قال: و سألته عن الرجل هل يصلح له أن يأخذ من لحيته؟ قال: أما من عارضيه فلا بأس و أما من مقدمها فلا.

صحيحه. و رواها على بن جعفر فى كتابه، إلا أنه قال فى آخرها: فلا يأخذ.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٢

و موضوع حرمه حلق اللحية هو إعدامها، و عليه فلا يفرق فى ذلك بين الحلق و النتف و غيرهما مما يوجب إزالة الشعر عن اللحية. أما مقدار اللحية فى جانب الفلة فلم يرد فى تحديده نص خاص، فالمدار فى ذلك هو الصدق العرفى، و على هذا فإذا أخذت بمثل المكينة و المقرض أو غيرهما- بحيث لم تصدق اللحية على الباقي- كان حراما.

موضوع الرشوة و حقيقتها

إشارة

قوله الثامنة الرشوة حرام.

أقول: لم نجد نصا من طرق الخاصة و من طرق العامة يحقق موضوع الرشوة، و يبين حقيقتها، غير أنه ورد فى بعض الروايات أنها تكون فى الأحكام، و لكنها لم توضح أن الرشوة هل هى بذل المال على مطلق الحكم، أو على الحكم بالباطل؟ بل لا يفهم منها الاختصاص بالأحكام، و إلا لما صح إطلاقها فى غيرها.

و كيف كان فلا بد فى تحقيق مفهومها من الرجوع الى العرف و اللغة و كلمات الأصحاب.

ففى المستند «١» أن مقتضى كلام الأكثر و المتفاهم فى العرف أن الرشوة عامة لكل ما يدفع من المال للحاكم، سواء أ كان لحق أم كان لباطل، و حكى ذلك عن تصريح والده، ثم قال و هو الظاهر من القاموس و الكنز و مجمع البحرين. و يدل عليه استعمالها فيما أعطى للحق فى الصحيح عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول عن منزله فيسكنه غيره؟ قال: لا بأس فإن الأصل فى الاستعمال إذا لم يعلم الاستعمال فى غيره الحقيقة، كما حقق فى موضعه. انتهى ملخص كلامه، و سذكر الرواية فى البحث عن حكم الرشوة فى غير الاحكام و عن حاشية الإرشاد إن الرشوة ما يبذله المتحاكمان. و فى كلمات جماعة ان الرشوة ما يبذله المحقق ليحكم له بحق بحيث لو لم يبذله لأبطل حقه، و لحكم عليه بالباطل، الى غير ذلك من كلمات الأصحاب بمضامين مختلفة. و المتحصل من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و من أهل العرف و اللغة [١] مع ضم

[١] فى مجمع البحرين: رشا، فى الحديث لعن رسول الله (ص) الراشى و المرتشى و الرائش: يعنى المعطى للرشوة و الآخذ لها و الساعى بينهما يزيد لهذا و ينقص لهذا و هو الرائش. و الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم و غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد و قل ما تستعمل إلا فيما يتوصل به الى إبطال حق أو تمشية باطل. و كذلك ما عن المصباح. و فى القاموس: الرشوة مثلثة الجعل ج رشى «بالفتح»

(١) ج ٢ ص ٥٢٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٣

بعضها الى بعض أن الرشوة ما يعطيه أحد الشخصين للآخر لإحقاق حق أو تمشية باطل أو للتملق، أو الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة، أو فى عمل لا يقابل بالأجرة و الجعل عند العرف و العقلاء و إن كان محطاً لغرضهم و مورداً لنظرهم. بل يفعلون ذلك العمل للتعاون و التعاضد فيما بينهم، كإحقاق الحق، و إبطال الباطل، و ترك الظلم و الإيذاء أو دفعهما، و تسليم الأوقاف - من المدارس و المساجد و المعابد و نحوها - الى غيره، كأن يرشو الرجل على ان يتحوله عن منزله فيسكنه غيره، أو يتحوله عن مكان فى المساجد فيجلس فيه غيره، الى غير ذلك من الموارد التى لم يتعارف أخذ الأجرة عليها. نعم ما ذكره فى القاموس من تفسير الرشوة بمطلق الجعل محمول على التفسير بالأعم، كما هو شأن اللغوى أحياناً، و إلا لشم الجعل فى مثل قول القائل: من رد عبدى فله ألف درهم، مع انه لا يقول به أحد.

حرمة الرشوة

ما حكم الرشوة؟ الظاهر بل الواقع لا خلاف بين الشيعة و السنة [١] فى الجملة للآخذ و المعطى، بل عن جامع المقاصد أجمع أهل الإسلام على تحريم الرشا فى الحكم، سواء أ كان الحكم لحق أم لباطل، و سواء أ كان للباذل أم عليه. و فى تجارة المسالك على تحريمه إجماع المسلمين.

و تدل على حرمتها فى الجملة الروايات المتظاهرة «و سذكرها فى الحاشية». و قوله تعالى «١»: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ﴾.

ورشى «بالكسر». و فى المنجد: الرشوة مثلثة ما يعطى لإبطال حق أو إحقاق باطل. و فى أقرب الموارد: رشا مرشاة صانعه، و الرشوة مثلثة ما يعطى لإبطال حق أو إحقاق باطل، و ما يعطى للتملق.

و عن النهاية: الرشوة الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة، فالراشى الذى يعطى ما يعينه، فاما ما يعطى توصلًا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير

داخل فيه.

[١] فى ج ١٠ سنن البيهقى ص ١٣٩: عن عبد الله بن عمر قال: لعن رسول الله (ص) الراشى و المرتشى. و فى حديث آخر عن السحت فقال: الرشا.

و فى ج ٥ شرح فتح القدير ص ٤٦٧: يحرم قبول الهدية عند الخصوصية.

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٤

و وجه الدلالة انه تعالى نهى عن الأدلاء بالمال الى الحكام لإبطال الحق و إقامة الباطل حتى يأكلوا بذلك فريقا من أموال الناس بالإثم و العدوان. و هذا هو معنى الرشوة، و إذا حرم الإعطاء حرم الأخذ أيضا، للملازمة بينهما.

لا يقال: إن الآية إنما نزلت فى خصوص أموال اليتامى و الوديعه و المال المتنازع فيه، و قد نهى الله تعالى فيها عن إعطاء مقدار من تلك الأموال للقضاء و الحكام لأكل البقية بالإثم و العدوان، و على هذا فهى أجنبية عن الرشوة.

فإنه يقال: نعم قد فسرت الآية الشريفه بكل واحد من الأمور المذكورة [١] إلا أن هذه التفاسير من قبيل بيان المصدق، و القرآن لا يختص بطائفة، و لا بمصدق، بل يجرى كجرى الشمس و القمر، كما دلت عليه جملة من الروايات، و قد ذكرناها فى مقدمه التفسير

على أن فى مجمع البحرين عن الصحاح إن قوله تعالى: (وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ) يعنى الرشوة و قد يتوهم ان الآية ليست لها تعرض لحكم الرشوة، فإن قوله تعالى: (وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ) ظاهر فى ان المحرم هو الأدلاء بأموال الناس الى الحكام ليستعين بهؤلاء على

أكل فريق آخر من أموال الناس بالإثم، و من المعلوم ان الرشوة هى ما يعطيها الراشى من مال نفسه لإبطال حق أو إحقاق باطل.

و فيه أولا: ان الرشوة فى العرف و اللغة أعم من ذلك، كما تقدم، فلا وجه للتخصيص بقسم خاص.

و ثانيا: انه لا ظهور فى الآية المباركة فى كون المدفوع الى الحكام مال الغير، بل هى أعم من ذلك، أو ظاهرة فى كون المدفوع مال المعطى. و مجمل القول ان حرمة الرشوة فى الجملة من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين، فلا حاجة الى الاستدلال

عليها.

ثم ان تفصيل الكلام فى أحكام الرشوة ان القاضى قد يأخذ الرشوة من شخص ليحكم له بالباطل مع العلم ببطلان، الحكم، و قد يأخذها ليحكم للباذل مع جهله، سواء طابق حكمه الواقع أم لم يطابق، و قد يأخذها ليحكم له بالحق مع العلم و الهدى من الله تعالى.

اما صورتان الأوليان فلا شبهة فى حرمتها، فان الحكم بالباطل، و الإفتاء و القضاء مع الجهل بالمطابقة للواقع محرمان بضرورة الدين و إجماع المسلمين، بل هما من الجرائم

[١] فى ج ١ تفسير التبيان ص ٢٠٨ قوله تعالى: (وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ). و قيل فى معناه قولان: أحدهما: قال ابن عباس و الحسن و

قتادة: إنه الوديعه و ما تقوم به بينه.

الثانى: قال الجبائى فى مال اليتيم الذى فى يد الأوصياء.

و فى مجمع البحرين عن الصحاح (و تدلوا بها الى الحكام): يعنى الرشوة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٥

الموبقة و الكبائر المهلكة.

و يدل على حرمتها أيضا العقل و الكتاب [١] و السنة [٢].

و على هذا فمقتضى القاعدة حرمة الرشوة فى كلتا صورتين لما عرفت فى أوائل الكتاب من حرمة المعاملة على الأعمال المحرمة

وضعا و تكليفا، على أن الروايات من الشيعة [٣]

خويي، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٢٦٥

[١] في سورة المائدة، آية: ٤٨، قوله تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ).

و في سورة الانعام آية: ١١٦ قوله تعالى (إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ) و في سورة يونس، آية: ٣٧. و سورة النجم، آية: ٢٩ قوله تعالى (إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا).

و في سورة يونس أيضا آية: ٦٠ قوله تعالى (قُلْ أَللَّهُ أَذْنُ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ).

و في سورة بنى إسرائيل آية: ٣٨ قوله تعالى (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ).

[٢] راجع ج ٣ ثل باب ٦ عدم جواز القضاء بالرأى من أبواب صفات القاضي، و ج ٢ كا ص ٣٥٧. و ج ٩ الوافي باب خطر الحكومة ص ١٣٢. و ج ١ الوافي باب النهى عن القول بغير علم ص ٤٨. و ج ٣ المستدرک باب ٦ عدم جواز القضاء بالرأى من صفات القاضي ص ١٧٥. و ج ١٠ سنن البيهقي ص ١١٦.

[٣] في ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به ص ٥٣٨: عن الصدوق في وصية النبي (ص) قال: يا على من السحت ثمن الميتة و الرشوة في الحكم. أقول: رجال سند هذه الوصية مجاهيل لا طريق الى الحكم بصحتها و اعتبارها من جهته. و عن الخصال بإسناده عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبد الله «ع»: و أما الرشا يا عمار في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله (ص). صحيحة.

و عن الطبرسي في مجمع البيان عن النبي (ص): إن السحت هو الرشوة في الحكم و عن أبي عبد الله - الى أن قال - فأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله. مرسله.

و في الباب ٣٢ المذكور من ثل. و ج ١ كا باب ٤٢ السحت من المعيشة ص ٣٤٣.

و ج ١٠ الوافي ص ٤٢ عن أبي عبد الله «ع»: فأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله العظيم جل اسمه و برسوله. ضعيفة لسهل. و رواها الشيخ في ج ٢ التهذيب ص ١١٠ بسند صحيح و في ج ٢ التهذيب ص ٦٩. و ج ٢ كا باب ٥ من القضاء ص ٣٥٨. و ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشوة في الحكم من آداب القضاء ص ٣٩٦: عن سماعة عن أبي عبد الله «ع» قال: الرشا في الحكم هو الكفر بالله. موثقة لزوجة و سماعة.

الى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المتقدمة.

و ج ٢ المستدرک باب ٥ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به ص ٤٢٦. و ج ٢٣ البحار ص ١٧. و غير ذلك من المواضع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٦

و السنة [١] قد أطبقت على حرمة الرشا في الحكم.

و أما الصورة الثالثة فمقتضى القاعدة فيها جواز أخذ المال على القضاء و الإفتاء، فإن عمل المسلم محترم فلا يذهب هدرا، و أما الآية المتقدمة فلا تشمل المقام، لاختصاصها بالحكم بالباطل كما عرفت. نعم الحرمة فيها هي مقتضى إطلاق الروايات المتقدمة الدالة على ذلك، و هذا المعنى هو الذي تقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع، فان القضاء من المناصب الإلهية التي جعلها الله للرسول، فلا ينبغي لمن يتفضل عليه الله بهذا المنصب الرفيع أن يأخذ عليه الأجرة.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فى الروايات الدالة على حرمة أخذ الأجرة على القضاء غنى و كفاية «و سنتعرض لهذه الروايات فى البحث عن حكم أخذ الأجرة على القضاء» إذ الظاهر من الأجرة فيها الجعل المأخوذ للقضاء دون الأجر المقرر من قبل السلطان و لو كان جائزا، فإنه لا شبهة فى جواز أخذه إذا كان الدخول فيه بوجه محلل كعلى بن يقطين و النجاشى و أمثالهما. لا يقال: إن الرشوة فى اللغة ما يؤخذ لإبطال حق أو إحقاق باطل، فلا تصدق على ما يؤخذ للقضاء بما يحق. فإنه يقال: إن مفهوم الرشوة أعم من ذلك كما عرفت، فلا وجه للحصر، و تقييد المطلقات. على أن الأمور التى يكون وضعها على المجانية فإن أخذ الأجرة عليها بعد رشوة فى نظر العرف، و من هذا القبيل القضاة و الإفتاء. نعم لو فرضنا قصور الأدلة المتقدمة عن إثبات الحرمة كان مقتضى أصالة الحل هو الإباحة، بل و هو مقتضى عمومات صحة المعاملات، كأوفوا بالعقود، و تجارة عن تراض، و أحل الله البيع، و غيرها. قوله و ظاهر رواية حمزة بن حمران.

أقول: ربما يقال بجواز أخذ الأجرة على القضاة الحق، لقوله «ع» فى رواية حمزة بن حمران [٢] عن المستأكلين بعلمهم: إنما

[١] فى ج ١٠ سنن البيهقى ص ١٣٩ فى جملة من الأحاديث: إن الرشا فى الحكم هو الكفر.

[٢] فى ج ٣ ثل باب ١١ وجوب الرجوع فى القضاء الى رواة الحديث من أبواب صفات القاضى ص ٣٨٥. و ج ١ الوافى باب المستأكل بعلمه ص ٥٢: عن معانى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٧

ذلك الذى يفتى الناس بغير علم، و لا هدى من الله ليبتل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا، فان الظاهر منها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لأجل الحكم بالباطل، أو مع عدم معرفة الحق، فيجوز الاستيكال مع العلم بالحق. و قد يدعى كون الحصر إضافيا بالنسبة إلى الفرد الذى ذكره السائل، فلا يدل إلا على عدم الذم على هذا الفرد المخصوص دون سائر الأفراد التى لا تدخل فى الحصر إلا أن هذه الدعوى خلاف الظاهر.

و فيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أنها مسوقة لدفع توهم السائل أن من تحمل علوم الأئمة و بثها فى شيعتهم و وصل اليه منهم البر و الإحسان بغير مطالبه كان من المستأكلين بعلمه. فأجاب الإمام «ع» بأن هذا ليس من الاستيكال المذموم، و إنما المستأكلون الذين يفتون بغير علم لإبطال الحقوق. و على هذا فمفهوم الحصر هو العقد السلبي المذكور فى الرواية صريحا و ليس فيها تعرض لأخذ الأجرة على الحكم بالحق، لا مفهوما و لا منطوقا.

و أما ما ذكره أخيرا من كون الحصر ليس إضافيا فهو متين، و لكن لا من جهة كونه خلاف الظاهر، بل من جهة أنه لا معنى للحصر الإضافى فى قبالة الحصر الحقيقى، غاية الأمر أن دائرة الحصر تختلف سعة و ضيقا، و قد تقدم ذلك فى أول الكتاب «١».

و قال العلامة فى المختلف «٢»: (إن تعين القضاء عليه - إما بتعيين الامام «ع» أو بعقد غيره، أو بكونه الأفضل، و كان متمكنا - لم يجز الأجر عليه. و إن لم يتعين - أو كان محتاجا - فالأقرب الكراهة. لنا الأصل الإباحة على التقدير الثانى، و لأنه فعل لا يجب عليه فجاز أخذ الأجر عليه. أما مع التعيين فلأنه يؤدي واجبا، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه كغيره من العبادات الواجبة).

و فيه أنه لا وجه لذكر هذا التفصيل فى المقام، فإن حرمة الأجرة على القضاء لكونه واجبا عينيا أو كفاييا من صغريات البحث عن أخذ الأجرة على الواجب الذى سيأتى الكلام فيه. و كلامنا هنا فى حكم أخذ الرشوة على القضاء من حيث هى رشوة، لا عن جهات

الاجبار عن ابن حمران قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت إن فى شيعتك قوما يتحملون علومكم و يبثونها فى شيعتكم فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الإكرام؟ فقال: ليس أولئك بمستأكلين إنما ذلك الذى يفتى بغير علم و لا هدى

من الله ليطلب به الحقوق طمعا في حطام الدنيا. ضعيفة لمحمد بن سنان و تميم بن بهلول و أبيه.

(١) ص ٩.

(٢) ج ٢ ص ١٦٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٨

آخر، و عليه فمقتضى الإطلاقات الدالة على حرمة أخذ الأجرة على الحكم هو عدم الفرق بين صورتى الاحتياج إلى أخذ الأجرة و الانحصار و بين عدمهما، كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لقول المصنف: (و أما اعتبار الحاجة فلظهور اختصاص أدلة المنع بصورة الاستغناء).

ثم الظاهر أنه لا يجوز أخذ الأجرة و الرشوة على تبليغ الأحكام الشرعية و تعليم المسائل الدينية، فقد عرفت فيما تقدم: أن منصب القضاة و الإفتاء و التبليغ يقتضى المجانية.

و يدل على الحرمة أيضا ما فى رواية يوسف بن جابر [١] من أنه لعن رسول الله (ص) رجلا احتاج الناس اليه لفقهه فسألهم الرشوة. و لكن الرواية ضعيفة السند، و العمدة فى المقام التمسك بالإطلاقات المتقدمة الناهية عن أخذ الرشوة على الحكم.

جواز ارتزاق القاضى من بيت المال

قوله و أما الارتزاق من بيت المال فلا إشكال فى جوازه للقاضى.

أقول: الفرق بين الأجرة و الارتزاق ان الأجرة تفتقر الى تقدير العمل و العوض و ضبط المدة. و أما الارتزاق من بيت المال فمנוط بنظر الحاكم من غير ان بقدر بقدر خاص.

و لا إشكال فى جواز ارتزاق القاضى من بيت المال فى الجملة كما هو المشهور. لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين و القضاء من مهماتها. و لما كتبه على أمير المؤمنين «ع» الى مالك الأشر فى عهد طويل «١» فقد ذكر «ع» فيه صفات القاضى ثم قال: (و افسح له فى البذل ما يزيل علته و تقل معه حاجته الى الناس). و العهد و إن نقل مرسلا إلا ان آثار الصدق منه لائحة، كما لا يخفى للناظر اليه. و يدل على ذلك أيضا بعض الفقرات من مرسله الحماد [٢] الطويلة.

[١] قال: قال أبو جعفر «ع»: لعن رسول الله (ص) رجلا- احتاج الناس اليه لفقهه فسألهم الرشوة. مجهولة لعبد الرحمن و يوسف بن جابر. راجع ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشوة فى الحكم من آداب القضاء ص ٣٩٦. و ج ٢ التهذيب ص ٧٠.

[٢] فى ج ١ كا كتاب الخمس ص ٤٢٤. و ج ٦ الوافى باب ٣٤ جملة الغنائم ص ٣٩ و ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشا فى الحكم من آداب القضاء ص ٣٩٦: عن حماد عن بعض

(١) راجع ج ٣ نهج البلاغة فى العهد ٥٣ الذى كتبه للأشتر النخعى. و ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشوة فى الحكم من آداب القاضى. و ج ٢ المستدرک ص ٤٤٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٦٩

ثم إن القاضى قد يكون جامعا لشرائط القضاة على النحو المقرر فى الشريعة، و منصوبا من قبل الامام «ع» خاصا أو عاما. و قد يكون جامعا لشرائط القضاء، و لكنه كان منصوبا من قبل سلطان الجور، و لم يكن له غرض فى قبولها إلا التوادم و التحبب الى فقراء الشيعة و قضاء حوائجهم و إنفاذ أمورهم و إنقاذهم من المهلكة و الشدة، و قد لا يكون جامعا للشرائط سواء كان منصوبا من قبل الجائر أم لا.

أما الأولان فلا شبهة في جواز ارتزاقهم من بيت المال، لما عرفت من انه معد لمصالح المسلمين و القضاء من مهماتها، و لا مجال في هاتين الصورتين للبحث عن خصوصيات المسألة من انه يجوز مطلقا أو مع الاحتياج و عدم التعيين، لأن الفرض ان القاضي أعرف بموارد مصرف بيت المال، و عدالته المفروضة تمنعه عن الحيف.

و أما الثالث فيحرم ارتزاقه من بيت المال، لعدم قابليته لمنصب القضاة، كخلفاء الجور، فلا يكون من موارد المصرف لبيت المال. و قد يستدل على حرمة ارتزاق القاضي بحسنه عبد الله بن سنان «١»: (عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: ذلك السحت).

و فيه ان الرواية محمولة على الصورة الثالثة من عدم كونه قابلا للقضاة، لأنه إذا كان جامعا للشرائط لا يحرم ارتزاقه من بيت المال أو من جوائز السلطان، و هو واضح، و يمكن حملها على كون الرزق اجرة على القضاء، فقد عرفت: ان أخذ الأجرة على القضاء حرام.

جواز أخذ القاضي للهدية

قوله و اما الهدية فهي ما يبذله على وجه الهبة.

أقول: قد عرفت حكم الرشوة و الأجرة على الحكم و القضاء، و اما الهدية ففي حرمتها خلاف: و هي كما عن المصباح

– أصحابنا عن العبد الصالح– الى ان قال:– فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله و في مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير. مرسله.

(١) راجع ج ٢ كا باب ٥ أخذ الأجرة على الحكم من القضاء ص ٣٥٨. و ج ٩ الوافي باب أخذ الرشوة من القضاء ص ١٣٥. و ج ٣ نل باب ٨ تحريم الرشوة في الحكم من آداب القضاء ص ٣٩٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٠

العطية على سبيل الملاطفة.

ثم إنها قد تكون للملاطفة و التودد فقط بحيث لا مساس لها للدواعي الأخرى. و قد تكون على وجه الهبة لتورث المودة التي توجب الحكم له حقا كان أم باطلا، إذا علم المبدول له ان ذلك من قصد الباذل و إن لم يقصد هو إلا الحكم بالحق. و قد تكون لأجل الحكم للباذل و لو باطلا، و لكن المبدول له لم يكن ملتفتا الى ذلك و إلا لكان رشوة محرمة و قد تكون متأخرة عن الفعل المحرم و لكنها بداعي المجازاة و أداء الشكر.

و مقتضى القاعدة جواز أخذها للقاضي في جميع الصور و إن حرم الدفع على المعطى إذا كان غرضه الحكم له. و قد استدل على حرمة الأخذ بوجوه، الأول: قوله «ع» في رواية الأصبغ [١]: (و ان أخذ هدية كان غلولا).

و فيه أولا: ان الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أنها واردة في هدايا الولاة دون القضاء، فتكون أجنبية عن المقام، و بما أن الهدية إلى الولاة جائزة فلا بد من حمل الرواية على غير ذلك من الوجوه الممكنة:

الأول: ان تحمل على الكراهة، لأن إهداء الهدية إلى الوالي قد يحجب إليه أخذ الرشوة المحرمة.

الثاني: ان تحمل على ظاهرها، و لكن يقيد الإعطاء بكونه لدفع الظلم، أو إنقاذ الحق أو لأجل أن يظلم غيره، فإنها في هذه الصور كلها محرمة على الوالي، و في الصورة الأخيرة محرمة على المعطى أيضا.

الثالث: ان تحمل على كون ولايتهم من قبل السلطان مشروطة بعدم أخذ شيء من الرعية، لأنهم يرتزقون منه. و على الجملة لا يمكن الاستدلال بها على المطلوب.

الوجه الثاني: ما ورد [٢] من ان هدايا العمال أو الأمراء غلول أو سحت.

و فيه أولا: انه ضعيف السند. و ثانيا: انه أجنبي عما نحن فيه لوروده في هدايا العمال

[١] في ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به ص ٥٣٨ عن أمير المؤمنين عليه السلام: أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه و إن أخذ هدية كان غلولا و إن أخذ الأجرة فهو مشرك. ضعيفه لأبي الجارود و سعد الإسكاف.

[٢] في ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٣٨ عن أبي حميد الساعدي قال: قال رسول الله (ص) هدايا الأمراء غلول. و في آداب القاضي من المبسوط للطوسي عن النبي (ص) انه قال:

هدية العمال غلول. و في بعضها: هدية العمال سحت. مرسله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧١

و هم غير القضاء، و وجه كونها محرمة قد علم من الوجوه المتقدمة. و ثالثا: انه يمكن ان يراد من إضافة الهدايا الى العمال إضافة المصدر الى الفاعل دون المفعول: بمعنى أن الهدايا التي تصل إلى الرعية من عمال سلاطين الجور غلول، فتكون الرواية راجعة إلى جوائز السلطان و عماله، و ستتكلم عليها. و هذا الوجه الأخير و إن كان في نفسه جيدا، إلا أنه إنما يتم فيما إذا علم كون الهدية من الأموال المحرمة، و إلا فلا وجه لكونها غلولا. على أنه بعيد عن ظاهر الرواية.

الوجه الثالث: ما استدل به في المستند [١] على حرمة أخذ القاضي للهدية من أن النبي زجر عمال الصدقة عن أخذهم الهدايا.

و فيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند، لكونها منقولة من طرق العامة. و ثانيا: أنها وردت في عمال الصدقة فلا ترتبط بما نحن فيه، و لعل حرمتها عليهم من جهة الوجوه التي ذكرناها في حرمتها على الولاة.

الوجه الرابع: ما تقدم فيما سبق «١»: (عن الرضا عن آبائه عن علي «ع» في قوله تعالى «٢»: أَكَالُونَ لِلشُّحْتِ؟ قال: هو الرجل يقضى لأخيه الحاجة ثم يقبل هديته).

و فيه أولا: أن الرواية مجهولة. و ثانيا: أنها وردت في خصوص الهدية بعد قضاء حاجة المؤمن، و لم يقل أحد بحرمتها هناك، لما دل على جواز قبول الهدية من المؤمن، بل من الكافر، و لما دل على استحباب الاهداء على المسلم، و إذن فلا بد من حمل الرواية على الكراهة، و رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجة إليه لئلا يقع يوما في الرشوة الوجه الخامس: أن المناط في حرمة الرشوة للقاضي هو صرفه عن الحكم بالحكم بالباطل، و هو موجود في الهدية أيضا، فتكون محرمة. و فيه أن غاية ما يحصل من تنقيح المناط هو الظن بذلك، و الظن لا يغني عن الحق شيئا.

[١] عن أبي حميد الأنصاري ثم الساعدي أنه أخبره: أن رسول الله (ص) استعمل عاملا على الصدقة فجاءه العامل حين فرغ من عمله فقال: يا رسول الله (ص) هذا الذي لكم و هذا الذي أهدى إلي - إلى أن قام فصعد المنبر - ثم قال: أما بعد فما بال العامة نستعمله فإتينا فيقول: هذا من عملكم و هذا الذي أهدى لي فهلا قعد في بيت أبيه و امه فنظر هل يهدى له أم لا؟؟؟ و الذي نفسي بيده لا يقبل أحد منكم منها شيئا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه. نبوي ضعيف. راجع ج ٢ المستند ص ٥٢٦. و المبسوط للشيخ الطوسي آداب القاضي. و ج ١٠ سنن البيهقي لأبي بكر الشافعي ص ١٣٨.

(١) ص ٤٨.

(٢) سورة المائدة، آية: ٤٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٢

الرشوة في غير الاحكام

قوله و هل يحرم الرشوة في غير الحكم.

أقول: الرشوة في غير الأحكام قد تكون لإتمام أمر محرم، وقد تكون لإصلاح أمر مباح، وقد تكون لإنهاء أمر مشترك الجهة بين المحلل والمحرّم.

أما الأول فلا شبهة في حرمة من غير احتياج إلى أدلة حرمة الرشوة، لما عرفت من حرمة أخذ المال على عمل محرم. و أما الثاني فلا شبهة في جوازه، لعدم الدليل على الحرمة مع كون العمل سائغا في نفسه و صالحا لأن يقابل بالمال و إن كان كثيرون يفعلونه للتعاقد و التعاون، و لا يأخذون عليه مالا و اما الثالث: فان قصدت به الجهة المحرمة فهو حرام، و إن قصدت به الجهة المحللة فهو حلال، و إن بذل المال على إصلاح أمره حلالا- أم حراما فقد استظهر المصنف حرمة، لوجهين، الوجه الأول: أنه أكل للمال بالباطل، فيكون حراما.

و فيه أن أخذ المال على الجهة المشتركة بين المحلل و المحرم ليس من أكل المال بالباطل، فإن أكل المال إنما يكون باطلا إذا كان بالأسباب التي علم بطلانها في الشريعة، كالقمار و الغزو و نحوهما، و لم يعلم بطلان أخذ المال على العمل المشترك بين الحلال و الحرام، فلا يكون من مصاديق أكل المال بالباطل.

الوجه الثاني: إطلاق فحوى ما تقدم في هدية الولاية و العمال.

و فيه أولا: أن الروايات المتقدمة في هدية الولاية و العمال ضعيفة السند. و قد عرفت ذلك آنفا. و ثانيا: أن حرمة الهدية لهما إنما تقتضى حرمة إعطاء الرشوة لهما، و لا دلالة لهما على حرمة الرشوة على غيرهما من الناس.

و قد يقال: بحرمة الرشوة مطلقا حتى في غير الأحكام، لإطلاق بعض الروايات المتقدمة في الحاشية من طرق الخاصة، و من طرق العامة.

و فيه أولا: أنها ضعيفة السند، و قد عرفت ذلك آنفا. و ثانيا: أنها منصرفة إلى الرشا في الحكم كما في المتن. و ثالثا: أنها مقيدة بما دل [١] على جواز الرشوة لأمر مباح

[١] عن حكيم بن حكيم الصيرفي قال: سمعت أبا عبد الله «ع» و سأله حفص الأعور فقال: إن السلطان يشترط منا القرب و الأداوى فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منها و نرشوه حتى لا يظلمنا؟ فقال: لا بأس ما تصلح به مالك، ثم سكت ساعة ثم قال: أ رأيت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٣

و للتحويل [١] عن المنزل المشترك، كالأوقاف العامة.

و قد يتوهم أن موضوع الرشوة مختص بالأحكام، لما ورد في جملة من الروايات الماضية من أن الرشا في الحكم حرام، أو كفر، أو سحت.

و فيه أولا: أن المستفاد منها ليس إلا حرمة الرشوة في الحكم، لاختصاص موضوعها به، و هو واضح. بل قد يدعى أنها مشعرة بعموم مفهوم الرشوة لغير الأحكام، و إلا للزم إلغاء التقييد في قوله «ع»: (و أما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله العظيم).

و ثانيا: أن مفهوم الرشوة في اللغة غير مختص بما يؤخذ في الحكم، بل هو أعم من ذلك

من الرشوة في الحكم المعاملة المحاباتيّة مع القاضي

إشارة

قوله و مما يعد من الرشوة أو يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاباة.

أقول:

الكلام فى المعاملة المشتملة على المحاباة بعينه هو الكلام فيما تقدم من الرشوة، فإذا باع من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم كان الناقص من الرشا المحرم، و إن كان غرضه من ذلك تعظيم القاضى - أو التودد المحض أو التقرب الى الله - فلا وجه للحرمة. ثم إن فى حكم بذل العين له بذل المنافع كسكنى الدار و ركوب المراكب و نحوهما من المنافع كما لا يخفى. و أما ما يرجع الى الأقوال كمدح القاضى و الثناء عليه فلا يعد رشوة فضلا عن كونه محرما لذلك. نعم لو كان ذلك إعانة على الظلم كان حراما من هذه الجهة.

قوله و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى.

أقول: لا وجه لفساد المعاملة المشتملة

إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط؟ قال: نعم، قال: فسدت رشوتك. ضعيفة لإسماعيل بن أبى سماك. راجع ج ١٠ الوافى باب ١١ إصلاح المال ص ١٧. و ج ٢ نل باب ٣٧ أنه يجوز للبائع أن يرشو وكيل المشتري من أحكام العقود ص ٥٩٥. أقول: القرب بكسر القاف جمع القربة و هى ما يستقى فيه الماء. الأداوى جمع الإداوة و هى إناء صغير من جلد، و تسمى المطهرة. ثم إنه نقل المصنف الرواية عن أبى الحسن «ع» و ذكر الإداوة بدل الأداوى، و كلاهما من سهو القلم، و لعله تبع فى ذلك لصاحب الوسائل

[١] فى ج ٢ نل باب ١١٤ جواز أخذ الجعل على معالجة الدواء مما يكتسب به ص ٥٦٢ و الموضع المزبور من الوافى عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الرجل يرشو الرشوة على أن يتحوله عن منزله فيسكنه؟ قال: لا بأس. صحيحة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٤

على المحاباة المحرمة إلا إذا كان الحكم للمحابى شرطا فيها، و قلنا: بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، فيحكم بالبطلان.

فائدة

الظاهر من الأخبار المتقدمة أن منزلة الرشوة منزلة الربا، فكما أن الربا حرام على كل من المعطى و الآخذ و الساعى بينهما، فكذلك الرشوة، فإنها محرمة على الراشى و المرتشى و الرائش أى الساعى بينهما يستزبد لهذا و يستنقص لذاك. نعم لا بأس بإعطائها إذا كان الراشى محقا فى دعواه، و لا يمكن له الوصول الى حقه إلى بالرشوة، كما استحسنته فى المستند «١» (لمعارضه إطلاقات تحريمها مع أدلة نفي الضرر، فيرجع الى الأصل لو لم يرجح الثانى) بل يتعين ترجيحه لحكومة أدلة نفي الضرر على أدلة الأحكام بعناوينها الأولية كما هو واضح.

حكم الرشوة وضا

قوله ثم إن كلما حكم بحرمة أخذه و جب على الآخذ رده و ورد بدله مع التلف).

أقول: قد ذكرنا أن البازل قد يعطى الرشوة للقاضى أو غيره ليحكم له على خصمه، و قد يحاييه فى معاملة ليحكم له فى الخصومات و الدعاوى، و قد يرسل اليه هدية بداع الحكم له أما الأول فلا شبهة فى ضمان القابض المال الذى أخذه من الدافع بعنوان الرشوة، كما لا شبهة فى الحرمة عليهما تكليفا، فيجب على الآخذ رد المال أو رد بدله من المثل أو القيمة مع التلف.

قال في الجواهر: (لا- خلاف و لا- إشكال في بقاء الرشوة على ملك المالك، كما هو مقتضى قوله «ع»: إنها سحت، وغيره من النصوص الدالة على ذلك- الى أن قال:- فإذا أخذ ما لم ينتقل اليه من مال غيره كان ضامنا).

و وجه الضمان أن الرشوة في هذه الصورة إنما وقعت في مقابل الحكم، فتكون في الحقيقة إجارة فاسدة، أو شبهة بها، فيحكم بالضمان، لكونها من صغريات كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وهذه القاعدة وإن لم يرد عليها نص بالخصوص، ولكنها متصيدة من الأخبار الواردة في موارد الضمان، فتكون حجة، و سيأتي ذكرها في محلها. و من هنا ظهر بطلان القول بعدم الضمان إذا علم الدافع بالحرمة، لكون التسليط حينئذ مجانيا.

(١) ج ٢ ص ٥٢٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٥

و أما الثاني فهو كالأول من حيث الحرمة التكليفية، و لكن لا وجه للضمان لما نقص من القيمة، فإن غاية الأمر أن المعاملة كانت المشروطة بالشرط الفاسد، و قد عرفت إجمالاً، و ستعرف تفصيلاً: أن الشروط مطلقاً لا تقابل بجزء من الثمن، و أن الفاسد منها لا يوجب فساد المعاملة، و إنما يثبت الخيار فقط للمشروط له.

و أما الثالث فالظاهر أنه لا ضمان فيه أيضاً، لأن الدافع لم يقصد المقابلة بين الحكم و المال المبذول للقاضي، و إنما إعطاء مجانا ليحكم له، فيكون مرجعه إلى هبة مجانية فاسدة، لأن الداعي ليس قابلاً للعوضية، و لا مؤثراً في الحكم الشرعي وضعاً، و لا تكليفاً. و عليه فيكون المورد من صغريات الضابطة الكلية (كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

و قد يقال: بالضمان لقاعدة الضمان باليد. و فيه أن عموم على اليد مختص بغير اليد المتفرعة على التسليط المجاني، و لذا لا يضمن بالهبة الفاسدة في غير هذا المقام.

قوله و في كلام بعض المعاصرين ان احتمال عدم الضمان في الرشوة مطلقاً غير بعيد)

أقول: علله القائل في محكي كلامه بوجهين: الأول أن المالك قد سلطه عليها تسليطاً مجانياً فلا موجب للضمان. و الثاني: أنها تشبه المعاوضة، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده أما الأول فيرد عليه أن التسليط في المقام ليس بمجاني، بل هو في مقابل الحكم للبادل كما عرفت.

و أما الثاني فيرد عليه أن عملهم هذا إما إجارة فاسدة أو شبهة بها، و على أي حال يكون موجبا للضمان، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

اختلاف الدافع و القابض

قوله فروع في اختلاف الدافع و القابض.

أقول: ذكر المصنف هنا فروعاً ثلاثة و تعرض لحكمها. و تحقيق الكلام في مسألة المترافعين في الدفع و القبض، و بيان الضابطة الكلية فيها أن الفروض المتصورة فيها أربع كلها تنطبق على المقام غير الصورة الرابعة.

و لعل المصنف لذلك أهملها.

الصورة الأولى أن يتوافق المترافعان على فساد الأخذ و الإعطاء و لكن الدافع يدعى كون المدفوع رشوة على سبيل الإجارة و الجعالة، فتكون موجبة للضمان، لأن الإجارة الصحيحة توجب الضمان، فكذلك الإجارة الفاسدة، و القابض يدعى أنه على سبيل الهدية إلا أنها فاسدة، فلا تكون موجبة للضمان، لأن الهبة الصحيحة لا ضمان فيها، فكذا الهبة الفاسدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٦

وقد رجح المصنف القول الأول (لأن عموم خبر على اليد يقضى بالضمان إلا مع تسليط المالك مجاناً والأصل عد تحققة، وهذا حاكم على أصالة عدم سبب الضمان فافهم).

وفيه أن موضوع قاعدة الضمان باليد إنما هو التسليط غير المجاني، والتسليط هنا محرز بالوجدان، وعدم كونه مجاناً محرز بالأصل (فليتم الموضوع بضم الوجدان إلى الأصل، ويترتب عليه الحكم، ولا يلزمه المحذور المذكور. نعم يرد عليه أن خبر على اليد ضعيف السند، وغير منجر بشيء، فلا يجوز الاستناد إليه، وقد عرفته فيما سبق «١» و يأتي التعرض له في أحكام الضمان.

والتحقيق أنه ثبت في الشريعة المقدسة عدم جواز التصرف في مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، وقد تقدمت الإشارة إليه فيما سبق «٢». و ثبت فيها أيضاً أن وضع اليد على مال الغير بدون رضی مالكة موجب للضمان، للسيرة القطعية، ومن الواضح جداً أن وضع اليد على مال الغير في المقام محرز بالوجدان، فإذا ضممننا إليه أصالة عدم رضی المالك بالتصرف المجاني تألف الموضوع من الوجدان والأصل، وحكم بالضمان، ولا يلزم شيء من المحاذير، وليس المراد من الأصل المذكور استصحاب العدم الأزلي ليرد عليه ما أورده في علم الأصول بل المراد به استصحاب العدم المحمولي، وهو واضح، وإن قلنا بحجية الأول أيضاً.

الصورة الثانية: أن يتسالم المترافعان على شيء واحد، ولكن القابض يدعى صحته على وجه لا يمكن معه الرجوع، ويدعى الباذل فساداً، كما إذا ادعى الباذل كون المبدول هدية على سبيل الرشوة، و ادعى القابض كونها هبة صحيحة لازمة.

وهذا النزاع إنما يكون له أثر فيما إذا كانت الدعوى قبل تلف العين، مع عدم كون الهبة لدى رحم أو على وجه قربي، فإنه يترتب على النزاع ح استرجاع العين من الموهوب له و أما إذا كان النزاع بعد التلف فلا أثر له بوجه، فإنه لا ضمان للهبة بعد التلف، سواء أ كانت فاسدة أم صحيحة، و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف (ره) من قوله و لأصالة الضمان في اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف).

وقد يقال هنا: بالضمان، لعموم قاعدة على اليد، لأن وضع القابض يده على مال الدافع محرز بالوجدان، وعدم كونه بالهبة الصحيحة الناقلة محرز بالأصل فليتم الموضوع منهما، و يترتب عليه الحكم بالضمان، و لا يعارض ذلك الأصل بأصالة عدم الهبة الفاسدة. لأنها لا أثر لها.

والتحقيق هو القول بعدم الضمان، لأن أصالة الصحة في العقود تتقدم على جميع الأصول

(١) ص ١٩٦.

(٢) ص ١٤٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٧

الموضوعية، و عليه اتفاق كافة العلماء، و بناء العقلاء.

لا يقال: الدافع إنما يدعى ما لا يعلم إلا من قبله فيقدم قوله في دعواه، لأنه أعرف بضميره. فإنه يقال: لا دليل على ثبوت هذه القاعدة في غير الموارد الخاصة، كإخبار المرأة عن الحمل أو الحيض أو الطهر، فلا يجوز التعدي إلى غيرها.

الصورة الثالثة: أن يكون مصب الدعوى أمراً مختلفاً، كما إذا ادعى الباذل أنها رشوة محرمة أو اجرة على الحرام، و ادعى القابض كونها هبة صحيحة. و الظاهر هنا تقديم قول الدافع، لأصالة عدم تحقق الهبة الصحيحة الناقلة، فإنها أمر وجودي و موضوع للأثر، فالأصل عدمها. و لا تعارضها أصالة عدم تحقق الرشوة المحرمة أو الإجارة الفاسدة لأنهما لا أثر لهما، و إنما الأثر مترتب على عدم تحقق السبب الناقل، سواء تحقق معه شيء من الأسباب الفاسدة أم لم يتحقق.

و ربما يقال: بتقديم أصالة الصحة على الأصول الموضوعية، لحكومتها عليها في باب المعاملات على حد ما تقدم.

و فيه أن مدرك أصالة الصحة هو الإجماع و بناء العقلاء كما عرفت، و هما من الأدلة اللبية فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن، و هو ما

كان مصب الدعوى أمرا واحدا معلوما للمترافعين و كان الاختلاف فى الخصوصيات، و قد فرضنا أن المقام ليس كذلك. الصورة الرابعة: ان يدعى كل منهما عنوانا صحيحا غير ما يدعيه الآخر، كأن يدعى الباذل كونه يبعث ليتحقق فيه الضمان، و يدعى القابض كونه هبة مجانية لكى لا يتحقق فيه الضمان، فإن أقام أحدهما بينة أو حلف مع نكول الآخر حكم له، و إلا وجب التحالف، و ينفسخ العقد، و عليه فيجب على القابض رد العين مع البقاء، أو بدلها مع التلف، و هذه الصورة لا تنطبق على ما نحن فيه.

حرمة سب المؤمن

قوله التاسعة سب المؤمن حرام فى الجملة بالأدلة الأربعة.

أقول: قد استقل العقل بحرمة سب المؤمن فى الجملة، لكونه ظلما و إيذاء، و على ذلك إجماع المسلمين من غير نكير و قد تعرض الغزالي لذلك فى إحياء العلوم [١].

[١] ج ٣ ص ١١٠-١١١. و لا- ينقضى العجب من الغزالي حيث جوز لعن الروافض كتجويزه لعن اليهود و المجوس و الخوارج و منع عن لعن يزيد!!.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٨

و قد استفاضت الروايات من طرقنا [١] و من طرق العامة [٢] على حرمة.

[١] فى ج ٢ كا بهامش مرآة العقول باب السباب ص ٣٥٠. و باب السفه ص ٣١٠ و ج ٣ الوافى باب السفه ص ١٥٩. و ج ٢ ثل باب ١٥٨ تحريم سب المؤمن من أحكام العشرة ص ٢٤٠: عن ابن الحجاج البجلي عن ابى الحسن موسى «ع» فى رجلين يتسابان؟ فقال: البادى منهما أظلم و وزره و وزير صاحبه عليه ما لم يتعذر الى المظلوم. صحيحة.

و فى رواية أخرى باختلاف فى صدر السند: ما لم يتعد المظلوم. حسنة لإبراهيم بن هاشم أبو بصير عن ابى جعفر «ع» قال: إن رجل من بنى تميم أتى النبى (ص) فقال: أوصنى فكان مما أوصاه ان قال: لا تسبوا الناس فتكسبوا العداوة منهم- بينهم- لهم- صحيحة. و فى رواية جابر عن ابى جعفر «ع» فإياكم و الطعن على المؤمنين. ضعيفة لعمر بن شمر السكونى عن ابى عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): سباب المؤمن كالمشرف على الهلكة. ضعيفة للنوفلى.

أبو 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. موثقة لعبد الله بن بكير.

أبو حمزة الثمالى قال: سمعت أبا جعفر «ع» يقول: إن اللعنة إذا خرجت من فى صاحبها ترددت بينهما فان وجدت مساعا و إلا رجعت على صاحبها. موثقة للحسن بن على ابن فضال.

و غير ذلك من الروايات المذكورة فى المصادر المذكورة. و فى ج ٢ ثل باب ١٥٩ تحريم الطعن على المؤمن و باب ١٦٠ تحريم لعن المؤمن من أحكام العشرة ص ٢٤٠. و باب ٧٠ تحريم الفحش. و باب ٧١ تحريم البذاء من جهاد النفس ص ٤٧٦. و ج ٢ المستدرك باب ١٣٨ تحريم سب المؤمن من العشرة ص ١٠٩، و باب ٧١ تحريم الفحش من جهاد النفس ص ٣٣٩. و ج ٣ الوافى باب البذاء ص ١٦٠. و ج ٢ كا بهامش مرآة العقول باب البذاء ص ٣١٢. و غير ذلك من الموارد.

[٢] فى ج ١٠ سنن البيهقى باب شهادة أهل المعصية ص ٢٣٥: عن أبى هريرة عن رسول الله (ص): المستبان ما قالا فعلى البادى ما لم يتعد المظلوم.

و في رواية عياض بن حمار عن رسول الله (ص): المستبان شيطانان يتهاوران ويتكاذبان إلخ. و في رواية أخرى جعل الشتم من الكبائر.

و في ص ٢٠٩: سباب المسلم فسوق و قتاله كفر. و غير ذلك من أحاديث العامة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٧٩

نعم المراد هنا من المؤمن في رواياتنا غير ما هو المراد في روايات العامة، و من هنا منعوا عن سب أبي حنيفة [١] و أشباهه، و يدل على الحرمة أيضا قوله تعالى «١»: (وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) فان سبب المؤمن من أوضح مصاديق قول الزور، و لا ينافي ذلك ما ورد من تطبيق الآية على الكذب كما سيأتي.

قوله و رواية ابن الحجاج عن أبي الحسن في الرجلين يتسابان قال: البادى منهما أظلم و وزره على صاحبه ما لم يعتذر الى المظلوم. و في مرجع الضمائر اغتشاش، و يمكن الخطأ من الراوى.

أقول: محصول كلامه: أن الظاهر وقوع الاغتشاش في مرجع الضمائر في رواية بحسب المعنى، فإنه إذا رجع الضمير ان المجرور ان في قوله «ع»: (و وزره على صاحبه) الى الراد لزم كون الوزرين كليهما على البادى، و ليس على الراد شيء، و يمكن ان يكون لفظ الرواية (مثل وزره على صاحبه) فتكون دالة على ان البادى يستحق وزرين: أحدهما للمباشرة. و الثانى للتسيب من غير ان يخفف عن الراد شيء، و لكن الراوى أخطأ فحذف كلمة مثل.

و عليه فشان الرواية شأن ما عن ابى جعفر «ع» (قال أيما عبد من عباد الله سن سنة هدى كان له مثل أجر من عمل بذلك من غير ان ينقص من أجورهم شيء و أيما عبد من عباد الله سن سنة ضلال كان عليه مثل وزر من فعل ذلك من غير ان ينقص من أوزارهم شيء). و غير ذلك من الروايات المستفيضة «٢» الواردة بهذا المضمون.

و لكن ما أفاده المصنف على خلاف الظاهر من الرواية، فإن الظاهر منها ان الضمير المضاف إليه في كلمة (وزره) يرجع الى السب المستفاد من قوله «ع»: (يتسابان)، نظير قوله تعالى «٣»: (اغْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى) فالمعنى ان وزر كل سب على فاعله، و لا يرتفع عنه إلا بالاعتذار من المسبوب، لهتك كل من المتساين صاحبه و ظلمه إياه، و على هذا فلا اغتشاش في الضمائر.

و لكن الذى يسهل الخطب انا لم نجد الرواية على النحو الذى نقله المصنف، بل هي مروية هكذا: (و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم. و في رواية أخرى:

[١] فى ج ٦ شرح فتح القدير ص ٤٠ فى عداد من لا تقبل شهادته قال: و لا من يظهر سب السلف كالصحابه و التابعين و منهم أبو حنيفة و كذا العلماء.

(١) سورة الحج آية: ٣١.

(٢) راجع ج ٢ ثل باب ١٦ إقامة السنن الحسنه من الأمر بالمعروف ص ٤٩٦.

(٣) سورة المائدة آية: ١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٠

(ما لم يتعد المظلوم) أى ما لم يتجاوز عن الاعتداء بالمثل. و قد ذكرنا هما فى الحاشية آنفا، أما الأولى فتدل على ان البادى منهما يستحق وزرين: أحدهما بالأصالة و الآخر بالتسيب.

و إلقاء غيره فى الحرام الواقعى، و قد عرفت فى البحث عن حرمة تغيير الجاهل ان التسيب الى الحرام حرام بالأدلة الأولى، مع قطع النظر عن الروايات الخاصة.

و اما الثانية فتدل على جواز الاعتداء بالمثل، و كون وزر الاعتداء على البادى من دون ان يكون للمظلوم شىء من الوزر ما لم يتجاوز و إذا تجاوز كان هو البادى فى القدر الزائد و قد ذهب الى ذلك جمع من الأكابر، قال العلامة المجلسى «١»: إن أثم سباب المتساين على البادى، اما إثم ابتدائه فلأن السب حرام و فسق، لحديث: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر، و اما إثم سب الراد فلأن البادى هو الحامل له على الرد- الى ان قال:-

لكن الصادر عنه هو سب يترتب عليه الإثم، إلا ان الشرع أسقط عنه المؤاخذه، و جعلها على البادى، للعلّة المتقدمة، و إنما أسقطها عنه ما لم يتعد، فان تعدى كان هو البادى فى القدر الزائد.

و عن المحقق الأردبيلى فى آيات الاحكام بعد ذكر جملة من الآيات الظاهرة فى الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص فى النفس و الطرف و الجروح، بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب و شتم المشتموم بمثل فعلهما- الى أن قال- و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى. و من هنا ظهر أن هذا الرأى لا بعد فيه خلافا لما استظهرناه فى الدورة السابقة. و قد وقع التصريح بذلك فى جملة من أحاديث العامة، و تقدم بعضها فى الهامش. قوله ثم إن المرجع فى السب الى العرف.

أقول: الظاهر من العرف و اللغة [١] اعتبار الإهانة و التعبير فى مفهوم السب، و كونه تنقيصا و إزرءا على المسبوب، و أنه متحد مع الشتم، و على هذا فيدخل فيه كلما يوجب إهانة المسبوب و هتكه كالقذف و التوصيف بالوضيع و اللاشىء و الحمار و الكلب و الخنزير و الكافر و المرتد و الأبرص و الأجذم و الأعور و غير ذلك من الألفاظ الموجبة للنقص و الإهانة، و عليه فلا يتحقق مفهومه إلا بقصد الهتك

[١] فى لسان العرب: سب أى غير بالبخل، و السب الشتم، و السبة العار. و يقال:

صار هذا الأمر سبة عليهم بالضم أى عارا يسب به. و عن المصباح: السبعة العار. و فى مفردات الراغب: السب الشتم الوجيع، و السبابة سميت للإشارة بها عند السب و تسميتها بذلك كتسميتها بالمسبحة لتحريكها بالتسييح.

(١) راجع ج ٢ مرآة العقول ص ٣١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨١

و اما مواجهة المسبوب فلا تعتبر فيه.

قوله فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه.

أقول: ذكر المصنف فى البحث عن مستثنيات الغيبة ما هذا نص عبارته: (نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره لم يقدح فى الجواز و لذا جاز سبه بما لا يكون كذبا و هذا هو الفارق بين السب و الغيبة حيث إن مناط الأول المذمة و التنقيص فيجوز و مناط الثانى إظهار عيوبه فلا يجوز إلا بمقدار الرخصة) و التحقيق ان النسبة بينهما هى العموم من وجه، فإنه قد يتحقق السب و لا يتصف بعنوان الغيبة، كأن يخاطب المسبوب بصفه مشهورة مع قصد الإهانة و الإذلال، فإن ذلك ليس إظهارا لما ستره الله، و قد تتحقق الغيبة حيث لا- يتحقق السب، كأن يتكلم بكلام يظهر به ما ستره الله من غير قصد للتنقيص و الإهانة، و قد يجتمعان، و يتعدد العقاب فى مورد الاجتماع، لكون كل من العنوانين موضوعا للعقاب، فلا وجه للتداخل، و لعل هذا مراد المصنف هنا و فى مبحث الغيبة.

و قال المحقق الايروانى: ان النسبة بين السب و الغيبة (هو التباين فان السب هو ما كان بقصد الإنشاء و اما الغيبة فجملة خبرية).

و فيه انه لا دليل على هذه التفرقة فان كلا منهما يتحقق بكل من الإنشاء و الإخبار.

قوله ثم إنه يستثنى من المؤمن المتظاهر بالفسق.

أقول: يجوز سب المتجاهر بالفسق بالمعصية التي تجاهر فيها، لزوال احترامه بالتظاهر بالمنكرات، كما في بعض الأحاديث، و سيأتي ذكره في البحث عن مستثنيات الغيبة، و اما المعاصي التي ارتكبتها العاصي و لكن لم يتجاهر فيها فلا يجوز السب بها، و اما السب بما ليس في المسبوب فافتراء عليه فيحرم من جهتين. قوله و يستثنى منه المبدع أيضا.

أقول: قد دلت الروايات المتظافرة [١] على جواز سب المبدع في الدين و وجوب البراءة منه و اتهامه، و لكن الظاهر أنه لا وجه لجعله من

[١] في ج ٢ ثل باب ٣٩ و جوب البراءة من أهل البدع من الأمر بالمعروف ص ٥١٠ و ج ١ الوافي باب البدع ص ٥٦. و ج ٢ كا بهامش مرآة العقول ص ٣٦٦: عن داود ابن سرحان عن أبي 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 كي لا يطمعون في الفساد في الإسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم يكتب الله لهم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات في الآخرة. صحيحة. و غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المزبورة. الوقعة: الغيبة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٢

المستثنيات باستقلاله، فإنه إن كان المراد به المبدع في الأحكام الشرعية فهو متجاهر بالفسق، و إن كان المراد به المبدع في العقائد و الأصول الدينية فهو كافر بالله العظيم، فيكون خارجا عن المقام موضوعا، لعدم كونه متصفا بالايمان. قوله و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفا.

أقول: مقتضى الإطلاقات المتقدمة أن سب المؤمن حرام مطلقا سواء تأثر أم لم يتأثر، نعم إذا لم يوجب إهانته المسبوب في نظر العرف كان خارجا عن عنوان السب موضوعا، لما عرفت من اعتبار الإهانة و الاستنقاص في مفهوم السب.

و عليه فلا- وجه لاستثناء بعض الأمثلة عن مورد البحث كسب الوالد ولده، و سب المعلم متعلمه، و سب المولى عبده، لأنه إن كان موجبا لإهانتهم فلا يجوز للاستثناء و إن لم يكن موجبا لذلك فهو خارج عن السب موضوعا.

و قد ظهر أيضا فساد ما يقال: من أن السب في الأمثلة المذكورة فخر للمسبوب و تأديب له فلا يحرم. و وجه الفساد أن مفهوم السب ينافي مفهوم الفخر و التأديب، فلا يجتمعان في مورد واحد، و أضعف من جميع ذلك دعوى السيرة على الجواز في الموارد المزبورة، فإننا لو سلمنا تحقق السيرة من المتدينين فإنما هي في غير موارد الهتك و الظلم، فلا تكون إلا على جواز التأديب دون السب.

قوله و أما الوالد فيمكن استفادة الجواز في حقه مما ورد من مثل قولهم «ع» أنت و مالك لأبيك.

أقول: قد وردت هذه الجملة المباركة في الروايات المتظافرة «١» الصحيحة و غيرها، و لكنها راجعة إلى الجهات الأخلاقية الناشئة من الجهات التكوينية، فإن الولد بحسب التكوين من المواهب الإلهية للوالد فلا يناسبه أن يعارض أباه في تصرفاته.

و يؤيد ذلك المعنى ما في رواية محمد بن سنان الضعيف، من تعليل حلية مال الولد لأبيه بأن الولد موهب للوالد في قوله تعالى «٢»: (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الدُّكُورَ) و عليه فليس لفظ اللام في قوله «ع»: (أنت و مالك لأبيك) إلا للاختصاص فقط الناشئ من المحبة الجبلية و المعطوفة الغريزية المنافية للإيذاء و الإذلال و لو بالسب و الشتم.

نعم لو دلت هذه الروايات على الملكية حقيقية كانت أم تنزيلية، أو على الولاية المطلقة و السلطنة التامة كان لكلام المصنف وجه.

و لكن كلا الاحتمالين بديهي البطلان. أما الأول فلأنه لو تم لجاز للأب أن يتصرف

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١٠٧ حكم الأخذ من مال الولد و الأب مما يكتسب به ص ٥٥٩

(٢) سورة الشورى آية: ٤٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٣

في ما يرجع الى اولاده، و يتصرف في شؤونهم تصرف الموالى في عبيدهم و أمورهم مع أنه لم يلتزم به أحد. على أنه مخالف للروايات «١» المعتبرة الصريحة في أن للأب أن يستقرض من مال ابنه، و يقوم جاريته بقيمة عادلة، و يتصرف فيها بالملك، فان من الواضح أنه لو كان الابن و ماله للأب لما احتاج في جواز التصرف في ماله و جاريته الى الاستقراض و التقويم. و أما الثانى فأيضاً فاسد، لأن مورد بعضها الولد الكبير، و من المقطوع به أنه لا ولاية للأب عليه، و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فهي معارضة بما دل على حرمة سب المؤمن بالعموم من وجهه، ففي مورد التعارض يرجع الى عمومات ما دل على حرمة الظلم، و هو واضح

حرمة السحر

إشارة

قوله العاشرة السحر حرام في الجملة بلا خلاف.

أقول: لا- خلاف في حرمة السحر في الجملة، بل هي من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين، و قد استفاضت بها الروايات من طرقنا [١].

[١] في ج ٢ ثل باب ١٤ تحريم العمل بعلم النجوم من آداب السفر الى الحج ص ١٨١ و ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٠ في نهج البلاغة: المنجم كالكاهن و الكاهن كالساحر و الساحر كالكافر و الكافر في النار. مرسله.

و في ج ٢ ثل باب ٥٢ عدم جواز تعلم النجوم مما يكتسب به ص ٥٤٤. و ج ٤ مرآة العقول ص ٤١٢ عن الصدوق في رواية نضر: و الساحر ملعون. ضعيفة للحسن بن على الكوفى و إسحاق بن إبراهيم. و قال: قال «ع»: المنجم كالكاهن. الى آخر ما تقدم من النهج. مرسله.

و في ج ٢ كا باب ٦٢ حد الساحر ص ٣١١. و ج ٣ ثل باب ١ أن حد الساحر القتل من أبواب بقية الحدود ص ٤٦٠ و ج ٩ الوافى باب حد الساحر ص ٦٩. و ج ٢ التهذيب باب من الزيادات في الحدود ص ٤٣٠: عن السكونى عن أبى عبد الله «ع» قال رسول الله (ص) ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكافر لا يقتل، قيل يا رسول الله و لم لا يقتل ساحر الكفار؟ فقال: لأن الكفر أعظم من السحر و لأن السحر و الشرك مقرونان.

ضعيفة للنوفلى. (و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٤، و ج ٣ المستدرک ص ٢٤٨ عن الجعفرىات مثله بتفاوت يسير. مجهول لموسى بن إسماعيل).

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١٠٧ و باب ١٠٨ مما يكتسب به ص ١٦٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٤

و من طرق العامة [١] و هذا لا شبهة فيه، و إنما الكلام في تحقيق موضوع السحر و بيان حقيقته.

و قد اختلفت كلمات أهل اللغة [٢] في ذلك، فذكر بعضهم أنه الخدعة و التمويه،

- و عن زيد الشحام عن أبي عبد الله «ع» قال: الساحر يضرب بالسيف ضربة واحدة على رأسه. مجهولة لحبيب بن الحسن و بشار. و في رواية أخرى قال: سئل رسول الله (ص) عن الساحر فقال: إذا جاء رجلا ن عدلان فشهدا عليه فقد حل دمه. ضعيفة للحسين بن علوان العامي.

و عن إسحاق بن عمار: إن عليا «ع» كان يقول: من تعلم من السحر شيئا كان آخر عهده بربه وحده القتل إلا أن يتوب. حسنة لإبراهيم بن هاشم. في ج ٢ ثل باب ٥٣ تحريم تعلم السحر مما يكتسب به ص ٥٤٤ عن قرب الاسناد مثله. ضعيفة لأبي البختری. و عن الخصال: ثلاثة لا يدخلون الجنة، و عدّ منهم مدمن السحر. مجهولة لجهالة أكثر روايتها و في قصة هارون و ماروت ما يدل على حرمة السحر و كفر الساحر و لكنها ضعيفة السند و في كاهن ما ج ٢ مرآة العقول ص ٢٦٢. و في ج ٣ الوافي باب الكبائر ص ١٧٥. و ج ٢ ثل باب ٤٥ من جهاد النفس ص ٤٦٣ في صحيفة عبد العظيم الحسيني عدّ السحر من الكبائر. و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٤ عن الجعفریات عن علي «ع» إنه قال: من السحت ثمن الميتة- الى أن قال- و أجر الساحر. مجهولة لموسى بن إسماعيل.

و في ج ٣ ص ٢٤٨ عن الجعفریات إن ابن أعصم سحر النبي (ص) فقتله. مجهولة لموسى بن إسماعيل. و غير ذلك من الروایات الكثيرة الصريحة في حرمة السحر و قد ذكرت هذه الاخبار الكثيرة في المصادر المزبورة و غيرها. [١] في ج ٨ سنن البيهقي ص ١٣٥ عن رسول الله (ص): من أتى عرفا أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد. و في رواية أخرى كتب عمر: أن اقتلوا كل ساحر و ساحرة، و في ثالثة: حد الساحر ضربة بالسيف. و غيرها من الأحاديث من طرق العامة.

[٢] في لسان العرب: و من السحر الأخذة التي تأخذ العين حتى يظن أن الأمر كما يرى و ليس الأصل على ما يرى. و السحر الأخذة و كل ما لطف مأخذه و دق فهو سحر. قال الأزهری: و أصل السحر صرف الشيء عن حقيقته الى غيرها، فكأن الساحر لما أرى- مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٥

و قال بعضهم: إنه إظهار الباطل بصورة الحق. و قيل: هو الأخذة في العين. و في القاموس: إنه ما لطف مأخذه و دق. و قال بعضهم: إنه صرف الشيء عن وجهه الى غير حقيقته بالأسباب الخفية على سبيل الخدعة و التمويه، الى غير ذلك من التعاريف. و قد وقع الخلاف بين الأصحاب في ذلك أيضا، فعن العلامة في القواعد إنه كلام يتكلم به، أو يكتبه أو رقيه، أو يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة.

و عن المنتهى إنه زاد أو عقد، و في المسالك إنه زاد أو أقسام و عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير، و عن الدروس إنه زاد الدخنة و التصوير و النفث و تصفية النفس الى غير ذلك من كلماتهم.

و التحقيق أن المتبادر عند أهل العرف من كلمة السحر- و الظاهر من استقراء موارد استعمالها و ما اشتق منها عند أهل اللسان، و المتصيد من مجموع كلمات اللغويين في تحديد معناها- أن السحر هو صرف الشيء عن وجهه على سبيل الخدعة و التمويه، بحيث إن الساحر يلبس الباطل لباس الحق، و يظهره بصورة الواقع فيرى الناس الهياكل الغريبة و الاشكال المعجبة المخوفة.

□
- الباطل في صورة الحق خيل الشيء على غير حقيقته، فقد سحر الشيء عن وجهه أي صرفه. و قال الفراء في قوله تعالى: (فَأَنى تُسْحَرُونَ) معناه: فأنى تصرفون. و قال يونس: تقول العرب للرجل: ما سحرك عن وجه كذا و كذا؟ أي صرفك. و في أقرب الموارد: سحرة سحرا عمل له السحر و خدعه. و سحر فلانا عن الأمور صرفه. و يقال: سحرت الفضة إذا طليتها بالذهب. و قيل: السحر و التمويه يجريان مجرى واحدا. و في مجمع البحرين: فأنى تسحرون، أي فكيف تخدعون عن توحيد و يموه لكم.

و يسمى السحر سحرا لانه صرف جهته.

و فى مفردات الراغب: نحن قوم مسحورون، أى مصروفون عن معرفتنا بالسحر.

و فى المنجد: سحره خدعه. و سحره عن كذا صرفه و أبعدته. و سحر الفضة طلاها بالذهب.

و عن الطبرسى عن صاحب العين: السحر عمل يقرب الى الشياطين. و من السحر الأخذه التى تأخذ العين حتى تظن أن الأمر كما ترى و ليس الأمر كما ترى فالسحر عمل خفى لخفاء سببه يصور الشىء بخلاف صورته و يقبله عن جنسه فى الظاهر و لا يقبله عن جنسه فى الحقيقة، ألا ترى الى قول الله تعالى (يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٦

و الوجه فى ذلك أن السحر عمل خفى يحصل بالأسباب الخفية، و يصور الشىء على خلاف صورته الواقعية، و يصرفه عن وجهه بالخدعة و التمويه، و يقبله من جنسه فى الظاهر، لا فى الحقيقة، بحيث إن الساحر يسحر الناظرين حتى يتخيلوا أنه يتصرف فى الأمور التكوينية، و غيرها عن حقيقتها إلى حقيقة أخرى، فيريهم البر بحرا عجابا تجرى فيه السفن و تتلاطم فيه الأمواج، من غير أن يلتفتوا الى كونه خدعة و تمويها. و إظهارا للباطل بصورة الحق و قصة السحره مع موسى «ع» مذكورة فى القرآن «١» حين ألقوا (فَإِذَا جِبَالُهُمْ وَعِصِيُّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى).

لا يقال: قد تكون للسحر حقيقة واقعية كالتصرف فى عقل المسحور أو بدنه، أو ما يرجع اليه، و عليه فلا يتم تعريفه المذكور.

فإنه يقال: ليست للسحر حقيقة واقعية، و لكن قد يترتب عليه أمر واقعى، فقد يظهر الساحر للمسحور شيئا مهولا، فيخاف هذا و يصبح مجنونا، أو يريه بحرا و فيه سفينة جارية، فيحاول المسحور أن يركبها فيقع من شاق و يموت، فان الجنون و الموت و إن كانا من الأمور الواقعية، إلا أنهما ترتبا على الأمور التخيلية الذى هو السحر، و يقرب ما ذكرناه ما عن صاحب العين من أنه (يقلب الشىء من جنسه فى الظاهر، و لا يقبله عن جنسه فى الحقيقة). و قد أشير الى ما ذكرناه فى خبر الاحتجاج [١] حيث سئل الإمام عليه السلام عن الساحر أ يقبل الواقع الى الواقع آخر؟؟ فقال «ع»: هو أضعف من ذلك.

و على ما ذكرناه من المعنى قد استعملت كلمة السحر فى مواضع شتى من الكتاب العزيز [٢] و أطلق المشركون صفة الساحر على النبى الصادق المصدق، فقد زعموا أن محمدا (ص) يظهر الباطل بصورة الحق بكلمات فصيحة و خطب بليغة حتى يسحر بها أعين الناظرين و قلوبهم،

[١] فى الاحتجاج ص ١٨٥ و ج ٤ البحار ص ١٣٠ فى احتجاج الصادق «ع» على الزنديق قال لعنه الله: أيقدر الساحر أن يجعل الإنسان بسحره فى صورة الكلب أو الحمار أو غير ذلك؟ قال «ع»: هو أعجز من ذلك و أضعف من أن يغير خلق الله إن من أبطل ما ركبته الله و صورته و غيره فهو شريك الله فى خلقه تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفة الحديث. مرسل.

[٢] فى مفردات الراغب نحن قوم مسحورون، أى مصروفون. و فى لسان العرب فأنى تسحرون أى تصرفون. و فى مجمع البحرين: إن تتبعون إلا رجلا مسحورا، أى مصروفا عن الحق. و غير ذلك من الموارد

(١) سورة طه آية: ٦٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٧

و من هنا أيضا أطلق السحر على البيان الجيد [١] بلحاظ المدح و الذم، فإنه يصرف حواس الحاضرين و آذان السامعين الى المتكلم. و بهذا الاعتبار أيضا أطلق السحر على تمويه الفضة بالذهب. و على الجملة أن الناظر الى كلمات أهل اللغة و موارد الاستعمال يقطع

بأن السحر ليست له حقيقة واقعية، وإنما هو ما ذكرناه، و من جميع ما تقدم ظهر ما هو المراد من الأختيار المتظافرة الدالة على حرمة السحر و قد ذكرناه بعضها في الهامش.

و أما ما ذكره في القاموس من أن السحر ما لطف مأخذه و دق فإنه و إن انطبق على ما ذكرناه، لأن صرف الشيء عن وجهه على سبيل التمثويه له مأخذ دقيق جدا، إلا- أنه تعريف بالأعم، فإن الأمور التي يلطف مأخذها- و هي ليست من السحر في شيء- كثيرة جدا، كالقوى الكهربائية، و الراديو، و الطائرات، و بعض أقسام أدوات الحرب، و غير ذلك مما لا يعرفه أكثر الناس، خصوصا الصناعات المستحدثة.

و قد ظهر مما ذكرناه الفرق بين السحر و بين المعجزة و الشعوذة، فإنك قد عرفت في البحث عن حرمة التصوير «١» إجمالا أن الإعجاز أمر حقيقي له واقعية، إلا أنه غير جار على السير الطبيعي، بل هو أمر دفعي خارق للعادة، و اما المقدمات الطبيعية فكلها مطوية فيه، كجعل الحبوب أشجارا و زروعا، و الأحجار لؤلؤا و يواقيت دفعة واحدة، و منه صيرورة عضا موسى «ع» ثعبانا، و صيرورة الأسد المنقوش على البساط حيوانا مفترسا بأمر الإمام عليه السلام في مجلس الخليفة، و قد تقدم ذلك في المبحث المذكور، و اما السحر فقد عرفت انه ليست لها حقيقة واقعية أصلا.

[١] في لسان العرب: السحر البيان في فطنة، كما جاء في الحديث عن رسول الله (ص) الى ان قال: إن من البيان لسحرا. قال أبو عبيدة: كان المعنى انه يبلغ من ثنائه انه يمدح الإنسان فيصدق فيه حتى يصرف القلوب الى قوله، ثم يذمه فيصدق فيه حتى يصرف القلوب الى قوله الآخر فكأنه قد سحر السامعين بذلك.

و في ج ١٤ البحار ص ٢٥١ ذكر الحديث ثم قال ما حاصله: و سمي النبي (ص) بعض البيان سحرا لوجهين:
الأول: انه لدقته و لطفه يستميل القلوب الى المتكلم.

و الثاني: أن المقتدر على البيان يكون قادر على تحسين ما يكون قبيحا و تقييح ما يكون حسنا، فذلك يشبه السحر من هذا الوجه.

(١) ص ٢٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٨

و أما الشعوذة فسيأتي انها عبارة عن الخفة في اليد و السرعة في الحركة المعبر عنها في لغة الفارس بكلمة (تردستي و تند كاري) فان المشعوذ الحاذق يفعل الأمور العادية، و الأفعال المتعارفة بتمام السرعة، بحيث يشغل أذهان الناظرين بأشياء، و يأخذ حواسيهم إليها، ثم يعمل شيئا آخر بسرعة شديدة و بحركة خفيفة فيظهر لهم غير ما انتظروه، و يتعجبون منه و لكن الصادر منه أمر واقعي، كأخذ الأشياء من موضع و وضعها في موضع آخر بالسرعة التامة حتى يتخيل الناظر إليها أنها انتقلت بنفسها، فالنقل و الانتقال أمر حقيقي، و لكن الناظر لا يلتفت الى الناقل، و هذا بخلاف السحر، فإنه أمر خيالي محض كما عرفت التنبيه عليه و من هنا اتضح الفرق بين الشعوذة و المعجزة أيضا. و اما ما ذكره الأصحاب من بيان حقيقة السحر و أسبابه و أقسامه فكلها تقريبية، فإن انطبق على ما ذكرناه فهو، و إلا فيرد الى قائله، و هو أعرف بمقاله.

أقسام السحر

إشارة

و لا- بأس بالتعرض لما ذكره الأصحاب من أقسام السحر ليعلم هل انما مشمولة لما دل على حرمة السحر أم لا؟ و قد تكلم عليها العلامة المجلسي في البحار «١» و أطال الكلام فيها موضوعا و حكما، نقضا و إبراما.

و حاصل كلامه فى تحقيق أقسام السحر: انه على أنواع شتى،

النوع الأول: سحر الكذابين (أو الكلدانيين) الذين كانوا من قديم الدهر، و هم قوم يعبدون الكواكب،

و يزعمون كونها مدبرة للعالم السفلى، و مبادئ لصدور الخيرات و الشرور، و قد بعث الله إبراهيم «ع» مبطلا لمقاتلتهم و هدم أساس مذهبهم، و هم على فرق ثلاث:

فان منهم من يزعم ان الكواكب هى الواجبة الخالقة للعالم، و منهم من يزعم انها قديمة لقدم العلة المؤثرة فيها، و منهم من يزعم انها حادثه مخلوقه، و لكنها فعالة مختارة فوض خالقها أمر العالم إليها.

و الساحر من هذه الفرق الثلاثة من يعرف القوى العالية الفعالة: بسائطها و مركباتها، و يعرف ما يليق بالعالم السفلى و حوادثه، و يعرف معدات هذه الحوادث ليعدها، و عوائقها ليرفعها بحسب الطاقة البشرية، فيكون متمكنا من استحداث ما يخرق العادة. انتهى ملخص كلام المجلسى فى النوع الأول.

أقول: قد عرفت ان السحر هو صرف الشىء عن وجهه على سبيل الخديعة و التمويه

(١) راجع ج ١٤ ص ٢٥١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٨٩

من دون أن يكون له واقعية، فاستحداث الأمور الخارقة للعادة ليس من السحر، و لو تمكن أحد من إحداث الأمور الغريبة بواسطة القوة النفسانية الحاصلة بالرياضة، أو بصرف المقدمات فلا يقال له: إنه ساحر، بل لا دليل على حرمة، فان هذا شعار أهل الكرامة. نعم لا شبهة فى كفر الفرق المذكورة، كما اعترف به المجلسى (ره) حتى الفرقة الثالثة القائلة: بتفويض أمر العالم الى الكواكب، فان قولهم هذا مخالف لضرورة الدين، فان الله هو الذى يحيى و يميت، و يهب لمن يشاء ذكورا، و يهب لمن يشاء إناثا، و يصور فى الأرحام كيف يشاء.

النوع الثانى: سحر أصحاب الأوهام و النفوس القوية،

فقد ثبت بالوجوه العديدة إمكان تسلط النفوس على جوارح الغير و أعضائه، فتسخره للقيام بحركات و تأديه أعمال على غير ارادة منه، و من دون وساطة شىء آخر.

و هذه النفوس قد تكون لرياضاتها قوية صافية عن الكدورات البدنية، فتستغنى فى تأثيرها عن الاستعانة بأدوات من خارجها، و تصدر عنها الأمور الغريبة الخارقة للعادة، و قد تكون ضعيفة و ممزوجة بأوساخ المواد، فتحتاج فى إتمام تأثيرها إلى الاستعانة بأدوات سحرية أخرى، انتهى حاصل كلامه فى النوع الثانى.

أقول: لا شبهة أن بعض النفوس لصفاتها بالرياضات تؤثر فى الأمور التكوينية، و تصرفها عن وجهها صرفا حقيقيا، كإيقاف الماشى عن المشى، و المياه الجارية عن الجريان، بل قيل إن هذا المعنى مكون فى الأسد بحسب الغريزة و الطبيعة، فإنه إذا نظر الى حيوان أوقفه عن المشى و الحركة، إلا أنه لا دليل على حرمة بعنوان الأولى ما لم يترتب عليه شىء من العناوين المحرمة، بل نمنع عن صدق السحر عليه، و إنما هو نحو من الكرامة إن كان بطريق حق، و من الكفر أو الفسق إن كان بطريق الباطل.

و لا نظن أن يتوهم أحد أن تصفية النفس بالرياضات الحققة حتى تصير مؤثرة فى الأمور التكوينية من المحرمات، بل هو مطلوب فى الشريعة المقدسة إذا كان بالإطاعة و التقوى، و من المعروف المشهور أن سلمان رضى الله عنه قد وصل بمجاهداته و تقواه و عظيم طاعته لمولاه الى حد أن انقادت الأمور التكوينية لإرادته و التزمت فرض طاعته.

النوع الثالث: من السحر الاستعانة بالأرواح الأرضية،

و اعلم أن القول بوجود الجن مما أنكره بعض المتأخرين من الفلاسفة والمعتزلة. و أما أكابر الفلاسفة فإنهم لم ينكروا القول بوجود الجن، ولكنهم سموها بالأرواح الأرضية.

و هي بأنفسها مختلفة الأصناف، فإن منها خيرة و منها شريرة. و قد شاهد أهل الصنعة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٠

و التجربة أن الاتصال بها يحصل بأمور خفيفة و بأفعال سهلة لا مشقة في إيجادها، كالرق و الدخن و التجريد، و قد سموها هذا النوع بالعزائم و عمل تسخير الجن، انتهى حاصل كلام المجلسي في النوع الثالث.

أقول: لا- ريب في خروج هذا النوع أيضا من السحر موضوعا و حكما، تعليما و تعلمًا، بل لا دليل على حرمة في نفسه إلا إذا ترتب عليه عنوان محرم من إيذاء إنسان و الإضرار به، أو كانت مقدماتها محرمة، فيحرم الاشتغال بها، و إلا فلا يحرم استخدام الجن، و كشف الغائبات بواسطتهم، بل لا دليل على حرمة إيذاهم.

النوع الرابع: مما ذكره المجلسي (ره) من أقسام السحر: التخيلات و الأخذ بالعيون،

و هذا النوع يتضح بأمور:

الأول: وقوع الاغلاط في البصر كثيرا، فان الساكن قد يرى متحركا و بالعكس، كما أن راكب السفينة إذا نظر الى البحر يرى السفينة ساكنة و يرى الماء متحركا، و القطرة النازلة من السماء ترى خطا مستقيما، و الشعلة الجواله ترى دائرة من النار، و الأشياء الصغيرة ترى في الماء كبيرة، و غير ذلك من اغلاط البصر.

الثاني: أن المحسوسات قد يختلط بعضها ببعض إذا كانت مدركة بسرعة النظر، لأن القوة الباصرة إذا وقفت على محسوس و قوفا تاما في زمان معتد به أدركته على نحو لا يشتبه بغيره كثيرا، و أما إذا أدركته في زمان قليل، ثم أدركت محسوسا آخر و هكذا، فإنه يختلط بعضه ببعض.

الثالث: أنه قد تشغل النفس بشيء فلا تشعر حينئذ بشيء و إن كان حاضرا عند الإنسان كالوارد على السلطان، فإنه قد يلقاه شخص فيتكلم معه، و لكن لا يلتفت اليه، و الناظر في المرأة يرى القذاره في عينيه و لا يرى أكبر منها.

إذا عرفت هذه الأمور اتضح لك تصوير هذا النوع من السحر، فان المشعبد الحاذق يشغل أذهان الناظرين بأمور، و يأخذ بأبصارهم، ثم يعمل شيئا آخر بسرعة شديدة، و بحركة خفيفة، فيظهر لهم غير ما انتظروه، فيتعجبون منه.

أقول: هذا النوع هو المعروف بالشعوذة، فلا- يرتبط بالسحر، و سيأتي أنه لا- دليل على حرمتها، فإنها ليست إلا الحركة السريعة في الأعضاء، فلا معنى لحرمتها في نفسها، إلا إذا اقترنت بعناوين محرمة. نعم أطلق عليها السحر في خبر الاحتجاج المتقدم في الحاشية، فإنه قد ذكر الامام «ع» فيه: (و نوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاريق و خفة) إلا أنه على سبيل المجازية، فقد عرفت الفرق بين السحر

و الشعوذة، و عدم صدق كل منهما على الآخر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩١

النوع الخامس: الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات على النسب الهندسية،

كراقص يرقص، و كفارسين يقتتلان، و كراكب على فرسه، و في يده بوق كلما مضى ساعة من النهار ضرب البوق من غير أن يمسه أحد، و من هذا القبيل الصور المصنوعة لأهل الروم و الهند بحيث يراها الناظر إليها إنسانا على كفيات مختلفة ضاحكة و باكية حتى

يفرق فيها بين ضحك السرور و ضحك الخجل و ضحك الشامت، فهذه الوجوه كلها من لطائف التخايل، و كان سحر سحره فرعون من هذا الضرب.

و من ذلك أيضا تركيب صندوق الساعات، و علم جر الأثقال و الأجسام العظيمة بآلات خفيفة، و هذا النوع فى الحقيقة لا ينبغى أن يعد من السحر، فان لها أسبابا معلومة معينة، و من اطلع عليها قدر على إيجادها، و حيث لم يصل إليها إلا الفرد النادر لصعوبتها عدها أهل الظاهر من السحر، انتهى ملخص كلامه.

أقول: إن إيجاد الصنائع المعجبة و تركيب الأمور الغريبة- كما هو المعروف كثيرا فى العصر الحاضر، كالتائرات و القطارات و السيارات و سائر أدوات النقل و الآلات العجيبة المعدة للحرب- ليس من المحرمات بعناوينها الأولية إلا إذا انطبقت عليه عناوين محرمة اخرى، و ليس من مقولة السحر، كما اعترف به المجلسي، و لم يثبت كون سحر سحره فرعون من هذا القبيل.

النوع السادس من السحر: الاستعانة بخواص الأدوية

مثل أن تجعل فى الطعام بعض الأدوية المبدلة، أو المزيلة للعقل، أو الدخن المسكر «البخور» أو عصارة البنج المجعول فى الملابس، و هذا مما لا سبيل إلى إنكاره، فإن أثر المغناطيس شاهد. انتهى ملخص كلام المجلسي.

أقول: هذا النوع أيضا خارج عن السحر موضوعا و حكما، و إنما هى أسرار يكتشفها علم الكيمياء، و قد يستعان بها فى علم الطب، و لو كانت الاستعانة بالأدوية محرمة للزم القول بحرمه علم الطب، و لم يلتزم به أحد، بل وجوبه من الضروريات عند الملل و عقلاء العالم

النوع السابع من السحر: تعليق القلب،

و هو أن يدعى الساحر علم الكيمياء و علم الليميا و الاسم الأعظم، و يدعى أن الجن يطيعونه، فإذا كان السامع ضعيف العقل قليل التميز اعتقد بذلك و تعلق قلبه به، و يلزم ذلك أن يحصل فيه الرعب و الخوف، و يفعل فيه الساحر ما يشاء، مع أن تلك الدعوى ليس لها أصل، و من جرب هذا المعنى و أهله علم أن لتعليق القلب أثرا عظيما من حيث الخوف و الرجاء كليهما. و فيه أنه لا وجه لجعله من أقسام السحر، و إنما هو قسم من الكذب، إذا لم يكن له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٢

واقع، على أن تعليق القلب لو كان سحرا لكانت الاستمالة بمطلقها سحرا محرما، سواء كانت بالأمر الواقعية أم بغيرها.

النوع الثامن: النيممة.

و فيه أنها و إن كانت محرمة بالضرورة عند الفريقين، بل عند العقلاء، إلا أنها أجنبية عن السحر و عن مورد الأخبار الدالة على كفر الساحر و وجوب قتله، فان من البديهي أن التمام ليس بكافر و لا يجوز قتله.

و على الجملة لم يتحصل لنا من الأقسام المذكورة ما يكون سحرا و محرما بعنوانه، فانحصر السحر المحرم بما ذكرناه: أعنى صرف الشيء عن وجهه على سبيل الخدعة و التمويه. و قد تقدم أن هذا هو المورد للأخبار الدالة على حرمة السحر.

ثم إنه ورد فى جملة من الروايات المتقدمة ما دل على كفر الساحر. و فى الروايات الأخرى المتقدمة فى الحاشية أنه يقتل.

أما الحكم بالكفر فلا يمكن أن يراد به الكفر المصطلح فى الشرعية المقدسة. ضرورة عدم جريان أحكام الكفر عليه، و من قسمه الأموال، و بينونة زوجته و الحكم بنجاسته، فيشملة ما دل على إسلام من أقر بالشهادتين و المعاد، على أن لم نر و لم نسمع من يعامل الساحر معاملة الكافر حتى فى زمن النبى (ص) و الأئمة.

و يؤيد ما ذكرناه ما سيأتي في البحث عن جواز دفع السحر بالسحر من قوله «ع» للساحر الذي أخذ السحر صناعةً لنفسه: (حل ولا تعقد). فلو كان السحر موجبا للكفر لحكم أبو عبد الله بكفره، و لكن الرواية مجهولة.

و كيف كان فما دل على كفر الساحر لا بد من حمله إما على مستحل السحر، و إما على من يعارض به القرآن و النبوة، و يدعى به الرسالة أو الإمامة، أو يدعى ما لا يقدر عليه إلا الله، و يدل على الأخير ما في رواية العسكري «ع» في قصة هاروت و ماروت من قوله عليه السلام: (فلا تكفر باستعمال هذا السحر و طلب الإضرار و دعاء الناس الى أن يعتقدوا أنك تحيي و تميت و تفعل ما لا يقدر عليه إلا الله فان ذلك كفر).

و لكن الرواية ضعيفة السند. و ستعرض لها في البحث عن جواز دفع السحر بالسحر و أما الحكم بقتله فهو المشهور بين الأصحاب، بل في كلمات غير واحد منهم دعوى الإجماع عليه من دون فرق بين المستحل وغيره.

و في حدود الرياض: (يقتل الساحر إذا كان مسلما، و يعزر إذا كان كافرا، بلا خلاف فتوى و نصا، ثم قال: إن مقتضى إطلاق النص و الفتوى بقتله عدم الفرق فيه بين كونه مستحلا أم لا، و به صرح بعض الأصحاب، و حكى آخر من متأخر المتأخرين قولاً بتقييده مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٣ بالأول، و وجهه غير واضح).

أقول: (قد ورد في الروايات العديدة المتقدمة في أول المسألة أن حد الساحر هو القتل، إلا أنها روايات ضعيفة، و غير منجبرة بالشهرة الفتوائية، فقد عرفت مرارا أنها لا تجبر ضعف الرواية. و عليه فان تم الإجماع و التسالم على ذلك أخذ به، و إلا فعمومات ما دل على حرمة قتل النفس محكمة.

نعم إذا كان الساحر مستحلا للسحر، أو كان يعارض به بعض المناصب الإلهية و جب قتله، إلا أن القتل لم يجب عليه بما أنه ساحر، بل بما أنه منكر لما هو من ضروريات الإسلام.

قوله و بعضها قد ذكر فيما ذكره في الاحتجاج.

أقول: قد ظهر مما تقدم أن إطلاق السحر على بعض الأمور المذكورة في خبر الاحتجاج - كالسرعة و الخفة و النميمة - إنما هو بنحو من العناية و المجاز، على أن الرواية ضعيفة السند و غير منجبرة بشيء.

قوله و أما الأقسام الأربعة المتقدمة من الإيضاح إلخ.

أقول: قال في محكى الإيضاح: إن استحداث الخوارق إما بمجرد التأثيرات النفسانية: و هو السحر، أو بالاستعانة بالفلكيات فقط: و هو دعوة الكواكب، أو بتمزيج القوى السماوية بالقوى الأرضية: و هي الطلسمات، أو على سبيل الاستعانة بالأرواح الساذجة: و هي العزائم، و يدخل فيه النيرانجات، و الكل حرام في شريعة الإسلام و مستحل كافر.

و تبعه المصنف في ذلك، لوجهين: الأول شهادة المجلسي (ره) في البحار بدخولها في السحر عند أهل الشرع، فتشملها الإطلاقات.

الثاني: دعوى فخر الدين في الإيضاح كون حرمتها من ضروريات الدين، و هذا الوجه يوجب الاطمئنان بالحكم، و باتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار.

أما الوجه الأول: فيرد عليه أولا انه لا حجية في شهادة المجلسي، لاستناده الى اجتهاده و قد اعترف به المصنف أيضا فيما سيأتي. فقد قال: (لكن الظاهر استناد شهادتهم الى الاجتهاد).

و ثانيا: أنا لم نجد في كلام المجلسي شهادة على كون الأقسام المذكورة من السحر عند عرف الشارع، فإنه قال: (إن لفظ السحر في عرف الشرع مختص بكل مخفى سببه، و يتخيل على غير حقيقته، و يجري مجرى التمويه و الخداع). ثم ذكر الأنواع المتقدمة، و أى شهادة في ذلك على مقصود المصنف.

و ثالثا: أنك قد عرفت خروج كثير من الأقسام المزبورة بل كلها عن حقيقة السحر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٤

بل يكفي الشك في منع شمول الإطلاقات لها، لعدم جواز التمسك بها عند الشك في الصدق.

ورابعا: ما ذكره المصنف فيما سيأتي من معارضة شهادة المجلسي بما ذكره الفخر من إخراج علمي الخواص و الحيل من السحر، و بما ذكره صاحب لك و غيره من تخصيصهم السحر بما يحدث ضررا، و بما ذكره العلامة من تخصيصه السحر بما يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله، و هذه الشهادات من هؤلاء الأعيان تكشف عن عدم العموم في لفظ السحر لجميع ما تقدم، و عن كون الإطلاق في جملة منها مجازا.

و من هنا ظهر الجواب عن الوجه الثاني أيضا. على أن الدعوى المذكورة لا- توجب الاطمئنان بالحكم إلا- في المورد المتيقن، كالإضرار بالمسحور في عقله أو بدنه أو ماله أو ما يرجع اليه من شؤونه، و أما في غير الموارد المتيقنة فإنه لا دليل على حرمة الاستعانة بالأموار المتقدمة، بل ربما تكون مطلوبة لإبطال سحر مدعى النبوة و الإمامة، و مع الشك فيه فأصالة البراءة محكمة.

عدم اختصاص حرمة السحر

بالمضر منه هل تختص حرمة السحر بالمضر منه أو تعم غير المضر أيضا؟ فيه خلاف. فالمحكي عن الشهيدين في الدروس و لك ان المعتبر في السحر الإضرار، و عن شارح النخبة أن ما كان من الطلسمات مشتملا على إضرار أو تمويه على المسلمين أو الاستهانة بشيء من حرمة الله فهو حرام، سواء عد من السحر أم لا، و عن جملة من الأكابر انه حرام مطلقا سواء أ كان مضرا أم لا تمسكا بظاهر الإطلاقات المتقدمة، و من هنا ظهر أنه لا وجه لتقييد السحر بما كان مؤثرا في بدن المسحور أو عقله أو قلبه من غير مباشرة كما عرفته عن العلامة في القواعد.

و قد يستدل على اختصاص حرمة السحر بالمضر منه ببعض الروايات الواردة في قصة هاروت و ماروت، و سيأتي ذكرها.

و فيه أولا: أن هذه الروايات ضعيفة السند. و ثانيا: أنه لا تنافي بينها و بين المطلقات الدالة على حرمة السحر مطلقا.

قوله فمثل احداث حب مفرط في الشخص بعد سحرا.

أقول: الوجه فيه ما ورد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٥

في بعض الأحاديث [١] من تشديد النبي (ص) المرأة التي صنعت ذلك لزوجها، و استقباله إياها باللعن و التوبيخ، و حكمه عليها بعدم قبول التوبة.

و فيه أولا: أنه ليس في الرواية ما يدل على كون المصنوع سحرا. و ثانيا: أن العمل بها يقتضى حرمة إدخال الزوجة حبها في قلب الزوج و إن كان ذلك بالأخلاق الحسنة و الأفعال المرضية، مع انه مطلوب في الشريعة المقدسة، و قد أمر به في الأخبار المتظاهرة، بل المتواترة المذكورة في أبواب مقدمات النكاح، و عليه فلا بد من حمل الرواية على كون المصنوع أمرا غير مشروع يوجب تكدر البحار و الطين، و استحقاق المرأة باللعن و ثالثا: ان الرواية مخالفة للقواعد، فإنها مشتملة على عدم قبول التوبة من المرأة التي صنعت لزوجها شيئا يوجب المحبة و العطف، مع ان الثابت في الإسلام جواز توبة المرأة المرتدة، سواء أ كانت فطرية أو ملية، و من المقطوع به ان سحرها لا يزيد على الارتداد، و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الرواية ضعيفة السند.

جواز دفع ضرر السحر بالسحر

قوله بقى الكلام في جواز دفع ضرر السحر بالسحر.

أقول: و قد يستدل على الجواز بالروايات [٢] الواردة في قصة هاروت و ماروت و غيرها، فإنها تدل على جواز

[١] فى ج ٣ ثل باب ١٤٣ انه يحرم على المرأة سحر زوجها من مقدمات النكاح ص ٣٢ عن الصدوق ياسناده عن إسماعيل بن مسلم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه «ع» قال: قال رسول الله (ص) لامرأة سألته: ان لى زوجا و به على غلظة و انى صنعت شيئا لأعطفه على؟ فقال لها رسول الله (ص): أف لك كدرت البحار و كدرت الطين و لعنتك الملائكة الاخبار و ملائكة السماوات و الأرض، قال: فصامت المرأة نهاره و قامت ليلها و حلقت رأسها و ليست المسوح فبلغ ذلك النبى (ص) فقال: إن ذلك لا يقبل منها. ضعيفه للنوفلى. و قريب منها ما فى ج ٢ المستدرک ص ٤٣٣. مجهولة لموسى بن إسماعيل.

أقول: المسح بكسر الميم البلاس يقعد عليه، و الكساء من شعر، و ما يلبس من نسيج الشعر على البدن تقشفا و قهراج أمساح و مسح. [٢] فى ج ٢ التهذيب ص ١٠٩. و ج ١ كا باب ٣٣ الصناعات من المعيشة ص ٣٦٠ و ج ١٠ الوافى باب ٣٠ الصناعات ص ٣٠: على عن أبيه قال: حدثنى شيخ من أصحابنا قال: دخل عيسى بن سيفى «و فى نسخة كاشفقى» على ابى عبد الله «ع» و كان ساحرا- مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٦

دفع ضرر السحر بالسحر. و فيه انها و إن كانت ظاهرة الدلالة على ذلك، و لكنها ضعيفه السند، فلا يمكن الاستناد إليها. نعم يمكن الاستدلال على الجواز بالأية الواردة فى قصة هاروت و ماروت [١] بتقريب أن السحر لو لم يكن جائز الاستعمال حتى فى مقام دفع الضرر لم يجز تعليمه أصلا، فجواز التعليم يدل على جواز العمل به فى الجملة، و القدر المتيقن منه هو صورة دفع ضرر الساحر، و كيف كان فلا- ريب فى انه قد يجب إذا توقفت عليه مصلحة ملزمة، كما إذا ادعى الساحر منصبا من المناصب الإلهية، كالنبوة و الإمامة.

التسخير ليس من السحر

و قد يقال: بأن من السحر التسخيرات بأقسامها حتى تسخير الحيوانات، بدعوى أن تعاريف السحر صادقة عليها، حتى ان الشهيدين مع أخذهما الإضرار فى تحريم السحر ذكروا ان استخدام الملائكة و الجن من السحر، و عليه فتشملها الإطلاقات المتقدمة الدالة على حرمة السحر بجميع شؤونه.

و فيه أنك قد عرفت خروج الاستعانة بالأرواح الأرضية و استخدام الجن من السحر موضوعا و حكما. و حيثئذ فإن انطبق على ذلك شىء من العناوين المحرمة حكم عليه بالحرمة لتلك الجهة المحرمة، لا لكونه سحرا، كما إذا اشتملت التسخيرات على المقدمات المحرمة،

- يأتيه الناس و يأخذ على ذلك الأجر- و سألته عن ذلك قال «ع»: حل و لا تعقد. مرسله أقول: ظاهر الرواية أن الحل و العقد كليهما بالسحر فحمل الحل على ما كان بغير السحر من الأدعية و نحوها بعيد عنها.

و فى ج ٤ البحار ص ١٣٠. و الاحتجاج ص ١٨٥ فى قصة الملكين ما يدل على جواز دفع ضرر السحر بالسحر، و لكن الرواية مرسله. و فى ج ٢ ثل باب ٥٣ تحريم تعلم السحر مما يكتسب به ص ٥٤٤ عن العيون ما فى رواية العسكري «ع» ما يدل على ذلك. و لكنها مجهولة.

و فى رواية جهم عن الرضا «ع» فى الحديث قال: و أما هاروت و ماروت فكانا ملكين علما الناس السحر ليحترزوا به سحر السحرة و يبتلوا به كيدهم. الحديث. مجهول.

[١] سورة البقرة آية: ٩٦. قوله تعالى: (وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَ مَارُوتَ وَ مَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فَتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٧

أو كان المسخر بالكسر لعمله ذلك عرضاً للتضرر أو التلف أو الجنون، أو لارتكاب شيء آخر من الأمور غير المشروعة، أو كان المسخر بالفتح مؤمناً من الإنس أو ملكاً، و كان التسخير ظلماً عليهم، و مع انتفاء العناوين المحرمة فلا وجه للحرمه، كتسخير الكفار من الانس و الجن و إن اشتمل ذلك على إيدائهم، و إلا لما جاز قتل الكفار، و أخذ الجزية منهم و هم صاغرون. و كذلك يجوز تسخير الحيوانات مطلقاً، خصوصاً المؤذيات منهم كالعقارب و الحيات و السباع، و إلا لما جاز استخدام الحمولة، و قتل المؤذيات منها، و قد أجاد المحقق الايرواني و قال: (فالأمر في تسخير الحيوانات أوضح، فهل يمكن الالتزام بجواز تسخير الحيوانات بالقهر و الغلبة و الضرب، و مع ذلك لا يجوز تسخيرها بما يوجب دخولها تحت الخدمة طوعاً)

الشعوذة

قوله الحادية عشرة الشعوذة حرام بلا خلاف.

أقول: الشعوذة [١] هي اللعبة المعروفة: أعنى الخفة في الحركة المعبر عنها في لغة الفرس بكلمة (تردستي) و أما الذي يترتب على الشعوذة فهو أمر واقعي، فان المشعوذ يفعل ما يفعله سائر الناس من الأمور العادية، إلا أنه يشغل أذهان الناظرين بسرعة حركته و خفة يده بحيث يتعجبون من أفعاله من غير أن تكون تلك الأفعال الصادرة منه خيالية محضة كما في السحر أو غير جارية على السير الطبيعي كما في المعجزات، على ما عرفت من التفرقة بينها و بين السحر و المعجزة في المسألة السابقة. و يمكن أن تكون الشعوذة أعم من السحر، و يظهر ذلك من ملاحظة ما ذكره

[١] في لسان العرب: الشعوذة خفة في اليد و أخذ كالسحر يرى الشيء بغير ما هو عليه أصله في رأى العين، و الشعوذة السرعة، و قيل: هي الخفة في كل أمر.

و عن المصباح: شعوذ الرجل شعوذة، و منهم من يقول: شعبذة شعبذة، و هو بالذال المعجمة، و ليس من كلام أهل البادية، و هي لعب يرى الإنسان ما ليس له حقيقة كالسحر و في أقرب الموارد: الشعبذة كشعوذة زنة و معنى. و فيه أيضاً: الشعوذة و هي خفة في اليد و أخذ كالسحر يرى الشيء في رأى العين بغير ما عليه أصله.

و في المنجد: الشعبذة كشعوذة زنة و معنى. و فيه أيضاً: الشعوذة و هي خفة في اليد و أعمال كالسحر ترى الشيء في العين بغير ما هو عليه.

و في مجمع البحرين: الشعبذة هي الحركة الخفيفة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٨

بعض اللغويين مع ملاحظة ما ذكرناه في معنى الشعوذة بحسب المتفاهم العرفي. و لكن الظاهر هو ما ذكرناه من المباشرة بينهما.

و قد استدلل المصنف (ره) على حرمة الشعوذة بأمور:

الأول: الإجماع. و فيه أنه ليس هنا إجماع تعبدى، لاحتمال استناده إلى سائر الوجوه المذكورة في المسألة.

الثاني: أنه من اللهو و الباطل. و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى، أما الوجه في منع الصغرى فلأننا لا نسلم كونها من اللهو و الباطل إذا ترتب عليها غرض عقلائي. و أما الوجه في منع الكبرى فلأنه لا دليل على حرمتها على الإطلاق، بل الحرام منهما هو القسم الخاص.

الثالث: قوله «ع» في خبر الاحتجاج: (و نوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاريق و خفة). و فيه أولاً: إنه ضعيف السند و غير منجبر بشيء و قد تقدم ذلك آنفاً. و أما جبره بالإجماع المحكى، فإن الإجماع إن كان حجة في نفسه لزم اتباعه لذلك، و إلا فإن ضم غير الحجة

إلى مثله لا يفيد الاعتبار.

الرابع: صدق بعض تعاريف السحر على الشعوذة، فتكون مشمولة لما دل على حرمة السحر. وفيه أنك قد عرفت خروجها عن حدود السحر موضوعا، وعدم صدقة عليها.

الغش الحرام

إشارة

قوله الثانية عشرة الغش حرام بلا خلاف.

أقول: لا شبهة في حرمة غش المسلم في الجملة بلا خلاف بين الشيعة وأهل السنة [١] لتواتر الروايات من طرفنا [٢]

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٨٤ نهى عن الغش والتدليس ومدح السلعة بما ليس فيها و كتم ما بها من عيب ونحو ذلك.

[٢] في ج ١ كا ص ٣٧٤. و ج ٢ التهذيب ص ١٢٢. و ج ١٠ الوافي ص ٦٣.

و ج ٢ ثل باب ١١٥ تحريم الغش مما يكتسب به ص ٥٦٢ عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس منا من غشنا. صحيحة.

و بهذا الاسناد عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص) لرجل يبيع التمر:

يا فلان أما علمت أنه ليس من المسلمين من غشهم. صحيحة.

و عن رجل عن أبي عبد الله «ع» قال: دخل عليه رجل يبيع الدقيق فقال: إياك والغش فان من غش غش في ماله فان لم يكن له مال غش في أهله. مرسل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٢٩٩

و من طرق العامة «١» بل هي من ضروريات مذهب المسلمين.

و العجب من المحقق الايرواني حيث ألغى عنوان الغش عن الموضوعية و التزم بحرمة للعناوين الثانوية من الكذب و أكل أموال الناس بلا رضى منهم!

و لا ريب أن الروايات حجة عليه، لظهورها في حرمة الغش في نفسه، فإذا تحقق موضوعه في مورد ترتب عليه حكمه، كسائر القضايا الحقيقية، و سيأتي أن موضوع الغش أمر عرفي.

فقد ظهر أنه لا وجه لما ارتكبه المحقق المذكور من السير و التقسيم في نفى موضوعية الغش بدعوى أنه لا دليل على حرمة شوب اللبن بالماء و لا- على حرمة عرض المشوب على البيع، و لا- على حرمة مجرد الإنشاء، فتعين أن يكون الغش المحرم أخذ قيمة غير المغشوش بإزاء المغشوش

و عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» قال: نهى رسول الله (ص) عن أن يشاب اللبن بالماء للبيع. ضعيفة للنوفلي.

و عن هشام بن الحكم قال: كنت أبيع السابري في الظلال فمر بي أبو الحسن موسى «ع» فقال لي: يا هشام إن البيع في الظلال غش و الغش لا يحل. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

أقول: السابري ثوب رقيق جيد.

و في الموضوعين المتقدمين من الوافي و ثل و في كاهن ج ٤ مرآة العقول ص ٣١٩ في رواية زينب العطاره الحولاء عن رسول الله

(ص): إذا بعث فأحسنى ولا تغشى فإنه أنقى لله وأبقى للمال. حسنة للحسين بن زيد.

و في الباب المزبور من ثل في حديث المناهى عن رسول الله (ص) إنه قال: و من غش مسلما فى شراء أو بيع فليس منا و يحشر يوم القيامة مع اليهود لأنهم أغش الخلق للمسلمين.
مجهولة لشعيب بن واقد.

و فى ج ١ كا ص ٣٨٠. و ج ٢ التهذيب بيع المضمون ص ١٢٧. و ج ١٠ الوافى ص ٦٤. و ج ٢ ثل باب ٩ جواز خلط المتاع الجيد بغيره من أحكام العيوب ص ٥٩٧ عن الحلبي عن أبي عبد الله «ع» قال: سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد و سعرهما شتى واحدهما خير من الآخر فيخلطهما جميعا ثم يبيعهما بسعر واحد؟ فقال: لا يصلح له أن يفعل ذلك يغش به المسلمين حتى يبينه. حسنة لإبراهيم بن هاشم. الى غير ذلك من الروايات المذكورة فى المصادر المتقدمة. و فى ج ٢ المستدرک ص ٤٥٥، و ج ١٥ البحار العشرة ص ١٩٥.

(١) راجع ج ٥ سنن البيهقي ص ٣٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٠

موضوع الغش

إشارة

لا- شك فى أن الغش ليست له حقيقة شرعية، و لا متشرعية، بل المراد به ما جرى عليه العرف و اللغة [١] من كونه بمعنى الكدر و الخديعة و الخيانة، و يعبر عنه فى لغة الفرس بكلمة (گول زدن) و لا يتحقق ذلك إلا بعلم الغاش و جهل المغشوش، فإذا كان كلاهما عالمين بالواقع، أو جاهلين به، أو كان الغاش جاهلا و المغشوش عالما انتفى مفهوم الغش.

ثم إنه لا يعتبر فى مفهوم الغش انحصار معرفته بالغاش، فإن أكثر أفراد الغش يعرفه نوع الناس بإمعان النظر، خصوصا من كان من أهل الفطانة و التجربة، و من كان شغله الغش، فإنه لا شبهة أن من الغش جعل الجيد من الحبوب على ظاهر الصبره و رديه فى باطنها و بيع الأمتعة فى الظلال، و من الواضح أن نوع الناس يلتفتون الى الغش فى أمثال ذلك بتدقيق النظر، و لو اختص مفهوم الغش بما انحصر طريق معرفته بالغاش لم يبق له إلا مورد نادر.

نعم قد تنحصر معرفته بالغاش كمزج اللبن بالماء، و خلط الدهن الجيد بالدهن الردى، و وضع الحرير و نحوه فى مكان بارد ليكتسب ثقلا، و بيع الحيوان مسموما لا يبقى أزيد من يوم و يومين، و غير ذلك من الموارد التى لا يطلع على الغش إلا خصوص الغاش فقط، و لكن هذا لا يوجب اختصاص الغش بتلك الموارد، و عدم تحقق مفهومه فى غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه أن الغش لا- يصدق لغة و لا عرفا على الخلط الظاهر الذى لا تحتاج معرفته إلى إمعان النظر، فإذا مزج الردى بالجيد مزجا يعرفه أى ناظر اليه من الناس- بغير تدقيق النظر، و جعل الردى فى ظاهر الصبره و الجيد فى باطنها- فان ذلك لا يكون غشا، و يدل على ذلك بعض الأحاديث [٢].

[١] فى لسان العرب: غشش نقيض النصح و هو مأخوذ من الغشش المشرب الكدر، أنشد ابن الأعرابي: «و منهل تروى به غير غشش) أى غير كدر و لا قليل، قال: و من هذا الغش فى البياعات.

و فى مجمع البحرين: المغشوش الغير الخالص.

و فى المنجد: غشه أظهر له خلاف ما أضمره. و خدعه. الغش بالكسر اسم من الغش بالفتح الخيانة. المغشوش غير الخالص.

[٢] فى ج ١ كا باب ٧٧ من المعيشة ص ٣٨٠. ج ١٠ الوافى ص ٦٤. و ج

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠١

تذييل

إن ظاهر المطلقات المتقدمة هو حرمة الغش على وجه الإطلاق سواء أ كان فى المعاملة أم فى غيرها، إلا أنه لا بد من صرفها الى خصوص المعاملات فى الجملة، بدهاءه أنه لا بأس بتزيين الدور والألبسة والأمتعة لإراءة أنها جديدة، مع أنها عتيقة، وكذلك لا بأس بإطعام الطعام المغشوش وسقى اللبن الممزوج للضيف وغيره، وبذل الأموال المغشوشة للفقراء. بل يمكن دعوى عدم صدق الغش فى هذه الموارد، أو فى بعضها. نعم لو أخبر بموافقة الظاهر فى ذلك للواقع كان حراما من جهة الكذب، سواء كان إخباره قوليا أم فعليا، وهو أجنبي عما نحن فيه.

لا يعتبر فى صدق الغش قصد مفهومه

قوله و يمكن أن يمنع صدق الاخبار المذكورة إلا على ما قصد التليس.

أقول:

ظاهر المصنف أنه يعتبر فى حقيقة الغش قصد مفهومه من التليس والخديعة. و أما ما يكون ملتبسا فى نفسه فلا يجب عليه الإعلام به. و فيه أنه لا دليل على اعتبار القصد بمعنى الداعى فى مفهوم الغش. بدهاءه كونه من الأمور الواقعية، و هى لا تختلف باختلاف الدواعى كالأمر القصدية، وإنما المعتبر فيه علم البائع بالخط مع جهل المشتري إياه. و عليه فإذا اختلط الجيد بالردى أو امتزج اللبن بالماء بغير اختيار من المالك، و لا رضى و باعهما بدون التنبيه كان ذلك أيضا غشا محرما، لإطلاق الروايات، و عدم دلالة شىء منها على اعتبار القصد فى تحقق الغش. و مما ذكرناه ظهر بطلان ما فى الرياض من قوله ثم لو غش لا بقصده بل بقصد إصلاح المال لم يحرم للأصل و اختصاص ما مر من النص بحكم التبادر بصورة القصد).

٢ نل باب ٩ جواز خلط المتاع الجيد بغيره ص ٥٩٠. و ج ٢ التهذيب بيع المضمون ص ١٢٧ عن محمد بن مسلم عن أحدهما «ع» إنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض و بعضه أجود من بعض؟ قال: إذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يغط الجيد الردى. صحيحة. و يظهر ذلك من بعض الروايات المتقدمة الدالة على حرمة الغش.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٢

حكم المعاملة المشتملة على الغش من حيث الصحة أو الفساد

قوله ثم إن فى جامع المقاصد ذكر فى الغش بما يخفى بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين فى صحة المعاملة و فسادها. أقول: ضابط الصحة و الفساد فى المقام هو ما حققناه فى البحث عن بيع الدراهم المغشوشة وغيره، و إجماله: أن المبيع إما أن يكون كليا، و يكون الغش فى الفرد المقبوض، كما إذا باع منا من الحنطة الجيدة. و دفع عنها حنطة مغشوشة فإنه لا شبهة فى صحة البيع فى هذه الصورة، لعدم كون الغش فى البيع، و إنما هو فى تطبيق المبيع الكلى على الفرد الخارجى، فللمشتري تبديله بغيره. و إما أن يكون المبيع شخصا، و هو على أقسام، لأن الأوصاف المأخوذة فى المبيع قد تكون من قبيل الصور النوعية فى نظر العرف، و لا شبهة فى بطلان البيع فى هذه الصورة إذا ظهر المبيع مغشوشا، كما إذا باع فلزا على أنه ذهب فبان مذهبا. و وجه البطلان أن ما وقع

عليه العقد ليس بموجود، و ما هو موجود لم يقع عليه العقد.

وقد تكون الأوصاف المأخوذة فيه من قبيل وصف الكمال أو الصحة، كما إذا باع عبدا على أنه كاتب أو نجار أو بصير فبان أنه لا يحسن الكتابة و التجارة أو أنه أعمى، و حينئذ فإن كان العقد معلقا على الوصف بحيث ينتفى البيع مع انتفاء الوصف فهو باطل، للتعليق المجمع على كونه مبطلا للعقد، و إن كان مشروطا بالوصف حكم بالصحة.

و عليه فإذا كان التخلف في الأوصاف الكمالية ثبت خيار تخلف الشرط للمشتري. و إذا كان التخلف في وصف الصحة كان المشتري مخيرا بين الأمور الثلاثة الفسخ، أو الإمضاء بدون الأرش، أو الإمضاء معه.

و قد يكون المبيع المجموع المركب من جزئين، أو من أجزاء، و هو على قسمين:

أحدهما: أن يكون للهيئة الاجتماعية دخل في ازدياد الثمن، بأن كانت واسطة في زيادة مالية المبيع و إن لم يقابلها بنفسها جزء من الثمن، كما هو الشأن في عامة الأوصاف حتى ما كان من قبيل الصور النوعية.

و عليه فلا شبهة في بطلان البيع في الجزء الفائت و كون المشتري مخيرا في الباقي بين الفسخ و الإمضاء. و مثاله أن يبيع دورة البحار، فيظهر ان احد الأجزاء التي وقع عليها البيع كتاب لغه، أو يبيع مصراعى الباب، فيبين أنه مصراع واحد، أو يبيع زوجي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٣

الخف فيبين أنه فرد واحد، أو يبيع عدلى الغرارة- أى الجوالق- فيبين أنه عدل واحد.

و غير ذلك من الأمثلة. فإنه لا شبهة في دخل الهيئة الاجتماعية في زيادة المالية في الأمور المذكورة، فيترتب عليها الحكم المزبور.

و ثانيهما: ان لا يكون للهيئة الاجتماعية مساس في زيادة مالية المبيع أصلا، بل كان الانضمام كوضع الحجر في جنب الإنسان، و عليه فلا شبهة في صحة البيع و لزومه بالنسبة إلى الجزء الموجود، من دون ان يثبت للمشتري خيار تخلف الوصف، كما إذا باع صبرة حنطة بدينارين على انها وزنتان فوجد نصفها ترابا، فيصح البيع في الوزن الموجودة و يبطل في الأخرى، فإن مرجع ذلك الى بيع كل وزنة من هذه الحنطة بدينار. و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من أن الغش (إن كان من قبيل التراب الكثير في الحنطة كان له حكم تبعض الصفقة و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد).

و من جميع ما ذكرناه يظهر ضعف كلام الشهيد حيث قال في شرائط الاقتداء من الذكري: (الثالث يشترط القصد الى إمام معين) الى ان قال: (و لو نوى الاقتداء بالحاضر على أنه زيد فبان عمروا ففى ترجيح الإشارة على الاسم، فيصح، أو بالعكس، فيبطل نظر، نظير ان يقول المطلق لزوجته اسمها عمرة: هذه- هنا- زينب طالق، و يشير البائع إلى حمار، فيقول: بعتك هذا الفرس). و منشأ للتردد في ذلك تغليب الإشارة أو الوصف و يضاف الى ما ذكرناه انك قد عرفت في مبحث التطفيف: ان البيع من الأمور القصدية فلا معنى لتردد المتبايعين فيما قصدها.

و كذلك ظهر بطلان ما استدل به القائلون بالفساد مطلقا من أن العقد لم يتعلق بذات المبيع بأى عنوان اتفق، بل تعلق بالمبيع بعنوان انه غير مغشوش، فإذا ظهور الغش فقد ظهر ان ما هو المبيع غير موجود، و ما هو موجود غير المبيع.

و وجه البطلان انه إنما يتم فيما إذا كانت الأوصاف المختلفة من قبيل الصور النوعية لا مطلقا، و قد أوضحنا ذلك فيما تقدم.

و قد يستدل على الفساد بوجه آخر، قد أشار إليها المصنف:

الأول: النهى الوارد عن بيع المغشوش، فإنه يدل على فساده. و فيه انا لم نجد ما يدل على النهى عن بيع المغشوش في نفسه غير خبر موسى بن بكر، و خبر الجعفى، و سيجىء الكلام عليهما.

الثانى: النهى عن الغش الوارد في الروايات الكثيرة، و قد تقدم ذكرها في الحاشية، و من الواضح ان الغش متحد مع البيع، كما تدل عليه رواية هشام المتقدمة (أما علمت ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٤

البيع في الظلال غش). فيدل على الفساد.

و فيه ان النهي إنما تعلق بالغش، و هو أمر خارج عن البيع، و النهي إذا تعلق بأمر خارج عن الشيء لا يدل على فساد ذلك الشيء، و قد حقق ذلك في محله. و اما رواية هشام فهي لا تدل على أزيد من ذلك، خصوصاً بعد ملاحظة قوله «ع» في ذيلها: (و الغش لا يحل) فإنه ظاهر في الحكم التكليفي فقط.

الثالث: خبر موسى بن بكر عن أبي الحسن «ع» فإنه (أخذ ديناراً من الدنانير المصبوبة بين يديه فقطعها بنصفين ثم قال: ألقه في البالوعة حتى لا يباع شيء فيه غش). فان تعليقه عليه السلام بذلك بأن لا يقع بيع على شيء فيه غش يدل على فساد هذه المعاملة. و نظير ذلك خبر الجعفي، و قد تقدم الكلام عليهما في البحث عن البيع الدرهم المغشوشة «١» مع انهما ضعيفتا السند كما تقدم في المبحث المذكور.

حرمة الغناء

إشارة

قوله الثالثة عشرة الغناء، لا خلاف في حرمة في الجملة.

أقول: لا خلاف في حرمة الغناء في الجملة بين الشيعة، و اما العامة فقد التزموا «٢» بحرمة لجهات خارجية، و إلا فهو بنفسه أمر مباح عندهم.

قال في المستند «٣» بعد ان ذكر موضوع الغناء: (فلا خلاف في حرمة ما ذكرناه انه غناء قطعاً، و لعل عدم الخلاف بل الإجماع عليه مستفيض، بل هو إجماع محقق قطعاً، بل

(١) ص ١٥٧ و ص ١٥٨.

(٢) في ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٢: فالتغنى من حيث كونه ترديد الصوت بالألحان مباح لا شيء فيه. و لكن قد يعرض له ما يجعله حراماً أو مكروهاً. و على هذا المنهج تفصيل المذاهب الأربعة. ثم قال: فما عن أبي حنيفة من انه يكره الغناء و يجعل سماعه من الذنوب فهو محمول على النوع المحرم منه. و في ص ٤٣ نقل الغزالي في الإحياء عن الشافعي: لا أعلم أحداً من علماء الحجاز كره السماع. و قد استدلل الغزالي على الجواز برقص الحبشة و الزنوج في المسجد النبوي يوم عيد و أقرهم الرسول (ص). ثم ذكر ان حرمة الغناء من جهة المحرمات الخارجية. أقول قد تظافت الأحاديث من طرقهم في حول الغناء إثباتاً و نفيًا. راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٢١-٢٣٠.

(٣) ج ٢ ص ٣٤٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٥
ضرورة دينية).

و في متاجر الرياض: (بل عليه إجماع العلماء، كما حكاه بعض الأجلاء، و هو الحجّة).

و غير ذلك من كلمات الأصحاب المشتملة على دعوى الإجماع و الضرورة على حرمة الغناء.

و يدل على حرمة وجوه، الوجه الأول: قيام الإجماع عليها محصلاً و منقولاً.

و فيه أن دعوى الإجماع على الحرمة في الجملة و إن لم تكن جزافية، بل في كلمات غير واحد من الأعلام دعوى الضرورة عليها، إلا أنه ليس إجماعاً تعدياً، فان من المحتمل القريب استناد المجمعين الى الآيات و الروايات الدالة على حرمة الغناء.

الوجه الثاني: جملة من الآيات الكريمة و لو بضميمة الروايات، منها قوله تعالى «١»:

(وَاجْتَبَيْتُمْ قَوْلَ الزُّورِ) و منه الغناء، للروايات [١] الواردة في تطبيقه عليه، و لا فرق في هذه النتيجة بين كون الغناء نفسه من مقولة الكلام، أو هو كيفية مسموعة تقوم به، لاتحادهما في الخارج على كل حال، فلا وجه للחדشة في الروايات الواردة في تفسير الآية: بأن مقتضاها أن الغناء من مقولة الكلام، مع أنه كيفية تقوم به.

و منها قوله تعالى «٢»: (وَ مِنَ الذَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) فقد ذكرت عدة من الروايات [٢] أن الغناء من مصاديق لهو الحديث الذي حرمة الآية

[١] في ج ٢ كا باب الغناء ص ٢٠٠. و ج ١٠ الوافي باب ٣٤ الغناء ص ٣٣. و ج ٢ ثل باب ١٢٧ تحريم الغناء مما يكتسب به ص ٥٦٥ عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عن قول الله (و اجتنبوا قول الزور)، قال: هو الغناء. ضعيفة لسهل. و في الباب المزبور من ثل في رواية زيد الشحام عن أبي عبد الله «ع» قال: قول الزور الغناء. ضعيف لدرست بن منصور. و عن ابن أبي عمير مثله مرسل.

و عن عيون الأخبار قول الزور الغناء. ضعيف لمظفر العلوي. و عن تفسير علي بن إبراهيم مثله. حسنة لإبراهيم بن هاشم. و في ج ٢ المستدرک ص ٤٥٨ عن الصدوق مثله مرسل.

[٢] في المصادر المتقدمة من كا و الوافي و ثل عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر «ع» قال الغناء مما وعد الله عليه النار و تلا هذه الآية. حسنة لإبراهيم و علي بن إسماعيل.

و عن مهران بن محمد بن أبي عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: الغناء مما قال الله: و من الناس الآية. مجهولة لمهران.

(١) سورة الحج آية: ٣١.

(٢) سورة لقمان آية: ٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٦

الكريمة، بل نسبه الطبرسي «١» الى أكثر المفسرين، و لفظ الاشتراء في الآية يجري على ضرب من المجاز، أو على بعض التعاريف التي يذكرها فريق من اللغويين، و قد تقدم ذلك فيما سبق «٢»، فلا ضير في أن يتعلق بلهو الحديث و بالغناء كما ذكرته الروايات و إن لم يكونا من الأعيان.

و منها قوله تعالى «٣»: (وَ الَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ) بضميمة ما في تفسير القمي «٤» من تطبيق الآية على الغناء.

و منها قوله تعالى «٥»: (وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) فإنه قد ورد في بعض الأحاديث [١] تفسير الزور في الآية بالغناء، و يؤيده ما تقدم من الروايات في قوله تعالى: (وَاجْتَبَيْتُمْ قَوْلَ الزُّورِ). و الروايات المذكورة في تفسير الآيات المزبورة و إن كان أكثرها ضعيف السند إلا أن في المعبر منها غنى و كفاية.

و قد أورد في المستند على دلالة الآيات على حرمة الغناء بأن الروايات الواردة في تفسيرها بالغناء معارضة بما ورد في تفسيرها بغيره. و فيه أن الأحاديث المذكورة في تفسير القرآن كلها مسوقة لتفقيح الصغرى و بيان المصدق، فلا تدل على الانحصار بوجه حتى تقع المعارضة بينهما، و قد أشرنا الى هذا

و عن الوشاء قال: سمعت أبا الحسن «ع» يقول: سئل أبو عبد الله «ع» عن الغناء؟

فقال: هو قول الله: و من الناس الآية. ضعيفة لسهل.

و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢١٣ عن ابن مسعود قال: و من الناس من يشتري الآية، قال: هو و الله الغناء.
و في ج ٢ المستدرک ص ٤٥٧ أخرج جملة من الروايات في تطبيق الآية على الغناء، و لكنها ضعيفة السند.
[١] في المواضع المتقدمة من كا و الوافي و ثل عن أبي الصباح عن أبي عبد الله «ع» في قول الله تعالى: وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ، قال:
الغناء. صحيحة.

و في رواية أخرى عنه مثلها، و لكنها حسنة لإبراهيم.

و في تفسير القمي ص ٤٦٨ طبق الآية على الغناء.

(١) ج ٤ مجمع البيان ط صيدا ص ٣١٢.

(٢) ص ١٩٣.

(٣) سورة المؤمنين آية: ٣.

(٤) ص ٤٤٤ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ، عن الغناء و الملاهي.

(٥) سورة الفرقان آية: ٧٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٧

فيما سبق مرارا، و تكلمنا عليه في البحث عن مقدمات التفسير مفصلا.

الثالث: الروايات [١] الدالة على حرمة الغناء، و حرمة تعليمه و تعلمه، و حرمة التكسب به و استماعه. و أنه ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الخضرة. و أنه يورث الفقر و القساوة و يتزع الحياء. و أنه رقية الزناء، و يرفع البركة، و ينزل البلاء، كما نزل البلاء على المغنين من بنى إسرائيل. و أنه مما وعد الله عليه النار و بئس المصير. و أنه غش النفاق و أن الغناء مجلس لا ينظر الله الى أهله. و أن استماع الغناء نفاق و تعلمه كفر. و أن صاحب الغناء يحشر من قبره أعمى و أخرس و أبكم. و أن من ضرب في بيته شيئا من الملاهي أربعين يوما فقد باء بغضب من الله فان مات في أربعين مات فاجرا فاسقا مأواه النار و بئس المصير. و أن من أصغى الى ناطق يؤدي عن الشيطان فقد عبد الشيطان. و أن الغناء أحب ما خلق الله و شر ما خلق الله و أنه يورث الفقر و النفاق. و أن من استمع الى الغناء يذاب في اذنه الإفك.

و غير ذلك من المضامين المدهشة التي اشتملت عليها الأخبار المتواترة. و الروايات الواردة في حرمة الغناء و إن كان أكثرها ضعيف السند، و لكن في المعبر منها غنى و كفاية.

و العجب من المحقق الأردبيلي، حيث قال في محكي شرح الإرشاد: ما رأيت رواية صحيحة صريحة في التحريم. و هو أعرف بمقاله.

رأى المحدث القاساني في حرمة الغناء و الجواب عنه

قال في الوافي «١» ما حاصله: الذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة في الغناء هو اختصاص حرمة، و حرمة التكسب به، و حرمة تعليمه و تعلمه و استماعه بما كان متعارفا من بنى أمية و بنى العباس، من دخول الرجال على النساء، و تكلمهن بالأباطيل، و لعبهن بالملاهي على أقسامها، و أما غير ذلك فلا محذور فيه، و عليه فلا بأس بسماع الغناء بما يتضمن ذكر الجنة

[١] راجع ج ٢ كا آخر أبواب الأشربة باب الغناء ص ٢٠٠. و ج ١٠ الوافي باب ٣٤ ما جاء في الغناء ص ٣٣. و ج ٢ ثل باب ١٢٧

تحريم الغناء، و باب ١٢٨ تحريم استعمال الملاهي، و باب ١٢٩ تحريم سماع الغناء مما يكتسب به ص ٥٦٥ و ص ٥٦٦. و ج ٢

المستدرک ص ٤٥٧ و ص ٤٥٨. و ج ١٦ البحار.

(١) ج ١٠ ص ٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٨

و النار، و التشويق الى دار القرار، و الترغيب الى الله، و الى عبادته و طاعته.

ثم حمل على هذا كلام الشيخ في الاستبصار. و قد استشهد على رأيه هذا بوجوه:

الأول: مرسله الفقيه (سأل رجل على بن الحسين «ع» عن شراء جارية لها صوت؟

فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة).

الثاني: رواية أبي بصير (قال: قال أبو عبد الله «ع»: أجز المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس و ليست بالتي يدخل عليها الرجال).

الثالث: الروايات «١» المشتملة على مدح الصوت الحسن. و على استحباب قراءة القرآن به و بألحان العرب، و أن لكل شيء حلية و

حلية القرآن الصوت الحسن. و أن الامام على ابن الحسين «ع» كان أحسن الناس صوتا بالقرآن. فان المستفاد من جميعها جواز الغناء

في نفسه، بل استحبابه في خصوص القرآن، و أن حرمة إنما تكون للأمر الخارجية التي قد تقارنه في الوجود.

أقول: يرد عليه أمور، الأول: أن الظاهر من الروايات المتظاهرة، بل المتواترة (من حيث المعنى) الناهية عن الغناء، و عن جميع ما يتعلق

به هو تحريمه بنفسه مع قطع النظر عن اقترانه بسائر العناوين المحرمة، و قد عرفت جملة منها في الهامش، و عرفت مصادرها، فراجع.

الثاني: أنه إذا كان تحريم الغناء إنما هو للعوارض المحرمة كان الاهتمام بالمنع عنه في هذه الروايات لغوا محضاً، لورود النهي عن

سائر المحرمات بأنفسها.

الثالث: ان ما استشهد به على مقصده لا يفي بمراده، أما مرسله الفقيه فمضافاً الى ضعف السند فيها انها أجنبية عن الغناء نفياً و إثباتاً،

كما تقدم في بيع الجارية المغنية «٢».

و اما رواية أبي بصير فإنها و إن كانت صحيحة إلا انها لا دلالة فيها على مقصد المحدث المذكور، فإن غاية ما يستفاد منها و من

رواية أخرى لأبي بصير «٣» انه لا بأس بأجز المغنية التي تدعى إلى العرائس، و لا يدخل عليها الرجال، اما الغناء في غير زف العرائس

فلا تعرض في الروايتين لحكمه.

و اما الروايات الواردة في قراءة القرآن بصوت حسن فلا صلة لها بالمقام، إذ لا ملازمة بين حسن الصوت و بين الغناء، بل بينهما عموم

من وجه، فيقع التعارض في مورد الاجتماع، و تحمل الطائفة المجوزة على التقيء، لما عرفت من ذهاب العامة إلى جواز الغناء في نفسه.

على ان هذه الروايات ضعيفة السند، و ستأتى الإشارة الى ذلك.

(١) سنشير الى مصادرها في البحث عن مستثنيات الغناء.

(٢) ص ١٦٩.

(٣) قد تعرضنا لهاتين الروايتين في ص ١٧٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٠٩

و يضاف الى ذلك كله ان ما ذهب اليه المحدث المذكور مخالف للإجماع بل الضرورة من مذهب الشيعة و قد عرفت ذلك في أول

المسألة.

ثم إن هذا القول نسب الى صاحب الكفاية، و لكنه بعيد، فإن المتأخرين عنه نسبوا اليه استثناء الغناء في القرآن، و من الواضح ان ذلك

فرع الالتزام بحرمه الغناء.

و قد يستدل على ما ذهب إليه القاساني برواية قرب الاسناد «١»: (عن على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر

و الأضحى و الفرع؟ قال: لا- بأس به ما لم يعص به) و هى و إن كانت مجهولة لعبد الله بن الحسن، و لكن رواها على بن جعفر فى كتابه، إلا انه قال: ما لم يزم به، و عليه فهى صحيحة. فتدل على جواز الغناء فى نفسه و حرمة إذا اقترن بالمعاصى الخارجية. و فيه ان الظاهر من قوله «ع»: ما لم يزم به، ان الصوت بنفسه صوت زمارى، و لحن رقصى، كألحان أهل الفسوق: و يعبر عنها فى الفارسية بكلمة (پسته و سرود و دو بيت و آوازه خواندن) لا أنه صوت يكون فى المزمارة، و إلا لقال ما لم يكن فى المزمارة أو بالنفخ فى المزمارة، و عليه فتدل الرواية على تحقق الغناء بالصوت المزمارة، و اللحن الرقصى لا مطلقا، و سيأتى، و على هذا يحمل قوله «ع»: ما لم يعص به، فى رواية قرب الاسناد على تقدير صدورها من المعصوم. و اما إطلاق الغناء على غير هذا القسم فى هاتين الروايتين فى قول السائل: (سألته عن الغناء)، و تقرير الامام «ع» صحة الإطلاق بالجواب عن حكمه ب قوله لا بأس به، فهو كإطلاق نوع أهل اللغة لفظ الغناء على المعنى الأعم.

تحقيق موضوع الغناء

قوله و إن اختلف فيه عبارات الفقهاء و اللغويين.

أقول: عرفوا الغناء بتعاريف مختلفة [١] إلا انها ليست تعاريف حقيقية، لعدم الاطراد و الانعكاس، بل هى بين إفراط

[١] فى لسان العرب مادة غنا: كل من رفع صوته و ولاه فصوته عند العرب غناء «و قال بعد ثلاث صفحات»: الغناء من الصوت ما طرب به.

و فى مجمع البحرين: الغناء ككساء الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، أو ما يسمى فى العرف غناء و إن لم يطرب، سواء كان فى شعر أو قرآن أو غيرهما.

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٤٣ تحريم كسب المغنية مما يكتسب به ص ٥٤١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٠

و تفريط، فقد عرفه فى المصباح بأنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، و على قوله هذا يخرج أكثر أفراد الغناء مما لم يحتوى على القيدين المذكورين، فان من أظهر أفراده الألحان التى يستعملها أهل الفسوق، و هى لا توجب الطرب إلا أحيانا، و لذا التجأ الطريحي فى المجمع و بعض آخر فى غيره إلى توسعة التعريف المذكور بقولهم (أو ما يسمى فى العرف غناء) نعم قد يحصل الطرب لحسن الصوت و إن لم يشتمل على ترجيع.

و عرفه آخرون بأنه مجرد مد الصوت، أو رفعه، مع الترجيع أو بدونه، و بأنه تحسين الصوت فقط، أو ترجيعه كذلك، و يلزم من هذه التعاريف أن يدخل فى الغناء ما ليس من أفراده قطعاً، كرفع الصوت لنداء أحد من البعيد، و رفع الصوت أو تحسينه لقراءة القرآن و المراثى و المدائح و الخطب، بل التكلم العنيف، مع أن الشارع قد ندب الى قراءة القرآن بصوت حسن، و بألحان العرب.

بل فى بعضها (كان على بن الحسين «ع» أحسن الناس صوتا بالقرآن). و فى بعضها:

إنه (كان يقرء القرآن فربما مر به المار فصعق من حسن صوته) و فى بعضها: (و رجع بالقرآن صوتك فان الله تعالى يحب الصوت الحسن يرجع به ترجيعاً) و ستأتى الإشارة الى هذه الروايات، فان جميع هذه الأفراد مما يصدق عليه الغناء على التفاسير المذكورة، و هى ليست منه قطعاً.

و أيضاً ثبت فى الشريعة المقدسة استحباب رفع الصوت بالأذان، و لم يتوهم أحد أنه غناء

وفي المنجد: الغناء من الصوت ما طرب به. و عن الصحاح: الغناء من السماع.

و عن المصباح إنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب.

و عن الشافعي: إنه تحسين الصوت و تربيته. و في ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٢: إنه ترديد الصوت بالالحن.

و في ص ٤٤ عن الحنابلة: أنه تحسين الصوت و الترتم.

و في ج ٢ المستند ص ٣٤٠ أشار الى جميع ما قيل في معنى الغناء، و قال: إن كلمات العلماء من اللغويين و الأدباء و الفقهاء مختلفة في تفسير الغناء، فسره بعضهم بالصوت المطرب و آخر بالصوت المشتمل على الترجيع، و ٣ بالصوت المشتمل على الترجيع و الإطراب معا و ٤ بالترجيع، و ٥ بالتطريب، و ٦ بالترجيع مع التطريب، و ٧ برفع الصوت مع الترجيع و ٨ بمد الصوت، و ٩ بمده مع احد الوصفين أو كليهما، و ١٠ بتحسين الصوت، و ١١ بمد الصوت و مولاته، و ١٢ و هو الغزالي بالصوت الموزون المفهم المحرم للقلب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١١

و قد ورد «١» أنه (ما بعث الله نبيا إلا حسن الصوت) و من الواضح جدا أن حسن الصوت لا يعلم إلا بالمد و الرفع و الترجيع.

و قد دلت السيرة القطعية المتصلة إلى زمان المعصوم «ع» على جواز رفع الصوت بقراءة المراثي، بل ورد الحث على قراءة الرثاء للأئمة و أولادهم، و دلت الروايات على مدح بعض الرائيين كدعبل و غيره، فلو كان مجرد رفع الصوت غناء لما جاز ذلك كله. و توهم خروج جميع المذكورات بالتخصيص تكلف في تكلف.

و التحقيق أن المستفاد من مجموع الروايات بعد ضم بعضها الى بعض هو ما ذكره المصنف من حيث الكبرى. و توضيح ذلك: أن الغناء المحرم عبارة عن الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو و الباطل و الإضلال عن الحق سواء تحقق في كلام باطل أم في كلام حق، و سماه في الصحاح بالسماع، و يعبر عنه في لغة الفرس بكلمة: (دو بيت و سرود و پسته و آواز خواندن).

و يصدق عليه في العرف أنه قول زور و صوت لهوى. فان اللهو المحرم قد يكون بآله اللهو من غير صوت كضرب الأوتار. و قد يكون بالصوت المجرد، و قد يكون بالصوت في آله اللهو كالنفخ في المزمار و القصب، و قد يكون بالحركات المجردة كالرقص، و قد يكون بغيرها من موجبات اللهو.

و على هذا فكل صوت كان صوتا لهويا و معدودا في الخارج من ألحان أهل الفسوق و المعاصي فهو غناء محرم، و من أظهر مصاديقه الأغاني الشائعة بين الناس في الراديو و نحوها، و ما لم يدخل في المعيار المذكور فلا دليل على كونه غناء فضلا عن حرمة و إن صدق عليه بعض التعاريف المتقدمة.

ثم إن الضابطة المذكورة إنما تتحقق بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو، الأول: أن تكون الأصوات المتصفة بصفة الغناء مقترنة بكلام لا يعد عند العقلاء إلا باطلا، لعدم اشتماله على المعاني الصحيحة، بحيث يكون لكل واحد من اللحن و بطلان المادة مدخل في تحقق معنى السماع و الغناء.

و مثاله الألفاظ المصوغه على هيئة خاصة المشتملة على الأوزان و السجع و القافية، و المعاني المهيجه للشهوة الباطلة و العشق الحيواني من دون أن تشتمل على غرض عقلائي، بل قد لا تكون كلماتها متناسبة، كما تداول ذلك كثيرا بين شبان العصر و شبانته، و قد يقترن

خوي، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٣١١

(١) راجع كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٥٣٢، و ج ٥ الوافي ص ٢٦٧. مرسله و ضعيفة لسهل، و موسى بن عمر الصيقل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٢

بالتصفيق، و ضرب الأوتار، و شرب الخمر، و هتك الناس، و غيرها من الأمور المحرمة.

و عليه فلو وجد اللحن المذكور في كلام له معنى صحيح عند العقلاء لما كان غناء.

و مثاله قراءة القرآن و الأدعية و الخطب و الأشعار المشتملة على الحكم و المواعظ، و مدائح الأنبياء و الأوصياء و أعظم الدين و مصائبهم و رثائهم.

نعم قد يتوهم صدق الغناء على رفع الصوت و ترجيعه بالأمور المذكورة لجملة من التعاريف المتقدمة، فيكون مشمولاً لإطلاقات حرمة الغناء.

و لكنك قد عرفت: أنها تعاريف لفظية، و إنما سيقت لمجرد شرح الاسم فقط و إن كان بلفظ أعم، فلا تكون مطردة، و لا منعكسة. و عليه فلا وجه لما ذكره بعضهم من عد المراثي من المستثنيات من حرمة الغناء، فإنها خارجة عنه موضوعاً كما عرفت. و إذا ثبت كونها غناء فلا دليل على الاستثناء الذي يدعيه هؤلاء القائلون، و سيأتي بيانه إنشاء الله.

الثاني: أن يكون الصوت بنفسه مصداقاً للغناء و قول الزور و اللغو المحرم، كألحان أهل الفسوق و الكبائر التي لا تصلح إلا للرقص و الطرب، سواء تحققت بكلمات باطلة أم تحققت بكلمات مشتملة على المعاني الراقية، كالقرآن و نهج البلاغة و الأدعية. نعم و هي في هذه الأمور المعظمة و ما أشبهها أبغض، لكونها هتكا للدين، بل قد ينجر إلى الكفر و الزندقة، و من هنا نهى في بعض الأحاديث [١] عن قراءة القرآن بألحان أهل الفسوق و الكبائر، أو بألحان أهل الكتائب كما في بعض الأحاديث «١». و يريدون بأهل الكتائب اليهود و النصارى.

و من هذا القبيل ما ذكر في غناء جوارى الأنصار [٢]: (جئناكم جئناكم حيونا حيونا

[١] كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٥٣٢. و ج ٥ الوافي ص ٢٦٧. و ج ١ ثل باب ٢٤ تحريم الغناء في القرآن ص ٣٧٣: عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): اقرأوا القرآن بألحان العرب و أصواتها و إياكم و لحون أهل الفسق و أهل الكبائر فإنه سيجيء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية. ضعيفة لإبراهيم الأحمر.

[٢] في ج ٢ ص ٢٠٠. و ج ١٠ الوافي ص ٣٤. و ج ٢ ثل باب ١٢٧ تحريم الغناء مما يكتسب به ص ٥٦٥: عن عبد الأعلى قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الغناء و قلت: إنهم يزعمون أن رسول الله (ص) رخص في أن يقال جئناكم إلى أن قال «ع»: كذبوا، الحديث. مجهول لعبد الأعلى.

(١) راجع ج ١ المستدرك ص ٢٩٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٣

نحيكم)، و منه أيضاً الرجز [١] الذي يشبه ما جاء في غناء جوارى الأنصار، فإن التكلم العادي بذلك ليس من المحرمات في الشريعة المقدسة، بل هو مطلوب، لكونه مصداقاً للتحية و الإكرام، و إنما يكون حراماً إذا تكيف في الخارج بكيفية لهوية، و ظهر في صورة السماع و الغناء.

و على الجملة لا ريب أن للصوت تأثيراً في النفوس، فإن كان إيجاداً للحزن و البكاء و ذكر الجنة و النار بقراءة القرآن و نحوه لم يكن غناء ليحكم بحرمة، بل يكون القارى مأجوراً عند الله، و إن كان ذلك للرقص و التلهي كان غناء و سماعاً، و مشمولاً للروايات المتواترة الدالة على حرمة الغناء و الله العالم.

منها رثاء الحسين عليه السلام

منها رثاء الحسين و سائر المعصومين «ع»، قال المحقق الأردبيلي (ره) في محكي شرح الإرشاد: (و قد استثنى مراثي الحسين «ع» أيضا، و دليله أيضا غير واضح) ثم قرب الجواز، لعدم الدليل على حرمة الغناء مطلقا، ثم قال: (و يؤيده أن البكاء و التفجع عليه عليه السلام مطلوب و مرغوب، و فيه ثواب عظيم، و الغناء معين على ذلك، و أنه متعارف دائما في بلاد المسلمين في زمن المشايخ الى زماننا هذا من غير تكبير، و هو يدل على الجواز غالبا). ثم أيد رأيه هذا بما دل على جواز النياحة في الشريعة المقدسة، و بأن التحريم إنما هو للطرب، و ليس في المراثي طرب، بل ليس فيها إلا الحزن. و استدل بعض متأخر المتأخرين على ذلك بعمومات أدلة البكاء و الرثاء. أقول: قد عرفت أننا ان المراثي خارجة عن الغناء موضوعا، فلا وجه لذكرها من مستثنيات حرمة الغناء، و لو سلمنا إطلاق الغناء عليها لشملتها إطلاقات حرمة الغناء المتقدمة و لا دليل على الاستثناء، و وجود السيرة على الرثاء و إقامة التعزية على المعصومين «ع»

و الإنكار في هذه الرواية إشارة الى ما في ج ٢ مصابيح السنة للبغوي باب إعلان النكاح و الخطبة عن عائشة إن جارية من الأنصار زوجت فقال النبي (ص): ألا أرسلتم معها من يقول: (أتيناكم أتيناكم فحيانا و حياكم).

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٤: أتيناكم أتيناكم - فحيونا نحييكم - و لو لا الحبة السمراء - لم نحلل بواديكم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٤

في بلاد المسلمين و إن كان مسلما، ولكنها لا تدل على جواز الغناء فيها الذي ثبت تحريمه بالآيات و الروايات. و أما ما دل على ثواب البكاء على الحسين «ع»، أو ما دل على جواز النوح على الميت، فلا يعارض بما دل على حرمة الغناء، و سيأتي. و أما ما ذكره الأردبيلي من أنه معين على البكاء فهو ممنوع، فان الغناء على ما حققنا من مفهومه لا يجتمع مع البكاء و التفجع. و أما ما ذكره من أن التحريم إنما هو للطرب، و ليس في المراثي طرب فهو يدل على خروج الغناء عن المراثي موضوعا، لا حكما.

جواز الحداء لسوق الإبل

و منها الحداء لسوق الإبل، و قد اشتهر فيه استثناء الغناء، ولكنه ممنوع، لعدم الدليل عليه، نعم ذكر في جملة من النبويات المنقولة من طرق العامة «١» جواز ذلك. ولكنها ضعيفة السند، و غير منجزة بشيء. و لو سلمنا انجبارها فلا دلالة فيها على كون الحداء الذي جوزته النبي (ص) غناء، فإن القضية التي ذكرت فيها لم يعلم وقوعها بأي كيفية، نعم الظاهر خروج من مفهوم الغناء موضوعا، و قد مال اليه صاحب الجواهر، قال: (بل ربما ادعى أن الحداء قسيم للغناء بشهادة العرف، و حينئذ يكون خارجا عن الموضوع، لا عن الحكم، فلا بأس به).

جواز الغناء في زف العرائس

و منها غناء المغنية في زف العرائس، و قد استثناء جمع كثير من أعاضم الأصحاب، و هو كذلك، للروايات الدالة على الجواز، كصحيحه أبي بصير (قال: قال أبو عبد الله «ع» أجز المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتي يدخل عليها الرجال). و غيرها من الروايات المتقدمة في البحث عن بيع الجارية المغنية «٢».

ثم إن هذا فيما لم يطرأ عليه عنوان آخر محرم، و إلا كان حراما، كالتكلم بالأباطيل و الكذب و ضرب الأوتار و دخول الرجال عليهن و غيرها من الأمور المحرمة، و قد صرح

(١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٢٧ و ص ٢٢٨.

(٢) ص ١٦٩ و ص ١٧٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٥

بذلك المحقق الأردبيلي في محكي شرح الإرشاد.

لا- يقال: إن الظاهر من قوله «ع»: (و ليست بالتى يدخل عليها الرجال) أن الغناء إنما يكون حراما للمحرمات الخارجيه، كما ذهب اليه المحدث القاساني (ره). و لذا جوزة الامام «ع» في زفاف العرائس مع عدم اقترانه بها.

فإنه يقال: الظاهر من هذه الرواية، و من قوله «ع» في رواية أخرى: (لا بأس بمن تدعى إلى العرائس أن الغناء على قسمين، أحدهما: ما يختلط فيه الرجال و النساء. و الثانى:

ما يختص بالنساء. أما الأول فهو حرام مطلقا. و أما الثانى فهو أيضا حرام إلا فى زف العرائس.

الغناء فى قراءة القرآن

و منها الغناء فى قراءة القرآن، و قد اشتهر بين المتأخرين نسبة استثناء الغناء فى قراءة القرآن الى صاحب الكفاية، قال فى تجارة الكفاية: (إن غير واحد من الاخبار [١] يدل على جواز الغناء فى القرآن، بل استحبابه، بناء على دلالة الروايات على استحباب حسن الصوت و التحزين و الترجيع به، و الظاهر أن شيئا منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللغة و غيرهم، على ما فصلنا فى بعض رسائلنا).

و فيه أن مفاد هذه الروايات خارج عن الغناء موضوعا كما عرفت، فلا دلالة فى شىء منها على جواز الغناء فى القرآن، بل بعضها صريح فى النهى عن قراءة القرآن بألحان أهل الفسوق و الكبائر الذين يرجعون القرآن ترجيع الغناء، و قد ذكرنا هذه الرواية فى البحث عن موضوع الغناء.

و على الجملة أن قراءة القرآن بالصوت الحسن و إن كان مطلوباً للشارع، و لكنها محدودة

[١] فى كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٥٣٢. و ج ٥ الوافى ص ٢٦٦. و ج ١ ثل باب ٢٤ تحريم الغناء فى القرآن من أبواب قراءة القرآن ص ٣٧٣ عن أبى بصير قال:

قلت لأبى جعفر «ع» إذا قرأت القرآن فرفعت به صوتى جائئى الشيطان فقال: إنما ترائى بهذا أهلك و الناس؟ قال: يا أبا محمد اقرأ قراءة ما بين القرائتين تسمع أهلك و رجع بالقرآن صوتك فان الله عز و جل يحب الصوت الحسن يرجع فيه ترجيعا. ضعيفة لأبى حمزة.

الى غير ذلك من الروايات الكثيرة المذكورة فى المصادر المزبورة. و فى ج ١ المستدرک ص ٢٩٥ و لكن كلها ضعيفة السند. نعم كثرتها توجب الاطمئنان بصدور بعضها عن المعصوم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٦

بما إذا لم تنجر الى الغناء، و إلا كانت محرمة. نعم لا شبهة فى صدق الغناء عليه على تعاريف بعض أهل اللغة، و لكنك قد عرفت: أنها ليست بجامعة، و لا مانعة.

و لقد أجاد صاحب الكفاية فى الوجه الأول من الوجهين الذين جمع بهما بين الأخبار، قال: (أحدهما: تخصيص تلك الأخبار الواردة المانعة بما عدا القرآن، و حمل ما يدل على ذم التغنى بالقرآن على قراءة تكون على سبيل اللهو كما يصنع الفساق). ثم أيد برواية عبد الله بن سنان الناهية عن قراءة القرآن بألحان أهل الفسوق.

وقد يقال: بجواز الغناء في القرآن، بدعوى أن أخبار الغناء معارضة بالأخبار الكثيرة المتواترة الدالة على فضل قراءة القرآن والأدعية والأذكار بالعموم من وجه، وبعد التساقط في مورد الاجتماع يرجع الى أصالة الإباحة، وقد ذكر المصنف هذا الوجه في خلال كلام صاحب الكفاية، ولكن ليس في تجارة الكفاية من ذلك عين ولا أثر، ولا لما نسبته اليه المصنف من جملة من العبارات، ولا تأييد مذهبه برواية علي بن جعفر.

وقد أشكل عليه المصنف بما حاصله: أن أدلة الأحكام غير الإلزامية لا تقاوم أدلة الأحكام الإلزامية. والوجه في ذلك أن الفعل إنما يتصف بالحكم غير الإلزامي إذا خلا في طبعه عما يقتضى الوجوب أو الحرمة.

ومثاله أن إجابة دعوة المؤمن - وقضاء حاجته وإدخال السرور في قلبه وكشف كربته - من الأمور المستحبة في نفسها، ولكن إذا استلزم امتثالها ترك واجب كالصوم والصلاة، أو إيجاد حرام كالزنا واللواط - تخرج عن الاستحباب، وتكون محرمة.

وفيه أن ما ذكرناه لا يرتبط بكلام المستدل، وتحقيق ذلك أن ملاحظة اجتماع الأحكام الإلزامية مع الأحكام غير الإلزامية يتصور على وجوه:

الأول: أن تقع المزامحة بين الطائفتين في مرحلة الامتثال من دون أن ترتبط إحداها بالأخرى في مقام الجعل والإنشاء، كالمزامحة الواقعة بين الإتيان بالواجب وبين الإتيان بالأمور المستحبة، فإنه لا شبهة حينئذ في تقديم أدلة الأحكام الإلزامية على غيرها وكونها معجزة عنه، كما ذكره المصنف.

الثاني: أن يكون الموضوع فيهما واحدا من دون أن يكون بينهما تماس في مرحلتى الثبوت والإثبات، ولا يقع بينهما تزامح وتعارض أصلا. كما إذا حكم الشارع بجواز شيء في نفسه وطبعه، وحرمة بلحاظ ما يطرأ عليه من العناوين الثانوية.

ومثال ذلك إباحة الشارع أكل لحم الضأن مثلا في حد نفسه، وحرمة بحرته إذا كان الحيوان جلالا أو موطوءا، فإنه لا تنافي بين الحكمين ثبوتا وإثباتا، إذ لا إطلاق للدليل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٧

الحكم غير الإلزامي حتى بالنسبة إلى العناوين الثانوية لتقع المعارضة بينهما.

الثالث: أن يتحد موضوع الحكمين أيضا، ولكن يقيد الحكم غير الإلزامي بعدم المخالفة للحكم الإلزامي.

مثاله أن قضاء حاجة المؤمن وإجابة دعوته وإدخال السرور في قلبه وتفريغ غمه من الأمور المرغوبة في الشريعة المقدسة. إلا أنها مقيدة بعدم ترك الواجب، وفعل الحرام، لما ورد [١] من أنه لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق. فتقديم دليل الوجوب أو الحرمة في هذه الصورة على أدلة الأمور المذكورة وإن كان مسلما إلا أنه لدليل خارجي، لا لما ذكره المصنف. فهذه الصور الثلاثة كلها غريبة عن كلام المستدل.

نعم لو صحت رواية عبد الله بن سنان المتقدمة - التي دلت على استحباب قراءة القرآن بألحان العرب، وحرمة قراءته بألحان أهل الفسوق والكبائر - لوجب تقييد ما دل على استحباب قراءة القرآن بصوت حسن بغير الغناء. ولكن الرواية ضعيفة السند.

الرابع: أن يكون الحكم متحدا في مقام الثبوت. ولكن الأدلة متعارضة في إثبات كونه إلزاميا أو غير إلزامي.

الخامس: أن يكون الحكمان الإلزامي وغير الإلزامي في مرحلة جعلهما مطلقين. بحيث لا يرتبط أحدهما بالآخر، ولكنهما قد يتصادقان على مورد في الخارج، ويتعارضان بالعموم من وجه، لا بنحو التباين، وفي هاتين الصورتين لا وجه لدعوى أن أدلة الأحكام غير الإلزامية لا تقاوم أدلة الأحكام الإلزامية، بل لا بد من ملاحظة المرجحات في تقديم إحداها على الأخرى، وقد حقق ذلك في محله.

وما ذكره المستدل إنما هو من قبيل الصورة الرابعة، وعليه فلا وجه للحكم بالتساقط، والرجوع الى أصالة الإباحة، بل يقدم ما دل على حرمة الغناء، لكونه مخالفا للعام، ويترك ما دل على الجواز لموافقته لهم. ونتيجة ذلك أنه لا دليل على استثناء الغناء في

القرآن والأدعية والأذكار.

[١] راجع ج ٢ ثل باب ١١ تحريم إسقاط الخالق في مرضاة المخلوق حتى الوالدين ووجوب العكس من أبواب الأمر بالمعروف ص ٤٩٣. و ج ٢ المستدرک باب ١٠ تحريم إسقاط الخالق في مرضاة المخلوق ص ٣٦٤. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٨

تنبيه

هل يجوز تعلم الغناء و تعليمه أولاً؟ قد يكون ذلك بالتغني و استماعه و قد يكون بالتوصيف و السؤال عن قواعده. أما الأول فلا شبهة في حرمة، فان التغني و الاستماع اليه كلاهما حرام. و أما الثاني فقد ذكر تحريمه في بعض الروايات [١] و لكنها ضعيفة السند. فمقتضى الأصل هو الجواز، إلا أن يطرأ عليه عنوان محرم.

حرمة الغيبة

إشارة

قوله الرابعة عشرة الغيبة حرام بالأدلة الأربعة. أقول: لا إشكال في حرمة الغيبة في الجملة، للآية و الروايات المتظاهرة المتواترة من طرق الشيعة «١» و من طرق العامة «٢» و أكثر هذه الروايات و إن كان ضعيف السند، و لكن في المعتمد منها غنى و كفاية. على أنها متواترة معنى. بل حرمتها من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين. و قد حكم العقل بحرمتها أيضاً، لكونها ظلماً للمغتتاب بالفتح و هتكاً له. و يكفي في إثبات الحرمة قوله تعالى «٣»: (وَلَا يَغْتَابَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ). فإنه تعالى بعد نهيهِ عن الغيبة صريحاً أراد بيان كونها من الكبائر الموبقة و الجرائم المهلكة. فشبّه المغتتاب بالكسر بأكل الميتة، إما لأنه يأكل

[١] في ج ٢ المستدرک باب ٨٠ تحريم سماع الغناء مما يكتسب به ص ٤٥٩ عن دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد «ع» إنه قال: لا يحل بيع الغناء و لا شراؤه و استماعه نفاق و تعلمه كفر. مرسله.

(١) راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤١-٣٥٠. و ج ٣ الوافي باب الغيبة ص ١٦٣. و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ٢٣٧.

و ج ٢ المستدرک باب ١٣٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ١٠٥-١٠٧. و ج ١٥ البحار العشرة ص ١٧٧.

(٢) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤٥-٢٤٧. و ج ٣ إحياء العلوم للغزالي ص ١٢٤.

(٣) سورة الحجرات آية: ١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣١٩

الجيف في الآخرة كما في بعض الروايات [١] أو لتشبيهه بالسباع و الكلاب، أو لكون حرمة الغيبة كحرمة أكل الميتة، بل أعظم، كما في رواية العسكري «ع» [٢].

و قد شبه عرض المؤمن باللحم، فإنه ينتقص بالهتك، كما ينتقص اللحم بالأكل. و شبه الاغتياب بالأكل، لحصول الالتذاذ بهما، و

وصف المؤمن بأنه أخ، فإن المؤمنين إخوة، و من طبيعة الإخوة أن يكون بينهم تحاب و توادد. و شبه المغتاب (بالفتح) بالميت، لعدم حضوره في أكثر حالات الاغتيا ب. و صدر سبحانه و تعالى الجملة بالاستفهام الإنكارى إشعارا للفاعل بأن هذا العمل يقبح أن يصدر من أحد، إذ كما لا يجب أحد أن يأكل لحم أخيه الميت، لاشتمزاز طبعه عنه، و شدة رأفته به. و كذلك لا بد و أن يشتمر عقله عن الغيبة، لكونها هتكا لعرض أخيه المؤمن.

و قد استدل على حرمة الغيبة بآيات آخر، و لكن لا دلالة في شىء منها على ذلك إلا بالقرائن الخارجية، فلا يكون الاستدلال بها بالآيات، بل بتلك الأمور الخارجية.

منها قوله تعالى «١»: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ). و فيه أو لا أنه ليس في الآية ما يدل على أن الغيبة من الجهر بالسوء إلا بالقرائن الخارجية. و ثانيا: لا يستفاد منها التحريم، فان عدم المحبوبة أعم منه و من الكراهة المصطلحة.

و منها قوله تعالى «٢»: (وَيَلِّ لِكُلِّ هَمْزَةٍ لَمْزَةٍ). و فيه أن الهمزة و اللزمة بمعنى كثير الطعن على غيره بغير حق، سواء كان في الغياب أم في الحضور. و سواء كان باللسان أم بغيره، و سيأتى أن الغيبة عبارة عن إظهار ما ستره الله. و بين العنوانين عموم من وجه.

و منها قوله تعالى «٣»: (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ). و فيه أن الآية تدل على أن حب شيوع الفاحشة من المحرمات. و قد أوعد الله

[١] في ج ٢ المستدرک ص ١٠٧: عن القطب الراوندى عن النبى (ص) إنه نظر فى النار ليلة الإسراء فإذا قوم يأكلون الجيف فقال: يا جبرئيل من هؤلاء؟ قال: هؤلاء الذين يأكلون لحم الناس. مرسله.

[٢] فى ج ٢ المستدرک ص ١٠٥: عن الإمام أبى محمد العسكرى «ع» فى تفسيره: اعلموا أن غيبتكم لأخيتكم المؤمن من شيعه آل محمد «ع» أعظم فى التحريم من الميتة قال الله: (و لا يغتب) الآية.

أقول: لم يثبت لنا اعتبار هذا التفسير.

(١) سورة النساء آية: ١٤٧.

(٢) سورة الهمزة آية: ١.

(٣) سورة النور آية: ١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٠

عليه النار، و الغيبة إخبار عن الفاحشة و العيب المستور، و هما متباينان. إلا أن يكون الإخبار عن العيوب المستورة بنفسه من الفواحش، كما هو مقتضى الروايات الدالة على حرمة الغيبة.

بل فى بعض الروايات [١] عن أبى عبد الله «ع» (قال: من قال فى مؤمن ما رأته عيناه و سمعته أذناه فهو من الذين قال الله عز و جل: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ، الآية).

و يرد عليه أولا: أنه خروج عن الاستدلال بالآية إلى الرواية.

و ثانيا: أنه أخص من المدعى، فان الآية لا يندرج فيها حينئذ إلا نشر الغيبة لا مطلقا و يضاف الى ذلك أن الرواية ضعيفة السند.

الغيبه من الذنوب الكبيره

قوله ثم ظاهر هذه الاخبار كون الغيبة من الكبائر.

أقول: وجه الظهور ما ذكره في مبحث الكبائر من رسالته في العدالة، وأن عد المعصية كبيرة يثبت بأمور: قال: (الثاني النص المعتبر على أنها مما أوجب الله عليها النار سواء أوعد في الكتاب، أو أخبر النبي ص أو الإمام بأنه مما يوجب النار، لدلالة الصحاح المروية في الكافي وغيرها على أنها مما أوجب الله عليه النار). و من الواضح أن الغيبة كذلك.

و توضيح المسألة على نحو الإجمال أنه اشتهر بين الفقهاء التفصيل بين الكبيرة والصغيرة حكما و موضوعا. و اختلف كلماتهم في تفسيرهما على نحو لا يمكن الجمع بينهما.

ف قيل: إن الكبيرة كل ذنب توعد الله عليه بالعذاب في كتابه العزيز، بل ربما نسب هذا القول الى المشهور. و قيل: إنها كل ذنب رتب الشارع المقدس عليه حدا، أو صرح فيه بالوعيد. و قيل: إنها كل معصية تؤذن بقله اعتناء فاعلها بالدين. و قيل:

كلما علمت حرمة بدليل قاطع فهو من الكبائر. و قيل: كلما توعد عليه توعدا شديدا في الكتاب أو السنة فهو من الكبائر. الى غير ذلك من التفاسير. ثم قالوا: إن الكبائر تنافي العدالة دون الصغائر.

و التحقيق ما ذكرناه في مبحث العدالة من كتاب الصلاة من أن المعاصي كلها كبيرة

[١] مرسله. و رواها الصدوق بطريق آخر. و لكنها مجهولة لمحمد بن حمران.

و توجد الرواية في كاهن ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٨. و في ج ٣ الوافي ص ١٦٣ و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ٢٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢١

و إن كان بعضها أكبر من بعضها الآخر، كالشرك بالله العظيم، فإنه من أعظم المعاصي و قتل النفوس محترمة، فإنه أعظم من بقية الذنوب. و هكذا و إنما أطلقت الكبيرة عليها بالتشكيك على اختلاف مراتبها شدة و ضعفها. و عليه فلا وجه للنزاع في أن الغيبة من الكبائر أم من الصغائر.

و قد اختار هذا الرأي جمع من الأصحاب، بل ظاهر ابن إدريس في كتاب الشهادة من السرائر دعوى الإجماع عليه، فإنه بعد ما نقل كلام الشيخ في المبسوط الظاهر في أن الذنوب على قسمين: صغائر و كبائر قال: (و هذا القول لم يذهب اليه (ره) إلا في هذا الكتاب أعني المبسوط، و لا ذهب إليه أحد من الأصحاب، لأنه لا صغائر عندنا في المعاصي إلا بالإضافة إلى غيرها).

و من هنا يتضح أن الاخبار الواردة في عد الكبائر إنما هي مسوقة لبيان عظمها بين سائر الذنوب: لحصر المعاصي الكبيرة بالأمور المذكورة، و عليه يحمل قوله تعالى «١»: (إِنْ تَجَبَّوْا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ).

و مع الإغضاء عما ذكرناه فلا ثمره للنزاع في الفرق بين الكبائر و الصغائر، فإن الذنوب كلها تضر بالعدالة و تنافيها، فإن العدالة هي الاعتدال في الدين، و الاستقامة على طريقة سيد المرسلين، و ارتكاب أية معصية و إن كانت صغيرة يوجب الانحراف في الدين، و الخروج عن الصراط المستقيم، لكون ذلك هتكا للمولى و جرأة عليه، كما أن الخروج عن الطرق التكوينية انحراف عنها.

و لو سلمنا أن الصغائر لا تنافي العدالة إلا ان الغيبة من الكبائر، فإن الكبيرة ليست لها حقيقة شرعية لنبحث فيها، بل المراد بها هو معناها اللغوي، و هو الذنب العظيم عند الشارع و يعرف عظمه تارة بالنص على كونه من الكبائر كالشرك و الزنا و قتل النفس المحترمة و غيرها من الكبائر المنصوصة. و اخرى بالتوعد عليه في الكتاب أو السنة المعتبرة.

و ثالثة بترتيب آثار الكبيرة عليه. و رابعة بالقياس الى ما ثبت كونه من الكبائر الموقفة، كقوله تعالى «٢»: (وَ الْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ). و قد ثبت في السنة المعتبرة التوعد على الغيبة، فتكون من الكبائر.

و تدل على ذلك أيضا الروايات الدالة على أن الخيانة من الكبائر، و بديهي أن الغيبة من أعظم الخيانات. و يدل على كون الغيبة من

الخيانة قول النبي ص [١] في وصيته

[١] ضعيفة لأبي الفضل و رجاء بن يحيى و محمد بن الحسن بن ميمون و غيرهم. راجع

(١) سورة النساء آية: ٣٥

(٢) سورة البقرة آية: ١٨٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٢

لأبي ذر: (يا أبا ذر المجالس بالأمانة و إفشاء سر أخيك خيانة فاجتنب ذلك و اجتنب مجلس العشرة). و لكنها ضعيفة السند. و قد يستدل أيضا على كون الغيبة كبيرة بالروايات [١] الدالة على أن الغيبة أشد من الزناء، و هو من الكبائر، فالغيبة أولى منه بأن تكون كبيرة.

و لكن يرد عليه أولا: أن ما ورد بهذا المضمون كله ضعيف السند. و ثانيا: أن هذه الروايات عللت ذلك بأن الغيبة لا تغفر حتى يغفرها صاحبها بخلاف بعض أقسام الزناء.

و يؤيد ما ذكرناه أن كل واحد من الذنوب فيه جهه من المبعوضيه لا توجد في غيره من المعاصي، فلا عجب في كونه أشد من غيره في هذه الخصوصية و إن كان غيره أشد منه من جهات شتى، و اختلافها في ذلك كاختلاف المعاصي في الآثار. نعم هذه الأخبار صالحة لتأييد ذلك. و يصلح لتأييده أيضا ما روى مرسلا [٢]: أن أربى الربا عرض المؤمن، فيكون تناول عرضه بالغيبة كبيرة. فإنه ثبت في الشريعة المقدسة أن الربا من الذنوب الكبيرة. بل في جملة من الروايات «١» أنه أشد من ثلاثين أو سبعين زنية كلها بذات محرم.

مكارم الأخلاق ص ٢٦٣. و ج ١٤ الوافي ص ٥٦.

[١] في ج ١٤ الوافي ص ٥٦. و مكارم الأخلاق ص ٢٦٣. و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ٢٣٧. و ج ٢ المستدرک ص ١٠٥: عن رسول الله (ص) في وصيته لأبي ذر قال: يا أبا ذر إياك و الغيبة فإن الغيبة أشد من الزناء، قلت: يا رسول الله و لم ذاك بأبي أنت و أمي؟ قال: لأن الرجل يزني فيتوب الى الله فيتوب الله عليه و الغيبة لا تغفر لا حتى يغفرها صاحبها. ضعيفة لأبي الفضل و رجاء و ابن ميمون.

و هذه الرواية و إن نقلها غير واحد من حملة الحديث مسندا و مرسلا، و لكن الظاهر أنها رواية واحدة مأخوذة من وصية النبي (ص) لأبي ذر (ره) و ذكر الرواية الغزالي في ج ٣ الإحياء ص ١٢٤.

[٢] في ج ٢ المستدرک ص ١٠٦ عن الشيخ و رام عن أنس قال: خطبنا رسول الله (ص) فذكر الربا و عظم شأنه الى أن قال: و أربى الربا عرض الرجل المسلم. مرسله.

و ذكره الغزالي في ج ٣ الإحياء ص ١٢٥.

و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤١ عن النبي (ص) إنه قال: من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١ تحريم الربا ص ٥٩٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٣

حرمة الغيبة مشروطة بالإيمان

قوله ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن.

أقول: المراد من المؤمن هنا من آمن بالله و برسوله و بالمعاد و بالأئمة الاثنى عشر عليهم السلام: أولهم على بن أبى طالب «ع»، و آخرهم القائم الحجة المنتظر عجل الله فرجه، و جعلنا من أعوانه و أنصاره و من أنكر واحدا منهم جازت غيبته لوجوه: الوجه الأول: أنه ثبت فى الروايات «١» و الأدعية و الزيارات جواز لعن المخالفين، و وجوب البراءة منهم، و إكثار السب عليهم، و اتهامهم، و الوقعة فيهم: أى غيبتهم، لأنهم من أهل البدع و الريب [١].

بل لا شبهة فى كفرهم، لأن إنكار الولاية و الأئمة حتى الواحد منهم، و الاعتقاد بخلافه غيرهم، و بالعقائد الخرافية، كالجبر و نحوه يوجب الكفر و الزندقه. و تدل عليه الأخبار «٢» المتواترة الظاهرة فى كفر منكر الولاية، و كفر المعتقد بالعقائد المذكورة، و ما يشبهها من الضلالات.

و يدل عليه أيضا قوله «ع» فى الزيارة الجامعة: (و من جحدكم كافر). و قوله «ع» فيها أيضا: (و من وحده قبل عنكم). فإنه ينتج بعكس النقيض أن من لم يقبل عنكم لم يوحده، بل هو مشرك بالله العظيم. و فى بعض الأحاديث «٣» الواردة فى عدم وجوب قضاء الصلاة على المستبصر (إن الحال

[١] مورد البحث هنا عنوان المخالفين. و من الواضح أن ترتب الأحكام المذكورة عليه لا يرتبط بالأشخاص على ما ذكره الغزالي (فى ج ٣ إحياء العلوم ص ١١١) فإنه جوز لعن الروافض كتجويزه لعن اليهود و النصارى و الخوارج و القدرية بزعم أنه على الوصف الأعم.

(١) راجع ج ١ الوافى باب البدع و الرأى ص ٥٦. و كما بهامش ج ١ مرآة العقول باب البدع ص ٣٨ و ج ٢ ثل باب ٣٩ وجوب البراءة من أهل البدع من الأمر بالمعروف ص ٥١٠.

(٢) راجع ج ٣ ثل باب ٦ جملة ما يثبت به الكفر و الارتداد من أبواب المرتد ص ٤٥٧

(٣) راجع ج ١ ثل باب ٣١ عدم وجوب قضاء المخالف عبادته إذا استبصر من مقدمات العبادة ص ٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٤

التي كنت عليها أعظم من ترك ما ترك من الصلاة).

و فى جملة من الروايات «١» الناصب لنا أهل البيت شر من اليهود و النصارى، و أهون من الكلب، و أنه تعالى لم يخلق خلقا أنجس من الكلب، و أن الناصب لنا أهل البيت لأنجس منه. و من البديهي أن جواز غيبتهم أهون من الأمور المذكورة. بل قد عرفت جواز الوقعة فى أهل البدع و الضلال، و الوقعة هى الغيبة. نعم قد ثبت حكم الإسلام على بعضهم فى بعض الاحكام فقط تسهيلا للأمر، و حقنا للدماء.

الوجه الثانى: أن المخالفين بأجمعهم متجاهرون بالفسق. لبطان عملهم رأسا، كما فى الروايات المتظافرة «٢». بل التزموا بما هو أعظم من الفسق، كما عرفته، و سيجىء أن المتجاهر بالفسق تجوز غيبته.

الوجه الثالث: أن الاستفادة من الآية و الروايات هو تحريم غيبة الأخ المؤمن، و من البديهي أنه لا- أخوه و لا- عصمه بيننا و بين المخالفين. و هذا هو المراد أيضا من مطلق أخبار الغيبة، لا من جهه حمل المطلق على المقيد، لعدم التنافى بينهما، بل لأجل مناسبة الحكم و الموضوع.

على ان الظاهر من الاخبار الواردة فى تفسير الغيبة هو اختصاص حرمتها بالمؤمن فقط و سيأتى، فتكون هذه الروايات مقيدة للمطلقات. فافهم. و قد حكى عن المحقق الأردبيلي تحريم غيبة المخالفين. و لكنه لم يأت بشىء تركن اليه النفس.

الوجه الرابع: قيام السيرة المستمرة بين عوام الشيعة و علمائهم على غيبة المخالفين، بل سبهم و لعنهم فى جميع الأعصار و الأمصار. بل فى الجواهر أن جواز ذلك من الضروريات

حرمة غيبة الصبى المميز

قوله ثم الظاهر دخول الصبى المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها.

أقول: لم يشترط فى حرمة الغيبة كون المغتاب بالفتح مكلفاً، بل المستفاد من الروايات المتقدمة و غيرها ان المناط فى حرمة الغيبة صدق المؤمن على المغتاب بالفتح، كما أن الظاهر من معنى الغيبة هى كشف

(١) راجع ج ١ ثل باب ١١ كراهة الاعتسال بغسالة الحمام من أبواب الماء المضاف ص، ٣.

(٢) راجع ج ١ ثل باب ٢٩ بطلان العبادة بدون ولاية الأئمة من مقدمات العبادات ص ١٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٥

أمر قد ستره الله، و سيأتى و من الضرورى ان الصبى المميز ممن يصدق عليه عنوان المؤمن إذا أقر بما يعتبر فى الايمان، بل قد يكون أكمل إيماناً من أكثر البالغين.

و أيضاً لا- شبهة ان الله قد ستر عيوب الناس حتى الصبيان المميزين، فذكرهم بالمساوى الموجودة فيهم كشف لما ستره الله عليهم. نعم لا- بأس بذكر الأمور التى هى من مقتضيات الصباوة بحيث لا تعد من العيوب و المساوى، كاللعب بالجواز و الكعاب و الكرة و نحوها.

أما الصبيان أو المجانين غير المميزين فلا شبهة فى جواز اغتياهم، لأن الأمور الصادرة منهم لا تعد عيباً حتى يكون ذكرها كشفاً لما ستره الله عليهم.

موضوع الغيبة

قوله بقى الكلام فى أمور، الأول: الغيبة اسم مصدر لاغتاب.

أقول: وقع الخلاف فى تحديد مفهوم الغيبة، و بيان حقيقتها، فالمروى من الخاصة [١] و العامة [٢]، و المعروف بيننا و بين السنة «١» و بعض أهل اللغة ان الغيبة ذكر الإنسان بما يكرهه و هو حق. بل حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ان الإجماع و الأخبار متطابقان على ان حقيقة الغيبة ذكر غيره بما يكرهه لو سمعه.

و لكن هذا التعريف لا- يرجع الى معنى محصل، فان المراد من الموصول فيه إن كان هو الذكر- بحيث يكون حاصله ان الغيبة ذكر غيره بذكر لا يرضى به لو سمعه- دخل فى التعريف ما ليس بغيبة قطعاً إذا كرهه المقول فيه كذكره بفعل بعض المباحات. بل و بعض المستحبات من المواظبة على الأدعية و الأذكار، و القيام على النوافل و العبادات، و الالتزام

[١] فى مكارم الأخلاق ص ٢٦٣. و ج ١٤ الوافى ص ٥٦. و ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٢. و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ٢٣٨: عن أبى ذر فى وصية النبى (ص) له قال: قلت: يا رسول الله و ما الغيبة؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره قلت: يا رسول الله فان كان فيه ذاك الذى يذكر به؟ قال: اعلم انك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتته و إذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهته. ضعيفة لأبى الفضل و ابن ميمون أو شمون و رجاء بن يحيى و غيرهم.

[٢] فى ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢٤٧: عن أبى هريرة عن النبى (ص) قال: أ تدررون ما الغيبة؟ قالوا: الله و رسوله اعلم، قال: ذكرك

أخاك بما يكره، الحديث.

(١) راجع ج ٣ إحياء العلوم للغزالي ص ١١٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٦

بالزيارات وإعطاء الصدقات، و عليه فالتعريف المذكور تعريف بالأعم. كما ان تعريف المصباح بقوله (اغتابه إذا ذكره بما يكرهه من العيوب و هو حق و الاسم الغيبة) يكون تعريفا بالأخص.

و إن كان المراد من الموصول في التعريف الأوصاف المذمومة و الأفعال القبيحة الصادرة من المقول فيه- و يقربه التعريف المتقدم من المصباح- خرج عن الغيبة ما لا يشك أحد كونه منها، كذكر الغير بالأموال المحرمة التي ارتكبتها عن رغبة و شهوة من غير ان يشتمر منها، و من ذكرها، و عليه فلا يكون التعريف المذكور جامعا للأفراد.

و التحقيق ان يقال: إنه لم يرد نص صحيح في تحديد مفهوم الغيبة، و لا- تعريف من أهل اللغة كى يكون جامعا للأفراد و مانعا للأغيار، و على هذا فلا بد من أخذ المتيقن من مفهوم الغيبة و ترتيب الحكم عليه: و هو ان تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، و اما فى المقدار الزائد فيرجع الى الأصول العملية. و قد ذكر هذا فى جملة من الروايات [١] و هى و إن كانت ضعيفة السند. و لكن مفهومها موافق للذوق السليم و الفهم العرفى.

و يؤيده ما فى لسان العرب و غيره من ان الغيبة (ان تتكلم خلف إنسان مستور بسوء أو بما يغمه لو سمعه). بل ينطبق عليه جميع تعاريف الفقهاء و أهل اللغة، لكونه المقدار المتيقن من مفهوم الغيبة، كما عرفت.

و قد أشير إليه فى بعض أحاديث العامة [٢].

و توضيح ما ذكرناه من المعنى ان ذكر الناس. و التعرض لأوصافهم لا يخلو عن صور ثلاث، الصورة الأولى: ذكر الإنسان بما يوجب تعظيمه و ترفيعه بين الناس، كأن

[١] عن عبد الرحمن بن سيابة عن الصادق «ع»: الغيبة ان تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، و اما الأمر الظاهر فيه مثل الحدة و العجلة فلا، و البهتان ان تقول فيه ما ليس فيه. ضعيفة لعبد الرحمن.

و عن داود بن سرحان قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن الغيبة؟ قال: هو ان تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل و تثبت عليه أمرا قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد ضعيفة لمعلى بن محمد. راجع كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٨ و ص ٣٤٩. و ج ٣ الوافى ص ١٦٣.

و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتيال المؤمن و باب ١٥٤ المواضع التي تجوز فيها الغيبة من العشرة ص ٢٣٨.

[٢] فى ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢٤٦: و من ستره الله فأمره الى الله إن شاء عذبه و إن شاء غفر له.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٧

يقول: إن فلانا عالم زاهد مجتهد، يصلى النوافل، و يعطى الفقراء، و يهتم بأموال المسلمين و حوائجهم، و نحو ذلك من المدائح، و لا نظن ان يعد احد هذه الصورة من الغيبة.

نعم فى لسان العرب و تاج العروس عن ابن الأعرابى (غاب إذا ذكر إنسانا بخير أو شر) إلا انه أجنبي عن المقام، فإنه غير الاغتيال. و الوجه فى خروج هذه الصورة عن مفهوم الغيبة ان هذه المذكورات ليست من السوء، سواء كره ذكرها المقول فيه أم لا.

الصورة الثانية: ان يذكر إنسانا بشىء من صفاته العادية المتعارفة التي لا توصف بالمدح أو الذم. و لا ريب فى عدم اندراج هذه الصورة أيضا تحت الغيبة، فإن الأمور العادية ليست مما سترها الله على المقول فيه، و ذكرها لا يوجب نقصه و افتضاحه سواء أ كان

كارها لها أم لا.

الصورة الثالثة: ان يذكر إنسانا بالأوصاف الذميمة و الأفعال القبيحة الموجودة فيه التي قد سترها الله عليه، و موضوع الغيبة هو هذه الصورة. و ما ذكرناه من الصور المذكورة يشمل ما لو نفى عن المقول فيه بعض الأوصاف.

تنبيهات موضوع الغيبة

إشارة

و لا بد من التنبيه على أمور:

الأول: انه لا يفرق في صدق الغيبة بين ان يكون المقول نقصا في دين المقول فيه أو بدنه، أو نسبه،.

أو أخلاقه، أو فعله، أو قوله، أو عشيرته، أو ثوبه، أو داره أو دابته، أو خادمه، أو تعيشه أو في أى شأن من شؤونه. إلا ان الظاهر من رواية داود بن سرحان المتقدمة في الحاشية أن الغيبة ذكر الإنسان بما يكون نقصا في دينه فقط. وفيه أولا: ان الرواية ضعيفة السند، و قد عرفت. و ثانيا: ان رواية ابن سيابة المتقدمة في البحث عن معنى الغيبة صرحت بأن الغيبة قولك في أخيك ما ستره الله عليه، و هذا الإطلاق يشمل ما إذا كان المقول نقصا دينيا و غير ديني، و توهم حمل المطلق على المقيد هنا فاسد، لعدم التنافي بينهما، على ان رواية ابن سيابة فصلت بين ذكر الأمور المستورة و الأمور الظاهرة، و صرحت بخروج الثانية عن حدود الغيبة، و من الواضح ان مقتضى التفصيل القاطع للشركة هو عموم مفهوم الغيبة بذكر مطلق العيوب غير الأمور الظاهرة. و لكنك عرفت: ان هذه الرواية أيضا ضعيفة السند.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٨

و قد يتوهم اعتبار قصد الانتقاص في موضوع الغيبة. و لكنه توهم فاسد، إذ لا دليل عليه، فان صدق عنوان العيب على المقول أمر عرفي لا يرتبط بالقصد، و لا يقاس هذا بالتعظيم و الهتك المتقومين بالقصد.

الثاني: أن ذكر أحد بالأوصاف العادية أو نفيها عنه إنما لا يكون غيبة إذا لم يستلزم نقصا في الجهات المزبورة في التنبيه السابق،

و إلا- فلا شبهة في كونه غيبة، كنفى العدالة عنه، فإنه يدل بالملازمة على ارتكابه المعاصي. و كقوله: إن فلانا يقرء علم النحو منذ ثلاثين سنة، فإنه يدل بالملازمة على بلادة المقول فيه و بلاهته، أو مماطلته و بطالته.

الثالث: [ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه]

ان مقتضى ما ذكرناه من التعريف (بل المتيقن من مفهوم الغيبة، و مورد الروايات الدالة على حرمة الغيبة) ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه و اما ذكر الأمور الظاهرة فليس من الغيبة. و قد ذكره الأصحاب في مستثنياتها، و سيأتي ذكره. و تدل على ذلك رواية ابن سيابة المتقدمة، و رواية الأزرق [١]، إلا أنهما ضعيفتا السند.

نعم في إحياء العلوم «١» عن عائشة إنها (دخلت علينا امرأة فلما ولت أو مات بيدي انها قصيرة فقال «ص»: اغتبتها) فان الظاهر منها تحقق الغيبة بحكاية الأمور الظاهرة. و لكنها ضعيف السند.

نعم قد يكون ذكر الأمور الظاهرة حراما، لانطباق شىء من العناوين المحرمة عليه، كالتعيير و الهجاء و السب و الهتك و الظلم و نحوها، و عليه فيكون حراما من غير جهة الغيبة

الرابع: قد تحقق الغيبة بالتعريض والإشارة قولاً،

كأن يقول: الحمد لله الذي لم يتلني بالسلطان و بالميل الى الحكام، أو فعلاً كأن يحكى مشية الغائب، بل هو أشد من الذكر باللسان، لكونه أعظم فى الانتقاص، أو كتابه، فقد قيل: ان القلم احد اللسانين فان المناط فى تحقق الغيبة كشف ما ستره الله، و لا خصوصية للكاشف.

الخامس: لا بد فى صدق الغيبة من وجود احد يقصد بالتفهيم.

فقد عرفت: أنها إظهار ما ستره الله، و هو لا يتحقق بمجرد حديث النفس، فإنه لا يزيد على الصور العلمية

[١] قال: قال لى أبو الحسن «ع»: من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغتبه و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته. مجهولة ليحى الأزرق. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٩. و ج ٣ الوافى ص ١٦٣. و ج ٢ ثل باب ١٥٤ المواضع التى تجوز فيها الغيبة من العشرة ص ٢٣٩

(١) راجع ج ٣ باب الغيبة ص ١٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٢٩

و الملكات النفسانية. و من هنا علم عدم تحقق الغيبة أيضا بذكر الإنسان بعيوب يعلمها المخاطب نعم قد يحرم ذلك من جهة أخرى.

السادس: لا تحقق الغيبة إلا بكون المغتاب (بالفتح) معلوماً بالتفصيل عند المخاطبين،

فلو كان مردداً عندهم بين أشخاص، سواء كانوا محصورين أم غير محصورين فذكره بالنقائص و المعاييب المستورة لا يكون غيبة، فإنه ليس كشفاً لما ستره الله.

و مثاله أن تقول: رأيت اليوم رجلاً بخيلاً، أو جاءنى اليوم شارب الخمر أو تارك الحج أو عاق الوالدين، أو من يعيش معيشة ضنكا، فكل ذلك لا يكون من الغيبة فى شىء، و لا يكون حراماً إلا إذا انطبق عليه عنوان محرم آخر، و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون كل واحد من المحصورين كارهاً لذلك الذكر أم لا، لما عرفت من أن كراهة المقول فيه ليست شرطاً فى تحقق الغيبة.

نعم لو عرفنا الغيبة بأنها ذكر الغير بما يكرهه كما عليه المشهور كان ذلك من الغيبة، و شملته أدلة تحريمها. و لكنك قد عرفت ضعفه فيما سبق.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من اشتراط العلم التفصيلي بالمغتاب فى مفهوم الغيبة إنما هو بالإضافة الى الأفراد. أما إذا كان المذكور نقصاً للعنوان الكلى - و كشفاً لما ستره الله على النوع بحيث يكون المصداق المردد إنما ذكر من باب تطبيق الكلى على الفرد - كان ذلك غيبةً لجميع أفراد الكلى الموجودة فى الخارج، لانحلاله إليها كسائر القضايا الحقيقية، بل بالنسبة الى الأفراد الماضية أيضاً، بل ربما يكون ذلك بالنسبة الى بعض الأفراد بهتاناً. و مثاله أن يذكر إنساناً بالسوء المستور لكونه عجمياً أو عربياً أو بقالاً، أو لكونه من أهل البلد الفلانى أو من الصنف الفلانى و هكذا.

السابع: [فى موارد الشك فى تحقق الغيبة و عدمه]

قد عرفت أنه ليس فى المسألة ما يعتمد عليه فى تعريف الغيبة و تفسيرها إلا بعض الروايات الضعيفة. و عليه فكلما شككنا فى تحقق موضوع الغيبة للشك فى اعتبار قيد فى المفهوم أو شرط فى تحققه يرجع الى أصالة العدم.

الثامن: أن مقتضى ما ذكره المشهور من أن الغيبة ذكر ك أخاك بما يكرهه لو سمعه عدم صدق الغيبة مع حضور المعتاب (بالفتح)،

بل هذا هو الظاهر من الآيه، فإن تشبيه المعتاب بالميتة إنما هو لعدم شعوره بما قيل فيه. و أما على ما ذكرناه في تعريف الغيبة فلا فرق في انطباقها بين حضور المعتاب و عدمه ما دام يصدق على القول أنه إظهار لما ستره الله. قوله نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد.

أقول: نفى الاجتهاد ليس نقصا في حق أحد كما ذكره المصنف، و لكنه فيما إذا لم يستلزم تعريضا بغاوة المنفى عنه، لطول اشتغاله مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٠
بالتحصيل، و إلا فلا شبهة في كونه غيبة.
قوله لعموم ما دل على حرمة إيذاء المؤمن.

أقول: قد دلت الروايات المتواترة «١» على حرمة إيذاء المؤمن و إهانتة و سبه، و على حرمة التنازع بالألقاب، و على حرمة تعيير المؤمن بصدور معصية منه فضلا عن غير المعصية، إلا- أنها خارجة عن المقام كما ذكره المصنف، فإن النسبة بين ما نحن فيه و بين المذكورات هي العموم من وجه. و قد أشرنا الى ذلك في البحث عن حرمة سب المؤمن.

دواعي الغيبة

قوله ثم إن دواعي الغيبة كثيرة.

أقول: الأسباب التي ذكروها باعثة للغيبة عشرة. و قد أشير إليها في ما روى عن الصادق «ع» في مصباح الشريعة «٢» و لكن الرواية ضعيفة السند. و تكلم عليها الشهيد الثاني رضوان الله عليه في كشف الريبه بما لا مزيد عليه و تذكر منها اثنين، فان لهما مأخذا دقيقا لا يلتفت اليه نوع الناس فيقعون في الغيبة، و من حيث لا يشعرون.

الأول: أن يرفع نفسه بتنقيص غيره، بأن يقول: فلان ضعيف الرأي و ركيك الفهم، و ما ذكره بديهى البطلان و نحوها من الكلمات المشعرة بالذم. و أكثر من يتلى به هم المزاولون للبحث و التدريس و التأليف فيما إذا أخذهم الغرور و العجب.
الثاني: أن يغتم لأجل ما يتلى به أحد فيظهر غمه للناس، و يذكر سبب غمه، و هو شيء ستره الله على أخيه، فيقع في الغيبة من حيث إنه يقصد الاهتمام بشأنه، فان اغتمامه له رحمه، و لكن ذكره سبب ذلك عليه شر. و قد يتصنع ذلك بعض المنافقين، و يأخذه وسيلة لهتك أعراض الناس و كشف عوراتهم: بأن يظهر الاغتمام و التحسر لابتلاء شخص محترم، ثم يذكر فيه ما يوجب افتضاحه في الأنظار و انحطاطه عن درجة الاعتبار. فيلقى نفسه في جهنم و بس المصير، و بذلك يكون إداما لكلاب النار، كما في بعض الأحاديث [١] أستعيد بالله من الحقد و الحسد و غيظ القلوب.

[١] في ج ٢ المستدرک ص ١٠٦ عن جامع الأخبار عن النبي (ص): كذب من زعم أنه ولد من حلال و هو يأكل لحوم الناس بالغيبة اجتنبوا الغيبة فإنها إدام كلاب النار. مرسله.

(١) راجع ج ٢ ثل أبواب العشرة من الحج.

(٢) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣١

قوله الثانى: فى كفارة الغيبة الماحية لها.

أقول: الذى قيل أو يمكن أن يقال فى بيان كفارة الغيبة وجوه، الأول: الاستحلال من المغتاب (بالفتح). الثانى: الاستغفار له فقط. الثالث: كلا الأمرين معا. الرابع: أحدهما على سبيل التخيير. الخامس:

التفصيل بين وصول الغيبة إلى المغتاب فكفارتها الاستحلال منه، وبين عدم وصولها إليه فكفارتها الاستغفار له فقط. السادس: التفصيل بين إمكان الاستحلال منه، وبين عدمه لموت، أو بعد مكان، أو كون الاعتذار موجبا لإثارة الفتنة والإهانة، فعلى الأول يجب الاستحلال منه، وعلى الثانى يجب الاستغفار له. السابع: عدم وجوب شىء منهما فى جميع الصور، بل الواجب على المغتاب (بالكسر) الاستغفار لنفسه والتوبة من ذنبه.

أقول: قبل التكلم فى الوجوه المذكورة لا بد وأن يعلم أنه إذا شك فى وجوب شىء منها فإن أصالة البراءة محكمة للشك فى ثبوت التكليف المقتضى للامتنان.

وقال المصنف (ره): إن (أصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب بالفتح على المغتاب بالكسر يقتضى عدم الخروج منه إلا بالاستحلال خاصة).

وفيه أنه لم يثبت هنا للمقول فيه حق حتى يستصحب بقاؤه، ويجب الخروج عن عهده فان من حق المؤمن على المؤمن أن لا يعتابه، وإذا اعتابه لم يحفظ حقه فلم يبق موضوع للاستصحاب، ولم يثبت بذلك حق آخر للمغتاب حتى يستصحب. وعليه فلا وجه لما أفاده المحقق الايروانى من أن الأصل فى المسألة هو الاحتياط، والإتيان بكل ما احتمل دخله فى رفع العقاب من الاستحلال والتوبة والاستغفار للمغتاب (بالفتح) وغير ذلك.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما الاستحلال من المغتاب مطلقا فذهب الى وجوبه جمع من الأصحاب. قال الشهيد فى كشف الريبية: (اعلم أن الواجب على المغتاب ان يندم ويتوب على ما فعله ليخرج من حق الله سبحانه وتعالى ثم يستحل المغتاب ليحله فيخرج عن مظلمته) ويمكن الاستدلال على ذلك بأن الغيبة من حقوق الناس، وحقوق الناس لا ترتفع إلا بإسقاط ذى الحق منهم. أما الوجه فى الصغرى فلأنها ظلم للمغتاب. ولما ورد فى الاخبار الكثيرة من أن حق المؤمن على المؤمن أن لا يعتابه.

وأما الوجه فى الكبرى فهو جملة من الروايات: منها ما دل على أن الغيبة لا تغفر حتى يغفرها صاحبها. وقد تقدمت هذه الرواية فى البحث انها صغيرة أو كبيرة. وفيه انها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٢

وإن كانت واضحة الدلالة على المقصود. ولكنها ضعيفة السند.

ومنها ما عن الكراجكى (١) «عن على (ع) فى رواية قال فيها: إن للمؤمن على المؤمن ثلاثين حقا، وذكرها على التفصيل (ثم قال «ع»): سمعت رسول الله يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئا فيطالبه يوم القيامة فيقضى له وعليه).

وفيه أولًا: انها ضعيفة السند. وثانيًا: انها لا تدل على وجوب الاستحلال، لاشتمالها على حقوق لا-قائل بوجوب أدائها، كعبادة المريض، وحضور الميت، وقضاء الحاجة وغيرها ولم يتوهم احد ولا يتوهم ان من لم يعمل بالحقوق المذكورة فى هذه الرواية وغيرها من الروايات المتواترة الواردة فى حقوق الاخوان وجب عليه ان يستحل من ذى الحق مع التمكن، ومن وليه مع عدمه، نظير الحقوق المالية، وإنما هى حقوق اخلاقية ينبغى للإنسان أن يراعيها، ويواظب عليها، لكونها مقومة لاجتماعهم، بل هى فى الجملة من مقتضيات طبع البشر والعقلاء مع قطع النظر عن الشريعة. وعليه فالمراد من القضاء بموجبها يوم القيامة هو ما ذكره المصنف من (المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها).

ومنها النبوى (٢): (من كانت لأخيه عنده مظلمة فى عرض أو مال فليستحلها).

و فيه انه ضعيف السند. ولا بأس بحمله على الاستحباب للتسامح في أدلة السنن. نعم قد ثبت بالأدلة القطعية الضمان في الحقوق المالية فقط.

و منها ما عن عائشة «٣» انها قالت لامرأة: (قالت لأخرى: إنها طويلة الذيل: قد اغتبتها فاستحلها). وفيه أولاً: ان الرواية ضعيفة السند. و ثانياً: ان ما ذكر فيها ليس من الغيبة، لأنه من الأمور الظاهرة. و ثالثاً: انه لا حجية في قول عائشة. و منها ما دل «٤» على ان من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلواته و لا صيامه أربعين يوماً و ليلة إلا ان يغفر له صاحبه. و فيه أولاً: انه ضعيف السند. و ثانياً: انه لا بد من حمل نظائر هذه الأخبار على

(١) ضعيفة للحسين بن محمد بن علي السيرافي البغدادي. راجع ج ٢ ثل باب ٢٢٢ حقوق المؤمن من العشرة ص ٢٢٩.

(٢) راجع ج ٢ سنن البيهقي ص ٨٣. و كشف الريبة ص ٨٧. و ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٩. و ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

(٣) راجع ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

(٤) كرواية جامع الأخبار. مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٣

الاحكام الأخلاقية، فإنه لم يتفوه احد ببطلان عبادة المغتاب بالكسر، و وجوب القضاء عليهم بعد التوبة.

و منها ما دل «١» على انتقال الأعمال الصالحة باغتياب الناس الى المغتاب بالفتح، فإذا استحل منه رجعت الى صاحبها. و فيه مضافا الى كونه ضعيف السند. انه لا دلالة له على وجوب الاستحلال.

و قد ذكر المصنف ان «في الدعاء التاسع و الثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدل على هذا المعنى أيضاً».

و فيه ان ما فيهما أجنبي عما نحن فيه، أما الأول فهو مسوق لطلب العفو و الرحمة لذى الحق و المظلمة في حال عدم التمكن من استحلاله، و لا تعرض فيه لوجوب الاستحلال منه أصلاً. و اما الثاني فيدل على طلب المغفرة له مع عدم التمكن من التحلل و الرد من غير تعرض لوجوب الاستحلال، كما سيأتي.

و أما الاستغفار للمغتاب بالفتح فذهب الى وجوبه غير واحد من الأصحاب، و يمكن الاستدلال عليه بأمور:

الأول: ما تقدم من دعاء السجاد «ع» في طلب العفو و الرحمة لذوى الحقوق و المظلمة، و فيه أن الفعل الصادر من المعصوم «ع» لا يدل على الوجوب لكونه أعم منه و من المستحب الثاني: رواية (حفص بن عمر [١] عن ابي عبد الله «ع» قال: سئل النبي ص ما كفارة الاغتياب؟ قال: تستغفر الله لمن اغتبتك كلما ذكرته).

و فيه أولاً: ان الرواية ضعيفة السند. و ثانياً: ان مقتضى العمل بها هو وجوب الاستغفار للمغتاب بالفتح كلما ذكره، أو كل وقت ذكر الاغتياب، و من الواضح ان هذا خلاف الضرورة، و لم يلتزم به فقيه فيما نعلم و ان ذكره بعض أهل الأخلاق، و عليه فتحمل الرواية على الجهات الأخلاقية.

نعم بناء على كون النسخة «كما ذكرته» بدل «كلما ذكرته» على ما ذكره المجلسي في مرآة العقول «٢» لا يتوجه عليها الإشكال الثاني.

[١] مجهولة لحفص بن عمر. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٨. و ج ٣ الوافي ص ١٦٤. و ج ٢ ثل باب ١٥٥ وجوب تكفير

الاغتياب من العشرة ص ٢٣٩.

أقول: قد نسب المصنف هذه الرواية إلى السكوني، و هو من سهو القلم.

(١) كرواية جامع الأخبار. مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٦.

(٢) ج ٢ ص ٣٤٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٤

الثالث: ما فى رواية السكونى [١] من قول الإمام «ع»: (من ظلم أحد ففاته فليستغفر الله له فإنه كفارة له). بدعوى أن الضمير المنصوب فى كلمة فاته يرجع الى الظلم المفهوم من كلمة ظلم نظير قوله تعالى: (اعْمِدُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى). و من الواضح أن الغيبة من الظلم، فيجب على من اغتاب أحدا أن يستغفر له.

وفيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أن الظاهر منها رجوع الضمير الى المظلوم كما جزم به المجلسى (ره) فى مرآة العقول «١»، فالمعنى أن من لم يدرك المظلوم ليطلب منه براءة الذمة، و يسترضيه عن المظلمة فليستغفر الله له، و عليه فتدل الرواية على وجوب طلب المغفرة للمظلوم مع عدم التمكن من الوصول اليه، لا مطلقا.

و مما ذكرناه فى الرواية الثانية و الثالثة ظهر الجواب عن روايتى الجعفرىات [٢] أيضا.

و من جميع ما حققناه فى عدم وجوب الاستحلال و الاستغفار تكليفا ظهر الجواب عن القول بوجوب كلا الأمرين تعيينا أو تخييرا. و علم أيضا أنه لا وجه لما نقله المامقانى عن بعض مشايخه من العمل بطائفتى الأخبار الدالة إحداهما على الاستغفار، و الأخرى منهما على الاستحلال، فيلزم المغتاب (بالكسر) الجمع بينهما: بأن يستغفر للمقول فيه، و يستحل منه و أما التفصيل بين وصول الغيبة للمقول فيه و بين عدم وصولها اليه، فيجب الاستحلال منه فى الصورة الاولى، و يجب الاستغفار له فى الصورة الثانية، فقد ذهب اليه جمع من أعظم الأصحاب كالشهيدي الثانى و المجلسى و غيرهما.

قال المحقق الطوسى فى مبحث التوبة من التجريد: (و يجب الاعتذار عن المغتاب مع بلوغه) و تبعه العلامة و القوشجى فى شرحهما على التجريد.

و يدل على هذا التفصيل ما عن مصباح الشريعة [٣] و هو قوله «ع»: (إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه فان لم تبلغه و لم تلحقه فاستغفر الله له).

[١] ضعيفة للنوفلى. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٠. و ج ٣ الوافى ص ١٦٢. و ج ٢ نل باب ٧٧ وجوب رد المظالم إلى أهلها من جهاد النفس ص ٤٧٩.

[٢] فى ج ٢ المستدرک ص ١٠٨ عن النبى (ص): من ظلم أحدا فغابه فليستغفر الله له كما ذكره فإنه كفارة له. مجهولة لموسى بن إسماعيل.

و فى ص ٣٤٣ عن النبى (ص): من ظلم أحدا ففاته فليستغفر الله كلما ذكره فإنه كفارة له. مجهولة لموسى.

[٣] مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٥.

(١) ج ٢ ص ٣٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٥

وفيه أولا: أنه ضعيف السند. و ثانيا: أن الغيبة إن كانت من حقوق الناس وجب الاستحلال من المقول فيه سواء علم بذلك أم لا، و إلا بقى المغتاب (بالكسر) مشغول الذمة إلى الأبد، و يكون شأن الغيبة فى ذلك شأن الحقوق المالية، و إن لم تكن من حقوق الناس فلا وجه لوجوب الاستحلال من المقول فيه و إن بلغت الغيبة. و على كل حال فلا وجه للتفصيل المذكور و لا بد إما من حمل الرواية على الجهات الأخلاقية، أو رد علمها إلى قائلها و مما ذكرناه ظهر ما فى كلامى الشهيد فى كشف الريبه و المجلسى فى مرآة العقول

«١» من الضعف حيث جعل التفصيل المذكور وجه الجمع بين الروايات.

و أما التفصيل بين إمكان الاستحلال و عدمه فألحقه الشهيد في كشف الرية بالتفصيل المتقدم حكما، و قال: (و في حكم من لم يبلغه من لم يقدر على الوصول اليه بموت أو غيبة) و يمكن الاستدلال عليه بما في دعاء السجدة «ع» يوم الاثنين [١] من طلب العفو و المغفرة لذوى الحقوق و المظلّم مع عدم إمكان الخروج عنها.

و فيه أولا: أن الأدعية الواردة في أيام الأسبوع لم يثبت كونها من زين العابدين «ع» و لذا عدوها من الملحقات للصحيحة المعروفة.

و ثانيا: أن فعل المعصوم و إن كان حجة كسائر الأمارات المعتمدة، إلا أنه مجمل لا يدل على الوجوب. كما عرفته آنفا.

و أما الاكتفاء بالتوبة في محو تبعات الغيبة، كما يكتفى بها في محو تبعات سائر المعاصي فهو المتعين، لقيام الضرورة، و دلالة الآيات المتظاهرة، و الروايات المتواترة من الفريقين على أن التائب عن ذنبه كمن لا ذنب له.

و في إحياء العلوم «٢» عن مجاهد: أن كفارة أكلك لحم أخيك أن تتنى عليه و تدعو له بخير. و فيه أنه و إن كان حكما أخلاقيا، و لكن قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أنه لا دليل عليه.

و كذلك لا وجه لما حكاه عن عطا من أنه سئل (عن التوبة من الغيبة؟ قال: أن تمشى

[١] قال «ع»: فأيا عبد من عبيدك أو أمه من إمائك كانت له قبلي مظلمة ظلمتها إياه في نفسه أو في عرضه أو في ماله أو في أهله

و ولده أو غيبة اغتبهت بها- الى أن قال:-

فقصرت يدي و ضاق و سعى عن ردها اليه و التحلل منه فأسألك- الى أن قال:- أن ترضيه عنى بما شئت.

(١) ج ٢ ص ٣٤٨.

(٢) ج ٣ ص ١٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٦

الى صاحبك فتقول له: كذبت فيما قلت و ظلمتك و أسأت و إن شئت أخذت بحقك و إن شئت عفوت و هذا هو الأصح).

على أن ما ذكره في طريق الاعتذار من أن يقول المغتاب (بالكسر) لصاحبه: (كذبت فيما قلت) كذب محرم، لما عرفت أن الغيبة كشف العيوب المستورة الموجودة في المقول فيه فلا يكون الاغتياب من الأكاذيب.

قوله و الانصاف أن الاخبار الواردة في هذا الباب كلها غير نقيه السند.

أقول:

ربما قيل: إنه لا- وجه لمناقشة المصنف في اعتبار الروايات، فإنه قد اعترف بكونها مستفيضة على أنه (ره) جعل من أدلة وجوب

الاستحلال الدعاء التاسع و الثلاثين من الصحيفة، و من البديهي أن الصحيفة وصلت إلينا بسند معتبر عن الامام الرابع عليه و على آباءه

ألف تحية و سلام و فيه أن مراد المصنف من الأخبار التي ناقش في اعتبارها غير الدعاء المزبور كما هو الظاهر، و إنما لم يلتزم

بوجوب الاستحلال، لأن الدعاء غير تام الدلالة عليه، و أما الاستفاضة فهي لا تنافي عدم الاعتبار، فان الخبر المستفيض قسم من الاخبار

الآحاد كما حقق في محله، و لذا يجعلونه في مقابل المتواتر.

مستنبات الغيبة

جواز غيبة المتجاهر بالفسق

قوله الثالث: فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم.

أقول: ذكر المصنف تبعا لجامع المقاصد أن المستفاد من الاخبار أن الغيبة المحرمة هي ما كان الغرض منها انتقاص المؤمن و هتك عرضه، أو التفكه به، أو إضحاك الناس منه.

و أما إذا كان الاغتياب لغرض صحيح راجع الى المغتاب بالكسر أو الفتح، أو الى ثالث بحيث يكون هذا الغرض الصحيح أعظم مصلحة من احترام المؤمن و جب العمل على طبق أقوى المصلحتين، و هذا كنصح المستشار و التظلم و نحوهما، و عليه فموارد الاستثناء لا تنحصر بعدد معين، بل المدار فيها وجود مصلحة أهم من مصلحة احترام المؤمن. و على هذا المنهج جميع موارد التراحم في الواجبات و المحرمات، سواء كانت من حقوق الله أم من حقوق الناس.

و أقول: مقتضى الأدلة المتقدمة هو تحريم الغيبة بعنوانها الأولى، سواء انطبقت عليها سائر العناوين المحرمة أم لا. و عليه فلا وجه لجعل حرمة الغيبة تابعة لقصد هتك المؤمن،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٧

أو التفكه به، أو انطباق غيرهما من العناوين المحرمة.

نعم ما ذكره المصنف تبعا لجامع المقاصد في ضابطه ترجيح الأهم على المهم فهو في غاية المتانة و الجودة على ما نقحناه في علم الأصول، و لا تحصى ثمراته في علم الفقه، إلا أنه لا وجه لذكر هذه الضابطه في المقام، فان الكلام هنا متمحض لبيان مستثنيات الغيبة بحسب التعبد بالأدلة الخاصة، فلا مساس له بلحاظ المناط و العمل بطبق أقوى الملاكين، و كيف كان فقد عدوا من مستثنيات الغيبة أمورا:

الأول: المتجاهر بالفسق فإنه يجوز اغتيابه بلا خلاف بين الشيعة و السنة «١» و تدل على جواز غيبته جملة من الروايات. منها رواية هارون بن جهم [١] عن الصادق (قال: إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة). و فيه أن الرواية و إن كانت ظاهرة الدلالة على المدعى. و لكنها ضعيفة السند.

و منها النبوى «٢»: (من ألقى جلباب الحياء فلا عيبه له. أقول: ليس المراد في الحديث من ألقى جلباب الحياء بينه و بين ربه حتى قام في صف المتمردين عليه، و إلا- لدل الخبر على جواز اغتياب كل مذنب، لهتكهم الستر المرخى بينهم و بين ربهم. و ليس المراد به أيضا من لا يبالي بارتكاب الأمور العادية غير المناسبة لنوع الناس، كالأكل في السوق، و الجلوس في المقاهي، و الاعتياد على الأكل في الضيافة زائدا على المتعارف. بل المراد منه هو الفاسق المعلن بفسقه غير المبالي بالتمرد على الشارع و الجرأة على مخالفته بالإقدام على القبائح و المعاصي علنا، فيدل على المقصود، إلا أنه ضعيف السند.

و منها الروايات [٢] الدالة على أن الفاسق المعلن بفسقه لا غيبة له و لا حرمة، إلا أنها ضعيفة السند.

[١] ضعيفة لأحمد بن هارون. راجع ج ٢ ثل باب ١٥٤ المواضع التي تجوز فيها الغيبة من العشرة ص ٢٣٩. و ج ١٥ البحار العشرة ص ١٨٧.

[٢] في ج ٢ ثل باب ١٥٤ المواضع التي تجوز فيها الغيبة من العشرة ص ٢٣٩ عن قرب الاسناد قال «ع»: ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، و الامام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق. ضعيفة لأبي البختري. و رواها الغزالي في ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤ عن الحسن.

(١) راجع ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

(٢) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٨. و ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢١٠. و ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٨

و منها ما روى عنه «ع» [١] بطرق عديدة: «من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت اخوته». فهذه الرواية دلت بمفهومها على أن من ارتكب الأمور المذكورة فهو جائر الغيبة. و من الواضح أن من ظلم الناس في معاملاتهم و كذبهم في حديثهم كان متجاهرا بالفسق و لكن الرواية بجميع طرقها ضعيفة السند. على أن الظاهر من هذه الرواية و من صحيحة ابن أبي يعفور و رواية علقمة الآيتين اعتبار العدالة في حرمة الغيبة، و لم يلتزم به أحد و منها صحيحة ابن أبي يعفور «١» فقد دلت على أن حرمة التفتيش عن أحوال الناس مترتبة على الستر و العفاف منهم، و مقتضى ذلك أن حرمة التفتيش تنتفى إذا انتفت الأمور المذكورة.

و فيه ان التفتيش غير الغيبة، و حرمة أحدهما لا تستلزم حرمة الآخر. نعم قد يجتمعان ثم لو سلمنا اتحادهما فان مقتضى ذلك اعتبار العدالة في حرمة الغيبة.

و منها ما في رواية علقمة [٢] عن الصادق «ع» و هو قوله: «فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر و شهادته مقبولة و إن كان

- و في ج ٢ المستدرک ص ١٠٧: عن القطب عن النبي (ص): لا غيبة لثلاث: سلطان جائر، و فاسق معلى، و صاحب بدعة. مرسله.

و عن السيد فضل الله: أربعة ليس غيبتهم غيبة: الفاسق المعلى بفسقه. مرسله.

و في ص ١٠٨ عن عوالى اللثالى عن النبي «ص» قال: لا غيبة لفاسق أو فى فاسق. مرسله

[١] ضعيفة لعثمان بن عيسى. راجع ج ٢ مرآة العقول ص ٢١٧. و ج ٣ الوافى باب صفة الأخ ص ١٠٤. و ج ٢ نل باب ١٥٢ تحريم اغتياى المؤمن من العشرة ص ٢٣٧ و فى ج ٣ نل باب ٤١ ما يعتبر فى الشاهد من العدالة من أبواب الشهادات ص ٤١٧ نقل هذا الحديث عن الخصال و العيون. و لكن ما عن الخصال ضعيف لزيد بن محمد و عبد الله ابن أحمد الطائى و أبيه. و أما ما عن العيون فرواه الصدوق عن الرضا «ع» بطرق ثلاثة و كلها مجهولة.

و فى ج ٣ المستدرک ص ٣١٤ رواه بطريقين مجهولين، لداود بن سليمان و أحمد بن عامر الطائى و غيرهما. و إذن فلا يجوز الاستناد بذلك الحديث و الله العالم.

[٢] ضعيفة الصالح بن عقبه و علقمة. راجع ج ٣ نل باب ٤١ ما يعتبر فى الشاهد من العدالة من الشهادات ص ٤١٧.

(١) راجع ج ٣ نل باب ٤١ ما يعتبر فى الشاهد من أبواب الشهادات ص ٤١٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٣٩

فى نفسه مذنباً و من اغتابه بما فيه فهو خارج من ولاية الله و داخل فى ولاية الشيطان».

قال المصنف: «دل على ترتب حرمة الاغتياى و قبول الشهادة على كونه من أهل الستر و كونه من أهل العدالة على طريق اللف و النشر، أو على اشتراط الكل يكون الرجل غير مرئى منه المعصية و لا- مشهودا عليه بها، و مقتضى المفهوم جواز الاغتياى مع عدم الشرط خرج منه غير المتجاهر».

و فيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أن ظاهرها اعتبار العدالة فى حرمة الغيبة، و هو بديهى البطلان، كما عرفت آنفا.

و ثالثا: أن ظاهر مفهومها هو أن غيبة الرجل جائزة لمن يشاهد صدور المعصية منه، أو إذا شهد عليه بها شاهدان، و عليه فتتخصر موارد الأدلة الدالة على حرمة الغيبة بالعيوب البدنية و الأخلاقية، فان المغتاب «بالكسر» لا بد له من العلم حين يغتاب، و إلا كان من البهتان، لا من الغيبة، و هذا خلاف صراحة غير واحد من الروايات الدالة على حرمتها، على أنه لم يلتزم به احد.

نعم لو أريد من الخطاب في قوله «ع»: «فمن لم تره بعينك» العنوان الكلي و القضية الحقيقية- و كان معناه أن صدور المعصية منه بمرأى من الناس و مسمع منهم بحيث ير الناس و يرونه و هو يوقع المعصية- لسلم عن هذا الاشكال. و منها ما في رواية أبي ابن يعفور [١] المتقدمة من قوله «ع»: (و قال رسول الله «ص»:
لا غيبة إلا لمن صلى في بيته و رغب عن جماعتنا و من رغب عن جماعة المسلمين و جبت على المسلمين غيبته). فإنه يدل على جواز غيبة من رغب عن الجماعة، بل على وجوبها.
و فيه أولاً: أن أصل الرواية و إن كانت صحيحة كما عرفت إلا أن هذه القطعة قد زيدت عليها في رواية الشيخ، و هي مشتملة على ضعف في السند. و ثانياً: أنها مختصة بمن رغب عن الجماعة، فلا تعم غيره.
و ثالثاً: أن ظاهر الرواية هو دوران الغيبة و العدالة إثباتاً و نفياً مدار حضور الجماعة، و الرغبة عنها. و يدل على هذا من الرواية أيضاً قوله «ع» بعد القطعة المذكورة: (و سقطت بينهم عدالته و وجب هجرانه و إذا رفع إلى إمام المسلمين أنذره و حذره فان حضر جماعة المسلمين و إلا أحرق عليه بيته و من لزم جماعتهم حرمت عليهم غيبته و ثبتت عدالته بينهم).
و حاصل ما تقدم: أنه لم يدل دليل معتبر على جواز غيبة المتجاهر بالفسق، ليكون مقيداً

[١] ضعيفة لمحمد بن موسى. راجع الباب المتقدم من ج ٣ ثل. و ج ٩ الوافي باب عدالة الشاهد ص ١٤٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٠

للإطلاقات الدالة على حرمة الغيبة مطلقاً.

نعم قد ذكرنا في معنى الغيبة أنها عبارة عن كشف ما ستره الله على العباد، و أيدناه ببعض الروايات، فيكون المتجاهر بالفسق خارجاً عن حدود الغيبة تخصصاً و موضوعاً، لأنه قد كشف ستره بنفسه قبل أن يكشفه المغتاب (بالكسر).

فروع

الأول: هل يعتبر في جواز غيبة المتجاهر بالفسق قصد الغرض الصحيح من النهي عن المنكر و ردعه عن المعاصي، أو لا؟

مقتضى العمل بالإطلاقات المتقدمة الدالة على نفي الغيبة عن المتجاهر بالفسق هو الثاني، إذ لم تقيد بالقصد المذكور، كما أن ذلك أيضاً مقتضى ما ذكرنا من خروج ذكر المتجاهر بالفسق عن تعريف الغيبة موضوعاً. إذا لم يتقيد عنوان الغيبة بأكثر من كونها كشفاً لما ستره الله.

الثاني: هل تجوز غيبة المتجاهر في جميع ما ارتكبه من المعاصي

و إن لم يتجاهر إلا في بعضها كما عن الحدائق، أولاً تجوز إلا فيما تجاهر فيه كما عن الشهيد الثاني (ره)؟.
و فصل المصنف بين المعاصي التي هي دون ما تجاهر فيه في القبح و بين غيرها، فيجوز اغتيابه في الأول، و لا يجوز اغتيابه في الثاني. و مثاله: من تجاهر باللواط جاز اغتيابه بالتعرض للأجنبيات، و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقه. و من تجاهر بكونه جلاّد سلطان الجور- يقتل الناس، و يمثل بهم، و ينكل- جاز اغتيابه بشرب الخمر و الزناء و اللواط. و من تجاهر بنفس المعصية جاز اغتيابه في مقدماتها. و من تجاهر بالمعاصي الكبيرة جاز اغتيابه بالتعرض لجميع القبائح. و لعل هذا هو المراد من قوله (ص): (من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له). لا من تجاهر بمعصية خاصة و عد مستورا في غيرها، كبعض عمال الظلمة. انتهى ملخص كلامه.
أقول: أما القول بالتفصيل المذكور فلا دليل عليه بوجه، فان بعض الناس قد يتجاهر بالذنوب الكبيرة، كقتل النفوس المحترمة، و شرب الخمر، و أكل أموال الناس، و مع ذلك يتستر فيما هو دونها، كإيذاء الجار، و النظر إلى الأجنبيات، و ترك العبادات الواجبة.

نعم إذا تجاهر في معصية جاز اغتيابه بها و بلوازمها، فإذا تجاهر بشرب الخمر جاز اغتيابه بتهيئة مقدمات الشرب من الشراء و الحمل، أو الصنع، فإن الالتزام بالشئ التزام بلوازمه.

و من ألقى جلباب الحياء في معصية ألقى جلبابه في لوازمه أيضا. و عليه فيدور الأمر بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤١

القول بالجواز مطلقا، و بين القول بعدم الجواز كك.

و قد يقال: إن الظاهر هو جواز اغتيال المتجاهر مطلقا، كما عن الحدائق. بل استظهره من كلام جملة من الأعلام، بل ذكر المصنف تصريح بعض الأساطين بذلك.

و الوجه فيه هو إطلاق الروايات المتقدمة، فإنه دال على جواز غيبة المتجاهر بالفسق حتى بذكر المعاصي التي لم يتجاهر فيها. فكأن تجاهره بمعصية واحدة أسقط احترامه في نظر الشارع بحيث صار مهدور الحرمة. كما أن المرتد بارتداده يصبح مهدور الدم، و لكنك قد عرفت ضعف الروايات المذكورة، فلا يمكن التمسك بإطلاقها. و عليه فالإقتصار على المقدار المتيقن يقتضى عدم جواز غيبة المتجاهر بغير ما تجاهر فيه و في لوازمه.

الثالث: ظهر من مطاوى ما ذكرناه أنه يعتبر في صدق التجاهر بالفسق أن يكون المتجاهر به مما يوجب الفسق و الخروج عن العدالة،

فلو ارتكب أحد الحرام الواقعي لشبهة حكمية أو موضوعية، فإنه ليس بمذنب فضلا عن كونه متجاهرا بالفسق.

أما الشبهة الحكمية فكما إذا شرب العصير التمرى المغلى قبل ذهاب ثلثيه- أو أكل لحم الأرنب، لأنه يعتقد بإحتمالهما بحسب اجتهاده أو اجتهاد من يقلده- فإنه يكون معذورا في هذا الارتكاب إذا تمت له أو لمقلده مقدمات الاجتهاد.

و اما الشبهة الموضوعية فكشرب الخمر باعتقاد انها ماء، و كوطى امرأة أجنبية باعتقاد انها زوجته، و قتل المؤمن باعتقاد انه مهدور الدم. فإنه أيضا معذور في هذه الأعمال إلا إذا كان مقصرا فيها.

الرابع: قد عرفت: ان مقتضى العمل بالمطلقات هو جواز غيبة المتجاهر مطلقا بمجرد تجاهره بمعصية من المعاصي،

فيكون التجاهر و لو في معصية واحدة علة تاممة لجواز الغيبة، و عليه فلا يفرق في ذلك بين ان يكون معروفا بالتجاهر في الفسق بين جميع الناس، و في جميع الأمكنة و الأصقاع، أو بين بعضهم و في بعض البلاد و القرى.

و على هذا فلا وجه لما استشكله المصنف من دعوى (ظهور روايات الرخصة فيمن لا يستنكف عن الاطلاع على عمله مطلقا، فرب متجاهر في بلد متستر في بلاد الغرب أو في طريق الحج و الزيارة لثلا- يقع عن عيون الناس). نعم لو تجاهر بذلك بين جماعة هم أصحاب سره و رفقاءه في العمل فإنه لا يعد متجاهرا بالفسق.

و لكن قد عرفت ضعف المطلقات المذكورة، فلا يمكن الاستناد إليها في تجويز هتك عرض المؤمن و افتضاحه بين الناس، و لا تصلح لتقييد المطلقات الدالة على حرمة الغيبة.

و إذن فلا تجوز غيبة المتجاهر إلا لمن تجاهر بالمعصية عنده، لا من جهة الروايات، بل لعدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٢

تحقق مفهوم الغيبة مع التجاهر، على ما ذكرناه في تفسيرها، و الله العالم.

و لقد أجاد المصنف حيث قال: (و بالجملة في حيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الإطلاق و جب الاقتصار على ما يقين خروجه).

قوله و هذا هو الفارق بين السب و الغيبة.

أقول: قد تقدم توضيح ذلك في البحث عن حرمة سباب المؤمن، وقلنا: إن النسبة بين الغيبة و سب المؤمن هي العموم من وجه.

جواز تظلم المظلوم

إشارة

قوله الثانى: تظلم المظلوم وإظهار ما فعل به الظالم وإن كان مستترا به.
أقول:

ذكر الشيعة والسنة «١» من مستثنيات حرمة الغيبة تظلم المظلوم، وإظهار ما أصابه من الظالم وإن كان مستترا فى ظلمة إياه. كما إذا ضربه أو شتمه أو أخذ ما له أو هجم على داره فى مكان لا يراهما أحد أو لا يراهما من يتظلم إليه، فإنه يجوز للمظلوم أن يتظلم بها الى الناس.

و يدل عليه قوله تعالى «٢»: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ﴾. فقد ثبت من الخارج ان الغيبة من الجهر بالسوء، فإنها إظهار ما ستره الله من العيوب الموجبة لهتك المقول فيه وإهانته، كما عرفت. و عليه فتطبق الآية على ما نحن فيه. و تكون النتيجة ان الله لا يحب الاغتياب إلا للمظلوم، فان له ان يتظلم الى الناس بذكر مساوى الظالم وإن لم يرج ارتداعه عن ظلمه إياه.

و أما الرواية «٣» المفسرة للجهر بالسوء بأن المراد به الشتم فمضافا الى ضعف السند فيها أن انطباقه على ذلك لا ينافى انطباقه على الغيبة أيضا، لما عرفت مرارا من ان الروايات الواردة فى تفسير القرآن كلها لبيان المصدق و تنقيح الصغرى.

و قيد الشهيد فى كشف الريبه و جمع ممن تأخر عنه جواز الغيبة هنا بكونها عند من يرجو منه إزالة الظلم عنه اقتصارا فى مخالفة الأصل الثابت بالعقل و النقل على المتيقن، إذ لا عموم فى الآية ليمسك به فى إثبات الإباحة مطلقا. و ما ورد فى تفسير الآية من الأخبار

(١) راجع ج ٣ إحياء العلوم للغزالي ص ١٣٣.

(٢) سورة النساء، آية: ١٤٨.

(٣) راجع ج ٢ مجمع البيان ط صيدا ص ١٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٣

لا ينهض للحجية، مع أن المروى عن الباقر «ع» فى تفسيرها المحكى عن مجمع البيان: أنه لا يحب الشتم فى الانتصار إلا من ظلم. و فيه أن الآية و إن لم تشتمل على شىء من ألفاظ العموم و أدواته إلا ان قوله ﴿إِلَّا مَنْ ظَلِمَ﴾ مطلق فبمقتضى مقدمات الحكمة فيه يفيد العموم. و عليه فيجوز للمظلوم اغتياب الظالم سواء احتمل ارتداعه أم لا.

و يدل على الحكم المذكور ما فى تفسير القمى «١» من الرخصة للمظلوم فى معارضة للظالم و كذلك يدل عليه ما ورد [١] فى تطبيق الآية على ذكر الضعيف إساءة المضيف إياه، و لكن جميع ذلك ضعيف السند.

ثم إن المراد من إساءة الضيافة هو هتك الضعيف و عدم القيام بما يليق بشأنه و بما تقتضيه وظائف الضيافة و المعاشرة المقررة فى الشريعة المقدسة، و يسمى ذلك فى لغة الفرس بكلمة (بذيرايى) و ليس المراد بها ترك ما يشتهي الضيف و يتمناه زائدا على المقدار المتعارف.

و بعبارة أخرى حق الضيف على المضيف أن يكرمه و يحترمه بالحد الأوسط، فلا تجوز له مطالبته بالحد الأعلى، و لا يجوز للمضيف ان يعامل ضيفه بالحد الأدنى، و إلا لجاز لأى منهما ان يذكر ما فعله الآخر معه من المساءة، لأنه نوع من التظلم، فيكون مشمولا للآية من دون احتياج إلى الرواية، و حينئذ فيكون تطبيق الآية على إساءة الضيافة مؤيدة لما ذكرناه.

و قد يستدل على الجواز هنا بأمر غير ناهضة للدلالة على المقصود:

الأول: قوله تعالى «٢»: (وَ الَّذِينَ إِذْ أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ).

و قوله تعالى:

(وَلَمَنِ انْتَصِرَ بَعِيدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَتَّعْنَاهُمْ مِنْ سَبِيلٍ). بدعوى ان ذكر المظلوم ما فعله الظالم معه من السوء نحو من الانتصار فيكون مشمولاً للآيتين.

و فيه ان الآيتين أجنبيتان عما نحن فيه، بل هما راجعتان الى جواز الاعتداء و الانتقام

[١] فى ج ٢ مجمع البيان ص ١٣١. و ج ٢ ثل باب ١٥٤ المواضع التى تجوز فيها الغيبة من العشرة ص ١٣٩ فى قوله تعالى: لَا يُحِبُّ اللَّهُ
إلخ عن أبى عبد الله «ع» انه الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته فلا جناح عليه فى أن يذكره بسوء ما فعله. مرسله.

(١) ص ١٤٥.

(٢) سورة الشورى، آية: ٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٤

بالمثل، نظير قوله تعالى «١»: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ).

و قد ذهب الى هذا جمع من الأكابر حتى صرح الأردبيلي فى محكى كلامه بجواز اعتداء المضروب بالضرب و المشتوم بالشتيم كما عرفته إجمالاً فى البحث عن حرمة السب.

و يدل على ما ذكرناه من حمل الآيتين على الانتقام بالمثل قوله تعالى بينهما: (وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا). و دعوى أن الغيبة نحو من الاعتداء، دعوى جزافية، فإنه لا- إطلاقاً للآيتين بالنسبة إلى المجازات بالمحرمات، و إلا لجاز الاعتداء بالزنا و نحوه، و لم يلتزم به احد، بل هو ضرورى البطلان.

الثانى ان فى منع المظلوم من التظلم حرجاً عظيماً،

بل ربما لا يتحملة إلا الأوحدي من الناس. و فيه ان هذا لا يتم فى جميع الموارد، فان رب شخص يتحمل ما لا يحصى من المصائب الشديدة و النوائب العسرة حتى من الأشخاص الدنية بغير حرج و مشقة.

على أن فى شمول دليل الحرج للمقام إشكالا، بل منعا، لأنه مناف لامتنان فى حق المغتاب (بالفتح) و قد حققنا فى معنى أدلة الحرج و الضرر انها أدلة امتنانية، و إنما تجرى إذا لم يلزم من جريانها خلاف الامتنان فى حق الآخرين.

الثالث: ان فى تشريع الجواز مظنة ردع الظالم،

و هى مصلحة خالية عن المفسدة، فتوجب الجواز، فإن الأحكام الشرعية تابعة للمصالح و المفسدات على مسلك العدلية. و فيه أن الاحكام الشرعية و إن كانت تابعة للملاكات الواقعية، إلا ان المصلحة المظنونة لا تقاوم المفسدة المقطوعة، لأن الظن لا يغنى من الحق شيئا. على انه ربما لا- يرتدع الظالم باغتيابه، بل قد لا يرتدع بما هو أعظم من الاغتياب، على ان لازم هذا الوجه هو جواز اغتيابه حتى من غير المظلوم، فان الظن بالارتداع موجود فيهما، بل قد يكون ذكر غير المظلوم أكد فى ردع الظالم.

الرابع: ما في رواية قرب الاسناد المتقدمة

في البحث عن جواز غيبة المتجاهر بالفسق و هو قوله «ع»: (ثلاثة ليس لهم حرمة صاحب هوى مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعلن بالفسق). بدعوى ان عدم احترام الإمام الجائر إنما هو لجوره، لا لتجاهره بالفسق و إلا لم يكن قسيما للفاسق المعلن بفسقه. و فيه أولا: انها ضعيفة السند كما عرفته في المبحث المذكور. و ثانيا: يمكن ان يراد من الامام الجائر من يتقصد بقميص الخلافة على غير استحقاق، و ينتصب منصب الإمامة بغير رضى من الله و رسوله. و يمكن ان يراد به مطلق القاعد الذي يجوز على الناس

(١) سورة البقرة، آية: ١٩٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٥

و بظلمهم، سواء ادعى الخلافة مع ذلك أم لا، و يعبر عنه في لغة الفرس بلفظ (زاممدار) و عليه فيدخل فيه من يقضى بين الناس، أو يفتيهم على غير هدى من الله و رسوله.

و على كل حال، فلا- دلالة في توصيف الإمام بالجور على عليته لجواز الغيبة، فإن عطف الفاسق عليه من قبيل عطف العام على الخاص. على أن الرواية المذكورة مروية عن النبي بسند آخر [١] و هي تشتمل على توصيف الامام بالكذاب. على أن هذا الوجه لو دل على الجواز لم يختص بخصوص المظلوم. فإن الإمام الجائر يجوز اغتيابه لكل أحد. فعموم العلة: أعنى الجور يقتضى عموم الحكم.

الخامس: قوله «ص» [٢]: (و لصاحب الحق مقال).

و فيه أولا: أنه ضعيف السند و غير منجبر بشيء. و ثانيا: أنه لا- دليل إلا على ثبوت المقال لصاحب الحق من حيث الكبرى: أى في موارد ثبوت الحق له بالفعل. و أما إحراز الصغرى فلا بد و ان يكون بأدلة أخرى. و معنى الحديث أن كل من ثبت له حق فعلى على أحد من الحقوق المالية و العرضية و البدنية و غيرها فله مقال في المطالبة به، و المرافعة عليه. و على هذا فلا تشمل المظلوم الذي أضيع حقه، و فات بالظلم عليه، إذ ليس له حق فعلى حتى يكون له مقال في المطالبة به، و المرافعة عليه.

و يحتمل اختصاصه بالدين فقط، فيكون مساوقا لقوله «ص» [٣]: (لى الواجد بالدين

[١] مجهولة لموسى بن إسماعيل. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٧.

[٢] فى ج ٢ مرآة العقول ص ٣٤٥. و ج ٦ سنن البيهقى باب ما جاء فى التقاضى ص ٥٢. و ج ٢ البخارى باب الوكالة فى قضاء الدين ص ٣٧: عن أبى هريرة إن أعرابيا تقاضى النبى (ص) دينا كان له عليه فأغلظ له فهم به أصحاب النبى (ص) فقال النبى: دعوه فان لصاحب الحق مقالا، ثم قال: أقضوه، فقالوا: لا نجد إلا سنا أفضل من سنه، قال: اشتروه و أعطوه فان خيركم أحسنكم قضاء.

و فى ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٢ ذكر هذه الجملة: (إن لصاحب الحق مقالا). فى مسوغات الغيبة، و لم يذكر المصدر.

[٣] ضعيفة لهارون. راجع ج ٢ ثل باب ٨ تحريم المماطلة بالدين من أبواب الدين ص ٦٢٢. و فى ج ٦ سنن البيهقى ص ٥١ روى هذه الجملة: (لى الواجد يحل عرضه و عقوبته) فى أحاديث شتى. و فى ج ٢ المستدرک ص ٤٩٠ روى هذه الجملة: (لى الواجد يحل عقوبته) عن عوالى اللثالى مرسلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٦

يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل).

عدم جواز الغيبة في ترك الأولى

لا يجوز للمظلوم أن يفتاب الظالم بترك الأولى، لعدم الدليل عليه. وقد يستدل على الجواز بروايتين، الأولى: رواية حماد بن عثمان [١] الواردة في استقصاء الدين، فإنها ظاهرة في جواز الشكوى من الدائن لتركه الأولى، لأن الإمهال في قضاء الدين من الأمور المستحبة وفيه أولا: أنها ضعيفة السند. وثانيا: أن ظاهر الفرض في الرواية أن الدائن قد تعدى على المديون، فطلب منه أداء الدين مع عدم وجوب الأداء عليه لعسر أو لغيره، ولا شبهة أن ذلك ظلم تباح معه الغيبة.

و يؤيد ذلك أن الامام «ع» لم يوجب على المديون أداء الدين، ولو كان واجدا، ولم يكن له عذر لكان أداء الدين واجبا عليه بلا ريب، لما ورد (أن لى الواجد يحل عرضه و عقوبته). وقد عرفت ذلك آنفا.

هذا كله على النسخة المعروفة التي تتبعها صاحب الوسائل و المصنف في النقل. و أما على نسختي الوافي و المستدرک، و ما ذكره المجلسي «١» عن بعض النسخ القديمة. من تبديل الضاد المعجمة في استقصيت في الموضوعين بالصاد المهملة فالرواية تكاد تكون نصا فيما ذكرناه فان معنى الاستقصاء في الحق البلوغ إلى الغاية في المطالبة. و من الواضح ان ذلك قد يؤدي الى الهتك و الظلم، فيكون حراما. و عليه فتكون الرواية من جملة ما دل على جواز اغتيا

[١] في ج ١ كا ص ٣٥٥. و ج ١٠ الوافي ص ١٠٨. و ج ٢ ثل باب ١٦ أنه يكره لمن يتقاضى الدين إلخ من أبواب الدين ص ٦٢٣ عن حماد قال: دخل رجل على أبي عبد الله «ع» فشكى اليه رجلا من أصحابه فلم يلبث أن جاء المشكو فقال له أبو عبد الله ما لفلان يشكوك؟ فقال له: يشكوني أنى استقصيت منه حقى، قال: فجلس أبو عبد الله مغضبا ثم قال: كأنك إذا استقصيت حقك لم تسئ رأيت ما حكى الله عز و جل فقال:

وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ، أ ترى انهم خافوا الله ان يجوز عليهم لا و الله ما خافوا إلا الاستقصاء فسماه الله سوء الحساب فمن استقصى فقد أساء. ضعيفة لمعلى بن محمد.

و رواها في ج ٢ التهذيب ص ٦٢ بسند فيه جهالة لمحمد بن يحيى الصيرفى. و فى ج ٢ المستدرک ص ٤٩٢ عن العياشى مرسلا.

(١) راجع ج ٣ مرآة العقول باب ٢٥ آداب قضاء الدين ص ٣٨٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٧

الظالم من قبل المظلوم بذكر أوصافه المحرمة كما تقدم.

و من تأمل الرواية، و تشديد الامام «ع» فيها على المشكو عليه، و استشهاده بالآية يطمئن بصحة نسخة الوافي. على ان المحدث القاسانى دقيق فى نقله. و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه. و تسليم عدم ظهور الرواية فيما يقول فليس لها لظهور فيما ذكره المصنف أيضا، فتكون مجملة.

الثانية مرسله ثعلبة بن ميمون [١]: (قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه فقال له أبو عبد الله «ع»): و أنى لك بأخيك كله و أى الرجال المهذب) فان الظاهر من الجواب ان الشكوى إنما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

و فيه أولا: انها ضعيفة السند. و ثانيا: ان جواب الامام «ع» ظاهر فى ان الصنع الذى شكى منه الرجل أمر يصيب به جميع الناس، و ليس يوجد من لا يصيب به إلا الأوحدى و عليه فيخرج هذا عن موضوع الغيبة، فقد عرفت انها كشف ما ستره الله.

وقد يستدل على جواز الغيبة بترك الأولى بما ورد في ذكر الضيف مساوى ضيافة المضيف، فان ذلك ليس إلا من ترك الأولى. وفيه مضافا الى ضعف السند فيه. انك قد عرفت: ان المراد من إساءة الضيافة في الرواية هو الهتك والظلم والإهانة، و إلا لما صح تطبيق الآية على الموارد. و اما ما في حاشية الايروانى من دعوى ان ترك الأولى نوع من الظلم فلا وجه له.

نصح المستشير

قوله و يبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها، منها نصح المستشير.

أقول: مستثنيات الغيبة التي ذكرها تدرج في واحد من ثلاثة عناوين:

الأول: ما كان خارجا عنها موضوعا كذلك التجاهر بالفسق إذا خصصنا الجواز

[١] عن ذكره عن أبي عبد الله (ع) قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه فقال له أبو عبد الله (ع): و أنى لك بأخيك كله و أى الرجال المهذب، مرسله.

راجع ج ٣ الوافي باب من تجب مصادقته ص ١٠٥، و ج ٢ ثل باب ٥٦ الإغضاء عن الإخوان من العشرة ص ٢١٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٨

بذكر ما تجاهر فيه من المعاصي، و قد تكلمنا عليه مفصلا. و من هذا القبيل ذكر الأشخاص بالأوصاف الظاهرة كالأعمش و الأحوال و الأعرج و نحوها، بل من المتعارف في كل زمان ذكر الناس بالأوصاف الواضحة. كما هو كذلك في كثير من الروايات. و الوجه في ذلك هو ما تقدم في معنى الغيبة من كونها إظهارا لما ستره الله على المقول فيه، فذكر الأمور الظاهرة ليس منها شيء.

الثاني: أن تكون في الغيبة مصلحة تراحم المفسدة في تركها، كما إذا توقف حفظ النفس المحترمة أو الأموال الخطيرة أو صيانة العرض عن الخيانة على الغيبة. و لا بدح من ملاحظة قواعد التراحم، و العمل على طبق أقوى الملا-كين. و عليه فتتصف الغيبة بالأحكام الخمسة كما هو واضح.

الثالث: ما كان خارجا عن الغيبة بالتخصص و هو على قسمين، الأول: أن يكون الخروج بدليل مختص بالغيبة كتظلم المظلوم، و قد تقدم الكلام فيه. الثاني: أن يكون الخروج بدليل عام جار في أبواب الفقه، و لا يختص بالغيبة فقط. كأدلة نفى الحرج و الضرر هذا كله بحسب الكبرى.

و أما بحسب الصغرى فقد ذكروا لها موارد عديدة، الأول: نصح المستشير، قال المصنف: (فإن النصيحة واجبة للمستشير فان خيانتها قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع في المغتاب، و كذلك النصح من غير استشارة). و عليه فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه، لأن الغيبة قد تتحقق بإظهار العيوب المستورة حيث لا يتحقق النصح، كما هو الكثير، و قد يتحقق النصح حيث لا تتحقق الغيبة، كما إذا لم يتوقف على ذكر أحد بالسوء و قد يجتمعان، كما إذا استشاره أحد في الزواج بامرأة معلومة، و هو يعلم أنها فاجرة و متبرجة أو استشاره في مصاحبة رجل في السفر أو التجارة أو المجالسة، و هو يعلم أنه خائن و شيء الخلق و شارب الخمر و مرتكب الفجور و آكل أموال الناس بالظلم و العدوان، أو استشاره في التلمذة عند شخص و هو يعلم أنه شيء العقيدة أو شيء العمل، فان النصح في الموارد المذكورة يتوقف على الغيبة. و على هذا فان كان دليل وجوب النصح و دليل حرمة الغيبة من قبيل المتعارضين تساقطا معا في مادة الاجتماع. و كان المرجع إلى أصالة الإباحة. و إن كانا من قبيل تراحم المقتضيين فلا بد في ترجيح أحدهما على الآخر من ملاحظة أقوى الملاكين.

و لكن الظاهر أن ما نحن فيه من صغريات باب التراحم، لا التعارض، فإن الغيبة في موارد الاجتماع مأخوذة في مقدمات النصح. و أنه يتولد منها و يتوقف عليها، نظير توقف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٤٩

إنقاذ الغريق و الإتيان بالصلاة على التصرف في ملك غيره. و عليه فيتصرف كل من النصح و الغيبة بالأحكام الخمسة حسب اختلاف الموارد بقوة الملاك و ضعفه على ما تقدمت الإشارة إليه، فإن تساوى الملاك كان النصح و الغيبة مباحين، و إن زاد أحدهما على الآخر كان الزائد متصفا بالوجوب أو الاستحباب بقدر ما فيه من زيادة الملاك، و كان الناقص محرما أو مكروها بمقدار ما فيه من نقصه، هذا كله مع تسليم وجوب النصح.

و لكن بعد التأمل في الأخبار الموهمة لوجوب النصح لم نجد فيها ما يدل على الوجوب، فإنها على أربع طوائف: الأولى [١]: ما دل على حرمة خيانة المؤمن لأخيه. و من المعلوم أنها أجنبية عما نحن فيه. لعدم الملازمة بين الخيانة و ترك النصيحة حتى مع الاستشارة، لإمكان رده الى غيره سواء كان ذلك الغير أعرف منه بحال المستشار أم لا، و من الواضح أنه لو كان النصح واجبا لما جاز رده.

الثانية: الأخبار [٢] الدالة على وجوب نصح المؤمن ابتداء بدون سبق استشارة

[١] في ج ٣ الوافي باب حقوق الاخوة ص ١٠٢. و ج ٢ ثل باب ١٢٢ وجوب أداء حق المؤمن من العشرة ص ٢٢٨ في رواية أبي المأمون الحارثي عن أبي عبد الله من حق المؤمن على المؤمن أن لا يخونه. مجهولة للحارثي.

و في الباب المزبور من ثل و ج ٣ الوافي باب التراحم ص ١٠٠: عن أبي المعزى عن أبي عبد الله «ع» قال: المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لا يخذله و لا يخونه. صحيحة.

و في الموضوع المتقدم من ثل و ج ٣ الوافي باب اخوة المؤمنين ص ١٠١: عن علي بن عقبه عن أبي عبد الله «ع» قال: إن المؤمن أخو المؤمن عينه و دليله لا يخونه. صحيحة.

و في رواية الحارث عن أبي عبد الله «ع» المسلم أخو المسلم - لا يخونه. ضعيفة.

لسهل، و مجهولة للمثنى الحناط. الى غير ذلك من الروايات الكثيرة المذكورة في المصادر المزبورة و ج ٢ المستدرک ص ٩٢.

[٢] في ج ٣ الوافي ص ٩٩. و ج ٢ أصول الكافي بهامش مرآة العقول باب الاهتمام بأمور المسلمين ص ١٦٦. و ج ٢ ثل باب ٢١ وجوب نصيحة المسلم من فعل المعروف ص ٥٢٠ عن رسول الله (ص): أنسك الناس نسكا أنصحهم حبا. ضعيفة للنوفلي.

و في ج ٣ الوافي ص ١٢١. و ج ٢ ثل باب ٣٥ وجوب نصيحة المؤمن من فعل المعروف ص ٥٢٦. و ج ٢ أصول الكافي بهامش مرآة العقول ص ١٩٠ باب نصيحة المؤمن عن عيسى عن أبي عبد الله «ع» قال: يجب للمؤمن على المؤمن أن ينصحه صحيحة -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٠

و استهداء، و هي و إن كانت كثيرة و معتبرة، و لكنها راجعة إلى الجهات الأخلاقية، فتحمل على الاستحباب.

و الوجه في ذلك هو لزوم العسر الأكيد و الحرج الشديد من القول: بوجوب النصح على وجه الإطلاق، و تقييده بمورد الابتلاء، أو بمن يفى بحقوق الاخوة من غير أن يضيع منها شيئا و إن كان يرفع العسر و الحرج، و لكن قامت الضرورة على عدم وجوبه هنا أيضا.

الثالثة: الأخبار الواردة في خصوص نصح المستشار، و قد ادعى غير واحد من المحدثين و غيرهم ظهورها في الوجوب. منها قوله «ع»

[١]: في رواية ابن عمر عن أبي عبد الله «ع» «قال: من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأي سلبه الله عز و جل رأيه». و منها قوله «ع»

[٢] في رواية النوفلي: (من استشاره أخوه المؤمن فلم يمحصه النصيحة سلبه الله له).

و فيه أن التوعيد في هاتين الروايتين بالعقوبة الدنيوية من سلب اللب و الرأي لا يدل على أزيد من الاستحباب و رجحان العمل، فان العقل من أعظم النعم الإلهية، و قد من به سبحانه على عباده لهدايتهم، فصرفه الى غير ما خلق لأجله يوجب الزوال و هو من النعمات الشديدة. كما أن صرفه الى ما خلق لأجله يوجب المزية و الاستكمال، و لا شبهة في رجحانه و من هنا ظهر أن قوله «ع» في رواية عباية

[٣]: (و أنصح لمن استشارك). إرشاد الى ما ذكرناه. فيكون محمولا- على الاستحباب. على أن الروايات المذكورة كلها مجهولة الرواة. ويدل على عدم الوجوب أيضا ما أشرنا إليه سابقا من جواز إرجاع المستشار الى

- و عن ابن وهب عنه «ع» قال: يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة له في المشهد و المغيب صحيحة. و غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المتقدمة. و في ج ٣ الوافي ص ١٦٤. و ج ٢ ثل باب ٣٦ من فعل المعروف ص ٥٢٦. و ج ٢ أصول الكافي بهامش مرآة العقول ص ٣٥٣. و ج ٢ المستدرک باب ١٠٥ وجوب أداء حق المؤمن ص ٩٢.

و باب ٣٤ وجوب نصيحة المؤمن و باب ٣٥ تحريم ترك نصيحة المؤمن ص ٤١٢.

(١) مجهولة للحسين بن حازم و الحسين بن عمر. راجع ج ٢ ثل باب ١٣ وجوب نصح المستشار من العشرة ص ٢٠٨.

[٢] مجهولة لعبد الله بن سليمان النوفلي. راجع ج ٢ المستدرک باب ٢٢ وجوب نصح المستشار من العشرة ص ٦٦.

[٣] مجهولة ليحيى و مالك و عباية. راجع الباب المذكور من المستدرک.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥١

غيره، فإنه ينافي وجوب النصح.

الرابعة: الروايات «١» الآمرة بإعانة المؤمن و كشف كربته و قضاء حاجته، و من الواضح أن نصح المؤمن نوع منها، فيكون واجبا. و فيه أن جميع ما ورد في حقوق الإخوان محمول على الجهات الأخلاقية، فيحمل على الاستحباب، إلا ما ثبت وجوبه في الشريعة، كرد السلام و نحوه، ضرورة أنه لم يلتزم أحد فيها بالوجوب، بل قامت الضرورة على عدم الوجوب فتكون الضرورة قرينة على رفع اليد عن ظهورها في الوجوب.

و حاصل جميع ما قدمناه: أنه لا دليل على وجوب النصح بعنوانه الأولي مطلقا، إلا إذا كان تركه موجبا لتلف النفس، و هتك العرض، و ذهاب المال الخطير، فإنه يجب ح لأهميته الأمور المذكورة.

جواز الاغتيا ب في مواضع الاستيفاء

الثاني: الاستفتاء إذا توقف على ذكر الظالم بالخصوص بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان في حقي فكيف طريقي في الخلاص. و الذي تقتضيه القاعدة هو الجواز إذا كان السؤال موردا للابتلاء مع عدم تمكن السائل منه بغير تسمية المغتاب. و الوجه في ذلك هو قيام الأدلة النقلية و العقلية و ضرورة المذهب على وجوب تعلم الأحكام الشرعية التي تكون في معرض الابتلاء بها، و عليه فإذا توقف ذلك على ترك واجب أو ارتكاب حرام فان العمل ح يكون على طبق أقوى الملاكين، و من الواضح أن التعلم أهم من ترك الغيبة. فإن ترك التعلم ينجر الى اضمحلال الدين و أما بحسب الروايات فقد استدلل على الجواز بروايتين.

الاولى: شكايه هند [١] زوجة أبي سفيان الى الرسول (ص) حيث قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي، و لم يزرها النبي (ص) عن قولها.

[١] في ج ٢ المستدرک باب ١٣٤ المواضع التي تجوز فيها الغيبة ص ١٠٨. و ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٣ عن النبي (ص) إنه قال لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان حين

(١) راجع مصادقة الاخوان للصدوق. و ج ٣ الوافي الفصل الخامس أبواب ما يجب على المؤمن من الحقوق في المعاشرة. و ج ٢ ثل أبواب العشرة في السفر و غيره من كتاب الحج.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٢

و فيه أولاد: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أن القضية شخصية، فيحتمل أن يكون عدم الردع لفسق أبي سفيان و نفاقه، أو لمعرفيته بالبخل، حتى قيل: إنه كان مضرب المثل في البخل.

على أن مورد الرواية من صغريات تظلم المظلوم، فقد عرفت جواز ذكر الظالم فيه، فلا تدل على جواز الغيبة في مورد الاستفتاء مطلقا. و من هنا ظهر الجواب عما ورد «١» في قصة ببيعة النساء من أن هند رمت زوجها أبا سفيان إلى أنه رجل ممسك، و لم يردعها الرسول (ص).

الثانية صحيحة ابن سنان [١] المشتملة على ذكر الرجل امه بأنها لا تدفع يدل لا مس، و لم يردعه رسول الله (ص)، فتدل على جواز الغيبة عند الاستفتاء.

و فيه أولاد: أنه لم يظهر لنا من الرواية كون المرأة معروفة عند النبي (ص)، و قد عرفت فيما سبق اعتبار العلم بالمغتتاب (بالفتح) في تحقيق الغيبة، و ذكرها بعنوان الأمومة لا يستلزم التعيين، و يتفق نظير ذلك كثيرا للمراجع و المجتهدين.

و ثانيا: أن المذكور في الرواية قضية شخصية، و خصوصياتها مجهولة لنا، فيحتمل أن تكون الام متجاهرة بالزنا كما هو الظاهر من قول ابنها: (إن أمي لا تدفع يد لامس إلخ) و على هذا فلا مجال لاستصحاب عدم التجاهر كما صنعه المصنف، على أنه لا يترتب عليه أثر إلا على القول: بالأصل المثبت.

قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني و ولدي ما يكفيني؟ فقال: لها: خذي لك و لولدك بالمعروف. مرسله.

[١] في الفقيه باب نواذر الحدود ص ٣٧٤. و ج ٩ الوافي باب النواذر من الحدود ص ٨١. و ج ٣ نل باب ٤٨ جواز منع الامام عن الزنا من أبواب حد الزنا ص ٤٣٦ عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله «ع» قال: جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال: إن أمي لا تدفع يد لا مس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال: فقيدها فإنك لا تبرها بشيء أفضل من أن ثمنها من محارم الله عز و جل. صحيحة.

(١) راجع ج ٥ مجمع البيان ط صيدا ص ٢٧٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٣

جواز الاغتيا ب ردع المقول فيه

عن المنكر الثالث: قصد ردع المغتتاب (بالفتح) عن المنكر الذي يفعله، و قد استدل المصنف على الجواز هنا بوجهين، الأول: أن الغيبة هنا إحسان في حقه، فإنها و إن اشتملت على هتكه و إهانتة إلا أنه توجب إنقاذه من المهلكة الأبدية و العقوبة الأخروية. الثاني: أن عمومات النهي عن المنكر شاملة لذلك.

أما الوجه الأول ففيه أولا: أن الدليل أخص من المدعى، إذ ربما لا يرتدع المقول فيه عن فعل المنكر.

و ثانيا: أن الغيبة محرمة على المغتتاب بالكسر، و لا يجوز الإحسان بالأمر المحرم، فإنه إنما يتقبل الله من المتقين، و هل يتوهم أحد جواز الإحسان بالمال المغصوب و المسروق إلا إذا كان أعمى البصيرة، كبعض المنحرفين عن الصراط المستقيم، و دعوى رضى المقول فيه حينئذ بالغيبة جزافية. فإنها مضافا الى بعدها، أن رضاه لا يرفع الحرمة التكليفية.

و أما الوجه الثاني: ففيه أنه لا يجوز ردع المنكر بالمنكر لانصراف أدلته عن ذلك، و إلا لجاز ردع الزنا بالزنا بأعراضهم، و ردع السراق بسرقة أموالهم.

نعم قد ثبت جواز دفع المنكر بالمنكر في موارد خاصة كما يتضح ذلك لمن يلاحظ أبواب النهي عن المنكر و أبواب الحدود، و قد تقدم في البحث عن حرمة السب جواز شتم المبدع و الوقعة فيه، و البهت عليه، بل و جوبها، كما يظهر من بعض الروايات المتقدمة في المبحث المذكور.

هذا كله فيما إذا لم يكن ردع ذلك المنكر مطلوباً من كل أحد و إلا وجب ردعه على كل من اطلع عليه بأى نحو اتفق، كمن تصدى لقتل النفوس المصونة، و هتك الاعراض المحترمة، و أخذ الأموال الخطيرة، فإن منعه واجب بما هو أعظم من الغيبة فضلاً عنها، لأن حفظ الأمور المذكورة أهم في نظر الشارع من ترك الغيبة و نحوها، و قد تقدمت الإشارة إلى حكم مزاحمة ترك الغيبة بما هو أهم منه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٤

جواز الاغتياب لحسم مادة الفساد

الرابع: قصد حسم مادة الفساد عن الناس كاغتياب المبدع في الدين الذي يخاف إضلاله للناس، و قوده إياهم الى الطريقة الباطلة. و يدل على جواز الغيبة هنا أمور:

الأول: أن مصلحة دفع فتنته عن الناس أولى من الستر عليه، بل ربما يجب هتكه و حطه عن الانظار إذا لم يرتدع بالغيبة و حدها، فإن حرمة الدين في نظر الشارع أهم من حرمة هذا المبدع في الدين.

الثاني: قوله «ع» في صحيحة داود بن سرحان المتقدمة في البحث عن حرمة سبب المؤمن (إذا رأيتهم أهل الريب و البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الواقعية- الغيبة- و باهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام).

الثالث: ما تقدم في البحث عن جواز غيبة المتجاهر بالفسق (ثلاثة ليس لهم حرمة صاحب هوى مبتدع). و لكنه ضعيف السند.

جواز جرح الشهود

الخامس: جرح الشهود، و قد اتفق الأصحاب على جواز جرحهم و إظهار فسقهم، بل إقامة البينة على ذلك صونا لأموال الناس و أعراضهم و أنفسهم، إذ لو لا ذلك لبغى الفساق في الأرض و أظهروا فيها الفساد، فيدعى الواحد منهم على غيره حقا ماليا أو عرضيا أو بدنيا، أو يدعى زوجية امرأة أجنبية لنفسه، أو يدعى نسبا كاذبا ليرث من ميت، ثم يقيم الشهود على دعواه من أشباه الهمج الرعاع فيصيب من أموال الناس و أعراضهم و دمائهم ما يشاء.

و أولى بالجواز من ذلك جرح الرواة الضعفاء، إذ يتوقف عليه حفظ الدين، و صيانته شريعة سيد المرسلين، و قد جرى عليه ديدن الأصحاب في جميع الأمصار و الأعصار و دونوا في ذلك كتابا مفصلة للتمييز الموثق منهم عن غيره، بل على هذا سيرة الأئمة «ع».

و يومئ الى هذا قوله تعالى «١»: (إِنْ لَجَأَكُمْ فَأَسِقُ بِنِيَا فَبَيِّنُوا) فان التبين عن حال

(١) سورة الحجرات، آية: ٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٥

الفساق الحامل للخبر لا يخلو عن الجرح غالبا. و من هنا يظهر حكم الشهادة على الناس- بالقتل و الزناء و السرقة و القذف و شرب الخمر و نحوها- لإقامة الحد عليهم، و قد ثبت جواز الشهادة، بل و جوبها بالكتاب و السنة المعتمدة، كما يظهر ذلك لمن يراجع أبواب الشهادات.

جواز الاغتياب لدفع الضرر

عن المقول فيه السادس: جواز الاغتيا ب لدفع الضرر عن المغتاب (بالفتح) كما إذا أراد احد ان يقتله أو يهتك عرضه، أو يأخذ أمواله، أو يضره بما يرجع إليه فإن غيبته جائزة لدفع الأمور المذكورة عنه، فان حفظها أهم في الشريعة المقدسة من ستر ما فيه من العيوب، بل لو اطلع عليها المقول فيه لرضى بالاغتيا ب طوعا.

وقد حمل المصنف على هذا ما ورد في ذم زرارة بن أعين (ره) من الأحاديث المذكورة في كتب الرجال، و استوضح ذلك من صحيحة الكشي «١» الصريحة في تنزيه زرارة و تقديسه عن المطاعن و المعاييب، و ان ذم الامام «ع» إياه في بعض الأحيان إنما هو كتعيب الخضر «ع» سفينة المساكين لثلا يأخذ الغاصب من ورائهم. بل تبقى صالحة لأهلها.

وقد أورد الكشي (ره) في رجاله روايات عديدة مشتملة على اعتذار الامام «ع» عن قدح زرارة و ذمه و التبري منه لكي يسان زرارة عن كيد الخائنين، و لا تصيبه فتنة المعاندين و لكن الظاهر انه لا دلالة في شيء من الروايات المذكورة على مقصود المصنف من جواز الغيبة لدفع الضرر عن المقول فيه، فإنك قد عرفت: ان الغيبة إظهار ما ستره الله عليه و من الواضح انه لم يكن في زرارة عيب ديني ليكون ذكره غيبة، و إنما ذمه الإمام «ع» و تبرأ منه لحفظ دمه و شؤونه عن الأخطار، كما عرفت التصريح بذلك فيما أشرنا إليه من الأخبار المتقدمة.

بل الظاهر منها ان قدح الامام «ع» فيه يدل على رفعة شأنه و عظم مقامه و جلاله مرتبته بحيث لا يرضى الامام «ع» ان تمسه أيدي الظالمين.

(١) راجع رجال الكشي ص ٩١. و قد ذكرها المصنف في المتن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٦

جواز الاغتيا ب بذكر الأوصاف الظاهرة

السابع: أن يكون الإنسان معروفًا بوصف يدل على عيب، كالأعمش و الأعرج و الأشتر و الأحول و الأصم، فإنه لا محذور في ذكر المقول فيه بالأوصاف المذكورة، و ما يجري مجراها.

فقد كثر بين الفقهاء و علماء الرجال ذكر الرواة و حملة الأحاديث بالأوصاف الظاهرة المعربة عن العيوب، بل و عليه السيرة القطعية من حديث الأيام و قديمها، بل و كان هذا مرسومًا بين الأئمة «ع» أيضًا، كما يومئ إليه بعض الأحاديث [١] الواردة في توثيق بعض الرواة.

و في بعض الأحاديث (جاءت زينب العطاراة الحولاء الى نساء رسول الله (ص) و قد تقدم ذلك في البحث عن حرمة الغش. و الوجه في جواز ذلك ان ذكر الأوصاف الظاهرة خارج عن تعريف الغيبة كما تقدم، لأنها ليست مما ستره الله، إلا إذا كان ذكرها بقصد التنقيص و التعبير، فإنه حرام من غير جهة الاغتيا ب.

الثامن: قال الشهيد في كشف الريبه: (قيل: إذا علم اثنان من رجل معصية شاهدها فأجرى أحدهما ذكرها في غيبة ذلك العاصي جاز، لأنه لا يؤثر عند السامع شيئًا). ثم قال:

الأولى تنزيه النفس عن ذلك بغير غرض صحيح خصوصا مع احتمال النسيان و لكن الظاهر خروج هذا القسم عن الغيبة موضوعا. و هو واضح.

التاسع: رد من ادعى نسبا ليس له، و قد استدلل عليه المصنف (بأن مصلحة حفظ الأنساب أولى من مراعاة حرمة المغتاب).

أقول: أهمية حفظ الأنساب ثابتة فيما إذا ترتب على النسب أثر شرعي من التوارث، و النظر الى النساء و نحوهما، و اما إذا لم يترتب عليه أثر شرعي، أو ترتب الأثر على دعوى النسب: كأن ادعاه لصيانة نفسه أو عرضه أو ماله من إصابة الظالم إياها فلا تجوز الغيبة برد

هذه الدعوى. و مع الشك في مورد يرجع الى المطلقات الدالة على حرمة الغيبة

[١] في ج ٣ ثل باب ١١ وجوب الرجوع في القضاء الى رواية الحديث من أبواب صفات القاضي ص ٣٨٦ عن عبد الملك قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: أحب الناس إلى أحياء و أمواتا أربعة. فذكر منهم الأحول. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٧

على وجه الإطلاق، لأن الشبهة وإن كانت مصداقية، إلا أن التخصيص من جهة المزاحمة فلا بد من الاقتصار على المتيقن. العاشر: القدح في مقاله باطله، فإن وجوب حفظ الحق و إضاعة الباطل أهم من احترام المقول فيه. و أما ما وقع من بعض المتجاهرين بالنسبة إلى الأعظم أحياء كانوا أم أمواتا من الجهر بالسوء كالطلاق الغبي و البله و نحوهما من الألفاظ القبيحة فلا شبهة في حرمة، لكونه من الفحش و الشتم، كما تقدمت الإشارة إليه في البحث عن حرمة السب. قوله ثم إنهم ذكروا موارد للاستثناء لا حاجة إلى ذكرها.

أقول: منها تفضيل بعض العلماء على بعضهم و إن استلزم انتقاص الآخر، و لا ريب في جوازه، لتوقف الغرض الأهم عليه، و قد جرى على هذا ديدن الأصحاب في جميع الأزمان و الأقطار، خصوصا في تعيين مراجع التقليد. و لكن هذه مرحلة كم زلت فيها الاقدام، عصمنا الله من الزلل.

حرمة استماع الغيبة

إشارة

قال المصنف (ره): (يحرم استماع الغيبة بلا خلاف فقد ورد أن السامع للغيبة أحد المغتابين، و الأخبار في حرمة كثيرة، إلا أن ما يدل على كونه من الكبائر كالرواية المذكورة و نحوها ضعيفة السند). أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الشيعة و السنة «١» في حرمة استماع الغيبة، و لكننا لم نجد دليلا صحيحا يدل عليها بحيث يكون استماع الغيبة من المحرمات فضلا عن كونه من الكبائر، إذ ما ورد في حرمة من طرق الخاصة [١] و من طرق العامة [٢] كله لا- يخلو عن الإرسال و ضعف السند، فلا يكون قابلا للاستناد إليه.

[١] في ج ٢ المستدرك ص ١٠٨ عن كتاب الروضة عن أبي عبد الله «ع» إنه قال: الغيبة كفر و المستمع لها و الراضى بها مشرك. مرسله. و عن الشيخ أبي الفتوح عن رسول الله (ص) إنه قال: السامع للغيبة أحد المغتابين. مرسله و عن القطب الراوندي عن النبي (ص) إنه قال: من سمع الغيبة و لم يغير كان كمن اغتاب. مرسله. [٢] في ج ٣ إحياء العلوم ص ١٢٨ قال رسول الله (ص): المستمع أحد المغتابين. و غير ذلك من الأحاديث.

(١) راجع ج ٣ إحياء العلوم ص ١٢٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٨

نعم قال في كتاب الاختصاص «١»: (نظر أمير المؤمنين «ع» الى رجل يغتاب رجلا عند الحسن ابنه «ع» فقال: يا بني نزه سمعك عن مثل هذا فإنه نظر الى أخبث ما في وعائه فأفرغه في وعائك). فإنه ربما يدعى كونه رواية مسندة، قد أرسلها صاحب الاختصاص

للاختصار، فبدل ذلك على وثاقه روايتها المحذوفين عنده، إذ فرق بين كلمته روى عنه كذا وبين كلمته قال فلان كذا، فان القول الأول ظاهر في كون المنقول مرسلًا دون الثاني، و عليه فهي رواية معتبرة تدل على حرمة استماع الغيبة. و لكن يرد عليه أن ثبوت الاعتبار عنده لا يستلزم ثبوته عندنا، إذ لعله يعتمد على ما لا نعتمده. و قد يستدل على الحرمة مطلقًا بحديث المناهي [١]، فإن رسول الله ص (نهى عن الغيبة و الاستماع إليها و نهى عن التميمه و الاستماع إليها).

و فيه أولًا: أنه ضعيف السند كما عرفته مرارًا. و ثانيًا: أن صدره و إن كان ظاهرًا في الحرمة مطلقًا، إلا أن ذيله قرينه على حرمة الاستماع مع عدم الرد فقط، و هو قوله (ص) (و من تطوع على أخيه في غيبة سمعها فيه في مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا و الآخرة فإن و هو لم يردّها و هو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة). و حملها على السماع القهري خلاف الظاهر منها. على أنه أمر نادر.

و قد يجاب عن حديث المناهي بعدم ظهوره في الحرمة التكليفية، فإن النهي فيه عن استماع الغيبة نهى تنزيهي، و إرشاد إلى الجهات الأخلاقية. و يدل عليه من الحديث ذكر الأمور الأخلاقية فيه من آثار الغيبة ككونها موجبة لبطلان الوضوء «٢» و الصوم.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٣٥٨

و فيه أن ما ثبت كونه راجعًا إلى الاخلاقيات ترفع اليد فيه عن ظهور النهي في الحرمة، و أما غيره فيؤخذ بظهوره لا محالة كما حقق في محله.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه و تسليم صحة الروايات المتقدمة الظاهرة في حرمة استماع الغيبة مطلقًا، فلا بد من تقييدها بالروايات المتكثرة [٢] الظاهرة في جواز استماعها

[١] مجهولة لشعيب بن واقد. راجع ج ٢ نل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ١٣٨. و مكارم الأخلاق ص ٢٣٥.

[٢] في ج ٢ نل باب ١٥٦ وجوب رد غيبة المؤمن من العشرة ص ٢٣٩ في وصية

(١) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٨.

(٢) راجع مكارم الأخلاق ص ٢٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٥٩

لردها عن المقول فيه، و تخصيصها بصورة السماع القهري قد تقدم الجواب عنه آنفاً، و عليه فإنما يحرم استماع الغيبة مع عدم الرد. و قد يقال: إن النسبة بين الاخبار الواردة في سماع الغيبة للرد و بين المطلقات المتقدمة الدالة على حرمة سماع الغيبة هي العموم من وجه. فإن الطائفة الأولى أعم من الثانية من حيث شمولها للسمع القهري الاتفاقي، و أخص منها من حيث اختصاصها بصورة الاستماع للرد فقط. و الطائفة الثانية أعم من حيث شمولها للاستماع بغير داعي الرد، و أخص من حيث اختصاصها بالاستماع الاختياري، فيقع التعارض بينهما في مورد الاجتماع، و يؤخذ بالطائفة الأولى لكونها صحيحة السند دون الطائفة الثانية بناء على ان صحة السند من المرجحات، كما هو المشهور بين المتأخرين.

و لكن يرد عليه ان مجرد صحة السند لا يكون من المرجحات في معارضة الدليلين (و قد حققناه في علم الأصول) و عليه فتسقطان

للمعارضة، ويرجع الى عمومات ما دل على رجحان إعانة المؤمن، و إلا فيرجع الى البراءة. على انك قد عرفت: ان الطائفة الثانية ضعيفة السند، فلا تعارض الطائفة الأولى

- النبي (ص) لعلى «ع»: يا على من اغتیب عنده أخوه المسلم فاستطاع نصره فلم ينصره خذ له الله في الدنيا والآخرة، رجال سند هذه الوصية مجاهيل لا طريق الى الحكم بصحتها.

و عن أبي الورد عن أبي جعفر «ع» قال: من اغتیب عنده أخوه المؤمن فنصره و أعانه نصره الله و أعانه في الدنيا والآخرة و من لم ينصره و لم يعنه و لم يدفع عنه و هو يقدر على نصرته و وعونه إلا خفضه الله في الدنيا والآخرة. حسنة لأبي الورد.

و عن عقاب الاعمال عن النبي (ص) إنه قال في خطبة له: و من رد عن أخيه غيبة سمعها في مجلس رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة فان لم يرد عنه و أعجبه كان كوزر من اغتاب. ضعيفة لموسى بن عمران، و الحسين بن يزيد النوفلي، و أبي هريرة و غيرهم.

و في الموضوع المزبور من ثل. و ج ١٤ الوافي ص ٥٦. و مكارم الأخلاق ص ٢٦٣ عن النبي (ص) في وصية له قال: يا أبا ذر من ذب عن أخيه المؤمن الغيبة كان حقا على الله أن يعتقه من النار يا أبا ذر من اغتیب عنده أخوه المؤمن و هو يستطيع نصره فنصره نصره الله في الدنيا والآخرة فإن خذله و هو يستطيع نصره خذله الله في الدنيا والآخرة، ضعيفة لأبي الفضل و رجاء و ابن ميمون - أو شمون. و غير ذلك من الروايات الدالة على وجوب رد الاغتياي المذكورة في الباب المزبورة من ثل و ج ٢ المستدرک ص ١٠٨.

و ج ١٥ البحار العشرة ص ١٨٩. و غيرها من المصادر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٠

فضلا عن وصول النوبة إلى الترجيح.

و على ما ذكرناه من عدم الدليل الصحيح على حرمة استماع الغيبة فإنما يلتزم بالجواز إذا لم يرض السامع بالغيبة، أو لم يكن سكوته إمضاء لها أو تشجيعا للمتكلم عليها، أو تسيييا للاغتياي من آخر، و إلا كان حراما من هذه الجهات.

و قد ورد في أحاديث عديدة [١] أن الراضي بفعل قوم الداخل معهم. و تقدم في البحث عن بيع المتنجس حرمة التسييب لوقوع الجاهل في الحرام الواقعي. بل تحرم مجالسته للاخبار المتظافرة الدالة على حرمة المجالسة مع أهل المعاصي (و سنشير الى مصادرها) كما تحرم مجالسة من يكفر بآيات الله للآية [٢].

و قد يستدل على حرمة الاستماع بأدلة حرمة الغيبة، بدعوى عدم تحققها إلا بالمستمع.

و فيه ان حرمة الغيبة لا تلازم حرمة الاستماع و إن كان بينهما تلازم خارجا، فان التلازم في الخارج لا يستدعي التلازم في الحكم. و قد جاز سماع الغيبة للرد جزما.

قوله و الظاهر ان الرد غير النهي عن الغيبة.

أقول: الغرض من رد الغيبة هو نصره المعتاب و تزييه عن تلك الواقعة و إن أفاد النهي عن المنكر أيضا، و أما النهي عن الغيبة فهو من صغريات النهي عن المنكر، فيجرى عليه حكمه سواء قلنا بوجوب رد الغيبة أملا.

ثم إن نصره الغائب برد الغيبة عنه تختلف باختلاف المعايي، فان كان العيب راجعا إلى الأمور الدنيوية فنصرته بأن يقول مثلا: العيب ليس إلا ما عابه الله من المعاصي.

و إن كان راجعا إلى الأمور الدنيوية وجهه بما يخرج عن كونه معصية، و إذا لم يقبل التوجيه رده بأن المؤمن قد يتلى بالذنوب، فإنه ليس بمعصوم، و هكذا ينصره في ذكر سائر العيوب.

[١] راجع ج ٩ الوافى باب حد الأمر بالمعروف ص ٣١. و ج ٢ ثل باب ٥ وجوب إنكار المنكر بالقلب من الأمر بالمعروف ص ٤٩١. و ج ٢ المستدرک ص ٣٦١. و فى ج ٣ شرح النهج لمحمد عبده ص ١٩١ قال على «ع»: الراضى بفعل قوم كالدخل فيه معهم و على كل داخل إثمان: إثم العمل به و إثم الرضا به.

[٢] سورة النساء آية: ١٤٠ قوله تعالى: (وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذِ السَّيِّئَاتِ أَيْتِ اللَّهُ يُكْفِرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا فَلَا تَتَعَدُوا مَعَهُمُ) الآية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦١

حرمة الغيبة لا تلازم حرمة استماعها

قوله ثم إن المحرم سماع الغيبة المحرمة دون ما علم حليتها.

أقول: إذا سلمنا حرمة سماع الغيبة بالإرادة و الاختيار فهل هو حرام مطلقا حتى مع جواز الاغتياب كما فى الموارد المتقدمة؟ أو أنه يحرم مع حرمة الاغتياب فقط؟ أو يفصل بين علم السامع بالحلية، فيلتزم بالجواز و بين جهله بها، فيلتزم بالحرمة؟ و ظاهر المصنف جواز الاستماع ما لم يعلم السامع حرمة الغيبة، لأنه قول غير منكر فلا يحرم الإصغاء إليه للأصل. و أما حديث السامع أحد المغتابين فمع تسليم صحته يدل على أن السامع لغيبة كالتكلم بتلك الغيبة فى الحرمة و الحلية، فيكون دليلا على الجواز هنا. إلا أن يقال: إن الحديث ينزل السامع للغيبة منزلة المتكلم بها. فإذا جاز للسامع التكلم بالغيبة جاز له سماعها، و إلا فلا، و لكنه خلاف الظاهر من الحديث.

و التحقيق أن جواز الغيبة قد يكون حكما واقعيًا، و قد يكون حكما ظاهريًا. أما الجواز الواقعي فلا ملازمة فيه بين جواز الغيبة و جواز الاستماع إليها، لأنه يتصور على أنحاء ثلاثة:

الأول: أن يكون المقول فيه جائز الغيبة عند الناس من غير اختصاص بشخص دون شخص: بأن كان متجاهرا فى الفسق و متظاهرا فى مخالفة المولى، فان مثل هذا تجوز غيبته واقعا لكل أحد إما مطلقا أو فى خصوص ما تجاهر فيه من الذنوب على الخلاف المتقدم. بل قد عرفت خروجه عن موضوع الغيبة رأسا، و عليه فالاستماع إليها أولى بالجواز.

و كذلك الكلام فى غيبة المبدع فى الدين، و الإمام الجائر.

الثانى: أن يكون جواز الغيبة الواقعي مختصا بالمغتتاب (بالكسر) كالصبي المميز، و المكروه على اغتياب الناس، و عليه فلا- يجوز استماعها مطلقا لمن يحرم عليه الاغتياب، لعدم الملازمة بينهما، فان ارتفاع الحكم عن أحدهما لا يستلزم ارتفاعه عن الآخر.

و على الجملة جواز السماع يدور مدار الرد عن المغتتاب (بالفتح) و مع عدمه كان حراما و إن لم يكن المغتتاب (بالكسر) مكلفا. فتحصل: أن الاغتياب جائز و الاستماع حرام، كما أنه قد يكون السماع جائزا و الاستماع حراما. نظير ما إذا كان المغتتاب (بالكسر) ممن لا يمكن رده، و لا الفرار عنه كالسلطان الجائر و نحوه، و لذا سكت الامام المجتبي «ع» عند سب أبيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٢

و نظير ذلك ما إذا تصدى أحد لقتل شخص محقون الدم بزعم أنه كافر حربى، و نحن نعلم أنه محقون الدم، فإنه يحرم علينا السكوت و إن جاز له القتل، و نظائره كثيرة فى باب الرشوة و غيره.

الثالث: أن تكون هنا ملازمة عرفية بين جواز الغيبة و جواز الاستماع إليها، كتظلم المظلوم، فان مناط جواز الغيبة هنا هو ظهور ظلامته، و اشتهاها بين الناس. و هذا المعنى لا- يتحقق فى نظر العرف إلا- بسماع التظلم منه، و كذلك الشأن فى سماع الغيبة فى موارد الاستفتاء.

و على الجملة فجواز الغيبة واقعا لا يلازم جواز السماع ملازمة دائمية، بل النسبة بينهما عموم من وجه، فقد تحرم الغيبة دون الاستماع،

كالمكره على السماع، وقد يحرم الاستماع دون الغيبة، كما إذا كان القائل معذورا في ذلك دون السماع، وقد يجتمعان. و أما الجواز الظاهري للغيبة فهل يلازم جواز استماعها أم لا، كما إذا احتمل السماع، أو صرح القائل بأن المقول فيه مستحق للغيبة. ففي كشف الريبة عند ذكر مستثنيات الغيبة إنه (إذا سمع أحد مغتابا لآخر وهو لا يعلم استحقاق المقول عنه للغيبة، ولا عدمه قيل: لا يجب نهى القائل، لإمكان استحقاق المقول عنه، فيحمل فعل القائل على الصحة ما لم يعلم فساده، لأن ردعه يستلزم انتهاك حرمة وهو أحد المحرمين).

و أجاب الشهيد (ره) عن ذلك في الكتاب المذكور: بأن (الأولى التنبيه على ذلك الى أن يتحقق المخرج منه، لعدم الأدلة، وترك الاستفصال فيها، وهو دليل إرادة العموم، حذرا من الإغراء بالجهل، ولأن ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبة إلى السماع، لاحتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقاله، وهو هدم قاعدة النهى عن الغيبة).

ورده المصنف بأن في ذلك خلطا بين رد الغيبة والنهي عنها، والذي نفاه القائل بعدم وجوب النهى هو الثاني الذي هو من صغريات النهى عن المنكر دون الأول.

و تحقيق مراد المصنف أن النسبة بين وجوب رد الغيبة ووجوب النهى عنها عموم من وجه، فإنه قد يجب النهى عن الغيبة، لوجوب النهى عن المنكر حيث لا يجب ردها و لو من جهة كون المقول فيه جائز الغيبة عند السماع، مع كونه مستورا عند القائل، ومع ذلك يجب نهى القائل عنها من باب وجوب النهى عن المنكر، وقد يجب رد الغيبة حيث لا مورد النهى عن المنكر، كما إذا كان المغتاب (بالكسر) صبيا، فإن فعله ليس بمنكر لكي يجب النهى عنه، إلا أنه يجب على السماع حينئذ رد الغيبة حفظا لاحترام أخيه المؤمن. وقد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٣

يجتمعان، كما إذا علم السماع بكون الاغتياح حراما، فإنه من حيث كونه من المنكرات في الشريعة يجب النهى عنه، ومن حيث كونه هتكا للمؤمن وكشفا لعورته يجب رده.

و إذا شك في استحقاق المقول فيه الغيبة و عدم استحقاقه حرم سماعها على القول بحرمة و وجب ردها على النحو الذي تقدم من توجيه فعل المقول فيه على نحو يخرج عن المعصية و مع هذا لا يجب نهى القائل، بل لا يجوز، لإمكان استحقاق المقول فيه، فيحمل فعل القائل على الصحة ما لم يعلم فساده، فإن ردعه يستلزم انتهاك حرمة، وهو حرام على أن إثبات وجوب الردع بأدلة النهى عن المنكر تمسك بالعام في الشبهات المصدقية، وهو لا- يجوز لا- يقال: كما لا يجب نهى القائل عن الغيبة فكذلك لا يجب ردها، لاحتمال كون المقول فيه مستحقا للغيبة عند القائل، و مسلوب الاحترام في عقيدته، و عليه إثبات وجوب الرد في الفرد المشكوك بالأدلة الدالة على وجوب احترام المؤمن، و وجوب رد غيبته تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

فإنه يقال: أولا: أنه لا شبهة في كون المقول فيه مؤمنا وجدانا، و عدم وجود المجوز لاغتياحه محرز بأصالة العدم، فإن المقول فيه كان في زمان و لم يكن فيه ما يجوز غيبته، و الأصل بقاءه في تلك الحالة.

و قد ذكرنا في محله أن عنوان المخصص إذا كان أمرا وجوديا، فإنه ينفي بالأصل الموضوعي في مورد الشك، و ينقح به موضوع التمسك بالعام، و لا يلزم منه التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. و كذلك في المقام. إذا شكنا أن المقول فيه جائز الغيبة عند القائل أم لا نستصحب عدمه، و ينقح به موضوع التمسك بعموم ما دل على حرمة استماع الغيبة على تقدير ثبوته، و بعموم ما دل على وجوب رد الغيبة.

و ثانيا: أن المتعارف من أفراد الغيبة هو أن السماع لا يعلم نوعا بحال المقول فيه، و الظاهر من الروايات الدالة على وجوب رد الغيبة أن ذلك هو المراد، إذ لو حملناها على خصوص ما إذا علم السماع بكون المقول فيه غير جائز الغيبة كان ذلك حملا لها على المورد النادر

قوله ثم إنه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممن يمدح المغتاب في حضوره).

أقول: توضيح كلامه أنه إذا كان للإنسان لسان مدح في الحضور، و لسان ذم في الغياب استحق بذلك عقابين: أحدهما للاغتياب. و الثاني: لكونه ذا لسانين، و يسمى هذا منافقا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٤

أيضا. و إذا مدح المقول فيه في حضوره بما ليس فيه عوقب بثلاثة عقاب: للاغتياب، و الكذب، و النفاق.

ثم إن المدح في الحضور بالأوصاف المباحة و إن كان جائزا في نفسه، بل ربما يكون مطلوباً للعقلاء، و لكنه إذا كان مسبوقاً بالذم أو ملحقاً به كان من الجرائم الموبقة و الكبائر المهلكة. و قد ورد في الأخبار المستفيضة «١» أن ذا لسانين يجيء يوم القيامة و له لسانان من النار، فان لسانه المدح في الحضور و إن لم يكن لسانا من النار، إلا أنه إذا تعقبه أو تقدمه لسان الذم في الغياب صار كذلك.

ثم إن النسبة بين المغتاب (بالكسر) و بين ذى اللسانين هي العموم من وجه، فإنه قد توجد الغيبة و لا يوجد النفاق، و قد يوجد النفاق حيث لا توجد الغيبة، كأن يمدح المقول فيه حضوراً، و يذمه بالسب و البهتان غيباً. و قد يجتمعان كما عرفت. قوله و قد يطلق الاغتياب على البهتان.

أقول: قد عرفت: أن الغيبة هي أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، و أما البهتان فهو على ما تقدم في بعض أخبار الغيبة ذكر ك أخاك بما ليس فيه، فهما متباينان مفهوماً و مصداقاً. نعم بناء على مقالة المشهور من أن الغيبة ذكر ك أخاك بما يكرهه فيمكن اجتماعهما في بعض الموارد.

و أما إطلاق الغيبة على البهتان في رواية علقمة [١] فبنحو من المسامحة و التجوز.

على أنها ضعيفة السند. و أما كون عقاب التهمة أشد من الغيبة فلاشتمالها على الفرية و الهتك معا

حقوق الاخوان

قوله خاتمة في بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه.

أقول: قد ورد في الروايات «٢» المتظاهرة، بل المتواترة أن للمسلم على أخيه حقوقاً كثيرة، و في روايته

[١] عن الصادق «ع» عن رسول الله (ص) قال: من اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة أبداً و من اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمة بينهما و كان المغتاب في النار خالداً فيها و بسئ المصير، الحديث. ضعيف لعلقمة بن محمد و صالح بن عقبه و غيرهما. راجع ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياب المؤمن من العشرة ص ٢٣٨.

(١) راجع ج ٣ الوافي باب مخالفة السر و العلن ص ١٥٨. و ج ٢ ثل باب ١٤٣ تحريم كون الإنسان ذا وجهين من العشرة ص ٢٣٥. و ج ٢ المستدرک ص ١٠٢.

(٢) راجع مصادقة الاخوان للصدوق. و كما بهامش ج ٢ مرآة العقول باب حق المؤمن على أخيه ص ١٧١. و ج ٣ الوافي باب حقوق الاخوان ص ١٠١ و باب صفة الأخ ص ١٠٣. و ج ٢ ثل باب ١٢٢ وجوب أداء حق المؤمن من العشرة ص ٢٢٧.

و ج ١٥ البحار العشرة ص ٦١. و ج ٢ المستدرک ص ٩٢. و غير ذلك من الأبواب من الكتب المذكورة و غيرها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٥

الكرجكي أن للمؤمن على أخيه ثلاثين حقاً، و عدها واحداً بعد واحد، ثم قال «ع»:

(سمعت رسول الله يقول: وإن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له و عليه). وقد عرفت في البحث عن كفارة الغيبة أنها ضعيفة السند.

و في صحيحه مرازم عن أبي عبد الله «ع» قال: (ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن).

و قد خص المصنف هذه الأخبار (بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر.

أما المؤمن المضيع لها فالظاهر عدم تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبة إليه، ولا يوجب إهمالها مطالبته يوم القيامة لتحقيق المقاصة، فإن التهاتر يقع في الحقوق كما يقع في الأموال) واستشهد المصنف (ره) على رأيه هذا بعدة روايات قاصرة الدلالة عليه. منها ما رواه الصدوق و الكليني عن أبي جعفر «ع» [١]، و قد ذكر فيها إخوان الثقة و إخوان المكاشره و قال في إخوان المكاشره: (و أبدل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه و حلاوة اللسان).

و فيه أن هذه الرواية غريبة عما ذكره المصنف، فإنها مسوقة لبيان وظيفة العمل بحقوق الاخوان على حسب مراتب الإخوة، فإن منهم من هو في أرقى مراتب الاخوة في أداء

[١] في ج ٣ الوافي باب صفة الأخ ص ١٠٤. و مصادقة الاخوان للصدوق ص ١.

و ج ٢ ثل باب ٣ كيفية المعاشرة من العشرة ص ٢٠٤ عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام قال: قام رجل بالبصرة الى أمير المؤمنين «ع» فقال: يا أمير المؤمنين أخبرنا عن الاخوان؟ فقال: الاخوان صنفان إخوان الثقة و إخوان المكاشره فأما إخوان الثقة فهم الكف و الجناح و الأهل و المال فإذا كنت من أخيك على حد الثقة فابذل له مالك و بدنك و صاف من صافاه و عاد من عاداه و اكنم سره و عيبه و أظهر منه الحسن و اعلم أيها السائل أنهم أقل من الكبريت الأحمر و أما إخوان المكاشره فإنك تصيب لذتك منهم فلا تقطعن ذلك منهم و لا تطلبين ما وراء ذلك عن ضميرهم و ابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه و حلاوة اللسان صحيحه و رواها الصدوق في الاخوان مراسلا. و في الخصال بسند فيه ضعف، لعبد الله بن أحمد الرازي و بكر بن صالح و محمد بن حفص و غيرهم.

الكشر: التبسم. كاشرة: كشف له أنيابه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٦

حقوقها حتى يطمئن به الإنسان على عرضه و ماله، و سائر شؤونه، و هذا الأخ كالكف و الجناح، فيبذل له المال و اليد، و يعادى من عاداه، و يصافي من صافاه، و منهم إخوان الانس و الفرح و المجالسة و المفاكهة، فلا يبذل لهم إلا ما يبذلون من طلاقه الوجه و حلاوة اللسان، و لا يطمأن إليهم في الأمور المذكورة.

و منها رواية عبيد الله الحلبي [١] فإنها تدل على أن للصدقة حدوداً، و لا يليق بها إلا من كانت فيه هذه الحدود. و وجه الاستدلال هو ما ذكره المصنف من أنه (إذا لم تكن الصدقة لم تكن الاخوة، فلا بأس بترك الحقوق المذكورة بالنسبة اليه).

و فيه أن الصدقة المنفية عن لا يفى بحدودها غير الاخوة الثابتة بين المؤمنين بنص الآية [٢] و الروايات، و من الواضح أن الحقوق المذكورة إنما ثبتت للاخوة المحضه، سواء أ كانت معها صداقة أم لا. و عليه فنفي الصدقة في مورد لا يدل على نفي الاخوة، لأن الصدقة فوق الاخوة، و نفي المرتبة الشديدة لا يدل على نفي المرتبة الضعيفة. على أن الرواية ضعيفة السند.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما في نهج البلاغة [٣] من نفي الصدقة عن لا يحفظ أخاه في ثلاث. مع أنه ضعيف للإرسال.

و منها ما دل [٤] على سلب الاخوة عن لا يلبس المؤمن العارى، كروايتي الوصافي و ابن أبي عمير.

[١] عن أبي عبد الله «ع» قال: لا تكون الصدقة إلا بحدودها فمن كانت فيه هذه الحدود أو شيء منها فانسبه إلى الصدقة و من لم

يكن فيه شيء منها فلا تنسبه إلى شيء من الصداقة: فأولها أن تكون سريرته وعلانيته لك واحدة. و الثانية: أن يرى زينك زينه و شينك شينه. و الثالثة: أن لا تغيره عليك ولاية و لا مال. و الرابعة، أن لا يمنعك شيئاً تناله مقدرته. و الخامسة: و هي تجمع هذه الخصال أن لا يسلمك عند النكبات. ضعيفة لعبيد الله الدهقان. الإسلام: الخذلان.

راجع ج ٣ الوافي باب من تجب مصادقته ص ١٠٤. و ج ٢ ثل باب ١٣ استحباب مصادقه من يحفظ صديقه من العشرة ص ٢٠٥. [٢] سورة الحجرات آية: ١٠، قوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ).

[٣] في ج ٣ شرح النهج لمحمد عبده ص ١٨٤ قال «ع»: لا يكون الصديق صديقاً حتى يحفظ أخاه في ثلاث: في نكته، و غيبته، و وفاته. مرسله.

[٤] في مصادقه الإخوان للصدوق باب مواساة الإخوان ص ٨. و ج ٢ ثل -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٧

و فيه أن المراد من سلب الاخوة في الروايتين كناية عن سلب الاخوة الكاملة. فقد تعارف بين المتجاورين نفى المحمول بلسان نفى الموضوع لأجل المبالغة في التعبير، كما يقال يا أشباه الرجال و لا رجال، و لا صلاة لجار المسجد إلا فيه، و لا شك لكثير الشك، و يقال لمن لا يعمل بعلمه: إنه ليس بعالم، الى غير ذلك من الإطلاقات الفصيحة. و عليه فلا دلالة في الروايتين على نفى الاخوة حقيقة الذي هو مفاد ليست التامة.

و يدل على ما ذكرناه أنه لو أريد من السلب نفى الاخوة حقيقة لزم القول بعدم وجوب مراعاة سائر الحقوق الثابتة. من رد الاغتياب و نحوه، و هو بديهي البطلان.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الروايتين ضعيفتا السند.

و منها رواية يونس بن ظبيان [١] الدالة على اختبار الاخوان بإتيانهم بالصلاة في وقتها و برهم في الاخوان، و إذا لم يحفظوهما فأعزبوا عنهم.

و فيه أن ظاهر الرواية كونها راجعة إلى ترك العشرة و المجالسة مع من لا يهتم بالإتيان بالصلاة في أوقاتها، و الإحسان للإخوان في اليسر و العسر، فان المجالسة مؤثرة كتأثير النار في الحطب، و لذا نهى [٢] عن المجالسة مع العصاة و الفساق.

باب ١٤ استحباب مواساة الاخوان من العشرة ص ٢٠٥: عن علي بن عتبة عن الوصافي عن أبي جعفر «ع» قال: قال لي: يا أبا إسماعيل أ رأيت من قبلكم إذا كان الرجل ليس له رداء و عند بعض إخوانه فضل رداء يطرح عليه حتى يصيب رداء؟ قال: قلت لا، قال:

فإذا كان ليس عنده إزار يوصل اليه بعض إخوانه فضل إزار حتى يصيب إزاراً؟ قلت:

لا، فضرب بيده على فخذه ثم قال: ما هؤلاء ياخوة. مرسله.

و عن خلاد السندی رفعه قال: أبطأ على رسول الله (ص) رجل فقال: ما أبطأ بك؟

فقال: العري يا رسول الله، فقال: أما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما؟ قال: بلى يا رسول الله (ص)، فقال: ما هذا لك بأخ. مرفوعه، و مجهولة لخلاد.

[١] في ج ٣ الوافي باب من تجب مصادقته ص ١٠٥. و ج ٢ ثل باب ١٠٣ استحباب اختيار الاخوان من العشرة ص ٢٢٠: عن المفضل بن عمر و يونس بن ظبيان، قالوا: قال أبو عبد الله «ع»: اختبروا إخوانكم بخصلتين فان كانتا فيهم و إلا فأعزب ثم أعزب:

المحافظة على الصلاة في مواقيتها و البر بالإخوان في العسر و اليسر. مجهولة لعمر بن عبد العزيز أقول: العزوب بالعين المهملة و الزاء: البعد و الغيبة.

[٢] راجع ج ٢ ثل باب ٣٧ تحريم مجاورة أهل المعاصي، و باب ٣٨ تحريم المجالسة لأهل المعاصي من الأمر بالمعروف ص ٥٨، و

باب ١٧ تحريم مصاحبة الكذاب-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٨

و أمر «١» بمجالسة العلماء و الصلحاء، و عليه فلا دلالة فيها على نفى الاخوة عمن لا يقوم بحقوق الاخوان. على أن الرواية مجهولة. و على الجملة فلا وجه لتقييد المطلقات الواردة في حقوق الإخوان بصورة قيامهم بذلك. و لا يخفى أن الميزان في تأدية حقوق الاخوة هو الميزان في الامتثال في بقية الأعمال المستحبة من أن الإتيان بجميعها تكليف بما لا يطاق، فتقع المزاحمة بينها في مرحلة الامتثال، فيؤتى الأهم فالأهم.

حرمة القمار

إشارة

قوله الخامسة عشرة القمار حرام إجماعاً.

أقول: تحقيق الكلام في حرمة القمار يقع في جهتين، الأولى: في حرمة بيع الآلات المعدة للقمار وضعا و تكليفاً، و قد تقدم الكلام فيه تفصيلاً في النوع الثاني.

الثانية في حرمة اللعب بها، و تنقيح الكلام هنا في ضمن مسائل أربع، المسألة الأولى أنه لا خلاف بين الفقهاء من الشيعة و السنة [١] في حرمة اللعب بالآلات المعدة للقمار مع المراهنة، و من هذا القبيل الحظ و النصيب المعروف في هذا الزمان المعبر عنه في الفارسية بلفظ (بليط آزمايش بخت) نظير اللعب بالأقداح في زمن الجاهلية «و سنتعرض لتفسير اللعب بالأقداح في الهامش» بل على حرمة القمار ضرورة مذهب الإسلام.

و تدل عليها الآيات [٢] المتظاهرة و الروايات المتواترة من طرفنا [٣]

و الفاسق من العشرة ص ٢٠٦.

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٧ و كذلك نهت الشريعة نهياً شديداً عن الميسر (القمار) فحرمة بجميع أنواعه، و سدت في وجه المسلمين سبله و نوافذه، و حذرته من دنو من أي ناحية من نواحيه.

[٢] منها قوله تعالى في سورة المائدة، آية: ٩٢ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.

[٣] راجع ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشة ص ٣٦٢. و ج ٢ كا كتاب الأشربة باب النرد ص ٢٠١. و ج ٢ التهذيب ص ١١١. و ج ١٠ الوافي باب القمار ص ٣٥. و ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار مما يكتسب به ص ٥٤٦. و ج ٢ المستدرک ص ٤٣٦ و ص

٤٥٩

(١) راجع ج ١ الوافي باب مجالسة العلماء ص ٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٦٩

و من طرق السنة «١» و قد أشير إلى حكمه التحريم في قوله تعالى «٢»: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَ الْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ وَ يُضَيِّدَكُمُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَ عَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾. فإن أخذ مال الناس بغير تجارته و مشقة موجب لإلقاء العداوة و البغضاء، و الاشتغال بلعب القمار يصد عن ذكر الله، و عن امتثال الأحكام الإلهية.

حرمة اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن

المسألة الثانية: في اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن: بأن كان الغرض منه مجرد الانس و الفرح، كما هو المرسوم كثيرا بين الأمراء و السلاطين. و هذا أيضا لا إشكال في حرمة، بل في المستند «٣» بلا خلاف فيها، و قد وقع الخلاف في ذلك بين العامة [١]. و كيف كان فقد استدل المصنف على حرمة بوجهين:

الأول: قوله «ع» في رواية تحف العقول: (إن ما يجيء منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات). وفيه أولا: أنها ضعيفة السند، و قد تقدم. و ثانيا: أنها لا تدل إلا على صدق الكبرى من حرمة التقلب و التصرف في كل ما يجيء منه الفساد محضا. و أما إحراز الصغرى فلا بد

و في ج ٢ التهذيب الذبائح ص ٣٠٣. و ج ١١ الوافي باب الاضطرار إلى الميتة ص ١٧. و ج ٣ نل باب ٢٧ تحريم المنخنة من الأطعمة المحرمة ص ٢٦٠: في رواية عبد العظيم الحسني: (و أن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق) يعني حرام. [١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٥١: عن المالكية يحرم اللعب بالنرد و الشطرنج و لو بغير عوض. و في ص ٥٢ عن الشافعية يحل اللعب بالشطرنج و الكرة و حمل الأثقال و المشابكة بالأصابع. و عن الحنفية تحل المسابقة بدون عوض في كل ما ذكر عند الشافعية إلا الشطرنج. و عن الحنابلة يكره اللعب بالشطرنج و كلما أفضى إلى محرم فهو حرام. و في ج ٨ شرح فتح القدير ص ١٣٢ حكم بحرمة اللعب بالشطرنج ثم حكى عن بعض الناس إباحة ذلك لما فيه من تشجيع الخواطر، و هو محكى عن الشافعية.

(١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢١٣.

(٢) سورة المائدة آية: ٩٣.

(٣) ج ٢ ص ٣٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٠

و أن يثبت من الخارج، و من الواضح أن كون الآلات المعدة للقمار كذلك أول الكلام، إذ لو كان اللعب بها بدون مراهنه جائزة لم تكن كذلك، فلا يمكن إثبات الحرمة به، فإنه دور ظاهر.

الثاني: ما في رواية أبي الجارود [١] من تفسير الميسر بالنرد و الشطرنج و بكل قمار الى أن قال «ع»: (و كل هذا يبيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم).

فإنها تشمل بإطلاقها اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن.

و قد يقال: إن المراد بالقمار المذكور في الرواية هو المعنى المصدري «أعنى العمل الخارجى»، و عليه فتكون الرواية منصرفة إلى اللعب بالآلات المذكورة مع الرهن، كما أن المطلقات منصرفة إليه أيضا، و لكنها دعوى جزافية، فإن المراد من القمار فيها هو نفس الآلات. و يدل عليه من الرواية قوله «ع»: (بيعه و شراؤه) و قوله «ع»:

(و أما الميسر فالنرد و الشطرنج).

و فيه أن الرواية و إن كانت صريحة الدلالة على المقصود، و لكنها ضعيفة السند.

ثم إن المصنف (ره) ذكر جملة من الروايات للتأييد، و ادعى عدم انصرافها الى اللعب الخارجى: منها ما عن مجالس المفيد الثاني ولد

الشيخ الطوسي «ره» [٢] وهو قوله «ع»:

(كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر).

وفيه أولا: أن هذه الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: أنها محمولة على الكراهة، فإن كثيرا من الأمور يلهى عن ذكر الله وليس بميسر، ولا بحرام، وإلا لزم الالتزام بحرمة كثير من الأمور الدنيوية، لقوله تعالى «١»: (إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهْوٌ). بل قد أطلق اللهو على بعض الأمور المستحبة في جملة من الروايات [٣] كسباق الخيل،

[١] مرسله. و ضعيفة لأبي الجارود. راجع ج ٢ ثل باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج مما يكتسب به ص ٥٦٧.

[٢] ضعيفة لابن الصلت وغيره. راجع ج ٢ ثل باب ١٢٨ تحريم استعمال الملاهي مما يكتسب به ص ٥٦٦.

[٣] في ج ٣ ثل باب ١ من كتاب السبق والرماية ص ٦٦٠. و ج ٢ كا ص ٣٤١ و ج ٩ الوافي ص ٢٦: في حديث قال رسول الله (ص): كل اللهو باطل إلا في ثلاث:

في تأديبه الفرس و رميه عن قوسه و ملاعبته امرأته فإنهن حق. مرفوعة. و رواها الشيخ بسند فيه ضعف لعبد الله بن عبد الرحمن. و رواها البيهقي الشافعي في ج ١٠

(١) سورة محمد، آية: ٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧١

و مفاكهة الاخوان، و ملاعبة الرجل أهله، و متعة النساء، فإنها من الأشياء المندوبة في الشريعة، و مع ذلك أطلق عليها اللهو، و توهم أن الملاهي غير المحرمة خارجة عن الحديث توهم فاسد، فإنه مستلزم لتخصيص الأكثر، و هو مستهجن. و منها رواية الفضيل [١] عن النرد و الشطرنج و غيرهما من آلات القمار التي يلعب بها (فقال «ع»: إذا ميز الله بين الحق و الباطل في أيهما يكون؟ قلت: مع الباطل؟ قال «ع»: فمالك و الباطل).

وفيه أولا: أنها ضعيفة السند. و ثانيا: أنه لا ملازمة بين البطلان و الحرمة.

و منها رواية زرارة [٢] عن لعبة بعض أقسام القمار (فقال «ع»: أ رأيتك إذا ميز الله الحق و الباطل مع أيهما يكون؟ قال: قلت: مع الباطل؟ قال «ع»: فلا خير فيه). و فيه أن نفى الخير أعم من الحرمة و الكراهة.

و منها رواية عبد الواحد بن المختار [٣] إنه سأل الإمام «ع» عن اللعب بالشطرنج؟

قال «ع»: (إن المؤمن لمشغول عن اللعب). فان إباطه الحكم باللعب تقتضي عدم اعتبار الرهن في حرمة اللعب بالآلات المزبورة.

وفيه أن الرواية غريبة عما نحن فيه، فان الظاهر منها أخذ عنوان المؤمن موضوعا للاجتناب عن اللعب المطلق، و بما أنه لا دليل على حرمة على وجه الإطلاق حتى اللعب باليد و الأصابع و اللحية و السبحة و نحوها، فتكون الرواية إرشادا إلى بيان شأن المؤمن من أنه لا يناسبه الاشتغال بالأمور اللاعبة، فإنها غير مفيدة له في دينه و دنياه.

و قد استدلل على حرمة القمار بدون الرهن بالمطلقات الناهية عن الميسر و القمار من الآيات و الروايات (و قد أشرنا إلى مصادرها في هامش ما تقدم).

و أجاب عنه المصنف بوجهين، الأول: ان المطلقات منصرفة إلى الفرد الغالب، و هو

- من سننه الكبرى ص ١٤. و في ج ١٥ البحار كتاب كفر ص ٥٥٤: عن أبي جعفر عليه السلام قال: لهو المؤمن في ثلاثة أشياء التمتع

بالنساء و مفاكهة الاخوان و الصلاة بالليل

[١] ضعيفة لسهل. راجع ج ٢ كا ص ٢٠١. و ج ١٠ الوافى ص ٣٦. و ج ٢ ثل باب ١٣٢ تحريم اللعب بالنرد مما يكتسب به ص ٥٦٧.
[٢] موثقة لابن فضال و ابن بكير. راجع ج ٢ كا ص ٢٠١. و ج ١٠ الوافى ص ٣٦. و ج ٢ ثل باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج مما يكتسب به ص ٥٦٧.

[٣] ضعيفة لسهل. و مجهولة لابن المختار و غيره. راجع ج ٢ ثل باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج مما يكتسب به ص ٥٦٧.
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٢
اللعب بالآلات المذكورة مع الرهن.

و فيه أولا: ان اللعب بالآلات القمار من غير رهن كثير فى نفسه لو لم يكن أكثر من اللعب بها مع المراهنة، أو مساويا له فى الكثرة. و ثانيا: ان مجرد غلبته الوجود فى الخارج لا- توجب الانصراف، نعم ان دعوى الانصراف إنما تصح إذا كان لها منشأ صحيح، كأن يكون الفرد النادر أو غير الغالب على نحو لا يراه العرف فردا للعمومات و المطلقات، كانصراف الحيوان عن الإنسان فى نظر العرف، مع انه من أكمل افراده، و لذا قلنا بانصراف الروايات المانعة عن الصلاة فى غير المأكول عن الإنسان. و الوجه فى ذلك ان العرف يرى الإنسان مابينا للحيوان حتى انه لو خوطب احد بالحيوان فان العرف يعد ذلك من السباب.
الثانى: ما أشار إليه ب

قوله و فى صدق القمار عليه نظر لما عرفت)

. و توضيح ذلك ان المستفاد من كلمات أهل العرف و اللغة [١] ان القمار و كك الميسر موضوع للعب بأى شىء مع الرهان، و يعبر عنه فى لغة الفارس بكلمة (برد و بأخت) و عليه فاللعب بالآلات بدون الرهن خارج عن المطلقات موضوعا و تخصصا.

[١] فى القاموس و لسان العرب: تقمره راهنه فغلبه، و فى مجمع البحرين: القمار بالكسر اللعب بالآلات المعدة له على اختلاف أنواعها، و ربما أطلق على اللعب بالخاتم و الجوز، و أصل القمار الرهن على اللعب بشىء. و فى أقرب الموارد: قمر الرجل قمره راهنه و لعب القمار. و فى المنجد قمر قمره راهن و لعب فى القمار.

و فى القاموس و تاج العروس و لسان العرب و أقرب الموارد و غيرها فى مادة يسر:

الميسر كمنزل و مجلس اللعب بالقداح، أو هو الجزور التى كانوا يتقمارون عليها، و كانوا إذا أرادوا أن ييسروا اشتروا جزورا نسئته، و نحروه قبل أن ييسروا، و قسموه ثمانية و عشرين قسما، أو عشرة أقسام، فإذا خرج واحد واحد باسم رجل ظهر فوز من لهم ذوات الأنصاء و غرم من خرج له الغفل، أو هو النرد، أو كل قمار.

و فى مجمع البحرين مادة زلم: و المراد بها فى المشهور و دلالة الرواية عن النبى (ص) هو أن الأزلام القداح العشرة المعروفة فيما بينهم فى الجاهلية، و القصة فى ذلك: انه كان يجتمع العشرة من الرجال، فيشترتون بعيرا، و ينحرونه، و يقسمونه عشرة أجزاء، و كان لهم عشرة قداح لها أسماء، و هى الفذ، له سهم، و التوأم، و له سهمان، و الرقيب، و له ثلاثة، و الحلس (بكسر الحاء و سكون اللام)، و له أربعة، و النافس، و له خمسة، و المسبل (كمحسن)، و له ستة، و المعلى (بضم الميم و سكون العين و فتح اللام)، و له سبعة،-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٣

نعم فى الجواهر (عن ظاهر الصحاح و المصباح و التكملة و الذيل انه قد يطلق على اللعب بها مطلقا مع الرهن و دونه). و الظاهر انه من باب المجاز، لعلاقة المشابهة و المشاكلة، و لا أقل من الشك فى صدق مفهوم القمار عليه، و من المعلوم انه مع الشك فى الصدق لا يجوز التمسك بالمطلقات.

و كذلك لا- يجوز التمسك بقوله تعالى «١»: «إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعِدَاوَةَ وَ الْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ». فان العداوة إنما تتحقق مع الرهان، لا بدونه.

و التحقيق أن يستدل على الحرمة بالمطلقات «٢» الكثيرة الناهية عن اللعب بالنرد و الشطرنج و بكل ما يكون معدا للتقامر، فإنه لا شبهة أن اللعب بالأموار المذكورة يعم بما كان مع المراهنة أو بدونها. و قد ناقش المصنف في ذلك بانصراف المطلقات المذكورة إلى صورة اللعب بآلات القمار مع الرهن. و قد عرفت جوابه. و العجب منه (ره) أنه استبعد الانصراف في رواية أبي الربيع الشامي [١] الناهية عن الاقتراب من النرد و الشطرنج. ثم التزم به في المطلقات المذكورة! مع أنهما من باب واحد، فإن النهي عن الاقتراب من النرد و الشطرنج كناية عن حرمة اللعب بهما. فشان رواية أبي الربيع شأن المطلقات في الانصراف و عدمه، و لكن الرواية ضعيفة السند.

و ثلاثة لا أنصبا لها: و هي المنيع و السفيح و الوغد.

أقول: إن ما ذكره في المجمع من تقسيم البعير إلى العشرة لا يمكن تصديقه، ضرورة استحالة كونها مخرجا لتلك السهام، فإن المخرج لها لا يكون أقل من ثمانية و عشرين، كما عرفته من القاموس و غيره. نعم تنقسم العشرة بغير القسمة المذكورة. [١] عن أبي عبد الله «ع» قال: سئل عن الشطرنج و النرد؟ فقال: لا تقربوهما مجهولة لأبي الربيع. راجع ج ٢ نل باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج مما يكتسب به ص ٥٦٧.

(١) سورة المائدة آية: ٩١.

(٢) في ج ٢ كا ص ٢٠١. و ج ١٠ الوافي ص ٣٦. و ج ٢ نل باب ٦٣ تحريم كسب القمار ص ٥٤٦، و باب ١٣٢ تحريم اللعب بالنرد و باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج ص ٥٦٧ مما يكتسب به. و ج ٢ المستدرک ص ٤٥٩. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٤.

حرمة المراهنة على اللعب

بغير الآلات المعدة للقمار المسألة الثالثة: المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار، كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل، و على المصارعة، و نطاح الكباش، و صراع البقر، و مهارشة الديكة و مضاربتها، و المراهنة على الطيور، و على الطفرة و نحو ذلك مما عدوها في باب السبق و الرماية من غير الأفراد التي نص على جوازها. و الظاهر أنه لا خلاف في الجملة بين الشيعة و أكثر العامة [١] في حرمة المراهنة على اللعب مطلقا و إن كان بغير الآلات المعدة للقمار، نعم يظهر من الجواهر اختصاص الحرمة بما إذا كان اللعب بالآلات المعدة له، و أما مطلق الرهان و المغالبة بغيرها فلا حرمة فيه. نعم تفسد المعاملة عليه، و لا يملك الراهن الجعل، فيحرم عليه التصرف فيه. و ذكر المصنف (ره) أن الظاهر إلحاقه بالقمار في الحرمة و الفساد، بل صرح العلامة الطباطبائي (ره) في مصابحه بعدم الخلاف في ذلك، ثم قال المصنف: (و هو ظاهر كل من نفى الخلاف في تحريم المسابقة فيما عدا المنصوص مع العوض، و جعل محل الخلاف فيها بدون العوض).

و توضيح كلامه أن الخلاف في حكم المسابقة بدون الرهن في غير الموارد المنصوصة لا- معنى له إلا في الحرمة التكليفية، فإن الحرمة الوضعية عبارة عن فساد المعاملة و عدم انتقال المال إلى غير مالكة، و المفروض أنه ليس هنا رهن ليقع الاختلاف في انتقاله إلى غير مالكة و عدم انتقاله، فتعين أن يكون الخلاف في هذه الصورة في الحرمة التكليفية فقط دون الحرمة الوضعية. و عليه فمقابلة مورد الوفاق- أعنى حرمة المسابقة مع الرهن في غير الموارد المنصوصة- بمورد الخلاف تقتضي أن يكون مورد الوفاق

هو خصوص الحرمة التكليفيه، أو الأعم منها و من الحرمة الوضعية. و أما تخصيص مورد الوفاق بخصوص الحرمة الوضعية كما عرفته من ظاهر الجواهر فلا يلائم كلماتهم.

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٥١ لا تصح المسابقة بجعل (رهان) في غير الخيل و الجمال و الرمي إلا عن الشافعية، فإنهم قالوا: تصح المسابقة بالرهان أيضا على البغال و الحمير و الفيلة أيضا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٥ و كيف كان فقد استدل القائلون بالحرمة و الفساد بوجوه:

الأول: الإجماع. و فيه أن دعواه في المقام على الحرمة و إن لم تكن جزافية كما عرفت، و لكننا لا نطمئن بكونه إجماعا تعبديا، بل من المحتمل القريب استناده إلى سائر الوجوه المذكورة في المسألة.

الثاني: صدق مفهوم القمار عليه بغير عنائه و علاقته، فقد عرفت أن الظاهر من أهل العرف و اللغة أن القمار هو الرهن على اللعب بأى شيء كان. و تفسيره باللعب بالآلات المعدة للقمار دور ظاهر.

و يدل على ما ذكرناه ترادف كلمة القمار في لغة الفرس لكلمة (برد و بأخت) بأى نحو تحقق، و من أوضح أفرادها في هذا الزمان الحظ و النصيب المعبر عن ذلك في الفارسية بلفظ (بليط آزمايش بخت) و إذا صدق عليه مفهوم القمار شملته المطلقات الدالة على حرمة القمار و الميسر و الأزلام، و حرمة ما أصيب به من الأموال، غاية الأمر أن الموارد المنصوصة في باب السبق و الرماية قد خرجت عن هذه المطلقات.

الوجه الثالث: الروايات الكثيرة الظاهرة في حرمة الرهان على المسابقة في غير الموارد المنصوصة: منها ما دل [١] على نفاذ الملائكة عند الرهان و لعنها صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، و لكن جميعه ضعيف السند.

[١] في ج ١ كا ص ٣٤١. و ج ٩ الوافي ص ٢٥. و ج ٢ ثل باب ٢ استحباب الرمي من السبق و الرماية ص ٦٦٠: عن أبي بصير عن أبي عبد الله «ع» قال: ليس شيء تحضره الملائكة إلا الرهان و ملاعبة الرجل أهله. مجهولة لسعدان بن مسلم. و في ج ٩ الوافي ص ٢٥. و ج ٢ ثل باب ١ استحباب إجراء الخيل من السبق ص ٦٦٠ عن الصدوق قال: قال الصادق «ع»: إن الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل. مرسله.

و في ج ٢ ثل باب ٣ ما يجوز السبق من الرماية ص ٦٦٠ في رواية العلاء بن سيبان عن رسول الله (ص) إن الملائكة تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش و ما سوى ذلك فهو قمار. ضعيفة لابن سيبان.

و في ج ٢ المستدرک ص ٥١٦ في رواية زيد النرسي تنفر- الملائكة- عند الرهان و إياكم و الرهان الإرهان الخف إلخ. مجهولة للنرسي. بل ربما يناقش في انتساب الأصل المعروف اليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٦

و منها ما عن تفسير العياشي [١] من أن الميسر هو الثقل الخارج بين المتراهنين، فيدل على الحرمة وضعا و تكليفا، و عليه فلا وجه لحمله على الحرمة الوضعية فقط، كما صنعه المحقق الايرواني، و لكنه ضعيف السند.

و منها ما دل [٢] على أن كل ما قوم به فهو من الميسر حتى اللعب بالجوز و اللوز و الكعاب، و معنى المقامرة هو المراهنة على اللعب كما عرفته في الهامش آنفا.

و منها رواية إسحاق بن عمار [٣] الصريحة في حرمة المقامرة بالجوز و البيض و حرمة أكلهما، فإنها دلت على تحقق القمار باللعب بغير الآلات المعدة له.

و تدل على هذا أيضا الرواية المشتملة على قى الإمام «ع» البيض الذى قامر به الغلام «و سيأتى الكلام فى هذه الرواية و بيان أنها ضعيفة السند».

[١] فى ج ٢ ثل باب ١٣٢ تحريم اللعب بالنرد مما يكتسب به ص ٥٦٧ عن تفسير العياشى عن ياسر الخادم عن الرضا «ع» قال: سألته عن الميسر؟ قال: الثقل من كل شىء قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم. مجهولة لياسر. على أن التفسير المزبور لم يثبت اعتباره عندنا.

[٢] فى الباب المذكور من ج ٢ ثل. و ج ٢ كا ص ٢٠١. و ج ١٠ الوافى ص ٣٥ عن معمر بن خلاد عن أبى الحسن «ع» قال: النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزلة واحدة و كل ما قوم عليه فهو ميسر. صحيحة.

و فى ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشة ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافى ص ٣٥. و ج ٢ التهذيب ص ١١١. و ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار مما يكتسب به ص ٥٤٧:

عن جابر عن ابى جعفر «ع» قال: لما أنزل الله على رسوله إنما الخمر و الميسر إلخ قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كلما تقوم به حتى الكعاب و الجوز. ضعيفة لعمر بن شمر. و فى ج ٢ المستدرک ص ٤٥٩ عن فقه الرضا «ع» ما يدل على ذلك، و لكنه ضعيف.

[٣] فى ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشة ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافى ص ٣٥.

و ج ٢ التهذيب ص ١١١. و ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار مما يكتسب به ص ٥٤٧ عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: الصبيان يلعبون بالجوز و البيض و يقامرون؟ فقال: لا تأكل منه فإنه حرام.

أقول: من جملة رجال السند فى هذه الرواية محمد بن أحمد النهدي، و قد رماه النجاشى بالاضطراب، و ضعفه ابن الغضائرى، و وثقه الكشى، و عليه فلا بد من التوقف كما عليه العلامة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٧

و الحاصل: أن الرهن على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار حرام و وضعاً و تكليفاً، فلا وجه لإنكار الحرمة التكليفيه، و الالتزام بخصوص الفساد، كما صنعه صاحب الجواهر.

و قد يستدل على ما ذهب إليه صاحب الجواهر بما فى صحيحة محمد بن قيس [١] الواردة فى مؤاكلة الشاء من أنه قال «ع»: (لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قل منه أو كثر و منع غرامة فيه). بدعوى أن الامام «ع» لم يتعرض فيها لغير فساد المراهنة فى الطعام، و أنه ليس لها أثر يترتب عليها، و لو كانت المراهنة المزبورة محرمة تكليفاً لردع عنها أيضاً.

و أجاب المصنف عن ذلك بأن (هذا وارد على تقدير القول بالطلاق و عدم التحريم، لأن التصرف فى هذا المال مع فساد المعاملة حرام أيضاً فتأمل). و توضيح كلامه: أن سكوت الامام «ع» عن بيان الحرمة فى جهة لا يستلزم ثبوت الجواز فيها، و إلا لكانت الرواية دالة على جواز التصرف فى مال الغير بناء على فساد هذه المعاملة، لأن الإمام «ع» قد سكت عن بيان حرمة أيضاً.

أقول: الظاهر أن الرواية أجنبية عن المقام، و إنما هى مسوقة لبيان حكم عقد المؤاكلة فى الطعام، فان مالك الشاء قد أباحها لأشخاص معينين بشرط متأخر، و هو

قوله إن أكلتموها فهى لكم

. و اشترط عليهم الضمان إذا تخلف الشرط المذكور، و قال: (و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا). و قد حكم الامام «ع» بفساد هذه المعاملة، و عدم ترتب الأثر عليها ب قوله لا شىء فى المؤاكلة). و أنها ليست من المعاملات التى أمضاها الشارع كما أمضى المزارعة و المضاربة و المساقاة و غيرها.

و على هذا فمفاد الرواية ينحل الى قضيتين: إحداهما موجبة، و هي إباحة الشاة بشرط متأخر إباحة مالكية. و الثانية سالبة، و هي عدم تحقق الإباحة المالكية مع تخلف الشرط المذكور. و حكم القضية الاولى هو الجواز وضعا و تكليفا من غير غرامة على الآكلين. و حكم القضية الثانية هو عدم الجواز وضعا، لا تكليفا. فثبت عليه غرامة الأكل، لكونه مشمولا لعمومات أدلة الضمان، لا لأنها معاملة خاصة توجب الضمان بنفسها. و يدل على ذلك من الرواية أمران، أحدهما: قوله «ع»: «(لا شيء في المؤكلة)».

[١] فى ج ٢ كا باب ١٩ نوادر القضاء ص ٣٦٤. و ج ٢ التهذيب باب الزيادات من القضاء ص ٨٨. و ج ٩ الوافى أواخر القضاء ١٦٩. عن محمد بن قيس عن أبى جعفر «ع» قال: قضى أمير المؤمنين «ع» فى رجل أكل و أصحاب له شاة فقال: إن أكلتموها فهى لكم و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا فقضى فيه أن ذلك باطل لا شيء فى المؤكلة من الطعام ما قل منه و ما كثر و منع غرامة فيه. صحيحة. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٨

فإن ظاهره ان الصادر بين مالك الشاة و أصحابه إنما هو عقد المؤكلة فى الشاة. و ثانيهما: قول المالك: (إن أكلتموها فهى لكم، و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا) فان ظاهره أن هذا القول من المالك صيغته لعقد المؤكلة، و أن المتعاملين بها يحاولون إيجاد معاملة خاصة كسائر المعاملات المقررة فى الشريعة المقدسة. و قد علم من الوجهين المذكورين: أن كلمة (أكل) فى قول السائل: (فى رجل أكل و أصحاب له شاة). إنما هو فعل ماض من باب المفاعلة، و ليس باسم فاعل من الثلاثى المجرد، و لا فعل ماض منه كما هو واضح. و نظير هذه المعاملة كثير الوقوع بين أهل العرف، فيقول أحدهم لصاحبه: إن أكلت كذا مقداراً من الثمرة أو إن سكنت فى هذه الدار سنة واحدة فليس عليك شيء، و إلا فعليكم كذا و كذا.

قوله ثم إن حكم العوض من حيث الفساد حكم سائر المأخوذ بالمعاملات الفاسدة) . أقول: حكم المأخوذ بالعمار و كذلك حكم المأخوذ بسائر المعاملات الفاسدة هو وجوب رد عينه مع البقاء، و رد بدله من المثل أو القيمة مع التلف، و يأتى الكلام إنشاء الله على هذا فى البحث عن المقبوض بالعقد الفاسد. قوله و ما ورد [١] من قى الإمام (ع) البيض الذى قامر به الغلام.

أقول: لم يتوهم أحد و لا موقع للتوهم أيضا ان القى من جهة رد البيض الى المالك، فان أكل الحرام لا يجب عليه رد عينه و لو كان عالما عامدا فضلا عما إذا تناوله جاهلا، لأن الطعام بعد المضغ يعد فى العرف تالفا، خصوصا بعد وصوله إلى المعدة، أما بعد القى فإنه يعد من القذارات العرفية، و إنما الوجه فى ذلك هو تنزه الامام (ع) ان لا يصير الحرام الواقعى جزءا من بدنه، بل الظاهر من الرواية ان البيض قد اشتراه الغلام للإمام (ع) و لكنه قامر به فى الطريق، فلا موضوع هنا للضمان. و لو سلمنا ان الامام (ع) لم يكن مالكا للبيض فيمكن ان يقال: إن الأموال كلها للإمام (ع)، لأنه أولى بالناس من أنفسهم، و يؤيده ما دل على ان الأرض و ما يخرج منها له (ع). و على هذين الوجهين ففى الامام البيض إنما هو لثلا يكون ما أصيب به

[١] فى ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشة ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافى ص ٣٥.

و ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار مما يكتسب به ص ٥٤٦: عن عبد الحميد بن سعيد قال: بعث أبو الحسن (ع) غلاما يشتري له بيضا أو بيضتين فقامر بها فلما أتى به أكله فقال مولى له: إن فيه من القمار، قال: فدعا بطشت فتقيا فقاءه. مجهولة لعبد الحميد. و ضعيفة لسهل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٧٩

القمار جزءا من بدنه.

و كيف كان فقد أورد المصنف على الرواية (بأن ما كان تأثيره كذلك يشكل أكل المعصوم له جهلا بناء على عدم إقدامه على المحرمات الواقعية الغير المتبدلة بالعلم، لا جهلا، ولا غفلة، لأن ما دل على عدم جواز الغفلة عليه في ترك الواجب و فعل الحرام دل على عدم جواز الجهل عليه في ذلك).

و يمكن ان يقال: إن الاعتراض على الرواية مبنى على كون علم الأئمة بالموضوعات حاضرا عندهم من غير توقف على الإرادة، و قد دلت عليه جملة من الروايات، كما أن علمهم بالأحكام كذلك.

و أما بناء على ان علمهم بالموضوعات تابع لإرادتهم و اختيارهم (كما دلت عليه جملة أخرى من الروايات) فلا يتوجه الاشكال على الرواية، لإمكان صدور الفعل عنهم (ع) جهلا قبل الإرادة. و لكن الذي يسهل الخطب أن البحث في علم الامام من المباحث الغامضة، و الأولى رد علم ذلك الى أهله، كما ذكره المصنف (ره). على ان الرواية المذكورة ضعيفة السند.

حكم المسابقة بغير رهان في ما عدا الموارد المنصوصة

قوله الرابعة المغالبة بغير عوض في غير ما نص على جواز المسابقة فيه.

أقول:

المشهور بين الأصحاب هو عدم جواز المسابقة بغير رهان في ما عدا الموارد المنصوصة، كالمصارعة، و حمل الأثقال، و الجرى على الاقدام، و كالمسابقة على السفن و البقر و الكلاب و الطيور، و المكث في الماء، و حفظ الأخبار و الأشعار، و رمي البنادق، و الوقوف على رجل واحدة و غيرها. و قد ذهب بعض الأصحاب و جمع من العامة [١] إلى الجواز.

و يمكن الاستدلال على الحرمة بوجوه:

الأول: دعوى الإجماع عليها، و قد ادعاه غير واحد من الأصحاب.

و فيه أن من المحتمل القريب استناده الى الوجوه الآتية، فليس هنا إجماع تعبدى، و من هنا علله بعض الأعظم من الأصحاب بعموم النهي عن المسابقة إلا في ثلاثة.

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٥١ نقل عن المذاهب الأربعة جواز المسابقة بدون رهان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٠

الثاني: ما ورد في جملة من الأحاديث [١] من نفى السبق إلا في خوف أو حافر أو نصل بدعوى أن السبق بالسكون مصدر لكلمة سبقه الى كذا أى تقدمه و خلفه و غلبه على كذا فيراد من نفيه نفى مشروعية المسابقة و المغالبة و إن لم يكن فيها رهان. فيكون مفاده كمفاد لا رهبانية و لا نجش في الإسلام.

و فيه أن ذلك إنما يتم لو كان المذكور هو السبق بسكون الباء، و لم يثبت ذلك، بل في المسالك أن قراءة الفتح هي المشهور. و السبق بالفتح هو العوض الذي يتراهن عليه المتسابقون و عليه فلا تدل الرواية إلا على تحريم المراهنة فقط. بل قال المصنف: إنها (غير ظاهرة في فى التحريم أيضا، لاحتمال إرادة فسادها. بل هو الأظهر، لأن نفى العوض ظاهر فى نفى استحقيقه، و إرادة نفى جواز العقد عليه فى غاية البعد). و مع الإغضاء عن ثبوت قراءة الفتح، فالرواية مجملة، فلا يجوز التمسك بها إلا فى الموارد المتيقنة على أنها ضعيفة السند.

ثم إنه أورد المصنف على قراءة السكون بأنه (على تقدير السكون فكما يحتمل نفى الجواز التكليفي فيحتمل نفى الصحة، لوروده مورد الغالب من اشتمال المسابقة على العوض).

وفيه أولا: أن المسابقة بدون المراهنة كثيرة في نفسها. و ثانيا: أن غلبة الوجود بمجرد لا توجب الانصراف. الثالث: أن مفهوم القمار صادق على مطلق المغالبة و لو بدون العوض، كما يدل عليه ما تقدم في بعض الروايات من تسمية اللعب بالشطرنج بدون المراهنة قمارا، و عليه فتشمله الإطلاقات الدالة على حرمة القمار. و فيه أنك قد عرفت فيما سبق آنفا: أن الرهان مأخوذ في مفهوم القمار، سواء كان اللعب بالآلات المعدة له أم لا، فالمسابقة بغير المراهنة خارجة عن القمار موضوعا. و إطلاق القمار عليها أحيانا لا يدل على الحقيقة، فإنه أعم من الحقيقة و المجاز، و حرمة اللعب بالنرد و الشطرنج من جهة الأدلة الخاصة، لا من جهة صدق مفهوم القمار عليه.

[١] في ج ١ كا ص ٣٤١. و ج ٩ الوافي ص ٢٦. و ج ٢ ثل باب ٣ من كتاب السبق ص ٦٦٠: عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: لا سبق إلا في خوف أو حافر أو نصل: يعني النضال. ضعيفة لمعلی بن محمد. و قد ذكرت هذه الرواية في جملة من أحاديث العامة. راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٦. و في ج ٢ المستدرک ص ٥١٧: عن دعائم الإسلام لا سبق إلا في ثلاث: في خوف أو حافر أو نصل. مرسله. و عن الشهيد الثاني إضافة الجناح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨١

و لو سلمنا أن إطلاق القمار على المسابقة الخالية عن العوض على سبيل الحقيقة فإن السيرة القطعية قائمة على جوازها، كالسباحة و المصارعة و المكاتب و المشاعرة و غيرها، خصوصا إذا كان الفعل أمرا قريبا، كبناء المساجد و القناطر و المدارس، فان في ذلك فليتنافس المتنافسون.

الرابع: أنه قد علل تحريم اللعب بالنرد و الشطرنج في بعض الأخبار المتقدمة في الهامش آنفا: بأنه من اللهو و الباطل، و هو جار فيما نحن فيه أيضا، بل ورد من طرق الخاصة و العامة أن كل لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث (و قد تقدم في الحاشية) و هو بإطلاقه شامل للمقام، و قد تقدم أيضا أن (كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر). و من الواضح ان المسابقة و إن كانت بغير عوض تلهي عن ذكر الله.

وفيه أنه لا- دليل على حرمة مطلق اللهو كما عرفت، و ستعرفه في البحث عن حرمة اللهو فان كثيرا من الأمور لهو و هو ليس بحرام كاللعب بالأحجار و الأشجار و السبحة و اللحية و أزرار الثوب و نحوها. على أنه لا ملازمة بين ما نحن فيه و بين اللهو، فإن النسبة بينهما هي العموم من وجه، إذ كثيرا ما تكون المسابقة للأغراض العقلانية من تربية البدن و معالجته و التنزه و التفريح كما هو واضح.

حرمة القيادة

قوله السادسة عشرة القيادة حرام.

أقول: و هي في اللغة السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطى المحرم، و قد يعبر عنها بكلمة الديانة، و لا شبهة في حرمتها وضعاً و تكليفاً بل ذلك من ضروريات الإسلام، و هي من الكبائر الموبقة و الجرائم المهلكة.

و في مرسله الشيخ الورام «١» عن النبي (ص) عن جبرئيل قال: (اطلعت على النار فرأيت في جهنم و أديا يغلى فقلت: يا مالک لمن هذا؟ فقال: لثلاثة: المحتكرين و المدمنين للخمر و القوادين). و قد تقدم في رواية سعد الإسكاف و غيرها «٢» تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك.

و في رواية ابن سنان «٣» عن حد القواد؟ قال «ع»: (يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٢٧ تحريم الاحتكار من آداب التجارة ص ٥٧٩.

(٢) ص ١٩٩.

(٣) راجع ج ٣ ثل باب ٥ من حد القيادة ص ٤٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٢

خمساً و سبعين سوطاً و ينفى من المصر الذي هو فيه). و في بعض الأحاديث «١»: (لا يدخل الجنه عاق و لا منان و لا ديوث). و في عيون الأخبار «٢»: (و أما التي كانت تحرق وجهها و بدننها و هي تجر أمعاؤها فإنها كانت قوادة). و قد ورد اللعن و التوعيد على القواد في بعض الأحاديث [١].

حرمة إتيان القائف و ترتيب الأثر على قوله

قوله السابعة عشرة القيافة حرام في الجملة.

أقول: القيافة في اللغة [٢] معرفة الآثار و شبه الرجل بأخيه و أبيه، و الظاهر أنه لا- شبهة في جواز تحصيل العلم أو الظن بأنساب الأشخاص بعلم القيافة و بقول القافة، و لم يرد في الشريعة المقدسة ما يدل على حرمة ذلك. و ما ورد في حرمة إتيان العراف و القائف لا مساس له بهذه الصورة، و إنما المراد منه حرمة العمل بقول القافة، و ترتيب الأثر عليه كما سيأتي، و مع الشك في الحرمة و الجواز في هذه الصورة يرجع الى الأصول العملية.

ثم إنه لا- شبهة في حرمة الرجوع الى القائف و ترتيب الآثار على قوله، و في الكفاية لا أعرف فيها الخلاف. و في المنتهى الإجماع على ذلك. خلافاً لأكثر العامة [٣] فإنهم جوزوا

[١] في ج ٣ ثل باب ٢٧ تحريم القيادة من النكاح المحرم ص ٤٤: عن إبراهيم بن زياد الكرخي قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: لعن الله الواصلة و المستوصلة، يعني الزانية و القوادة.

و عن عقاب الاعمال عن رسول الله (ص) في حديث قال: و من قال بين امرأة و رجل حرم الله عليه الجنة و مأواه جهنم و ساءت مصيرا و لم يزل في سخط الله حتى يموت.

[٢] في ج ٦ تاج العروس ص ٢٢٨: و القائف من يعرف الآثار ج قافة. و قال ابن الأثير: القائف الذي يتبع الآثار، و يعرفها، و يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه. و منه إن مجززا كان قائفا.

[٣] في ج ٤ شرح صحيح مسلم ص ٨٢: أثبت العمل بالقافة الشافعي، و نفاه أبو حنيفة، و المشهور عن مالك في الإماء دون الحرائر، و روى عنه ابن وهب إثباته في

(١) راجع ج ٢ المستدرک باب ٢٣ تحريم إتيان العراف مما يكتسب به ص ٤٣٥.

(٢) راجع ج ٣ ثل باب ١١٧ جملة ما يحرم على النساء من مقدمات النكاح ص ٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٣

العمل بقول القافة استناداً إلى جملة من الروايات الواردة من طرقهم «و سنشير إليها».

و تدل على حرمة العمل بقول القافة الآيات الدالة على حرمة العمل بغير علم، و على حرمة اتباع الظنون، و أنها لا تغني من الحق شيئاً

«و قد تقدمت هذه الآيات «١»» فان نفى النسب عن شخص أو إلحاقه به بالاستحسانات الحاصلة من ملاحظة أعضاء البدن على النحو الذى تقرر فى علم القيافة لا- يتفق و القواعد الشرعية، فإنه هدم لأحكام الإرث المترتبة على التوالد الشرعى، و أيضا قد ثبت فى الشريعة أن الولد للفراش، بل هو من القواعد المسلمة بين الفريقين، و العمل بالقيافة يناهيا فى كثير من الموارد.

و يضاف الى ما ذكرناه أن النسب إذا لم تقم على ثبوته أماره شرعية فإن الاستصحاب يقتضى نفيه، و لا- يجوز رفع اليد عنه إلا بالأمارات المعتمدة شرعا، و ليست القيافة منها.

و أما ما ورد فى أحاديث العامة [١] من العمل بقول القافة فلا يصلح أن يكون رافعا للاستصحاب، فإنه مضافا الى ضعف السند فيها أنه مناف لما ورد فى المنع عن العمل بعلم

الحرائر. و لا خلاف عند القائمين بالقافة أنها إنما تكون فيما أشكل من الفراشين ثابتين كأمه يطؤها البائع و المشتري فى طهر واحد قبل الاستبراء من وطئ البائع، فتأتى بولد أكثر من ستة أشهر من وطئ المشتري، و أقل من أقصى الحمل من وطئ البائع.

و إن ألحقه القائف بأحدهما لحق، و إلا- ترك الولد حتى يبلغ فينتسب الى من يميل اليه منهما و إن ألحقه القائف بهما فان مذهب عمر بن الخطاب و مالك و الشافعى يترك حتى يبلغ فينتسب الى من يميل اليه. و قال أبو ثور: يكون ابنا لهما. و قال الماجشون و محمد بن مسلمة المالكيان: يلحق بأكثرهما شيها.

و فى هامش ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢٦٤. عن الثورى قال: إذا قال القافة الولد منهما لحق بهما و ورثهما و ورثاه.

[١] منها ما عن عائشة إن النبى (ص) دخل عليها و هو مسرور تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعى ما قال مجزز المدلجى و رأى أسامه و زيدا نائمين و قد خرجت إقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض.

راجع ج ١٠ سنن البيهقى كتاب الدعوى و البيئات ص ٢٦٢. و ج ٤ البخارى آخر كتاب الفرائض. و ج ١ مسلم آخر الرضاع ص ٥٦٥. و ج ٢ سنن أبى داود كتاب الطلاق ص ٢٨٠. و ج ٢ سنن النسائى كتاب اللعان ص ١٠٨. و ج ٨ جامع الترمذى مع شرح ابن العربى آخر باب الولاء و الهبة و الوصايا ص ٢٩٠. أسارير: الخطوط-

(١) فى البحث عن حرمة الرشوة ص ٢٦٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٤

القيافة فى بعض أحاديث الشيعة [١]. و فى رواية الجعفرىات «١» جعل من السحت أجر القافى و قد استشهد المصنف (ره) على حرمة العمل بقول القافة برواية زكريا بن يحيى [٢] الواردة فى قصة أبى الحسن الرضا «ع»، و إثبات بنوة ابنه الجواد «ع» و إمامته بالرجوع إلى القافة حيث زعموا ما كان فىنا إمام قط حائل اللون.

و لكن لم نجد فى الرواية ما يستشهد به لذلك، بل الظاهر منها أن الشيعة أيضا كانوا يعتقدون بقضاء رسول الله (ص) بقول القافة، و أن الرضا «ع» لم ينكر عليهم ذلك.

نعم يرد على الرواية ووجهه، الأول: أنها ضعيفة السند.

الثانى: أنها مخالفة لضرورة المذهب، فإنها اشتملت على عرض أخوات الإمام و عماته على القافة، و هو حرام لا يصدر من الإمام «ع». و توهم أن ذلك من جهة الاضطراب و هو يبيح المحظورات توهم فاسد، إذ لم تتوقف معرفة بنوة الجواد للرضا «ع» على إحضار النساء.

الثالث: أن الجماعة الذين بغوا على الرضا «ع» لينفوا بنوة الجواد «ع» عنه لو كانوا معتقدين بامامة الرضا «ع» لما احتجوا إلى القافة بعد إخباره بالبنوة.

التي تكون بالجبهة.

و في إرشاد السارى فى شرح البخارى ص ٤٤٦: مجزى بضم الميم و كسر الجيم و الزاء الأولى المشددة و آخره زاء معجمه سمي بذلك لأنه كان يجز ناصية الأسير فى الجاهلية و بطلقة. و قال العسقلانى فى ج ١٢ فتح البارى ص ٤٤: لم أر من ذكر اسمه.

[١] فى ج ٢ ثل باب ٥٤ تحريم إتيان القافة مما يكتسب به ص ٥٤٥: عن الخصال عن أبى بصير عن أبى عبد الله «ع» قال: قلت: فالقيافة؟ قال: ما أحب أن تأتيهم - الى أن قال «ع» -: القيافة فضلة من النبوة ذهبت فى الناس حين بعث النبى (ص).

[٢] جاء إخوة الرضا «ع» اليه فقالوا له: (ما كان فينا إمام قط حائل اللون، فقال لهم الرضا «ع»: هو ابنى، قالوا: فان رسول الله (ص) قد قضى بالقافة فيننا و بينك القافة، قال: ابعثوا أنتم إليهم و أما أنا فلا و لا تعلموهم لما دعوتموهم - إلى أن قال: - ثم جاؤا بأبى جعفر «ع» فقالوا: ألحقوا هذا الغلام بأبيه، فقالوا: ليس ههنا أب و لكن هذا عم أبيه و هذا عمه و هذا عمه و هذه عمته و إن يكن له ههنا أب فهو صاحب البستان فان قدميه و قدميه واحدة، فلما رجع أبو الحسن «ع» قالوا: هذا أبوه). مجهولة لتركيا بن يحيى.

(١) راجع ج ٢ المستدرك باب ٢٣ تحريم إتيان القافة مما يكتسب به ص ٤٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٥

حرمة الكذب

إشارة

قوله الثامنة عشرة: الكذب حرام بضرورة العقول و الأديان، و يدل عليه الأدلة الأربعة.

أقول: لا شبهة فى حرمة الكذب، فإنه من قبائح الذنوب، و فواحش العيوب بل هو مفتاح الشرور، و رأس الفجور، و من أشد الجرائم، و أكبر الكبائر و حرمة من ضروريات مذهب الإسلام، بل جميع الأديان، و قد استدل عليها المصنف بالأدلة الأربعة. أما الكتاب و السنة الواردة لدى الخاصة «١» و العامة «٢» فى ذلك فذكرهما مما لا يحصى.

و أما الإجماع فمن المحتمل القريب، بل المقطوع به أنه مستند الى الكتاب و السنة، فلا يكون هنا إجماع تعبدى، كما هو واضح. و أما العقل فإنه لا يحكم بحرمة الكذب بعنوانه الأولى مع قطع النظر عن ترتب المفسدة و المضرة عليه، و كيف يحكم العقل بقبح الإخبار بالأخبار الكاذبة التى لا تترتب عليها مفسدة دنيوية أو أخروية. نعم إذا ترتب عليه شىء من تلك المفسدات، كقتل النفوس المحترمة و هتك الأعراض المحترمة، و نهب الأموال، أو إيذاء الناس و ظلمهم، و نحوها من العناوين المحرمة، فإن ذلك محرم بضرورة العقل، و لكنه لا يختص بالكذب، بل يجرى فى كل ما استلزم شيئاً من الأمور المذكورة و لو كان صدقاً.

الكذب من الكبائر

قوله أحدهما فى أنه من الكبائر.

أقول: قد عرفت فى مبحث الغيبة تحقيق الحال فى كون معصية كبيرة. و قد استدل المصنف على كون الكذب من الكبائر فى الجملة بعدة من الروايات:

منها روايتنا الأعمش و عيون الأخبار «٣» حيث جعل الامام «ع» الكذب من الكبائر

(١) راجع أصول الكافى بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٤. و ج ٣ الوافى ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٣٨ تحريم الكذب من عشرة

الحج ص ٢٣٣. و ج ٢ المستدرک ص ١٠٠.

(٢) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٩٥. و ج ٣ إحياء العلوم ص ٩٣.

(٣) راجع ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٦

في هاتين الروايتين. وفيه أنهما وإن كانتا ظاهرتين في المقصود، ولكنهما ضعيفة السند [١] و منها قوله «ع» في رواية عثمان بن عيسى [٢]: (إن الله جعل للشر أقفالا و جعل مفاتيح تلك الأقفال الشراب و الكذب شر من الشراب).

و فيه أولا: أنها ضعيفة السند. و ثانيا: أنها مخالفة للضرورة، إذ لا يلتزم فقيه، بل و لا متفقه بأن جميع أفراد الكذب شر من شرب الخمر، فإذا دار الأمر في مقام الاضطرار بين ارتكاب طبعي الكذب- و لو بأن يقول المكروه (بالتفتح): إن عمر فلان مائة سنة مع أنه ابن خمسين- و بين شرب الخمر فلا يحتمل أحد ترجيح شرب الخمر على الكذب.

و مما ذكرناه ظهر الجواب عما دل [٣] على أن المؤمن إذا كذب بغير عذر كتب الله عليه بتلك الكذبة سبعين زنية أهونها كمن يزني مع أمه. و من الواضح أن الزناء بالأم من أكبر الكبائر، فكك، على أن هذه الرواية أيضا ضعيفة السند. و يضاف الى ذلك ما ذكرناه في مبحث الغيبة، و هو أن كل واحد من الذنوب مشتمل غالبا على خصوصية لا- توجد في غيره، و كونه أشد من غيره في هذه الخصوصية لا يستلزم كونه أشد منه في جميع الجهات.

نعم قد يكون بعض أفراد الكذب أشد من شرب الخمر و الزناء، كالكذب على الله، و على رسوله، و كالكذب لقتل النفس المحترمة، و لإثارة الفتنة و نحوها، و لا مضايقة في جعله حينئذ من الكبائر.

و منها ما عن العسكري «ع» «١» فإنه قال: (جعلت الخبائث كلها في بيت و جعل مفتاحها الكذب). بدعوى أن ما يكون مفتاحا للخبائث كلها لا بد و أن يكون كبيرة.

و فيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: لا ملازمة بين كون الشيء مفتاحا للخبائث و بين كونه معصية فضلا عن كونه من الكبائر، فإنه قد يكون الشيء غير محرم، و مع ذلك يكون مفتاحا للحرام، كالشبهات و مقدمات الحرام، و عليه فشان هذه الرواية شأن الروايات الآمرة بالاجتناب عن الشبهات، فهي غير دالة على حرمة الكذب فضلا عن

[١] أما رواية العيون فلما تقدم في ص ٢٤٣. و أما رواية الأعمش فلاحمد بن يحيى ابن زكريا و غيره.

[٢] ضعيفة لعثمان بن عيسى. راجع كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٥. و ج ٣ الوافي ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٣٨ تحريم الكذب من عشرة الحجج ص ٢٣٣.

[٣] مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٠.

(١) راجع ج ٣ من ج ١٥ البحار ص ٤٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٧

كونه من الكبائر.

قوله و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى «١»: «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ».

أقول: وجه الدلالة أنه تعالى جعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها.

و فيه أن الآية و إن كانت ظاهرة الدلالة على كون الكذب المذكور فيها من الكبائر، و لكن الظاهر من ملاحظة الآية و ما قبلها أن المراد بالكاذبين في الآية الشريفة هم الذين يفترون على الله و على رسوله في آيات الله، كاليهود و المشركين، لزعمهم أن ما جاء به

النبي (ص) كله من تلقاء نفسه و مفتريات شخصه، و قد رد الله كلامهم عليهم بقوله عز من قائل: (إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ). و على هذا فالكذابون المذكورون في الآية لم يؤمنوا بالله و برسوله و بالمعاد من الأول، لا أن الكذب أوجب خروجهم عن الإيمان لكي تدل الآية على مقصد المصنف.

قوله كونه من الكبائر من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسدة و أن لا يترتب عليه شيء أصلاً.

أقول: ذهب المصنف تبعاً لظاهر الفاضلين و الشهيد الثاني إلى أن الكذب مطلقاً من الكبائر، سواء ترتبت عليه مفسدة أم لا، و استند في رأيه هذا إلى الإطلاقات المتقدمة التي استدلت بها على كون الكذب من الكبائر، ثم أيده بقول النبي (ص) في وصيته [١] لأبي ذر رضوان الله عليه: (ويل للذي يحدث فيكذب ليضحك به القوم ويل له ويل له ويل له). بدعوى أن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها الإيقاع في المفسدة إلا نادراً.

و الوجه في جعلها من المؤيدات ما ذكره المصنف في مبحث الكبائر من رسالته في العدالة و هو أن الموازين التي تعد به الخطيئة كبيرة و رود (النص المعتبر على أنها مما أوجب الله عليها النار). و من الواضح أن الوصية المذكورة ضعيفة السند.

أقول: قد عرفت أن الإطلاقات المتقدمة لا تنهض لإثبات المطلوب، إما لضعف السند فيها، أو لضعف الدلالة، و كذلك الشأن في رواية أبي ذر، فهي و إن كانت ظاهرة في المقصود، و لكن قد عرفت أنها ضعيفة السند. و التحقيق أنه لا دليل على جعل الكذب مطلقاً من الكبائر، بل المذكور في رواية أبي

[١] راجع ج ٢ ثل باب ١٤٠ تحريم الكذب في الصغير من عشرة الحجج ص ٢٣٤.

و ج ١٤ الوافي ص ٥٦. ضعيفة بأبي الفضل و رجاء و ابن ميمون أو شمون.

(١) سورة النمل، آية: ١٠٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٨

خديجة [١]: (الكذب على الله و على رسوله و على الأوصياء (ص) من الكبائر) فإن الظاهر منها أنها مسوقة للتحديد، و بيان أن الكذب الذي يعد كبيرة إنما هو الكذب الخاص، و عليه فتقيد بها المطلقات المتقدمة الظاهرة في كون الكذب بمطلقه من الكبائر بناء على صحتها من حيث السند و الدلالة، و لكن رواية أبي خديجة المذكورة ضعيفة السند.

و في مرسله الفقيه «١»: (من قال على ما لم أقله فليتبوأ مقعده من النار). فان الظاهر منها أن الكذب على الرسول من الكبائر بناء على تفسير الكبيرة بما أوعده الله عليه النار في الكتاب العزيز أو في السنة المعتبرة. و عليه فيدخل فيه الكذب على الله و على أوصيائه «ع» لملازمتها للكذب على النبي (ص)، و لكن الرواية ضعيفة السند.

و في بعض الأحاديث «٢» أن شهادة الزور و اليمين الغموس «الكاذبة التي يتعمدها صاحبها» من الكبائر.

و مما يؤيد أن الكذب ليس مطلقاً من الكبائر ما ورد في مرسله سيف بن عميرة «٣» من التحذير عن الكذب الصغير و الكبير، فان انقسام الكذب إلى الصغير و الكبير يدل على عدم كونه مطلقاً من الكبائر إلا أن الرواية مرسله.

و في رواية ابن الحجاج [٢] ما يشعر بعدم كون الكذب مطلقاً من الكبائر.

[١] ضعيفة بمحمد بن علي. راجع ج ٣ الوافي ص ١٧٥. و ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٤. و في ج ٣ الوافي ص ١٥٧. و كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٥. و ج ٢ ثل باب ١٣٩ تحريم الكذب على الله من عشرة الحجج ص ٢٣٣ بسند آخر عن أبي خديجة عن أبي عبد الله «ع» الكذب على الله و على رسوله من الكبائر. ضعيفة.

[٢] قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: الكذاب هو الذى يكذب فى الشىء قال: لا- من أحد إلا- يكون ذلك منه و لكن المطبوع على الكذب. حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٥. و ج ٢ ثل باب ١٣٨ تحريم الكذب من عشرة الحج ص ٢٣٣.

أقول: المطبوع على الكذب المجبول عليه بحيث صار عادة له، و من لا يكون

(١) راجع المصدر المزبور من ج ٢ ثل ص ٢٣٤.

(٢) راجع الباب ٤٥ المتقدم من ج ٢ ثل ص ٤٦٣.

(٣) راجع كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٤. و ج ٣ الوافى ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٤٠ تحريم الكذب فى الصغير و الكبير من عشرة الحج ص ٢٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٨٩

و لكن الذى يعظم الخطب ما تقدمت الإشارة إليه فى مبحث الغيبة من أنه لا أثر لهذه المباحث، فان الذنوب كلها كبيرة و إن كان بعضها أكبر من بعض، و لذا اختلفت الاخبار فى تعدادها. و لو سلمنا انقسامها إلى الصغيرة و الكبيرة فإن جميعها مضره بالعدالة، فإن العدالة هى الاستقامة و الاعتدال، فأى ذنب ارتكبه المكلف فإنه يوجب الخروج عنها.

حرمة الكذب فى الهزل و الجد

هل يحرم الكذب مطلقا و إن كان صادرا بعنوان الهزل، أو تختص حرمة بالكذب الجدى؟ فنقول: إن الكذب المسوق للهزل على قسمين: فإنه قد يكون الهازل بكذبه مخبرا عن الواقع، و لكن بداع المزاح و الهزل من دون أن يكون إخباره مطابقا للواقع، كأن يخبر أحدا بقدم مسافر له أو حدوث حادث أو وصول حاجة ليغتر المخاطب بقوله، فيرتب عليه الأثر، فيضحك منه الناس، و هذا لا شبهة فى كونه من الكذب، فإنه عبارة عن الخبر غير الموافق للواقع، و اختلاف الدواعى لا يخرج عن واقعه و حقيقته، و إذن فيكون مشمولا لما دل على حرمة الكذب.

و قد يكون الكلام بنفسه مصداقا للهزل، بحيث يقصد المتكلم إنشاء بعض المعانى بداعى الهزل المحض من غير أن يقصد الحكاية عن واقع ليكون إخبارا، و لا يستند الى داع آخر من دواعى الإنشاء.

و مثاله أن ينشئ المتكلم وصفا لأحد من حضار مجلسه بداعى الهزل، كإطلاق البطل على الجبان و الزكى على الأبله و العالم على الجاهل، و هذا لا دليل على حرمة مع نصب القرينة عليه كما استقر به المصنف.

و الوجه فى ذلك هو أن الصدق و الكذب إنما يتصف بهما الخبر الذى يحكى عن المخبر به، و قد عرفت: أن الصادر عن الهازل فى المقام ليس إلا الإنشاء المحض، فيخرج عن حدود الخبر موضوعا.

و قد يقال: بالحرمة هنا أيضا، لإطلاق جملة من الروايات: منها مرسله سيف المتقدمة، فإنها ظاهرة فى وجوب الاتقاء عن صغير الكذب و كبيره فى الجد و الهزل على وجه الإطلاق و فيه مضافا الى كونها ضعيفة السند، أن إنشاء الهزل خارج عن الكذب موضوعا كما عرفت، فلا يشمل ما دل على حرمة الكذب. و من هنا ظهر الجواب عن التمسك برواية

كذلك لا يصدق عليه الكذاب الذى من الصيغ المبالغة، و هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٠

أبى ذر المتقدمة من إثبات الويل لمطلق الكاذب، كما ظهر الجواب عن رواية الحارث الأعور [١] على أن كلمة (لا يصلح) فيها ظاهرة

في الكراهة المصطلحة دون الحرمة، كما أن قوله «ع» في رواية الأصبح [٢]: (لا يجد العبد طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله وجده).

لا يستفاد منه أزيد من الكراهة، فإن المكروهات مانعة أيضا عن وجدان المؤمن طعم إيمانه و كذلك ظهر الجواب عن رواية الخصال [٣].

بيان حقيقة الوعد و اقسامه

إشارة

قوله و كيف كان فالظاهر عدم دخول خلف الوعد في الكذب،

أقول: لا بأس بتوضيح حقيقة الوعد، و بيان حكم الخلف فيه. أما حقيقة الوعد فإنه يتحقق بأحد أمور ثلاثة، الأول: أن يخبر المتكلم عن عزمه على الوفاء بشيء، كأن يقول لواحد: إني عازم على أن أعطيك درهما، أو اني ملتزم بالمجيء الى ضيافتك، أو على إعظامك و إكرامك، و لا- شبهة في كون هذا من أفراد الخبر، غاية الأمر أن المخبر به من الأفعال النفسانية أعنى العزم على الفعل الخارجي نظير الإخبار عن سائر الأمور النفسانية من العلم و الظن و الشك و الوهم. و عليه فإن كان حين الإخبار عازما فهو صادق و إلا فهو كاذب، فتشمله أدلة حرمة الكذب، و يكون خارجا عن المقام.

الثاني: أن ينشئ المتكلم ما التزمه بنفس الجملة؟؟ التي تكلم بها بأن يقول: لك على كذا درهما أو دينارا أو ثوبا، و نظيره صيغ النذر و العهد، كقولك لله عليّ ان أفعل كذا، و لا ريب ان مثل هذه الجمل إنشائية محضة، فلا تتصف بالصدق، و لا بالكذب بالمعنى المتعارف، بل الصدق و الكذب في ذلك بمعنى الوفاء بهذا الالتزام و عدم الوفاء به.

الثالث: ان يخبر المتكلم عن الوفاء بأمر مستقبل، كقوله: أجيئك غدا، أو أعطيك

[١] عن علي «ع» قال: لا يصلح الكذب جد و هزل. ضعيفة بأبي و كيع. راجع ج ٢ نل باب ١٤٠ تحريم الكذب في الصغير و الكبير من عشرة الحجج ص ٢٣٤.

[٢] مجهولة لقاسم بن عروة. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٢٥. و ج ٣ الوافي ص ١٥٧. و الباب ١٤٠ المذكور من ج ٢ نل ص ٢٣٤.

[٣] عن رسول الله (ص) قال: أنا زعيم بيت في ربض الجنة و بيت في وسط الجنة و بيت في أعلى الجنة لمن ترك المرء و إن كان محقا و لمن ترك الكذب و إن كان هازلا و لمن حسن خلقه. مجهولة. راجع ج ١٥ البحار كتاب الكفر ص ٤٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩١

درهما بعد ساعه، أو أدعوك إلى ضيافتي بعد شهر، و هذه جمل خبرية بالحمل الشائع و لكنها مخبرة عن أمور مستقبله، كسائر الجمل الخبرية الحاكية عن الحوادث الآتية، كالإخبار عن قدوم المسافر غدا، و عن نزول الضيف يوم الجمعة، و عن وقوع الحرب بين السلاطين بعد شهر. و لا شبهة في انصاف هذا القسم من الوعد بالصدق و الكذب، فإنها عبارة عن موافقة الخبر للواقع و عدم موافقته له من غير فرق بين أنواع الخبر، و هو واضح.

و أما حرمة الكذب هنا فان تنجزها يتوقف على عدم إحراز تحقق المخبر به في ظرفه، فيكون النهي عنه منجزا ح. و أما لو أحرز حين الإخبار تحقق الوفاء بوعد في ظرفه، و لكن بدا له، أو حصل له المانع من باب الاتفاق، و أصبح مسلوب الاختيار عن الإتمام و الإنهاء لم تكن الحرمة منجزه و إن كان إخباره هذا في الواقع كذبا. و أما حكم المقام من حيث خلف الوعد فسيأتي التكلم عليه.

و من هنا اتضح أن النسبة بين حرمة الكذب و بين خلف الوعد هي العموم من وجه، فإنه قد يتحقق الكذب المحرم حيث لا مورد

لخلف الوعد، وقد يوجد خلف الوعد حيث لا يوجد الكذب المحرم، وقد يجتمعان. وقد ظهر من مطاوى ما ذكرناه ان الإخبار إذا كان عن الأمور المستقبلية كان صدق الخبر و كذبه منوطين بتحقيق المخبر به في ظرفه على نحو الشرط المتأخر و عدم تحققه فيه. و عليه فإذا كان عازما على الوفاء بوعدده حين الإخبار فهل يجب عليه البقاء على عزمه هذا ما لم يطرأ عليه العجز صوتا لكلامه عن الاتصاف بالكذب، أو لا يجب عليه ذلك؟ الظاهر هو الثانى، فإنه لا دليل على وجوب إتمام العزم، و على حرمة العدول عنه لكى لا يتصف كلامه السابق بالكذب، و نظير ذلك الإخبار عن عزمه على إيجاد فعل فى الخارج، كإرادة السفر و نحوه، و لم يتوهم احد وجوب البقاء على عزمه السابق لثلا يتصف كلامه بالكذب على نحو الشرط المتأخر، و اما الأدلة الناهية عن الكذب فهى مختصة بالكذب الفعلى، فلا تشمل غيره كما سيأتى. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٢

خلف الوعد

قد عرفت: ان حقيقة الوعد إنما تتحقق بأحد أمور ثلاثة. و اما المراد من خلفه فهو نقض ما التزم به و ترك ما وعده و عدم إنجائه و إتمامه. فهل هذا حرام أم لا؟ قد يقال بالحرمة بدعوى انه من افراد الكذب، فيكون مشمولاً لعموم ما دل على حرمة. و لكنها دعوى جزافية، فإن ما دل على حرمة الكذب يختص بالكذب الفعلى الابتدائى، فلا يشمل الكذب فى مرحلة البقاء، و إن شئت قلت: المحرم إنما هو إيجاد الكلام الكاذب لا إيجاد صفة الكذب فى كلام سابق. و نظير ذلك ما حققناه فى كتاب الصلاة فى البحث عن معنى الزيادة فى المكتوبة، و قلنا: إن المراد بها هو الزيادة الابتدائية: أى الشىء الذى لا يطابق المأمور به حين صدوره من الفاعل، بحيث إذا وجد لم يوجد إلا بعنوان الزيادة. و عليه فإذا أوجد المصلى شيئاً فى صلاته بعنوان الجزئية أو الشرطية، ثم بدا له ما أخرجه عن عنوانه الأولى، و ألحقه بالزيادة لم يكن محكوماً بحكم الزيادة فى الفريضة، فلا تشمل قوله «ع» «١»: (من زاد فى صلاته فعلية الإعادة). و كذلك فى المقام، فان ما دل على حرمة الكذب مختص بالكذب الابتدائى الفعلى المعنون بعنوان الكذب حين صدوره من المتكلم. اما إذا وجد كلام فى الخارج، و هو غير متصف بالكذب، و لكن عرض له ما ألحقه بالكذب بعد ذلك فلا يكون حراماً، لانصراف ما دل على حرمة الكذب عنه و إن صدق عليه مفهوم الكذب حقيقة من حيث مخالفة المتكلم لوعده و عدم جريه على وفق وعده، و لذا يطلق عليه وعد كاذب و وعد مكذوب، كما يطلق على الوفاء به وعد صادق و وعد غير مكذوب. و قد استدل على حرمة مخالفة الوعد على وجه الإطلاق بالأخبار الكثيرة [١] الدالة

[١] فى كاهامش ج ٢ مرآة العقول باب خلف الوعد ص ٣٥٤. و ج ٣ الوافى ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٠٩ استحباب الصدق فى الوعد من عشرة الحج ص ٢٢٢:

عن هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له فمن أخلف فبخلف الله بدأ و لمقته تعرض و ذلك قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُوا أَمْرَهُ وَ كَرِهُوا نَهْيَهُ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّهُ هُوَ الْخَبِيرُ الْعَلِيمُ. حسنة لإبراهيم بن هاشم. المقمت الغضب

(١) راجع ج ١ ثل باب ١٩ بطلان الفريضة بالزيادة من الخلل ص ٥١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٣

على وجوب الوفاء به.

أقول: الروايات الواردة في هذا المقام كثيرة جدا، وكلها ظاهرة في وجوب الوفاء بالوعد، و حرمة مخالفته، و لم نجد منها ما يكون ظاهرا في الاستحباب. و لكن خلف الوعد حيث كان يعم به البلوى لجميع الطبقات في جميع الأزمان، فلو كان حراما لاشتهر بين الفقهاء كاشتهار سائر المحرمات بينهم، مع ما عرفت من كثرة الروايات في ذلك، و كونها بمرأى منهم و مسمع، و مع ذلك كله فقد أفتوا باستحباب الوفاء به و كراهة مخالفته حتى المحدثين منهم كصاحبى الوسائل و المستدرک و غيرهما مع جمودهم على ظهور الروايات، و ذلك يدلنا على أنهم اطلعوا في هذه الروايات على قرينة الاستحباب، فأعرضوا عن ظاهرها.

و لكننا قد حققنا في علم الأصول أن إعراض المشهور عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب وهنها، كما أن عملهم بالرواية الضعيفة لا يوجب اعتبارها، إلا إذا رجع إعراضهم الى تضعيف الرواية، و رجع عملهم الى توثيقها. و إذن فلا وجه لرفع اليد عن ظهور الروايات المذكورة على كثرتها، و حملها على الاستحباب.

و لكن الذى يسهل الخطب أن السيرة القطعية بين المتشرعة قائمة على جواز خلف الوعد، و على عدم معاملته من أخلف بوعد معاملته الفساق. و لم نعهد من أعظم الأصحاب ان ينكروا على مخالفة الوعد كانكارهم على مخالفة الواجب و ارتكاب الحرام، فهذه السيرة القطعية تكون قرينة على حمل الأخبار المذكورة على استحباب الوفاء بالوعد، و كراهة مخالفته نعم الوفاء به و الجرى على طبقه من مهمات الجهات الأخلاقية، بل ربما توجب مخالفته سقوط الشخص عن الاعتبار فى الأنظار، لحكم العقل و العقلاء على مرجوحيته.

و مع ذلك كله فرجع اليد عن ظهور الروايات، و حملها على الاستحباب يحتاج إلى الجرح و الأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد.

و قد يستدل على الحرمة أيضا بقوله تعالى «١»: (لَمْ تَقُولُوا مَا لَمْ تَفْعَلُوا كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَمْ تَفْعَلُوا). حيث قيل «٢»: (كبر أن تعدوا من أنفسكم ما لا تفون

و عن شعيب العرقوفى عن أبى عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف إذا وعد. حسنة لإبراهيم.

و غير ذلك من الروايات المذكورة فى المصدر المذكور من ثل و ج ٢ المستدرک ص ٨٥ و ص ٩٢. و ج ٢ ثل باب ١٢٢ وجوب أداء حق المؤمن من عشرة الحج.

(١) سورة الصف، آية: ٢.

(٢) ج ٥ مجمع البيان ط صيدا ص ٢٧٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٤

به مقتا عند الله). و قد استشهد الامام «ع» بهذه الآية أيضا على ذلك فى بعض الروايات المتقدمة فى الحاشية.

و فيه ان الآية أجنبية عن حرمة مخالفة الوعد فإنها راجعة إلى ذم القول بغير العمل و عليه فموردها أحد الأمرين على سبيل مانعة الخلو الأول: ان يتكلم الإنسان بالأقويل الكاذبة بأن يخبر عن أشياء مع علمه بكذبها و عدم موافقتها للواقع و نفس الأمر، فإن هذا حرام بضرورة الإسلام كما تقدم.

الثانى: موارد الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر: بأن يأمر الناس بالمعروف، و يتركه هو، و ينههم عن المنكر، و يرتكبه، و هذا هو الظاهر من الآية، و من الطبرسى فى تفسيرها «١».

و عليه فشان الآية شأن قوله تعالى «٢»: (أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَ تَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ).

و هذا أيضا حرام بالضرورة بل هو أقوى من الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف بالقول، لكونه ترويجا للباطل بالعمل، و من البديهي

أن تأثيره في الترويج أقوى من تأثير القول فيه واما الوعيد فمن حيث القاعدة يجري فيه ما جرى في الوعد إنشاء وإخبارا، واما من حيث الروايات فلا تشملها الأحاديث المتقدمة في الحاشية الظاهرة في الوجوب، بدهة انه لا يجب الوفاء بالوعيد قطعاً، بل قد يحرم ذلك في بعض الموارد جزماً.

خروج المبالغة عن الكذب موضوعاً

قوله ثم إنه لا ينبغي الإشكال في أن المبالغة في الادعاء وإن بلغت ما بلغت ليست من الكذب. أقول: إذا كانت المبالغة بالزيادة على الواقع كانت كذباً حقيقياً، كما إذا أعطى زيدا درهما فيقول: أعطيته عشرة دراهم، أو إذا زار الحسين (ع) أو بقية المشاهد المشرفة أو الكعبة المكرمة مرة واحدة فيقول: زرت عشرين مرة، و من هذا القبيل تأدية المعنى بلفظ واحد موضوع للكثرة و المبالغة، كإطلاق الضراب على الضارب، فإنه إخبار عن الكثرة بالهيئة. نعم لو قامت قرينة خارجية على إرادة الواقع، و كون استعمال اللفظ فيه لأجل المبالغة فقط لما كان كذباً. و مثله ما هو متعارف بين المتحاورين من استعمال بعض الفصول من الأعداد في مقام

(١) ج ٥ مجمع البيان ص ٢٧٨.

(٢) سورة البقرة، آية: ٤١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٥

التكثير و الاهتمام، كلفظ سبع أو سبعين أو ألف، فيقول المولى لعبده مثلاً: لو اعتذرت مني ألف مرة لما قبلت عذرك، و من ذلك قوله تعالى «١»: (إِنْ تَسْتَعْفِفْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ). كما ذكره الطبرسي [١] فإن الغرض من الآية هو نفي الغفران رأساً. و تجوز المبالغة أيضاً بالتشبيه و الاستعارة، كتشبيه الرجل العالم بالبحر الموج، و تشبيه الوجه الحسن بقلقه القمر، و كالكناية عن الجود بكثرة الرماد، و هزال الفصيل، و جبن الكلب، و استعارة الأسد و السيف البتار للرجل الشجاع، و لا يعد شيء منها كذباً، و كيف و القرآن الكريم و خطب الأئمة و كلمات الفصحاء مشحونة بذلك، بل ربما تكون هذه الخصوصيات و أمثالها موجبة لقوة الكلام، و وصوله الى حد الإعجاز أو ما يقرب منه. و الوجه في خروج المبالغة بأقسامها عن الكذب هو أن المتكلم إنما قصد الإخبار عن لب الواقع فقط، إلا أنه بالغ في كيفية الأداء، فتخرج عن الكذب موضوعاً، نعم إذا انتفى ما هو ملاك المبالغة من وجه الشبه و نحوه كان الكلام كاذباً.

خروج التورية عن الكذب

إشارة

قوله و أما التورية و هو أن يريد بلفظ معنى مطابقاً للواقع.

أقول: المعروف بين أهل اللغة و غيرهم أن الكذب نقيض الصدق فصدق الكلام بالمطابقة، و كذبه بعدم المطابقة و إنما الكلام في بيان معنى المطابق (بالكسر) - و أنه عبارة عما يظهر من كلام المتكلم أو عبارة عن مراده منه - و بيان المطابق (بالفتح): و أنه عبارة عن الواقع و النسبة الخارجية، أو عن اعتقاد المخبر، أو عن كليهما.

فذهب المشهور الى أن صدق الخبر مطابقتة بظهوره للواقع، و كذبه عدم مطابقتة للواقع بدعوى أن هيئة الجملة الخبرية إنما وضعت لتحقق النسبة في الخارج، سواء كانت النسبة ثبوتية أو سلبية، كما أن ألفاظ أجزائها موضوعة للمعان التصورية من الموضوع و المحمول و متعلقاتها، فمطابقتة الخبر لتلك النسبة الخارجية الواقعية صدق، و عدمها كذب، فإذا قيل:

[١] فى ج ٣ مجمع البيان ط صيدا ص ٥٥: الوجه فى تعليق الاستغفار بسبعين مرة المبالغة، لا العدد المخصوص، و المراد بذلك نفى الغفران جملة. و قيل: إن العرب تبالغ بالسبعة و السبعين، و لهذا قيل للأسد: السبع، لأنهم تأولوا فيه لقوته أنها ضوعفت له سبع مرات.

(١) سورة التوبة: آية ٨١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٦

زيد قائم فإن هذا القول يدل على تحقق النسبة الخبرية فى الخارج أعنى اتصاف زيد بالقيام، فان طابقتها كان صادقا، و إن خالفها كان كاذبا.

و فيه أولا: أنه قد لا تكون للنسبة خارجية أصلا كقولنا شريك البارى ممتنع، و اجتماع النقيضين محال، و الدور أو التسلسل باطل، و ما سوى الله ممكن، إذ لا- وجود للامتناع و الإمكان و البطلان فى الخارج. إلا أن يقال: إن المراد بالخارج ما هو أعم منه و من نفس الأمر، و من البين أن الأمثلة المذكورة مطابقة للنسبة فى نفس الأمر، و تفسير الخارج بذلك ظاهر المحقق التفتازانى حيث قال فى المطول بعد تفسيره الصدق بمطابقة الخبر للواقع، و الكذب بعدم مطابقتها للواقع: (و هذا معنى مطابقة الكلام للواقع و الخارج و ما فى نفس الأمر).

و ثانيا: أن الالتزام المذكور لا يتفق مع تعريف القضية بأنها تحتل الصدق و الكذب، فإن دلالة الجملة على وقوع النسبة فى الخارج تقتضى الجزم بالوقوع، و مقتضى التعريف المذكور هو الشك فى ذلك، و هما لا يجتمعان.

و ثالثا: لو كانت الجمل الخبرية بهيئاتها موضوعة للنسبة الخارجية لكانت دلالتها عليها قطعية. كما أن دلالة الألفاظ المفردة على معانيها التصورية قطعية، فإن الشك لا يتطرق إلى الدلالة بعد العلم بالموضوع له و إرادة اللفظ، مع أنه لا يحصل للمخاطب بعد سماع الجمل الخبرية غير احتمال وقوع النسبة فى الخارج، و قد كان هذا الاحتمال حاصلا قبل سماعها.

لا يقال: قد يحصل العلم بوقوع النسبة فى الخارج من إخبار المتكلم لقوة الوثوق به، فإنه يقال: ليس موضع بحثنا إذا اشتملت الجملة الخبرية على قرائن خارجية تدل على صدقها، بل مورد الكلام هو نفس الخبر العارى عن القرائن، على أنه لا- يتم إلا- مع الوثوق بالمتكلم، و مورد البحث أعم من ذلك.

لا- يقال: إن المخاطب يحصل له من سماع الخبر ما لم يحصل قبله من العلوم، فكيف يسوغ القول: بأن استماع الخبر لم يفده غير ما كان يعرفه أولا.

فإنه يقال: إن ما يحصل للمخاطب من المعانى التصورية و غيرها فيما سنذكره غير مقصود للقائل بوضع الجمل الخبرية للنسب الخارجية، و ما هو مقصوده لا يحصل من ذلك.

و عن النظام و من تابعه: إن صدق الخبر مطابقتها لاعتقاد المخبر، و كذبه عدمها و إن كان الاعتقاد خطأ، و استدل عليه بآية المنافقين «١» بدعوى أن الله سجل عليهم بأنهم

(١) سورة المنافقين، آية: ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٧

لكاذبون فى قولهم: إنك لرسول الله، لعدم اعتقادهم بالرسالة المحمدية و إن كان قولهم مطابقا للواقع.

و أجابوا عنه بأن المنافقين لكاذبون فى شهادتهم للرسالة، لعدم كونها عن خلوص الاعتقاد. و توضيح ذلك يحتاج الى مقدمتين: الاولى: أن الشهادة فى العرف و اللغة «١» بمعنى الحضور سواء كان حضورا خارجيا- كقوله تعالى «٢»: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ

فَلْيُصْمِتْهُ). و كقول المسافر: شاهدت البلد الفلانية و أقمت فيها- أم حضورا ذهنيا، كحضور الواقعة في ذهن الشاهد.
الثانية: أن المخبر به قد يكون أمرا خارجيا، و قد يكون أمرا اعتباريا، و قد يكون أمرا ذهنيا كالأخبار عن الصور النفسانية.
فيتجلى من هاتين المقدمتين أن الأخبار عن الشهادة بالرسالة مبنى على حضور المخبر به و المشهود به في صقع الذهن، لأن الشهادة ليست من الأعيان الخارجية، و حيث إن المنافقين غير معتقدين بالرسالة، و لم يكن المخبر به و هو الاعتقاد بالنبوة موجودا في أذهانهم فرماهم الله الى الكذب و الفرية، فلا دلالة في الآية على مقصود النظام.
و يضاف الى ذلك انه لو أخبر أحد عن قضية لم يعتقد بوقوعها في الخارج و هي واقعة فيه، فإنه على مسلك النظام خبر كاذب، مع أنه صادق بالضرورة.

و عن الجاحظ أن صدق الخبر مطابقته للواقع و الاعتقاد معا، و كذبه عدم مطابقته لهما معا، و غير ذلك لا صدق و لا كذب، و استدل على رأيه هذا بقوله تعالى «٣»: (أَفْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَمْ بِهِ جِنَّةٌ). فإن الأخبار حال الجنه غير الكذب، لأنهم جعلوه قسيما للافتراء و غير الصدق، لعدم مطابقته للواقع في عقيدتهم.

و فيه أنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان و بحكم الضرورة انحصار الخبر بالصدق و الكذب و عدم الواسطة بينهما. و أما الآية المذكورة فهي غريبة عن مقصود الجاحظ، لأن الظاهر منها أن المشركين نسبوا أخبار النبي (ص) الى الافتراء الذي هو كذب خاص، أو الى الأخبار حال الجنه الذي لا أثر له عند العقلاء.

و التحقيق أن الجمل بأجمعها خبرية كانت أم إنشائية قد وضعت بهيئاتها النوعية لابرز الصور الذهنية، و إظهار الدعاوى النفسانية (ما شئت فعبر) فان الواضع (أى شخص كان) إنما تعهد (و تابعه بقية الناس) بأنه متى أراد ان يبرز شيئا من دعاويه و مقاصده ان يتكلم

(١) فى المنجد: شهد المجلس حضره.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٨١.

(٣) سورة سبأ، آية: ٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٨

بجمله مشتمله على هيئه خاصه تفى بمراده و أداء دعواه فى مقام المحادثه و المحاوره، و هذه الجهه: أعنى إبراز المقاصد النفسانية بمظهر إنما هى فى مرحله دلالة اللفظ على معناه الموضوع له، فيشترك فيها جميع الجمل خبرية كانت أم إنشائية، بل يشترك فيها جميع الألفاظ الموضوعه مفردة كانت أم مركبه.

و الوجه فيه أن دلالة اللفظ على معناه بحسب العلقه الوضعيه أمر ضرورى، فلا يعقل الانفكاك بينهما فى مرحله الاستعمال إلا بانسلاخ اللفظ عن معناه بالقرائن الخارجيه.

و هذه الدعاوى النفسانية على قسمين:

الأول: ان تكون أمرا اعتباريا محضا و قائما بنفسه المعتبر: بأن يعتبر فى نفسه شيئا ثم يظهره فى الخارج بمبرز من لفظ أو غيره من دون قصد للحكاية عن شىء، و هذا يسمى إنشاء، و لا يتصف بالصدق و الكذب بوجه، لأنه شىء يقوم بالاعتبار الساذج كما عرفت.

الثانى: ان تكون حاكية عن شىء آخر، سواء كان هذا المحكى من القضايا الخارجيه كقيام زيد فى الخارج أم من الأوصاف النفسانية كالعلم و الشجاعه و السخاوه و نحوها، و هذه الحكايه إن طابقت للواقع المحكى اتصفت الدعاوى المذكوره بالصدق، و إلا فهى كاذبه و أما اتصاف الجمل الخبرية بهما فمن قبيل اتصاف الشىء بحال متعلقه، كرجل منيع جاره و مؤدب خدامه، و رحب فناؤه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان المراد من المطابق (بالكسر) هو مراد المتكلم: أى الدعاوى النفسانية، لا ظهور كلامه كما توهم، و ان المراد من المطابق (بالفتح) هو الواقع و نفس الأمر المحكى بالدعاوى النفسانية.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فنقول: لا شبهة في خروج التورية عن الكذب موضوعا فإنها في اللغة [١] بمعنى الستر، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره، و خيل إليه انه أراد ظاهر كلامه، و قد عرفت آنفا ان الكذب هو مخالفة الدعاوى النفسانية للواقع، لا- مخالفة ظاهر الكلام له، و يتفرع على هذا ان جواز التورية لا يختص بمورد الاضطرار و نحوه، لأنها ليست من مستثنيات الكذب، بل هي خارجة عنه موضوعا، و من هنا ذهب الأصحاب «فيما سيأتي من جواز الكذب عند الضرورة» إلى وجوب التورية مع التمكن منها، و عللوا ذلك بتمكن المتكلم مما يخرج به كلامه عن الكذب.

ثم إن الكلام الذي يورى به قد يكون ظاهرا في بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب

[١] في مجمع البحرين: وريت الخبر بالتشديد تورية إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر و تنطق به و تريد الخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٣٩٩

لغباوته و قصور فهمه لا- يلتفت اليه، و هذا خارج عن التورية، بل هو كسائر الخطابات الصادرة من المتكلم في مقام المحادثة و المحاورة، و من هذا القبيل ما نقل عن بعض الأجلة ان شخصا اقترح عليه ان يعطيه شيئا من الدراهم، و كان يراه غير مستحق لذلك، فألقى السبحة من يده، و قال: و الله إن يدي خالية، و تخيل السائل من كلامه انه غير متمكن من ذلك و قد يكون الكلام ظاهرا في غير ما اراده المتكلم، و هو مورد التورية، كما إذا أراد احد ان ينكر مقالته الصادرة منه فيقول: علم الله ما قلته، و يظهر كلمة الموصول على صورة أداة النفي، و يخيل الى السامع انه ينكر كلامه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان المحققين في حاشية المعالم في البحث عن المجمل. من (انه سئل احد العلماء عن على «ع» و أبى بكر أيهما خليفة رسول الله (ص) فقال: من بنته في بيته، و منه قول عقيل «ع» أمرنى معاوية أن ألعن عليا ألا فالعنوه). و من هذا القبيل أيضا ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال: أربعة أربعة أربعة، و إنما قصد منها الأئمة الاثني عشر، و زعم السائل انه أراد الخلفاء الأربع.

و مما يدل على جواز التورية، و خروجها عن الكذب الأمور:

الأول: نقل ابن إدريس في آخر السرائر «١» من كتاب عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله «ع» (فى الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية: قولى ليس هو ههنا؟ قال: لا بأس ليس بكذب).

الثانى: روى سويد بن حنظلة [١]: (قال: خرجنا و معنا و إبل بن حجر يريد النبى (ص) فأخذه أعداء له فخرج القوم ان يحلفوا و حلفت بالله انه أخى فخلى عنه العدو فذكرت ذلك للنبى (ص) فقال: صدقت المسلم أخو المسلم). و هى و إن كانت ظاهرة الدلالة على جواز التورية، و عدم كونها من الكذب، و لكنها ضعيفة السند.

الثالث: ما ورد [٢] من نفي الكذب عن قول إبراهيم «ع»: (بل فعله كبيرهم هذا).

[١] مرسله. و ضعيفة لسويد. راجع ج ٢ الخلاف باب الحيل آخر الطلاق ص ٩٨. و المبسوط باب الحيل آخر الطلاق. و لا- يخفى انه وقع اشتباه عجيب فى المبسوط حين الطبع!! حيث وقعت قطعة من آخر الطلاق بعد ص ٩٨ فى آخر أحكام المكاتب فى ذيل ما لو جنى بعض عبيد المولى بعضا، و وقعت قطعة من أحكام جنائى العبد فى آخر الطلاق، فراجع.

[٢] فى كا بهامش ج ٢ مرآة العقول باب الكذب ص ٣٢٦. و ج ٣ الوافى

(١) راجع ج ٣ ثل باب ١٤١ جواز الكذب فى الإصلاح من عشرة الحجج ص ٢٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٠

مع أن كبيرهم لم يفعل، و عن قوله «ع»: (إِنِّي سَقِيمٌ) و ما كان سقيماً، و عن قول يوسف (أيتها العير إنكم لسارقون) و ما كانوا سراقاً، فيدل ذلك كله على كون الأقوال المذكورة من التورية، و أن التورية خارجة عن الكذب موضوعاً. نعم يمكن أن يقال: إن نفي الكذب عن قول إبراهيم و يوسف «ع» إنما هو بلحاظ نفي الحكم، و أنهما قد ارتكبا الكذب لإرادة الإصلاح.

و يدل على قوله «ع» في رواية الصيقل: (إن إبراهيم إنما قال: بل فعله كبيرهم هذا، إرادة الإصلاح و قال يوسف إرادة الإصلاح). و قوله «ع» في رواية عطا: (لا كذب على مصلح، ثم تلا: أيتها العير إلخ). و قد تقدمت الروايتان في الحاشية. و يؤيده ما في بعض أحاديث العامة «١»: (إن إبراهيم كذب ثلاث كذبات: قوله: إِنِّي سَقِيمٌ، و قوله: بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا، و قوله في سارة: إنها أختي).

و لكن الروايات المذكورة كلها ضعيفة السند، كما أن بقية الأحاديث التي اطلعت عليها في القصص المزبورة مشتملة على ضعف في السند أيضاً و جهالة في الراوي، فلا يمكن الاستناد إليها بوجه.

ص ١٥٨. و ج ٢ ثل باب ١٤١ جواز الكذب في الإصلاح من عشرة الحجج ص ٢٣٤ عن الحسن الصيقل قال: قلت لأبي عبد الله «ع»: إنا قد روينا عن أبي جعفر «ع» في قول يوسف «ع»: أيتها العير إنكم لسارقون؟ قال: و الله ما سرقوا و ما كذب. و قال إبراهيم «ع»: بل فعله كبيرهم هذا فاسألوهم إن كانوا ينطقون؟ فقال: و الله ما فعلوا و ما كذب- الى أن قال أبو عبد الله «ع»: - إن إبراهيم «ع» إنما قال: بل فعله كبيرهم هذا إرادة الإصلاح- و قال يوسف «ع» إرادة الإصلاح. مجهولة للحسن الصيقل.

و عن عطا عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص): لا كذب على مصلح، ثم تلا: أيتها العير إلخ، ثم قال: و الله ما سرقوا و ما كذب. ثم تلا: بل فعله إلخ، ثم قال:

و الله ما فعلوه و ما كذب. مجهولة بمعمر بن عمرو و عطا.

و في الوافي في رواية أبي بصير عن أبي جعفر «ع» و لقد قال إبراهيم «ع»: إني سقيم و ما كان سقيماً و ما كذب. و لقد قال إبراهيم «ع»: بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا، و ما فعله و ما كذب. و لقد قال يوسف «ع»: أيتها العير إنكم لسارقون، و الله ما كانوا سارقين و ما كذب. ضعيفة لمعلی بن محمد. و غير ذلك من الروايات المذكورة في ج ٢ المستدرک ص ١٠٢ و سيأتي في رواية الاحتجاج ما يدل على ذلك.

(١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٩٨. و ج ٤ مجمع البيان ط صيدا ص ٤٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠١

رفع غشاوة

قد يتوهم أنه لا محيص أن تكون أقوال إبراهيم و يوسف المذكورة كاذبة، غاية الأمر أنها من الأكاذيب الجائزة، أما قول إبراهيم «ع»:

(إِنِّي سَقِيمٌ). و قول يوسف «ع»:

(أَيُّهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ). فصدق الكذب عليهما واضح.

و أما قول إبراهيم «ع»: (بل فعله كبيرهم هذا فاسألوهم إن كانوا ينطقون). فلأن الشرط فيه إما أن يرجع الى السؤال المذكور فيه، و إما أن يرجع الى الفعل، فان كان راجعاً الى السؤال انحلت الآية الكريمة إلى قضيتين: إحداهما حملية: و هي قوله تعالى (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ

لها) و الثانية إنشائية مشروطة، و هي قوله تعالى (فَسأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ) أما القضية الأولى فهي كاذبه لكونها غير مطابقة للواقع. و أما القضية الثانية فهي إنشائية لا تتصف بالصدق و الكذب.

و إن كان راجعا الى الفعل الذى نسبه الى كبيرهم كانت الآية مسوقة لبيان قضية شرطية مقدمها قوله تعالى: (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) و تاليها قوله تعالى: (كَأَنَّهُمْ يَنْطِقُونَ) فقد دخلت عليها أداة الشرط، و جعلتهما قضية واحدة شرطية، و من البديهي أنها أيضا كاذبه، فإن الصدق و الكذب فى القضايا الشرطية يدوران مدار صحة الملازمة و فسادها، و لا شبهة أنها منتفية فى المقام، بدهاه أنه لا ملازمة بين نطق كبير الأصنام و بين صدور الفعل منه، بل الفعل قد صدر من إبراهيم على كل تقدير، سواء نطق كبيرهم أم لم ينطق.

أقول: أما رمى قول إبراهيم: (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) بالكذب فجوابه أنا قد حققنا فى مبحث الواجب المشروط من علم الأصول أن الشروط فى الواجبات المشروطة إما أن ترجع إلى الإنشاء: أعنى به إبراز الاعتبار النفساني. و إما أن ترجع الى متعلق الوجوب: أى المادة المحضه كما فى الواجب المعلق على ما نسب الى المصنف فى التقريرات. و إما أن ترجع إلى المنشأ، و هو ما اعتبره فى النفس ثم أبرزه بالإنشاء، فيكون مرجع القيد فى قولنا: إن جاءك زيد فأكرمه هو وجوب الإكرام، فيصير مقيدا بمجىء زيد. أما الأول فهو محال، لأن الإنشاء من الأمور التكوينية التى يدور أمرها بين الوجود و العدم، فإذا أوجده المتكلم استحاله أن يتوقف وجوده على شىء آخر، لاستحالة انقلاب الشىء عما هو عليه.

و أما الثانى فهو و إن كان ممكنا فى مرحلة الثبوت، و لكنه خلاف ظاهر الأدلة فى مقام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٢

الإثبات، و لا يمكن المصير اليه بدون دليل و قرينه، و إذن فيتعين الاحتمال الثالث.

و هذا الكلام بعينه جار فى القضايا المشروطة من الجمل الخبرية أيضا، فإن إرجاع القيد فيها الى نفس الإخبار: أى الألفاظ المظهرة للدعاوى النفسانية غير معقول، لتحققه بمجرد التكلم بالقضية الشرطية، و لا- يعقل بعد ذلك أن تكون موقوفه على حصول قيد أو شرط.

و اما إرجاعه إلى متعلق الخبر و هو و إن كان سائغا فى نفسه، و لكنه خلاف ظاهر القضايا الشرطية. و ح فيتعين إرجاعه إلى المخبر به، و هو الدعوى النفسانية، مثلا- إذا قال أحد: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، فان معناه أن دعوى تحقق النهار مقيدة بطلوع الشمس، و مع عدم طلوعها فالدعوى منتفية.

و عليه فتقدير الآية (بل فعله كبيرهم إن نطقوا فاسألوهم) فقد علقنا الدعوى على نطق كبيرهم، و لما استحاله نطقه انتفت الدعوى، فلا تكون كاذبه. و نظير ذلك قولك:

فلان صادق فيما يقول إن لم يكن فوقنا سماء، و كقولك أيضا: لا اعتقد إلاها إن كان له شريك، و لا اعتقد خليفه للرسول (ص) إن لم يكن منصوبا من الله. هذا فاغتنم.

و يؤيد ما ذكرناه خبر الاحتجاج [١] عن الصادق «ع» إنه قال: (ما فعله كبيرهم و ما كذب إبراهيم، قيل: و كيف ذلك؟ فقال: إنما قال إبراهيم: إن كانوا ينطقون، فان نطقوا فكبيرهم فعل و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئا فما نطقوا و ما كذب إبراهيم).

و قد ذكر المفسرون وجوها لتفسير الآية «١» فراجع.

و أما رمى قول إبراهيم: (إنى سقيم) بالكذب فجوابه ان المراد به كونه سقيما فى دينه أى مرتادا و طالبا فى دينه. و يؤيده ما فى خبر الاحتجاج المتقدم عن الصادق «ع» من قوله (ما كان إبراهيم سقيما و ما كذب و إنما عنى سقيما فى دينه: أى مرتادا). و معنى المرتاد فى اللغة هو الطلب و الميل: أى إنى طالب فى دينى و مجد لتحصيل الاعتقاد بالمبدإ و المعاد، فقد خيل بذلك الى عبدة الأصنام و النجوم انه مريض لا- يقدر على التكلم، فتولوا عنه مدبرين، و أخرخوا المحاكمة إلى وقت آخر، و للعلماء فيه وجوه اخرى قد ذكرها المفسرون فى تفاسيرهم.

و أما رمى قول يوسف «ع»: (أيتها العير انكم لسارقون) بالكذب فقد ذكروا في الجواب عنه وجوها: أظهرها ان المؤذن لم يقل: أيتها العير انكم لسرقتم صواع الملك، بل قال: انكم لسارقون، ولعل مراده انكم سرقتم يوسف من أبيه، ألا ترى انهم لما سألوا:

[١] مرسله. ص ١٩٤.

(١) راجع ج ٤ مجمع البيان ط صيدا ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٣

ماذا تفقدون؟ قالوا لهم: نفقد صواع الملك، و لم يقولوا: سرقتم ذلك.

و يؤيده ما في خبر الاحتجاج المتقدم عن الصادق «ع» من قوله انهم سرقوا يوسف من أبيه ألا ترى إلخ).

مسوغات الكذب

جواز الكذب لدفع الضرورة

إشارة

قوله فاعلم انه يسوغ الكذب لوجهين: أحدهما الضرورة إليه فيسوغ معها بالأدلة الأربعة.

أقول: لا شبهة في كون الكذب حراما في نفسه و مبغوضا بعينه، لظاهر الأدلة المتقدمة المطبقة على حرمة. و على هذا فلا وجه لما زعمه الغزالي «١» من (ان الكذب ليس حراما بعينه، بل فيه من الضرر على المخاطب أو على غيره، فإن أقل درجاته أن يعتقد المخبر الشيء على خلاف ما هو عليه فيكون جاهلا، و قد يتعلق به ضرر غيره).

نعم الظاهر ان حرمة الكذب ليست ذاتية كحرمة الظلم، و لذا يختلف حكمه بالوجوه و الاعتبار، و عليه فإذا توقف الواجب على الكذب، و انحصرت به المقدمة وقعت المزاحمة بين حرمة الكذب و بين ذلك الواجب في مقام الامثال، و جرت عليهما أحكام المتزاحمين.

مثلا إذا توقف إنجاء المؤمن و دفع الهلكة عنه على الكذب كان واجبا.

و قد استدلل المصنف على جواز الكذب في مورد الاضطرار بالأدلة الأربعة: اما الإجماع فهو و إن كان محققا، ولكنه ليس إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم، فان الظاهر ان المجمعين قد استندوا في فتياهم بالجواز الى الكتاب و السنة، فلا وجه لجعله دليلا مستقلا في المسألة، و قد مر نظير ذلك مرارا.

و أما العقل فهو و إن كان حاكما بجواز الكذب لدفع الضرورات في الجملة، كحفظ النفس المحترمة و نحوه، إلا انه لا يحكم بذلك في جميع الموارد، فلو توقف على الكذب حفظ مال يسير لا يضر ذهابه بالمالك فإن العقل لا يحكم بجواز الكذب ح.

و اما الكتاب فقد ذكر المصنف منه آيتين: الأولى قوله تعالى «٢»: (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَ لَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ). و تقرير الاستدلال ان الآية الشريفة تدل بالمطابقة على جواز

(١) راجع ج ٣ إحياء العلوم بيان ما رخص فيه من الكذب ص ١٢١.

(٢) سورة النحل، آية: ١٠٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٤

التكلم بكلمة الكفر و الارتداد عن الإسلام عند الإكراه و الاضطرار بشرط ان يكون المتكلم معتقدا بالله و مطمئنا بالايمان، فتدل على جواز الكذب في غير ذلك للمكره بطريق أولى الثانية: قوله تعالى «١»: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاءً﴾ أى لا يجوز للمؤمنين أن يتخذوا الكافرين أولياء لأنفسهم يستعينون بهم، و يلتجئون إليهم، و يظهرون المحبة و المودة لهم إلا ان يتقوا منهم تقاء، فإنه ح يجوز إظهار مودتهم تقية منهم، فتدل هذه الآية أيضا على جواز الكذب في سائر موارد التقية بالأولى.

و لكن لا دلالة في الآيتين على جواز الكذب في جميع موارد الاضطرار غير مورد الخوف و التقية. و أما الأخبار المجوزة للكذب في موارد الخوف و التقية فهي أكثر من ان تحصى، و قد استفاضت، بل تواترت على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالى عن نفسه أو عن أخيه، و ستأتى الإشارة إلى جملة منها. قوله إنما الاشكال و الخلاف فى انه هل يجب ح التورية لمن يقدر عليها أم لا؟. أقول:

قد وقع الخلاف بين الاعلام فى ان جواز الكذب هل هو مقيد بعدم التمكن من التورية أم لا؟ فنسب المصنف القول الأول إلى ظاهر المشهور.

و لكن العبارات التى نقلها عنهم إما غير ظاهرة فى مقصوده، و إما ظاهرة فى خلافه. أما الأول: فكالمحكى عن الغنية و السرائر و ثع و وعد و اللمعة و شرحها و جامع المقاصد و غيرها من الكتب، فان مفروض الكلام فيها إنما هو اشتراط جواز الحلف الكاذب بعدم التمكن من التورية. و أما جواز مطلق الكذب فهو خارج عن مورد كلامهم، فإنهم قالوا فى مسألة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعه: انه يجوز الحلف كاذبا إذا لم يحسن التورية، و إلا فيورى بما يخرج عن الكذب. و اما الثانى: فكالمحكى عن المقنعة حيث قال: (من كانت عنده امانة فطالبها ظالم فليجحد و إن استحلفه ظالم على ذلك فليحلف، و يورى فى نفسه بما يخرج عن الكذب- الى ان قال:-

فان لم يحسن التورية و كانت نيته حفظ الأمانة أجزأته النية و كان مأجورا).

اما ان هذه العبارة ظاهرة فى خلاف مقصود المصنف فلان المذكور فيها أمران:

الأول: إذا طلب الظالم الوديعه من الودعى جاز له إنكارها مطلقا سواء تمكن من التورية أم لا.

(١) سورة آل عمران، آية: ٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٥

الثانى: إذا استحلف الظالم الودعى على إنكار الوديعه جاز له الحلف مع عدم التمكن من التورية. و لو كان نظر صاحب المقنعة إلى اعتبار التمكن من التورية فى جواز مطلق الكذب لم يفصل بين الحلف و غيره. و على الاجمال فلا دلالة فى شىء من هذه العبارات المنقولة عن الأصحاب على مقصود المصنف. ثم إن المصنف وجه ما نسبه الى المشهور بوجهين، و سنتعرض لهما فيما بعد إنشاء الله.

قوله إلا ان مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالى عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك

. أقول: بعد ما نسب المصنف القول المذكور الى ظاهر المشهور، و وجهه بوجهين آتيين حاول استفادة حكم المسألة من الاخبار و جعل اعتبار عدم التمكن من التورية فى جواز الحلف كاذبا موافقا للاخبار و ذكر جملة منها و ترك جملة أخرى، و أحال بعضها الى ما يأتى من جواز الكذب فى الإصلاح، و هى بأجمعها [١] ظاهرة فى جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدني أو المالى عن نفسه أو عن أخيه على وجه الإطلاق، و ليست مقيدة بعدم التمكن من التورية، و هى تدل بطريق الأولوية على جواز الكذب بغير حلف لدفع الضرر.

وقد استحسّن المصنّف عدم اعتبار القيد المزبور، لأنّ إيجاب التوريّة على القادر لا يخلو

[١] في ج ٣ ثل باب ١٢ جواز الحلف باليمين الكاذبة من الأيمان ص ٢٢٠ عن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا «ع» في حديث قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف؟ قال: لا- جناح عليه، و عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه؟ قال: لا جناح عليه، و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٤٠٥

و عن السكوني عن رسول الله (ص): احلف بالله كاذبا و نج أخاك من القتل. ضعيفه للنوفلي.

و عن الصدوق قال: و قال الصادق «ع»: اليمين على وجهين - الى ان قال-: فأما الذي يوجر عليها الرجل إذا حلف كاذبا و لم تلزمه الكفارة فهو ان يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره. و عن زرارة عن أبي جعفر «ع» قال: قلت له: انا نمر على هؤلاء القوم فيستحلفونا على أموالنا و قد أدينا زكاتها؟ فقال: يا زرارة إذا خفت فاحلف لهم ما شاؤا. موثقة لابن بكير و في ج ٢ ثل باب ١٤١ من عشرة الحجج ص ٢٣٦ في كتاب الاخوان عن الرضا «ع»: و ان الرجل يكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٦

عن الإلزام بالعسر و الخرج (فلو قيل: بتوسعة الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب فيما نحن فيه و إن قدر على التورية كان حسنا).

ثم انه (ره) احتاط في المسألة، و رجع الى ما نسبه الى ظاهر المشهور، و جعله مطابقا للقاعدة، و قال: (إلا ان الاحتياط في خلافه، بل هو المطابق للقواعد لو لا استبعاد التقييد في هذه المطلقات، لأن النسبة بين هذه المطلقات و بين ما دل كالرواية الأخيرة و غيرها على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه مطلقا عموم من وجه، فيرجع الى عمومات حرمة الكذب فتأمل). فمراده من التقييد ما ذكره قبيل هذا بقوله يصعب على الفقيه التزام تقييدها بصورة عدم القدرة على التورية). و مراده من المطلقات ما ذكره من الأخبار الواردة في جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو عن أخيه، و ما يأتي من الأخبار الواردة في جواز الكذب للإصلاح.

و توضيح مراده: أنه إذا قطعنا النظر عن استبعاد التقييد في هذه المطلقات فان ما ذهب اليه المشهور هو الموافق للاحتياط، و المطابق للقواعد، لأن النسبة بين المطلقات المزبورة و بين رواية سماعه [١] و ما في معناها [٢] هي العموم من وجه، فان بعض المطلقات ظاهرة في جواز الكذب لمجرد إرادة الإصلاح، و بعضها ظاهر في جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو عن أخيه، سواء بلغ ذلك حد الاضطرار أم لا، و رواية سماعه و ما يساويها في المضمون ظاهرة في اختصاص جواز الحلف كاذبا بصورة الخوف و الاضطرار و الإكراه، فتدل بمفهومها على حرمة في غير الموارد المذكورة. و ح فتقع المعارضة بين مفهوم رواية سماعه و بين مطلقات الحلف الكاذب في غير الموارد المذكورة، كما تقع المعارضة بينها و بين مطلقات الكذب لإرادة الإصلاح في غير الموارد المذكورة أيضا. فيتساقطان في مورد الاجتماع، و يرجع الى عمومات حرمة الكذب.

و لا بعد فى تقييد المطلقات، فإنها واردة بلحاظ حال عامة الناس الذين لا يلتفتون إلى التورية ليقصدوها، و يلتجئوا إليها عند الخوف و التقية. و عليه فلا بأس بتقييدها بمن يتمكن من التورية.

[١] فى ج ٣ نل باب ١٢ جواز الحلف باليمين الكاذبة من الأيمان ص ٢٢٠ عن سماعه عن أبى عبد الله «ع» قال: إذا حلف الرجل تقيه لم يضره إذا هو أكره و اضطر إليه و قال:

ليس شىء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطر إليه. مرسله.

[٢] فى المصدر المذكور فى موثقه ابن بكير فقال «ع»: يا زراره إذا خفت فاحلف لهم ما شاؤا. و غير ذلك من الروايات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٧

و قد أورد المحقق الايروانى على المصنف بوجهين:

الوجه الأول: أنه لا مفهوم لرواية سماعه، فإنها ناظرة إلى جواز الكذب لأجل الإكراه و الاضطرار. و أما جوازه فى غير مورد الضرورة أو حرمة فيه فخارج عن الرواية.

وفيه أن الظاهر من المحقق المذكور أنه إنما نفى المفهوم عن الرواية، لأنه لم ينظر إلا الى ذيلها، و هو مسوق لضرب قاعدة كلية ليس لها مفهوم، و من المعلوم أن المصنف إنما أثبت المفهوم للرواية نظرا الى صدرها، و لا شبهة أنه قضية شرطية مشتملة على عقد شرطى إيجابى، و هو المنطوق، و على عقد شرطى سلبى و هو المفهوم.

الوجه الثانى: أنا لو سلمنا المعارضة المذكورة التى أبداهها المصنف بين مفهوم رواية سماعه و بين المطلقات المزبورة، فإنه لا وجه للرجوع الى مطلقات حرمة الكذب، إذ النسبة بين الإطالين هى العموم من وجه، و بعد تعارضهما فى مادة الاجتماع و تساقطهما فيها يرجع الى أصالة الحل.

وفيه أنه لم يظهر لنا مراده من هذا الإشكال، فإن النسبة بين الإطالين هى العموم المطلق، لأن ما دل على جواز الكذب أخص مما دل على حرمة، و إذن فلا مناص عن تقييد مطلقات حرمة الكذب بما دل على جوازه فى موارد خاصة.

و التحقيق أنه لا وجه لرفع اليد عن المطلقات الدالة على جواز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمة من الهلكة، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه عن التلف، فقد ذكرنا فى مبحث التعادل و الترجيح من علم الأصول أن من المرجحات فى الدليلين المتعارضين بالعموم من وجه ان يلزم من تقديم أحدهما إلغاء العنوان المأخوذ فى الدليل الآخر على سبيل الموضوعية بخلاف العكس، و قد مثلنا له فى بعض المباحث السابقة «١» بأثلة متعددة، و واضح أن ما نحن فيه من هذا القبيل، فان المطلقات المذكورة دلت على جواز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمة، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه، و هى مشتركة مع رواية سماعه و ما فى معناها فى تجويز الحلف كاذبا للإكراه و الاضطرار، و إنما تمتاز المطلقات عن رواية سماعه و ما يساويها فى المضمون باشمالها على جواز الحلف الكاذب فى غير موارد الخوف و الاضطرار أيضا.

و عليه فلو قدمنا رواية سماعه و ما فى مضمونها على المطلقات المزبورة، و حكمنا لذلك بحرمة الحلف كاذبا فى غير موارد الإكراه و الاضطرار لكانت العناوين المأخوذة فى تلك

(١) ص ٩٩ و ص ١٠٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٨

المطلقات: أعنى حفظ النفس و المال لنفسه أو لأخيه كلها لاغية.

و اما لو قدمنا المطلقات و حفظنا العناوين المذكورة فيها فإنه لا يلزم منه إلا إلغاء المفهوم فقط عن رواية سماعه و ما فى معناها. و

نتيجة ذلك أنه يجوز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمة، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه على وجه الإطلاق، فيقيد بها ما دل على حرمة الكذب على وجه الإطلاق.

لا يقال: إن حرمة الكذب ذاتية، لاستقلال العقل بقبحه، فليست قابلة للتخصيص، و أما ارتكابه في موارد الضرورة فلأن العقل يستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين.

فإنه يقال: قد عرفت أننا أن العقل لا يستقل بقبح الكذب في نفسه إلا إذا ترتبت عليه المفسدة، فلا تكون حرمة ذاتية لا تقبل التخصيص، فيكشف من تجويز الشارع الكذب في بعض الموارد أنه ليس بقبيح، لا أنه من باب حكم العقل بارتكاب أقل القبيحين. و قد وجه المصنف كلام المشهور بوجهين: الأول: أن الكذب حرام، و مع التمكن من التورية لا يحصل الاضطرار اليه، فيدخل تحت العمومات.

الثاني: أن قبح الكذب عقلي، فلا يسوغ إلا مع عروض عنوان حسن عليه يغلب على قبحه، و هذا لا يتحقق إلا مع العجز عن التورية. و لكن قد ظهر أنك مما قدمناه أننا ضعف الوجهين المذكورين.

و أما المطلقات الدالة على جواز الكذب للإصلاح فلا- معارضة بينها و بين رواية سماعه و ما في معناها، و وجه ذلك أن تلك المطلقات إنما دلت على جواز الكذب للإصلاح، و رواية سماعه و ما في مضمونها إنما دلت على حرمة الحلف كاذبا في غير موارد الإكراه و الاضطرار و الخوف، فلا وجه لوقوع المعارضة بينهما كما يرومه المصنف.

لا- يقال: ان ما دل على جواز الحلف كاذبا لحفظ النفس و المال دل على جواز الكذب لهما بطريق الأولوية كما أشرنا إليه سابقا، و عليه فتقع المعارضة بينهما و بين رواية سماعه و ما في مضمونها في مطلق الكذب أيضا.

فإنه يقال: لا منافاة بين جواز الكذب لحفظ النفس و المال و بين مفهوم رواية سماعه من تخصيص حرمة الحلف كاذبا بغير موارد الإكراه و الاضطرار.

قوله ثم ان أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم القدرة على التورية (الخ)

أقول: حاصل كلامه: أن أكثر الأصحاب قيدوا جواز الكذب بعدم التمكن من التورية و مع ذلك فقد أطلقوا القول بفساد ما أكره عليه من العقود و الإيقاعات، و لم يقيدوا ذلك بعدم القدرة على التورية، و صرح الشهيد الثاني (ره) في الروضة و لك في باب الطلاق مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٠٩

بعدم اعتبار العجز عنها، بل في كلام بعضهم دعوى الاتفاق عليه.

و قد أورد المصنف على ذلك بأن المكروه على البيع إنما أكره على التلفظ بصيغة البيع، و لم يكره على حقيقته، فالإكراه على البيع الحقيقي يختص بغير القادر على التورية، كما ان الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها، و عليه فإذا أكره على البيع فلم يورّ مع قدرته على التورية فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره، فيكون صحيحا.

و أجاب عن هذا الإيراد بوجود الفارق بين المقامين، و حاصله: أن ما أكره عليه في باب المعاملات إنما هو نفس المعاملة و واقعها، و الأخبار الدالة على رفع ما استكره عليه كحديث الرفع و نحوه لم تقيد ذلك بعدم القدرة على التورية، فإذا أوجد المكروه المعاملة فقد أوجد نفس ما أكره عليه، و يرتفع أثره بالإكراه. و هذا بخلاف الكذب، فإنه لا- يجوز إلا- في مورد الاضطرار، و من المعلوم أن الاضطرار لا يتحقق مع التمكن من التورية.

و فيه أولا: أنه لا فارق بين الإكراه و الاضطرار، لأن الإكراه في اللغة حمل المكروه على أمر و إجباره عليه من غير رضی منه، و لا شبهة في أن هذا المعنى لا يتحقق إذا أمكن التفصي، كما هو الحال في الاضطرار.

و ثانيا: أنا لو لم نعتبر في مفهوم الإكراه أن لا يتمكن المكروه من التفصي فإن لازم ذلك جواز ارتكاب المحرمات إذا أكره عليها و إن كان قادرا على التخلص، كما إذا أكرهه أحد على شرب الخمر، و كان متمكنا من هراقتها على جيبه. و كما إذا أكرهه جائر على أخذ

أموال الناس بالظلم والعدوان، و كان متمكنا من أن يدفع مال الظالم اليه، و يوهمه أنه إنما يعطيه من مال غيره، و لا شبهة في حرمة الارتكاب في أمثال هذه الصور. هذا كله بناء على المشهور، كما نسبه المصنف الى ظاهرهم من تقييد جواز الكذب بعدم القدرة على التورية و التحقيق أن يفصل بين الأحكام التكليفية و بين الأحكام الوضعية في باب المعاملات العقود منها و الإيقاعات. أما الأحكام التكليفية و جوبية كانت أم تحريمية فان تنجزها على المكلفين، و وصولها إلى مرتبة الفعلية لتبعثهم على الإطاعة و الامتثال مشروطة بالقدرة العقلية و الشرعية، و اختلاف الدواعي في ترك الواجبات و ارتكاب المحرمات لا يؤثر في تبديلها أو في رفعها بوجه. و مثال ذلك: أن شرب الخمر مع التمكن من تركه حرام و إن كان شربه بداعي رفع العطش أو غيره من الدواعي عدا الإسكار، كما أن المناط في رفع الأحكام التكليفية هو عدم القدرة على الامتثال و لو بالتورية و نحوها. مثلا إذا أكره الجائر أحدا على شرب الخمر و لم يتمكن المجبور من تركه بالتورية أو بطريق آخر، فإن الحرمة ترتفع بحديث الرفع مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٠

و نحوه. و أما إذا تمكن من موافقة التكليف بالتورية، أو بجهة أخرى فلا موجب لسقوط الحرمة. نعم ظاهر جملة من الروايات الماضية، و جملة أخرى من الروايات الآتية هو جوار الكذب و الحلف الكاذب في موارد خاصة على وجه الإطلاق حتى مع التمكن من التورية، و عليه فيمتاز حكم الكذب بذلك عن بقية الأحكام التكليفية. و من هنا ظهر ضعف قول المصنف (إن الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات). و أما الأحكام الوضعية في المعاملات، كصحة العقود و الإيقاعات أو فسادهما فهي تدور من حيث الوجود و العدم مدار أمرين: الأول: كون المتعاملين قادرين على المعاملة بالقدرة التي هي من الشرائط العامة المعتبرة في جميع الأحكام. الثاني: صدور إنشاء المعاملة عن الرضى و طيب النفس، لآية التجارة عن تراض، و الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال غيره إلا بطيب النفس و الرضى، فإذا انتفى أحد الأمرين فسدت المعاملة، و لم تترتب عليها الآثار. و عليه فلو أكره الظالم أحدا على بيع أمواله فباعها بغير رضى و طيب نفس كان البيع فاسدا سواء تمكن المكره في دفع الإكراه من التورية أم لم يتمكن، و إذا باعها عن طيب نفس كان البيع صحيحا. و على الاجمال فالمناط في صحة المعاملات صدورها عن طيب النفس و الرضى.

تذييل

لا شبهة في عدم ثبوت أحكام المكره على المضطر في باب المعاملات، و وجه ذلك أن حديث الرفع إنما ورد في مقام الامتثال على الأمة. و على هذا فلو اضطر أحد إلى بيع أمواله لأداء دينه، أو لمعالجة مريضه، أو لغيرهما من حاجاته فان الحكم بفساد البيع ح مناف للامتثال، و أما الإكراه فليس كك. كما عرفت. قوله نعم يستحب تحمل الضرر المالي الذي لا يجحف. أقول: حاصل كلامه:

أنه يستحب تحمل الضرر المالي الذي لا يجحف، و التجنب عن الكذب في موارد جوازه لحفظ المال، و حمل عليه قول أمير المؤمنين «ع» في نهج البلاغة «١»: (علامة الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك).

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١٤١ جواز الكذب في الإصلاح من عشرة الحجج ص ٢٣٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١١

و فيه أنه لا دليل على ثبوت هذا الاستحباب، فان الضرر المالي إن بلغ إلى مرتبة يعد في العرف ضررا جاز الكذب لدفعه، و إلا فهو

حرام، لانصراف الأدلة المجوزة عن ذلك، فلا دليل على وجوب الواسطة بينهما لكي تكون مستحبة، و أما قوله «ع» في نهج البلاغة فأجنى عن الكذب الجائر الذي هو مورد كلامنا، بل هو راجع الى الكذب المحرم، و أن يتخذ الإنسان وسيلة لانتفاعه، و من الواضح جدا أن ترك ذلك من علائم الايمان.

و يؤيد ما ذكرناه تقابل الصدق المضر مع الكذب النافع فيه، لأن الظاهر من الكذب النافع هو ما يكون وسيلة لتحصيل المنافع، و يكون المراد من الصدق المضر عدم النفع، لكثرة إطلاق الضرر عليه في العرف.

و عليه فشان الحديث شأن ما ورد «١» من أنه (لا يزني الزاني حين يزني و هو مؤمن و لا يسرق السارق حين يسرق و هو مؤمن).

نعم يمكن الاستدلال على الاستحباب بناء على التسامح في أدلة السنن بقوله «ع» «٢»:

(اجتنبوا الكذب و إن رأيتم فيه النجاة. فإن فيه الهلكة). و لكن مفاد الحديث أعم مما ذكره المصنف.

الأقوال الصادرة عن الأئمة (ع) تقيّة

لا خلاف بين المسلمين، بل بين عقلاء العالم في جواز الكذب لإنجاء النفس المحترمة.

قال الغزالي «٣»: (فمهما كان في الصدق سفك دم امرئ مسلم فالكذب فيه واجب). و قد تقدمت «٤» دلالة جملة من الآيات و الروايات على هذا. بل هو من المستقلات العقلية، و من الضروريات الدينية التي لا خلاف فيها بين المسلمين، و على ذلك فمن أنكره كان منكرا لإحدى ضروريات الدين، و لحقه حكم منكر الضروري من الكفر، و وجوب القتل، و بينونة الزوجة، و قسمة الأموال.

(١) راجع ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشة ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافي باب القمار ص ٣٦. و ج ٣ نل باب تحريم الزناء من النكاح المحرم ص ٣٩ و ٤٠. و ج ٢ نل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٣ و ص ٤٦٤، و ج ٢ مرآة العقول ص ٢٥٦ و ص ٢٦٠.

(٢) مرسله. راجع ج ٢ المستدرک باب ١٢٠ تحريم الكذب من عشرة الحجج ص ١٠٠

(٣) راجع ج ٣ إحياء العلوم بيان ما رخص فيه من الكذب ص ١٢١.

(٤) في البحث عن جواز الكذب لدفع الضرورة ص ٤٠٣ و ص ٤٠٤ و ٤٠٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٢

و إذا عرفت ذلك فقد اتضح لك الحال في الأقوال الصادرة عن الأئمة «ع» في مقام التقيّة، فإننا لو حملناها على الكذب السائغ لحفظ أنفسهم و أصحابهم لم يكن بذلك بأس، مع أنه يمكن حملها على التورية أيضا كما سيأتي.

و بذلك يتجلى لك افتضاح الناصبي المتعصب إمام المشككين، حيث لهج بما لم يلهج به البشر، و قال في خاتمة محصل الأفكار حاكيا عن الزنديق سليمان بن جرير: إن أئمة الرافضة وضعوا القول بالتقيّة لئلا يظفر معها أحد عليهم، فإنهم كلما (أرادوا شيئا تكلموا به فإذا قيل لهم هذا خطأ أو ظهر لهم بطلانه قالوا: إنما قلناه تقيّة).

على أن التفوه بذلك افتراء على الأئمة الطاهرين الذين أذهب الله عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا. قال الله تعالى «١»: (إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكُذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالآيَاتِ اللَّهِ وَ أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ).

قوله الأقوال الصادرة عن أئمتنا في مقام التقيّة.

أقول: حاصل مراده أن ما صدر عن الأئمة «ع» تقيّة في بيان الأحكام و إن جاز حمله على الكذب الجائر حفظا لأنفسهم و أصحابهم عن الهلاك. و لكن المناسب لكلامهم و الأليق بشأنهم حمله على إرادة خلاف ظاهره من دون نصب قرينة على المراد الجدي، كأن يراد من قولهم «٢»: لا بأس بالصلاة في ثوب أصابه خمر جواز الصلاة في الثوب المذكور مع تعذر غسله و الاضطرار الى لبسه.

و يؤيده تصريحهم «ع» بإرادة المحامل البعيدة في بعض المقامات، ففي رواية عمار عن أبي عبد الله «ع» «٣»: (فقال له رجل: ما تقول

في النوافل؟ قال: فريضة، قال: ففرعنا و فرع الرجل فقال أبو عبد الله: إنما أعنى صلاة الليل على رسول الله «ص». وفيه أنك قد عرفت أنفا عدم استقلال العقل بقبح الكذب في جميع الموارد، وإنما هو تابع للدليل الشرعي، و عليه فمهما حرمه الشارع يكشف منه أنه قبيح، و مهما ورد الدليل على جوازه يكشف منه أنه ليس بقبيح. و حينئذ فالكذب الجائر و التورية سواء في الإباحة و لا ترجيح لحمل الأخبار الموافقة للتقية على الثاني. قوله و من هنا يعلم أنه إذا دار الأمر في بعض المواضع إلخ. أقول: ملخص كلامه: أنه إذا ورد عن الأئمة «ع» أمر و ترددنا بين أن نحمله على الوجوب بداعي التقية

(١) سورة النحل، آية: ١٠٧.

(٢) راجع ج ١ ثل باب ٣٨ نجاسة الخمر من أبواب النجاسات ص ٢٠٠.

(٣) راجع ج ١ ثل باب ١٦ جواز ترك النوافل من أبواب أعداد الفرائض و النوافل ص ٢٢٠. و ج ٥ الوافي ص ٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٣

أو على الاستحباب بداعي بيان الواقع تعين الحمل على الثاني: بأن يراد من الأمر معناه المجازي أعنى الاستحباب من دون نصب قرينه ظاهرة.

و مثاله أن يرد أمر بالوضوء عقيب ما يعده العامة «١» حدثا و ناقضا للوضوء، كالمذى و الودى و مس الفرج و الأنتيين و غيرها من الأمور التي يراها العامة إحدانا ناقضة للوضوء فإنه يدور الأمرح بين حمله على الوجوب بداعي التقية و بين حمله على الاستحباب بداعي بيان الواقع، و من المعلوم أن الحمل على الثاني أولى، إذ لم يثبت من مذهب الشيعة عدم استحباب الوضوء عقيب الأمور المذكورة، و لكن ثبت عندهم أنها لا تنقض الوضوء جزما، و عليه فتأدى التقية بإرادة المجاز و إخفاء القرينة. أقول: لله در المصنف حيث أشار بكلامه هذا إلى قاعدة كلية و ضابطة شريفة، تتفرع عنها فروع كثيرة، و من شأنها أن يبحث عنها في علم الأصول في فصل من فصول أبحاث الأوامر.

و تحقيق الكلام فيها أن ما يدور أمره بين الحمل على التقية و بين الحمل على الاستحباب على ثلاثة أقسام، الأول: أن يكون ظهوره في بيان الحكم الوضعي المحض، كما إذا ورد عنهم «ع» أن الرعاف أو الحجامه مثلا من النواقض للوضوء، فإنه لا ريب في حمل هذا القسم على التقية: بأن يكون المراد أنها ناقضة حقيقة للوضوء، و لكن صدور هذا الحكم بداعي التقية، لا بداعي الإرادة الجديدة. الثاني: أن يدل بظهوره على الحكم التكليفي المولوي المحض، كما إذا فرضنا أن قراءة الدعاء عند رؤية الهلال واجبة عند العامة و مستحبة عندنا، و وردت رواية من أئمتنا «ع» ظاهرة في الوجوب، فإن الأمر حينئذ يدور بين حمل هذه الرواية على الوجوب بداعي التقية و بين حملها على الاستحباب بداعي الجد. غاية الأمر أن الامام «ع» لم ينصب قرينه على مراده الجدى.

و على هذا فبناء على مسلك المصنف من كون الأمر حقيقة في الوجوب و مجازا في غيره يدور الأمر بين حمله على التقية في بيان الحكم، و رفع اليد عن المراد الجدى: أعنى الاستحباب أو حمله على الوجوب الخاص أعنى الوجوب حال التقية، و رفع اليد عن ظهور الأمر في الوجوب المطلق بأن يكون المراد أن قراءة الدعاء عند رؤية الهلال واجبة حال التقية، أو حمله على الاستحباب و رفع اليد عن ظهور الكلام في الوجوب من دون نصب قرينه على ذلك، و حيث لا مرجح لأحد الأمور الثلاثة بعينه، فيكون الكلام مجملا.

(١) راجع ج ١ سنن البيهقي جماع أبواب الحدث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٤

و أما بناء على ما حققناه في محله من أن الأمر موضوع لواقع الطلب: أعنى إظهار الاعتبار النفساني على ذمة المكلف، فما لم يثبت

الترخيص من الخارج فان العقل يحكم بالوجوب و إذا ثبت الترخيص فيه من القرائن الخارجية حمل على الاستحباب، و عليه فلا مانع من حمل الأمر بقراءة الدعاء عند رؤية الهلال على الاستحباب، للقطع الخارجى بعدم وجوبها عند رؤية الهلال، فيتعين الاستحباب، إذ ليس هنا احتمال آخر غيره لكى يلزم الاجمال.

الثالث: ان يكون الكلام الصادر عن الامام «ع» ظاهرا فى بيان الحكم التكليفى، إلا انه فى الواقع بيان للحكم الوضعى الصرف، كما إذا ورد الأمر بالوضوء عقيب المذى و الودى و مس الفرج و الأثنين أو غيرها من الأمور التى يراها العامة إحداثا ناقضة للوضوء فإن الأمر فى هذه الموارد إرشاد إلى ناقضية الأمور المذكورة للوضوء، كما ان الأمر بالوضوء عقيب البول و النوم إرشاد الى ذلك أيضا، و ح فيدور الأمر بين حمله على ظاهره من الناقضية بداعى التقية، لا الجد، و بين حمله على الاستحباب، فالظاهر هو الأول، فإن حمله على الثانى يستلزم مخالفة الظاهر من جهتين:

الاولى: حمل ما هو ظاهر فى الإرشاد إلى الناقضية على خلاف ظاهره من إرادة الحكم التكليفى. الثانية: حمل ما هو ظاهر فى الوجوب على الاستحباب. و أما لو حملناه على التقية فلا يلزم منه إلا مخالفة الظاهر فى جهة واحدة، و هى حمل الكلام على غير ظاهره من المراد الجدى.

جواز الكذب لإرادة الإصلاح

قوله الثانى من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح.

أقول: لا شبهة فى جواز الكذب للإصلاح بين المتخاصمين فى الجملة عند الفريقين نصا [١] و فتوى، و تفصيل ذلك

[١] فى كا بهامش مرآة العقول ص ٣٢٦. و ج ٣ الوافى ص ١٥٧. و ج ٢ نل باب ١٤١ جواز الكذب فى الإصلاح من عشرة الحجج ص ٢٣٤: عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله «ع» قال: الكلام ثلاثة صدق و كذب و إصلاح بين الناس الحديث. مرسل. و عن عيسى بن حسان قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: كل كذب مسئول عنه صاحبه يوما إلا كذبا فى ثلاثة: رجل كائد فى حربته فهو موضوع عنه أو رجل أصلح بين اثنين يلقى هذا بغير ما يلقى به هذا يريد بذلك الإصلاح فيما بينهما أو رجل وعد أهله شيئا و هو لا يريد ان يتم لهم. مجهولة بعيسى بن حسان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٥

ان النزاع و البغضاء بين المتخاصمين تارة يكون من كلا الطرفين: بأن يكون كل منهما حربا للآخر، و قاصدا لإيقاع الضرر به، و اخرى يكون الحقد و النفاق من طرف واحد، كأن وشى اليه تمام على أخيه كاذبا فحقد عليه، و كلا القسمين مشمولان لإطلاق ما دل على جواز الكذب فى مورد الإصلاح.

و يمكن الاستدلال على جواز الكذب للإصلاح بقوله تعالى «١»: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوِيكُمْ) أى أصلحوا بين المؤمنين إذا تخاصموا و تقاتلوا (وَ اتَّقُوا اللَّهَ) فى ترك العدل و الإصلاح (لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) فإن إطلاق الآية يشمل الإصلاح بالكذب أيضا و ح فتكون الآية معارضة لعموم ما دل على حرمة الكذب بالعموم من وجه، و بعد تساقطهما فى مادة الاجتماع: أعنى الكذب للإصلاح يرجع الى البراءة، أو الى عموم المصلح ليس بكذاب، فإنه ينفى الكذب عن المصلح على سبيل الحكومة.

و لا فرق فى جواز الكذب للإصلاح بين ان يكون المصلح احد المتخاصمين أو غيرهما، و يدل على تأكد الحكم فى الأول بعض الأحاديث الواردة فى حرمة هجران المؤمن فوق ثلاثة أيام. كقوله «ع» فى رواية حمران [١]: (ما من مؤمنين اهتجرا فوق ثلاث إلا برأت منهما فى الثالثة قيل: هذا حال الظالم فما بال المظلوم؟ فقال: ما بال المظلوم لا يصير الى الظالم فيقول: أنا الظالم حتى يصلح).

و من الواضح جدا ان قول المظلوم: انا الظالم كذب، و قد ذمه الإمام «ع» على تركه فيكون مستحبا مؤكدا.

قوله ورد في أخبار كثيرة جواز الوعد الكاذب مع الزوجة، بل مطلق الأهل)

. أقول: إن كان الوعد على سبيل الإنشاء فهو خارج عن الكذب موضوعا على ما عرفته سابقا. وإن كان على سبيل الإخبار، و لم يحرز المتكلم تحقق المخبر به في ظرفه فهو

و عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله «ع» قال: المصلح ليس بكذاب. صحيحة. و غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المذكورة. و في ج ٢ المستدرک ص ١٠١. و ج ١٥ البحار كتاب الكفر ص ٤١. و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٩٧ ليس الكاذب من أصلح بين الناس فقال: خيرا أو نمى خيرا. و غير ذلك من أحاديث العامة. [١] مجهولة بمحمد بن حمران. راجع ج ٢ ثل باب ١٤٤ تحريم هجران المؤمن من عشرة الحج ص ٢٣٥.

(١) سورة الحجرات، آية: ١٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٦

كذب محرم على صورة الوعد، كما عرفت في البحث عن حكم خلف الوعد.

و لكن ظاهر جملة من الروايات التي تقدم بعضها في البحث عن جواز الكذب للإصلاح هو جواز الوعد الكاذب للزوجة، بل لمطلق الأهل، و عليه فيقيد بها ما دل على حرمة الكذب، كما يقيد بها أيضا ما دل على وجوب الوفاء بالوعد لو قلنا به، و الله العالم. إلا أن يقال بعدم صلاحية ذلك للتقييد، لضعف السند.

حرمة الكهانة

إشارة

قوله التاسعة عشرة: الكهانة).

أقول: ما هي الكهانة؟ و ما حكم الرجوع الى الكاهن؟ و ما حكم الإخبار عن الأمور المستقبلية؟.

أما الكهانة فهي في اللغة [١] الإخبار عن الكائنات في مستقبل الزمان، و قيل هي عمل يوجب طاعة الجان للكاهن، و من هنا قيل: إن الكاهن من كان له رأى من الجن يأتيه الأخبار. و هي قريبة من السحر أو أخص منه. و العراف [٢] هو المنجم و الكاهن، و قيل: العراف كالكاهن، إلا ان العراف يختص بمن يخبر عن الأحوال المستقبلية، و الكاهن بمن يخبر عن الأحوال الماضية. و كيف كان فالكهانة على قسمين:

الأول: ان يخبر الكاهن عن الحوادث المستقبلية لاتصاله بالشياطين القاعدين مقاعد

[١] في تاج العروس: كهن له قضى بالغيب، و في التوشيح: الكهانة بالفتح، و يجوز الكسر ادعاء علم الغيب. قال ابن الأثير: الكاهن الذي يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان، و يدعى معرفة الأسرار. فمنهم من يزعم ان له تابعا من الجن و رأيا يلقي اليه الأخبار. و منهم من كان يزعم انه يعرف الأمور بمقدمات و أسباب يستدل بها على مواقعها. و هذا يخصونه باسم العراف الذي يدعى معرفة الشيء المسروق و مكان الضالة و نحوها. و في مجمع البحرين: ان الكهانة كانت في العرب قبل البعث فلما بعث النبي (ص) حرست السماء و بطلت الكهانة. و عمل الكهانة قريب من السحر أو أخص منه.

[٢] في تاج العروس: العراف كشداد، قال ابن الأثير: العراف المنجم، أو الذي يدعى علم الغيب.

و في مفردات الراغب: العراف كالكاهن إلا- أن العراف يختص بمن يخبر بالأحوال المستقبلية و الكاهن بمن يخبر عن الأحوال الماضية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٧

استراق السمع من السماء، فيطلعون على أسرارها، ثم يرجعون إلى أوليائهم لكي يؤديها إليهم.

الثاني: ان يخبر الكاهن عن الكائنات الأرضية، و الحوادث السفلية لاتصاله بطائفة من الجن و الشياطين التي تلقى إليه الأخبار الراجعة إلى الحوادث الأرضية فقط، لأن الشياطين قد منعت عن الاطلاع الى السماء و أخبارها بعد بعثه النبي (ص).

و في خبر الاحتجاج [١] أطلق لفظ الكاهن على كلا القسمين، أما إطلاقه على القسم الأول فهو صريح جملة من فقراته. و أما إطلاقه على القسم الثاني فقد وقع منه في فقرتين:

الأولى: قوله «ع»: (لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشياطين و يؤديه إلى الكاهن و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف).

الثانية: قوله «ع»: بعد ما ذكر أن الشياطين كانوا يسترقون أخبار السماء، و يقذفونها الى الكاهن: (فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة و اليوم إنما يؤدي الشيطان الى كهانها أخبارا للناس مما يتحدثون به- الى أن قال:- ما يحدث في البعد من الحوادث).

فقد أطلق الكاهن في هاتين الفقرتين على المخبر عن الكائنات السفلية بواسطة الشياطين.

و لا ينافيه قوله «ع»: (انقطعت الكهانة). فإن المراد منها هو الكهانة الكاملة: أعنى القسم الأول.

و تدل على حرمة كلا القسمين مضافا الى خبر الاحتجاج المتقدم جملة من الروايات من طرق الخاصة [٢].

[١] ص ١٨٥ فيما احتج الصادق «ع» على الزنديق. مرسله.

[٢] في ج ٢ ثل باب ٥٤ تحريم إتيان العراف مما يكتسب به ص ٥٤٥ في حديث المناهي إن رسول الله (ص) نهى عن إتيان العراف و قال: من أتاه و صدقه فقد برىء مما أنزل الله على محمد (ص). ضعيفة لشعيب بن واقد.

و عن الخصال عن الصادق «ع» من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد (ص).

ضعيفة لأبي حمزة. و غير ذلك من الروايات المذكورة في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٤. و في ج ١ كا باب ٤٢ السحت من المعيشة ص ٣٦٣. و ج ١٠ الوافي ص ٤٢. و ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به ص ٥٢٧: عن السكوني عن أبي عبد الله «ع» جعل

من السحت أجر الكاهن. ضعيفة للنوفلي.

و في ج ٢ ثل باب ١٦٤ تحريم النيمة من عشرة الحج ص ٢٤١: عن المجالس عن الصادق «ع»: أربعة لا يدخلون الجنة: الكاهن إلخ. ضعيفة بأبي سعيد هاشم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٨

و من طرق العامة «١» و قد تقدم بعضها في البحث عن حرمة التنجيم و السحر.

حرمة الرجوع الى الكاهن

و أما الرجوع الى الكاهن، و العمل بقوله، و ترتيب الأثر عليه في الأمور الدينية، و الاستناد إليه في إثبات أمر أو نفيه فلا شبهة في حرمة، بل لا خلاف فيها بين المسلمين، لكونه افتراء على الله، و عملا بالظن الذي لا يغني عن الحق شيئا.

و تدل على الحرمة أيضا جملة من روايات الفريقين الناهية عن إتيان الكاهن و العراف فإن الإتيان إليهم كناية عن تصديقهم، و العمل

بقولهم، كما في تاج العروس قال: (من أتى كاهنا أو عرافا إلخ: أى صدقهم). وقد عرفت أن العراف يصدق عليه الكاهن. وفي رواية الخصال أن (من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد «ص»): أى من جاء الى الكاهن و أخذ منه الرأى فليس بمسلم «و قد تقدمت الإشارة الى هذه الروايات فى الحاشية».

حكم الإخبار عن الأمور المستقبلية

و أما الإخبار عن الأمور المستقبلية جزما فيقع البحث عن حكمه تارة من حيث القاعدة، و اخرى من حيث الرواية. أما الأول فقد يكون المخبر عن الحوادث الآتية شاكا فى وقوعها فى مستقبل الزمان. وقد يكون جازما بذلك. أما الأول فلا شبهة فى حرمة، لكونه من الكذب المحرم و من القول بغير علم. و قد عرفت فى البحث عن حكم خلف الوعد أن المخبر ما لم يكن جازما بوقوع المخبر به فى الخارج فهو كاذب فى إخباره. نعم لو صادف الواقع فى هذه الحال كان حراما من جهة التجرى.

و أما الثانى فلا وجه لحرمة، فإنه خارج عن الكذب و عن القول بغير علم موضوعا و حكما و لكن المصنف التزم بحرمة لأمر: الأول: خبر الهيثم [١]: (قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: إن عندنا بالجزيرة رجلا ربما

[١] صحيحة. راجع ج ٢ ثل باب ٥٤ تحريم إتيان العراف مما يكتسب به ص ٥٤٥.

(١) راجع ج ٨ سنن البيهقى باب ما جاء فى النهى عن الكهانة ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤١٩

أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك ففسأله؟ فقال: قال رسول الله (ص): من مشى الى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب) بدعوى أن الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا، سواء أ كان بالكهانة أم بغيرها، لأنه «ع» حصر المخبر بالشيء الغائب بالساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكل حراما. و فيه أولا: أن الرواية بقرينة السؤال ظاهرة فى الإخبار عن الأمور الماضية من السرقة و الضالة و نحوها، و لا إشكال فى جواز الإخبار عن الأمور الماضية إذا كان المخبر جازما بوقوعها، و إنما الكلام فى الإخبار على سبيل الجزم على الحوادث الآتية، فمورد الرواية أجنبى عن محل الكلام.

و ثانيا: لا- دلالة فى الرواية على انحصار المخبر عن الأمور المغيبة بالكاهن و الساحر و الكذاب، بل الظاهر منها أن الإخبار المحرم منحصر بإخبار هذه الطوائف الثلاث.

فالإمام «ع» بين ضابطة حرمة الإخبار عن الغائبات، و نظيره ما إذا سئل أحد عن حرمة شرب العصير التمرى؟ فأجاب بأن الحرام من المشروبات إنما هو الخمر و النبيذ و العصير العنبى إذا غلى، فان هذا الجواب لا يدل على حصر جميع المشروبات بالمحرم، و إنما يدل على حصر المشروبات المحرمة بالأمور المذكورة. و إذن فلا دلالة فى الرواية على حرمة مطلق الإخبار عن الأمور المستقبلية و لو من غير الكاهن و الساحر و الكذاب.

و ثالثا: أن غاية ما تدل عليه الرواية أن تصديق المخبر فى إخباره حرام، لأنه غير حجة و أما حرمة إخبار المخبر فلا تدل الرواية على حرمة، كما هو الحال فى إخبار الفاسق و غيره فيما لا يكون قوله حجة.

الثانى: قوله «ع» فى حديث المناهى المتقدم فى الهامش: (إنه نهى عن إتيان العراف و قال: من أتاه و صدقه فقد برىء مما أنزل الله على محمد «ص»). بدعوى أن المخبر عن الغائبات فى المستقبل كاهن و يختص باسم العراف.

وفيه أولاً: أنه ضعيف السند. وثانياً: أن إتيان العراف كناية عن العمل بقوله، و ترتيب الأثر عليه، كما عرفته آنفاً، فلا دلالة فيه على حرمة الإخبار عن الأمور المستقبلية بأى نحو كان.

الثالث: قوله «ع»: في بعض الأحاديث [١]: (لثلا- يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي إلخ). فإن الإخبار عن الغائبات والكائنات في مستقبل الزمان من الأمور تشاكل الوحي

[١] مرسل. راجع الاحتجاج فيما احتج به الصادق «ع» على الزنديق ص ١١٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٠

و من المقطوع به أنه مبعوض للشارع.

وفيه أن الممنوع في الرواية هو الإخبار عن السماء بوساطة الشياطين، فإنهم كانوا يقعدون مقاعد استراق السمع من السماء، و يطلعون على مستقبل الأمور، و يحملونها إلى الكهنة، و يثونها فيهم، و قد منعوا عن ذلك بالشهاب الثاقب لثلا يقع في الأرض ما يشاكل الوحي. و أما مجرد الإخبار عن الأمور الآتية بأى سبب كان فلا يرتبط بالكهانة. قوله فتبين من ذلك إلخ.

أقول: حاصل كلامه: أن المتحصل مما ذكرناه هو حرمة الإخبار عن الغائبات من غير نظر في بعض ما صح اعتباره، كنبذ من الرمل و الجفر و فيه أن المناط في جواز الإخبار عن الغائبات في مستقبل الزمان إنما هو حصول الاطمئنان بوقوع المخبر به كما عرفت. و عليه فلا فرق بين الرمل و الجفر و غيرهما من موجبات الاطمئنان.

ثم إن ظاهر عبارة المصنف هو اعتبار بعض أقسام الرمل و الجفر. ولكنه عجيب منه (ره)!! إذ لم يقدّم دليل على اعتبارهما في الشريعة المقدسة غاية الأمر أنهما يفيدان الظن، و هو لا يغنى من الحق شيئاً.

حرمة اللهو في الجملة

إشارة

قوله العشرون: اللهو حرام.

أقول: لا- خلاف بين المسلمين قاطبة في حرمة اللهو في الجملة، بل هي من ضروريات الإسلام، و إنما الكلام في حرمة على وجه الإطلاق.

فظاهر جملة من الأصحاب، بل صريح بعضهم، و ظاهر بعض العامة أن اللهو حرام مطلقاً، فعن المحقق في المعتمد: (قال علمائنا: اللاهى بسفره كالمتزّه بصيده بطرا لا يترخص، لنا أن اللهو حرام، فالسفر له معصية).

و قال العلامة «١»: حرم الحلبي (الرمي عن قوس الجلاهدق و الإطلاق ليس بجيد، بل ينبغي التقييد بطلب اللهو و البطر). و في كلمات غير واحد من الأصحاب إن من سفر المعصية طلب الصيد للهو و البطر.

و في الرياض «٢» قد استدلل على حرمة المسابقة في غير الموارد المنصوصة بما دل على حرمة مطلق اللهو.

(١) راجع ج ٢ المختلف ص ١٦٤.

(٢) ج ٢ ص ٤١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢١

و عن المالكية «١» (إن كان الغرض من المسابقة المغالبة و التلهي فيكون حراما).

و قد استظهر المصنف من الأخبار الكثيرة حرمة اللهو على وجه الإطلاق، ثم قال:

(و لكن الإشكال في معنى اللهو فإن أريد به مطلق اللهو كما يظهر من الصحاح و القاموس فالظاهر أن القول بحرمة شاذ مخالف للمشهور و السيرة، فإن اللعب هي الحركة لا لغرض عقلائي، و لا خلاف ظاهرا في عدم حرمة على الإطلاق، نعم لو خص اللهو بما يكون من بطر و فسر بشدة الفرح كان الأقوى تحريمه).

و لكن الأخبار لا دلالة لها على حرمة اللهو على وجه الإطلاق فإنها على أربع طوائف:

الأولى «٢»: هي الروايات الدالة على وجوب الإتمام على المسافر إذا كان سفره للصيد للهوى، فقد يقال: إن هذه الطائفة تدل بالالتزام على حرمة اللهو أيضا، إذ لا نعرف وجهها لإتمام الصلاة هنا إلا كون السفر معصية للصيد للهوى.

و لكنه ضعيف، إذ غاية ما يستفاد من هذه الأخبار أن السفر للصيد للهوى لا يوجب القصر، فلا دلالة فيها على كون السفر معصية، إذ لا ملازمة بين وجوب الإتمام في السفر و بين كونه معصية، بل هو أعم من ذلك. و الى هذا ذهب المحقق البغدادي (ره).

الثانية: ما دل على أن اللهو من الكبائر، كما في حديث شرائع الدين عن الأعمش [١] قال المصنف: (حيث عد في الكبائر الاشتغال بالملهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار، فإن الملاهي جمع الملهي مصدر أو الملهي و صفا، لا الملهاة آله، لأنه لا يناسب التمثيل بالغناء).

و لكن يرد عليه أولا: أن هذه الرواية ضعيفة السند. و ثانيا: لا دلالة فيها على حرمة اللهو المطلق، بل الظاهر منها أن الحرام هو اللهو الذي يصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار و نحوهما.

و ثالثا: أن الظاهر من اللغة أن الملاهي اسم الآلات، فالأمر يدور بين رفع اليد عن

[١] ضعيفة لبكر بن عبد الله بن حبيب. و مجهولة لأحمد بن يحيى بن زكريا القطان و غيره من رجال السند.

راجع ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٠٥.

(١) راجع ج ٢ فقه المذاهب ص ٥١.

(٢) راجع ج ٥ الوافي باب من كان سفره باطلا ص ٣٢. و ج ١ ثل باب ٩ من خرج الى الصيد للهو من صلاة المسافر ص ٥٤٨. و ج ١ التهذيب أبواب الزيادات صلاة المسافر ص ١٨٤. و ج ١ المستدرک ص ٥٠٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٢

ظهوره و حملها على الفعل و بين رفع اليد عن ظهور الغناء و حمله على الغناء في آله اللهو، و لا وجه لترجيح أحدهما على الآخر، فتكون الرواية مجملة. بل ربما يرجح رفع اليد عن ظهور الغناء، كما يدل عليه عطف ضرب الأوتار على الغناء.

ثم إن رواية الأعمش لم يذكر فيها إلا عد الملاهي التي تصد عن ذكر الله من الكبائر.

و أما زيادة كلمة الاشتغال قبل كلمة الملاهي فهي من سهو قلم المصنف (ره)، و لو كانت النسخة كما ذكره لما كان له حمل الملاهي على نفس الفعل، فان الاشتغال بالملاهي من أظهر مصاديق الغناء.

الثالثة: الأخبار المستفيضة. بل المتواترة الدالة على حرمة استعمال الملاهي و المعازف، و في رواية العيون [١]: (الاشتغال بها من الكبائر). و في رواية عنبسة: (استماع اللهو و الغناء ينبت النفاق كما ينبت الماء الزرع). و قد تقدمت الإشارة إلى جملة منها، و الى مصادرها في مبحث حرمة الغناء.

و فيه أن هذه الروايات إنما تدل على حرمة قسم خاص من اللهو: أعنى الاشتغال بالملاهي و المعازف و استعمالها، و لا نزاع في

ذلك، بل حرمة هذا القسم من ضروريات الدين، بحيث يعد منكرها خارجا عن زمرة المسلمين، وإنما الكلام في حرمة اللهو على وجه الإطلاق، و واضح أن هذه الأخبار لا تدل على ذلك.

الرابعة: الأخبار الظاهرة ظهورا بدويا في حرمة اللهو مطلقا، كقوله «ع» في خبر العياشي: (كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر). وفي بعض روايات المسابقة «١»:

(كل لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث). وفي رواية أبي عباد: إن السماع في حيز الباطل و اللهو «و سندرها». وفي رواية عبد الأعلى «٢» في رد من زعم ان النبي (ص) رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم إلخ: (كذبوا إن الله يقول: لو أردنا أن نتخذ لهوا لاتخذناه من لدنا إلخ). وفي جملة من روايات الغناء أيضا ما يدل على أن اللهو من الباطل فإذا ضممنا ذلك الى ما يظهر من الأدلة من حرمة الباطل كجملة من الروايات الدالة على حرمة الغناء «٣» كانت النتيجة حرمة اللهو مطلقا.

و يرد عليه أن الضرورة دلت على جواز اللهو في الجملة، و كونه من الأمور المباحة، كاللعب بالسبحة أو اللحية أو الحبل أو الأحجار و نحوها، فلا يمكن العمل بإطلاق هذه

[١] ضعيفه كما تقدم في ص ٢٤٣. راجع المصدر المزبور من ج ٢ ثل.

(١) قد تقدما في ص ٣٧٠.

(٢) قد تقدم في ص ٣١٢.

(٣) قد أشرنا إلى مصادرها في ص ٣٠٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٣

الروايات على تقدير صحتها، و قد أشرنا إليه في مبحث حرمة القمار «١» و عليه فلا بد من حملها على قسم خاص من اللهو أعنى الغناء و نحوه، كما هو الظاهر، أو حملها على وصول الاشتغال بالأموار اللاغية إلى مرتبة يصد فاعله عن ذكر الله، فإنه ح يكون من المحرمات الإلهية.

و الحاصل: أنه لا دليل على حرمة اللهو على وجه الإطلاق، و مما ذكرناه ظهر أيضا أنا لا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف (ره) من تقوية حرمة الفرع الشديد.

اللعب و اللغو

قوله و اعلم أن هنا عنوانين.

أقول: قد فرق جمع من أهل الفروق بين اللهو و اللعب، و لا يهمننا التعرض لذلك، و إنما المهم هو التعرض لحكهما، و قد عرفت: أنه لا دليل على حرمة مطلق اللهو، و أما اللعب فان كان متحدا في المفهوم مع اللهو فحكمه هو ذلك، و إن كانا مختلفين مفهوما فلا بد من ملاحظة الأدلة الشرعية، فإن كان فيها ما يدل على حرمة اللعب أخذ به، و إلا فيرجع الى الأصول العملية.

و أما اللغو فذكر المصنف (ره) أنه إن أريد به ما يرادف اللهو كما يظهر من بعض الاخبار [١] كان في حكمه. و إن أريد به مطلق الحركات اللاغية فالأقوى فيها الكراهة أقول: لا دليل على حرمة مطلق اللغو سواء قلنا بكونه مرادفا للهو و الباطل كما هو الظاهر من أهل اللغة أم لا، لما عرفت من عدم الدليل على حرمة اللهو على وجه الإطلاق و أما ما ذكره من ظهور الروايات في مرادفة اللغو مع اللهو ففيه أن الروايات المذكورة ناظرة إلى اتحاد قسم خاص من اللغو مع قسم خاص من اللهو، و هو القسم المحرم، فلا دلالة فيها على اتحاد مفهومهما مطلقا. على انها ضعيفة السند.

[١] فى ج ٢ ثل باب ١٢٧ تحريم الغناء مما يكتسب به ص ٥٦٥: فى رواية محمد بن أبى عباد و كان مشتهرا بالسماع و يشرب النبيذ قال: سألت الرضا (ع) عن السماع؟ فقال:
 لأهل الحجاز فيه رأى و هو فى حيز الباطل و اللهو أما سمعت الله يقول: و إذا مروا باللغو مروا كراما. ضعيفة بأبى عباد و غيره.
 و يقرب من ذلك ما فى باب ١٢٩ تحريم سماع الغناء ص ٥٦٦ عن أبى أيوب الخزاز.
 ضعيف لسهل.

(١) ص ٣٧٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٤

و قد يقال: بحرمة اللغو على وجه الإطلاق لرواية الكابلى [١] فإن الإمام (ع) جعل فيها اللغو المضحك من جملة الذنوب التى تهتك العصم.
 و فيه أولاً: أنها ضعيفة السند، و مجهولة الرواة. و ثانياً: أن موضوع التحريم فيها هو اللغو الذى يكون موجبا لهتك عصم الناس و أعراضهم من الاستهزاء و السخرية و التعيير و الهجاء و نحوها من العناوين المحرمة.
 على أنه لا دليل على حرمة إضحاك الناس و إدخال السرور فى قلوبهم بالأمر المباحة و الجهات السائغة، بل هو من المستحبات الشرعية و الأخلاق المرضية فضلا كونه موجبا لهتك العصم، و إثارة للعداوة و البغضاء.
 و قد ذكر ابن أبى الحديد فى مقدمته شرح النهج فى على بن أبى طالب (ع): (و أما سجاحة الأخلاق و بشر الوجه و طلاقة المحيا و التسم فهو المضروب به المثل فيه حتى عابه بذلك أعداؤه). و كان الأصل فى هذا التعيب عمر بن الخطاب و عمرو بن العاص.
 و قد ظهر مما ذكرناه أنه لا يمكن الاستدلال على حرمة اللغو مطلقا بوصية النبى (ص) لأبى ذر [٢].
 ثم إن رواية الكابلى عدت شرب الخمر و اللعب بالقمار من جملة الذنوب التى تهتك العصم أما الأول فلأنه يجر الى التعرض لإعراض الناس، بل نفوسهم، فان شارب الخمر فى حال سكره كالمجنون الذى لا يبالى فى أفعاله و حركاته.
 و أما اللعب بالقمار فلأنه يورث العداوة بين الناس، حيث تؤخذ به أموالهم بغير عوض و استحقاق. و قد أشير إلى كلا الأمرين فى الآية [٣].

[١] فى ج ٢ ثل باب ٤١ تحريم التظاهر بالمنكرات من الأمر بالمعروف ص ٥١١: عن زين العابدين (ع) الذنوب التى تهتك العصم شرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطى ما يضحك الناس من اللغو و المزاح. مجهولة بأحمد بن الحسن القطان و أحمد بن يحيى، و ضعيفة ب بكر ابن عبد الله بن حبيب.

[٢] يا أبا ذر و أن الرجل يتكلم بالكلمة فى المجلس ليضحكهم بها فيهوى فى جهنم ما بين السماء و الأرض. ضعيفة لما تقدم فى ص ٣٨٧. راجع ج ١٤ الوافى ص ٥٦.

[٣] إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة إلخ. و قد تقدمت فى ص ٣٦٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٥

قوله الحادية والعشرون: مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم.

أقول: حكى المصنف أن العلامة عد مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم في عداد المكاسب المحرمة ثم وجه كلامه بوجوه:
الأول: حكم العقل بقبح ذلك. الثاني: قوله تعالى «١»: (وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَمَا تَمْسُكُمُ النَّارُ). الثالث: ما رواه الصدوق عن النبي ص [١]: (من عظم صاحب دنيا وأحبه لطمع في دنياه سخط الله عليه و كان في درجة مع قارون في التابوت الأسفل من النار). الرابع: ما في حديث المناهي [٢] من قوله (ص): (من مدح سلطانا جائرا أو تحفف أو تضعضع له طمعا فيه كان قرينه في النار).
ولكن الظاهر أن الوجوه المذكورة لا تدل على مقصود المصنف: أما العقل فإنه لا يحكم بقبح مدح من لا يستحق المدح بعنوانه الأولى ما لم ينطبق عليه عنوان آخر مما يستقل العقل بقبحها، كتقوية الظالم، وإهانة المظلوم ونحوهما. وأما الآية فهي تدل على حرمة الركون إلى الظالم والميل إليه، فلا ربط لها بالمقام. وسيأتي الاستدلال بها على حرمة معونة الظالمين.
و أما النبوي الذي رواه الصدوق فإنه يدل على حرمة تعظيم صاحب المال وإجلاله طمعا في ماله، فهو بعيد عما نحن فيه. و أما حديث المناهي ففيه أولا: انه ضعيف السند.
و ثانيا: انه دال على حرمة مدح السلطان الجائر، و حرمة تعظيمه طمعا في ماله، أو تحصيله لرضاه.

[١] راجع ج ٢ ثل باب ٧١ تحريم معونة الظالمين مما يكتسب به ص ٥٤٨، مجهولة بموسى بن عمران النخعي النوفلي، و عمه الحسين بن يزيد، و مبشر، و ابي عائشة، و يزيد ابن عمر و غيرهم.
[٢] مجهولة لشعيب بن واقد. راجع ج ٣ ثل باب ٧٢ تحريم مدح الظالم ص ٥٤٩.
و ج ٣ الوافي ص ١٧٩.
أقول: الحفف بالحاء المهملة: الضيق و قلة المعيشة، و الحفوف: الاعتناء بالشئ و مدحه التضعضع: الخضوع.

(١) سورة هود، آية: ١١٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٦

و على الجملة أن الوجوه التي ذكرها المصنف لا تدل على حرمة مدح من لا يستحق المدح في نفسه، فإن النسبة بينه و بين العناوين المحرمة المذكورة هي العموم من وجه، و عليه فلا- وجه لجعل العنوان المذكور من المكاسب المحرمة، كما صنعه العلامة و تبعه غيره.

ثم إن مدح من لا يستحق المدح قد يكون بالجملة الخيرية، و قد يكون بالجملة الإنشائية أما الأول فهو كذب محرم إلا إذا قامت قرينه على إرادة المبالغة. و اما الثاني فلا محذور فيه ما لم ينطبق عليه شئ من العناوين المحرمة المذكورة، أو كان المدح لمن وجبت البراءة منه، كالمبدء في الدين، و قد تقدم ذلك في مبحث الغيبة و مبحث حرمة سب المؤمن.

لا يخفى ان حرمة مدح من لا يستحق المدح على وجه الإطلاق أو فيما انطبق عليه عنوان محرم إنما هي فيما إذا لم يلتجئ إلى المدح لدفع خوف أو ضرر بدني أو مالي أو عرضي، و إلا فلا شبهة في الجواز.

و يدل عليه قولهم (ع) [١] في عدة روايات: (إن شر الناس عند الله يوم القيامة الذين يكرمون اتقاء شرهم). و كك تدل عليه أخبار التقية، فإنها تدل على جوازها في كل ضرورة و خوف.

حرمة معونة الظالمين

إشارة

قوله الثانية والعشرون: معونة الظالمين في ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة، وهو من الكبائر.
أقول: ما هو حكم معونة الظالمين؟ وما هو حكم أعوان الظلمة؟ وما هو حكم إعانتهم في غير جهة الظلم من الأمور السائغة كالبنائة و
النجارة والخياطة ونحوها؟.
أما معونة الظالمين في ظلمهم فالظاهر انها غير جائزة بلا خلاف بين المسلمين قاطبة، بل بين عقلاء العالم، بل التزم جمع كثير من
الخاصة والعامه [٢] بحرمة الإعانة على مطلق الحرام، و حرمة مقدماته.

[١] راجع أصول الكافي بهامش ج ٢ مرآة العقول باب من يتقى شره ص ٣١٤.

و ج ١٤ الوافي وصية النبي (ص) لعلی (ع) ص ٤٦.

و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤٥: إن شر الناس منزلة يوم القيامة من ودعه أو تركه الناس اتقاء فحشه.

[٢] قد تقدم ذلك في ص ١٧٩. و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٣٤: نهى عن الإعانة على ظلم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٧

و يدل علي حرمة العقل. و الإجماع المستند الى الوجوه المذكورة في المسألة. و قوله تعالى «١»: (وَلَا تَوَكَّنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا
فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ). فان الركون المحرم هو الميل إليهم، فيدل على حرمة إعانتهم بطريق الأولوية. أو المراد من الركون المحرم هو الدخول
معهم في ظلمهم.

و اما الاستدلال على حرمتها بقوله تعالى: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ). كما في المستند وغيره فقد تقدم جوابه في البحث عن
حكم الإعانة على الإثم، و قلنا: إن التعاون غير الإعانة، فإن الأول من باب الإفعال، و الثاني من باب التفاعل، فحرمة أحدهما لا تسرى
الى الآخر.

و تدل على حرمة معونة الظالمين أيضا الروايات [١] المستفيضة، بل المتواترة.

و اما دخول الإنسان في أعوان الظلمة فلا شبهة أيضا في حرمة، و يدل عليها جميع ما دل على حرمة معونة الظالمين في ظلمهم، و غير
ذلك من الأخبار الناهية عن الدخول في حزبهم و تسويد الاسم في ديوانهم. و قد أشرنا إلى مصادرها في الهامش.

[١] في ج ١ كا ص ٢٥٧. و ج ١٠ الوافي ص ٢٦. و ج ٢ ثل باب ٧١ تحريم معونة الظالمين مما يكتسب به ص ٥٤٨: عن أبي بصير
قال: سألت أبا جعفر (ع) عن أعمالهم؟ فقال لي: يا أبا محمد لا و لا مدة بقلم إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه
مثله. حسنة لإبراهيم بن هاشم.

و في الباين المذكورين من الوافي و ثل و ج ٢ التهذيب ص ١٠٠ عن ابن بنت الوليد:

من سود اسمه في ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيرا. مجهولة بابن بنت الوليد و في الباب ٧١ المزبور من ثل، و باب ٣٨
تحريم المجالسة لأهل المعاصي من الأمر بالمعروف ص ٥٠٩: عن الكافي عن أبي حمزة عن السجاد (ع) قال: إياكم و صحبة العاصين
و معونة الظالمين و مجاورة الفاسقين احذروا فتنهم و تباعدوا عن ساحتهم. صحيحة. و غير ذلك من الروايات الكثيرة المذكورة في
المصادر المتقدمة، و في ج ٢ المستدرک ص ٣٣٧ و باب ٧٣ تحريم صحبة الظالمين، و باب ٧٤ تحريم الولاية من قبل الجائر مما
يكتسب به ص ٥٤٩.

و في الباب ٧١ المزبور من ج ٢ ثل. و ج ٣ الوافي باب الظلم ص ١٦٢. و أصول الكافي بهامش ج ٢ مرآة العقول باب الظلم ص ٣١٩:
عن طلحة عن ابي عبد الله (ع) قال: العالم بالظلم و المعين له و الراضى به شركاء ثلاثتهم. ضعيفه بطلحه و محمد بن سنان. و في رواية

ابن سنان عنه (ع): من أعان ظالما يظلمه سلط الله عليه من يظلمه. مجهولة لابن نهشل

(١) سورة هود، آية: ١١٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٨

حرمة إعانة الظالمين في غير جهة ظلمهم

و أما إعانة الظالمين في غير جهة ظلمهم. بالأمور السائغة، كالبنائية و الخبازة و نحوهما فلا بأس بها، سواء أ كان ذلك مع الأجرة أم بدونها، بشرط ان لا يعد بذلك من أعوان الظلمة عرفا، و إلا كانت محرمة كما عرفت.

و قد يستدل على حرمتها بروايات:

منها رواية محمد بن عذافر عن أبيه [١] الظاهرة في حرمة المعاملة مع الظلمة.

و فيه أولاً: أن الرواية ضعيفة السند. و ثانياً: أن قوله «ع»: (يا عذافر نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع فما حالك إذا نودي بك في أعوان الظلمة). ظاهر في أن عذافر كان يدأب على المعاملة مع الظلمة، بحيث ألحقه بأعوانهم، و عليه فمورد الرواية أجنبي عن المقام.

و منها رواية ابن أبي يعفور [٢] الظاهرة في ردع السائل عن إعانة الظالمين في الجهات السائغة و فيه أن الظاهر من قول السائل: (ربما أصاب الرجل منا الضيق و الشدة فيدعى إلى البناء إلخ). أن الرجل منهم تصيبه الشدة، فيلتجئ إلى الظالمين، و يتدرج به الأمر حتى يكون من أعوان الظلمة، بحيث يكون ارتزاقه من قبلهم، و لذلك طبق الامام «ع» عليهم قوله إن أعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار حتى يحكم الله بين العباد). فهذه الرواية أيضاً خارجة عن مورد الكلام. على أنها ضعيفة السند.

و مع الإغضاء عن ذلك فقوله «ع»: (ما أحب أنى عقدت لهم عقدة إلخ) لو لم يكن ظاهراً في الكراهة فلا ظهور له في الحرمة، فتكون الرواية مجملة.

و منها رواية العياشي [٣] الدالة على أن السعى في حوائج الظالمين عديل الكفر. و النظر إليهم على العمد من الكبائر التي يستحق بها النار.

و فيه أولاً: أنها ضعيفة السند. و ثانياً: أن الظاهر من إضافة الحوائج إلى الظالمين و لو بمناسبة الحكم و الموضوع كون السعى في حوائجهم المتعلقة بالظلم.

[١] ضعيفة سهل. راجع ج ١ كا ص ٣٥٧. و ج ١٠ الوافي ص ٢٦. و ج ٢ ثل باب ٧١ تحريم معونة الظالمين مما يكتسب به ص ٥٤٨.

[٢] مجهولة ببشير؟؟؟. راجع المصادر المتقدمة في الحاشية السابقة.

[٣] مرسله. راجع ج ٢ ثل باب ٧٤ تحريم الولاية من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٥٥٠

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٢٩

و من هنا ظهر الجواب عن رواية السكوني [١] عن رسول الله (ص) قال: (إذا كان يوم القيامة نادى مناد أين أعوان الظلمة و من لاق لهم دوات أو ربط كيسا أو مد لهم مدة فاحشروهم معهم). و كك ظهر الجواب عن رواية أبي حمزة عن علي بن الحسين «ع» قال: (ياكم و صحبة العاصين و معونة الظالمين). و قد تقدمت هذه الرواية في الحاشية.

و منها رواية الشيخ [٢] عن ابن أبي عمير عن يونس بن يعقوب قال: قال لى أبو عبد الله «ع»: (لا تعنهم على بناء مسجد).

و فيه أن المنع عن إعانتهم على بناء المسجد لهم نحو من تعظيم شوكتهم، فيكون كمسجد الضرار الذي ذكره الله في الكتاب [٣] و تبعد الرواية عما نحن بصدد.

و منها رواية صفوان [٤] الظاهرة في ردعه عن إكراء الجمال من هارون الرشيد.

و فيه أولاً: أنها ضعيفة السند. و ثانياً: أن الرواية أدل على الجواز، فإن الإمام «ع» إنما ردعه عن محبة بقائهم، و يدل على هذا من الرواية قوله «ع»: (أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحب بقائهم فهو منهم و من كان منهم كان وروده الى النار).

و مع الإغضاء عن جميع ذلك، و تسليم دلالة الروايات المذكورة على الحرمة فالسيرة القطعية قائمة على جواز إعانة الظالمين بالأمر المباحة في غير جهة ظلمهم، فتكون هذه السيرة قرينة لحمل الروايات على غير هذه الصورة.

و الحاصل: أن المحرم من العمل للظلمة على قسمين، الأول، إعانتهم على الظلم. و الثاني:

صيرورة الإنسان من أعوانهم، بحيث يعد في العرف من المنسوبين إليهم، بأن يقال: هذا كاتب الظالم. و هذا معماره. و ذاك خزانه. و قد عرفت حرمة كلا القسمين بالأدلة المتقدمة. و أما غير ذلك فلا دليل على حرمة.

ثم إن المراد من الظالم المبحوث عن حكم إعانته ليس هو مطلق العاصي الظالم لنفسه، بل المراد به هو الظالم للغير، كما هو ظاهر جملة من الروايات التي تقدم بعضها، بل هو صريح

[١] موثقة بالسكوني. راجع ج ٢ ثل باب ٧١ تحريم معونة الظالمين مما يكتسب به ص ٥٤٨.

[٢] طريقه الى ابن أبي عمير ثلاث طرق حسنة في المشيخة و الفهرست. راجع الباب ٧١ المزبور من ثل. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٢. و ج ١٠ الوافي ص ٢٧.

[٣] سورة التوبة، آية: ١٠٨ قوله تعالى (وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا).

[٤] مجهولة بمحمد بن إسماعيل الرازي، راجع الباب ٧١ المتقدم من ج ٢ ثل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٠

جملة أخرى منها، و عليه فمورد الحرمة يختص بالثاني.

على أنه قد تقدم في البحث عن حكم الإعانة على الإثم أنه لا دليل على حرمتها على وجه الإطلاق ما لم يكن في البين تسيب، و قلنا في المبحث المذكور: إن الإعانة على الظلم حرام للأدلة الخاصة، فلا ربط لها بمطلق الإعانة على الإثم.

حرمة النجش

قوله الثالثة و العشرون: النجش بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة حرام)

أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الشيعة و السنة [١] في حرمة النجش في الجملة، و قد فسروه بوجهين كما يظهر من أهل اللغة [٢]:

الأول: أن يزيد الرجل في البيع ثمن السلعة و هو لا يريد شراءها. و لكن ليسمعه غيره. فيزيد زيادته و هذا هو المروى عن الأكثر.

الثاني: أن تمدح سلعة غيرك و تروجها لبيعها، أو تدمها لثلاث تنفق عنه. و ظاهر الوجهين هو تحقق النجش بهما، سواء أ كان ذلك عن مواطأة مع البائع أم لا.

أما الوجه الأول فإن كان غرض الناجش غش المشتري و تغريبه في المعاملة فإن مقتضى القاعدة حينئذ هو حرمة الغش مع تحقق المعاملة في الخارج. فقد عرفت في البحث عن

[١] في ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٧٣ من البيوع المنهى عنها نهياً لا يستلزم بطلانها بيع النجش، و هو حرام نهى عنه رسول الله (ص). و

فى ج ٥ شرح فتح القدير ص ٢٣٩:

نهى رسول الله (ص) عن النجش. وفى ج ٥ سنن البيهقى ص ٣٤٣ و ص ٣٤٤ فى جملة من الأحاديث نهى عن النجش و التناجش. [٢] فى تاج العروس: النجش أن تواطىء رجلا- إذا أراد بيعا أن تمدحه. أو هو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه فيها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها. وقال أبو عبيد: النجش فى البيع أن يزيد الرجل ثمن السلعة، و هو لا يريد شراءها، و لكن ليسمعه غيره فيزيد زيادته. و قال ابن شميل: النجش أن تمدح سلعة غيرك ليبيعهها. أو تدمها لثلا تنفق عنه. و قال الجوهري: النجش أن تزيد فى المبيع ليقع غيرك، و ليس من حاجتك.

و قال إبراهيم الحربى: النجش أن تزيد فى ثمن مبيع أو تمدحه فيرى ذلك غيرك فيغتر لك. و الأصل فيه إثارة الصيد من مكان الى مكان، أو البحث عن الشيء.

و عن المصباح: نجش الرجل إذا زاد فى سلعة أكثر من ثمنها، و ليس قصده أن يشتريها بل ليغر غيره فيوقعه فيه. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣١

حرمة الغش: أن غش المؤمن فى المعاملة حرام، لاستفاضة الروايات عليه، و إن لم تقع المعاملة فى الخارج أو وقعت فيه بغير غش و تغير فلا دليل على حرمة إلا من حيث التجرى و قد يقال بحرمة النجش بهذا المعنى، لكونه إضرارا للمشتري، و هو حرام. و فيه أولا: أن المشتري إنما أقدم على الضرر بإرادته و اختياره و إن كان الدافع له على الإقدام هو الناجش.

و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى، فان الناجش إنما يوقع المشتري فى الضرر إذا كان الشراء بأزيد من القيمة السوقية، و أما إذا وقعت المعاملة على السلعة بأقل من القيمة السوقية أو بما يساويها فان النجش لا يوجب إضرارا للمشتري. إلا أن يمنع من صدق مفهوم النجش على ذلك كما يظهر من غير واحد من أهل اللغة كالمصباح و تاج العروس و غيرهما، و قد تقدمت كلماتهم فى الهامش. و قد يستدل على حرمة النجش فى هذه الصورة بقول النبى «ص» «١»: (لعن الناجش و المنجوش له). و بقوله «ص»: (و لا تناجشوا [١]). و فيه أولا: أن هذين النبیین ضعيفا السند. و دعوى انجبارهما بالإجماع المنقول كما فى المتن دعوى غير صحيحة، فإنه إن كان حجة و جب الأخذ به فى نفسه، و إلا فإن ضم غير الحجة إلى مثله لا يفيد الحجية.

و ثانيا: انهما مختصان بصورة مواطاة الناجش مع البائع على النجش، كما هو الظاهر من لعن المنجوش له فى النبوى الأول، و النهى عن التناجش فى النبوى الثانى، و كلامنا أعم من ذلك.

و اما الوجه الثانى (أعنى مدح السلعة لترغيب الناس فيها) فان كان المدح بما ليس فيها من الأوصاف كان حراما من جهة الكذب، و إن كان مدحه للسلعة بما فيها من الأوصاف و لكن بالغ فى مدحها مع قيام القرينة على إرادة المبالغة فلا بأس به، فقد ذكرنا فى مبحث حرمة الكذب: أن المبالغة جائزة فى مقام المحاوره و المحادثة ما لم تجر الى الكذب.

و اما الروايتان المتقدمتان فمضافا الى ضعف السند فيهما كما عرفت، انهما راجعتان إلى الصورة الأولى، إذ لا وجه لحرمة مدح السلعة إلا إذا انطبق عليه عنوان محرم من الكذب

[١] مجهولة لعلى بن عبد العزيز و غيره. راجع ج ٢ ثل باب ٤٩ الزيادة وقت النداء و النجش من آداب التجارة ص ٥٨٣.

و فى ج ٢ المستدرک باب ٣٥ من آداب التجارة ص ٤٧٠ نهى عن النجش، مرسل.

(١) قد تقدم فى البحث عن وصل شعر المرأة بشعر غيرها ص ٢٠٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٢

أو الغش أو غيرهما من العناوين المحرمة. فيكون محرما من تلك الجهة، لا من جهة كونه مدحا للسلعة.

و الحاصل: انه لا دليل على حرمة النجش في نفسه، إلا إذا انطبق عليه عنوان آخر محرم فإنه يكون حراما من هذه الجهة.

حرمة النميمة

قوله الرابعة والعشرون: النميمة [١] محرمة بالأدلة الأربعة.

أقول: لا خلاف بين المسلمين في حرمتها، بل هي من ضروريات الإسلام، وهي من الكبائر المهلكة، وقد تواترت الروايات من طرق الشيعة [٢] و من طرق العامة «١» على حرمتها، وعلى كونها من الكبائر، بل يدل على حرمتها جميع ما دل على حرمة الغيبة، و قد استقل العقل بحرمتها، لكونها قبيحة في نظره.

و اما الإجماع فهو بقسميه و إن كان منعقدا على حرمتها. و لكن الظاهر ان مدرك المجمعين هو الوجوه المذكورة في المسألة، و ليس إجماعا تعديدا. و قد تقدم نظيره مرارا.

و قد يستدل على حرمتها بجملة من الآيات: منها قوله تعالى «٢»: «وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ». بدعوى ان المنام قاطع لما أمر الله بصلته، و يفسد في الأرض فسادا كبيرا، فتلحق له اللعنة و سوء الدار. و فيه ان الظاهر من الآية و لو بمناسبة الحكم و الموضوع هو توجه الذم الى الذين أمروا

[١] فسروا النميمة في اللغة بأنها نقل الحديث من قوم الى قوم على وجهه الإفساد و الشر بأن يقول: تكلم فلان فيك بكذا، و هي مأخوذة من نمّ الحديث، بمعنى السعى لإيقاع الفتنة و إثارة الفساد.

[٢] في صحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله (ص):

ألا- أنبئكم بشراركم، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: المشاؤون بالنميمة المفرقون بين الأحبة. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣٦٢. و ج ٣ الوافي ص ١٦٤.

و ج ٢ ثل باب ١٦٤ تحريم النميمة من عشرة الحجج ص ٢٤١. و ج ٢ المستدرک ص ١١١

(١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤٦.

(٢) سورة الرعد، آية: ٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٣

بالصلة و التوادد فأعرضوا عن ذلك. و من هنا قيل «١» إن معنى الآية: أنهم أمروا بصلة النبي و المؤمنين فقطعوهم. و قيل: أمروا بصلة الرحم و القرابة فقطعوها. و قيل:

أمروا بالايان بجميع الأنبياء و الكتب ففرقوا و قطعوا ذلك. و قيل: أمروا أن يصلوا القول بالعمل ففرقوا بينهما.

و قيل: معنى الآية أنهم أمروا بوصل كل من أمر الله بصلته من أوليائه و القطع و البراءة من أعدائه، و هو الأقوى لأنه أعم، و يدخل فيه جميع المعاني، و على كل حال فالنمام لم يؤمر بإلقاء الصلة و التوادد بين الناس لكي يحرم له قطع ذلك فالآية غريبة عنه.

و أما الاستدلال على الحرمة بقوله تعالى: (وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ إلخ). فإنه و إن كان صحيحا في الجملة، كما إذا كانت النميمة بين العشائر و السلاطين، فإنها كثيرا ما تترتب عليها مفسدة مهمة.

و لكن الاستدلال بها أخص من المدعى، إذ لا تكون النميمة فسادا في الأرض في جميع الموارد و إن أوجبت العداوة و البغضاء غالبا. و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى «٢»: (وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ).

فإن النميمة قد تجر الى قتل النفوس المحترمة، و هتك الأعراس، و نهب الأموال.
و لكنها ليست ككك في جميع الأحوال، بل المراد من الفتنة هو الشرك كما ذكره الطبرسي «٣» إنما سمي الشرك فتنة، لأنه يؤدي الى الهلاك، كما أن الفتنة تؤدي الى الهلاك ثم إن النسبة بين النميمة و الغيبة هي العموم من وجه، و يشتد العقاب في مورد الاجتماع و قد تراحم حرمة النميمة عنوان آخر مهم في نظر الشارع، فتجرى فيها قواعد التراحم المعروفة، فقد تصبح جائزة إذا كان المزاحم أهم منها، و قد يكون واجبة إذا كانت أهميته شديدة، و يتضح ذلك بملاحظة ما تقدم «٤».

(١) راجع ج ١ مجمع البيان ط صيدا ص ٧٠.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٨٧.

(٣) راجع ج ١ مجمع البيان ص ٢٨٦.

(٤) في نصح المستشير من مستثنيات الغيبة ص ٣٤٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٤

النياحة

قوله الخامسة و العشرون: النوح بالباطل.

أقول: اختلفت كلمات الأصحاب في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، الأول: القول بحرمة النوح مطلقا، و قد ذهب اليه جمع من الأصحاب، الثاني: القول بالكراهة مطلقا، و هو المحكى عن مفتاح الكرامة. الثالث القول بالتفصيل بين النوح بالباطل فيحرم و النوح بالحق فيجوز، و قد اختاره المصنف.

ثم إنه اختلف أصحاب القول بالتفصيل فذهب بعضهم الى جواز النوح بالحق من غير كراهة، و ذهب بعضهم الى جواز ذلك على كراهة، و ذهب بعضهم الى أن النوح بالحق إذا اشترطت فيه الأجره كان مكروها و إلا فلا بأس به.
و التحقيق أن الاخبار الواردة في مسألة النياحة على طوائف شتى، الاولى [١] ما دل على المنع من النياحة مطلقا، سواء كانت بالباطل أم بالحق.

الثانية [٢]: ما دل على جوازها و جواز أخذ الأجره عليها ككك مطلقا. الثالثة [٣]:

[١] في ج ٢ ثل باب ٤٥ جواز كسب النائحة مما يكتسب به ص ٥٤٢: عن الزعفراني عن أبي عبد الله «ع»: و من أصيب بمصيبته فجاء عند تلك المصيبة بنائحة فقد كفرها.

ضعيفة بسلمة بن الخطاب.

و في رواية الخصال: إن النائحة إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة و عليها سريال من قطران. مجهولة لسليمان بن جعفر البصرى.

و في حديث المناهى: نهى عن النياحة. مجهولة لشعيب بن واقد.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٣: لعن رسول الله النائحة. مرسله. و في ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤٦ ما يدل على كفر النياحة على الميت.

[٢] كصحيحه يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله «ع» قال: قال لى أبى: يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا للنوادر تندبنى عشر

سنين بمنى أيام منى. و كصحيحه الثمالى. و فى جملة من الروايات لا بأس بأجر النائحة.

راجع ج ١ كا ص ٣٦٠. وج ١٠ الوافي ص ٣١. وج ٢ التهذيب ص ١٠٨.

وج ٢ ثل باب ٤٥ جواز كسب النائحة مما يكتسب به ص ٥٤١.

[٣] في المصدرين المزبورين من الوافي و ثل عن الفقيه قال: قال «ع» لا بأس بكسب النائحة إذا قالت صدقا. مرسل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٥

ما دل على جواز كسب النائحة إذا قالت صدقا و عدم جوازه إذا قالت كذبا.

الرابعة [١]: ما يدل بظاهره على الكراهة و هي روايتان: تضمنت إحداهما أن السائل سأل عن النياحة. و الأخرى عن كسب النائحة، فكرههما الامام «ع»، على أنهما غير ظاهرتين في الكراهة المصطلحة، فكثيرا ما يراد بالكراهة في الأخبار التحريم، و ح فتكون هاتان الروايتان من الطائفة الأولى الدالة على المنع مطلقا.

و مقتضى الجمع بينها حمل الأخبار المانعة على النوح بالباطل، و حمل الأخبار المجوزة و ما هو ظاهر في الكراهة على النوح بالصدق، و عليه فالنتيجة هي جواز النياحة بالصدق على كراهة محتملة.

و بتقريب آخر أن قوله «ع»: (لا بأس بكسب النائحة إذا قالت صدقا). و ما في معناه يدل بالالتزام على جواز نفس النوح بالحق، فيقيد به إطلاق الروايات المانعة. و بعد تقييدها تنقلب نسبتها الى الروايات الدالة بإطلاقها على الجواز، فتكون مخصصة لها، فيكون النوح بالباطل حراما، و النوح بالحق جائزا على الكراهة المحتملة، هذا ما يرجع الى حكم النياحة و قد يقال: بأنها حينئذ معارضة بما دل على حرمة الكذب، و حرمة الغناء، و حرمة إسماع المرأة صوتها للأجانب، و حرمة النوح في آلات اللهو، و المعارضة بينها بنحو العموم من وجه.

و لكنها دعوى جزافية، فإن هذه الروايات تدل على جواز النوح بعنوانه الأولى، مع قطع النظر عن انطباق العناوين المحرمة عليه، فلا تكون معارضة لها يوجه.

و أما كسب النائحة فما دل على جوازه مطلقا مقيد بمفهوم ما دل على جوازه إذا كان النياح بالحق. و لكن هذه الرواية الظاهرة في تقييد ما دل على جواز كسب النائحة مطلقا ضعيفة السند. نعم يكفي في التقييد ما تقدم مرارا من أن حرمة العمل بنفسه يكفي في حرمة الكسب، مع قطع النظر عن الأدلة الخارجية.

و قد يقال بتقييد المطلقات بقوله «ع» في رواية حنان بن سدير [٢]: (لا- تشارط و تقبل ما أعطيت). و عليه فالنتيجة أن كسب النائحة جائز إذا قالت حقا، و لم تشارط.

[١] في الأبواب المذكورة من يب و الوافي و ثل عن سماعة قال: سألت عن كسب المغنية و النائحة؟ فكرهه. ضعيفة بعثمان بن عيسى.

و في الباب المزبور من ثل: عن علي بن جعفر عن أخيه «ع» قال: سألت عن النوح على الميت أ يصلح؟ قال: يكره، صحيحة.

[٢] موثقة بحنان بن سدير، راجع المصادر المزبورة من كا و يب و ثل و الوافي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٦

و فيه أنه قد تقدم في البحث عن كسب المشاطة أن النهي عن الاشتراط في أمثال هذه الصنائع، و الأمر بقبول ما يعطى صاحبها إنما هو إرشاد الى أن الاشتراط فيها لا- يناسب شؤون نوع الناس، و أن المبدول لهؤلاء لا- يقل عن أجره المثل، و هذا لا ينافي جواز رد المبدول إذا كان أقل من أجره المثل، و على هذا فلا دلالة فيها على التقييد.

هذا كله مع الإغضاء عن أسانيد الروايات و صونها عن الطرح، و إلا فإن جميعها ضعيف السند غير ما هو ظاهر في جواز النياح على وجه الإطلاق، و ما هو ظاهر في الكراهة، و ما هو ظاهر في جواز كسب النائحة إذا لم تشارط، كرواية حنان المتقدمة. و إذن فتبقى هذه الروايات سليمة عن المعارض.

حرمة الولاية من قبل الجائر

إشارة

قوله السادسة والعشرون: الولاية من قبل الجائر، وهي صيرورته واليا على قوم منصوبا من قبله محرمة. أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في حرمة الولاية من قبل الجائر في الجملة. وتدل عليها الأخبار المستفيضة، بل المتواترة «١» وقد تقدم بعضها في البحث عن حرمة معونة الظالمين، كقوله «ع»: (من سود اسمه في ديوان ولد سابع «مقلوب عباس» حشره الله يوم القيامة خزييرا). وغير ذلك من الروايات. ويدل على الحرمة أيضا ما في رواية تحف العقول من قوله «ع»: (إن في ولاية الوالى الجائر دروس «٢» الحق كله وإحياء الباطل كله وإظهار الظلم والجور والفساد وإبطال الكتب وقتل الأنبياء وهدم المساجد وتبديل سنة الله وشرائعه فلذلك حرم العمل معهم ومعونتهم والكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة إلى الدم والميتة). وهذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند، كما تقدم الكلام عليها في أول الكتاب، إلا أن تلك التعليقات المذكورة فيها تعليقات صحيحة، فلا بأس بالتمسك بها. ثم إن ظاهر جملة من الروايات كون الولاية من قبل الجائر بنفسها محرمة، وهي أخذ

(١) راجع ج ١ كا باب ٣٠ عمل السلطان من المعيشة ص ٢٥٧. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٠. و ج ١٠ الوافي ص ٢٥. و ج ٢ نل باب ٧٤ تحريم الولاية من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٥٤٩. و ج ٢ المستدرک ص ٤٣٨.
(٢) في نسخة تحف العقول ص ٨٠: (دوس الحق): أى وطئه برجله.
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٧

المنصب منه، و تسويد الاسم فى ديوانه و إن لم ينضم إليها القيام بمعصية عملية أخرى من الظلم و قتل النفوس المحترمة، و إصابة أموال الناس و أعراضهم، و غيرها من شؤون الولاية المحرمة، فأى وال من ولاة الجور ارتكب شيئا من تلك العناوين المحرمة يعاقب بعقابين:

أحدهما من جهة الولاية المحرمة. و ثانيهما: من جهة ما ارتكبه من المعاصى الخارجية.

و عليه فالنسبة بين عنوان الولاية من قبل الجائر و بين تحقق هذه الأعمال المحرمة هي العموم من وجه، فقد يكون أحد واليا من قبل الجائر، ولكنه لا يعمل شيئا من الأعمال المحرمة و إن كانت الولاية من الجائر لا تنفك عن المعصية غالبا، و قد يرتكب غير الوالى شيئا من هذه المظالم الراجعة إلى شؤون الولاية تزلوا إليهم، و طلبا للمنزلة عندهم، و قد يجتمعان بأن يتصدى الوالى نفسه لأخذ الأموال و قتل النفوس، و ارتكاب المظالم.

ما استثنى من حرمة الولاية

منها أخذها للقيام بمصالح العباد

إشارة

قوله ثم إنه يسوغ الولاية المذكورة أمران: أحدهما القيام بمصالح العباد بلا خلاف إلخ. أقول: قد استثنى من الولاية المحرمة أمران، الأول: أن يتولاها للقيام بمصالح العباد. الثانى: أن يتولاها مكرها على قبولها و العمل

بأعمالها.

أما الأمر الأول فقد استدل المصنف عليه بوجوه:

الأول: (أن الولاية إن كانت محرمة لذاتها كان ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفساد التي هي أهم من مفسدة انسلاك الشخص في أعوان الظلمة بحسب الظاهر و ان كانت لاستلزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه هنا).

وفيه إن كان المراد من المصالح حفظ النفوس و الأعراض و نحوهما فالمدعى أعم من ذلك و إن كان المراد منها أن القيام بأمور المسلمين، و الإقدام على قضاء حوائجهم، و بذل الجهد في كشف كرياتهم من الأمور المستحبة، و الجهات المرغوب بها في نظر الشارع المقدس فلا شبهة أن مجرد ذلك لا يقاوم الجهة المحرمة، فإن المفروض أن الولاية من قبل الجائر حرام في نفسها، و كيف ترتفع حرمتها لعروض بعض العناوين المستحبة عليها.

على أنه (ره) قد اعترف آنفا بأن الولاية عن الجائر لا- تنفك عن المعصية، و عليه فلا- يجوز الإقدام على المعصية لرعاية الأمور المستحبة. و قد اعترف أيضا في البحث عن جواز الغناء في قراءة القرآن بأن أدلة الأحكام الإلزامية لا تراحم بأدلة الأحكام الترخيضية، و قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٨

أوضحنا المراد في المبحث المذكور.

الثاني: الإجماع. و فيه أنه و إن كان موجودا في المقام، و لكنه ليس بتعبدى.

الثالث: و هو العمدة الأخبار [١] المتظافرة الظاهرة في جواز الولاية من الجائر للوصول الى قضاء حوائج المؤمنين. و بعضها و إن كان ضعيف السند، و لكن في المعتمد منها غنى و كفاية، و بهذه الأخبار نقيد المطلقات الظاهرة في حرمة الولاية من قبل الجائر على وجه الإطلاق.

لا يقال: إن الولاية عن الجائر محرمة لذاتها كالظلم و نحوه، فلا تقبل التخصيص بوجه و لا ترفع اليد عنها إلا في موارد الضرورة. فإنه يقال: إن غاية ما يستفاد من الأدلة هي كون الولاية بنفسها محرمة، و أما الحرمة الذاتية فلم يدل عليها دليل من العقل أو النقل، و إن ذهب إليه العلامة الطباطبائي في محكي الجواهر.

و قد استدل على جواز الولاية عن الجائر في الجملة بقوله تعالى «١» حاكيا عن يوسف «ع» (اجْعَلْنِي عَلِيَّ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ).

و فيه أولا: أنه لم يظهر لنا وجه الاستدلال بهذه الآية على المطلوب.

و ثانيا: أن يوسف «ع» كان مستحقا للسلطنة، و إنما طلب منه حقه، فلا يكون واليا من قبل الجائر.

[١] عن الفقيه عن علي بن يقطين قال: قال لي أبو الحسن «ع»: إن لله مع السلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه. صحيحة.

و في خبر آخر: أولئك عتقاء الله من النار. و غير ذلك من الروايات الكثيرة.

راجع ج ١٠ الوافي باب ٢٧ من المعيشة ص ٢٨. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٠ و ١٠١.

و ج ٢ ثل باب ٧٥ جواز الولاية من قبل الجائر لنفع المؤمنين ص ٥٥٠. و باب ٧٤ تحريم الولاية من قبل الجائر إلا ما استثنى ص ٥٤٩ مما يكتسب به. و ج ١ كا باب ٣١ من المعيشة ص ٣٥٨. و ج ٢ المستدرك ص ٤٣٨.

(١) سورة يوسف، آية: ٥٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٣٩

أقسام الولاية من قبل الجائر

إذا جازت الولاية عن الجائر فهل تتصف بالكرهه و الرجحان أم هي مباحة؟ فنقول:

قد عرفت: أنه لا إشكال في جواز الولاية عن الجائر إذا كان الغرض منه الوصول الى قضاء حوائج المؤمنين، فشانها ح شأن الكذب للإصلاح على ما تقدم الكلام عليه، وإنما الكلام في اتصافها بالرجحان تارة، و بالمرجوحية أخرى.

الذي ظهر لنا من الاخبار: أن الولاية الجائزة قد تكون مباحة، و قد تكون مكروهة و قد تكون مستحبة، و قد تكون واجبة.

أما المباح فهو ما يظهر من بعض الروايات [١] المسوغة للولاية عن الجائر في بعض الأحوال، كما ذكره المصنف.

و أما المكروه فيستفاد من رواية أبي نصر [٢] الدالة على أن الوالي عن الجائر الذي يدفع الله به عن المؤمنين أقل حظاً منهم يوم القيامة. فإن الظاهر منها أن الولاية الجائزة عن الجائر مكروهة مطلقاً.

و أما المستحب فتدل عليه جملة من الروايات، إذ الظاهر من رواية محمد بن إسماعيل [٣]

[١] في ج ٢ التهذيب ص ١٠٣. و ج ١٠ الوافي ص ٢٧. و ج ٢ ثل باب ٧٧ جواز قبول الولاية من الجائر مع الضرورة ص ٥٥١: عن الحلبي قال: سئل أبو عبد الله «ع» عن رجل مسلم و هو في ديوان هؤلاء و هو يحب آل محمد «ع» و يخرج مع هؤلاء فيقتل تحت رايتهم؟ قال: يبعث الله على نيته. صحيحة. و في غير واحد من الروايات ما يدل على إباحة الولاية عن الجائر مع المواسةة و الإحسان إلى الإخوان.

[٢] في ج ١ كا ص ٣٥٩. و ج ٢ التهذيب ص ١١٢. و ج ١٠ الوافي ص ٢٨، و ج ٢ ثل باب ٧٣ تحريم صحبة الظالمين مما يكتسب به ص ٥٤٩: عن أبي نصر عن أبي عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: ما من جبار إلا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين و هو أقلهم حظاً في الآخرة. يعنى أقل المؤمنين حظاً لصحبة الجبار. مجهولة بمهران بن محمد ابن أبي نصر. و في نسخة الوافي «عن مهران بن محمد عن أبي بصير» و هو من سهو القلم.

[٣] في ج ١٥ البحار كتاب العشرة ص ٢١٣ جش حكى بعض أصحابنا عن ابن الوليد قال: و في رواية محمد بن إسماعيل بن بزيع قال أبو الحسن الرضا «ع»: إن لله تعالى بأبواب الظالمين من نور الله أخذ له البرهان و مكن له في البلاد ليدفع بهم عن أوليائه— مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٠

و غيرها أن الولاية الجائزة عن الجائر مستحبة على وجه الإطلاق، فيقع التنافي بينها و بين ما تقدم من دليل الكراهة.

و جمعهما المصنف (ره) بحمل رواية أبي نصر على (من تولى لهم لنظام معاشه قاصداً للإحسان في خلال ذلك إلى المؤمنين و دفع الضرر عنهم) و حمل ما هو ظاهر في الاستحباب على (من لم يقصد بدخوله إلا الإحسان إلى المؤمنين). إلا أنه لم يذكر وجهه.

و التحقيق أن رواية أبي نصر ظاهرة في مرجوحية الولاية الجائزة مطلقاً، سواء كانت لنظام المعاش مع قصد الإحسان إلى المؤمنين، أم كانت لخصوص إصلاح شئونهم، و رواية محمد بن إسماعيل ظاهرة في محبوبية الولاية عن الجائر إذا كانت لأجل إدخال السرور على المؤمنين من الشيعة، و يدل على ذلك من الرواية قوله «ع»: (فهنيئاً لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله، قال: قلت: بما ذا جعلني الله فداك؟ قال: تكون معهم فتسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن معهم يا محمد).

و عليه فتفيد هذه الرواية رواية أبي نصر و ح فتختص الكراهة بما إذا قصد بالولاية عن الجائر حفظ معاشه، و كان قصد الإحسان إلى الشيعة ضمناً في خلال ذلك، و إذا فتقلب النسبة، و تصبح رواية أبي نصر مقيدة لما هو ظاهر في رجحان الولاية الجائزة، سواء كانت لحفظ المعاش، أم لدفع الضرر عن المؤمنين من الشيعة، كروايتي المفضل و هشام ابن سالم [١] و تكون النتيجة أن الولاية من قبل الجائر إن كانت لحفظ المعاش مع قصد الإحسان إلى المؤمنين فهي مكروهة، و إن كانت للإحسان إليهم فقط فهي مستحبة هذا.

و لكن رواية أبي نصر لضعف سندها قاصرة عن إثبات الكراهة، إلا على القول بشمول

- و يصلح الله به أمور المسلمين إليهم يلجأ المؤمن من الضرر و إليهم يفرح ذو الحاجة من شيعتنا و بهم يؤمن الله روعة المؤمن في دار الظلمة أولئك المؤمنون حقا أولئك أمناء الله في أرضه أولئك نور الله في رعيته يوم القيامة و يزهو نورهم لأهل السماوات كما تزهو الكواكب الدرية لأهل الأرض أولئك من نورهم يوم القيامة تفيء منهم القيامة خلقوا و الله للجنة و خلقت الجنة لهم الحديث. مرسل.

[١] في ج ٢ المستدرک باب ٣٩ جواز الولاية من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٤٣٩ عن هشام بن سالم قال: قال أبو عبد الله «ع»: إن لله مع ولاة الجور أولياء يدفع بهم عن أوليائه أولئك هم المؤمنون حقا. مرسل. و عن المفضل قال: قال أبو عبد الله «ع»: ما من سلطان إلا و معه من يدفع الله به عن المؤمنين أولئك أوفر حظا في الآخرة. مرسل. و غير ذلك من الأحاديث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤١

قاعدة التسامح لأدلة الكراهة. و أما روايتنا المفضل و هشام فإنهما و إن كانتا ضعيفتي السند إلا أنهما لا تقصران عن إثبات الاستحباب على وجه الإطلاق، بناء على قاعدة التسامح في أدلة السنن المعروفة.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه ما في كلام المحقق الايرواني حيث حمل الروايات الدالة على أن في أبواب السلاطين و الجائرين من يدفع الله بهم عن المؤمنين على غير الولاية (من وجوه البلد و أعيانه الذين يختلفون إليه لأجل قضاء حوائج الناس)!. و أعجب من ذلك دعواه أن العمال في الغالب لا يستطيعون التخطي عما نصبوا لأجله و فوض إليهم من شؤون الولاية!!.

و وجه العجب أنه لا- شبهة في تمكنهم من الشفاعات و اقتدارهم على المسامحة في المجازات و اطلاعهم على طريق الإغماض عن الخطيئات، و لا- سيما من كان من ذوى المناصب العالية و أما الواجب من الولاية فهو على ما ذكره المصنف ما يتوقف عليه الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر الواجب، فان ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدرة. ثم استظهر من كلمات جماعة عدم الوجوب في هذه الصورة أيضا، بل في الجواهر إنه لم يحك عن أحد التعبير بالوجوب إلا عن الحلبي في سرائره.

و الذى يهمنى في المقام هو بيان مدرك الحكم بالوجوب، و الكلام يقع فيه تارة من حيث القواعد، و اخرى من حيث الروايات: أما الناحية الأولى ففي الجواهر يمكن أن يقال و لو بمعونه كلام الأصحاب بناء على حرمة الولاية في نفسها: (إنه تعارض ما دل على الأمر بالمعروف و ما دل على حرمة الولاية من الجائر و لو من وجه، فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز رفعا لقيود المنع من الترك مما دل على الوجوب و المنع من الفعل مما دل على الحرمة).

و فيه أن ملاك التعارض بين الدليلين هو ورود النفي و الإثبات على مورد واحد بحيث يقتضى كل منهما نفي الآخر عن موضوعه. و مثاله أن يرد دليلان على موضوع واحد، فيحكم أحدهما بوجوبه و الآخر بحرمة، و حيث إنه لا يعقل اجتماع الحكيم المتضادين في محل واحد، فيقع بينهما التعارض، و يرجع الى قواعد. و من المقطوع به أن الملاك المذكور ليس بموجود في المقام.

و الوجه فيه أن موضوع الوجوب هو الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، و موضوع الحرمة هو الولاية من قبل الجائر، و كل من الموضوعين لا مساس له بالآخر بحسب طبعه الأولى، فلا شيء من أفراد أحد الموضوعين فردا للآخر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٢

نعم المقام من قبيل توقف الواجب على مقدمة محرمة، و عليه فيقع التزاحم بين الحرمة المتعلقة بالمقدمة و بين الوجوب المتعلق بذى المقدمة، نظير الدخول إلى الأرض المغصوبة لإنقاذ الغريق، أو إنجاء الحريق، و يرجع الى قواعد باب التزاحم المقررة في محله، و على هذا فقد تكون ناحية الوجوب أهم فيؤخذ بها، و قد تكون ناحية الحرمة أهم فيؤخذ بها، و قد تكون إحدى الناحيتين بخصوصها

محتمل الأهمية فيتعين الأخذ بها كذلك، وقد يتساويان في الملا-ك، فيتخير المكلف في اختيار أى منهما شاء، هذا ما تقتضيه القاعدة، إلا أن كشف أهمية الملاك و العلم بوصوله الى حد الإلزام فى غاية الصعوبة.

و أما الكلام فى الناحية الثانية فقد دلت الآيات المتظافرة و الروايات المتواترة من الفريقين على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و كك دلت الروايات المستفيضة، بل المتواترة على أنه لا بأس بالولاية من قبل الجائر إذا كانت لإصلاح أمور المؤمنين من الشيعة و قد تقدم بعضها، و بها قيدنا ما دل على حرمة الولاية عن الجائر مطلقاً، و من الواضح أن الأمور الجائزة إذا وقعت مقدمة للواجب كانت واجبة شرعاً، كما هو معروف بين الأصوليين، أو عقلاً- كما هو المختار، و عليه فلا مانع من اتصاف الولاية الجائزة بالوجوب المقدمى إذا توقف عليها الواجب، كالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

على أنه إذا جازت الولاية عن الجائر لا صلاح أمور المؤمنين جازت أيضاً للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، إما بالفحوى، أو لأن ذلك من جملة إصلاح أمورهم، و قد أشار المحقق الايروانى الى هذا. و قد اتضح ان المقام من صغريات باب التراحم دون التعارض، كما يظهر من صاحب الجواهر بعد كلامه المتقدم.

ثم إن الظاهر من بعض الروايات ان الدخول فى الولاية غير جائز ابتداءً، إلا أن الإحسان إلى المؤمنين يكون كفارة له. و مما يدل على ذلك قوله «ع» فى مرسله الصدوق «١» عن الصادق «ع» قال: (كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان). و قوله «ع» فى رواية زياد بن أبى سلمة [١]: (فإن وليت شيئاً من أعمالهم فأحسن إلى إخوانك تكون واحدة بواحدة).

و لكن هذا الرأى على إطلاقه ممنوع، فان الظاهر من هاتين الروايتين و من غيرهما من

[١] ضعيفه زياد بن أبى سلمة، و صالح بن أبى حماد، و مجهولة بالحسين بن الحسن الهاشمى راجع المصدر المزبور من ثل. و ج ١
 كا باب ٣١ من المعيشة ص ٣٥٨. و ج ٢ التهذيب ص ١٠١. و ج ١٠ الوافى باب ٢٧ من المعيشة ص ٢٧.

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٧٥ جواز الولاية من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٥٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٣

الاجبار هو اختصاص ذلك بما إذا كان الدخول فى الولاية حراماً ابتداءً ثم أصبح جائزاً بعد ذلك، ثم تبدل قصده إلى إصلاح أمور المؤمنين و الإحسان إلى إخوانه فى الدين، كيف و قد عرفت إطباق الروايات على استحباب الولاية عن الجائر لقضاء حوائج المؤمنين و إصلاح شؤونهم. على أن الروايتين ضعيفتا السند.

و لا يخفى ان كلمات الأصحاب هنا فى غاية الاختلاف، حيث ذهب بعضهم الى الوجوب و بعضهم الى الاستحباب، و بعضهم الى مطلق الجواز، و قد جمع المصنف (ره) بين شتات آرائهم بأن من عبر بالجواز مع التمكن من الأمر بالمعروف إنما أراد به الجواز بالمعنى الأعم، فلا- ينافى الوجوب، و من عبر بالاستحباب إنما أراد به الاستحباب التعيينى، و هو لا- ينافى الوجوب الكفائى، نظير قولهم: يستحب تولى القضاء لمن يثق بنفسه مع انه واجب كفائى أو كان مرادهم ما إذا لم يكن هنا معروف متروك أو منكر مفعول لتجب الولاية مقدمة للأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر. و على الجملة لا شبهة فى وجوب الولاية عن الجائر إذا توقف عليها الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر الواجبين.

قبول الولاية من قبل الجائر مكرها

و أما الأمر الثانى و هو قبول الولاية من قبل الجائر مكرها فلا خلاف فيه، و لا شبهة فى أن هذه المسألة من المسائل المهمة التى يبتلى بها أكثر الناس، و يتفرع عنها فروع كثيرة و هى من صغريات جواز مخالفة التكليف بالإكراه أو الاضطرار بحيث يشق على المكره أو

المضطر ان يتحمل الضرر المتوقع به، سواء كان ماليا أم عرضيا أم نفسيا أم اعتباريا و سواء تعلق بنفسه أم بعشيرته الأقربين. وهذه الكبرى مما لا خلاف فيها بين الفريقين نصا و فتوى. و يدل على صدقها في الجملة قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً). و قوله تعالى: (إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ). و قد تقدم الكلام عليهما في البحث عن جواز الكذب لدفع الضرورة. أما الصغرى فتدل عليها جملة من الروايات الخاصة «١» الواردة في قبول الولاية عن الجائر مكرها.

(١) راجع ج ١ كا باب ٣٠ عمل السلطان من المعيشة ص ٣٥٧. و ج ٢ التهذيب ص ١١٣. و ج ١٠ الوافي ص ٢٦. و ج ٢ ثل باب ٧٧ جواز قبول الولاية من الجائر مع الخوف مما يكتسب به ص ٥٥١. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٤

[تنبيهات المسألة]

حكم الإضرار بالناس مع الإكراه

قوله و ينبغي التنبيه على أمور: الأول.

أقول: قد عرفت انه لا-شبهة في أن الإكراه يسوغ الدخول في الولاية من قبل الجائر، و كذلك لا شبهة في جواز العمل للمكره بما يأمره الجائر من المحرمات ما عدا هراقة الدم، فإن التقيية إنما شرعت لتحقق بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا تقيية فيه، و إنما الإشكال في انه هل يجوز الإضرار بالناس إذا أكره على الإضرار بهم، كنهب أموالهم، و هتك أعراضهم، و إيقاع النقص في شؤونهم و عظامهم، سواء كان الضرر الذي توعد به المكره أقل من الضرر الذي يوجهه الى الغير أم أكثر، أو لا بد من الإقدام على أقل الضررين و ترجيحه على الآخر.

ذكر المصنف (ره) انه قد يقال بالأول استنادا إلى أدلة الإكراه، و لأن الضرورات تبيح المحظورات، و قد يقال بالثاني، إذ الاستفادة من أدلة الإكراه ان تشريع ذلك إنما هو لدفع الضرر، و واضح انه لا يجوز لأحد ان يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره حتى فيما إذا كان ضرر الغير أقل فضلا عما إذا كان أعظم.

و الوجه في ذلك ان حديث رفع الإكراه و الاضطراب مسوق للامتنان على الأمة، و من المعلوم ان دفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره على خلاف الامتنان، فلا يكون مشمولا للحديث، ثم إنه (ره) اختار الوجه الأول، و استدلل عليه بوجوه سنذكرها.

و تحقيق المقام يقع في ثلاث نواحي، الناحية الأولى: ان يتوجه الضرر ابتداء الى أحد من غير ان يكون لفعل الآخر مدخل فيه، كتوجه السيل الى داره أو بستانه، و كتوجه الظلمة أو السراق الى نهب أمواله أو هتك أعراضه، و لا شبهة في ان هذا القسم من الضرر لا يجوز دفعه بالإضرار بغيره تمسكا بأدلة نفي الإكراه و الضرر و الحرج، بدهاء انها مسوقة للامتنان على جنس الأمة، و بديهى ان دفع الضرر المتوجه الى احد بالإضرار بغيره خلاف الامتنان على الأمة، فلا يكون مشمولا للأدلة المذكورة.

على انه لو جاز لأحد ان يدفع الضرر عن نفسه و لو بالإضرار بالغير لجاز للآخر ذلك أيضا، لشمول الأدلة لهما معا، فيقع التعارض في مضمونها، و ح فالتمسك بها لدفع الضرر عن احد الطرفين بالإضرار بالآخر ترجيح بال مرجح، و عليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاقها في مورد الاجتماع، و يرجع فيه الى أدلة حرمة التصرف في أموال الناس و أعراضهم و شؤونهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٥

نعم إذا كان الضرر المتوجه الى الشخص مما يجب دفعه على كل احد، كقتل النفس المحترمة و ما يشبهه، و أمكن دفعه بالإضرار بالغير كان المقام حينئذ من صغريات باب التزاحم فيرجع الى قواعده.

الناحية الثانية: أن يتوجه الضرر ابتداء الى الغير على عكس الصورة السابقة، و قد ظهر حكم ذلك من الناحية الأولى كما هو واضح.

الناحية الثالثة: أن يتوجه الضرر الى الغير ابتداء، و الى المكره على تقدير مخالفته لما أمر به الجائر، و كان الضرر الذى توعدده المكره (بالكسر) أمرا مباحا فى نفسه، كما إذا أكرهه الظالم على نهب مال غيره و جلبه اليه، و إلا فيحمل أموال نفسه اليه، و فى هذه الصورة لا بد للمكره من تحمل الضرر بترك النهب، و من الواضح أن دفع المكره أمواله للجائر مباح فى نفسه حتى فى غير حال الإكراه، و نهب أموال الناس و جلبه إلى الجائر حرام فى نفسه، و لا يجوز رفع اليد عن المباح بالإقدام على الحرام.

و قد استدلل المصنف (ره) على عدم وجوب تحمل الضرر بوجوده، الأول: أن دليل نفي الإكراه يعم جميع المحرمات حتى الإضرار بالغير ما لم يجر إلى إراقة الدم. الثانى:

أن تحمل الضرر حرج عظيم، و هو مرفوع فى الشريعة المقدسة. و جواب الوجهين يتضح مما قدمناه فى الجهة الاولى.

الثالث: الأخبار [١] الدالة على أن التقية إنما جعلت لتحقق بها الدماء، فإذا بلغت الدم فلا تقيه، فإن ظاهرها جواز التقية فى غير الدماء بلغت ما بلغت.

و فيه أن الظاهر من هذه الأخبار أن التقية إنما شرعت لحفظ بعض الجهات المهمة، كالنفوس و ما أشبهها، فإذا أدت إلى إتلاف ما شرعت لأجله فلا تقيه، لأن ما يلزم من وجوده

[١] عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر «ع» قال: إنما جعلت التقية ليحققن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيه. صحيحة. و عن الثمالى قال: قال أبو عبد الله «ع»: إنما جعلت التقية ليحققن بها الدم فإذا بلغت التقية الدم فلا تقيه. موثقة لابن فضال. راجع ج ٣ الوافى باب التقية ص ١٢٤. و كا بهامش مرآة العقول ص ١٩٧. و ج ٢ نل باب ٣١ عدم جواز التقية فى الدم من الأمر بالمعروف ص ٥٠٥. و ج ١٥ البحار كتاب العشرة ص ٢٢٥ و ص ٢٣٥.

و فى ج ٢ المستدرک ص ٣٧٨: عن الصدوق فى الهداية مرسلا و التقية فى كل شىء حتى يبلغ الدم فإذا بلغ الدم فلا تقيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٦

عدمه فهو محال، و ليس مفاد الروايات المذكورة هو جواز التقية فى غير تلف النفس لكى يترتب عليه جواز إضرار الغير لدفع الضرر عن نفسه.

و الغرض من تشريع التقية قد يكون حفظ النفس، و قد يكون حفظ العرض، و قد يكون حفظ المال و نحوه، و ح فلا يشرع بها هتك الأعراس، و نهب الأموال، لانتهاها آمادها بالوصول الى هذه المراتب. و بعبارة أخرى المستفاد من الروايات المذكورة أن الغرض من التقية هو حفظ الدماء و إن توقف ذلك على ارتكاب بعض المعاصى ما لم يصل الى مرتبة قتل النفس.

على أنه لو جازت التقية بنهب مال الغير و جلبه الى الظالم لدفع الضرر عن نفسه لجاز للآخر ذلك أيضا، لشمول أدلة التقية لهما معا، فيقع التعارض فى مضمونها، و ح فلا يجوز الاستناد إليها فى دفع الضرر عن أحد الطرفين بإيقاع النقص بالطرف الآخر، لانه ترجيح بلا مرجح، و عليه فنرفع اليد عن إطلاقها فى مورد الاجتماع، و يرجع فيه الى عموم حرمة التصرف فى مال الغير و شؤونه.

الرابع ما ذكره من الفرق بين الإكراه و الاضطراب، حيث التزم بحرمة دفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره فى مورد الاضطراب دون الإكراه، و حاصل كلامه: أن الضرر فى موارد الاضطراب قد توجه ابتداء الى الشخص نفسه، كما إذا توجه السيل الى داره فلا يجوز له دفعه بالإضرار بغيره، لأن دفع الضرر عن النفس بالإضرار بالغير قبيح، و لا يصح التمسك بعموم رفع ما اضطروا إليه، فإن حديث الرفع قد ورد فى مورد الامتنان، و لا شبهة أن صرف الضرر عن نفسه الى غيره مناف له، فيختص الحديث بغير الإضرار بالغير من المحرمات. و أما فى موارد الإكراه فإن الضرر قد توجه الى الغير ابتداء بحسب إلزام الظالم و إكراهه و من المعلوم أن مباشرة المكره (بالفتح) لإيقاع الضرر بالغير ليست مباشرة استقلالية ليرتب عليها الضمان، كما يترتب على بقية الأفعال التوليدية، بل هى مباشرة تبعية، و فاعلها بمنزلة الآلة، فلا ينسب اليه الضرر، نعم لو تحمل الضرر و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير الى نفسه عرفا. و لكن الشارع لم

يوجب هذا.

ولكن ما أفاده المصنف غير تام صغرى و كبرى، أما عدم صحة الصغرى فلأن الضرر فى كلا الموردين إنما توجه الى الشخص نفسه ابتداء، فإن الإكراه لا يسلب الاختيار عن المكره ليكون بمنزلة الآلة المحضة، بل الفعل يصدر منه بإرادته و اختياره، و يكون فعله كالجزة الأخير من العلة التامة لنهب مال الغير مثلا حتى أنه لو لم يأخذه و لم يجلبه الى الظالم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٧

لكان المال مصونا، و ان توجه الضرر ح الى نفسه فمباشرته للإضرار بالغير لدفع الضرر المتوقع به عن نفسه مباشرة اختيارية. فتترتب عليها الأحكام الوضعية و التكليفية.

و بعبارة اخرى أن مرجع الإكراه إلى تخيير المكره بين نهب مال الغير و بين تحمل الضرر فى نفسه على فرض المخالفة، و حيث كان الأول حراما و ضعا و تكليفا فتعين عليه الثانى. نعم لو كان الضرر متوجها الى الغير ابتداء، و لم يكن له مساس بالواسطة أصلا فلا يجب عليه دفعه عن الغير بإضرار نفسه، و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف أخيرا من أن الفارق بين المقامين هو أدلة الحرج.

و أما عدم صحة الكبرى فلأنه لا وجه للمنع عن وجوب دفع الضرر عن الغير بإيقاعه بنفسه بل قد يجب ذلك فيما إذا أوعده الظالم بأمر مباح فى نفسه و كان ما أكرهه عليه من إضرار الغير حراما، فإنه ح يجب دفع الضرر عن غيره بالإضرار بنفسه كما عرفته آفا، لأنه بعد سقوط أدلة نفي الضرر و الإكراه و الحرج فأدلة حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه محكمة.

الخامس: ما أفاده المصنف أيضا من أن أدلة نفي الحرج كافية فى الفرق بين المقامين، فان الضرر إذا توجه الى المكلف ابتداء، و لم يرخص الشارع فى دفعه عن نفسه بتوجيهه إلى غيره فان هذا الحكم لا- يكون حرجيا، أما إذا توجه الضرر الى الغير ابتداء فإن إلزام الشارع بتحمل الضرر لدفعه عن الغير حرجى قطعاً، فيرتفع بأدلة نفي الحرج.

و فيه أنه ظهر جوابه مما ذكرناه من المناقشة فى الصغرى، و وجه الظهور هو عدم الفارق بين توجه الضرر الى الغير ابتداء و عدمه. الناحية الرابعة: أن يتوجه الضرر ابتداء الى الغير، و الى المكره على تقدير مخالفته حكم الظالم، كما إذا أكرهه على أن يلجئ شخصا آخر الى فعل محرم كالزنا، و إلا أجبره على ارتكابه بنفسه، و حينئذ فلا موضع لأدلة نفي الإكراه و الاضطرار و الحرج و الضرر بداهة أن الإضرار بأحد الطرفين مما لا بد منه جزما، فدفعه عن أحدهما بالإضرار بالآخر ترجيح بلا مرجح، و إذن فتقع المزاحمة و يرجع الى قواعد باب التزاحم.

الناحية الخامسة: أن يتوجه الضرر الى أحد شخصين ابتداء، و الى المكره على فرض مخالفته الظالم، و لكن فيما إذا كان الضرر المتوقع به أعظم مما يترتب على غيره، كما إذا أكرهه على أن يأخذ له ألف دينار إما من زيد، و إما من عمرو، و إلا أجبره على إراقة دم محترم مثلا، و فى هذه الصورة يجب على المكره أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بأحد الشخصين، فان حفظ النفس المحترمة واجب على كل احد، و يدور الأمر بين الإضرار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٨

بأحد الشخصين، و يرجع فى ذلك الى قواعد باب التزاحم.

جواز قبول الولاية من الجائر لدفع الضرر عن الغير

قوله الثانى: أن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر.

أقول: الكراهة فى اللغة هى ضد الحب، و الإكراه هو حمل الرجل على ما يكرهه، و هذا المعنى يتحقق بحمل الشخص على كل ما يكرهه بحيث يترتب على تركه ضرر عليه، أو على عشيرته، أو على الأجانب من المؤمنين، و إذا انتفى التوعد بما يكرهه انتفى الإكراه، و عليه فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف من تخصيص الإكراه ببعض ما ذكرناه.

قال: (إن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكروه عليه ضررا متعلقا بنفسه أو ماله أو عرضه، أو بأهله ممن يكون ضررا راجعا الى تضرره و تألمه، و أما إذا لم يترتب على ترك المكروه عليه إلا- الضرر على بعض المؤمنين ممن يعد أجنبيا من المكروه بالفتح فالظاهر أنه لا يعد ذلك إكراهًا عرفًا، إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به).

نعم يختلف موضوع الكراهة باختلاف الأشخاص و الحالات، فان بعض الأشخاص يكره مخالفة أى حكم من الأحكام الإلهية فى جميع الحالات، و بعضهم يكره ذلك فى الجهر دون الخفاء، و بعضهم يكره مخالفة التكاليف المحرمة دون الواجبات، و بعضهم بالعكس، و بعضهم لا يكره شيئا من مخالفة التكاليف حتى قتل النفوس فضلا عن غيره.

ثم إن الفارق بين الأمرين أن الضرر المتوقع به متوجه الى المكروه (بالفتح) فى الأول و الى غيره من الأجانب فى الثانى الذى أنكر المصنف (ره) تحقق مفهوم الإكراه فيه.

و تحقيق الكلام هنا فى جهات ثلاث، كلها مشتركة فى عدم ترتب الضرر على المكروه لو ترك ما اكره عليه، و لاية كانت أم غيرها. الجهة الاولى: ان يخشى من توجه الضرر الى بعض المؤمنين، و يتوقف دفعه على قبول الولاية من الجائرين، و الدخول فى أعمالهم، و الحشر فى زمرتهم للتقية فقط، من دون ان يكون هناك إكراه على قبول الولاية، و لا- ضرر يتوجه عليه لو لم يقبلها، و من دون ان يتوقف دفع الضرر عن المؤمنين على ارتكاب أمر محرم.

و الظاهر أنه لا شبهة فى جواز الولاية عن الجائر حينئذ تقيه، فإن التقيه شرعت لحفظ المؤمنين عن المهالك و المضرات، بل تعد التقيه فى مواردنا من جملة العبادات التى يترتب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٤٩

عليها الثواب، و لا ريب أن تلك الغاية حاصله فى المقام، و مما يدل على جواز الولاية هنا لأجل التقيه الروايات الكثيرة «١» الأمرة بالتقيه صونا لنفوس المؤمنين و أعراضهم و أموالهم عن التلف، بل ورد فى عدة من الروايات «٢» جواز التقيه بالتبرى عن الأئمة «ع» لسانا إذا كان القلب مطمئنا بالايان، و مما يدل على ذلك أيضا تجويز الأئمة «ع» فى جملة من الأحاديث «٣» لعلى بن يقطين و غيره أن تقلبوا الولاية عن الجائر تقيه لإصلاح أمور المؤمنين و دفع الضرر عنهم.

و يضاف الى ذلك كله أن ظاهر غير واحدة من الروايات مشروعية التقيه لمطلق التوادد و التحبب و إن لم يترتب عليها دفع الضرر عن نفسه أو عن غيره، فيدل بطريق الأولوية على جواز الولاية عن الجائر تقيه لدفع الضرر عن المؤمنين.

قوله لكن لا يخفى أنه لا يباح بهذا النحو من التقيه الإضرار بالغير.

أقول: الوجه فيه هو ما تقدم آنفا من كون الأدلة الواردة فى نفي الإكراه و شبهه واردة فى مقام الامتنان على الأمة بعمومها، فلا يصح التمسك بها لدفع الضرر عن أحد بتوجيه الضرر الى غيره، لأن ذلك على خلاف الامتنان فى حق ذلك الغير، و ليس الوجه فيه هو ما ذكره المصنف من عدم تحقق الإكراه إذا لم يتوجه الضرر على المكروه، فقد عرفت أن مفهوم الإكراه أوسع من ذلك الجهة الثانية: أن يكون قبول الولاية من الجائر عاصما عن توجه الضرر إلى المؤمنين، و سببا لنجاح المكرويين منهم من دون أن يلحق المكروه ضرر لو لم يقبلها و مثاله ما لو أكره الجائر على قبول الولاية من قبله، و أوعده على تركها بإضرار المؤمنين و هتكهم و التنكيل بهم و ما أشبه ذلك، و لا شبهة هنا أيضا فى جواز الولاية عن الجائر لدفع الضرر عن المؤمنين.

و تدل على الروايات المقدمة الدالة على جواز الولاية عن الجائر لإصلاح أمور المؤمنين، بل دلالتها على الجواز هنا أولى من وجهين، الأول: وجوده الإكراه. و الثانى: القطع بتوجه الضرر على المؤمنين مع رد الولاية.

الجهة الثالثة: أن يكره الظالم أحدا على ارتكاب شىء من المحرمات الإلهية، سواء كانت هى الولاية أم غيرها من غير أن يترتب عليه فى تركها ضرر أصلا، و لكن الظالم أو عده على ترك ذلك العمل بإجبار غيره على معصية من حرمت الله، و مرجع ذلك فى الحقيقة إلى دوران

(١) قد تقدمت الإشارة إلى مصادرها في ص ٤٤٥.
 (٢) راجع ج ٢ ثل باب ٢٩ جواز التقيّة في إظهار كلمة الكفر من الأمر بالمعروف ص ٥٠٤.
 (٣) قد تقدمت الإشارة إليها و إلى مصادرها في ص ٤٣٨.
 مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٠
 الأمر بين إقدام المكره (بالفتح) على معصية لا يتضرر بتركها، و بين إقدام شخص آخر عليها.
 و مثاله ما إذا أكرهه الجائر على شرب الخمر، و إلا أكرهه غيره عليه، و الظاهر أنه لا ريب في حرمة ارتكاب المعصية في هذه الصورة فإنه لا مجوز للإقدام عليها من الأدلة العقلية و الثقلية، إلا أن يترتب على ارتكاب المعصية حفظ ما هو أهم منها، كصيانة النفس عن التلف و ما أشبه ذلك، و ح يكون المقام من صغريات باب التراحم، فتجرى فيه قواعده.
 قوله و كيف كان فهنا عنوانان: الإكراه و دفع الضرر المخوف إلخ.
 أقول:

توضيح كلامه: أن الشارع المقدس قد جعل الإكراه موضوعاً لرفع كل محرم عدا إتلاف النفوس المحترمة كما تقدم، بخلاف دفع الضرر المخوف على نفسه أو على غيره من المؤمنين، فإنه من صغريات باب التراحم، و لكنك قد عرفت أن دليل الإكراه لا يسوغ دفع الضرر عن النفس بالإضرار بغيره، و عليه فكاد العنوانين من صغريات باب التراحم، و على كل حال فتجوز الولاية عن الجائر في كلا المقامين لدفع الضرر عن نفسه و عن سائر المؤمنين.
 و أما إحراز ملاكات الأحكام و كشف أهميتها بعضها من بعض فيحتاج إلى الاطلاع على أبواب الفقه، و الإحاطة بفروعه و أدلته، و قد تعرض الفقهاء رضوان الله عليهم لعدة من فروع المزاحمة في الموارد المناسبة، و لا يناسب المقام ذكره.

حكم اعتبار العجز عن التفصي في الإكراه

قوله الثالث: أنه قد ذكر بعض مشايخنا المعاصرين إلخ.
 أقول: حاصل كلامه أن بعض المعاصرين استظهر من كلمات الأصحاب في اعتبار العجز عن التخلص أن لهم في ذلك أقوالاً ثلاثة، ثالثها التفصيل بين الإكراه على الولاية فلا- يعتبر فيه العجز عن التخلص و بين غيرها من المحرمات، فيعتبر فيه ذلك. و لعل منشأ الخلاف ما ذكره في لك في شرح قول المحقق: (إذا أكره الجائر على الولاية جاز له الدخول، و العمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصي).

و حاصل ما ذكره في لك: أنه يمكن أن يكون غرض المحقق هو تعدد الشرط و المشروط بأن تكون الولاية عن الجائر بنفسها مشروطة بالإكراه فقط و يكون العمل بما يأمر الجائر بانفراده مشروطاً بعدم قدرة المأمور على التفصي.

و يرد عليه أنه لا وجه لاشتراط الولاية مطلقاً بالإكراه، فإن جواز قبولها لا يتوقف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥١

على الإكراه إذا انفردت عن العمل بما يأمره الجائر، و لذا قد تكون مباحة، و قد تكون مستحبة، و قد تكون مكروهة، و قد تكون واجبة، و أما العمل بما يأمر به الجائر فقد صرح الأصحاب في كتبهم أنه مشروط بالإكراه خاصة، و لا يشترط فيه الإلجاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه.

و يمكن أن يكون المشروط في كلام المحقق أمراً وحدانياً مركباً من أمرين (الولاية و العمل بما يأمره الجائر) و يكون مشروطاً بشرطين: (الإكراه و عدم القدرة على التفصي) و يرد عليه أنه يكفي الإكراه بانفراده في امثال أمر الجائر مع خوف الضرر حتى في

فرض التمكن من التخلص، فلا وجه للشرط الثاني.

وقد تجلى من ذلك أن مرجع ما ذكره في لك إلى ثلاثة محتملات، الأول: أن الولاية عن الجائر غير مشروطة بالإكراه، وإنما المشروط به هو العمل بما يأمره الجائر. الثاني:

أن المجموع المركب من الأمرين مشروط بالإكراه فقط دون العجز عن التخلص بحيث لا يقدر على خلافه. الثالث: التفصيل بين الولاية وبين العمل بما يأمره الجائر، فيقيد الأول بالإكراه والثاني بالإلجاء اليه، والعجز عن التخلص، و كأن المتوهم جعل كل محتمل قولاً برأسه.

أقول: يرد على هذا المتوهم أولاً: أن مجرد الاحتمال لا يستلزم وجود القائل به.

و ثانياً: أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً للقول بالتفصيل. فإن الظاهر من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم في باب الإكراه أنه لا خلاف بينهم في اعتبار العجز عن التفصي في ترتب أحكام الإكراه، أما إذا أمكن التفصي فلا تترتب تلك الأحكام، إلا إذا كان التفصي حرجياً، و لم يفرقوا في ذلك بين الولاية المحرمة، و بين العمل بما يأمره الجائر من الأعمال المحرمة المترتبة على الولاية، و بين بقاء المحرمات، فإن أدلة المحرمات محكمة، و لا تحتل أن يجوز أحد شرب الخمر بمجرد الإكراه حتى مع القدرة على التخلص، و كذلك لا خلاف بين الفقهاء أيضاً في أنه لا يعتبر في باب الإكراه العجز عن التفصي إذا كان في التفصي ضرر كثير على المكروه، كما انهم لم يشترطوا في ترتب الأحكام أن يلجأ إلى المكروه عليه بحيث لا يقدر على خلافه كما صرح به في المسالك، فإن مرجع ذلك إلى العجز العقلي، و لم يعتبره أحد في الإكراه جزماً.

نعم قد تترتب على المعصية التي أكره عليها مصلحة هي أهم منها، و لا يعتبر في هذه الصورة العجز عن التفصي. و مثاله ما إذا أكره الجائر أحداً على معصية، و كان المجبور متمكناً من التخلص منها بخروجه عن المكان الذي يعصى الله فيه، إلا ان ارتكابه لتلك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٢

المعصية مع الظالم يتيح له الدخول في أمر يترتب عليه حفظ الإسلام، أو النفس المحترمة، أو ما أشبه ذلك.

ان جواز الولاية عن الجائر

مع الضرر المالي رخصة لا عزيمة

قوله الرابع: ان قبول الولاية مع الضرر المالي الذي لا يضر بالحال رخصة لا عزيمة

أقول: إذا أوجب الجائر أحداً على الولاية من قبله، أو على عمل محرم، و كان المجبور متمكناً من التخلص و لو بتحمل الضرر المالي و إن بلغ ما بلغ جاز له ذلك. فإن أدلة نفي الإكراه إنما هي مسوقة لرفع الإلزام فقط عن مورد الإكراه، و ليست ناظرة إلى بيان حكم المورد.

و عليه فلا بد من تعيين حكمه من الرجوع إلى القواعد الأخرى، فقد يكون المكروه عليه من قبيل قتل النفس و ما يشبهه، فيحرم الإقدام عليه، و قد يكون من قبيل الضرر المالي على نفسه فيجوز تحمله، لأن الناس مسلطون على أموالهم «١». و من هنا يعلم ان تقييد الضرر المالي بعدم إضراره بالحال كما في المتن لا يخلو عن مسامحة.

و بعبارة أخرى: ان أدلة الإكراه لا تشمل المقام، و عليه فان كان المورد كقتل النفوس و نحوه مما اهتم الشارع بحفظه فيحرم الاقدام عليه، بل يجب دفعه، و إن كان من قبيل الضرر المالي فيجوز التحمل به لدليل السلطنة.

لا يقال: إن بذل المال للجائر دفعا للولاية المحرمة إعانة على الإثم.

فإنه يقال: لا وجه له صغرى و كبرى، أما الأولى فلأن ذلك من قبيل مسير الحاج و الزوار و تجارة التجار مع إعطاء المكوس و الكمارك و الضرائب، و لا يصدق على شيء منها عنوان الإعانة على الإثم، و اما الثانية فقد تقدم في البحث عن بيع العنب ممن يجعله

خمرًا أنه لا دليل على حرمة على الإعانة على الإثم.

(١) راجع ج ١ البحار ص ١٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٣

حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو بالتقية

قوله: الخامس: لا يباح بالإكراه قتل المؤمن و لو توعد على تركه بالقتل إجماعاً).

أقول: هل يشرع بالتقية أو بالإكراه قتل النفوس المحترمة أو لا؟ أما التقية فهي في اللغة اسم لا تقى يتقى بمعنى الخوف و التحذير و التجنب، و المراد بها هنا التحفظ عن ضرر الظالم بموافقته في فعل أو قول مخالف للحق.

و الظاهر انه لا- خلاف في جوازها لحفظ الجهات المهمة الشرعية، بل قد عرفت في مبحث الكذب عند البحث عن أقوال الأئمة الصادرة تقية إجماع الفريقين و ضرورة العقلاء و تظافر الآيات و الروايات على جواز الكذب لانجاء النفس المحترمة.

على انه ورد في بعض الأحاديث «١»: (إنما جعلت التقية ليحقق بها الدم فإذا بلغت التقية الدم فلا تقية). فإن الظاهر من ذلك انه إذا توقف حفظ النفس على ارتكاب أى محرم فإنه يصبح مباحاً مقدماً لصيانة النفس المحترمة عن التلف، إلا ان التقية إذا اقتضت إراقة دم محترم لحفظ دم آخر فإنها لا تشرع ح، لما عرفت آنفاً ان كلا من الشخصين مشمول للحديث، فترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح.

بل قد عرفت سابقاً ان الغرض الأقصى من جعل التقية في الشريعة المقدسة إنما هو حفظ أموال المؤمنين و اعراضهم و نفوسهم و ما أشبه ذلك من شؤونهم، فإذا توقف حفظ شيء منها على إتلاف عديله من شخص آخر ارتفعت التقية ح لارتفاع الغاية منها.

و مثاله ما إذا اقتضت التقية إتلاف مال شخص لحفظ مال شخص آخر فإنه لا يجوز إتلافه تقية. و الوجه فيه ان شمول أخبار التقية لهما على حد سواء، و إذن فترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح كما عرفت، فيرجع في ذلك الى الأدلة الدالة على حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، و هكذا الحال في جميع الموارد التقية.

غاية الأمر ان ما دل على ان التقية إنما شرعت ليحقق به الدم ناظر الى بيان المرتبة العليا من التقية، و ليس فيه ظهور في اختصاص الحكم بهذه المرتبة فقط.

و من هنا ظهر ما في كلام المحقق الايرواني، حيث قال: (و يقرب عندي ان المراد من هذه الأحاديث أمر وجداني يدركه العقل، و هو ان التقية لما شرعت لغاية حفظ النفس فإذا لم تكن هذه الغاية موجودة، بل كان الشخص مقتولاً لا محالة اتقى أو لم يتق فلا تقية

(١) قد تقدمت الرواية في البحث عن الإضرار بالناس مع الإكراه عليه ص ٤٤٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٤

لانتفاء ما هو الغرض من تشريع التقية).

و مع الإغضاء عما ذكرناه فان ما أفاده إنما يلائم قوله «ع» في رواية محمد بن مسلم: (إنما جعلت التقية ليحقق بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقية). فإنه يمكن ان يتوهم منها أن الغاية من التقية هي حفظ الدم و إذا كان لا بد للظالم من إراقة الدم فلا موضوع للتقية.

و لكن بيانه قوله «ع» في رواية أبي حمزة الثمالي: (إنما جعلت التقية ليحقق بها الدم فإذا بلغت التقية الدم فلا تقية). فإن هذه الرواية ظاهرة، بل صريحة في أن التقية إذا توقفت على إراقة الدم فلا تقية، فتكون هذه الرواية قرينة لبيان المراد من الرواية الأولى أيضاً.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٤٥٤

ثم إنه لا- فرق بين افراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر، و لا- من حيث الرجولة و الأنوثة، و لا- من حيث العلم و الجهل، و لا- من حيث الحرية و العبودية، لإطلاق قوله «ع» (إنما جعلت التقيّة ليحقن بها الدم فإذا بلغت التقيّة الدم فلا تقيّة). و أما الإكراه- و قد تقدم معناه في الأمر الثاني- فهو لا يسوغ قتل النفس المحترمة بلا خلاف بين الفريقين، و الوجه فيه هو ما تقدم من أن الأدلة الدالة على نفي الإكراه و الضرر و الحرج واردة في مقام الامتتان، و من الواضح ان الإضرار بالغير مناف للامتتان، فلا يكون مشمولاً لها، فتبقى الأدلة الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة سليمة عن المزاحم.

نعم إذا أجبر الظالم أحداً على قتل أحد شخصين محقونى الدم، أو اضطر اليه نفسه، كما إذا وقع من شاهق، و كان لا بد له من الوقوع على رأس أحدهما، فلا- بد حينئذ من الرجوع الى قواعد التراحم، و يتضح ذلك بلحاظ ما حققناه في دوران الأمر بين إنقاذ أحد الغريقتين، فإنه لم يستشكل أحد في وجوب المبادرة لإنقاذ الأهم منهما و ترك الآخر.

و هذا نظير الإكراه على إيقاع الضرر المالى على أحد الشخصين، و قد تقدم الكلام فيه.

لا يقال: قد نطق القرآن الكريم فى آية محكمة [١] بالتكافؤ بين الدماء المحترمة و معه فأى معنى لملاحظة الأهم و المهم فى ذلك، و قد ورد ذلك فى الاخبار المستفيضة المذكورة فى أبواب القصاص.

فإنه يقال: نعم و لكن مورد التكافؤ الذى دلت عليه الآية و الروايات إنما هو القصاص فقط، فلا مساس له بما نحن فيه، و من هنا اتضح حكم ما لو أكره الجائر أحداً إما على قتل نفسه و إما على قتل غيره. و قد انجلى الصبح، و انكشف الظلام، و ظهر الفارق بين التقيّة و الإكراه موضوعاً و حكماً، و الله العالم بالحقائق و الاسرار.

[١] سورة المائدة آية: ٤٩ قوله تعالى (وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٥

ان المستحق للقتل قصاصاً محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم

قوله و أما المستحق للقتل قصاصاً فهو محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم).

أقول: مستحق القتل قد يكون مهدور الدم لكل أحد، لكونه مسلوب الاحترام، كالنواصب الذين يظهرون العداوة و البغضاء لآكل محمد (ص)، و قد يكون مهدور الدم بالنسبة الى جميع الناس، و لكن بإجازة حاكم الشرع، كمن ثبت عليه الحد الشرعى الموجب للقتل، و قد يكون مهدور الدم لفريق معين، كمن قتل مؤمناً عن عمد و اختيار.

أما الأول فلا شبهة فى خروجه عن حد النفوس المحترمة قطعاً، لأن الشارع المقدس سلب احترام دمه عند كل من اطلع على خبثه و رذالته، فيكون مهدور الدم لجميع الناس و لا يكون مشمولاً لقوله «ع»: «فإذا بلغت التقيّة الدم فلا تقيّة». و عليه فلو اقتضت التقيّة أو الإكراه قتل ناصبى فلا محذور فى الاقدام عليه، لثبوت جوازه قبل التقيّة و الإكراه فمعهما يكون أولى بالجواز، إلا أن تترتب الفتنة على قتله، فإنه لا يجوز ح الاقدام على قتله، لوجوب سد أبواب الفتنة.

و أما الثانى فحكمه حكم بقية النفوس المحترمة، فلا يجوز قتله بدون إذن الحاكم الشرعى حتى مع التقيّة و الإكراه، لكونه محقون الدم بالنسبة الى غير الحاكم الشرعى، و من هنا يعلم حكم الثالث أيضاً. فإن الكتاب العزيز [١] إنما أثبت السلطنة على دم القاتل لولى المقتول، فلا- يسوغ لغيره الاقدام عليه فى حال من الحالات، إلا- مع الإذن الشرعى، و قد انجلى مما ذكرناه ما فى كلام المحقق

الايرواني، فإنه (ره) استظهر من الروايات أن المراد من محقون الدم ما يكون محقونا بقول مطلق، ويرجع في غيره الى عموم رفع ما استكرهوا عليه «١».

[١] سورة بنى إسرائيل، آية: ٣٥، قوله تعالى: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا».

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٥٥ جملة مما عفى عنه من جهاد النفس ص ٤٦٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٦

حكم التقيّة والإكراه فى قتل المخالفين

قوله و مما ذكرنا ظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف.
أقول:

قد أشرنا آنفا الى أن الغرض الأقصى من التقيّة هو حفظ دماء الشيعة، وإن حداها بلوغ التقيّة إلى الدم، و حينئذ فما دل على عدم جريان التقيّة فى الدماء المحترمة ساكت عن حكم التقيّة فيما إذا أدت إلى قتل غير الشيعة من أى فرق المسلمين، و عليه فحكم قتل المخالفين بالتقيّة أو بالإكراه حكم سائر المحرمات التى ترتفع حرمتها بهما.

قوله بقى الكلام فى أن الدم يشمل الجرح و قطع الأعضاء أو يختص بالقتل و جهان)

أقول: إن الظاهر من قوله «ع»: (إنما جعلت التقيّة ليحقن بها الدم). و إن كان هو الدم الذى كان علة لبقاء الحياة، إلا أنه مع ذلك لا يمكن الحكم بجواز جرح الغير أو قطع أعضائه للتقيّة، فإن دليل جواز التقيّة كدليل رفع المستكره عليه إنما ورد فى مقام الامتنان فلا يشمل ما إذا كان شموله منافيا له، و عليه فيجرى فى موردها ما ذكرناه فى مورد الإكراه فراجع.
قوله فيما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيته.

أقول: قد ورد فى الروايات الكثيرة [١] حكم الوالى فى نفسه، و حكمه مع رعيته، فلا بد و أن يلاحظها المتمم بمصباح الولاية لكى لا يكون فى عداد الظالمين، بل يتصدى لإعمال الولاية بالقسط و العدل

حرمة هجاء المؤمن

قوله السابعة و العشرون: هجاء المؤمن حرام بالأدلة الأربعة.

أقول: الهجو فى اللغة عد معائب الشخص، و الوقعة فيه، و شتمه، و لا خلاف بين المسلمين فى حرمة هجاء المؤمن، و إن اختلفت الشيعة مع غيرهم فى ما يراد بكلمة المؤمن، بل فى كلام بعض العامة «١» تعميم الحرمة إلى هجاء أهل الذمة أيضا.

[١] فى ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٢ سطر ١٢: و لا يحل التغنى بالألفاظ الدالة على هجاء الناس مسلمين كانوا أو ذميين.

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٧٨ ما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه مما يكتسب به ص ٥٥٢ و ج ٢ المستدرک باب ٤٢ ما ينبغى للوالى العمل به نفسه مما يكتسب به ص ٤٤١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٧

وقد استدلل المصنف على حرمة بالأدلة الأربعة بدعوى أنه ينطبق عليه عنوان الهمز واللمز و أكل اللحم والتعبير وإزاعة الستر، و كل ذلك كبيرة موبقة، و جريمة مهلكة، بالكتاب و السنة و العقل و الإجماع.

و تحقيق المقام أن الهجو قد يكون بالجملة الإنشائية، و قد يكون بالجملة الخبرية، أما الأول فلا شبهة في حرمة، لكونه من اللمز و الهمز، و الإهانة و الهتك، و قد دلت الروايات «١» المتواترة على حرمة هتك المؤمن و إهاتته، و نطق القرآن الكريم بحرمة الهمز و اللمز «٢».

و أما الثاني فإن كان الخبر مطابقا للواقع كهجو المؤمن بما فيه من المعايب كان حراما من جهة الغيبة و الهتك و الإهانة و التعبير و الهمز، و إن كان الخبر مخالفا للواقع كان حراما أيضا من نواحي شتى، لكونه كذبا و بهتا، و إهانة و ظلما، و همزا و لمزا. و لا- فارق في أفراد المؤمن بين العادل و الفاسق غير المعلن و قد تقدم الكلام عليه في مبحث الغيبة، بل يمكن أن يقال بحرمة هجو الفاسق المعلن بفسقه، فقد تقدم في البحث عن مستثنيات الغيبة أن عمدة الدليل على جواز غيبة المتجاهر في الفسق خروج ذلك عن دائرة الغيبة موضوعا، فإنها أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، و ما ارتكبه الفاسق المتجاهر الهجو لانتقاص المتجاهر، و ذكره بما فيه من العيوب عدا ما دل على حرمة من حيث كونه غيبة.

نعم يجوز هجو الفاسق المتجاهر في الفسق إذا ترتبت على هجوه مصلحة أهم من مصلحة احترامه، أو كان ممن لا يبالي بما قيل فيه، و بذلك يحمل ما ذكره المصنف من الخبر (محصولا ذنوبكم بذكر الفاسقين).

و أما هجو المخالفين أو المبدعين في الدين فلا شبهة في جوازه، لأنه قد تقدم في مبحث الغيبة «٣» أن المراد بالمؤمن هو القائل بإمرة الأئمة الاثني عشر، و كونهم مفترضى الطاعة و من الواضح أن ما دل على حرمة الهجو مختص بالمؤمن من الشيعة، فيخرج غيرهم عن حدود حرمة الهجو موضوعا، و قد تقدم في المبحث المذكور ما يرضيك في المقام، و يقنعك

(١) راجع ج ٢ ثل أبواب عشرة الحج. و ج ٣ الوافي الفصل الثاني أبواب ما يجب على المؤمن اجتنابه في المعاشرة.

(٢) سورة الهمزة آية: ١، قوله تعالى: (وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ).

(٣) في البحث عن اشتراط الايمان في حرمة الغيبة ص ٣٢٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٨

بتخصيص حرمة الهجو بما ذكرناه.

و هل يجوز هجو المبدع في الدين أو المخالفين بما ليس فيهم من المعايب أو لا- بد من الاقتصار فيه على ذكر العيوب الموجودة فيهم؟ هجوههم بذكر المعايب غير الموجودة فيهم من الأقاويل الكاذبة، و هي محرمة بالكتاب و السنة، و قد تقدم ذلك في مبحث حرمة الكذب، إلا أنه قد تقتضى المصلحة الملزمة جواز بهتهم و الإضرار عليهم، و ذكرهم بما ليس فيهم افتضاحا لهم، و المصلحة في ذلك هي استبانة شؤونهم لضعفاء المؤمنين حتى لا- يغتروا بأرائهم الخبيثة و أغراضهم المرجفة، و بذلك يحمل قوله «ع» «١»: (و باهتوهم كي لا- يطمعوا في الإسلام) و كل ذلك فيما إذا لم تترتب على هجوههم مفسدة و فتنه، و إلا فيحرم هجوههم حتى بالمعائب الموجودة فيهم.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن هجو المخالفين قد يكون مباحا، و قد يكون مستحبا و قد يكون واجبا و قد يكون مكروها، و قد يكون حراما، و بهذا الأخير يحمل قوله «ع» في روايه أبي حمزة «٢» عن قذف المخالفين: (الكف عنهم أجمل).

قوله الثامنة والعشرون: الهجر.

أقول: الهجر بالضم هو الفحش، والقبيح من القول، ولا خلاف بين المسلمين، بل بين العقلاء في مبعوضيته و حرمة، وقد ورد في الروايات المتواترة «٣» إن البذاء والفحش على المؤمن حرام، وفي رواية سليم بن قيس: (إن الله حرم الجنة على كل فحاش بذىء قليل الحياء لا يبالي ما قال ولا ما قيل له). وفي

(١) قد تقدمت هذه الرواية في البحث عن حرمة سب المؤمن ص ٢٨١، وفي البحث عن جواز الاغتيا ب لحسم مادة الفساد ص ٣٥٤. (٢) في ج ١ كا كتاب الخمس باب أن الأرض كلها للإمام «ع» ص ٤٢٧. و ج ٦ الوافي باب ٣٩ تحليل الخمس للشيعة من أبواب الخمس ص ٤٥. عن أبي حمزة عن أبي جعفر «ع» قال: قلت له: إن بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم؟ فقال لي: الكف عنهم أجمل، الحديث. مجهولة للحسن بن عبد الرحمن، و ضعيفة لعلي بن العباس. (٣) راجع ج ٣ الوافي ص ١٦٠. و ج ٢ نل باب ٦٩ تحريم السفه، و باب ٧٠ تحريم الفحش، و باب ٧١ تحريم البذاء من جهاد النفس ص ٤٧٦. و ج ٢ المستدرك ص ٣٣٩.

و كا بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ٣١٢ و ٣١٣ و ٣١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٥٩

صحيحه عبد الله بن سنان (و من خاف الناس لسانه فهو في النار). و في صحيحه أبي عبيدة (البذاء من الجفاء و الجفاء في النار). و في موثقه ابن فضال (من علامات شرك الشيطان الذي لا شك فيه أن يكون فحاشا لا يبالي ما قال و لا ما قيل فيه). و في بعض الأحاديث: (من فحش على أخيه المسلم نزع الله منه بركة رزقه و وكله الى نفسه و أفسد عليه معيشته).

و في أصول الكافي بسند صحيح عن أبي عبد الله «ع» قال: (كان في بني إسرائيل رجل فدعا الله أن يرزقه غلاما ثلاث سنين، فلما رأى أن الله لا يجيبه فقال: يا رب أبعيد أنا منك فلا تسمعني، أم قريب أنت مني فلا تجيبني؟؟ قال: فأتاه آت في منامه فقال: إنك تدعو الله منذ ثلاث سنين بلسان بذىء و قلب عات «الجبار المتجاوز عن حده في الاستكبار» غير تقي، و نية غير صادقة، فأقلع عن بذائك، و ليق الله قلبك، و لتحسن نيتك قال: ففعل الرجل ذلك، ثم دعا الله فولد له غلام).

و في وصية النبي (ص) لعلي «ع» قال: (يا علي أفضل الجهاد من أصبح لا يهتم بظلم أحد، يا علي من خاف الناس لسانه فهو من أهل النار، يا علي شر الناس من أكرمه الناس اتقاء شره و أذى فحشه، يا علي شر الناس من باع آخرته بدنياه و شر منه من باع آخرته بدنياه غيره).

[النوع الخامس: مما يحرم التكسب به] أخذ الأجرة على الواجبات

إشارة

قوله: الخامس: مما يحرم التكسب به ما يجب على الإنسان فعله عينا أو كفاية تعبدا أو توصلا على المشهور.

أقول: اختلفت كلمات الأصحاب في هذه المسألة على أقوال:

الأول: ما ذكره المصنف من المنع مطلقا. الثاني: ما حكاه المصنف عن المصاييح عن فخر المحققين من التفصيل بين التعبدى فلا يجوز، و بين التوصلى فيجوز. الثالث: ما نقله المصنف عن فخر المحققين في الإيضاح من التفصيل بين الكفائى التوصلى فيجوز و بين غيره فلا يجوز.

الرابع: ما ذكره في متاجر الرياض من التفصيل بين الواجبات التي تجب على الأجير عينا أو كفاية وجوبا ذاتيا فلا يجوز، و بين الواجبات الكفائية التوصلية فيجوز كالصناعات الواجبة كفاية لانتظام المعاش. الخامس: ما نسب الى السيد المرتضى من القول بالجواز في الكفائي كتجهيز الميت، وهذه النسبة موهونة بما ذكره المصنف من أن السيد مخالف في وجوب تجهيز الميت على غير الولي، لا في حرمة أخذ الأجرة على تقدير الوجوب عليه، فهو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٠

مخالف في الموضوع، لا في الحكم.

السادس: التفصيل بين ما كان الغرض الأهم منه الآخرة فلا يجوز، و بين ما كان الغرض الأهم منه الدنيا فيجوز، و قد ذهب اليه مفتاح الكرامة.

السابع: ما حكاه في البلغة عن جده في المصباح من التفصيل بين التعبدى منه و التوصلى فمنع في الأول مطلقا، و فصل في الثاني بين الكفائي منه و العيني، فجوز في الأول مطلقا، و فصل في الثاني بين ما كان وجوبه للضرورة أو لحفظ النظام، فجوز في الأول، و منع في الثاني مطلقا، سواء كان الواجب ذاتيا أم غيريا.

الثامن: ما يظهر من المصنف من التفصيل بين العيني التعيني و الكفائي التعبدى، فلا يجوز و بين الكفائي التوصلى و التخييري، فيجوز و يظهر منه التردد في التخييري التعبدى.

التاسع: ما هو المختار عندنا من جواز أخذ الأجرة على الواجب مطلقا، و قد وقع الخلاف أيضا في هذه المسألة بين فقهاء العامة [١]. و لا يخفى أن غير واحد من أرباب الأقوال المذكورة قد ادعى الإجماع على رأيه، و لكنه ليس من الإجماع التعبدى، فإنه من المحتمل القريب إن المجمعين قد استندوا في فتياهم بالحرمة الى غير الإجماع من الوجوه المقررة في المسألة. على أنه يصعب على الفقيه دعوى الإجماع على نحو الموجبة الكلية، مع ما اطلعت عليه من الاختلافات و التفاصيل. نعم قد نقل الإجماع تلويحا أو تصريحاً في بعض الموارد الجزئية، كالقضاء و الشهادة و تعليم صيغة النكاح أو إلقائها على المتعاقدين.

[١] في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٦٩ عن الحنفية لا يصح الاستئجار على كل طاعة يختص بها المسلم، و لكن المتأخرين منهم جوزوا أخذ الأجرة على الأذان و تعليم القرآن و الإمامة و الوعظ. و في ص ١٧٦ عن المالكية لا يصح الاستئجار على طاعة مطلوبة من الأجير طلب عين إذا لم تقبل النيابة كالصلاة و إلا- فيصح، و أما الأعمال المطلوبة كفاية فتجوز الإجارة عليها بلا خلاف. و في ص ١٨١: التزموا بجواز أخذ الأجرة على الإمامة مع الأذان و في ص ١٨٨ عن الشافعية لا تصح الإجارة على الطاعات، و قد استثنى منها الإجارة على بعض الأمور المستحبة، كالإمامة و التدريس و الأذان و تعليم القرآن و الفقه و الحديث. و في ص ١٩٥ عن الحنابلة: لا تصح الإجارة على فعل قربي كالصلاة و الأذان و غيرهما، نعم يصح أخذ الجعل عليها بعنوان الجعالة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦١

مقدمة نافلة في بيان موضوع أخذ الأجرة على الواجب

قبل التعرض لحكم المسألة، و بيان الحقيقة فيها تقدم أمرا لبيان موضوعها، و إجماله أن موضوع البحث في المقام إنما هو جهة العبادة، و جهة الوجوب فقط، و مانعتهما عن صحة الإجارة و عدمها بعد الفراغ عن سائر الجهات و الحثيات التي اعتبرها الشارع المقدس في عقد الإجارة، كأن لا يكون العمل المستأجر عليه مما اعتبرت المجانية فيه عند الشارع.

و هذا لا يختص بالواجب، بل يجري في المستحبات أيضا، كاستئجار المؤذن للأذان، و استئجار المعلم للتدريس، و استئجار الفقيه

للإفتاء، و استئجار القارى لقراءة القرآن.

وقد يجرى فى المكروهات أيضا، كاستئجار فحل الضراب للطروقة. وهذه الأمثلة مبنية على تعلق غرض الشارع بمجانبة الأمور المذكورة، و حرمة أخذ الأجرة عليها، أو كراهته.

ثم إن بعضهم ذكر أن من شرائط الإجارة أن تكون منفعة العين المستأجرة عائدة إلى المستأجر، و رتب عليه بطلان إجارة المكلف لامتنال فرائضه من الصلاة و الصوم و الحج و غيرها، و بطلان الإجارة للإتيان بالمستحبات لنفسه، كالنوافل اليومية و الليلية، و غير ذلك من الموارد التى يكون النفع فيها راجعا إلى الأجير أو الى شخص آخر غير المستأجر.

و الوجه فى ذلك أن حقيقة الإجارة هى تبادل منفعة معلومة بعوض معلوم، فلا بد من وصول المنفعة إلى المستأجر، لأنه الدافع للعوض المعلوم، و إلا- انتفت حقيقة الإجارة، إذ يعتبر فى التبادل أن يقوم كل من العوض و المعوض مكان الآخر بحيث يدخل كل منهما فى المكان الذى خرج منه الآخر، و سيأتى اعتبار ذلك أيضا فى حقيقة البيع.

و فى البلغة أن الإجارة بدون هذا الشرط سفهية، و أكل للمال بالباطل، و لذا لا تصح الإجارة على الأفعال العبثية، و إبداء الحركات اللاغية، كالذهاب إلى الأمكنة الموحشة، و رفع الأحجار الثقيلة، انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق أن يقال: إن حقيقة الإجارة لا تقتضى إلا دخول العمل فى ملك المستأجر قضاء لقانون المبادلة، و أما كون المنفعة راجعة إليه فلا موجب له.

و أما حديث سفهية المعاملة فيرد عليه أولا: أنك قد عرفت مرارا، و ستعرف فى مبحث البيع إنشاء الله: أنه لا دليل على بطلان المعاملة السفهية، و إنما الدليل على بطلان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٢

معاملة السفهية، و الدليل هو كونه محجور التصرف فى أمواله.

و ثانيا: قد تقدم فى البحث عن بيع الأبوال و غيره، و سنعود عليه فى مبحث البيع أن آية التجارة غريبة عن شرائط العوضين، بل هى راجعة إلى حصر أسباب المعاملة فى الصحيح و الباطل. هذا مع أن الدليل أخص من المدعى، فان المستأجر قد ينتفع بعود النفع الى غيره، كما إذا استأجر شخصا على امتثال فرائض نفسه لكى يتعلم المستأجر منه أحكام فرائضه، أو كان المستأجر من الأمرين بالمعروف، و الناهين عن المنكر، و أراد باستئجار المكلفين على امتثال فرائضهم إظهار عظمة الإسلام و إخضاع المتمردين و العصيين. و على الجملة أن البحث هنا يتمحض لبيان أن صفة الوجوب أو صفة العبادية مانعة عن انعقاد الإجارة أم لا، بعد الانتهاء عن سائر النواحي التى اعتبرت فى عقد الإجارة.

ان صفة العبادية لا تنافى الإجارة

مقتضى القاعدة جواز أخذ الأجرة على مطلق العبادات، سواء أ كان الأخذ بعنوان الإجارة أم بعنوان الجعالة إذا تم سائر الشروط المعبرة فيهما، و لا شبهة أن صفة العبادية لا تنافى الإجارة، و الجعالة، و إذن فعمومات صحة المعاملات محكمة. و قد أورد على هذا الرأى بوجوه:

الوجه الأول: أن العبادات لا بد و أن تؤتى بقصد القرية، و أخذ الأجرة عليها ينافى القرية و الإخلاص.

و الوجه فيه أن عقد الإجارة يوجب انقلاب داعى الإخلاص فى العمل المستأجر عليه إلى داعى أخذه الأجرة، و من الواضح أن قيد الإخلاص مأخوذ فى العمل المستأجر عليه فيلزم من صحة الإجارة فسادها.

و فيه أن هذا الوجه لا يرجع عند التحقيق الى محصل، و توضيح ذلك: أنه يدعى تارة أن العمل الخارجى إنما يؤتى به بداعى تملك

الأجرة و هو ينافى قصد الإخلاص. و اخرى يدعى أنه يؤتى به بداعى تسلم الأجرة خارجا. و ثالثة: يدعى أنه يؤتى به بداعى استحقاق مطالبته.

أما الدعوى الأولى فهى واضحة البطلان ضرورة ان تملك الأجرة إنما يكون بنفس الإيجار، لا بالعمل الخارجى، فالعمل أجنبى عنه بالمره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٣

و أما الدعوى الثانية فهى أيضا كك ضرورة أنه يتمكن الأجير من التسلم بغير العمل فى بعض الموارد، و بالعمل الخالى من قصد القربة فى جميعها، فلا يكون الداعى إلى العمل بما هو عبادى غير قصد القربة و لو من جهة خوفه من العذاب لأجل عدم تسليمه العمل الى مالكة.

و أما الدعوى الثالثة فهى و إن كانت صحيحة فى بعض الموارد، و هو ما إذا امتنع المستأجر من التسليم قبل العمل، إلا ان الإتيان به لأجل ذلك (أى لأجل أن يستحق المطالبة شرعا) لا ينفك عن قصد القربة فى العمل، و ذلك من جهة تمكن المكلف من الإتيان به بغير قصد القربة و إلزامه المستأجر تسليم الأجرة، فإتيانه بالعمل لأجل الاستحقاق شرعا لا ينفك عن قصد القربة.

و على الجملة بعد ما كان الأجير متمكنا من المطالبة و تسليم الأجرة بغير العمل الصحيح فلا يكون داعيه الى الإتيان بالعمل الصحيح غير قصد القربة، و لعله الى ذلك نظر من أجاب عن الاشكال المزبور بأن دعوة أخذ الأجرة فى طول دعوة الأمر لغو من باب الداعى إلى الداعى.

الوجه الثانى: أنه يعتبر فى دواعى امثال العبادات كونها جهات قريية بحيث تنتهى سلسلة العلل و الدواعى فيها بجميع حلقاتها الى الله تعالى، و متى كان فيها داعى غير قريى خرج العمل عن العبادية و عن تمحضه لله و إن لم يكن الداعى غير القربى فى عرض الداعى الإلهى.

الوجه الثانى: أنه يعتبر فى دواعى امثال العبادات كونها جهات قريية بحيث تنتهى سلسلة العلل و الدواعى فيها بجميع حلقاتها الى الله تعالى، و متى كان فيها داعى غير قريى خرج العمل عن العبادية و عن تمحض لله و إن لم يكن الداعى غير القربى فى عرض الداعى الإلهى.

و فيه أنا قد حققنا فى مبحث النية من كتاب الصلاة أنه يشد فى العباد من يأتى بالعبادة بجميع مقدماتها و مقارناتها و مؤخراتها و دواعيها خالصة لوجه الله الكريم، و طلبا لرضاه، و كونه أهلا للعبادة و الإطاعة، بل يقصد غالب الناس فى عباداتهم الجهات الراجعة إليهم من المنافع الدنيوية و الآخروية، و لا تنافى هذه الدواعى الراجعة إليهم عبادية العبادة، إلا إذا دل دليل على إبطال بعضها للعبادة كما فى الرياء، فقد ورد فى الاخبار المتظافرة «١» ان الرياء لا يدخل عملا إلا و أفسده.

و توضيح الجواب إجمالا: ان الغاية القصوى من العبادة قد تكون هى الله فقط من دون ان يشوبها غرض آخر من الأغراض الدنيوية أو الجهات الآخروية، و ضرورى ان هذا النمط من الامثال منحصر فى الأئمة الطاهرين «ع» و الأنبياء المرسلين (ص).

(١) راجع ج ١ ثل باب ١٢ بطلان العبادة بالرياء من مقدمه العبادة ص ١١. و ج ١ المستدرک ص ١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٤

فقد قال أمير المؤمنين «ع» «١»: «(ما عبدتك خوفا من نارک و لا طمعا فى جنتک لکن وجدتك أهلا للعبادة فعبدتک).

و قد تكون الغاية من العبادة هى الله، و لكن بداعى التملق و الخضوع لحفظ الجهات الدنيوية، بأن يجعلها العبد وسيلة لازدياد النعمة و العزة، و سببا لارتفاع الشأن و المنزلة، و ترسا لدفع النعمة و الهلكة، و قد أشير الى هذا فى الكتاب بقوله تعالى «٢»: «لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَ لَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ».

وقد تكون الغاية من العبادة هي الله بداعي الخشية من غضبه و الخوف من ناره التي أعدت للعاصين، و بداعي التعرض لرحمته الواسعة، و الوصول الى الحور و القصور و الجنة التي عرضها كعرض السماوات و الأرض، و هذه المرتبة أرقى من المرتبة الثانية. و قد أشار الى هذا بقوله تعالى «٣»: (وَ اذْعُوهُ خَوْفًا وَ طَمَعًا). و بقوله تعالى «٤»: (وَ يَدْعُونَنَا رَغَبًا وَ رَهَبًا).

و قد ورد في كثير من الأدعية كدعاء أبي حمزة الثمالي و غيره تعليلاً الايمان بالله و العبادة له بالخوف و الخشية و الطمع، و هذا واضح لا غبار عليه.

و قد تكون الغاية من العبادة هي التقرب الى الله، و تحصيل رضاه من غير ان يقترب بها غرض آخر من الأغراض الدنيوية أو الأخروية، و هذه المرتبة أرقى من المرتبة الثانية و الثالثة، و هي مختصة بالعارفين بالله و السالكين اليه، و لا يناله إلا القليل من الموحدين، كسلمان و المقداد و ابي ذر و فريق من الأكابر.

و قد اتضح مما ذكرنا ان الغرض من العبادة في هذه الدرجات الثلاث الأخيرة هو انتفاع العبد حتى في الدرجة الأخيرة: أعنى المرتبة الرابعة، فإن مآل تحصيل رضى الله و التقرب اليه هو صيرورة العبد محبوباً لدى الله لكي يجيب دعوته و يدفعه شدته و يقضى حوائجه.

و على هذه المناهج المذكورة في السير الى الله و التوجه الى رحمته و غفرانه و الفوز بنعمة و رضوانه لا تخلو عبادة إلا و قد قصد العبد فيها ان يصل اليه نفع من المنافع حسب اختلافها باختلاف الأغراض و قد عرفتها. نعم الدرجة الاولى و هي عبادة الأئمة خالية عن هذا القصد. و لكنها مختصة بهم عليهم السلام.

و قد انجلى ان رجوع شيء من دواعي العبادة لغير الله لا ينافي الإخلاص فيها،

(١) راجع ج ٢ مرآة العقول ص ١٠١. و ج ١٥ البحار كتاب الخلق ص ٨٢.

(٢) سورة إبراهيم آية: ٧.

(٣) سورة الأعراف آية: ٥٤.

(٤) سورة الأنبياء آية: ٩٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٥

و التقرب الى الله بها. و يشير الى ما ذكرناه ما رواه الكليني [١] عن أبي عبد الله «ع» (قال: العباد ثلاثة:

قوم عبدوا الله عز و جل خوفاً فتلك عبادة العبيد. و قوم عبدوا الله تبارك و تعالى طلب الثواب فتلك عبادة الأجراء. و قوم عبدوا الله حبا له فتلك عبادة الأحرار و هي أفضل العبادة). و من هنا اتضح بطلان ما ذهب اليه بعضهم [٢] من فساد العبادة المأتى بها لأجل الثواب و دفع العقاب.

الوجه الثالث: أن دليل صحة الإجارة هو عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و يستحيل شموله للمقام لأن الوفاء بالشئ عبارة عن إتمامه و إنهائه، فالوفاء بعقد الإجارة هو الإتيان بالعمل المستأجر عليه أداء الحق المستأجر، و واضح أن هذا لا يجتمع مع الإتيان به أداء لحق الله و امتثالاً لأمره، و إذن فلا بد من قصد أحد الأمرين: إما الوفاء بالعقد. أو الامتثال لأمر المولى و حيث لا يعقل اجتماعهما في محل واحد فلا بد من رفع اليد من الأمر بالوفاء فتصبح الإجارة بلا دليل على الصحة.

و فيه أولاً: أن الوفاء بالعقد و إن كان عبارة عن إتمامه و إنهائه، إلا أن هذا المعنى لا يتوقف على عنوان خاص، بل يكفي فيه إيجاد متعلق العقد فقط في الخارج بأي نحو اتفق و عليه فلا مانع في كون العمل الواحد الذي تعلقت به الإجارة مصداقاً لعنواني العبادة و العمل المستأجر عليه معاً، نعم لو كان الظاهر من دليل وجوب الوفاء بالعقد هو إيجاد العمل المستأجر عليه في الخارج بداعي

اختصاصه بالمستأجر من جميع الجهات لاستحالة اجتماع قصد الوفاء بالعقد مع قصد التقرب الى الله، ولكنه دعوى جزائية. و ثانيا: ان دليل صحة الإجارة لا ينحصر بأية الوفاء بالعقد لكي يلزم من عدم شمولها للمقام بقاؤه خاليا عن دليل الصحة، بل في آية التجارة عن تراض غنى و كفاية.

[١] حسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع كما بهامش ج ٢ مرآة العقول ص ١٠٠.

و ج ٣ الوافي ص ٧١. و ج ١ ثل باب ٩ ما يجوز قصده من غايات النية من مقدمات العبادات ص ١٠.

[٢] في ج ١٥ البحار كتاب الخلق ص ٨٢: عن الفخر الرازي في تفسيره الكبير إنه نقل اتفاق المتكلمين على أن من عبد الله لأجل الخوف من العقاب أو الطمع في الثواب لم تصح عبادته، و أورده عند تفسير قوله تعالى (ادْعُوا رَبُّكُمْ تَضَرُّعًا وَ خُفْيَةً).

و عن المحقق البهائي: إنه ذهب كثير من العلماء الخاصة و العامة إلى بطلان العبادة إذا قصد بفعالها تحصيل الثواب أو الخلاص من العقاب، و قالوا إن هذا مناف للإخلاص.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٦

فان قيل: إن الأمر الإجارى المتعلق بالفعل المستأجر عليه توصلى، و الأمر العبادى المتعلق به عبادى، و عليه فيلزم أن يكون فعل واحد مأمورا به بأمرين متخالفين و هو محال قلنا: إن الأمر الإجارى المتعلق بالعبادة أيضا أمر عبادى، فإن وجوب تسليم العمل المستأجر عليه الى مالكة حكم كلى انحلالى من غير أن يكون له شأن من التعبدية أو التوصيلية بل يتصف بهما بلحاظ وصف متعلقة، و عليه فان كان متعلق الأمر الإجارى توصيلية فهو توصلى، و إن كان تعبديا فهو تعبدى، و على هذا فإذا تعلق الإجارة بعبادة كان الأمر الناشئ منها عباديا أيضا، فأصبح مؤكدا للأمر العبادى المتعلق بها فى نفسها مع قطع النظر عن الإيجار، كما ذهب اليه كاشف الغطاء و تلميذه صاحب الجواهر.

و توضيح ذلك: أنا قد ذكرنا فى البحث عن التعبدى و التوصلى من علم الأصول أن قصد القرية مأخوذ فى متعلق الأمر الأول على ما قويناه، و فى متعلق الأمر الثانى على ما اختاره شيخنا الأستاذ، و على كل حال فالأمر قد تعلق بامثال العمل بقصد القرية، و من الواضح ان الأمر الإجارى قد تعلق بهذا أيضا، إذ المفروض كون العمل المذكور موردا للإجارة، فمتعلق الأمرين شىء واحد، فلا محالة يندك أحدهما فى الآخر و يكون الوجوب مؤكدا كما فى غير المقام.

و قد اتضح مما ذكرناه انه فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين من استحالة التأكد حتى فى النذر و نحوه. و حاصل ما ذكره: ان الأمر الصلاتى متعلق بذات العمل، و الأمر الإجارى أو النذرى أو نحوهما متعلق بالعمل الواجب المقيد بقصد القرية و الامتثال، و من الواضح انه لا يعقل التأكد فى ذلك (الذى معناه خروج الطلب فى موضوعه عن مرتبة الضعف إلى مرتبة الشدة) لأن الالتزام به يستلزم تعلق الأمر بالوفاء بما هو غير وفاء، بدهاه انه لا يعقل ان يكون الأمر الإجارى بمنزلة صل، بل هو بمنزلة صل عن قصد القرية فيكون توصليا دائما.

و يدل على ما اخترناه من صحة تعلق الإجارة بالعبادة أمور:

الأول: ان الموجد كما عرفت إنما يملك الأجرة بعقد الإجارة من غير ان يتوقف ذلك على إيجاد العمل المستأجر عليه فى الخارج، و إنما اشتغلت ذمة الأجير بإيجاد متعلق الإجارة و لو كان الغرض فى الإتيان بالعمل المستأجر عليه هو تملك الأجرة فقط لكان إيجاد العمل لأجل ذلك تحصيل للحاصل.

و عليه فالداعى إلى الإتيان بما اشتغلت به ذمة الأجير من العبادة ليس إلا أمر المولى و الخوف الإلهى، دون تملك الأجرة. و لا يفرق فى ذلك بين مراقبة المستأجر على الأجير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٧

للإتيان بالعمل وعمل مراقبته عليه، فإن شأن العبادات ليس شأن الأفعال الخارجية المحضة كالخبازة والبناءة و النجارة و نحوها لكي يكون حضور المستأجر دخيلاً في تحقق العمل و إتقانه، بل العبادات مشروطة بالنية، و هي أمر قلبي لا يطلع عليها في أفق النفس إلا علام الغيوب، أو من ارتضاه لغيبة.

الثاني: انه لا شبهة في صحة تعلق النذر أو العهد أو اليمين بالنوافل، و صيرورتها لازمة بذلك، كما لا شبهة في صحة اشتراطها في العقود اللازمة و كونها واجبة بذلك، و لم يستشكل أحد في كون هذه الأوامر الطارئة عليها منافية للإخلاص المعتبر فيها، و واضح انه لا فارق بين ذلك و بين ما نحن فيه.

الرابع: قد ورد في الاخبار المستفيضة، بل المتواترة الترغيب الى العبادات بذكر فوائدها و ثباتها، و الترهيب عن تركها بذكر مستتبعاتها من الهلكة و العقوبة، و يتجلى لك من هذه الاخبار انه لا بأس بامثال العبادات الجلب المنافع المترتبة على فعلها و دفع المضرات المترتبة على تركها، و لا فرق في هذه الجهة بين المقام و بينها.

و من هذا القبيل ما وردت في الشريعة المقدسة عبادات من الأدعية و النوافل لشتى الأغراض الدنيوية، كسعة الرزق، و قضاء الحوائج، و أداء الدين، و ارتزاق الولد، و دفع الشرور، و علاج المصاب. و غيرها من الجهات الدنيوية، و لم يتوهم احد منافاتها للإخلاص، مع انها من المنافع الدنيوية. و الظاهر انه لا فارق بينها و بين المقام.

و قد أشكل عليه المصنف (ره) بأنه (فرق بين الغرض الدنيوي المطلوب من الخالق الذي يتقرب اليه بالعمل، و بين الغرض الحاصل من غيره، و هو استحقاق الأجرة، فإن طلب الحاجة من الله سبحانه و لو كانت دنيوية محبوب عند الله، فلا يقدر في العبادة، بل ربما يؤكدها). و قد سجل هذا الإشكال غير واحد من الأعاظم كصاحب البلغة و غيره.

و فيه ان غرض المكلف من الإتيان بالصلاة مثلا قد يكون سعة الرزق و غيرها بحيث لا يتوسط التقرب في البين أصلاً، فلا شبهة في بطلان هذا النحو من العبادة من غير فرق بين ما نحن فيه، و بين العبادات ذات النتائج الدنيوية كصلاة جعفر (ع) و غيرها. و قد تكون غاية المكلف غاية من العبادة و التقرب من الله بحيث يكون طالبا لها بعبادته و تقربه من المولى، فهذا لا ينافي العبادة، و ما نحن فيه من هذا القبيل، و عليه فلا فارق بين المقامين.

و قد يتوهم أن قصد التقرب إنما يتمشى في خصوص الإجارة، لأنك قد عرفت أن الأجرة فيها تملك بمجرد العقد، و أن امثال العبادات المستأجر عليها يستند إلى أمر المولى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٨

إلا أن ذلك لا يجري في الجعالة، إذ العامل فيها لا يستحق الجعل، و لا يملكه إلا بإتمام العمل فيستند امثال العبادة إلى داعي تحصيل الجعل و هو مناف للإخلاص فيها.

و جوابه يظهر مما تقدم، فان تحصيل الجعل و إن كان داعياً الى الامتثال، و لكن الداعي إلى الإتيان بالعبادة على وجهها الصحيح هو أمر الشارع، و الخوف الإلهي، إذ لو لا ذلك فان العامل يمكنه أن يأتي بالعمل خاليا عن بعض الشرائط التي لا يطلع عليها غير علام الغيوب، و يخيل الى الجاعل انه امتثله على وجه صحيح.

و على الجملة لا نعرف وجهاً صحيحاً لبطلان العبادات التي تنتهي بالآخرة إلى استحقاق الأجرة، و لا نرى فيها جهة مخالفة للإخلاص و التقرب.

ان صفة الوجوب لا تنافي للإجارة

قد انقسم الواجب إلى تخيري، و كفائي، و عيني، فإن وقع احد القسمين الأولين موضوعاً للإجارة أو الجعالة، و كان مصب الإجارة أو

الجعالة هو مصب الوجوب كان المقام من صغريات أخذ الأجرة على الواجب، و سيتضح لكم حكمه، و إن كان مصب الإجارة أو الجعالة هو خصوص الفرد بحيث يعين فرد من أفراد التخييري أو شخص من أشخاص المكلفين للامتثال فإنه لا شبهة في جواز أخذ الأجرة و جعل عليه، بل هو خارج عن موضوع أخذ الأجرة على الواجب.

و الوجه في ذلك أن ما تعلق به الوجوب في الواجبين التخييري و الكفائي إنما هو الجامع أعني عنوان أحد الأفراد في الأول، و عنوان أحد المكلفين في الثاني، و من الواضح أن إيقاع الإجارة أو الجعالة على الإتيان بفرد خاص، أو على مباشرة شخص معين، و أخذ الأجرة أو جعل على تلك الخصوصية ليس من قبيل أخذ الأجرة على الواجب، فان ما أخذت عليه الأجرة ليس بواجب، و ما هو واجب لم تؤخذ عليه الأجرة.

و بما ذكرناه يظهر الحال فيما إذا انحصر الواجب الكفائي في شخص أو الواجب التخييري في نوع، فإنهما و إن تعينا في ذلك النوع، أو على ذلك الشخص حينئذ، و لكن الواجب على المكلف هو طبعي الدفن مثلا في الكفائي و طبعي العتق مثلا في التخييري بحيث له أن يدفن الميت في أي مكان يريد، و له أن يعتق أي فرد من أفراد الرقاب، فإذا وقعت الإجارة أو الجعالة على تعيين فرد خاص منهما صح ذلك، و لم يكن أخذ الأجرة عليه من قبيل أخذ الأجرة على الواجب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٦٩

ثم إنه لا فارق فيما ذكرناه بين كونهما تعبديين، و كونهما توصيليين، و قد اتضح من ذلك كله أنه لا جدوى لتطويل الكلام في تحقيق الواجبين التخييري و الكفائي، كما فعله بعض مشايخنا المحققين و غيره.

و قد يقال: إن الخصوصيات الفردية و إن لم تكن واجبة بالأصالة على الفرض، إلا أنها واجبة بوجوب تبعي مقدمي، فيكون أخذ الأجرة عليها من قبيل أخذ الأجرة على الواجب و فيه أنا قد حققنا في علم الأصول أن وجوب المقدمة إنما هو وجوب عقلي، فلا يقاس بالوجوب الشرعي، و يضاف الى ذلك أن مقدمية الفرد للكللي ليست من المقدمية المصطلحة كما هو واضح.

و أما الواجب العيني فإن كان مصب الإجارة أو الجعالة فيه الخصوصية الفردية صح ذلك بلا شبهة، و قد تقدم نظيره في الواجبين: التخييري و الكفائي، و إن كان مصبها مصب الوجوب فقد علمت اختلاف فقهاءنا و فقهاء العامة في حكم أخذ الأجرة على الواجب فمقتضى القاعدة هو الجواز مطلقا، للعمومات الدالة على صحة العقود و المعاملات.

و لكن أشكل عليه بوجوه:

الأول: أن عمل الحر في حد ذاته ليس بمال، و إنما يقابل بالمال لاحترام عمل المسلم و مع الوجوب يسقط عن الاحترام. و لكنك قد عرفت في أول الكتاب: أن أعمال كل شخص مملوكة له ملكية ذاتية تكوينية، و له واجدية له فوق مرتبة الواجدية الاعتبارية، و دون مرتبة الواجدية الحقيقية لمكون الموجودات، و عليه فدعوى أن عمل الحر ليس بملك دعوى جزافية، و لا شبهة أن هذه الأعمال المضافة إلى الحر موضع لرغبات العقلاء و منافساتهم، فتكون أموال في نفسها، و تجوز مقابلتها بالمال، و مع الإغضاء عن ذلك فإنها تكون أموال بمجرد وقوع المعاملة عليها، و شأنها شأن الكلي، إذ الكلي قبل إضافته إلى شخص خاص لا يتصف بالملوكية و المالية كليهما، و إذا أضيف اليه و لو حين قوله بعتك منا من الحنطة مثلا أنصف الكلي بالمالية و الملكية، و من هنا يجوز بيع الكلي في الذمة، و يحكم بضمان عمل الحر إذا فوته أحد بعد أن ملكه الغير بالإجارة و غيرها.

الثاني: ما ذكره المصنف من أن عمل الحر و إن كان مالا، و لكن الإنسان إذا تكلف بذلك العمل من قبل الشارع فقد زال احترامه، لأنه عامله مقهور على إيجادها، فيكون أخذ الأجرة عليه أكلا للمال بالباطل.

و فيه أولا: أن آية النهي عن أكل المال بالباطل غريبة عن شرائط العوضين،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٠

و قد تقدم بيان ذلك مرارا عديدة.

و ثانيا: أن المقهورية على الفعل من قبل الشارع و كونه واجبا بأمره لا تنافي المقهورية عليه من قبل الإجارة أيضا، فيكون لازم الامتثال من ناحيتين، و هذا نظير شرط امتثال الواجب في ضمن العقد، و تظهر الثمرة فيما إذا خالف الأجير عن أمر ربه، و لم يمثل الواجب و لم يمكن إجباره على الامتثال من ناحية الأمر بالمعروف، فإنه يجوز للمستأجر أن يجبره على الامتثال و لو بمراجعة المحاكم المختصة. الثالث: ما أفاده شيخنا الأستاذ من أن الإجارة و الجعالة قد اعتبر فيهما أن لا يكون العامل أو الأجير مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعي، بل لا بد من أن يكون الفعل أو الترك تحت سلطنته و اختياره، و إلا فلا يكون مالا في نظر العرف.

و لكنك قد عرفت في البحث عن معنى حرمة البيع: أنه لا تجوز المعاملة على الأفعال المحرمة، كالكذب و الغيبة و الزنا و غيرها، فإن الأدلة الدالة على حرمتها لا- تجتمع مع العمومات الدالة على صحة المعاملات و لزومها، فان مقتضى هذه العمومات نفوذ المعاملة الواقعة على الأفعال المحرمة و لزومها، و أدلة المحرمات تقتضى المنع عن إيجادها في الخارج، فهما متناقضان، و مع الإغضاء عن ذلك فهما لا يجتمعان في نظر العرف.

و هذا المحذور لا يجرى في الواجبات. فإنه لا تنافي بينهما و بين العمومات المذكورة، كما لا منافاة بينها و بين الأوامر العبادية، و قد أوضحنا ذلك آنفا، و عليه فالتكاليف التحريمية و إن كانت تسلب القدرة الشرعية عن المكلف، و لكن التكاليف الوجوبية لا تنافيها، بل تساعدها و تضاعفها.

و قد يتوهم أنه لا- فارق في عدم القدرة على التسليم بين تعلق الإجارة بالمحرمات و الواجبات فان المكلف في كليهما يكون عاجزا شرعا عن إيجاد متعلق التكليف، إذ القدرة لا بد و أن تكون متساوية النسبة إلى الطرفين: الفعل أو الترك.

و فيه أن اعتبار القدرة على التسليم إن كان مدرکه الإجماع فإنه على فرض تحققه فان المتيقن منه إمكان وصول العمل المستأجر عليه إلى المستأجر، فلا يدل على اشتراط كونه تحت اختيار الأخير فعلا و تركا، و إن كان مدرکه اقتضاء العقد بدهاءه و جوب الوفاء بتسليم العمل فقد عرفت أن الوجوب لا ينافيه، بل يتأكد كل منهما بالآخر، و إن كان مدرکه النبوي المشهور (نهى النبي عن بيع الغر).

ففيه أولا: أن الاستدلال به غير تام من حيث السند و الدلالة، و سيأتي بيان ذلك في البحث عن بيع الغر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧١

و ثانيا: أنه لا غرر في المقام، لأن العمل ممكن الوصول إلى المستأجر، و لا دليل على اعتبار القدرة على التسليم أزيد من ذلك.

الرابع: ما نسب الى شيخ المشايخ كاشف الغطاء في شرحه على القواعد من أن التنافي بين صفة الوجوب و أخذ العوض على الواجب ذاتي، لأن العمل الواجب مملوك لله، كالعامل المملوك للغير، فلا- يصح أن يكون موردا للإجارة، لأن تملك المملوك ثانيا غير معقول، و لذا لا يجوز أخذ الأجرة على عمل خاص قد وقعت عليه الإجارة قبل ذلك.

و فيه أنا لو سلمنا استحالة توارد الملكين على مملوك واحد فإنما هي في الملكيتين العرضيتين بأن يكون شيء واحد مملوكا لاثنتين في زمان واحد على نحو الاستقلال. و لا تجرى هذه الاستحالة في الملكيتين الطوليتين: بأن تكون سلطنة أحد الشخصين في طول سلطنة الآخر، فان هذا لا محذور فيه، بل هو واقع في الشريعة المقدسة، كسلطنة الأولياء و الأوصياء و الوكلاء على التصرف في مال المولى عليهم و الصغار و الموكلين، فإن ملكية هؤلاء في طول ملكية الملاك و من هذا القبيل مالكية العبيد على أموالهم بناء على جواز تملك العبد فان مالكيتهم في طول مالكية مواليتهم. و كذلك في المقام، فإن مالكية المستأجر للعمل المستأجر عليه في طول مالكيته تعالى لها، بل مالكية الملاك- ك لأموالهم في طول مالكيته تعالى لها، فإنه تعالى مالك لجميع الموجودات ملكية تكوينية إيجادية، و هي المعبر عنها في اصطلاح الفلاسفة بالإضافة الإشراقية، و قد سلط الإنسان على سائر الموجودات، و جعله مالكا لها، إما مالكية ذاتية كملك الشخص لأعماله و ذمته، و إما مالكية اعتبارية، كمالكيته لأمواله، و لعل الى ما ذكرناه يرجع ما أفاده المصنف (ره) من أنه (ليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمي و تملكه الذي ينافي تملك الغير و استحقاقه) الخامس: ما نسب الى الشيخ الكبير أيضا، و هو أن من لوازم الإجارة أن يملك المستأجر العمل المستأجر عليه، بحيث

يكون له الإبراء و الإقالة و التأجيل، لدليل السلطنة و كل ذلك مناف لوجوب العمل المستأجر عليه.

و فيه أنك قد عرفت من مطاوى ما ذكرناه: أن للواجب المستأجر عليه ناحيتين، إحداهما: حيثية وجوبه من قبل الله بأمر مولوى تكليفى. و ثانيتهما حيثية تعلق الأمر الإجارى به، و من المقطوع به أن عدم صحة الإقالة و الإبراء و التأجيل فى الواجب إنما هو من ناحيته الاولى، و لا ينافى ذلك أن تجرى فيه تلك الأمور من ناحيته الثانية.

السادس: ما ذكره شيخنا الأستاذ ثانيا من أن الإجارة أو الجعالة الواقعة على الواجب العينى من المعاملات السفهية، فتكون باطله من هذه الجهة، فإن من شرائط الإجارة أو الجعالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٢

ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر، و فى الواجب العينى ليس كذلك.

و لكنك قد عرفت مرارا: انه لا- دليل على بطلان المعاملة السفهية، فتكون العمومات محكمة، على انه لا شبهة فى إمكان الانتفاع بالواجب المستأجر عليه، و إذن فتخرج المعاملة عن السفهية، و قد تقدم بيان ذلك فى المقدمة التى مهدناها للبحث عن أخذ الأجرة على الواجب السابع: ما احتمله بعض مشايخنا المحققين، و نسبه الى أستاذه فى مبحث القضاء، و هو أن بذل العوض بإزاء ما تعين فعله على الأجير لغو محض، فلا- يكون مشمولا للعمومات الثامن: ما نسبه الى بعض الاعلام من ان الإيجاب ينبعث عن مصلحة تعود الى المكلف و أخذ الأجرة على ما يعود نفعه إليه أكل للمال بالباطل.

و قد ظهر جواز هذين الوجهين من الأجوبة المتقدمة. و قد تجلى مما حققناه أن الإشكالات المذكورة لا ترجع الى معنى محصل تركن اليه النفس. و العجب من هؤلاء الأعلام، فإنهم ناقشوا فى جواز أخذ الأجرة على الواجب، و أضافوا إليه شبهة بعد شبهة و نقدا بعد نقد حتى تكونت منها أمواج متراكمة. و يندهش منها الناقد البصير فى نظره الاولى!! (فأما الزيد فيذهب جفاء و اما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض). و قد ظهر من جميع ما ذكرناه سقوط جميع الأقوال المتقدمة غير ما بنينا عليه من القول بالجواز على وجه الإطلاق. و الله العالم.

قوله ثم إن صلح ذلك الفعل المقابل بالأجرة لامتثال الإيجاب المذكور أو إسقاطه به أو عنده سقط الواجب مع استحقاق الأجرة، و إن لم يصلح استحق الأجرة و بقى الواجب فى ذمته لو بقى وقته، و إلا عوقب على تركه)

. أقول: لا يخفى ما فى هذه العبارة من القلق و الاضطراب، و حاصل مراده: ان الإتيان بالواجب المستأجر عليه قد يترتب عليه امتثال أمر المولى و استحقاق الأجرة كلاهما، كما إذا استأجر أحدا لتطهير المسجد فطهره بقصد امتثال أمر المولى، فإنه ح يستحق الأجرة، و يعد ممتلا و كذلك الحال فى الواجبات التعبدية على مسلكنا، إذ قد عرفت ان أخذ الأجرة عليها لا ينافى جهة عباديتها و قد يكون الإتيان بالواجب المستأجر عليه موجبا لاستحقاق الأجرة و سقوط الواجب بغير امتثال، كتطهير المسجد و إنقاذ الغريق و الجهاد و غيرها من الواجبات التوصيلية فإن الأجير حين ما يأتى بها بغير داعى الأمر يستحق الأجرة. و لا يكون عمله هذا امتثاله للواجب على الفرض، نعم يسقط عنه الواجب، لفرض كونه توصليا، كما انه يسقط عن بقية المكلفين إذا كان الواجب كفاثيا.

و قد يكون الإتيان بذلك العمل موجبا لاستحقاق الأجرة و سقوط الواجب لا من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٣

جهة الإتيان بالواجب، بل لارتفاع موضوع الواجب، كما إذا أوجب الشارع عملا بعنوان المجانية فأتى به العبد مع الأجرة، و هذا كدفن الميت بناء على أنه واجب على المكلفين مجانا فلو أتى به لا مجانا لم يتحقق الواجب، فلا يكون مصداقا للواجب فى الخارج، لأن المفروض أنه مقيد بالمجانية، و قد أتى به مع الأجرة، إلا أن الواجب يسقط عند ذلك، لارتفاع موضوعه، ففى جميع هذه الصور يتحقق سقوط الواجب، و استحقاق الأجرة.

و هناك صورة رابعة لا يسقط الواجب بالإتيان بالعمل المستأجر عليه فيها و إن كان الآتى بالعمل مستحقا لأخذ الأجرة على عمله،

لكونه محترما، و هذا كالعبادات الواجبة على المكلفين عينا، فإنه إذا أتى بها المكلف بإزاء الأجره و قلنا بمنافاتها لقصد القربة و الإخلاص كما عليه المصنف و جمع آخر لم يمثل الواجب و ان كان يستحق الأجره لاحترام عمله، و عليه فان بقي وقت الواجب وجبت عليه الإعادة و إلا عوقب على تركه إذا لم يدل دليل على تداركه بالقضاء.

حقيقة النيابة على العبادات

قد ذكرنا في مبحث التعبدى و التوصلى من علم الأصول أن الأصول اللفظية و العملية تقتضى عدم سقوط التكليف العبادية عن كل مكلف بإتيان غيره بها، فلا بد لكل مكلف أن يمثل تكاليفه العبادية بالمباشرة.

و عليه فنيابة الشخص عن غيره في امتثال عباداته مع التقرب و الإخلاص تحتاج الى الدليل و إن ثبت إمكانها في مقام الثبوت، و لا شبهة في وقوع النيابة في العبادات الواجبة و المستحبة بضرورة الفقه نفا و فتوى، و لا بأس بالتعرض للبحث عن تصوير إمكانها في ذلك دفعا لما توهمه بعض الأجلة من استحالة التقرب من النائب و حصول القرب للمنوب عنه، نظرا الى أن التقرب المعنوى كالتقرب الحسى المكانى لا يقبل النيابة.

و قد ذكر غير واحد من الأعلام و جوها في تصوير النيابة عن الغير في امتثال وظائفه بقصد التقرب و الإخلاص: الأول: ما ذكره المصنف و حاصله: أن الأجير يجعل نفسه بدلا عن الميت في الإتيان بتكاليفه متقربا بها الى الله تعالى، فالمنوب عنه يتقرب الى الله تعالى بفعل نائبه و تقربه، و لا شبهة أن هذا التنزيل في نفسه مستحب، و إنما يصير واجبا بالإجارة و جوبا توصليا من غير أن يعتبر فيه قصد القربة في ذاته، بل اعتباره فيه من جهة اعتباره في وظيفة المنوب عنه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٤

لأن الأجير لا يخرج عن عهدة التكليف إلا بالإتيان بالعمل المستأجر عليه بقصد الإخلاص فالأجير يجعل نفسه نائبا عن الغير في امتثال وظائفه متقربا بها الى الله، و إنما يأخذ الأجره للنيابة فقط دون الإتيان بالعبادات، فان للنائب حين ما يأتي بالعمل فعلى: أحدهما قلبى من أفعال الجوانح، و هو النيابة. و ثانيهما خارجى من أفعال الجوارح، و هو العمل المنوب فيه كالصلاة مثلا، و إذا تعدد الفعل ذاتا و وجودا فإنه لا بأس بتعدد الغاية المترتبة عليهما، و لا تنافى بين أخذ الأجره على النيابة و بين الإتيان بالعبادات متقربا بها الى الله تعالى. و فيه أن أخذ الأجره إما لتنزيل نفسه منزلة الميت و نيابته عنه في الإتيان بوظائفه، و إما للإتيان بالعمل في الخارج، فعلى الأول يلزم استحقاق الأجره بمجرد النيابة القلبى، سواء أتى بالعمل في الخارج أم لا، و هو بديهى البطلان. و على الثانى فيعود المحذور، و هو أخذ الأجره على الأمر العبادى، فإن الموجود في الخارج ليس إلا نفس العبادة.

الثانى: ما ذكره المصنف في رسالة القضاء من أن (النية مشتملة على قيود منها كون الفعل خالصا لله سبحانه، و منها كونه أداء و قضاء عن نفسه أو عن الغير بأجره أو بغيرها، و كل من هذه القيود غير مناف لقصد الإخلاص، و الأجره فيما نحن فيه إنما وقعت أولا و بالذات بإزاء المقيد الثانى، أعنى النيابة عن زيد، بمعنى أنه مستأجر على النيابة عن زيد بالإتيان بهذه الفريضة المتقرب بها، و قيد القربة في محله على حاله، لا- تعلق للإجارة إلا من حيث كونه قيودا للفعل المستأجر عليه، نعم لو اشترط في النيابة عن الغير التقرب زيادة على التقرب المشروط في صحة العبادة اتجه منافاة الأجره لذلك، إلا أنه ليس بشرط إجماعا).

و فيه أولا: أن أخذ الأجره في مقابل العمل المقيد بقصد القربة يستلزم وقوع الأجره بإزاء نفس العمل أيضا، و عليه فيعود المحذور المذكور.

و ثانيا: ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من (أن الفعل القلبى و الفعل الخارجى و إن كانا متغايرين ماهية و وجودا، و لكل منهما غاية خاصة، إلا أنه لا شك في أنه لو لا الفعل القلبى بما له من الغاية و هى استحقاق الأجره لم يصدر الفعل الخارجى بما له من الغاية، و

هي القربة فالإخلاص الطولي غير محفوظ بمجرد تعدد الفعل مع ترتب الفعل الخارجي بغايته على الفعل القلبي بغايته. الثالث: ما ذكره شيخنا الأستاذ توجيهها لكلام المصنف في المكاسب. و ملخصه: أنه لا شبهة في عدم اعتبار المباشرة في فعل المنوب عنه، بل جاز للغير الإتيان بالفعل عنه نيابة، و يجوز التبرع عنه في ذلك من دون أن يعتبر قصد القربة في الأمر التبرعي، بل اعتباره في فعل النائب لأجل اعتباره في المنوب فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٥

ثم إنه لا ريب في أن هذا الأمر التبرعي يصبح واجبا إذا وقعت عليه الإجارة، و ح لا يخرج النائب عن عهده بامثاله بقصد القربة و الإخلاص، و واضح أنه لا تنافي بين اعتبار التقرب فيه، و بين جواز أخذ الأجرة للنيابة، فإن الأجرة إنما هي بإزاء قصد النائب النيابة في عمله عن المنوب عنه، لا على نفس العمل بحيث إذا قصد النائب الإتيان بذات العمل المستأجر عليه للأجرة، أو قصد الإتيان به بداعي أمره سبحانه بإزاء الأجرة كان عمله باطلا و لكن يرد عليه أولا: ما ذكرناه في جواب المصنف. و ثانيا: أن الأوامر المتوجهة إلى شخص غريبة عن شخص آخر، و عليه فلا- معنى لسقوطها عن المنوب عنه بامثال النائب كما أنه لا- معنى لاعتبار قصد التقرب في الأمر المتوجه إلى النائب بلحاظ اعتباره في الأمر المتوجه إلى المنوب عنه. و التوجيه المذكور أشبه شيء بدعوى سقوط الأمر بالصوم بامثال الأمر المتعلق بالصلاة، و أشبه شيء أيضا بدعوى اعتبار قصد التقرب في الأمر بغسل الثوب بلحاظ الأمر العبادي المتعلق بالحج. و ثالثا: أنا لو سلمنا صحة ذلك، و لكنه إنما يجري في النيابة عن الأحياء، فإن الأوامر المتوجهة إلى الأموات في حياتهم قد انقطعت بالموت. فلا يبقى هنا أمر لكى يقصد النائب في امثال العمل المنوب فيه، و يأتي به بقصد التقرب و الإخلاص، و هذا لا ينافي اشتغال ذمة الميت بالعبادات الفائتة كما هو واضح.

و رابعا: أنا لو أغمضنا عن ذلك أيضا، و لكنه إنما يتم مع توجه الأمر إلى المنوب عنه مع أنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان صحة النيابة عنه حتى فيما لم يتوجه إليه أمر أصلا، كنيابة أشخاص غير محصورين عن الميت أو عن غيره في جهات مستحبة، كالطواف و نحوه، بدهاء انتفاء الأمر ح عن المنوب عنه، فإن توجهه عليه مشروط بالقدرة، و واضح أن المنوب عنه لا يقدر على الإتيان بأمر غير محصورة، و كك تجوز النيابة في الحج عمن لا يقدر عليه، مع أنه لا أمر حينئذ للمنوب عنه أصلا.

و التحقيق أن الأمر الاستجابي «١» متوجه الى جميع الناس للنيابة في العبادة عن الميت بل الحى في بعض الموارد، و لا شبهة أن هذا الأمر الاستجابي المتوجه الى كل أحد أمر عبادي، فيعتبر فيه قصد التقرب و الإخلاص، و قد يكون واجبا إذا تعلق به الإجارة، و قد تقدم بيان ذلك آنفا، و عليه فالنائب عن الغير في امثال عباداته إنما يتقرب الى الله تعالى بالأمر المتوجه الى نفسه من دون أن يكون له مساس بالأمر العبادي المتوجه الى

(١) راجع ج ١ ثل باب ١٢ استحباب التطوع بجميع العبادات عن الميت من أبواب القضاء من كتاب الصلاة ص ٥٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٦

المنوب عنه، بل لا- يعقل أن يقصد النائب تقرب المنوب عنه، و يمثل أمره، أو يتقرب الى الله بأمر المنوب عنه، و يمثله، و على ما ذكرناه فمورد الإجارة هو الواجبات، أو العبادات المنوب فيها، و قد تقدم أن صفة الوجوب أو صفة العبادة لا تنافي الإجارة

جواز أخذ الأجرة على المستحبات

قوله و أما المستحب.

أقول: العمل المستأجر عليه قد يكون حراما، و قد يكون واجبا، و قد يكون مكروها، و قد يكون مباحا، و قد يكون مستحبا. أما الحرام

و الواجب فقد تقدم الكلام عليهما، و أما المكروه و المباح فلم يستشكل أحد في صحة الإجارة لهما. و أما المستحب فالمعروف بين الشيعة و السنة [١] هو جواز أخذ الأجرة عليه، بل هو مقتضى القاعدة الأولى، إذ لا نرى مانعا عن شمول العمومات الدالة على صحة المعاملات لذلك، فقد عرفت آنفا: أن صحة العبادية و كذا صحة الوجوب لا تنافي الإجارة أو الجعالة و كذلك صحة الاستحباب، فإنها لا تنافيهما بطريق الأولوية.

و على هذا فلا- وجه لتطويل الكلام في تصوير النيابة في المستحبات، كما لا وجه للفرق فيها بين ما يتوقف ترتب الثواب على قصد التقرب و الإخلاص، كالاتيان بالنوافل و الزيارات و بين ما لا يتوقف ترتب الثواب على ذلك، كبناء المساجد و القناطر و نحوهما.

من كان أجيرا لغيره في الطواف لم يجز له أن يقصده لنفسه

قوله فلو استؤجر لإطافه صبي أو مغمي عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه.

أقول: قد ذكر الأصحاب هنا وجوها، بل أقوالا: الأول: جواز الاحتساب

[١] في ج ٣ فقه المذاهب ص ١٨١ عن المالكية جوزوا أخذ الأجرة على بعض الأمور المستحبة. و في ص ١٨٨ عن الشافعية تصح الإجارة على كل مسنون كالأذان و الإقامة و على ذكر الله كالتهايل. و في ص ١٩٥ عن الحنابلة لا تصح الإجارة على كل فعل قربي. و قد تقدم رأى الحنفية في الإجارة على الطاعة في ص ٤٦٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٧

مطلقا، و قد استظهره المصنف من الشرائع و القواعد على الإشكال في الثاني. الثاني: عدم جواز الاحتساب مطلقا حتى في صورة التبرع، و قد حكاه بعض الأعلام عن بعض الشافعية الثالث: عدم جواز الاحتساب عن نفسه فيما إذا استؤجر للإطافه بغيره، أو لحمله في الطواف، و قد نسبه المصنف إلى جماعة منهم الإسكافي. الرابع ما ذكره العلامة في المختلف من الفرق بين الاستئجار للطواف به، و بين الاستئجار لحمله في الطواف، فإنه منع عن احتساب ذلك لنفسه في الأول دون الثاني. و الخامس: ما ذكره في المسالك من انه إذا كان الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة أو كان مستأجرا للحمل في طوافه أمكن ان يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه. و أما لو كان مستأجرا للحمل مطلقا لم يحتسب، لأن الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره، فلا يجوز صرفها الى نفسه.

و التحقيق ان المؤجر قد يكون أجيرا عن الغير في الطواف و نائبا عنه في إيجاد العمل المعين في الخارج، و قد يكون أجيرا للإطافه به، و قد يكون أجيرا لحمله في الطواف.

أما الصورة الأولى فإنه لا يجوز للأجير ان يقصد الطواف لنفسه حين ما يأتي بالعمل المستأجر عليه، لأن الإجارة تقتضى اختصاص العمل المستأجر عليه بالمستأجر، و لذا لو فوته احد يضمه له، و الأمر بالطواف المتوجه إلى الأجير يقتضى الإتيان به عن نفسه و عدم إجزائه عن غيره، كما هو مقتضى القاعدة في جميع الأوامر المسوقة لبيان الأحكام التكليفية.

و بعبارة أخرى ان المستأجر إنما يستحق الحركات المخصوصة على الأجير، لكونها مملوكة له، فلا يجوز للأجير أن يحتسبها عن نفسه. و لعله الى هذا أشار في المسالك في عبارته المتقدمة.

و اما إذا كان أجيرا لحمل غيره في الطواف أو للإطافه به فهل يجوز له ان يقصد الطواف لنفسه حين ما يحمل المستأجر للطواف أم لا؟ فقد يقال بالثاني، لأن الحركات المخصوصة الصادرة من الأجير مملوكة للمستأجر، فلا تقع عن الأجير، نظير الصورة السابقة.

و لكن الظاهر هو الجواز تبعا لجم غفير من الأصحاب، و قد تقدم رأيهم. و الوجه في ذلك أن ما يستحق به المستأجر على الأجير إنما هو الحمل فقط، و من الواضح أنه حاصل على كل حال، لأن شأن الأجير في هذه الصورة شأن الدابة التي يركبها العاجز عن المشي

للطواف، و عليه فلا تنافى بين كون شخص أجيرا لحمل غيره فى الطواف، و بين أن يقصد الطواف لنفسه فى هذه الحالة.

و الذى يدلنا على ذلك أمران: الأول: أنه إذا لم يتصف الحامل فى هذه الصورة بما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٨

اعتبر فى الطائف من الشرائط - كالمشى على القهقرى مثلا- لم يضر بطواف المحمول إذا كان واجدا لشرائط الطواف، و من المقطوع

به أنه لو كان مصب الإجارة هو الطواف عن الغير بعنوان النيابة لما حصل العمل المستأجر عليه فى الخارج.

الثانى: أنه ورد فى جملة من الاخبار [١] جواز حمل الغير فى الطواف مع العجز عنه، فهى بإطلاقها تدل على ما ذكرناه. على أنه لو كان

مورد هذه الاخبار غير الإجارة فإنها تدل أيضا على صحة ذلك، لأنها ظاهرة فى أن حمل غيره فى الطواف لا ينافى قصد الحامل

الطواف لنفسه، لكون كل منهما بعيدا عن الآخر

حرمة أخذ الأجرة على الأذان

قوله لا يجوز أخذ الأجرة على أذان المكلف لصلاة نفسه.

أقول: المعروف بين الأصحاب حرمة أخذ الأجرة على الأذان، بل فى المستند حكى الإجماع عليها، و على هذا النهج بعض فقهاء

العامه «١».

و التحقيق أن مقتضى القاعدة هو جواز أخذ الأجرة على الواجبات و على المستحبات تعبدية كانت أم توصيلية، لكونها من الأعمال

المحترمة التى تقابل بالمال، فتكون المعاملة عليها مشمولة للعمومات، و أن صفة الوجوب أو صفة العبادية أو اقتران العمل العبادى

بالدواعى غير القريبة لا تنافى التقرب و الإخلاص إلا مع الدليل الخارجى، كامتثال العبادات بداعى الرياء، و قد عرفت ذلك كله آنفا.

[١] عن هيثم التميمى قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: رجل كانت معه صاحبه لا- تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها فى محمل

فظاف بها طواف الفريضة بالبيت و بالصفاء و المروءة أ يجزىه ذلك الطواف عن نفسه طوافه بها؟ قال: أيها الله إذا. حسنة لإبراهيم ابن

هاشم. قوله أيها إلخ: معناه إى و الله يكون ذا، فالهاء عوض عن و أو القسم، كما ذكره جمع من النحاة.

و عن حفص بن البخترى عن أبى عبد الله «ع» فى المرأة تطوف بالصبي و تسعى به هل يجزى ذلك عنها و عن الصبي؟ قال: نعم.

حسنة لإبراهيم.

راجع ج ٨ الوافى ص ١٣٥. و ج ٢ ثل باب ٥٠ أن من حمل إنسانا فظاف به من أبواب الطواف ص ٣٠٦.

(١) قد تقدمت الإشارة إلى آرائهم فى ص ٤٦٠

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٧٩

و من هنا يتجلى لك جواز أخذ الأجرة على الأذان و على الإمامة إذا كانا مما يرجع نفع من ذلك الى الغير بحيث يصح لأجله

الاستئجار، كالأعلام بدخول الوقت أو الاجتزاء به فى الصلاة، و الاقتداء بالإمام.

و لكن قد سمعت فى مقدمه البحث عن أخذ الأجرة على الواجب أن مورد الكلام فيما إذا كان العمل المستأجر عليه حاويا لشرائط

الاستئجار مع قطع النظر عن كونه واجبا أو مستحبا و عن كونه تعبديا أو توصليا، و عليه فلو منع الشارع عن أخذ الأجرة على عمل

خاص، و تعلق غرضه بكونه مجانيا فإنه خارج عن حریم البحث، و لا- يختص ذلك بالعبادات، و لا بالواجبات و المستحبات، و من

الواضح جدا أنه ثبت فى الشريعة المقدسة [١] عن أهل بيت العصمة «ع» حرمة أخذ الأجرة على الأذان و على الإمامة.

قوله و على الأشهر كما فى الروضة.

أقول: هذا سهو من قلمه الشريف، فإنه ذكر الشهيد (ره) فى الروضة: (و الأجرة على الأذان و الإقامة على أشهر القولين).

[١] فى ج ١ ثل باب ٣٨ عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان من أبواب الأذان ص ٣٣٦: فى رواية السكونى قال النبى (ص) لعلى «ع»: و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على أذانه أجزاء. ضعيفه للنوفلى.

و فى ج ٢ ثل باب ٤١ تحريم التظاهر بالمنكرات من الأمر بالمعروف ص ٥١٢ فى حسنة حمران بابت هاشم الواردة فى فساد الدنيا و اضمحلال الدين: و رأيت الأذان بالأجر و الصلاة بالأجر.

و فى باب ٥٨ عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان مما يكتسب به ص ٥٤٥: عن زيد ابن على عن أبيه عن آباءه عن على «ع» إنه أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين و الله إنى أحبك لله، فقال له: لكنى أبغضك لله! قال: و لم؟ قال: لأنك تبغى فى الأذان و تأخذ على تعليم القرآن أجرا. ضعيفه بعبد الله بن منبه، و الحسين بن علوان. و رواها الصدوق مرسلا إلا أنه قال: تبغى فى الأذان كسبا.

و فى ج ٣ ثل باب ٣٢ من لا تقبل شهادته من أبواب الشهادات ص ٤١٥: عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر «ع» قال: لا تصلى خلف من يبغى على الأذان و الصلاة بالناس أجرا و لا تقبل شهادته. صحيحة.

و فى ج ١ المستدرک باب ٣٠ عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان من أبواب الأذان ص ٢٥٤ ما يدل على ذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٠

أخذ الأجرة على الشهادة

قوله ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجرة عليه عند المشهور تحمل الشهادة بناء على وجوبه.

أقول: ذهب المشهور من فقهاءنا و فقهاء العامة إلى وجوب الشهادة تحملا و أداء كما يظهر لمن يراجع الى كلماتهم فى مواردنا. و هذا هو الظاهر من الكتاب الكريم [١] و من الروايات المذكورة فى أبواب الشهادات، و عليه فأخذ الأجرة على الشهادة من صغريات أخذ الأجرة على الواجب، و قد عرفت سابقا ذهاب المشهور إلى حرمة أخذها عليه.

و لكن قد علمت فيما تقدم أن مقتضى القاعدة هو جواز أخذ الأجرة على الواجبات مطلقا ما لم يثبت منع من الخارج، و من المعلوم أنا لم نجد فى أدلة وجوب الشهادة ما يمنع عن ذلك.

بل الظاهر من بعض الروايات «١» الواردة فى قوله تعالى: (وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا). أن المنفى فى الآية هو ان يقول المدعو إلى الشهادة: لا أشهد على الواقعة، و واضح ان هذا لا ينافى جواز أخذ الأجرة على الشهادة. نعم لو امتنع المشهود له عن إعطاء الأجرة و جب على الشاهد ان يشهد بالواقعة مجانا.

هذا كله إذا كان تحمل الشهادة أو أدائها واجبا عينيا. و اما إذا كان كل منهما واجبا كفايا فقد تقدم ان أخذ الأجرة على الواجب الكفاي مع عدم الانحصار خارج عن محل الكلام، فإنه واجب على جميع المكلفين، لا على شخص واحد معين. ثم إنه لا يستفاد من أدلة وجوب الشهادة إلا كونها واجبة على نهج بقية الأحكام التكليفية الكفاية أو العينية من غير ان يستفاد منها كون التحمل أو الأداء حقا للمشهود له.

ثم إنه قد يقال بحرمة أخذ الأجرة على مطلق التعليم أو على تعليم القرآن. و لكنه فاسد.

فقد ثبت جواز ذلك فى جملة من الاخبار [٢] و فى بعضها وقع الإزراء على القائلين بالحرمة

[١] سورة البقرة، آية: ٢٨٢ قوله تعالى (وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا) وفي آية ٢٨٣ قوله تعالى: (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ).

[٢] في ج ٢ ثل باب ٥٧ كراهة الأجرة على تعليم القرآن مما يكتسب به ص ٥٤٥.
وج ١ كا باب ٣٨ كسب المعلم من المعيشة ص ٣٦٢. وج ١٠ الوافي ص ٣٧

(١) راجع ج ٣ ثل باب ١ وجوب تحمل الشهادة من أبواب الشهادات ص ٤٠٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨١

ورميهم الى الكذب و عداوة الحق. نعم لا- نضايق من القول بالكراهة، لورود النهي عن ذلك في بعض الأخبار المحمول على الكراهة، و على هذا المنهج المشهور من العامة «١» على أن الروايات الواردة في حرمة كسب المعلم و جوازه ضعيفة السند، فيرجع الى عموماً ما دل على جواز الكسب.

ثم إنه لا يجوز أخذ الأجرة على القضاء للروايات الخاصة [١] و أن الظاهر من آية. النفر «٢» الأمر بالتفقه في الدين، و إنذار القوم عند الرجوع إليهم أن الإفتاء أمر مجاني في الشريعة المقدسة. فيحرم أخذ الأجرة عليه. و يؤيده قوله تعالى «٣»: (قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى).

في رواية حسان المعلم عن أبي عبد الله «ع»: لا تأخذ على التعليم أجرا. ضعيفة بحسان و فضل بن كثير.

و في رواية الفضل عنه «ع» إن هؤلاء يقولون: إن كسب المعلم سحت؟ فقال:

كذبوا أعداء الله الحديث. ضعيف بفضل. و قد تقدمت الرواية في ص ٤٨.

و في المصدر المزبور من ثل عن الصدوق قال «ع»: من أخذ على تعليم القرآن أجرا كان حظه يوم القيامة. مرسل. و في ج ٢ المستدرک ص ٣٣٥. ما يدل على حرمة تعليم القرآن. و لكنه ضعيف السند.

و قد أخرج البيهقي في ج ٦ من سننه ص ١٢٤ أحاديث تدل على جواز أخذ المعلم الأجرة للتعليم. و أحاديث أخرى تدل على كراهة أخذها لتعليم القرآن.

[١] في ج ٢ ثل باب ٣٢ تحريم أجر الفاجرة مما يكتسب به ص ٥٣٨ في صحيحة عمار بن مروان جعل الإمام «ع» من السحت أجور القضاء.

و في ج ٢ المستدرک ص ٤٣٦ و ص ٤٢٦ عن الجعفریات عن علي «ع» إنه جعل من السحت أجر القاضي.

و في حسنة ابن سنان بابن هاشم سئل أبو عبد الله «ع» عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: ذلك السحت. و قد تقدمت الإشارة إلى مصادرها في ص ٢٦٩.

(١) قد تقدمت الإشارة إلى آرائهم في ص ٤٨

(٢) سورة التوبة، آية: ١٢٣.

(٣) سورة الشورى، آية: ٢٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٢

قوله بقى الكلام فى شىء إلخ.

أقول: حاصل كلامه أن معظم الأصحاب قد صرحوا بجواز الارتزاق من بيت المال لكل من يحرم عليه أخذ الأجرة على الإتيان بالواجبات كالقضاء و الإفتاء و تجهيز الميت، أو الإتيان بالمستحبات كالأذان و نحوه. و الوجه فى ذلك أن بيت المال معد لمصالح المسلمين، و هذه الموارد من جملتها، لعود النفع إليهم، فإن أى شخص إذا أتى بأى شىء يرجع الى الجهات الراجعة إلى مصالح المسلمين كالأمور المذكورة و غيرها جاز لولى الأمر أن يدر عليه من بيت المال ما يرفع به حاجته.

و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون المقدار المقرر لهم أقل من أجره المثل أو مساويا لها أو أكثر منها، و لا بين أن يكون تعيين ذلك قبل قيام هؤلاء بالوظائف المقررة عليهم أو بعده، بل يجوز لولى المسلمين أن يقول لأحد منهم: اقض فى البلد، أو أذن و أنا أكفيك مؤنتك من بيت المال، و لا يكون ذلك إجارة و لا جعله.

نعم يشترط فى جواز الارتزاق من بيت المال أن يكون المتصدى للمناصب المذكورة و الوظائف المقررة من ناحية الشرع محتاجا اليه بحيث لا يقدر على قوت نفسه و عياله و لو بالتكسب، و إلا فلا يجوز له الارتزاق من بيت المال، فإنه تضييع لحقوق المسلمين.

أقول: لو قلنا بحرمة أخذ الأجرة على الواجبات أو المستحبات فإن الأدلة الدالة على الحرمة مختصة بعنوان الأجرة و الجعل فقط، فلا تشمل بقية العناوين المنطبقة على المتصدى لتلك الوظائف، كالارتزاق من بيت المال، فإنه معد لمصالح المسلمين، فيجوز صرفه فى أى جهة ترجع إليهم و تمس بهم، بل يجوز لهؤلاء المتصدى للجهات المزبورة أن يمتنعوا عن القيام بها بدون الارتزاق من بيت المال إذا كان العمل من الأمور المستحبة، و عليه فلا وجه لاعتبار الفقر و الاحتياج فى المرتزقة كما ذهب اليه جمع كثير من أعظم الأصحاب.

لا يقال: إذا صار القضاء و أمثاله من الواجبات العينية كان شأن ذلك شأن الواجبات العينية الثابتة على ذمم أشخاص المكلفين، كالصلاة و الصوم و الحج و نحوها، و من الواضح جدا أنه لا يجوز الارتزاق من بيت المال بإزائها.

فإنه يقال: إن القضاء و نحوها و ان كانت من الواجبات العينية فيما إذا انحصر القاضى بشخص واحد، و لكنها مما يقوم به نظام الدين، فتكون من الجهات الراجعة إلى مصالح المسلمين، فقد عرفت: أن مصرف بيت المال إنما هو تلك المصالح، فلا يقاس القضاء و أمثاله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٣

بالواجبات العينية ابتداء خصوصا إذا أراد القاضى أن ينتقل من بلده الى بلد آخر، بل الأمر كذلك فى جميع الواجبات العينية إذا توقف على الإتيان بها ترويح الدين و مصلحة المسلمين

[خاتمة تشتمل على مسائل]

[الأولى] بيع المصحف

إشارة

قوله خاتمة تشتمل على مسائل: الأولى - صرح جماعة.

أقول: ذهب المشهور من أكابر أصحابنا إلى حرمة بيع المصحف، و ذهب جمع آخر كصاحب الجواهر و غيره الى الجواز. و المراد بالمصحف الأوراق المشتملة على الخطوط، كبقية الكتب، دون الخط فقط، كما اختاره المصنف (ره) تبعا للدروس، فان الخط بما هو

خط غير قابل للبيع، لكونه عرضاً محضاً تابعاً لمعروضه، فلا يمكن انفكاكه عنه حتى يبحث فيه بأنه يقابل بالثمن أم لا. و على تقدير كونه من قبيل الجواهر، كالخطوط المخطوطة بالحبر و نحوه، فإنه لا يقبل النقل و الانتقال، و كيف كان فلا وجه للبحث عن جواز بيع الخط الخالي عن الأوراق و عدم جوازه.

نعم شأن الخطوط بالنسبة إلى الأوراق شأن الصور النوعية العرفية التي يلزم من انتفائها انتفاء المبيع رأساً كما سيأتي. و أما حسن الخط و جودته فذلك من قبيل الأوصاف الكمالية، فتوجب زيادة في الثمن و لا يلزم من انتفائها انتفاء المبيع لكي يترتب عليه بطلان البيع، بل يثبت الخيار للمشروط له، إلا إذا كان الخط بمرتبة من الجودة صار مباحاً لسائر الخطوط في نظر العرف، كخط المير المعروف، و ح فتكون صفة الحسن أيضاً من الصور النوعية العرفية، و يلزم من انتفائها انتفاء المبيع، فيحكم ببطلان البيع. و نظير ذلك ما إذا باع فراشا على أنه منسوج بنسج قاسان فبان أنه منسوج بنسج آخر فإن الأول لجودة نساجته يعد في نظر العرف مباحاً للثاني، فيبطل البيع، لأن ما جرى عليه العقد غير واقع، و ما هو واقع غير ما جرى عليه العقد. و على الجملة متعلق البحث في بيع المصحف أما الأوراق المجردة عن الخطوط، أو العكس، أو هما معاً، و حيث لا سبيل إلى الأول و الثاني فيتعين الثالث. ثم إن الروايات الواردة في بيع المصحف على طائفتين: الأولى: ما دل [١] على حرمة بيعه، أي الأوراق المقيدة بالخطوط، و تدل هذه الطائفة

[١] كا. عن عبد الرحمن بن سليمان عن أبي عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: إن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٤

على جواز بيع غلافه و حديدته و حليته. الثانية ما دل [١] على جواز بيعه فتقع المعارضة بينهما. و قد جمع المصنف بينهما بأن الطائفة المجوزة و ان كانت ظاهرة في جواز البيع، و لكنها

– المصاحف لن تشتري فإذا اشترت فقل: إنما اشتري منك الورق و ما فيه من الأدم و حليته و ما فيه من عمل يدل بكذا و كذا. مجهولة لعبد الرحمن.

كا. عن سماعة عن أبي عبد الله «ع» قال: سألت عن بيع المصاحف و شراءها؟ قال:

لا تشتري كتاب الله عز و جل و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترت منك هذا بكذا و كذا. ضعيفة لعثمان بن عيسى. و رواها الشيخ في يب بأدنى تفاوت.

يب. عن جراح المدائني عن أبي عبد الله «ع» في بيع المصاحف قال: لا تبع الكتاب و لا تشتريه و بع الأديم و الورق و الحديد. ضعيفة لقاسم بن سليمان و جراح.

يب. عن سماعة قال: سمعت أبا عبد الله «ع» يقول: لا- تبيعوا المصاحف فان بيعها حرام، قلت: فما تقول في شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف و إياك أن تشتري الورق و فيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراماً و على من باعه حراماً. ضعيفة لعبد الله الرازي و ابن أبي حمزة البطائني. راجع ج ١ كا ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافي ص ٣٧ و ج ٢ التهذيب ص ١١٠. و ج ٢ نل باب ٥٩ عدم جواز بيع المصاحف من أبواب ما يكتسب به ص ٥٤٦.

[١] كا. عن عنبسة الوراق قال: سألت أبا عبد الله فقلت: أنا رجل أبيع المصاحف فإن نهيتني لم أبيعها؟ فقال: ألسنت تشتري ورقاً و تكتب فيه؟ قلت: بلى و أعالجها. قال: لا بأس به. مجهولة بعنبسة.

كا و يب. عن روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله «ع» قال: سألت عن شراء المصاحف و بيعها؟ قال: إنما كان يوضع الورق عند

المنبر و كان ما بين المنبر و الحائط قدر ما تمر الشاة أو رجل منحرف قال: فكان الرجل يأتي فيكتب من ذلك ثم انهم اشتروا بعد ذلك، قلت: فما ترى في ذلك؟ قال: أشتري أحب إلى من أن أبيع، قلت: فما ترى أن أعطى على كتابه أجرة؟ قال: لا بأس و لكن كذلك كانوا يصنعون. ضعيفه بغالب ابن عثمان.

يب. عن أبي بصير قال: سألت أبي عبد الله عن بيع المصاحف و شرائها؟ فقال (ع) إنما كان يوضع عند القامة و المنبر الى ان قال (ع): أشتريه أحب إلى من أن أبيع.

صحيحة. راجع المصادر المتقدمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٥

لم تعرض لبيان كفيته، فلا تعارض ما دل على حرمة بيعه المتضمن للبيان.

و احتمال في الجواهر حمل الأخبار المجوزة (على إرادة شراء الورق قبل أن يكتب بها على أن يكتبها، فيكون العقد في الحقيقة متضمنا لمورد البيع و مورد الإجارة بقرينه قوله عليه السلام: و ما عملته يدك بكذا، ضرورة عدم صلاحية العمل موردا للبيع، فلا بد من تنزيهه على الإجارة).

و يرد على الوجهين أن كلا- من النفي و الإثبات في الروايات الواردة في بيع المصاحف إنما ورد على مورد واحد، و عليه فلا ترتفع المعارضة بين الطائفتين بشيء من الوجهين، لأنهما من الجمع التبرعي المحض، و لا شاهد لهما من العقل و النقل.

و يرد على خصوص ما في الجواهر أنه لا وجه لجعل العقد الواحد متضمنا لمورد الإجارة و البيع معا تمسكا برواية عبد الرحمن بن سليمان المذكورة في الحاشية، فإنه مضافا الى كونها ضعيفة السند. أنه لا دلالة فيها على مقصود صاحب الجواهر، إذ الظاهر من عمل اليد في قوله (ع): (فقل إنما أشتري منك الورق و ما فيه من الأدم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا). هو الأثر الحاصل من العمل، لا نفس الفعل، فإنه لا وجه لكون العمل بعد وقوعه متعلقا للإجارة.

و التحقيق أن تحمل الطائفة المانعة من الروايات على الكراهة بدعوى أن الغاية القصوى من النهي عن بيع المصحف إنما هو التأديب و الاحترام لكلام الله عز و جل، فإنه أجل من أن يجعل موردا للبيع، كسائر الكتب و الأمتعة، و أرفع من أن يقابل بثمن بخس دراهم معدودة، إذ الدنيا و ما فيها لا تساوي عند الله جناح بعوضة، فكيف يمكن أن يقع جزء من ذلك ثمنا للقرآن الذي اشتمل على جميع ما في العالم و يدور عليه مدار الإسلام!! و من هنا تعارف من قديم الأيام أن المسلمين يعاملون على المصاحف معاملة الهدايا، و يسمون ثمن القرآن هدية، و عليه فيحمل النهي الوارد عن بيعه على الكراهة، لإرشاده الى ما ذكرناه.

و يدلنا على ذلك قوله (ع) في رواية روح بن عبد الرحيم: (أشتري أحب إلى من أن أبيع). و قوله (ع) في صحيحة أبي بصير: (أشتريه أحب إلى من أن أبيع). و قد ذكرناهما في الهامش. فان كون الشراء أحب عند الإمام من البيع يدل على كراهة البيع و كونه منافيا لعظمة القرآن، و لو كان النهي تكليفيا لم يفرق فيه بين البيع و الشراء.

و لو سلمنا دلالة الروايات المانعة على الحرمة، و لكنها ظاهرة في الحرمة التكليفية، فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعية: أعنى فساد البيع و عدم نفوذه، لعدم الملازمة بينهما. و قد تقدم ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٦

مرارا. و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الطائفة المانعة كلها ضعيفة السند. و غير منجبرة بشيء، فلا يجوز الاستناد إليها.

لا يقال: إن ما دل على جواز بيع الورق أيضا معارض بما دل على عدم جواز بيعه كرواية سماعه المتقدمة في الحاشية المصرحة بحرمة بيع الورق الذي فيه القرآن، فإنه يرد عليه مضافا الى ضعف السند في رواية سماعه أنها صريحة في المنع عن بيع الورق الذي فيه القرآن، لا الورق المجرد، فلا معارضة بينهما.

ثم إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو بكرهته، للروايات المتقدمة فإنه لا إشعار فيها بأن القرآن لا يملك، و أنه لا يقبل النقل و الانتقال

مطلقاً، و عليه فمقتضى القاعدة أنه كسائر الأموال يجرى عليه حكمها من أنحاء النقل و الانتقال حتى الهبة المعوضة، لوقوع العوض فى مقابل الهبة دون المصحف، إلا البيع فقط.

و يدل على ما ذكرناه جريان السيرة القطعية على معاملة المصاحف معاملة بقية الأموال، و تدل على ذلك أيضا الروايات «١» الدالة على أن المصحف من الجبوة ينتقل الى الولد الأكبر بموت الوالد، و إذا لم يكن للميت ولد أكبر ينتقل إلى سائر الورثة، فلو لم يكن المصحف مملوكاً، أو لم يكن قابلاً للانتقال لم تصح الأحكام المذكورة، و يدل على ما ذكرناه أيضا أنه لو أتلّف أحد مصحف غيره، أو أحدث فيه نقصاً ضمن ذلك لصاحبه. و من الواضح أنه لو لم يكن مملوكاً فإنه لا وجه للحكم بالضمان. و مما تقدم يظهر ضعف ما قاله المحقق الايروانى: من أن (مورد الأخبار المانعة هو البيع و يمكن جعلها كناية عن مطلق النواقل الاختيارية، بل إشارة الى عدم قبوله للنقل و لو بالأسباب الغير الاختيارية كالإرث).

ثم إنه على القول: بحرمه بيع المصحف، أو بكراهته فلا يجرى ذلك فى مبادله مصحف بمصحف آخر، لانصراف أدلة المنع عن هذه الصورة كما ذكره السيد (ره)، لإمكان منعه بإطلاق الأدلة، على أنه لا منشأ لانصراف المذكور. بل لما عرفت سابقاً من أن المنع عن بيع القرآن إنما هو لعظمته، و أنه يفوت عن الإنسان متاع ثمين بإزاء ثمن بخس، فإذا كانت المبادلة بين المصحفين لم يجر ذلك المحذور موضوعاً.

ثم إنه لا ملازمة بين بيع المصحف، و بين أخذ الأجرة على كتابته، فلا يلزم من حرمة

(١) راجع ج ٢ كا باب ١٢ ما يرث الكبير من الولد دون غيره ص ٢٥٨. و ج ١٣ الوافى باب ١٢١ ما يختص به الكبير ص ١١٤. و ج ٣ ثل باب ٣ ما يحبى به الولد الذكر الاكبر من تركه أبيه دون غيره. من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ص ٣٤٣. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٧. الأول أو كراهته حرمة الثانى أو كراهته، بل مقتضى القاعدة هو الإباحة. و تدل عليه جملة من الروايات [١].

معنى حرمة بيع المصحف و شرائه

قوله بقى الكلام فى المراد من حرمة البيع و الشراء. أقول: حاصل كلامه: انه لا- شبهة فى أن القرآن يملكك و لو بكتابته فى الأوراق المملوكة، و عليه فاما ان تكون النقوش من الأعيان المملوكة أولاً، و على الثانى فلا حاجة الى النهى عن بيع الخط، إذ لم يقع بإزائه جزء من الثمن ليكون ذلك بيعاً، و على الأول فاما ان يبقى الخط فى ملك البائع أو ينتقل إلى المشتري و على الأول فيلزم ان يكون المصحف مشتركاً بين البائع و المشتري، و هو بديهى البطالان، و مخالف للاتفاق. و على الثانى فإن انتقلت هذه النقوش إلى المشتري فى مقابل جزء من الثمن فهو البيع المنهى عنه، و إن انتقلت اليه تبعا لغيره- كسائر ما يدخل فى المبيع قهراً من الأوصاف التى تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها- فهو خلاف مفروض المتبايعين و التحقيق ان نقوش القرآن و خطوطه من قبيل الصور النوعية العرفية، و هى مملوكة للمالك الأوراق ملكية تبعية، و دخيلة فى مالية الورق كبقية الأوصاف التى هى من الصور النوعية فى نظر العرف، و عليه فمورد الحرمة أو الكراهة هو بيع الورق الذى كتب فيه كلام الله.

و توضيح ذلك انك قد عرفت فى بعض المباحث السابقة و ستعرف إنشاء الله تعالى فى مبحث الشروط ان كفيات الأشياء و ان كانت بحسب الدقة الفلسفية من مقولة الاعراض و لكنها تختلف فى نظر أهل العرف، فقد يكون نظرهم إلى الأشياء أنفسها بالأصالة و الى أوصافها بالتبع، كالأوصاف التى هى من لوازم الوجود. و قد يكون نظرهم فيها إلى الهيئة بالأصالة و الى المادة بالتبع. لكون الهيئة

من الصور النوعية في نظرهم، كما في الكأس و الكوز المصنوعين من الخزف، فإنهما في نظر العرف نوعان متباينان و إن كانا من مادة واحدة، و قد يكون نظرهم الى كليهما كالفراش المنسوج من الصوف، فان الاعتبار في

[١] في ج ٢ ثل باب ٥٩ عدم جواز بيع المصحف مما يكتسب به ص ٥٤٦: عن علي ابن جعفر قال: و سأئته عن الرجال هل يصلح له ان يكتب المصحف بالأجر؟ قال: لا- بأس صحيح. و رواه ابن إدريس في آخر السرائر نقلا عن جامع البنزطى صاحب الرضا (ع) و قريب منه خبر قرب الاسناد، و تقدم في رواية روح بن عبد الرحيم من دل على ذلك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٨

نظر أهل العرف بمادته و هيئته، فهو مبين في نظرهم مع العبادة المنسوجة من الصوف، و مع الفرش المنسوخ من القطن. أما القسم الأول فالمالية فيه من ناحية المواد لخروج أوصافها عن الرغبات، و أما القسم الثاني فالمالية فيه لخصوص الهيئات لكون المادة ملحوظة بالتبع، و أما القسم الثالث فالمالية فيه للهيئة و المادة معا، فان النظر فيه الى كل منهما، و عليه فإذا تخلفت أوصاف المبيع فان كانت من الصور النوعية بطل البيع، كما إذا باع كوزا فبان كأسا، أو باع فراشا فظهر عبادة، و وجه البطلان هو أن الواقع غير مقصود و المقصود غير واقع، و ان كانت من الأوصاف الكمالية فإن كان لوجودها دخل في زيادة الثمن ثبت عند تخلفها الخيار، و إلا فلا يترتب عليه شيء، نعم لا يجوز للبائع تغيير الهيئة، لكونه تصرفا في مال الغير بدون إذنه، و هو حرام، إلا إذا كانت الهيئة مبعوضة، كهياكل العبادة الباطلة.

و إذا عرفت ذلك فنقول: إن النقوش في المصاحف سواء كانت من الاعراض الصرفة أم من الجواهر و إن لم تكن مالا، و لا مملوكة بنفسها، و لكنها دخيلة في مالية الأوراق، فإن هذه النقوش في نظر أهل العرف من الصور النوعية التي يدور عليها مدار التسمية، بحيث لو باع احد مجموع ما بين الدفتين على أنه مصحف فبان أوراها خالية عن الخطوط، أو كتاب آخر بطل البيع، لعدم وجود المبيع في نظر العرف، فالمصحف و كتاب المفاتيح مثلا نوعان، و الجواهر و البحار متباينان، و قد ظهر من جميع ما ذكرناه ان مورد الحرمة أو الكراهة في بيع المصحف هو الورق المنقوش الذي يسمى مصحفا، و يؤيد ذلك ما في رواية سماعه من قوله (ع): (و إياك ان تشتري الورق و فيه القرآن مكتوب).

ثم إذا قلنا بحرمة بيع المصحف فيمكن توجيه المعاملات الواقعة عليه في الخارج بأحد وجهين، و هما اللذان يمكن استفادتهما من الروايات المانعة:

الأول: ان يكون المبيع هو الجلد و الغلاف و الحديد و الحلي، و لكن يشترط المشتري على البائع في ضمن العقد ان يملكه الأوراق- التي كتب فيه القرآن- مجانا، و لا يلزم التصريح بذلك الشرط، فإنه بعد البناء على حرمة بيعه فالقرينة القطعية قائمة على اعتبار ذلك الشرط في العقد، بدهاء ان غرض المشتري ليس هو شراء الأديم و الحديد و الغلاف فقط، و إلا لا اشترى غيرها، بل غرضه تملك المصحف.

الثاني: ان يكون المبيع بالأصالة هو الأمور المذكورة، و لكن تنتقل الخطوط إلى المشتري تبعا و قهرا، فتكون مملوكة له ملكية تبعية، إذ لا يعقل انفكاك الصورة عن المادة لكي تبقى الهيئة في ملك البائع و تنتقل المادة إلى المشتري.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٨٩

لا يقال: إذا كان المبيع هو الأمور المذكورة لزم القول بصحة بيع المصحف و لزومه على وجه الإطلاق حتى إذا ظهر عيب في النقوش الموجودة في الأوراق.

فإنه يقال: لا بأس بالالتزام بذلك إلا إذا اشترط المشتري على البائع صحة الخطوط، فيثبت للمشتري حينئذ خيار تخلف الشرط.

حكم بيع أبعاض المصحف

إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو بكرهته فهل يختص الحكم بمجموع ما بين الدفتين، أو يسرى إلى الأبعاض أيضا؟ ربما قيل بالثاني، لقوله «ع» في رواية سماعه المتقدمة:

(و إياك أن تشتري الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراما و على من باعه حراما فان هذه الرواية ظاهرة في شمول الحكم لأى ورق كتب فيه القرآن، و عليه فيشمل الحكم لكتب التفسير، و لكل كتاب رقم فيه بعض الآيات للاستشهاد و الاستدلال، ككتب الفقه و اللغة و النحو و غيرها، أو ذكرت فيه لمناسبة الأبواب، ك بعض كتب الحديث.

و لكن الذى يسهل الخطب أن السيرة القطعية قائمة على جواز بيع الكتب المزبورة و شرائها من غير تكبير حتى من المتورعين فى أفعالهم و معاملاتهم. بل لم نر و لم نسمع من متفقه أنه أفتى فيها بكرهه البيع فضلا عن الفقيه، و إذن فلا بأس بالالتزام بجواز بيع كل كتاب مشتمل على الآيات القرآنية، كالكتب المزبورة و غيرها، بل قد يقال: إنه إذا جاز بيع كتاب مشتمل على أبعاض القرآن جاز بيع أبعاض القرآن بنفسها، لاتحاد الملاك فيهما، بل يجوز بيع مجموع القرآن ح، فان دليل المنع: أعنى به رواية سماعه لم يفرق فيه بين مجموع القرآن و أبعاضه، و حيث قامت السيرة القطعية على جواز البيع فى الأبعاض كان ذلك كاشفا عن جواز بيع المجموع، و يكون ذلك وجها آخر لحمل الأخبار المانعة على الكراهة.

و لكن الذى يعظم الخطب أن السيرة دليل لى فيؤخذ منها بالمقدار المتيقن، فلو تمت الأدلة المانعة عن بيع المصحف لم يجز الخروج عنها إلا بمقدار ما قامت عليه السيرة: أعنى به الكتب المشتملة على الآيات القرآنية، و لا يمكن التعدى منها إلى الأبعاض المأخوذة من المصحف فضلا عن التعدى إلى مجموع ما بين الدفتين و الحكم بجواز بيعه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٠

بيع المصحف من الكافر

قوله ثم إن المشهور بين العلامة ره و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذى يجوز بيعه من المسلم. أقول: تحقيق الكلام هنا يقع فى ناحيتين:

الاولى: جواز تملك الكافر للمصحف و عدم جوازه. الثانية: أنه بناء على جواز بيعه من المسلم فهل يجوز بيعه من الكافر أولا؟ و أما على القول بحرمة بيعه منه فيحرم بيعه من الكافر بالأولية القطعية.

إما الناحية الأولى فالظاهر هو الجواز للأصل، فان مقتضاه جواز تملك كل شخص لأى شىء إلا ما خرج بالدليل، و من الواضح جدا أنا لم نجد ما يدل على حرمة تملك الكافر للمصحف، بل الظاهر مما ذكرناه آنفا هو جواز ذلك لأى أحد من الناس.

و يلوح ذلك أيضا من كلام الشيخ (ره) فى فصل ما يغنم و ما لا يغنم من المبسوط، أن ما يوجد فى دار الحرب من المصاحف و الكتب التى ليست بكتب الزندقة و الكفر داخل فى الغنيمه، و يجوز بيعها. إذ مع عدم تملك الكافر للمصاحف فلا وجه لدخولها فى الغنيمه، بل تكون من قبيل مجهول المالك. و أما الوجوه المذكورة لحرمة بيع المصحف من الكافر فلا دلالة فيها على عدم تملكه إياه، كما سيأتى.

و أما الناحية الثانية فقد استدل المصنف على حرمة بيع المصحف من الكافر بوجوه:

الأول: فحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم.

و فيه أولا: أنه لا- دليل على ذلك، بل ما دل على وجوب بيعه يدل بالالتزام على تملكه إياه، إذ لا بيع إلا فى ملك، و أيضا ذكر

الفقهاء أنه لو اشترى الكافر أحد عموديه المسلم فإنه يعتق عليه، مع أنه لا عتق إلا في ملك، و سيأتي تفصيل ذلك في البحث عن شرائط العوضين.

و ثانيا: لو سلمنا ثبوت الحكم في العبد المسلم فلا نسلم قياس المصحف عليه، فإنه مضافا الى بطلان القياس في نفسه، أن في تملك الكافر للمسلم ذلا- عليه، بخلاف تملكه للمصحف فإنه ربما يزيد في احترامه، كما إذا جعله في مكتبة نظيفة للاطلاع على آياته و براهينه، بل قد تترتب على ذلك هدايته إلى الإسلام.

الثاني: النبوى (١) المعروف (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه). بدعوى أن تملك الكافر

(١) راجع ج ٣ ثل باب ١ ان الكافر لا- يرث المسلم من كتاب الإرث. و رواه في كنز العمال ج ١ ص ١٧ عن الدارقطني و البيهقي و الضياء عن عائذ بن عمر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩١

للمصحف يوجب الاستعلاء على الإسلام، فلا يجوز.

و فيه أولا: أن النبوى المذكور ضعيف السند. و ثانيا: أنه مجمل فلا يجوز الاستدلال به على المطلوب، إذ يمكن أن يراد به أن الإسلام يغلب على بقية الأديان في العالم. و يمكن أن يراد به أن الإسلام أشرف من سائر المذاهب. و يمكن أن يراد به علو حجته و سمو برهانه، لأن حقيقة الإسلام مستندة الى الحجج الواضحة و البراهين اللائحة بحيث يفهما كل عاقل مميز حتى الصبيان، و يتضح ذلك جليا لمن يلاحظ الآيات القرآنية، و كيفية استدلاله تعالى على المبدء و المعاد و غيرها ببيان واضح يفهمه أى أحد، بلا احتياج الى مقدمات بعيدة بخلاف سائر الأديان، فإنها تبني على خيالات واهية. و توهمات باردة تشبه بأضغاث الأحكام الثالث: أن بيع المصحف من الكافر يوجب هتكه، لعدم مبالاته بهتك حرمت الله.

و فيه أن بين هتك القرآن، و بين بيعه من الكافر عموما من وجه، فقد لا- يوجب بيعه من الكافر هتكاً له، كما إذا اشتراه و جعله في مكتبة نظيفة، و احترامه فوق ما يحترمه نوع المسلمين. و قد يتحقق الهتك حيث لا يتحقق بيعه من الكافر، كما إذا كان تحت يد مسلم لا يبالي بهتك حرمت الله، فيجعله في مكان لا يناسبه، و يعامله معاملة المجلات و القراطيس الباطلة، و قد يجتمعان، كما إذا اشتراه الكافر و نبذه وراء ظهره.

على أن الهتك إنما يترتب على تسليط الكافر على المصحف خارجا، لا على مجرد بيعه منه، و عليه فإذا و كل مسلما في بيعه و شرائه و التصرف فيه و الانتفاع به فإنه لا يترتب عليه الهتك من ناحية تملك الكافر إياه.

الرابع: أن بيع المصحف من الكافر يستلزم تنجسه، للعلم العادى بمس الكافر إياه بالرطوبة، فيكون حراما من هذه الجهة.

و فيه أولا: أن بيعه منه لا يلزم تنجسه، فان بينهما عموما من وجه، كما هو واضح.

و ثانيا: أن ذلك من صغريات الإعانة على الإثم، و قد علمت في البحث عن بيع العنب ممن يجعله خمرا أنه لا دليل على حرمتها إلا في موارد خاصة.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن المستفاد من الوجوه المذكورة هو حرمة البيع تكليفا، و قد تقدم مرارا أنه لا ملازمة بينها و بين الحرمة الوضعية.

ثم إن الوجوه المذكورة لو تمت دلالتها على حرمة بيع المصحف من الكافر فإنها تقتضى حرمة بيع الأديعة و الروايات منه أيضا، خصوصا إذا كانت مشتملة على أسماء الله و أسماء الأنبياء و الأئمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٢

ثم إن المصنف (ره) ذكر: (أن أبعاض المصحف في حكم الكل إذا كان مستقلا، و أما المتفرقة في تضاعيف غير التفسير من الكتب

للاستشهاد بلفظه أو معناه فلا يبعد عدم اللحق، لعدم تحقق الإهانة و العلو).
و يرد عليه أن لازم ذلك جواز بيع المصحف منه تماما إذا كان جزء من كتاب آخر، و المفروض حرمة.

[الثانية] جوائز السلطان

جواز أخذ المال منه مع الشك في وجود الحرام في أمواله

قوله الثانية: جوائز السلطان و عماله، بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا أو عوضا)
أقول: إن مورد البحث هنا كل مال أخذ من أى شخص يأكل فريقا من أموال الناس بالظلم و العدوان، و تخصيص الكلام بجوائز السلطان و عماله إنما هو من جهة الغلبة، و عليه فيعم البحث المال المأخوذ منهم بعنوان المعاملة، و المال المأخوذ ممن يأخذ أموال الناس بالسرقة و الغصب.
ثم إن المال المأخوذ من الجائر لا يخلو من أربعة أقسام، لأن الآخذ إما أن لا يعلم- و لو إجمالا- بوجود مال محرم فى أموال الجائر أو هو يعلم بذلك، و على الثانى فاما أن لا يعلم بوجود الحرام فى خصوص المال المأخوذ، أو هو يعلم بذلك، و على الثانى فاما أن يعلم بوجود الحرام فيه تفصيلا أو إجمالا، فهنا أربع صور:
الصورة الاولى: أن يأخذ المال من الظالم مع الشك فى وجود الحرام فى أمواله، و لا- شبهة فى جواز ذلك، لعموم قاعدة اليد المتصيدة من الاخبار الكثيرة الواردة فى موارد عديدة، و للروايات الخاصة [١] الواردة فى خصوص المقام.

[١] يب. عن أبى و لاد قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: ما ترى فى رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم و أنا أمر به فأنزل عليه فيضيفنى و يحسن إلى و ربما أمر لى بالدرهم و الكسوة و قد ضاق صدرى من ذلك؟ فقال لى: كل و خذ منه فلك المهنا و عليه الوزر. صحيحة.

يب. عن أبى المعزى قال: سألت رجل أبا عبد الله «ع» و أنا عنده فقال: أصلحك الله أمر بالعامل فيجيزنى بالدرهم أخذها؟ قال: نعم، قلت: و أحج بها؟ قال: نعم صحيحة.

يب. عن يحيى بن أبى العلاء عن أبى عبد الله «ع» عن أبيه «ع» إن الحسن -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٣

و قد استدلل المصنف (ره) على ذلك مضافا الى الروايات الخاصة بالأصل و الإجماع، أما الإجماع فيحتمل قريبا أن يكون مستنده قاعدة اليد، و الاخبار الخاصة الواردة فى المقام، فلا يكون إجماعا تعديا.

و أما الأصل فإن كان المراد به قاعدة اليد- و إنما عبر عنها بالأصل للمساهلة و المسامحة- فهو متين، لأنها من القواعد المسلمة بين الفقهاء، فحال الجائر فى هذه الصورة حال بقية الناس فان الاحتمال المذكور موجودة حتى فى أموال العدول من المسلمين، بل يمكن شمول قاعدة اليد للكفار أيضا، و إن أراد بالأصل غير قاعدة اليد فلا نعلم له وجهها صحيحا.

و قد يقال: إن المراد به أصالة الصحة، فإن القاعدة تقتضى حمل فعل المسلم على الصحة، و المفروض أن الجائر من المسلمين، فيعامل معاملة بقية المسلمين.

و لكن يرد عليه أنه لم يتم دليل لفظى على اعتبار أصالة الصحة، لكى يتمسك بإطلاقه فى كل مورد يشك فيه، و دليلها إنما هو السيرة، و هى من الأدلة اللبى، فيؤخذ بالمقدار المتيقن منها، و هو نفس العقود و الإيقاعات. مع إحراز أهلية المتصرف للتصرف، و

عليه المتيقن منها، و هو نفس العقود و الإيقاعات. مع إحراز أهلية المتصرف للتصرف، و عليه فإذا شك في أن العقد الفلاني تحقق صحيحا أو فاسدا لخلل في إيجابه أو قبوله فإنه يحمل على الصحة، و أما إذا شك فيه من جهة أخرى فلا دليل على حمل فعل المسلم على الصحة.

و من هنا لو أشار أحد إلى دار معينة و قال بعتك هذه الدار بكذا فإنه لا يمكن الحكم بصحة هذه المعاملة اعتمادا على أصالة الصحة إذا انتفت قاعدة اليد، أو إذا قطعنا النظر عنها.

و من هنا أيضا لو شك في أن البائع أصيل أو فضولى فإنه لا وجه لحمله على الأول بمقتضى أصالة الصحة.

و قد يقال: إن المراد بالأصل هو أصالة الإباحة الثابتة بالأدلة العقلية و النقلية. و فيه أن أصالة الإباحة إنما تجرى في الأموال إذا لم تكن مسبوقه بيد أخرى، كالمباحات الأصلية التي ملكها الجائر بالحيازة. و أما إذا كانت مسبوقه بيد أخرى فإن أصالة الإباحة محكومة بأصل آخر، و هو عدم انتقال الأموال المذكورة إلى الجائر من مالكة السابق، فيحرم تناول تلك الأموال من الجائر، إذ ليس هنا أصل موضوعي يثبت مالكيته لما في يده إلا

- و الحسين «ع» كانا يقبلان جوائز معاوية مجهولة ليحيى.

يب. عن محمد بن مسلم و زرارة قالا: سمعناه يقول: جوائز العمال ليس بها بأس.

مضمرة. و مجهولة بعلى بن السندی. و غير ذلك من الروايات. راجع ج ٢ التهذيب ص ١٠٢. و ج ١٠ الوافي ص ٢٧. و ج ٢ ثل باب ٨٠ إن جوائز الظالم و طعامه حلال مما يكتسب به ص ٥٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٤

قاعدة اليد، و المفروض أنها لا تجرى في المقام.

و قد احتمل المصنف (ره) أنه لا يجوز أخذ الجوائز من الجائر إلا مع العلم باشتغال أمواله على مال حلال لكي يحتمل أن يكون المال المأخوذ من المال الحلال، و قد استند في ذلك إلى رواية الحميري [١].

و يرد عليه أولا: أن الرواية مرسله فلا يجوز الاستناد إليها. و ثانيا: إنها غريبة عن محل البحث، فان مورد كلامنا هي الصورة الاولى، و هي ما إذا لم يعلم باشتغال أموال الجائر على مال محرم. و مفروض الرواية عكس ذلك. فتكون راجعة إلى الصورة الآتية. و لعل ذلك اشتباه من الناسخ فكتبها في غير موضعها، و قد وقع نظيره في كتب الشيخ و الله العالم.

جواز أخذ المال من الجائر مع العلم الإجمالي بوجود الحرام في أمواله

إشارة

الصورة الثانية: أن يعلم الآخذ إجمالا- باشتغال أموال السلطان على الحرام، و لكن لا يعلم باشتغال الجائزة عليه، فيقع الكلام هنا في ناحيتين:

الاولى: أن لا تكون الأصول و الأمارات معارضة في أطراف العلم الإجمالي. و الثانية:

أن تقع المعارضة بينهما في ذلك.

أما الناحية الاولى فذكر المصنف ان التصرف في المال المأخوذ من السلطان الجائر في هذه الصورة جائر بأحد شرطين على سبيل مانعة الخلو، الأول: أن تكون الشبهة في أطراف العلم الإجمالي غير محصورة. و الثاني: أن يكون أحد الأطراف خارجا عن محل الابتلاء و ان كانت الشبهة محصورة، كما إذا دفع الجائر إلى أحد جاريه، و علم المدفوع إليه بأن إحدى الجاريتين مغصوبة إما هذه

الجارية و إما الجارية الأخرى التي اختص بها الجائر بحيث أصبحت أم ولد له و من خواص نسائه، و من الواضح أن أم ولد الجائر خارجة عن

[١] عن الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان «ع» يسأله عن الرجل من وكلاء الوقف مستحلا لما فى يده و لا ير عن أخذ ماله ربما نزلت فى قرية و هو فيها أو أدخل منزله و قد حضر طعامه إلخ الجواب إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فكل طعامه و اقبل بره و إلا فلا. مرسله. راجع كتاب الاحتجاج للطبرسى ص ٢٧٠. و ج ٢ ثل باب ٨٠ إن جوائز الظالم و طعامه حلال مما يكتسب به ص ٥٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٥

محل ابتلاء غيره فلا يكون العلم الإجمالى منجزا فى أمثال ذلك.

و قد استدل على هذا الرأى فى فرائده بوجوده شىء، و أشار هنا الى واحد منها.

و حاصله: أن العلم الإجمالى إنما يوجب التنجيز إذا كان التكليف المتعلق بالواقع فعليا على كل تقدير من غير ان يكون مشروطا بالابتلاء فى بعض الأطراف، و إلا فتكون الشبهة بدوية بالنسبة الى ما هو فى معرض الابتلاء.

و يرد عليه ما ذكرناه مفصلا فى علم الأصول، و حاصله: أن كون الشبهة محصورة أو غير محصورة، أو خروج بعض أطرافها عن محل الابتلاء ليس مناطا فى تنجيز العلم الإجمالى، لعدم الدليل عليه من العقل أو النقل، بل الحجر الاساسى فى تنجيزه ان يكون ارتكاب كل فرد من أطراف الشبهة مقدورا للمكلف بالقدرة العقلية، و إلا فهو لا يوجب التنجيز، لقبح التكليف بأمر غير مقدور للمكلف، و عليه فان كان جميع أطراف الشبهة هنا مقدورا للمكلف كان العلم الإجمالى منجزا للتكليف، و إلا فلا، سواء أ كانت الشبهة محصورة أم غير محصورة، و سواء أ كان بعض الأطراف خارجا عن محل الابتلاء أم لا، و على هذا فلا وجه لتفصيل المصنف فى المقام.

و التحقيق أنه لا- مانع من التصرف فى هذه الصورة أيضا سواء كان أخذ المال من الجائر مجانا أم مع العوض، و ذلك من جهة الاعتماد على قاعدة اليد، فان من المحتمل ان يكون الحرام منطبقا على ما بيد الجائر دون ما أعطاه للغير، و لا فرق فيما ذكرناه بين ما كان المناط فى تنجيز العلم الإجمالى نفس العلم أو تعارض الأصول.

و الوجه فى ذلك ان جريان قاعدة اليد فى المال المأخوذ لا- مانع عنه. و أمال المال الآخر الباقى تحت يد الجائر فهو غير مشمول للقاعدة للعلم بحرمته التصرف فيه على كل من تقديرى كونه غصبا و عدمه، و سيجىء بيان ذلك قريبا، و من هنا ظهر انه لو كان للجائر مركوبان، و كان أحدهما غصبا فأباح أحدهما لشخص و أبقى الآخر فى يده فإنه جاز للمباح له ان يتصرف فى ذلك، و اما لو أباح أحدهما و ملكه الآخر يبيع و نحوه فإنه يحرم عليه التصرف فى كليهما.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٦

ما استدل به على كراهة أخذ المال من الجائر مع العلم بوجود الحرام فى أمواله و الجواب عنه

إشارة

قوله ثم إنه صرح جماعة بكراهة الأخذ.

أقول: كره جماعة أخذ الجائزة من الجائر مع قيام الحججة على الجواز، و استدلوا عليه بوجوه:

الأول: انه يحتمل ان يكون المأخوذ منه حراما واقعا، لكن قام الدليل على جواز تناوله ظاهرا، فيكون مكروها.

و فيه انه لو كان الاحتمال موجبا لكراهة التصرف فى المأخوذ من الجائر لوجب الالتزام بكراهة التصرف فيما أخذ من أى أحد من

الناس حتى المتورعين في أمورهم، لوجود الاحتمال المذكور في أموالهم، مع انه لم يلتزم بها أحد في غير جوائز السلطان.

الوجه الثاني: الاخبار الكثيرة «١» الدالة على حسن الاحتياط،

كقوله «ع»: (دع ما يريبك الى ما لا يريبك) و قولهم «ع»: (فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات) و كقوله «ع»: (الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام في الهلكة) و كقول علي «ع» لكميل بن زياد: (أخوك دينك فاحتط لدينك بما شئت). و في الحديث (إن لكل ملك حمى و حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى أو شك ان يقع فيه). و غير ذلك من الروايات. و فيه انه إن كان المراد بالريب أو الشبهة التي جعلت موضوعا للحكم في هذه الاخبار الريب في الحكم الظاهري- بأن كانت واقعة خاصة مشتبهة في حكمها الظاهري- فهو ممنوع في المقام، لارتفاعه بقاعدة اليد التي ثبت اعتبارها في الشريعة المقدسة، و ان كان المراد به الريب في الحكم الواقعي فالأموال كلها إلا ما شذ و ندور مشتبهة من حيث الحكم الواقعي حتى الأموال المشتبهة في أيدي عدول المؤمنين، لوجود احتمال الحرمة الواقعية في جميع ذلك، و لازم ذلك ان يحكم بکراهة التصرف في جميع الأموال غير ما أخذ من المباحات الأصلية، و على هذا فطريق التخلص من الكراهة ان يعامل بها معاملة مجهول المالک، كما كان ذلك دأب بعض الاعلام من السادة.

نعم يختلف الاحتياط من حيث الشدة و الضعف بحسب الموارد، فالاحتياط في أموال الجائرين أشد من الاحتياط في أموال بقیة الناس. و على الجملة لا طريق لنا إلى إثبات

(١) راجع ج ٣ ثل باب ١٢ و جوب التوقف و الاحتياط من أبواب صفات القاضی ص ٣٨٧-٣٨٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٧

الکراهة في جوائز السلطان، لأنه إن كان المراد بالکراهة الکراهة الشرعية فالأخبار المذكورة غريبة عنها، و إن كان المراد بها الکراهة الإرشادية الناشئة من حسن الاحتياط فلا اختصاص لها بالمقام.

الوجه الثالث: أن أخذ المال منهم يوجب محبتهم،

فان القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها. و قد نهى في الاخبار المتواترة عن موادتهم و معاشرتهم، و قد أشرنا إليها في البحث عن حرمة معونة الظالمين.

و فيه أنه لا شبهة في ورود النهي- إما تحريماً كما في جملة من الاخبار أو تنزيهاً كما في جملة أخرى منها- عن صحبة الظالمين و موادتهم و مجالستهم، و لكن بين ذلك و بين أخذ جوائزهم عموماً من وجه، إذ قد يكون احد محبا للظلمة و أعوانهم من دون ان يأخذ شيئاً منهم، كالذين استحوذ عليهم الشيطان فأنساهم ذكر الله حتى صاروا من أولياء الظلمة و محبيهم، و قد يأخذ أحد جوائزهم و أموالهم، و هو لا- يحبهم، بل ربما أوجب ذلك بغضهم و عداوتهم، كما إذا كان أجيراً للظالم و أعطاه أقل من اجرة المثل. و دعوى كون الإجارة خارجة عن مورد البحث دعوى جزافية. فقد عرفت أن مورد البحث أعم من ان يكون الأخذ مجاناً أو مع العوض.

الوجه الرابع: قوله «ع» في رواية الفضل [١]: (و الله لو لا انني أرى من أزوجه بها من عزاب بنى أبي طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها ابداً).

فان هذه الرواية صريحة في ان الإمام (ع) إنما قبل هدية الرشيد ليزوج بها العزاب من آل أبي طالب لثلا ينقطع نسله و لو لا هذه الناحية المهمة لكان الرد أولى، فتدل على الكراهة ما لم تكن في الأخذ مصلحة راجحة.

و لكن يرد عليه ان اشتمزاز الإمام (ع) عن قبول هدية الرشيد ليس من جهة كونها من أموال الظلمة، بل لاستلزامها المنه، فإن من أشق

الأحوال ان يغضب احد حق غيره، ثم يهدى اليه هدية بعنوان التفضل و إظهار العظمة. و الوجه فيما ذكرناه ان ما أعطاه الرشيد للإمام (ع) لا- يخلو إما ان يكون من أمواله الشخصية، أو من بيت المال، أو من مجهول المالك، أو من معروف المالك، فان كان من الأول فلا شبهة في جواز أخذه، و هو واضح، و كذلك إن كان من الثاني أو الثالث، فإن ولاية بيت المال و مجهول المالك للإمام (ع)، و إن كان من الرابع فللإمام (ع)،

[١] مجهولة بمحمد بن الحسن المدني و عبد الله بن الفضل. راجع ج ٢ ثل باب ٨٠ إن جوائز الظالم و طعامه حلال مما يكتسب به ص ٥٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٨

ان يأخذه و يوصله الى مالكة، و له ان لا يأخذه أصلا. اما ان يأخذه و يزوج به عزاب بنى أبي طالب فذلك غير جائز، اللهم إلا ان يقال: إنه من جهة كون الامام (ع) أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و لكن هذا بعيد عن مراد الامام (ع) في الرواية.

ما استدل به على رفع الكراهة عن جوائز السلطان و الجواب عنه

قوله ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمور: منها إخبار المجيز).
أقول: ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم موارد لارتفاع الكراهة بناء على ثبوتها في جوائز الظالمين. منها إخبار الظالم بحلية الجائزة و كونها من أمواله الشخصية، كأن يقول: هذه الجائزة من تجارتي أو من زراعتي أو نحو ذلك مما يحل للأخذ التصرف فيه. و يرد عليه أن ارتفاع الكراهة بذلك بناء على ثبوتها و إن كان مشهورا بين الأصحاب، بل مما لا خلاف فيه على ما حكاه المصنف عن ظاهر الرياض تبعا لظاهر الحدائق، إلا أنا لم نجد له مستندا صحيحا، و قد اعترف بذلك صاحب المناهل. و قد يتوهم أن المستند في رفع الكراهة هنا ما دل على حجية قول ذي اليد، فيكون إخباره بذلك كسائر الأمارات المعتمدة شرعا. و فيه أن إخباره بحلية ماله لا يزيد على يده، فكما أن إخباره يدل على الملكية الظاهرية فكذلك يده. و احتمال مخالفة الواقع متحقق في كليهما، و عليه فحسن الاحتياط يقتضى الاجتناب في كلا الموردين، و لكنه لا تثبت به الكراهة المصطلحة الناشئة من الحزاة في الفعل. الثاني: إخراج الخمس، نقل المصنف حكايته عن المنتهى و المحقق الأردبيلي، بل عن ظاهر الرياض عدم الخلاف فيه. و قد استدل على كونه رافعا للكراهة عن الجوائز بوجه الوجه الأول: فتوى النهاية و السرائر باستحباب الخمس في الجوائز، بدعوى أن أخبار من بلغ تشمل ما كان بلوغه بفتوى الفقيه، بل ذكر المصنف أن فتوى النهاية و السرائر كالرواية و عليه فلا نحتاج الى ذلك التعميم.

و فيه أن استحباب الخمس فيها لا يلزم رفع الكراهة عن التصرف في البقية.
الوجه الثاني: ما حكاه المصنف عن المنتهى من أن المال الذي اختلط بالحرام قطعاً يطهر بالتخميس، فما احتمل وجود الحرام فيه يظهر به بالأولية القطعية.

و يرد عليه أولا: ما ذكره المصنف من أن إخراج الخمس من المال المختلط بالحرام بمنزلة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٤٩٩

البدل عن الحرام الواقعي، فيكون ذلك نظير المصالحة في نظر الشارع فيرتفع به أثر الحرام أعني به وجوب الاجتناب. و أما المال الذي يحتمل أن يكون حراما كله و قد ذرا في ذاته فلا- معنى لتطهره بإخراج خمسة، فإنه لو كان المال بمجموعه حراما في الواقع لم يصح أن يكون الخمس بدلا عنه لكي يكون ذلك بمنزلة المصالحة في نظر الشارع.

و ثانيا: أن مقتضى القياس هو وجوب الخمس فيما يشك في حرمة و حليته من الأموال لا استحبابه، فان اتحاد الملاك في المورد

يقتضى اتحاد الحكم فيهما، و عليه فتوهم وجوب الخمس في مورد و استحبابه في مورد آخر مع فرض وحدة الملا-ك فيهما شبيه بالمتناقضين.

و ثالثا: أن هذا الوجه قياس لا يفيد إلا الظن بالواقع، و هو لا يغنى من الحق شيئا.

و رابعا: لو سلمنا جميع ذلك فإنما يدل على طهارة المال بإخراج الخمس، و لا منافاة بين ذلك، و بين كراهة التصرف في الباقي.

الوجه الثالث: الأخبار الدالة على وجوب الخمس في مطلق الجوائز، و حيث إن المشهور لم يلتزموا بوجوب الخمس فيها فتحمل تلك الأخبار على الاستحباب.

و فيه أولا: أن اعراض المشهور عن الرواية المعتبرة لا- يوجب رفع اليد عنها، و عليه فمقتضى العمل بتلك الروايات إنما هو وجوب الخمس في الجائزة، لا استحبابه.

و ثانيا: أن الظاهر من هذه الأخبار إنما هو وجوب الخمس في الهدايا، لكونها من الغنائم و الفوائد و الأرباح التي تحصل للإنسان يوما فيوما. فشانها شأن أرباح المكاسب التي يجب فيها الخمس بعد إخراج المؤنة و مضى السنة، و لازم ذلك أن نقول بوجوب الخمس أو باستحبابه في الجائزة بعنوانها، لا من حيث اندراجها في الأرباح، فلا بد من الالتزام بثبوتها فيها مرتين، و لم يلتزم بذلك فقيه.

على أن إخراج الخمس عن الجوائز لا يرفع احتمال الحرمة عن الباقي إلا مع الالتزام بكون التخميس بمنزلة المصالحه في نظر الشارع، و قد عرفت جوابه آنفا.

و يضاف الى ما ذكرناه أنا لم نجد في الروايات ما يدل على وجوب الخمس في الجائزة بعنوانها حتى نحمله على الاستحباب، نعم ذكرت الجائزة و الهدية في بعض الأحاديث [١]

[١] في ج ٢ ثل باب ٨ وجوب الخمس فيما يفضل عن مؤنة السنة من كتاب الخمس ص ٦١. في صحيحة على بن مهزيار قال: كتب إليه أبو جعفر «ع» و قرأت أنا كتابه إليه في طريق مكة الى أن قال «ع»: قال الله تعالى: (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ) الآية، الى أن قال (ع): و الغنائم و الفوائد يرحمك الله فهي الغنيمه بغنمها المرء و الفائدة يفيدها و الجائزة من الإنسان للإنسان التي لها خطر-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٠

و لكن لا- على نحو الموضوعية، بل لكونهما من أفراد الغنائم و الفوائد و من الأرباح الحاصلة يوما فيوما. و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عن الموثقة [١] الدالة على وجوب الخمس فيما حصل للإنسان من خصوص عمل السلطان.

الوجه الرابع: ما ذكره المصنف من (أن الاستفادة مما تقدم- من اعتذار الكاظم (ع) من قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين لئلا ينقطع نسلهم، و من غيره- أن الكراهة ترتفع بكل مصلحة هي أهم في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة). و قد تقدم أن الوجه في إباطه (ع) عن قبول هدية الرشيد لزوم المنه، و إلا فلا شبهة في جواز أخذ الإمام عليه السلام إياها.

ثم إننا لو سلمنا كراهة أخذ الجائزة من الجائر فلا رافع لها إلا معاملتها معاملة مجهول المالك، كما هو كك في جميع الأموال التي لم تثبت حليتها بالعلم الوجداني، و قد كان ذلك دأب بعض الأعظم من السادة (ره).

و أما الناحية الثانية- و هي ما كانت الأصول معارضة في أطراف الشبهة- فتفصيل الكلام فيها يقع تارة من حيث القواعد، و اخرى من حيث الروايات، أما من حيث القواعد أن الجائر قد يحيز التصرف في شيء معين من أمواله أو يعطيه لأحد مجانا أو مع العوض، و قد يجيز التصرف في جميع أمواله على نحو العموم الاستيعابي، و قد يجيز التصرف في شيء منها على نحو العموم البدلي.

أما القسم الأول فلا شبهة في انحلال العلم الإجمالي فيه الى شك بدوي و علم تفصيلي، لأن الآخذ يعلم تفصيلا بحرمة التصرف في بقية أموال الجائر، إما لكونها مغضوبة، أو لأنه لم يجز التصرف فيها. و أما خصوص ما أخذه من الجائر فيجوز له التصرف فيه استنادا الى يد الجائر التي هي أماره الملكية، و لا تكون معارضة بيده في الطرف الآخر، لما عرفت

و في الباب المذكور من ثل و في ج ١ كا ص ٤٢٥. و ج ٦ الوافي ص ٤٢ باب ٣٦ ما فيه الخمس عن يزيد قال: كتبت جعلت لك الفداء تعلمني ما الفائدة و ما حدها رأيك أبقاك الله أن تمن علي ببيان ذلك لكي لا أكون مقيما على حرام لا صلاة لي ولا صوم؟ فكتب الفائدة مما يفيد إليك في تجارة من ربحها و حرث بعد الغرام أو جائرة. ضعيفة بيزيد.

[١] في ج ٢ ثل باب ١٠ وجوب الخمس في الحلال إذا اختلط بالحرام من أبواب الخمس ص ٦١. و ج ١٠ الوافي ص ٢٩ عن عمار عن أبي عبد الله (ع) انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا إلا أن لا يقدر على شيء و لا يأكل و لا يشرب و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت. موثقة لعمار و مصدق و غيرهما
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠١

من حرمة التصرف فيه على كل تقدير، و مع الإغضاء عن الاستناد إلى قاعدة اليد فلا بد من التفصيل بين الأموال التي كانت مسبوقة بيد اخرى، و بين الأموال التي أخذت من المباحات الأصلية، فإن أصالة عدم الانتقال في الأول حاكمة على أصالة الحل. و أما القسم الثاني فلا- ريب في تنجيز العلم الإجمالي فيه، لتعارض الأصول و تساقطها في أطرافه، و كون التكليف منجزا على كل تقدير. كما إذا كان للجائر عشرون دينارا فأجاز لأحد ان يتصرف في جميعها، و كان المجاز يعلم ان احد هذه الدينار حرام، فإنه يحرم عليه التصرف في جميعها.

و أما القسم الثالث فقد يتوهم فيه انحلال العلم الإجمالي إلى شك بدوي و علم تفصيلي على التقريب المتقدم في القسم الأول و مثاله إذا أعطى الجائر كيسه لشخص، و قال له: خذ منه دينارا، و كان الآخذ يعلم إجمالا باشتمال الكيس على دينار محرم، فان اختياره دينارا خاصا إنما يعين متعلق إذن الجائر، فكأنه من الأول إنما أذن في التصرف في ذلك الدينار المعين، فيجوز في هذا القسم جميع ما ذكرناه في القسم الأول.

و لكن التحقيق انه لا- فرق في تنجيز العلم الإجمالي بين القسم الثاني و الثالث. و الوجه في ذلك ما فصلناه في علم الأصول. و مجملة ان العلم الإجمالي بالتكليف الثابت بين الأطراف المعينة التي هي بأجمعها في معرض الابتلاء يقتضى الاجتناب عن الجميع، و عليه فالترخيص في ارتكاب ما يختاره المكلف ترخيص في مخالفة الحكم المنجز من غير وجود مؤمن في البين، و أصالة عدم كون ما يختاره المجاز حراما معارضة بأصالة عدم كون الباقي حراما، و إذن فيجب الاجتناب عن الجميع.

و بعبارة اخرى ان المناط في تنجيز العلم الإجمالي إنما هو تعارض الأصول في أطرافه، سواء أ كان المكلف مع ذلك متمكنا من ارتكابها على نحو العموم الشمولي، أو على نحو العموم البدلي: بأن لا يتمكن من ارتكاب المجموع، كما إذا قال المولى لعبده: يحرم عليك السكنى في الدار المعينة عند طلوع الفجر فاشتبه عليه متعلق التكليف بين دارين فإنه يجب عليه الاجتناب من كلتا الدارين، مع أنه غير متمكن من السكنى فيهما معا عند طلوع الفجر، فان عدم تمكن المكلف من ارتكاب مجموع الأطراف لا يمنع عن تنجيز العلم الإجمالي إذا تمكن من ارتكابها على البدل.

و قد يقال بانحلال العلم الإجمالي أيضا في هذا القسم لوجوه:

الأول: قاعدة اليد، و فيه أن قاعدة اليد إنما توجب الانحلال إذا أجاز الجائر التصرف في مال معين كما تقدم في القسم الأول، و أما إذا أذن في التصرف في مال غير معين على نحو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٢

العموم البدلي فإن قاعدة اليد في أي فرد اختاره المجاز معارضة لها في الطرف الآخر، فلا توجب انحلال العلم الإجمالي.

الثاني: قاعدة من ادعى شيئا و لم يعارضه أحد في دعواه يحكم بكون الشيء ملكا له.

و فيه أن القاعدة المذكورة و إن وردت في بعض الأحاديث [١] و لكنها غريبة عن المقام للعلم بوجود الحرام فيما بيد الجائر. على أن

الرواية وارده في قضية شخصية، فلا يمكن التعدى منها الى غيرها، للجهل بخصوصياتها.

الثالث: أن حمل فعل المسلم على الصحة يقتضى معاملة ما بيد الجائر معاملة الملكية. وفيه مضافا الى ما أوردناه على الوجه الأول. أنه قد يراد من أصالة الصحة حمل فعل المسلم على الصحيح فيما إذا كان ذا وجهين (الحلال و الحرام) ولا شبهة أن حمله على الوجه الحلال لا- يوجب ترتب آثاره عليه، كما إذا تكلم المسلم بكلام احتملنا أنه سلام أو سباب، فحمل فعله على الصحة يقتضى أن لا يكون سبابا، ولكن ذلك لا يثبت كونه سلاما فيجب رد جوابه، فإذا حملنا فعل الجائر على الصحة بهذا المعنى لم يفد ذلك شيئا و لم تترتب عليه آثار الصحة من الحكم بملكية المأخوذ، و جواز التصرف فيه.

وقد يراد بها أصالة الصحة في العقود، و لا ريب أنها لا تثبت كون العوضين ملكا للمتبايعين، و إنما تثبت بها صحة العقود إذا شك فيها لأمر يرجع الى الصيغة، لعدم الدليل عن أزيد من ذلك، فأصالة الصحة إما أن لا تكون جارية، أو لا تثبت بها لوازمها. و أما من حيث الروايات فقد استدل على جواز التصرف في المأخوذ إذا علم إجمالا- باشتغال مال الجائر على الحرام بطوائف من الروايات، الأولى: الأخبار «١» الواردة في باب الربا الدالة على وجوب رد الزائد عن رأس المال الى مالكه إذا كان معلوما، و أما إذا كان المالك مجهولا فهو حلال للآخذ.

وقد استدل بها السيد في حاشيته على جواز التصرف في الجائزة و لو مع العلم إجمالا باشتغالها على الحرام.

[١] عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله «ع» قال: قلت: عشرة كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضهم بعضا ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، و قال واحد منهم: هو لى فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه. مرسله. راجع ج ٣ نل باب ١٦ أنه إذا كان جماعة جلوسا من أبواب كيفية الحكم ص ٤٠٢.

(١) راجع ج ٢ نل باب ٥ حكم من أكل الربا بجهالة ثم تاب من أبواب الربا ص ٥٩٨ و ج ١٠ الوافى باب ٥٥ الربا ص ٥٣. و ج ١ كا باب ٥١ من المعيشة ص ٣٦٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٣

و فيه أن هذه الأخبار غريبة عما نحن فيه، لأنها راجعة إلى حلية الربا بعد التوبة، و دالة على عفو الله عن ذلك تسهلا للمكلفين و ترغيبا فى التوبة. و عليه فالتوبة شرط متأخر لحلية الربا مع الجهل بصاحبه. و قد ورد «١» فى تفسير قوله تعالى «٢»: (فَلَهُ مَا سَلَفَ) ما يدل على العفو عن الربا وضعا و تكليفا بعد التوبة. و ح فشان الربا شأن الموارد التى أذن الشارع فى التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، كأكل طعام الغير فى المجاعة، و التصرف فى اللقطة بعد التعريف، و فى الأراضى المتسعة و الأنهار الكبار، و كالتصرف فى الأراضى المغصوبة لإنقاذ الغريق، الى غير ذلك من الموارد.

الطائفة الثانية: الأخبار «٣» الدالة على حلية الأشياء ما لم تثبت حرمتها، فإنها تدل بإطلاقها على جواز التصرف فيما أخذ من الظالم ما لم تعلم حرمة تفصيلا.

و لكن يرد عليها أن العمل بإطلاقها يقتضى الحكم بجواز ارتكاب جميع الشبهات، سواء كانت مقرونة بالعلم الإجمالى أم لا، و سواء كانت الشبهة محصورة أم لا، و من الضرورى أن هذا مما لا يمكن الالتزام به، و عليه فلا بد من حمل تلك الأخبار على فرض كون الشبهة بدوية.

و بعبارة اخرى أن تلك الأخبار منصرفة عن موارد العلم الإجمالى إذا كانت فى معرض الابتلاء، فان شمولها لجميع الأطراف يستلزم المخالفة القطعية، و لأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح، و عنوان أحدهما من غير تعيين ليس له مصداق غير الأفراد الخارجية، و الفرد المررد لا- وجود له حتى فى علم الله، على أن القائلين بجواز أخذ الجائزة من الجائر كالشهيدى و المحقق و غيرهم لم يقولوا بجواز

المخالفة القطعية في أطراف العلم الإجمالي.

قوله و قد تقرر حكومة قاعدة الاحتياط على ذلك.

أقول: العجب من المصنف فإنه قد أسس المباني الأصولية، و شيد أساس تقديم أدلة البراءة على أدلة الاحتياط، و مع ذلك التزم هنا بحكومة قاعدة الاحتياط على البراءة.

قوله على أن اليد لا تؤثر فيه.

أقول: الوجه في ذلك ما تقدم من أن جريان قاعدة اليد في بعض الأطراف معارض بجريانها في الطرف الآخر، للعلم بمخالفتها للواقع في أحد الطرفين.

(١) راجع البابين المتقدمين من الوافي و ثل.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٦.

(٣) راجع ج ٣ ثل باب ٣٥ حكم السمن و الجبن و غيرهما من أبواب الأطعمة المحرمة ص ٢٦٢. و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٢. و ج ١ البحار ص ١٥٦. و ج ٢ ثل باب ٣١ عدم جواز الإنفاق من الحرام مما يكتب به ص ٥٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٤

قوله فهو على طرف النقيض مما تقدم عن لك.

أقول: الوجه فيه أن القول بعدم وجوب الاحتياط يناقض القول بوجوبه، كما أن القول بخروج جوائز الظالم عن مورد الشبهة المحصورة تخصصا يناقض القول بخروجها عن ذلك تخصيصا.

الطائفة الثالثة: الأخبار الدالة على جواز أخذ الجوائز من الجائر سواء كان الأخذ مع العوض أم بدونه، و قد تقدمت «١» جملة من هذه الروايات.

و فيه أن المستدل بهذه الاخبار إما ان يدعى ظهورها في الحلية الواقعية، أو يدعى ظهورها في الحلية الظاهرية أما الدعوى الاولى فحاصلها ان الشارع قد حكم بأن أخذ المال من الجائر يوجب حليته واقعا نظير تخميس المال المختلط بالحرام بناء على كونه مطهرا للمال المذكور واقعا و هذه الدعوى و إن كانت لا غرابة فيها في نفسها لأن الشارع قد أباح التصرف في مال الغير بدون إذنه بإباحة واقعية في موارد كثيرة، كأكل طعام الغير في المجاعة، و التصرف في أرضه لإنجاء الغريق، و أكل المارة من ثمرته، و أكل اللقطة بعد التعريف المقرر في الشريعة، و التصرف في الأراضي المتسعة و الأنهار الكبار، و كالتصرف فيما يؤخذ ممن لا يعتد الخمس، فإن الأئمة قد جعلوا شيعتهم في حل من ذلك واقعا ليطيب نسلهم و لكن لا يمكن الذهاب الى ذلك في مقام الإثبات إلا فيما دل الدليل عليه كما في الموارد المذكورة. نعم يظهر ذلك من إطلاق جملة من الروايات، كقوله «ع» في رواية أبي ولاد المتقدمة «٢»: (فلك المهنا و عليه الوزر) و غير ذلك من الاخبار. و لكن العمل بإطلاقها يقتضى إباحة أخذ الجائزة من الجائر حتى مع العلم التفصيلي باشتغالها على الحرام، و لم يتفوه به احد، و عليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاقها و حملها على الشبهات البدوية، أو المقرونة بالعلم الإجمالي الذي لا يوجب التنجيز.

و لنا ان نمنع دلالة تلك الروايات على جواز أخذ الجائزة من الجائر مطلقا، فإن السؤال فيها من جهة ما هو مرتكز في أذهان الناس من أن الجائر لا يبالي بالحرام، و ح فتكون أمواله مشتبهة بالحرام، إذ ليست أموال الجائرين مقطوعة الحرمة ليكون ذلك احتمالا موهونا في حقهم.

و يلوح هذا المعنى من بعض تلك الروايات، كصحيحة أبي ولاد التي تقدمت، بل الظاهر من بعضها تقييد الحكم بصورة الشك فقط، كرواية إسحاق بن عمار [١].

[١] قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال: يشتري منه ما لم-

(١) فى البحث عن أخذ المال من الجائر مع الشك فى وجود الحرام فى أمواله ص ٤٩٢
(٢) فى ص ٤٩٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٥

و أما الدعوى الثانية فحاصلها أن المال المأخوذ من الجائر على تقدير كونه حراما فهو باق على حرمة الواقعية، و لكنه حلال فى الظاهر بترخيص الشارع، كبقية الأحكام الظاهرية.

و يرد على ذلك أن تلك الأخبار لا يمكن شمولها لجميع الأطراف، فإنه ترخيص فى مخالفة حكم الشارع فهو حرام، و لبعضها دون بعض ترجيح بلا مرجح، و إذن فتخرج موارد العلم الإجمالى الذى يوجب التنجيز عن حدود تلك الأخبار تخصصا.

فيما علم تفصيلا كون الجائزة محرمة

إشارة

الصورة الثالثة: و هى ما علم تفصيلا بكون الجائزة محرمة، و قد ظهر حكمها من الصورة السابقة، فلا تحتاج إلى الإعادة، و إنما المهم هو التعرض للأمور التى ذكرها المصنف فى ذيل هذه الصورة.

الأمر الأول: ما هو حكم الجائزة إذا علم الآخذ تفصيلا بأنها مغصوبة؟ أقول: إن علم الآخذ بحرمه الجائزة تارة يكون قبل استقرارها فى يده و اخرى بعده. أما الجهة الأولى فيحرم عليه أخذها اختيارا بقصد التملك، للعلم بكونها مال الغير، و أنه يحرم التصرف فى مال الغير بدون إذن صاحبه، بل يحرم التصرف حتى مع قصد إرضاء مالكة بعده، فان التصرف فى مال الغير إنما يجوز إذا كان المالك راضيا به حال التصرف. و أما الرضاء المتأخر فلا يؤثر فى مشروعية التصرف المتقدم، فيكون الآخذ ضامنا للمالك مع التلف، لأن يده يد عدوان. نعم يجوز أخذه لإيصاله إلى مالكة إذا كان معلوما، أو ليطبق عليه حكم مجهول المالك إذا كان المالك مجهولا. هذا كله إذا لم يخش ضررا من الجائر لعدم أخذه، و إلا فلا شبهة فى جوازه، للأخبار «١» الدالة على مشروعية التقيّة عند كل ضرورة.

ثم إنه هل يجوز أخذ الجائزة عند التقيّة مطلقا، أم لا يجوز أخذها إلا بنية الرد الى مالكة؟ ذهب المصنف الى الثانى بدعوى أن أخذه بغير نية الرد تصرف فى مال الغير بدون إذنه. و أما التقيّة فلا ريب أنها تتأدى بقصد الرد.

و توضيح مراده: أن عدم المندوحة و إن لم يعتبر فى التقيّة بالنسبة إلى أصل العمل، و لكن لا شبهة فى اعتباره حال العمل، مثلا إذا اقتضت التقيّة أن يكفر فى صلاته مع سعة

- انه ظلم فيه أحدا. موثقة بإسحاق بن عمار. راجع ج ٢ ثل باب ٨٢ جواز الشراء من غلات الظالم مما يكتسب به ص ٥٥٥.

(١) قد تقدمت الإشارة إلى مصادرها فى ص ٤٤٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٦

الوقت، و تمكن المكلف من الإتيان بها بغير تكفير فى بيت مظلم لا يراه أحد لصحت صلاته لإطلاق الروايات الدالة على مشروعية التقيّة، فإن موضوعها متحقق حين الإتيان بالعمل على وجه التقيّة.

و أما إذا كانت له مندوحة حال العمل، فتمكن من إيقاعه على غير وجه التقيّة فلا شبهة في فساد عمله إذا أوقعه على وجه التقيّة، فإذا تمكن المصلي مثلا من السجود على الأرض و على الفراش كليهما فلا ريب في وجوب السجود على الأرض، و عدم كفاية السجود على الفراش، و كذلك إذا تمكن المتوضى من المسح على الرجل و على الخف كليهما، بأن كانت عنده فرقان من العامة، فرقة تجوز المسح على الخف، و فرقة لا- تجوزه عليه، فإنه لا- ريب في وجوب المسح على الرجل، لوجود المندوحة. و الوجه في ذلك أنه لا يكون مشمولاً لأخبار التقيّة، لعدم تحقق موضوعها إذا وجدت المندوحة حال العمل.

و أما الإكراه على أخذ الجائزة من الجائر فقد تقدم في البحث عن الإكراه على الولاية من الجائر أن الإكراه لا يتحقق مع وجود المندوحة، فإذا أكره الجائر شخصا على شرب أحد إنائين: أحدهما خل، و الآخر خمر، فإنه لا يجوز للمكره (بالتفتح) أن يشرب الخمر بتوهم أنه مكره عليه، إذ الإكراه إنما هو على الجامع، لا على الفرد الخاص. و من هنا ظهر حكم الاضطرار أيضا.

و على هذا فإذا اقتضت التقيّة، أو الإكراه و الاضطرار أخذ الجائزة من الجائر مع العلم التفصيلي بكونها مغضوبة جاز أخذها، بل وجب في بعض الأحيان، و لكن التقيّة و أمثالها تتأدى بأخذها بنية الرد الى مالكةا، فلا يسوغ أخذها بغير هذه النية. ثم إذا أخذت لا بنية الرد ضمن الآخذ ما أخذه و وجب عليه عند التلف أداء مثلها أو قيمتها لمالكها، لأن يده مشموله لقاعدة اليد الحاكمة بضمان ما أخذت.

و أما إذا كان الآخذ بنية الرد الى المالك فهو لا يخلو عن إحدى ثلاث صور، لأن الآخذ قد يكون عالما بعدم رضا المالك بأخذ ماله من الجائر، و قد يكون عالما برضاه بذلك و قد يكون شاكا فيه، فعلى الأول لا يجوز أخذ المال من الجائر، فإن دليل سلطنة الناس على أموالهم يقتضى كون زمام المال بيد مالكة، و ليس لغيره أن يعارضه في سلطنته على ماله، مثلا إذا أطلق أحد عنان فرسه ليذهب الى البيداء لغرض عقلائي، و لم يرض برده فإنه لا يجوز لأحد أن يأخذه و يحفظه لمالكه بزعم أنه إحسان إليه، لأنه تصرف في مال الغير بدون إذنه، فهو حرام. و على هذا فلو أخذه أحد وجب عليه أن يردّه الى صاحبه، لقاعدة ضمان اليد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٧

و على الثاني لا- شبهة في جواز الآخذ بنية الرد الى المالك، و لا- يكون الآخذ حينئذ منافيا لسلطنته، و يكون المال المأخوذ أمانة مالكية، لا شرعية كما يظهر من المصنف. و الوجه في ذلك أن أخذ المال من الجائر مع العلم برضاه المالك يكون شأنه شأن الوديعة المأخوذة من نفس المالك.

ثم لا يخفى أنه ليس لقصد الرد الى المالك و عدمه موضوعية لعنواني الإحسان و الظلم، كسائر الموارد التي يكون القصد موضوعا للحكم، و ليس مأخوذا على نحو الطريقة كما هو واضح.

و على الثالث لا ريب في جواز الآخذ بنية الرد الى صاحبه، لكونه عدلا و إحسانا.

و يكون المأخوذ ح أمانة شرعية عند الآخذ، فلا يضمنه مع التلف بغير تفريط، لأنه محسن، و $\text{مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ}$ ، و لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة ضمان اليد، لا من جهة اعتبار التعدى في مفهوم الآخذ، كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ، لكون مفهوم الآخذ أوسع من ذلك، بل من جهة تخصيص القاعدة بالروايات الدالة على عدم الضمان في الأمانة، نعم لو أخذه بغير قصد الرد الى المالك فتلف عند الآخذ ضمن للمالك، لأن الآخذ ح تعد على مال الغير، و معارضة لسلطانه، فهو حرام و وضعاً و تكليفاً.

و قد يقال: بحرمة التصرف فيما أخذ من الجائر مع العلم بكونه مغضوبا، سواء كان الآخذ بنية الرد الى المالك أم لا، لقوله لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفس منه). و لقوله «ع»: (فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه) «١». فان الآخذ تصرف في مال الغير مع عدم إحراز إذنه فيه، فهو حرام و ظلم، لا عدل و إحسان.

و نظير ذلك ما إذا أراد المالك بيع متاعه من شخص بخمسة دنانير، و أراد غيره بيع ذلك المتاع من شخص آخر بثمانية دنانير مع عدم رضی المالك فان ذلك لا يجوز بزعم أنه إحسان اليه و هو ضعيف، أما الرواية الأولى فإن الحلية و الحرمة فيها حكمان لموضوع

واحد، و سبب الاختلاف إنما هو إذن المالك و عدمه، و من الواضح أن الموضوع المذكور إنما هو منافع المال التي تعود الى المتصرف من الأكل و الشرب و البيع و الهبة و نحوها، فوضع اليد على مال الغير بنية الرد الى المالك خارج عن حدود الرواية، فإنه ليس من المنافع العائدة إلى الآخذ، بل هو من المنافع التي تعود الى المالك، و ليس للآخذ منها إلا العناء و الكلفة. و أما الرواية الثانية فإننا نمنع صدق التصرف على مجرد الآخذ بنية الرد الى المالك، إذ التصرف عبارة عن التقلب و التقلب، و لا نسلم صدقه على ذلك، و إذا سلمنا صدقه عليه

(١) قد تقدمت الروايتان في ص ١٤٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٨

لغته، فإنه منصرف عنه عرفاً، فيكون المأخوذ أمانة شرعية عند الآخذ، فتترتب عليه أحكامها الوضعية و التكليفية. و على الجملة إن وضع اليد على مال الغير لحفظه و إيصاله إلى مالكه خارج عن الروايتين موضوعاً و حكماً، و هذا معنى يحكم به الوجدان و أهل العرف، و يؤيده ما في موثقة أبي بصير «١» من أن (حرمة مال المؤمن كحرمة دمه). نعم إذا منع المالك عن وضع اليد على ماله حتى بقصد الرد اليه كان ذلك حراماً أيضاً. كما أن دق أبواب الناس جائز للسيرة القطعية فإذا منع المالك عنه كان حراماً. و أما قياس المقام ببيع مال الغير بدون إذنه فواضح البطلان و أما الجهة الثانية:- و هي ما إذا أخذ المال من الجائر ثم علم بعد ذلك بكونه مغصوباً- فظاهر المصنف و صريح السيد في حاشيته أن هنا مسألتين، الأولى: هل الآخذ من الجائر بنية التملك مع الجهل بكون المأخوذ من أموال الغير موجبا للضمان أم لا. الثانية: إذا حكمنا بالضمان بذلك فهل يبقى هذا الحكم حتى إذا نوى الآخذ حفظ المال و إيصاله إلى مالكه بعد العلم بالحال، أم لا يبقى ذلك الحكم، بل يتغير بتغير العنوان.

أما المسألة الأولى فالظاهر أن القول بالضمان هو المشهور بين الأصحاب، و ظاهر المسالك عدم الضمان مع القبض جاهلاً، قال: (لأنه يد أمانة فيستصحب). إلا أنه لا يفهم وجهاً صحيحاً لهذا الاستصحاب، إذ ليس ذلك مسوقاً بيد الامانة حتى نستصحبها. و يمكن توجيه كلامه بأحد وجهين، الأول: أن معنى الضمان عندنا عبارة عن انتقال القيمة أو المثل إلى ذمة الضامن، و من الضروري أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بالتلف، و حيث إن يد الآخذ كانت يد أمانة لا توجب الضمان، لكونه جاهلاً بالحال، فإذا شك في تغير الحكم بعد حصول العلم كان مقتضى القاعدة هو الاستصحاب.

و هذا التوجيه يدهى البطلان، و لا يناسب مقام الشهيد، بدهاه أن الضمان يتحقق بالاستيلاء على مال الغير بدون سبب شرعي من غير فرق بين العلم و الجهل. و بين كون المستولى كبيراً أو صغيراً، عاقلاً أو مجنوناً، نعم تنتقل العين الى المثل أو القيمة حين التلف و لكن هذا الانتقال أجنبي عن أصل الضمان، و لم يثبت في المقام كون اليد يد أمانة حتى تستصحب. الوجه الثاني: أن الشارع قد رخص في أخذ الجائزة عند الجهل بكونها مغصوبة، فتكون يد الآخذ يد أمانة شرعية، فإذا شك في ضمان العين بعد تلفها كان المرجع هو استصحاب يد الامانة.

(١) قد تقدمت هذه الرواية في البحث عن حرمة سب المؤمن ص ٢٧٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٠٩

و لكن يرد عليه أن ترخيص الشارع في ذلك ترخيص ظاهري في ظرف الجهل لا- ترخيص واقعي، أما حكم الشارع بالضمان فهو حكم واقعي ثابت في حالتى العلم و الجهل، و لا منافاة بين الحكمين على ما حققناه في علم الأصول، و عليه فوضع اليد على مال الغير بنية التملك يوجب الضمان. فإذا انكشف الواقع فان كانت العين باقية فلا بد من ردها الى مالكها، و إلا فلا بد من رد مثلها، أو قيمتها اليه. و يدل على ما ذكرناه حكمهم بالضمان في مسألة تعاقب الأيدي على المال المغصوب مع الجهل بالحال، و لم يقل أحد فيها

بعدم الضمان حتى صاحب المسالك (ره) و أما المسألة الثانية:- وهي أنه إذا كان وضع اليد على المال موجبا للضمان- فهل يرتفع هذا الحكم بنية الرد الى المالك بعد العلم بالحال أم لا؟ فيه وجهان: الضمان، كما ذهب اليه المصنف (ره). و عدمه، كما ذهب اليه السيد في حاشيته.

و قد استدلل المصنف (ره) على الضمان بما حاصله: أن أخذ الجائزة من الجائر بنية التملك و إن كان جائزا بمقتضى الحكم الظاهري، إلا أنه يوجب الضمان واقعا، لقاعدة ضمان اليد، فإذا انكشف الخلاف- و تبدل قصد الآخذ. و بنى على حفظ المال للمالك و رده اليه- شككنا في ارتفاع الضمان الثابت بقاعدة ضمان اليد و عدمه، فنستصحب بقاءه.

و أشكل عليه السيد بأن علة الضمان و إن كانت هي الأخذ العدواني، إلا أنها قد زالت بنية الرد الى المالك في مسألتنا و أمثالها، لأن اليد قد انقلبت من العدوان و الخيانة إلى الإحسان و الامانة، فيكون المال أمانة شرعية عند الآخذ، فلا يترتب عليه الضمان عند التلف، لأن قاعدة ضمان اليد مخصصة بما دل على عدم الضمان في الامانة، و بأن الودعي محسن، و ^{لما} عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، و عليه فلا مجال لاستصحاب الضمان لعدم بقاء موضوعه و التحقيق هو ما ذكره المصنف (ره) من الضمان، و ليس الوجه فيه هو الاستصحاب، لما بنينا عليه من عدم جريانه في الشبهات الحكمية، بل الوجه في ذلك أن وضع اليد على مال الغير بقصد التملك علة لحدوث الضمان و بقاءه، سواء تبدلت بعد ذلك بيد الامانة أم لا، لان ضمان اليد لا يرتفع إلا بحصول غايته، و هي الأداء، فما لم تتحقق الغاية لم يسقط الضمان.

و عليه فكون اليد الفعلية الحادثة يد أمانة لا تترحم اليد السابقة المقتضية للضمان بقاء، فان يد الأمين لا تقتضى الضمان، لا أنها تقتضى عدم الضمان، و من البديهي أن مالا اقتضاء له لا يترحم ماله الاقتضاء، و مجرد نية الرد الى المالك لا يرفع الضمان الثابت باليد ابتداء، كما أن الاحكام الثابتة على الأشياء بعناوينها الأولية لا تنافى الأحكام الثابتة عليها بعناوينها الثانوية مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٠

رد المأخوذ من الجائر إلى أهله

الأمر الثاني: في رد ما أخذ من الجائر إلى أهله. و تحقيق الكلام هنا يقع في ناحيتين:
الاولى: أن يكون المأخوذ من الجائر معلوم المالك. و الثانية: أن يكون مجهول المالك.
أما الناحية الاولى فلا شبهة في وجوب رد المأخوذ منه الى مالكه المعلوم، لكونه أمانة في يد الآخذ، و قد دلت الآية [١] على وجوب رد الأمانات إلى أهلها، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون علم الآخذ بالحال قبل وقوع المال في يده أو بعده و إنما الكلام في معنى الأداء فهل هو مجرد إعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، أم حمله اليه و إقباضه منه.
قد يستظهر الثاني من الآية، فإن الظاهر من رد الأمانات إلى أهلها هو الرد الحقيقي، أي حملها إليهم و إقباضها منهم و لكن المرتكز في أذهان عامة أهل العرف، و الظاهر من ملاحظة موارد الأمانات أن المراد بأداء الأمانة إنما هو التخليه بينها و بين صاحبها، كما عليه أكثر الفقهاء.

و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه أن المودع إذا طلب من الودعي حمل الوديعه إليه ذمه العقلاء، خصوصا إذا بعد موضع أحدهما عن الآخر، و احتاج النقل الى المؤنة، بل ربما يستلزم الحمل الحرج و الضرر، و هما منفيان في الشريعة المقدسة. فافهم.

نعم لو نقلها الودعي من بلد الإيداع إلى بلد آخر بغير داعي الحفظ، و بدون إذن المالك و جب عليه ردها الى بلد الوديعه.
و أما الناحية الثانية:- أعني ما إذا كان المالك مجهولا- فيقع الكلام فيها من جهات شتى الجهة الاولى: هل يجب الفحص عن المالك أم لا؟ قد يقال بعدم الوجوب، كما احتمله المصنف، فيجوز التصديق بمجهول المالك بغير فحص عن مالكه، استنادا إلى إطلاق جملة من الروايات [٢].

[١] سورة النساء آية ٦١ قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا)

[٢] كا و يب عن ابن أبي حمزة قال: كان لى صديق من كتاب بنى أمية فقال لى:

استأذن لى على أبى عبد الله فاستأذنت له عليه فأذن له فلما أن دخل سلم و جلس ثم قال:

جعلت فداك انى كنت فى ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيرا و أغمضت فى مطالبه؟؟؟ (ثم قال) الفتى: جعلت فداك فهل لى مخرج منه؟ قال: إن قلت لك تفعل؟ قال: أفعل قال له فاخرج من جميع ما اكتسبت فى ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١١

وجوب الفحص عن المالك

و قد يقال بوجوب الفحص لوجهين: الوجه الأول: الاخبار الدالة على وجوب الفحص عن المالك، فان مقتضى القاعدة تقييد المطلقات بهذه الاخبار.

- لم تعرف تصدقت له و انا أضمن لك على الله الجنة. الخبر ضعيف بإبراهيم بن إسحاق، و على بن أبى حمزة البطائنى. راجع ج ٢ نل باب ٧٦ و جوب رد المظالم إلى أهلها مما يكتسب به ص ٥٥١. و ج ١٠ الوافى ص ٢٥. و ج ١ كا باب ٣٠ من المعيشة ص ٣٥٧ كا و يب. عن على بن ميمون الصائغ قال: سألت أبا عبد الله «ع» عما يكتسب من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به فإما لك و إما لأهله الحديث. ضعيف لعلى الصائغ.

يب. عنه قال: سألته عن تراب الصواغين و أنا نبيعه؟ قال: أما تستطيع أن تستحلله من صاحبه؟ قال قلت: لا إذا أخبرته اتهمنى، قال: بعه، قلت: فبأى شىء نبيعه؟ قال:

بطعام، قلت: فأى شىء أصنع به؟ قال: تصدق به إما لك و إما لأهله الخبر. ضعيف للصائغ المذكور، و مضمّر. راجع ج ١٠ الوافى باب ٩٧ بيع تراب الصياغة ص ٨٥.

و ج ١ كا باب ١١٦ الصرف ص ٤٠١، و ج ٢ نل باب ١٥ استحباب بيع تراب الصياغة من أحكام الصرف ص ٦٠٧. و ج ٢ التهذيب ص ١١٤.

و فى ج ٢ نل باب ١٧ اشتراط كون المبيع طلقا من أبواب عقد البيع ص ٥٧٢. عن أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن «ع» قلت: جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما وفيت المال خربت أن الأرض وقف؟ فقال «ع»: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى مالك و ادفعها الى من وقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا، قال تصدق بغلتها. مهملة بمحمد بن جعفر الرزاز.

و فى ج ٢ نل باب ٨٤ تحريم بيع الخمر، مما يكتسب به ص ٥٥٥. عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله «ع» فى رجل ترك غلاما له فى كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه؟ قال: لا يصلح ثمنه - الى أن قال «ع»: - إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثنه. حسنة بإبراهيم. و هكذا فى رواية أخرى. و فى ج ٢ المستدرک باب ٧٨ و جوب رد المظالم إلى أهلها من جهاد النفس ص ٣٤٣. ما يدل على ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٢

فمنها ما ورد [١] فى إبداع اللص دراهم أو متاعا عند مسلم، فإنه دل على أن الوديعة بمنزلة اللقطة، فيعرفها الودعى حولا، فإن أصاب صاحبها ردها اليه، و إلا تصدق بها عنه و منها ما دل [٢] على وجوب الفحص عن الأجير لإيصال حقه اليه. و منها الأخبار «١» الواردة

في وجوب تعريف اللقطة. ومنها ما دل [٣] على وجوب الفحص عن رجل كان له على رجل حق فقده الرجل المديون.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ١، ص: ٥١٢

[١] في ج ٣ ثل باب ١٨ ما يؤخذ من اللصوص يجب رده على صاحبه من اللقطة ص ٣٣٣. و ج ٢ التهذيب ص ١١٨. عن حفص بن غياث قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو 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 إلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فان اختار الأجر فله الأجر و ان اختار الغرم غرم له و كان الأجر له. ضعيفة بقاسم بن محمد و حفص بن غياث.

[٢] عن هشام بن سالم قال: سألت حفص الأعمور أبا عبد الله (ع) و أنا عنده جالس قال: إنه كان لأبي أجير كان يقوم في رحاه و له عندنا دراهم و ليس له وارث؟ فقال أبو عبد الله (ع): تطلب له وارثا فان وجدت له وارثا و إلا فهو كسييل مالك ثم قال: ما عسى أن يصنع بها؟ ثم قال: توصى بها فان جاء لها طالب و إلا فهي كسييل مالك.

موثقة بابن سماعة و غيره. الى غير ذلك من الروايات. راجع ج ٢ كا باب ٤٧ ميراث المفقود ص ٢٧٩. و ج ١٠ الوافي باب ٥٣ المال المفقود صاحبه ص ٥١. و ج ٢ ثل باب ٢٢ من كان عليه دين لغائب من أبواب الدين ص ٦٢٥ و ج ٣ ثل باب ٦ ميراث المعقود من أبواب ميراث الخشي ص ٣٦٦.

[٣] في الباب ٢٢ المذكور من ج ٢ ثل. و ج ١٠ الوافي ص ٥٠ عن ابن وهب عن أبي عبد الله (ع) في رجل كان له على رجل حق فقده و لا يدرى أين يطلبه و لا يدرى أحي هو أم ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا؟ قال: اطلبه، قال: إن ذلك طال فأصدق به؟ قال: اطلبه. صحيحة.

و في الوافي عن عن الفقيه و قد روى في هذا خبر آخر إن لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق بها، مرسله.

(١) راجع ج ١٠ الوافي باب ٥١ اللقطة ص ٤٧. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطة ص ٣٦٧ و ج ٣ ثل باب ٢ وجوب تعريف اللقطة من كتابها ص ٣٣٠. و ج ٢ التهذيب ص ١١٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٣

و منها رواية يونس بن عبد الرحمن [١]: (قال: سئل أبو الحسن الرضا «ع» و أنا حاضر الى أن قال: فقال: رفيق كان لنا بمكة فرحل منها إلى منزله لو رحلنا الى منازلنا فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأى شيء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفة، قال: لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف كيف نصنع؟ قال: إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه، قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية). فإن قوله (ع): (إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه) مترتب على اليأس من الوصول الى المالك و يدل مفهومه على عدم جواز التصديق به قبل اليأس. و هذه الروايات و إن كانت خاصة بحسب الموارد، إلا أن الملاك فيها هو عدم إمكان إيصال المال الى مالكة، فيتعدى منها الى مطلق مجهول المالك.

و لكن الظاهر أنها بعيدة عما نحن فيه، أما ما ورد في قضية إيداع اللص ففيه أولا:

أنه ضعيف السند، و دعوى انجباره بعمل المشهور كما في الجواهر دعوى غير صحيحة، لما حققناه في علم الأصول، و أشرنا إليه مرارا

فيما تقدم من أن الشهرة الفتوائية لا تجبر ضعف الرواية. و ثانيا: أنه وارد في قضية خاصة، فلا وجه للتعدى منها الى غيرها. و أما ما ورد في تعريف اللقطة حولا، و التصديق بها بعده فهو مخصوص باللقطة، و لا يعم غيرها. و أما بقية الروايات فهي وارده في معلوم المالك الذي يتعذر الوصول اليه، و مورد بحثنا إنما هو مجهول المالك. و على الجملة لا- نعرف وجهها للتعدى عن مورد الروايات الى غيره. و دعوى اتحاد الملاك بين مواردنا و بين مجهول المالك- و هو عدم الوصول الى المالك- دعوى جزافية، إذ لا طريق لنا الى كشف ذلك.

الوجه الثاني: أن الآية المتقدمة في أول المسألة تقتضى وجوب الفحص عن المالك مقدمه للرد الواجب، سواء أ كانت الأمانة مالكية، كالوديعة و العارية و نحوهما أم شرعية، كاللقطة و مجهول المالك، و مال السرقة و الخيانة و الغصب، و المال المأخوذ من الجائر مع العلم بكونه مغصوبا، و لكنه مقيد بالتمكن العقلي من الأداء و الفحص، لقبح التكليف بغير المقدور، و عليه فلا يجب الفحص مع عدم التمكن منه، و المطلقات المتقدمة ظاهرة في وجوب التصديق بمجهول المالك على وجه الإطلاق حتى مع التمكن من الفحص، و إذن فالنسبة بينهما هي العموم من وجه، فإن الآية أعم من حيث المورد، لشمولها الأمانات المالكية و الشرعية، و أخص

[١] صحيح. و فى الوافى عن الكافى بسند صحيح مثله على اختلاف فى بعض ألفاظه راجع ج ٣ ثل باب ٧ جواز الصدقة باللقطة بعد التعريف من أبواب اللقطة ص ٣٣١.

و ج ١٠ الوافى باب ٥٣ المال المفقود صاحبه ص ٥١. و ج ٢ التهذيب ص ١١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٤

من حيث وجوب الفحص، لاختصاصها بصورة التمكن منه، و المطلقات المتقدمة أعم من جهة الفحص، لشمولها صورتى التمكن من الفحص و عدمه، و أخص من حيث المورد، لاختصاصها بمجهول المالك، فتقع المعارضة بينهما فى مجهول المالك مع التمكن من الفحص، فمقتضى الآية هو وجوب الفحص عن المالك مع التمكن منه، و مقتضى الروايات هو جواز التصديق به قبل الفحص عنه، سواء تمكن منه أم لا، و قد حققنا فى مبحث التعادل و الترجيح من علم الأصول أنه إذا تعارض الخبر مع الكتاب معارضة العموم من وجه ترفع اليد عن الخبر، و يؤخذ بعموم الكتاب أو بإطلاقه، و عليه فلا- بد من الأخذ بإطلاق الآية و الحكم بوجوب الفحص مع التمكن منه، و رفع اليد عن المطلقات الظاهرة فى عدم وجوبه. و مع الإغضاء عما ذكرناه، و الحكم بالتساقط يرجع الى ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه.

لا يجوز إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه إلا بعد الثبوت شرعا

الجهة الثانية: هل يجوز أو يجب إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه بعد الفحص عن مالكه، و اليأس من العلم به استنادا الى ما دل على سماع قول المدعى إذا لم يعارضه أحد فى دعواه، أو لا يجوز إعطاؤه إلا مع التوصيف إلحاقا له باللقطة، أو يعتبر الثبوت الشرعى، لبطلان الوجهين المتقدمين، فإنه بعد وضع اليد على مال لا- يجوز دفعه إلا- الى مالكه الواقعى، أو الى مالكه الشرعى، و الوجهان المذكوران لا يفيدان ذلك.

أما الوجه الأول: فيرده أن ترتيب الأثر على دعوى المدعى إذا كانت بلا معارض إنما هو فيما لم تثبت يد على المال، أما إذا ثبتت على المال يد فلا تسمع دعوى أحد عليه إلا بالطرق الشرعية، ضرورة أن ذا اليد قد اشتغلت ذمته بالمال بمجرد وضع يده عليه، فلا يخرج من عهده إلا بإصاله إلى مالكه، أو صرفه فيما قرره الشارع، و على هذا جرت السيرة القطعية.

على أنه لا دليل على هذه القاعدة إلا رواية منصور «١» و قد تقدم الاشكال فيها.

و أما الوجه الثانى: فيرده أن التوصيف ليس له موضوعية لإعطاء اللقطة لمن يدعيها.

بل هو لحصول الاطمئنان بصدق المدعى فى دعواه.
و أما الاكتفاء بالتوصيف أو بالدعوى المجردة و إن لم تقارن بالتوصيف فلا دليل عليه،

(١) قد تقدمت الرواية و الجواب عن الاستدلال بها فى ص ٥٠٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٥

و ح فلا يترتب الأثر على توصيف المدعى إلا بعد حصول الاطمئنان بصدق دعواه.

و أما حمل فعل المسلم على الصحة فغاية ما يفيد أنه لا يعامل المدعى معاملة الكاذب، لا أن تترتب على دعواه آثار الواقع.

و أما الوجه الأخير فهو الموافق للتحقيق، لاشتغال ذمة ذى اليد بمجرد وضع يده على مال الغير، فلا تبرأ ذمته إلا بإيصاله إلى مالكه الواقعى أو الشرعى، و قد عرفت ذلك كله آنفا

مقدار الفحص عن المالك و كفيته

إشارة

الجهة الثالثة: فى مقدار الفحص عن المالك، و بيان كفيته، أما مقدار الفحص فهل يكفى فيه طبيعى الفحص عن المالك، أم يجب ذلك بمقدار يقطع الواجد أو يطمئن بعدم إمكان الوصول اليه، أو يجب الفحص عنه سنة كاملة؟.

أما الوجه الأول فهو و إن كان غير بعيد فى نفسه، لكفاية الإتيان بصرف الوجود من الطبيعة فى امتثال الأمر، و لكنه بعيد عن المتفاهم العرفى و المرتكز الشرعى، على أن الأمر قد ورد بتكرار الطلب عن المالك فى رواية ابن وهب المتقدمة «١».

و أما تقدير الفحص بالسنة و بالأقل فلا موجب له بعد وجود الإطلاقات الواردة فى جواز التصديق بمجهول المالك أو وجوبه. على أن تقديره بزمان خاص دون غيره ترجيح بلا مرجح. نعم ورد تحديد التعريف بالنسبة فى جملة من روايات اللقطة و فى رواية حفص المتقدمة «٢».

إلا أنها غريبة عن مطلق مجهول المالك، أما روايات اللقطة فهى مختصة بها، فلا يجوز التعدى منها الى غيرها. و أما رواية حفص بن غياث فيها أولا: أنها ضعيفة السند، و غير منجبرة بشيء كما تقدم.

و ثانيا: أنها واردة فى خصوص إيداع اللص، فلا يتعدى إلى غيره. و إن سلمنا عدم اختصاصها بموردها فإنه لا يجوز التعدى عنه إلا الى خصوص إيداع الغاصب، أو الى كل ما يؤخذ منه و لو بغير عنوان الوديعه، و أما التعدى عن موردها الى مطلق مجهول المالك فلا وجه له أصلا.

(١) ص ٥١٢.

(٢) ص ٥١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٦

تنبيه

قد ذكرنا أنه ورد فى جملة من روايات اللقطة و جوب التعريف بها سنة كاملة، و قد أفيدت ههنا أمور ثلاثة، الأول: ما ذكره السيد فى حاشيته من أن تحديد الفحص بالسنة تحديد للمنتهى، بمعنى أنه لا يجب الفحص أكثر من سنة و إن لم يحصل اليأس من وجدان المالك، و عليه فلو حصل اليأس من الأول، أو فى أثناء التعريف لم يجب الفحص.

الوجه الثاني: أن المناط في تعريف اللقطة إنما هو حصول اليأس عن الوصول الى المالك. و أما التحديد بالسنة فمحمول على الغالب، لحصول اليأس عن الوصول الى المالك بعد السنة غالباً.

الوجه الثالث: أن التحديد بالسنة أمر تعبدى، فلا بد من العمل به سواء حصل اليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنة أم بعده. أما الأول و الثاني فلا- وجه لهما، إذ لا مجوز لرفع اليد عن الرواية الظاهرة في اعتبار السنة في تعريف اللقطة. و إذن فيتعين الوجه الثالث، سواء حصل الاطمئنان باليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنة أم بعده، فإن الاطمئنان حجة عقلائية فيما إذا لم تقم أمانة شرعية على خلافه. و قد عرفت أن الشارع قد اعتبر السنة في وجوب الفحص عن مالك اللقطة. ثم إنه قد ذكر في بعض الروايات [١] أن اللقطة يعرف بها ثلاثة أيام، و ظاهره المعارضة مع الروايات الدالة على اعتبار السنة، و لكن لا- بد من جملة إما على صورة اليأس عن المالك أو على جواز التصديق به مع الالتزام بالمال، و وجوب التعريف به الى سنة، فإذا مضت السنة و لم يجد المالك سقط الضمان عنه. و يمكن أن يقال: إن تعريفها ثلاثة أيام مقدمة للتصديق و وجوب التعريف إلى سنة كاملة مقدمة لجواز التملك. على أن ما دل على كفاية ثلاثة أيام في التعريف ضعيف السند.

[١] كرواية أبان بن تغلب. و لكنها ضعيفة السند بمحمد ابن موسى الهمداني، راجع ج ١٠ الوافي باب ٥١ اللقطة ص ٤٩. و ج ٣ ثل باب ٢ و وجوب تعريف اللقطة سنة من أبواب اللقطة ص ٣٣٠. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٧

ان اجرة الفحص عن المالك هل هي على ذى اليد أو على المالك؟

الجهة الرابعة: إذا احتاج الفحص عن المالك الى بذل أجره فهل هي على من وضع يده على مجهول المالك، أو على المالك؟ قال المصنف: (لو احتاج الفحص الى بذل كأجره دلال صائح عليه فالظاهر عدم وجوبه على الواجد، بل يتولاه الحاكم ولاية عن صاحبه، و يخرج عن العين أجره الدلال، ثم يتصدق الباقي إن لم يوجد صاحبه، و يحتمل وجوبه عليه، لمتوقف الواجب عليه). و تحقيق المسألة أن الاستيلاء على مجهول المالك قد يستند إلى أسباب غير شرعية: بأن يأخذ أحد أموال الناس بغير سبب شرعى، كالغصب و السرقة و الخيانة و نحوها ثم يندم، و لكن لا يقدر على إيصاله إلى ملاكه. و قد يستند الى وجه شرعى، كأخذ المال من السارق، أو الجائر، أو الصبى الذى لا يعرف له ولى، و كأخذ المال المشرف على التلف، و كاللقطة و نحوها. فإن أخذ المال فى جميع هذه الموارد لحفظه لمالكة و إيصاله إليه جائز من جهة الحسبة.

أما الصورة الاولى فلا شبهة فى أن مؤنة الفحص على الغاصب، لوجوب رد المغصوب الى مالكة و إن توقف ذلك على بذل الأجره. و دعوى أن إيجاب أجره الفحص على ذى اليد ضرر عليه، و هو منفى فى الشريعة دعوى جزافية، لأن حديث نفي الضرر إنما ورد فى مقام الامتنان، و من الضرورى أن كون مؤنة الفحص على المالك على خلاف الامتنان فلا- يكون مشمولاً للحديث. و حيث إن الغاصب وضع يده على مال الغير بسوء اختياره على سبيل الظلم و العدوان فان الشارع يلزمه رغماً لأنفه برد المغصوب الى مالكة حتى مع الاحتياج الى بذل الأجره. و قد ورد فى بعض الروايات [١] أنه لو غصب أحد حجراً و وضعه فى أساس البناء فإنه يجب عليه رده الى مالكة و إن توقف ذلك على هدم البناء و تضرر الغاصب و من هنا اشتهر أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و أما الصورة الثانية- و هى أن يستند الاستيلاء على مجهول المالك الى سبب شرعى- فالظاهر أن مؤنة الفحص على المالك، بمعنى أن الواحد يصرفها من كيسه عن المالك، فإذا

[١] فى ج ٣ ثل باب ١ و وجوب رد المغصوب الى مالكة من أبواب الغصب ص ٣٢٥.

عن نهج البلاغة قال أمير المؤمنين «ع»: الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها. مرسله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٨

وجده أخذها منه، وإلا فمن المال الذي في يده. والوجه فيه أن يده يد أمانة وإحسان و **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**. على أن كون اجرة الفحص على الواجد ضرر عليه، وهو منفى ولا يقاس ذلك بالصورة الأولى، فإن اليد فيها كانت يد عدوان، لا يد أمانة وإحسان كما عرفت.

لا يقال: إن الفحص عن المالك واجب على الواجد، ومن الواضح أن إعطاء والأجرة من مقدماته، فتحسب عليه. فإنه يقال: الفحص واجب على الواجد، ومقدمته طبعي بذل المال، سواء كان من كيسه، أم من كيس المالك. وإذن فلا يتعين البذل على الواجد إلا بدليل خاص، وهو منفى في المقام، وعليه فإذا بذل الواجد اجرة الفحص من كيسه رجع على المالك مع الإمكان وإلا أخذها من المال الذي هو تحت يده، وإن امتنع الواجد من بذل اجرة الفحص رجع إلى الحاكم الشرعي، فيعطيها من بيت المال، أو من مجهول المالك.

هذا مع ان دليل المقدمية المذكور لو تم وإنما يتم فيما لو كان الفحص يتوقف دائما على بذل المال، مع أنه ليس كذلك، بل هو أمر قد يكون، وقد لا يكون، وعليه فإذا توقف الفحص على بذل المال ارتفع وجوبه عن الواجد بدليل نفى الضرر، كسائر التكاليف الضرورية التي ترتفع به.

هذا كله إذا لم تقم قرينة على عدم رضا المالك بأخذ ماله وحفظه له، وإلا فلا يجوز لأحد ان يضع يده عليه، ويحفظه لمالكة، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

مصرف مجهول المالك

الأمر الثالث: ما هو مصرف مجهول المالك؟ فهل يتصدق به، أو يحفظه الواجد ما دام حيا لمالكة، ويوصى به بعد مماته، أو يتملكه، أو يعطيه للحاكم الشرعي، أو هو للإمام «ع»؟

وجوه: الأول: ان يكون ذلك للإمام، لقوله «ع» في رواية بن أبي يزيد «١»: (و الله ماله صاحب غيري).

وفيه أولا: أن الرواية ضعيفة السند. وثانيا: أنها وردت في قضية شخصية، فلا تكون مستندا لكبرى كلية، إذ من المحتمل ان يكون المال في تلك الواقعة مفقودا من

(١) راجع ج ١٠ الوافي باب ٥١ اللقطة ص ٤٨. و ج ٣ ثل باب ٧ جواز الصدقة باللقطة من أبوابها ص ٣٣١. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطة من المعيشة ص ٣٦٧

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥١٩

الإمام نفسه. فيكون حلفه «ع» في محله، لكون المال له واقعا. وأما أمره «ع» بتقسيم ذلك المال فلعله دفع للثمة عن نفسه، أو إحسان منه إلى الفقراء. ويحتمل أن يكون حلفه على ان المال له، لعلمه بموت مالكة، وأنه لم يترك وارثا غير الامام، ويحتمل ان يكون المال المذكور من صنف دار الحرب الذي هو خاص للإمام «ع»، ومن الواضح انه مع هذه الاحتمالات لا يبقى مجال للاستدلال بهذه الرواية على المقصود.

الوجه الثاني: ان يكون مجهول المالك لمن وضع يده عليه، لقوله «ع» في صحيحة على بن مهزيار «١» التي تبين موارد الخمس: (و مثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب).

وقد استظهر هذا الرأي من الرواية المذكورة المحقق الهمداني، بل ذكر المحقق الايرواني أن (هذه الصحيحة صريحة في جواز

تملك مجهول المالك بعد إخراج الخمس).

وفيه أولاً: ان هذه الرواية واردة في بيان موارد الخمس على نحو القضية الحقيقية، فيكون مفادها انه كلما تحقق شيء من تلك الموارد وجب فيه الخمس. و عليه فلا- دلالة فيها على جواز تملك مجهول المالك لكي يتمسك بإطلاقها، نعم لا ننكر دلالتها على وجوب إخراج الخمس فيما جاز فيه تملك المجهول المالك كباب اللقطة. فقد دلت الروايات الكثيرة المذكورة في أبواب اللقطة على ان واجدها مخير بين تملكها، و بين التصديق بها عن مالكةا بعد ان يعرف بها سنة واحدة.

و من هذا القبيل ما ورد في بعض الروايات «٢» من انه إذا وجد المشتري مالا في بطن حيوان اشتراه من شخص، فإنه يرجع في ذلك المال إلى البائع، و إذا لم يدعه لنفسه تملكه المشتري، و اعطى خمسه، و كذلك ما ورد في جملة من الأحاديث «٣» من انه إذا وجد مالا في بطن سمك اشتراه من الصياد فإنه يملكه و يعطى خمسه من غير مراجعة إلى المالك.

و ثانياً: انا إذا لو سلمنا كون الرواية في مقام البيان من هذه الجهة أيضا فلا نسلم كونها صريحة في جواز تملك مجهول المالك بعد إخراج خمسه، و إنما هي مطلقة بالنسبة إليه، فتفيد بالروايات الدالة على لزوم التصديق بمجهول المالك.

الوجه الثالث: انه يجوز للواجد ان يعمل في مجهول المالك، و يخرج صدقه قليلا قليلا

(١) راجع ج ٢ ثل باب ٨ وجوب الخمس فيما يفضل عن مؤنة السنة من كتاب الخمس ص ٦١.

(٢) راجع ج ٣ ثل باب ٩ من أبواب اللقطة ص ٣٣١. و ج ١٠ الوافي باب ٥١ اللقطة ص ٤٨. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطة من المعيشة ص ٣٦٧.

(٣) راجع ج ٣ ثل باب ١٠ من وجد مالا في جوف سمكة من اللقطة ص ٣٣٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٠

حتى يخرج، و يدل عليه بعض الأحاديث [١].

وفيه انه لا- دلالة في هذه الرواية على جريان الحكم المذكور في مجهول المالك، فمن المحتمل ان صاحب المال قد مات، و لم يترك وارثا غير الإمام، فانتقل ميراثه اليه، و أنه (ع) بما هو وارث و مالك أجاز لصاحب الخان ان يتصرف في ذلك المال، و يتصدق به قليلا قليلا حتى يخرج، و احتمال وجود وارث له غير الأب و الأم مدفوع بالأصل.

و جريانه في الشبهات الموضوعية غير محتاج الى فحص، و أما احتمال وجود الأب و الأم فلعله كان مقطوع العدم، لمضى مدة لا يحتمل بقاؤهما فيها، و لذا لم يأمر الإمام (ع) بالفحص عنهما، و يؤيد ما ذكرناه قول السائل في هذه الرواية: (و لم أعرف له ورثة) فإن ظاهر هذه العبارة أنه تفحص عن الوارث، و لم يجده فافهم. و مع الإغضاء عما ذكرناه و تسليم دلالتها على المقصود فالنسبة بينها، و بين الروايات الدالة على التصديق بمجهول المالك هي العمومات المطلق، فلا بد من تقييدها بهذه الروايات.

لا يقال: إن هذه الرواية تنافي رواية الهيثم [٢] صاحب الفندق الدالة على عدم جواز التصرف في مال مات عنه صاحبه.

فإنه يقال: لا منافاة بينهما، فان الظاهر من هذه الرواية أن صاحب الفندق لم يفحص عن ورثة الميت، و هذا بخلاف الرواية الأولى، فإنك قد عرفت ظهورها في أن السائل تفحص عن الورثة، و لم يصل إليهم، فمورد كل من الخبرين غير مورد الآخر. و الذي يسهل الخطب أن كلتا الروايتين مجهولة.

[١] كا عن يونس عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال: كتبت الى عبد صالح «ع» قد وقعت عندي مائتا درهم و أربعة دراهم و أنا صاحب فندق و مات صاحبها و لم أعرف له ورثة فأرأيتك في إعلامي حالها و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا؟ فكتب: اعمل فيها و أخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج. مجهولة لنصر. راجع ج ٢ كا باب ٤٧ ميراث المفقود من الموارث ص ٢٧٩. و ج ١٠ الوافي باب

٥٣ المال المفقود صاحبه ص ٥٠.

و ج ٣ ثل باب ٦ حكم ميراث المفقود من أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه ص ٣٦٦.

[٢] فى المصادر المذكورة عن الهيثم أبى روح صاحب الخان قال: كتبت الى عبد صالح «ع»: انى أتقبل الفنادق فنزل عندى رجل فيموت فجأة لا أعرفه و لا أعرف بلاده و لا ورثته فيبقى المال عندى كيف أصنع به و لمن ذلك المال؟؟ فكتب «ع»: اتركه على حاله. مجهولة بهيثم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢١

الوجه الرابع: انه يجب حفظ مجهول المالك لمالكه، و الإيضاء به عند الوفاة للروايات «١» الواردة فى مستأجر فقد أجيره، و لم يقدر على إيصال حقه اليه.

و يرد عليه أولا: أن هذه الروايات إنما وردت فى معلوم المالك الذى لا يمكن الوصول اليه، فلا صلة لها بمجهول المالك. و دعوى أن الملاك بين الموردين واحد- و هو تعذر إيصال المال الى مالكه- دعوى جزافية، فإنه لا طريق لنا الى كشف هذا الملاك كما عرفت.

و ثانيا: أنها وردت فى الحق الكلى الثابت فى الذمة، و هو ليس فى معرض التلف لكى يخاف عليه من بقائه، و كلامنا فى العين الخارجية.

و ثالثا: أنها وردت فى قضية شخصية، فلا يمكن التعدى عن موردها الى غيرها.

و إذن فلا- دلالة فيها على وجوب حفظ مجهول المالك لصاحبه و لو بالإيضاء به. نعم لا بأس بالالتزام بذلك قبل اليأس عن الوصول الى المالك.

لا يقال: إن التصرف فى مال الغير حرام مطلقا، فيكون الأمر بالتصدق بمجهول المالك قد وقع بعد الحظر، فلا يدل على الوجوب. و عليه فلا مانع من كون الواجد مخيرا بين التصديق به، و بين حفظه لصاحبه و لو بالإيضاء به عند الموت.

فإنه يقال: الميزان فى ورود الأمر مورد توهم الحظر هو ان يتعلق الأمر بعنوان تعلق به النهى، أو كان معرضا له كالصيد الذى نهى عنه فى الإحرام، و أمر به بعد الإحلال و ما نحن فيه ليس كذلك، فإن النهى قد تعلق بالتصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، و الأمر قد تعلق بالتصدق بمجهول المالك بعد الفحص و اليأس من الظفر بصاحبه، فلا يرتبط أحد الأمرين بالآخر.

و لئن سلمنا ذلك فى الروايات التى وقع السؤال فيها ابتداء عن الصدقة فهو لا يجرى فى رواية ابن أبى حمزة التى وردت فى قصة الفتى الذى كان من كتاب بنى أمية، فإنها صريحة فى عدم ورود الأمر بالتصدق فى مقام توهم الحظر، إذ الفتى انما طلب التخلص عما اشتغلت به ذمته من أموال الناس، فأجاب الإمام (ع) بقوله فاخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم فمن عرفت منهم ردت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به). و لكن قد عرفت انها ضعيفة السند.

الوجه الخامس: وجوب التصديق بمجهول المالك، و هذا الوجه هو الموافق للتحقيق، و تدل عليه المطلقات المتقدمة، بل الروايات الخاصة الواردة فى موارد عديدة التى تقدمت الإشارة إليها آنفا. لأنها و إن وردت فى المال المفقود صاحبه إلا انها تدل على ثبوت

(١) قد تقدمت الإشارة إلى مصادرها فى ص ٥١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٢

التصدق بمجهول المالك بالأولوية القطعية. و لا بد من تقييدها باليأس عن الوصول الى المالك فقد عرفت فيما سبق ان مقتضى الآية وجوب رد الأمانة إلى أهلها مع التمكن منه.

و أما صورة اليأس عن الظفر بالمالك فلا تكون مشمولة للآية، بل تبقى تحت الروايات المذكورة.

الوجه السادس: وجوب دفعه الى الحاكم، فإنه ولي الغائب، وقد استقر به المصنف (ره) و لكن قد عرفت أن الروايات المتقدمة ظاهرة في أن من وضع يده على مجهول المالك ابتداء وجب عليه التصديق به، وإذا تصرف فيه تصرفاً آخر ولو بدفعه الى الحاكم ضمنه. و دعوى أن الحاكم ولي الغائب دعوى غير صحيحة، لأن ولايته على الغائب إنما هي من جهة الحسبة، فلا بد من الاقتصار فيها على المورد المتيقن، وهو ما إذا لم يكن له ولي آخر غير الحاكم وقد عرفت أن الروايات المتقدمة قد أثبتت ولاية مجهول المالك لمن وضع يده عليه، فلا تصل النوبة إلى غيره، كما أنه لا تثبت للحاكم ولاية على اليتيم مع وجود الجد له.

لا يقال: يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم من حيث إن مصرفه الفقراء والمساكين، و من الواضح أن الحاكم وليهم. أو من حيث إنه أعرف بموارده من وضع يده عليه.

فإنه يقال: أما الاحتمال الأول فلا دليل عليه خصوصاً مع ما عرفت من دلالة الروايات هنا على ثبوت الولاية للواجد. و أما الاحتمال الثاني فإن كان المراد أن الحاكم أعرف بمصرف مجهول المالك من حيث الشبهة الحكمية فهو مسلم، لأن ذلك وظيفه العالم، إلا أن ذلك لا يدل على وجوب دفعه إليه، بل الواجب على العاقل أن يسأل العالم عن حكم الواقعة، ويعمل على طبق ما أفتى به. و إن كان المراد كونه أعرف من حيث الشبهة الموضوعية فهو ممنوع، إذ قد يكون الواجد أعرف به لكثرة معاشرته للفقراء، و اطلاعه على أحوالهم. و كما لا يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم، فكذلك لا يجب تحصيل الإجازة منه في إيصاله إلى موارده، لإطلاق الروايات المتقدمة. نعم الأولى اختيار أحد الأمرين، لوجود القائل بوجوبه. لكن لا بد و أن يكون الدفع الى الحاكم بعنوان أنه يوصله الى موارده، و إلا ضمنهم الواجد كما عرفت.

و قد يتوهم وجود الفرق بين الحق الكلي، فيجب إما دفعه الى الحاكم، و إما تحصيل الإذن منه في التصديق به عن المالك، لأن الكلي لا يتعين إلا بإذن المالك أو وليه، و بين الحق الشخصي، فلا يجب فيه ذلك، لتعيينه في نفسه.

و لكنه توهم فاسد، لأن مقتضى الإطلاقات المتقدمة هو عدم الفرق بينهما، و أن الولاية لمن عليه الحق على وجه الإطلاق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٣

قوله ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك.

أقول: المال الذي لا يمكن إيصاله الى صاحبه قد يكون مجهول المالك من جميع الجهات، و هو مورد المطلقات المتقدمة «١»، و قد يكون معلوم المالك مع كونه مشتبهاً بين أفراد غير محصورين. و هو أيضاً مورد روايات أخرى قد تقدمت «٢» و حكم كلا القسمين قد تقدم مفصلاً. و قد يكون المالك معلوماً من جميع الجهات. و لكن يتعذر إيصال المال إليه لمانع خارجي، فأن يكون المالك في سجن، أو مكان بعيد يتعذر الوصول إليه. و يجري عليه حكم القسم الثاني، للروايات المتقدمة أيضاً، لأن الاستفادة منها أن المناط في ذلك إنما هو تعذر إيصال المال الى مالكة.

قوله ثم إن مستحق هذه الصدقة هو الفقير.

أقول: حكى عن صاحب الجواهر جواز التصديق بمجهول المالك على الفقراء وغيرهم عملاً بإطلاق الروايات المتقدمة. و بهذا المناط جواز إعطاء مال الإمام «ع» للفقراء والأغنياء، بدعوى أن الإمام و إن كان معلوماً إلا أنه يتعذر إيصال ماله إليه، للعوارض الخارجية. و قد عرفت أن حكمه حكم مجهول المالك.

و فيه أولاً: أن المتبادر من مفهوم الصدقة و إطلاق الأمر بها أنه لا يجوز إعطاؤها للأغنياء، كما ذهب إليه المصنف.

و ثانياً: أن قوله تعالى «٣»: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ) قد بين مصرف الصدقات و لم يجعل الغنى من ذلك، فيكون خارجاً عن حدود أخبار التصديق موضوعاً.

ثم إن وجوب التصديق بمجهول المالك إنما هو مع عدم التمكن من تحصيل رضى المالك بصرف ماله في مورد خاص، و إلا فلا تصل النوبة إلى التصديق به. و عليه فلا وجه لقياس مال الإمام «ع» بمجهول المالك، لأننا نقطع برضاء الإمام بإعطاء ماله لأهل العلم و

الجهات التي توجب ترويح الدين، ومع ذلك لا يمكن صرفه فيما نشك في رضاه.

قوله و في جواز إعطائها للهاشمي قولان.

أقول: لا دليل على حرمة مطلق الصدقات على الهاشميين، وإنما تحرم عليهم الصدقة الخاصة، أعنى زكاة المال والبدن، ولا يبعد أن تحرم عليهم أيضا الصدقات التي تعطى لدفع البلاء ورد القضاء، فإن في ذلك مذلة و مهانة لا تناسب الذرية الطاهرة. و من هنا كانت زينب الكبرى عليها السلام تأخذ الطعام من أطفال أبي عبد الله «ع» و ترميه الى أهل الكوفة و تقول: ويلكم يا أهل الكوفة إن الصدقة علينا حرام. و عليه فلا بأس بالتصدق بمجهول المالك على الهاشميين، لكونه خارجا عن

(١) ص ٥١٠.

(٢) ص ٥١٢.

(٣) سورة التوبة، آية: ٦٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٤

القسمين المذكورين. و يضاف الى ما ذكرناه أن قوله «ع» في روايته ابن أبي يزيد المتقدمة «١» قسم بين إخوانك). يقتضى عدم الفرق بين الهاشمي وغيره. و أما الصدقة التي تحرم على بنى هاشم فهي الصدقة الخاصة، أعنى بها الزكاة المفروضة.

التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان

قوله ثم إن في الضمان لو ظهر المالك.

أقول: هل يضمن مجهول المالك لصاحبه إذا ظهر بعد التصديق به أم لا؟ فيه وجوه، ثالثها: التفصيل بين ما إذا طلب المالك ماله من المتصدق فيضمن له، و بين ما إذا لم يطلبه فلا ضمان. و رابعها: التفصيل بين ما يكون المال مسبقا باليد العادية، فيحكم بالضمان، و بين عدمه، فيحكم بعدمه.

و قبل التعرض للوجوه المذكورة لا بأس بالإشارة إلى الفرق بين اللقطة و مجهول المالك.

فنقول: الفارق بين مجهول المالك و اللقطة جهات كثيرة، و نحن نشير هنا الى جهتين منها:

الاولى: أنه يجوز للملتقط أن يقصد حين الالتقاط تملك المال بعد انتهاء مدة الفحص عن المالك. و قد دلت الروايات الكثيرة المذكورة في أبواب اللقطة على أن أخذ اللقطة يعرفها سنة فان جاء لها طالب، و إلا فهي كسبيل ماله. و لا يجوز ذلك في مجهول المالك، فقد عرفت: أنه لا يجوز أخذه ابتداء إلا- بنية الإحسان إلى المالك بحفظه له و إيصاله إليه، ثم يتصدق به عن مالكة بعد التعريف. و من هنا يتجلى لك أنه لا يجوز أخذ المغصوب من الغاصب إلا بنية الرد الى المالك.

الثانية: أن اللاقط إذا تملك اللقطة بعد التعريف، أو تصدق بها عن مالكة ضمنها له مع المطالبة بها، للروايات الكثيرة المذكورة أيضا في أبواب اللقطة الدالة على ذلك. أما مجهول المالك فقد عرفت أن فيه وجوها شتى تقدمت الإشارة إليها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مقامين، الأول: أن تكون اليد الموضوعه على مجهول المالك ابتداء يد أمانة. الثاني: أن تكون هذه اليد مسبوقه بالضمان، ثم تنقلب الى يد أمانة و إحسان، كمن أخذه بنية التملك، ثم نوى بعد ذلك حفظه لمالكة، و كمن غصبه من المالك، ثم تاب، و عزم على إيصاله اليه، و لم يتمكن من ذلك، لفقد المالك، أو لكونه مجهولا- بين أشخاص غير محصورين.

أما المقام الأول فالظاهر هو عدم الضمان فيها، و ليس ذلك من جهة أن الشارع قد أذن

(١) ص ٥١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٥

في التصديق بمجهول المالك، و هو ينافي الحكم بالضمان، لأن إذن الشارع في التصرف بمال الغير يرفع حرمة التكليفية، و لا ينافي ذلك ضمانه. بل من جهة أن دليل الضمان هو أحد الأمور الثلاثة: إما قاعدة ضمان اليد، و إما قاعدة الإلتلاف، و إما قيام دليل خاص عليه.

أما الأولى فهي متفية هنا قطعاً، إذ المفروض أن اليد كانت يد أمانة و إحسان، و **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**.

و أما قاعدة الإلتلاف فهي مردودة لوجوه عديدة، الأول: أنها ليست برواية لكي يتمسك بها و إنما هي قاعدة متصيدة من موارد شتى. فلا يمكن التمسك بها في غير الموارد المسلمة. الثانية: أن الإلتلاف إنما يقتضى الضمان إذا لم يكن التصرف لنفع المالك، و إلا فلا يوجب الضمان، و من هنا إذا أشرف أحد على الهلكة، و توقف إنجاؤه منها على بذل مقدار من ماله فان ذلك يكون واجبا من غير ضمان. الثالث: أن التصديق بمجهول المالك لو كان موجبا للضمان ببذله لكان البذل أيضا مجهول المالك و مشمولاً لما دل على وجوب التصديق به و هكذا، فيلزم التسلسل، و من الضروري أن ذلك مقطوع العدم.

و أما الدليل الخاص فلم نجد في المقام ما يدل على الضمان إلا رواية حفص المتقدمة الواردة في إيداع اللص، فإنها ظاهرة في أن التصديق بالوديعة التي هي بمنزلة اللقطة يوجب الضمان مع مطالبة المالك، إلا أنها ضعيفة السند، و واردة في قضية شخصية، فلا يمكن التعدي منها الى غيرها، كما عرفته سابقاً.

و الحاصل أن التصديق بمجهول المالك لا يوجب الضمان. على أن الإطلاقات الدالة على وجوب التصديق به بعد التعريف تقتضى عدم الضمان. و مع الشك في الإطلاق يرجع الى البراءة.

و أما المقام الثاني - أعنى ما إذا كانت يد الأمانة مسبوقة بالضمان - فقد يقال: إن اليد الموضوعه ابتداء على مجهول المالك حيث كانت يد ضمان، كما هو المفروض فتكون موجبة للضمان بقاء أيضاً ما لم تؤد، لما ذكرناه سابقاً من أن الشارع قد جعل ضمان اليد منوطاً بالأداء، فما لم تتحقق الغاية لم يسقط الضمان. و عرفت أيضاً أن نية الرد الى المالك و إن كانت توجب صيرورة اليد يد أمانة، إلا أنه هذه اليد لا توجب ضماناً، لا أنها لا تقتضى عدم الضمان. و واضح أن مالا اقتضاء فيه لا يزاحم ما فيه الاقتضاء.

و لكن يرد عليه أولاً: ما عرفته آنفاً من أن التصديق بمجهول المالك لو كان موجبا للضمان للزم منه التسلسل فيكون ذلك تخصيصاً عقلياً لقاعدة ضمان اليد. و ثانياً: أن رواية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٦

ابن أبي حمزة المتقدمة «١» كالصريحة في عدم الضمان، فان الفتى قد طلب المخرج عما أخذه من أموال الناس، فأجابه الإمام «ع» بالتصدق بجميع ما تحت يده، و ضمن له بذلك الجنة، و لو كان التصديق به موجبا للضمان لما جعله الامام مخرجاً له عن ظلامته، و قد جعل الله التصديق بمجهول المالك وسيلة للتوبة و سبباً لفراغ الذمة تسهيلاً للأمر على الغاصبين الثائنين و لكن الرواية ضعيفة السند. و يدل على عدم الضمان أيضاً إطلاق الروايات المتقدمة - كرواية ابن أبي حمزة و غيرها - الآمرة بالتصدق بمجهول المالك، و لا فرق في ذلك بين ما كان مجهول المالك عيناً خارجية أو ديناً ثابتاً في الذمة، فإن الدين و ان كان كلياً في الذمة، إلا أنه يتشخص بالتصدق، و تبرأ به ذمة المديون. و توهم أن نفوذ التصديق يتوقف على إذن المالك، توهم فاسد، لإطلاق تلك الروايات المتقدمة، ثم إنه لا يجوز للمالك أن يرجع على الفقير لو كانت العين باقية عنده، لأن أخذ الصدقة هو الله، و ما كان لله لا يرجع.

و على الجملة لا يجرى على مجهول المالك حكم اللقطة لعدم الدليل عليه، إلا - في إيداع اللص و قد عرفت أن النص الوارد فيه ضعيف السند، و واردة في قضية شخصية.

و من جميع ما ذكرناه ظهر ضعف ما ذهب اليه المصنف من أن الأوجه هو الضمان مطلقاً (إما تحكيماً للاستصحاب حيث يعارض

البراءة ولو بضميمة عدم القول بالفصل، و إما للمرسله المتقدمه عن ثر) و هي ما روى من أنه بمنزله اللقطه (و إما لاستفاده ذلك من خبير الوديعه).

و وجه الضعف أنه لا- موضوع للأصل بعد أمر الشارع بالتصدق بمجهول المالك، و أنك قد عرفت أنه لا دليل على الضمان فيما كانت اليد مسبوقة به فضلا عن إثباته في مطلق مجهول المالك بعدم القول بالفصل. و أما استفاده حكم المسأله مما ورد في إيداع اللص فقد عرفت جوابه. و أما مرسله السرائر فهى غير قابله للاعتماد عليها. على أن من المظنون أنها بعينها روايه حفص الوارده في إيداع اللص. فيتوجه عليه ما وجهناه على الاستدلال بهذه الروايه

قوله ثم الضمان هل يثبت بمجرد التصديق

، أقول: قد ظهر مما تقدم أن التصديق بمجهول المالك لا يوجب الضمان. فإذا أغمضنا النظر عن ذلك و قلنا بالضمان، أو ثبت ذلك بدليل خاص كما في اللقطه فهل يحكم بثبوته من حين الأخذ، أو من حين التصديق، أو من حين مطالبه المالك بماله و عدم رضاه بالتصدق؟ و جوه.

و التحقيق أن يقال: إن الحكم بالضمان ان كان لقاعده الضمان بالإتلاف فاللازم هو الحكم

(١) في ص ٥١٠ الوارده في قصه الفتى الذى كان من كتاب بنى أميه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٧

بثبوته من حين التصديق، إلا أنك قد عرفت آنفا أن القاعده لا تشمل المقام. و ان كان مدرك الضمان هو ما ورد في اللقطه من أن المالك إذا جاء و طلب ماله فله الغرم، أو الرضا بالأجر فاللازم هو ثبوته من حين مطالبه المالك. و ان كان مدرك الضمان هو قاعده ضمان اليد فاللازم ثبوته من حين الأخذ إذا كانت اليد الموضوعه عليه يد ضمان. قوله و لو مات المالك.

أقول: توضيح المقام أن الكلام قد يقع في موت المالك، و قد يقع في موت المتصدق. و على الأول فقد يكون موت المالك بعد التصديق، و قد يكون قبل التصديق، فإذا كان التصديق بعد موت المالك فإذا جاء الوارث، و لم يرض بالتصدق خيره المتصدق بين الغرم و الأجر، لقوله (ع) في روايه حفص المتقدمه في البحث عن رد المأخوذ من الظالم إلى أهله: (فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم).

و ان كان التصديق قبل موت المالك فإنه لا شىء للورثه إذا المالك لم يبق حيا بعد التصديق حتى يتخير بين الغرم و الأجر، و الورثه ليسوا بملاك حتى يجرى فيهم هذا الحكم.

لا يقال: إذا وجد المالك بعد التصديق كان مخيرا بين الغلام و الأجر، فيكون هذا حقا من حقوقه، فإذا مات انتقل إلى الورثه، لأن ما تركه الميت لو ارثه.

فإنه يقال: لا دليل على أن كل حق يقبل النقل و الانتقال أو الإسقاط، إلا في موارد خاصه، و مع الشك في ذلك فالأصل عدمه.

و أما إذا مات المتصدق ثم وجد المالك فالظاهر من قوله (ع): (خيره بين الأجر و الغرم). أنه لا- شىء للمالك ح إذ لا- وجود للمتصدق حتى يخير المالك بين الأمرين.

نعم يمكن أن يقال: بخروج الغرامه من تركته، لان ضمان الصدقه من الحقوق الماليه اللازمه عليه بفعله، و لا غرامه في ذلك فقد ثبت نظيره في الفقه كثيرا كما إذا رمى أحد رجلا بحجر و مات الرامى قبل وصول الحجر، ثم أصاب الحجر الرجل فقتله، فإن ديه المقتول تؤخذ من تركه القاتل، لاستناد القتل اليه. بل قد يملك الميت من جهه إيجاده سبب الملك قبل موته، كما إذا نصب شبكه، و وقع فيها السمك بعد موته، فإنه يكون من تركته.

قوله و لو دفعه الى الحاكم فتصدق به بعد اليأس.

أقول: ظاهر كلام المصنف أن دفع المال الى الحاكم إن كان بعنوان كونه وكيل الغائب، أو وليه فلا ضمان على الدافع لأن دفعه الى الولي، أو الوكيل كدفعه الى نفس الأصيل. و ان كان دفعه اليه بعنوان أنه كبقية الناس فلا تبرأ ذمته بذلك.

و تحقيق الكلام هنا يكون في جهتين، الاولى: هل للحاكم ولاية على الغائب أم لا؟

الثانية: إذا ثبت للحاكم ولاية على الغائب فهل يعتبر قصد هذا العنوان في دفع مال الغائب إليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٨

أم لا؟! أما الجهة الأولى فهي ممنوعة صغرى و كبرى، أما الصغرى فلأنه لم يحرز كون المالك غائباً، بل يحتمل كونه حاضراً عند الواجد. و ان لم يعرفه بعينه. و يتفق كثيراً أن الملتقط يتفحص عن المالك، و هو ينادى يا صاحب المال، و يسمعه المالك، و لا يلتفت الى كون اللقطة له. و أما الكبرى فلعدم الدليل اللفظي على ولاية الحاكم على الغائب لكي يتمسك بإطلاقه، و إنما هي ثابتة بالحسبة، فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن، و هو أخذ مال الغائب لحفظه و إيصاله اليه، و لا يجوز إتلافه و لو بالتصدق عنه. و ان سلمنا ولاية الحاكم على الغائب مطلقاً فإنما هي فيما لم يكن للغائب ولي خاص، و الظاهر من الروايات أن من وضع يده على اللقطة له الولاية على مالها في التصديق بها.

و أما الجهة الثانية فإذا سلمنا ثبوت ولاية الحاكم على الغائب فإنه لا دليل على دخل قصد الولاية في دفع اللقطة إلى الحاكم، فان اعتبار القصد في ذلك كاعتبار قصد المالك في دفع ماله اليه، و لا نحتمل أن يلتزم بذلك أحد.

و يتضح ما ذكرناه بمراجعة الوجدان، و بالنظر الى سيرة العقلاء، فإنهم لا يعتبرون القصد المذكور في دفع أموال الموكلين و المولى عليهم إليهم، أو الى و كلائهم و أوليائهم.

ثم إنه إذا جاز دفع اللقطة إلى الحاكم كان الحاكم مكلفاً بجميع أحكامها من وجوب الفحص و غيره. و إذا ظهر مالها بعد التصديق أعطى بدلها من بيت المال. فقد ثبت في الشريعة أن ما أخطأت القضاء فهو من بيت المال، و ما نحن فيه من صغرياته.

فيما علم إجمالاً اشتمال الجائزة على الحرام

إشارة

الصورة الرابعة: ما علم إجمالاً اشتمال الجائزة على الحرام. قد ذكر المصنف هنا

أن ما علم إجمالاً اشتمال الجائزة على الحرام يقع على وجوه، لأن الاشتباه إما أن يكون موجبا للشركة و الإشاعة، كخلط الخل بالخل و السمن بالسمن و الحنطة بالحنطة، و إما أن لا يكون موجبا لذلك، كما إذا اشترى فراشا و غصب فراشا آخر و اشتبه أحدهما بالآخر. و على الأول فإما ان يكون المالك و مقدار المال معلومين، و إما ان يكونا مجهولين، و إما ان يكونا مختلفين. فإذا كانا معلومين فلا شبهة في وجوب رد المال الى صاحبه. و ان كانا مجهولين فالمورد من صغريات المال الحلال المختلط بالحرام، فيجب فيه الخمس. و إن كانا مختلفين فان كان القدر معلوماً و المالك مجهولاً فقد تقدم تفصيله في الصورة السابقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٢٩

و ان كان القدر مجهولاً و المالك معلوماً وجب التخلص عن اشتغال الذمة بالمصالحة مع المالك و على الثاني - و هو ما لا يوجب الاشتباه الشركة - فلا بد من الرجوع الى القرعة، لأنها لكل أمر مشكل. أو يباع المأخوذ من الحائر، و يشترك في ثمنه. ثم ذكر ان تفصيل ذلك كله في كتاب الخمس.

أقول: في كلامه نظر من وجهين، الأول: أنه لا وجه للرجوع إلى المصالحة مطلقاً فيما إذا كان المالك معلوماً و القدر مجهولاً، لأن

المال المذكور قد يكون في يد أحد، وقد لا يكون كذلك. وعلى الأول فالمقدار الذي يعلم صاحبه يرد اليه، والمقدار الذي لا يعلم صاحبه فهو لدى اليد، لأنها أمانة الملكية. وعلى الثاني فما هو معلوم المالك أيضا يرد الى صاحبه، وفي المقدار المشتبه يرجع الى القرعة. ويحتمل الحكم بالتنصيف للمصالحة القهرية ويستأنس حكم ذلك مما ورد «١» في الودعي. ولكن الظاهر أن الرواية غير نقية السند.

الثاني: أن ظاهر كلام المصنف عدم جريان التقسيم المذكور في القسم الثاني - أعني ما لا يكون الاشتباه موجبا للشركة والإشاعة - ولذا اكتفى فيه بالرجوع إلى القرعة، أو بيع المال المشتبه والاشتراك في ثمنه. ولكن الظاهر أن الأقسام المذكورة كلها جارية في القسم الثاني أيضا. وتقريبه أن المأخوذ من الجائر إذا كان مشتبه بالحرام مع عدم كونه موجبا للشركة فاما أن يكون المالك والقدر كلاهما معلومين، فلا بد من رد المال الى صاحبه وإما أن يكون القدر معلوما والمالك مجهولا، وقد تقدم حكمه في الصورة الثالثة. وإما أن يكون القدر مجهولا والمالك معلوما، فيرجع الى القرعة، أو يباع، ويشترك في ثمنه، كما ذكره المصنف. وإما أن يكون القدر والمالك كلاهما مجهولين، فيجب فيه الخمس على المشهور، وذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الخمس، وظاهر المصنف عدم وجوبه هنا. ولكنه مدفوع بإطلاق ما دل «٢» على وجوب الخمس في المال المختلط بالحرام على القول به، ودعوى اختصاصه بصورة الإشاعة لا شاهد له

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١٢ حكم من أودعه إنسان دينارين من الصلح ص ٦٣٣.

(٢) راجع ج ٢ ثل باب ١ وجوب الخمس في الحلال إذا اختلط بالحرام من الخمس ص ٦١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٠

فرع

قال السيد (ره) في حاشيته: (مقتضى إطلاق أخبار الخمس عدم الفرق بين ما لو شك في كون الحرام بمقدار الخمس، أو أقل أو أكثر. وما لو علم بنقصانه عنه أو زيادته عليه مع عدم العلم بمقداره، وهو الأقوى وفاقا لسيد المناهل على ما نقل. وذهب بعضهم الى الاختصاص بالصورة الاولى، وأنه لو علم النقص لا- يجب إعطاء الخمس، ولو علم الزيادة لا يكفي، بل يجب دفع الأزيد) ولكن الظاهر هو ما ذهب اليه ذلك البعض، لأن مورد ما دل على ثبوت الخمس في المختلط بالحرام إنما هو ما لم يعلم كون الحرام زائدا على مقدار الخمس، أو ناقصا عنه، أما في صورة العلم بالنقصان فلأن الظاهر من قوله «ع» في رواية الحسن بن زياد «١»: (فان الله تعالى قد رضى من ذلك المال بالخمس). أن الرضا بالخمس للامتنان على العباد، والتسهيل عليهم، ومن الواضح أنه لا امتنان الا مع احتمال زيادة الحرام على الخمس، ويضاف الى ذلك أنه لا قائل بوجوب الخمس في هذه الصورة، ذكر ذلك المحقق الهمداني قدس سره.

و أما في صورة العلم بزيادة الحرام عنه فان الجزء الزائد كبقية المحرمات، فلا ترتفع الحرمة عنه، وإلا كان ذلك حلية لأكل أموال الناس. ويضاف الى ذلك عدم القول بالفصل بين صورتى العلم بالزيادة والعلم بالنقص، وحيث عرفت عدم وجوب الخمس مع العدم بالنقص فلا بد من القول بعدم وجوبه أيضا مع العلم بالزيادة.

وعلى الجملة إن ظاهر الرواية وقوع المصالحة الشرعية بين الحرام والخمس، ولا يجرى ذلك إلا مع احتمال كونه بمقدار الحرام.

أخذ المال من الجائر ليس له بنفسه حكم من الأحكام الخمسة

قوله و اعلم أن أخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسة) أقول: حاصل كلامه: أن أخذ المال من الجائر ينقسم بلحاظ نفس الأخذ إلى الأحكام

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١ وجوب الخمس فى الحلال إذا اختلط بالحرام من الخمس ص ٦١ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣١

الخمس، و بلحاظ نفس المال الى المحرم و المكروه و الواجب. فالحرم ما علم أنه مال الغير مع عدم رضاه بأخذه. و المكروه هو المال المشتبه. و الواجب هو ما يجب استنقاذه من يد الجائر من حقوق الناس، و حقوق السادة و الفقراء و لو كان ذلك بعنوان المقاصة. أقول: الظاهر أن الأخذ بنفسه لا- يتصف بشيء من الأحكام الخمسة حتى بالإباحة، بل شأنه شأن سائر الأفعال التى لا تتصف بها إلا باعتبار العوارض و الطوارئ، فإن الأخذ قد يتصف بالحرمة، كأخذ مال الغير بدونه إذنه، و قد يتصف بالوجوب، كأخذ حقوق الناس من الجائر، و قد يتصف بالكراهة، كأخذ المال المشتبه منه بناء على كراهته، كما ذهب اليه بعض الأصحاب، و قد تقدم ذلك فى البحث عن كراهة أخذ الجائزة من الجائر مع عدم اشمال أمواله على الحرام و قد يتصف بالاستحباب، كأخذ المال منه مع عدم العلم بحرمة لزيارة المشاهد و التوسعة على العيال و نحو ذلك من الغايات المستحبة. و قد يتصف بالإباحة، كأخذ المال منه لغير الدواعى المذكورة.

وظيفة الجائر فى نفسه بالنسبة الى ما أخذه من أموال الناس

قوله و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال فى كون ما فى ذمته من قيم المتلفات غصبا من جملة ديونه). قد فصلنا الكلام فى حكم أخذ المال من الجائر. و أما وظيفته فى نفسه فلا شبهة فى اشتغال ذمته بما أتلفه من أموال الناس، لقاعدة الضمان بالتلاف، فىجب عليه أن يخرج من عهده. و لا شبهة أيضا فى أن ما أخذه من الناس بالظلم يجب عليه رده إليهم لقاعدة ضمان اليد. هذا إذا كان الجائر حيا. و أما إذا مات كانت الأموال المذكورة من جملة ديونه، فتخرج من أصل التركة، لقوله تعالى «١»: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) و للروايات الواردة فى هذه المسألة. و قد خالف فى ذلك الشيخ الكبير كاشف الغطاء (ره)، فحكم بكونه من الثلث مع الإيضاء به، و منع كونه من الديون. و استدل على رأيه هذا بعدم المقتضى، و بوجود المانع، أما الأول فبأن ذمة الظالم و إن اشتغلت بالحقوق، و وجب عليه الخروج من عهدها إلا ان الدين الذى يخرج من أصل التركة منصرف الى الديون المتعارفة، فلا يكون مورد البحث مشمولاً للآية و ما بمعناها.

(١) سورة النساء، آية: ١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٢

و أما المانع فلأن الآية الشريفة و إن دلت على إخراج ديون الميت من أصل التركة، و بها خصص ما دل على أن ما تركه الميت ينتقل الى وارثه. و لكن السيرة القطعية قائمة على أن الضمانات الثابتة بقاعدة ضمان اليد لا تخرج من أصل التركة، بل تخرج من الثلث مع الإيضاء به، و إلا بقى الميت مشغول الذمة به الى يوم القيامة. و عليه فالآية قد خصصت بالسيرة. أقول: أما منع المقتضى فقد أشكل عليه المصنف بوجوه، الأول: (منع الانصراف، فإننا لا نجد بعد مراجعة العرف فرقا بين ما أتلفه هذا الظالم عدوانا، و بين ما أتلفه شخص آخر من غير الظلمة) فكما أن الأول يخرج من أصل التركة فكذا الثانى. و ثانيا: أنه (لا- إشكال فى جريان أحكام الدين عليه فى حال حياته من جواز المقاصة من ماله كما هو المنصوص «١» و عدم تعلق

الخمس و الاستطاعة و غير ذلك).

و ثالثا: انه (لو تم الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطة بالدين وجودا من غير فرق بين حياته و موته). و دعوى إطلاق الغنى عليه عرفا لا شاهد عليها لأن أهل العرف ليسوا مشرعين لكي تكون إطلاقاتهم حجة شرعية. كما أنهم يرون القمار و بيع المنابذة و الحصة و المعاملة الربوية من المعاملات الصحيحة، و قد نهى الشارع عنها، و أزرى عليهم بها. و أما وجود المانع فأشكل عليه المصنف أيضا بأن السيرة المذكورة ناشئة (من قلة مبالاة الناس، كما هو ديدنهم في أكثر السير التي استمروا عليها، و لذا لا يفرقون في ذلك بين الظلمة و غيرهم ممن علموا باشتغال ذمهم بحقوق الناس من جهة حق السادة و الفقراء، أو من جهة العلم بفساد أكثر معاملاتهم). و غيرها من حقوق الناس. فلا- يمكن رفع اليد عن القواعد المنصوصة المجمع عليها في الشريعة المقدسة بمثل هذه السير الواهية، بل سيرة المتدينين على عكس السيرة المذكورة فإنهم لا يفرقون في الديون بين المظالم و غيرها.

ما يأخذه الجائر من الناس يجوز احتسابه من الزكاة

إشارة

قوله. (الثالثة: ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج.

أقول: الحقوق الشرعية الثابتة في أموال الناس، أو في ذمهم أربعة: الخمس و الزكاة و الخراج و المقاسمة. و لا بأس

(١) راجع ج ٢ ثل باب ١١٢ جواز استيفاء الدين من مال الغريم الممتنع مما يكتسب به ص ٥٦١ و ج ٢ التهذيب ص ١٠٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٣

يجعل الأخيرين قسما واحدا، و إذن فهي ثلاثة. أما الخمس فقد أسقطه عمر بن الخطاب، و تبعه قومه. و ذكر بعض المفسرين من العامة أن عمر قد أسقط الخمس في شريعة الإسلام و تبعه أصحابه، فصارت المسألة إجماعية، و على ذلك فلا جدوى في البحث عن الخمس لعدم اعتقاد الجائر به لكي يأخذه من الناس حتى نبحت في أحكامه، فيختص الكلام ببقية الحقوق ثم لا يخفى أن مورد تلك الحقوق الثلاثة هي الغلات الأربع، و الأنعام الثلاثة، و أراضى المسلمين. و أما الأراضى التي أحيها العامل فلا شىء عليه و إن كان المحبى من غير المسلمين على ما ذهب اليه بعض الأصحاب.

ثم إن الكلام هنا يقع في ثلاث نواحي:

الناحية الأولى: إذا أخذ الجائر الحقوق المذكورة من المسلمين فهل تبرء ذمهم عنها أم لا؟

مقتضى القاعدة الأولى هو العدم، فان الشارع قد حكم بثبوت تلك الحقوق في ذم هؤلاء فلا تبرء عنها إلا بصرفها فيما عينه الشارع. و واضح أن الجائر خارج عنه. على أنها لا تتعين في خصوص ما يأخذه الجائر حتى تسقط عن ذمهم، إلا أن الظاهر من الروايات الآتية في الناحية الثالثة هو جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر، بل الظاهر من السؤال في رواية الحذاء الآتية هو جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر، بل الظاهر من السؤال في رواية الحذاء الآتية أن ذلك من المسلمات، فتدل تلك الروايات بالملازمة على أن الأموال التي يأخذها الجائر من الناس يجوز احتسابها من الصدقات و المقاسمات، و إلا لكان على الآخذ أن يرد

الى صاحبه. فيدل ذلك على تنزيل يد الجائر في زمان الغيبة منزلة يد السلطان العادل و يضاف الى ما ذكرناه ما في جملة من الروايات [١] من أن العشور التي تؤخذ من الرجل يجوز احتسابها من الزكاة، إلا- إذا استطاع الرجل دفع الظالم، كما أشار إليه الإمام «ع» في رواية عيص ب قوله لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم). و أما ما ورد في صحيحة أبي أسامة زيد الشحام «١» من منع الاحتساب، لأنهم قوم غضبوا ذلك فيمكن حمله على استحباب الإعادة، كما صنعه الشيخ في التهذيب.

[١] كا. عن يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن العشور التي تؤخذ من الرجل أ يحتسب بها من زكاته قال: نعم ان شاء. صحيحة.

كا. عن عيص بن قاسم عن أبي عبد الله «ع» في الزكاة قال: ما أخذوا منكم بنو أمية فاحتسبوا به و لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم فان المال لا يبقى على هذا أن يزيه مرتين. صحيحة و غير ذلك من الروايات. راجع ج ١ كا ص ١٥٣. و ج ٦ الوافي ص ٢١ و ج ٢ نل باب ١٩ ما يأخذه السلطان على وجه الزكاة من أبواب المستحقين ص ٣٣

(١) راجع الباين المزبور بن من ج ٢ نل ص ٣٣. و ج ٦ الوافي ص ٢١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٤

لا يجوز للجائر أخذ الصدقات و المقاسمات من الناس

الناحية الثانية: هل يجوز للجائر أخذ الصدقة و الخراج و المقاسمة من الناس أم لا؟

و على القول بالجواز فهل تبرء ذمته إذا أعطاهما لغير أهلها أم لا؟ قد يقال: إن الولاية في زمان الغيبة و ان كانت راجعة إلى السلطان العادل الذي وجبت على الناس طاعته، و حرمت عليهم معصيته، فإذا غضبها غاصب و تقمصها متقمص كان عاصياً و آثماً، إلا أن هذه الولاية الجائرة تترتب عليها الأحكام الشرعية المترتبة على الولاية الحقنة من حفظ حوزة الإسلام، و جمع الحقوق الثابتة في أموال الناس، و صرفها في محلها، و غير ذلك، لأن موضوع تلك الاحكام هو مطلق السلطنة، سواء أ كانت حقنة أم باطلة، كما إذا وقف أحد أرضاً، و جعل توليتها لسلطان الوقت.

و على الجملة إن المحرم إنما هو تصدى الجائر لمنصب السلطنة، لا الأحكام المترتبة عليها، فإنها لا تحرم عليه بعد غضبه الخلافة و تقمصها، هذا غاية ما يمكن أن يقال في جواز تصدى الجائر للأموال العامة.

و لكن يرد عليه أن هذا الاحتمال و ان كان ممكناً في مقام الثبوت إلا أنه لا دليل عليه، و على هذا فالجائر مشغول الذمة بما يأخذه من حقوق المسلمين ما لم يخرج من عهدها.

و ذهب السيد في حاشيته إلى براءة ذمة الجائر لوجه آخر و حاصله: أن الأئمة «ع»- و هم الولاة الشرعيين- قد أذنوا لشيعتهم في شراء الصدقة و الخراج و المقاسمة من الجائر و يكون تصرفه في هذه الحقوق الثلاثة كتصرف الفضولي في مال الغير إذا انضم إليه إذن المالك، و ح فيرتب عليه أمران، أحدهما: براءة ذمة الزارع بما دفع الى الجائر من الحقوق المذكورة. و ثانيهما: براءة ذمة الجائر من الضمان و إن ترتب عليه الإثم من جهة العصيان و العدوان، و نظير ذلك ما إذا غضب الغاصب مال غيره فوهبه لآخر، و أجازته المالك.

و يرد عليه أولاً: أن إذن الشارع في أخذ الحقوق المذكورة من الجائر إنما هو لتسهيل الأمر على الشيعة لئلا يقعوا في المضيق و الشدة، فإنه يأخذون الأموال المذكورة من الجائر، و أن إذنه هذا و إن كان يدل بالالتزام على براءة ذمة الزارع و إلا لزم منه العسر و الحرج المرفوعين في الشريعة، إلا أنه لا اشعار فيه ببراءة ذمة الجائر فضلاً عن الدلالة عليها، و على هذا فتصديه لأخذ تلك الحقوق

ظلم و عدوان، فتشمله قاعدة ضمان اليد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٥

و تلحقه جميع تبعات الغصب وضعا و تكليفا.

و أما تنظير المقام بهبه الغاصب المال المغصوب مع لحقوق إجازة المالك فهو قياس مع الفارق، إذ المفروض أن الجائر لم يعط الحقوق المذكورة لأهلها حتى تبرء ذمته بل أعطاهم لغيرهم إما مجانا، أو مع العوض، و على الأول فقد أتلف المال، فيكون ضامنا له و إن جاز للآخذ التصرف فيه، و عليه فالعوض يكون للآخذ، و ينتقل المال إلى ذمة الجائر، و على الثاني فالمعاملة و إن صحت على الفرض، إلا أن ما يأخذه الجائر بدلا عن الصدقة يكون صدقة، و يضمه الجائر لا محالة.

و نظير ذلك أن الأئمة قد أذنوا لشيعتهم في أخذ ما تعلق به الخمس أو الزكاة ممن لا يعطيها أو لا يعتقد بهما مع أن ذلك يحرم على المعطى وضعا و تكليفا.

جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر المستحل لذلك

الناحية الثالثة: هل يجوز أخذ مال الصدقة و الخراج و المقاسمة من الجائر المستحل لذلك أم لا يجوز؟ و على القول بالجواز فهل يملكها الآخذ أم لا؟. المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو الأول. و عن المسالك انه أطبق عليه علمائنا، و لا نعلم فيه مخالفا. و عن المفاتيح انه لا خلاف فيه. و في الرياض انه استفاض نقل الإجماع عليه. و قد خالف في ذلك الفاضل القطيفي. و المحقق الأردبيلي.

و لكن التحقيق يقتضى الأول، لإطلاق الروايات الكثيرة الدالة على إباحة أخذ الجوائز من الجائر، و قد تقدمت الإشارة إليها في البحث عن جوائز السلطان. و تدل عليه أيضا الروايات الخاصة الواردة في خصوص المقام، منها رواية الحذاء [١] و هي تدل على المقصود بثلاث فقرات: الفقرة الأولى: ان السائل جعل جواز أخذ الصدقات من السلطان الجائر مفروغا عنه، و إنما سأل عما إذا أخذ الجائر من الناس أكثر من الحق الذي يجب عليهم. فقال الامام «ع»: (لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه).

و قد أورد عليه المحقق الأردبيلي في محكي كلامه (بأن قوله «ع»: لا بأس به حتى تعرف الحرام منه لا يدل إلا على جواز شراء ما كان حلالا، بل مشتبه، و عدم جواز

[١] صحيحة. راجع ج ٢ ثل باب ٨١ جواز شراء ما يأخذه الظالم مما يكتسب به ص ٥٥٤. و ج ٢ التهذيب ص ١١٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٦

ما كان معروفا أنه حرام بعينه، و لا تدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا. نعم ظاهرها ذلك. لكن لا ينبغي الحمل عليه، لمنافاته العقل و النقل. و يمكن ان تكون سبب الإجمال منه التقية).

و يرد عليه أولا: ان الرواية صريحة في المطلوب، فان الضمير في قوله «ع»: (لا بأس به) يرجع الى شراء إبل الصدقة و غيرها، فلا وجه لإنكار الأردبيلي صراحة هذه الفقرة في المقصود.

و ثانيا: ان حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير بدون إنه و ان كان ما لا ريب فيه و كذا لا شبهة في دلالة جملة من الروايات «١» على حرمة، إلا ان إذن الشارع فيه أحيانا يوجب ارتفاع القبح، و تخصيص العمومات، و عليه فجواز أخذ الصدقات من الجائر لا ينافي حكم العقل و النقل، لأن أخذ الجائر هذه الحقوق من المسلمين و ان كان على وجه الظلم و العدوان، إلا ان الشارع أجاز لغير الجائر ان يأخذها منه، و من هنا لم يتوهم احد ان إذن الشارع في التصرف في الأراضي المتسعة و الأنهار الكبار و غيرها ينافي حكم العقل و النقل و ثالثا: انه لا وجه لإنكاره صراحة هذه الفقرة في المطلوب، و دعواه ظهورها فيه، ثم إنكاره الظهور أيضا، لمنافاته العقل و

النقل. نعم له إنكار حجيتها من الأول سواء كانت صريحة في المطلوب أم ظاهرة فيه، كما هو كك في كل دليل ينافي العقل و النقل. و رابعا: انه لا وجه لاحتمال التقيء في الرواية و جعلها سبب الاجمال فيها، لأن مجرد معارضة الرواية لعموم آية أو رواية، أو إطلاقهما لا يسوغ حملها على التقيء، بل يلتزم بالتخصيص أو التقييد. لا يقال: لا وجه لحمل لفظ السلطان الوارد في الرواية على السلطان الجائر، و لماذا لا يحمل على السلطان العادل، فتعبد الرواية عما نحن فيه.

فإنه يقال: ظاهر قول السائل: (و هو يعلم انهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم) انه فرض الكلام في الجائر، لأن العادل لا يعمل ذلك. و يضاف الى ما ذكرناه اننا لم نسمع بوجود السلطان العادل في زمان السائل و ما يقاربه. الفقرة الثانية: ان السائل قد احتمل حرمة شراء الإنسان صدقات نفسه من الجائر.

مسائل الامام «ع» عنها، فقال «ع»: (إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس) فهذه الفقرة أيضا صريحة في المطلوب. و إنما قيد الإمام «ع» جواز شراء الصدقات بالأخذ و العزل معا، و لم يكتف بالعزل فقط، لأن الصدقات لا تتعين بأمر الجائر بالعزل، فإذا

(١) قد تقدم التعرض لها في ص ١٤٤

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٧

اشتراها قبل الأخذ و العزل فقد اشترى مال نفسه، و هو بديهي البطلان، فان البيع تبديل المالين في طرفي الإضافة، و هو غير معقول في شراء الإنسان مال نفسه. و سنتعرض لذلك في أوائل البيع إنشاء الله.

و قد يقال: إن المراد من المصدق في قول السائل: (فما ترى في مصدق يجيئنا إلخ).

هو العامل من قبل السلطان العادل، و وجه السؤال هو احتمال أن لا يكون العامل و كيلا في بيعها، فتكون الرواية أجنبية عن المقام. و يرد أن الرواية واردة في الجائر، و قد تقدم ما يدل على ذلك.

الفقرة الثالثة: أن السائل قد احتمل عدم كفاية الكيل السابق في الشراء، فسأل الإمام «ع» عن ذلك فقال: (إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك فلا- بأس بشرائه منه من غير كيل). لأن الكيل إنما اعتبر طريقا الى تعيين مقدار المكيل بأي نحو اتفق، و لا دليل على اعتباره عند البيع. فهذه الفقرة أيضا صريحة في جواز شراء الصدقات من الجائر و لا يقال: المراد من القاسم المذكور في السؤال هو المزارع أو وكيله، فلا مدخل للرواية فيما نحن فيه.

فإنه يقال: اتحاد السياق يقتضى أن يراد من القاسم عامل الصدقة، لا المزارع أو وكيله على أن الظاهر من إطلاق لفظ القاسم (الذي هو من المشتقات) هو من كانت القسمة حرفة له، و لا يطلق ذلك على المزارع للأرض بقسمة حاصله.

و قد يتوهم أن الرواية إنما تعرضت لحكم الصدقة فقط، فلا تشمل الخراج و المقاسمة.

و لكن يرد عليه أولا: أن مقابلة القاسم بالمصدق في الرواية تدل على إرادة كل من المقاسمة المصطلحة و الصدقات. و ثانيا: أن إطلاق لفظ القاسم يشمل الخراج و المقاسمة الزكائية، فلا وجه لصرفه الى الثاني. و ثالثا: يكفينا تعرض الرواية لخصوص الصدقات، فيثبت الحكم في غيرها بعدم القول بالفصل، لأن كل من قال بجواز أخذ الصدقات من الجائر قال:

بجواز أخذ الخراج و المقاسمة منه.

و منها رواية إسحاق بن عمار «١» قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال: (يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا). فإن ظاهر الشراء من العامل هو شراء الحقوق المذكورة منه، فتدل هذه الرواية أيضا على المطلوب.

و أشكل عليها الفاضل القطيفي بأن المراد من العامل هو عامل الظلمة، و قد عرفت فيما سبق أنه لا مانع من أخذ أموالهم ما لم يعلم أنها من الحرام، فتكون الرواية بعيدة عن المقام

(١) قد ذكرنا هذه الرواية في ص ٥٠٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٨

و فيه أن هذه الدعوى و ان لم تكن بعيدة في نفسها، و لكن يدفعها إطلاق الرواية، و عدم تفصيل الامام «ع» بين المقامين.
و منها رواية أبي بكر الحضرمي [١] فإنها ظاهرة في حل ما يعطيه الجائر للناس من بيت المال، سواء كان ذلك بعنوان البذل، أم الأجرة على عمل. و قد ذكر المحقق الكركي أن هذا الخبر نص في الباب. و قد تعجب منه الأردبيلي و قال: (أنا ما فهمت منه دلالة ما، و ذلك لأن غايتها ما ذكر ذلك، و قد يكون شيء من بيت المال، و يجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقين، بأن يكون منذورا، أو وصية لهم، و يعطيهم ابن أبي شمال و غير ذلك).

و لكن يرد عليه أنه إذا تحقق للرواية ظهور فان مجرد الاحتمال على خلافه لا يسوغ رفع اليد عنه، و إلا لانسد باب الاجتهاد، فان كان ظاهر يحتمل خلافه، نعم لا يجوز الاستدلال بالرواية المذكورة على المقصود من جهة أخرى، و هي أن الامام «ع» قد علل التعريض على ابن أبي شمال بأنه لم يبعث الى أبي بكر الحضرمي بعهائه حيث قال: (أما علم أن لك في بيت المال نصيبا). و ظاهر هذا التعليل أن جواز الأخذ من جهة ثبوت الحق في بيت المال، فيجوز له الأخذ بمقدار حقه، إلا أنه لا دلالة فيها على جواز أخذ الحقوق الثلاثة من الجائر مطلقا، لكون الدليل أخص من المدعى.

و منها الأخبار [٢] الواردة في جواز تقبل الأراضي الخراجية، و تقبل خراجها،

[١] قال: دخلت على أبي عبد الله (ع) و عنده إسماعيل ابنه فقال: ما يمنع ابن أبي شمال أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطى الناس؟ ثم قال لي: لم تركت عطاءك؟ قال: قلت مخافة على ديني، قال: ما منع ابن أبي شمال أن يبعث إليك بعهائك أما علم أن لك في بيت المال نصيبا. مجهولة لعبد الله بن محمد الحضرمي. في نسخة ثل شمال و في يب سماك.
راجع ج ١٠ الوافي ص ٢٧. و ج ٢ ثل باب ٨٠ جوائز الظالم حلال مما يكتسب به ص ٥٥٤. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٢.

[٢] راجع ج ١٠ الوافي باب ١٦٥ قبالة الأرضين ص ١٣٦ و باب ١٦٧ الرجل يستأجر الأرض فيؤاجرها بأكثر مما استأجرها ص ١٤٠. و ج ٢ ثل باب ٧١ حكم الشراء من أرض الخراج و الجزية و باب ٧٢ أحكام الأرضين من الجهاد ص ٤٣٨ و ص ٤٣٩.
و ج ١ كا باب ١٤٠ اشتراء أرض الخراج من السلطان ص ٤١٠. و باب ١٣١ قبالة أرض أهل الذمة و جزية رؤوسهم و من يتقبل الأرض من السلطان ص ٤٠٦. و باب ١٣٣ الرجل يستأجر الأرض ص ٤٠٧.

و في ج ١٠ الوافي باب ١٠٦ بيع الغرر و المجازفة ص ٩١. و ج ٢ ثل باب ١٢ أنه-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٣٩

و خراج الرجال و الرؤوس من الجائر، فإنها تدل بالملازمة على جواز شراء الخراج و المقاسمة و الصدقة منه.

و توضيح الدلالة أن التقبل قد يتعلق بالأرض، و قد يتعلق بالخراج. أما الأول فتشهد به جملة من الروايات. و لعل الوجه في تجويز الشارع ذلك أن لا تبقى الأرض معطلة، و لا شبهة أن هذه الجهة لا ترتبط بما نحن فيه. و أما تقبل الخراج فتدل عليه جملة أخرى من الروايات. و لا ريب في دلالة هذه الجملة على المطلوب، إذ لا فارق بين شراء الحقوق المذكورة من الجائر، أو أخذها منه مجانا، و بين تقبلها، فان الغرض هو مطلق الأخذ، و لذا نوهنا في صدر المسألة بأن الأخذ أعم من أن يكون مع العوض أو بدونه.

لا يجوز للجائر قطاع شخص خاص شيئاً من الأراضى الخراجية

و ينبغي التنبيه على أمور، الأول: هل يجوز للجائر إقطاع شخص خاص شيئاً من الأراضى الخراجية و تخصيصها به أم لا؟ الظاهر هو الثانى، لدلالة الأخبار «١» الكثيرة على أن الأراضى الخراجية للمسلمين، فلا يجوز لأحد أن يتولى التصرف عنهم، إلا الإمام «ع» أو من كان مأذوناً من قبله. و عليه فإن قلنا بكون الجائر ولى الأمر فى زمان الغيبة، أو قلنا بكونه مأذوناً من قبل الامام (ع) فى التصدى للأمر العامه فلا بأس بتصرفه فى تلك الأراضى من قبل المسلمين على أى نحو شاء، و ان لم نقل بهما كما هو الظاهر لعدم الدليل عليهما فيحرم عليه التصرف فيها وضعاً و تكليفاً.

لا يجوز بيع ما يضرب الصياد بشبكته من أبواب عقد البيع ص ٥٧١. عن الهاشمى عن أبى عبد الله (ع) قال: سألته عن الرجل يتقبل خراج الرجال و جزية رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدرى لعل هذا لا يكون أبداً أو يكون أ يشتره و فى أى زمان يشتره و يتقبل به منه؟ فقال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره. موثقة لابن بن عثمان. و رواها الكلينى باختلاف يسير فى ج ١ كا باب ٨٣ بيع المجازفة ص ٣٨٤. إلا أن فى طريقه عبد الله بن محمد بن عيسى و هو مهمل

(١) راجع ج ١٠ الوافى ص ١٣٣. و ج ٢ نل باب ٧١ شراء أرض الخراج من الجهاد ص ٤٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٠

شراء الصدقات من الجائر قبل أخذه إياها من الناس

الأمر الثانى: هل يجوز شراء الصدقات من الجائر قبل أخذها إياها من الناس أم لا يجوز ذلك إلا بعد الأخذ؟ ظاهر عبارات الأكثر، بل الكل أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان من المسلمين، فلا يجوز شراء ما فى ذمة مستعمل الأراضى الخراجية أو الحوالة عليه، و صريح جماعة جواز ذلك لأخبار الواردة فى تقبل الأراضى الخراجية و تقبل خراجها و جزية الرؤوس من الجائر قبل أخذه إياها (و قد تقدمت الإشارة إليها آنفاً) فان تقبل الخراج من الجائر ليس إلا شراؤه منه.

و أما اختصاص عبارات الفقهاء بصورة الشراء بعد الأخذ فمبنى على الغالب.

لا يقال: ان قوله (ع) فى رواية الحذاء المتقدمة: (ان كان قد أخذها و عزلها فلا بأس). يدل على حرمة الشراء قبل الأخذ و العزل، و لا اختصاص لذلك بالصدقات، لعدم القول بالفصل بينهما، و بين الخراج و المقاسمة.

فإنه يقال: ان الرواية و ان كانت ظاهرة فى ذلك، الا أنه ظهور بدوى يزول بالتأمل فيها، فإنها بعيدة عما نحن فيه. لأن الظاهر من قول السائل: (فما ترى فى مصدق يجيئنا فياًخذ منا صدقات أغنامنا فنقول: بعناها إلخ). أن الجابى هو العامل من قبل الجائر، إذ لم يتعارف تصدى الجائر لذلك بنفسه، و على هذا فكلما أخذه العامل من حقوق المسلمين جاز شراؤه منه، لقاعدة اليد المقتضية لحمل معاملاته على الصحة، فإنه من المحتمل أن يكون العامل مأذوناً فى البيع كما هو مأذون فى الجباية.

و لكن ذلك لا يجرى فيما قبل الأخذ، لأن حمل فعل المسلم على الصحة فى المعاملات إنما هو فى الشرائط العائدة إلى العقد فقط. و أما شرائط العوضين و أشباهها فلا بد من إحرازها بدليل آخر من قاعدة اليد و نحوها، و هى منتفية فى هذه الصورة، فإذا باع أحد شيئاً، و لم نحرز مالكيته له، أو كونه و كيلا مفوضاً فى البيع فإن الأثر لا يترتب على بيعه، و قد ظهر مما تقدم أن الرواية إنما وردت على طبق القواعد. و يضاف الى ذلك ما تقدم سابقاً من أن الرواية ناظرة الى عدم جواز الشراء قبل الأخذ، لأن الصدقات لا تتعين بأمر الجائر بالعزل فإذا اشتراها قبل الأخذ فقد اشترى مال نفسه، و هو واضح البطلان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤١

حكم الأراضى الخراجية حال الغيبة

الأمر الثالث: لا- شبهة في أن الأراضى الخراجية ملك لجميع المسلمين، كما عرفت في الأمر الأول، فلا بد من صرف أجرتها في مصالحهم العامة، كما لا- شبهة في أن أمر التصرف فيها و في خراجها الى الامام (ع)، و إنما الإشكال في حكم حال الغيبة. و قد اختلفوا في ذلك على أقوال قد تعرض لها السيد في حاشيته، و لا يهمننا ذكره، و الذى يهمننا أمره أنه لم يستشكل أحد من الأصحاب في أن السلطان الجائر غاصب للخلافة. و قائم في صف المعاندة لله، إلا أنه ذهب جمع منهم إلى حرمة التصرف في تلك الأراضى و في خراجها بدون إذنه بتوهم أنه ولى الأمر في ذلك بعد غصبه الخلافة، لأن موضوع التصرف فيها هو السلطنة و ان كانت باطلة فإذا تحققت يترتب عليها حكمها.

إلا أنك قد عرفت سابقا عدم الدليل على ذلك، بل غاية ما ثبت لنا من الأخبار الكثيرة- التى تقدم بعضها- هو نفوذ تصرفات الجائر فيما أخذه من الناس باسم الخراج و المقاسمة و الصدقة، بمعنى أن الشارع قد حكم بجواز فيما أخذها منه، و ببراءة ذمة الدافع منها و ان بقى الجائر مشغول الذمة بها ما لم يؤدها إلى أهلها، و قد عرفت ذلك فيما سبق.

و تقدم أيضا أن حكم الشارع بنفوذ معاملة الجائر على النحو المذكور إنما هو لتسهيل الأمر على الشيعة لكيلا يقعوا فى العسر و الحرج فى معاملاتهم، و أمور معاشهم، و لم يدل دليل على أزيد من ذلك حتى أنه لو أمكن إنقاذ الحقوق المذكورة من الجائر و لو بالسرقة و الخيانة، و إيصالها إلى أهلها و جب ذلك فضلا عن أن ترد إليه.

ثم لا- يخفى أن المستفاد من بعض الاخبار «١» إنما هو حرمة دفع الصدقات إلى الجائر اختيارا، و بعدم القول بالفصل بينها و بين الخراج و المقاسمة نحكم بحرمة دفعهما إليه أيضا اختيارا، بل يمكن استيناس التعميم من رواية على بن يقطين [١] حيث انه كان يأخذ أموال الشيعة علانية، و يردها إليهم سرا. و أيضا يمكن استيناس التعميم من صحيحة زرارة «٢» فإنها تدل على أنه اشترى ضريس من هبيرة أرزا بثلثمائة ألف، و أدى المال إلى

[١] مجهولة. راجع ج ١ كا ص ٣٥٩. و ج ٢ ثل باب جوار الولاية من الجائر، مما يكتسب به ص ٥٥٠.

(١) قد تقدمت الإشارة إليها فى ص ٥٢٣.

(٢) راجع ج ٢ ثل باب ٨١ شراء ما يأخذه الظالم باسم المقاسمة مما يكتسب به ص ٥٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٢

بنى أمية، و عض الإمام (ع) إصبعه على ذلك، لأن أمرهم كان فى شرف الانقضاء، و كان أداء المال إليهم بغير إكراه منهم، بل كان ذلك باختيار ضريس، فيستفاد من ذلك أنه لا يجوز دفع الخراج إلى الجائر مع الاختيار. و قال المصنف: (فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمة)

حكم شراء ما يأخذه الجائر من غير الأراضى الخراجية

الأمر الرابع: هل يختص جواز شراء الخراج و المقاسمة بما أخذه الجائر من الأراضى الخراجية، أو يعم مطلق ما أخذه من الأراضى باسم الخراج و المقاسمة و ان لم تكن الأراضى خراجية، و توضيح ذلك أن الأرض قد تكون خراجية، كالأراضى التى فتحت عنوة أو صلحا. فهى لجميع المسلمين. و قد تكون شخصية، كالأراضى المحيية، فإنها ملك للمحىي، و كالأراضى التى أسلم أهلها طوعا، فإنها

لمالكها الأول، وقد تكون من الأنفال، كالجبال، و بطون الأودية و نحوها.

أما القسم الأول فلا ريب في كونه مشمولاً للأخبار المتقدمة الدالة على جواز شراء الحقوق الثلاثة من الجائر على النحو الذي عرفته آتفاً.

و أما القسم الثاني فهو خارج عن حدود تلك الأخبار قطعاً، و لم يقل أحد بثبوت الخراج فيها. و عليه فإذا أخذ الجائر منها الخراج كان غاصبا جزماً، و لا يجوز شراؤه منه.

و أما القسم الثالث فهو و ان لم يكن من الأراضي الخراجية، إلا أن ما يأخذه الجائر من هذه الأراضي لا يبعد أن يكون محكوماً بحكم الخراج المصطلح، و مشمولاً للروايات الدالة على جواز شراء الخراج من الجائر بعد ما كان أخذ الجائر إياه بعنوان الخراج و لو كان ذلك يجعل نفسه.

و يرد عليه أن هذه القسم خراج عن موضوع الأخبار المذكورة، فإنها مسوقة لبيان جواز المعاملة على الحقوق الثلاثة من التقبل و الشراء و نحوهما، و ليس فيها تعرض لموارد ثبوت الخراج و كفيته و مقداره، بل لا بد في ذلك كله من التماس دليل آخر، و لا دليل على إمضاء ما جعله الجائر خراجاً و ان لم يكن من الخراج في الشريعة المقدسة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٣

اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرئاسة العامة

الأمر الخامس: ذكر المصنف أن (ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله، فلا يشمل من تسلط على قرية أو بلدة خروجاً على سلطان الوقت، فيأخذ منهم حقوق المسلمين). فلا- يكون ذلك مشمولاً للأخبار المتقدمة، و لا- يجوز شراؤها منه. و الوجه في ذلك أن الأخبار المذكورة لم ترد على سبيل القضايا الحقيقية، فليس مفادها أن كل متصد لمنصب الخلافة و السلطنة تترتب على دعواه الأحكام المزبورة، بل موردها القضايا الخارجية، أعنى السلاطين الذين يرون أنفسهم أولياء الأمور للمسلمين بحيث لا يمكن التخلص عن مكرهم، و يدعون عليهم الولاية العامة في الظاهر و ان كانت عقيدتهم على خلاف دعواهم، كجملة من الخلفاء السابقين. و من الواضح أن المسؤول عنه في تلك الروايات إنما هو تصرفات هؤلاء الخلفاء في الحقوق الثابتة على المسلمين و عليه فليس في تلك الروايات عموم، و لا إطلاق لكي يتمسك به في الموارد المشكوكة و في كل مترجم أطلق عليه لفظ السلطان، و ح فلا- بد من الاقتصار في الأحكام المذكورة على المقدار المتيقن، و هي القضايا الشخصية الخارجية، و لا يجوز التعدي منها إلا الى ما شاكلها في الخصوصيات. و من هنا يظهر عدم شمول الأخبار المزبورة لسلاطين الشيعة الذين اتصفوا بأوصاف المخالفين فضلاً عن شمولها لمن تسلط على قرية أو بلدة خروجاً على سلطان الوقت، و أخذ من أهلها أموالهم باسم الخراج و المقاسمة و الصدقة، فلا تبرء بذلك ذمم الزارعين، و لا يجوز شراؤها من هؤلاء الظالمين، لأن ذلك يدخل فيما أخذ على سبيل الظلم و العدوان.

و قد يقال بشمول الأحكام المتقدمة لكل من يدعى الرئاسة و منصب الخلافة و لو على قرية أو بلدة، لقاعدة نفى العسر و الحرج. و لكن يرد عليه أنه قد يراد بذلك لزوم الحرج على الذين يأخذون الأموال المذكورة من هؤلاء الظلمة المدعين للخلافة، و هو واضح البطلان، و أي حرج في ترك شراء ما في يد السراق و الغصاب مع العلم بكونه غصباً و سرقة. على أن ذلك لو صح لجاز أخذ الأموال المحرمة من أي شخص كان، و هو بديهي البطلان.

و قد يراد بذلك لزوم الحرج على الزارعين و أولياء الأراضي، إذا وجب عليهم أداء تلك الحقوق ثانياً، فيرتفع بدليل نفى الحرج، و لكنه أيضاً بين الخلل، فان لازم ذلك أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٤

الإنسان إذا أجبره سارق أو غاصب على إعطاء حقوق الله أو حقوق الناس أن تبرء ذمته بالدفع اليه، لتلك القاعدة، و لم يلتزم بذلك فقيهه، ولا متفقه.

عدم اختصاص الحكم بمن يعتقد كون الجائر ولى الأمر

الأمر السادس: قد عرفت أنه لا- شبهة في جواز أخذ الصدقة و الخراج من الجائر، فهل يختص ذلك بالحقوق التي أخذها من المعتقدين بخلافته و ولايته، أم يعم غيرها؟ الظاهر أنه لا فارق بينهما، لإطلاق الروايات المتقدمة، بل ورد بعضها فيما كان المأخوذ منه مؤمنا كروايتي الحذاء و إسحاق بن عمار، و بعض ما ورد في تقبل الأرض- و قد تقدمت الإشارة الى هذه الروايات آنفا- و من الواضح أن المؤمن لا يعتقد بخلافه الجائر و كونه ولى أمر المسلمين.

تقدير الخراج منوط برضى الموجر و المستأجر

الأمر السابع: ليس للخراج قدر معين، بل المناطق فيه ما رضى به السلطان و مستعمل الأرض بحيث لا يكون فيه ضرر على مستعمل الأرض، فإن الخراج هو اجرة الأرض، فينات تقديره برضى الموجر و المستأجر، كالنصف و الثلث و الرابع و نحوها، فان زاد على ذلك فالزائد غضب يحرم أخذه من الجائر. و يدل على ما ذكرناه قوله «ع» في مرسله حماد الطويلة «١» (و الأرضون التي أخذت عنوة بخيل و رجال فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحق: النصف و الثلث و الثلثين و على قدر ما يكون صالحا و لا يضرهم).

شراء الصدقة من الجائر على وجه الإطلاق

الأمر الثامن: المستفاد من الروايات المتقدمة هو جواز شراء الصدقة و الخراج و المقاسمة من الجائر على وجه الإطلاق، سواء كان المأخوذ بقدر الكفاف و الاستحقاق، أم أزيد.

(١) راجع ج ١ كا ص ٤٢٤. و ج ٦ الوافى ص ٤٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٥

و أما الأخذ المجانى فيحرم من أصله إن كان الآخذ غير مستحق لذلك، و إلا يحرم الزائد على قدر الاستحقاق. و يشعر بما ذكرناه قوله «ع» في رواية الحضرمي (أما علم أن لك في بيت المال نصيبا). و قد تعرضنا لها سابقا «١» و رميناها إلى الجهالة. نعم لا بأس بأخذها للاستنقاذ، و ح فلا بد من إيصالها إلى الحاكم الشرعى مع التمكن منه، و إلا أوصلها إلى المستحقين. و قد يتوهم جواز الأخذ مطلقا، للأخبار الدالة على حلية أخذ الجوائز من السلطان. و قد تقدمت جملة منها في البحث عن ذلك. و لكن هذا التوهم فاسد، فان تلك الأخبار غير متعرضة لحكم الحقوق الثلاثة نفيا و إثباتا.

شرائط الأراضي الخراجية

إشارة

الأمر التاسع: الأراضي الخراجية إنما تثبت بشرائط ثلاثة،

الشرط الأول: أن تكون الأرض مفتوحة عنوة أو صلحا أو تكون من الأنفال على الاحتمال المتقدم «٢»

و يثبت ذلك بالشياع المفيد للعلم، و بشهادة العدلين، و كذا يثبت بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم إذا قلنا بكفايته في كل ما تعسرت إقامة البينة عليه، كالنسب و الوقف و الملك المطلق و نحوها، و بقول العدل الواحد إذا قلنا بحجته في الموضوعات، و هذه الأمارات حاكمة على أصالة عدم كون الأرض مفتوحة عنوة.

و قد يقال بثبوت الفتح عنوة بالسيرة و بحمل فعل الجائر على الصحة فإن أصالة الصحة لا تختص بفعل العادل، أما السيرة فإن كان المراد بها سيرة الجائرين فهي مقطوعة البطلان لأنهم لا يلتزمون بالأحكام الشرعية، بل يرتكبون الأفعال الشنيعة، و لا يفرقون بين الحلال و الحرام، فكيف يبقى مع ذلك اطمئنان بالسير الدائرة بينهم، و يزداد ذلك وضوحا بمراجعة التواريخ و ملاحظة أحوال الخلفاء السابقين و أفعالهم.

و إن كان المراد بها سيرة الفقهاء على معاملة جملة من الأراضي كمعاملة الأراضي الخراجية فهو متين. و لكن الإشكال في الصغرى، فأى أرض ثبتت كونها مفتوحة عنوة أو صلحا لكي يحكم بكونها خراجية.

و من هنا يتضح أن البحث في ذلك خال عن الفائدة، فان الجائرين في يومنا هذا لا يأخذون الخراج بعنوان الولاية و الاستحقاق، بل لا يعتقدون بذلك، و معه يأخذون

(١) في ص ٥٤٥.

(٢) في ص ٥٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٦

فريقا من أموال الناس باسم الخراج، كالمكوس و الكمارك و غيرهما.

و أما حمل فعل الجائر على الصحة فسيأتي التعرض له عند بيان الضابطة للأراضي.

و التحقيق أن تحرير البحث في المقام يقع في ثلاث نواحي، الناحية الأولى: أن الأرض التي تكون بيد الزارع قد توجد فيها علامة تدل على كونها مسبوقه باليد، و قد لا تكون كذلك، و على الأول فقد تمضى مدة يطمئن الزارع بعدم بقاء المالك عادة، و قد لا يكون كذلك. فعلى الأول تكون الأرض و خراجها للإمام «ع» لأنه وارث من لا وارث له، و مع الشك في وجود الوارث فالأصل عدمه إذا كان هنا علم عادي بموت الأبوين.

و على الثاني تعامل الأراضي و خراجها معاملة مجهول المالك، و من هنا يتضح ما في كلام المصنف من إثبات عدم الفتح عنوة، و عدم تملك المسلمين و غيرهم بأصالة العدم. و وجه الضعف هو أن كون الأرض معلمة بما يدل على أنها مسبوقه باليد مانع عن الرجوع الى الأصل.

و على الثالث- و هو ما إذا لم تكن في الأرض علامة تدل على كونها مسبوقه باليد- فان ثبت كونها خراجية فلا كلام لنا فيه، و إن لم يثبت ذلك فهل يمكن إثبات ذلك بحمل فعل الجائر على الصحة أم لا؟ الظاهر هو الثاني، فقد عرفت فيما سبق أن معنى حمل فعل المسلم على الصحة في غير المعاملات هو أن لا يعامل معاملة الكاذب، و من المعلوم أنه لا دلالة في ذلك على ترتيب آثار الصدق عليه.

على أن الحمل على الصحة إنما هو فيما إذا كان الفاعل على الصلاح و السداد، و إلا فلا موجب له، كما في الخبر [١] و لكنه ضعيف السند.

و قد يقال بحمل فعل الجائر على الصحة من ناحية وضع يده عليها و أخذه الخراج منها.

و لكن يرد عليه أن وضع اليد إنما يحمل على الصحة فيما إذا احتملت صحته، و أحرز واضع اليد جواز ذلك، و من المعلوم جزما أن

الجائر لم يحرز كون الأراضى التى هى تحت تصرفه خراجية، فتكون يده عليها يد غضب و عدوان. و على هذا فمقتضى القاعدة أن الأرض ملك للزارع، لأن من أحيى أرضاً فهى له.
الناحية الثانية: أن الأرض التى بيد الزارع إما أن تكون معمورة قبل أخذها من

[١] عن الجلاب قال: سمعت أبا الحسن (ع) يقول: إذا كان الجور أغلب من الحق لم يحل لأحد أن يظن بأحد خيراً حتى يعرف ذلك منه. ضعيف بسهل. و محمد بن الحسن ابن شمون. و مجهول بجلاب. راجع ج ١ كا باب ١٥٥ نادر من المعيشة ص ٤١٥. و ج ٢ ثل باب ٩ عدم جواز ايتمان الخائن من كتاب الوديعه ص ٦٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٧

الجائر أو مواتاً، و على الثانى فهى لمن أحيها، للأخبار الدالة على أن من أحيى أرضاً فهى له (وقد ذكرت هذه الاخبار فى كتاب إحياء الموات) و على الأول فاما أن يحتمل بقاء المالك أولاً، و على الأول تكون الأرض من مجهول المالك، و على الثانى فهى ملك للإمام لأنه وارث من لا وارث له، و احتمال وجود وارث غيره مدفوع بالأصل، إلا إذا احتمل بقاء العمودين فتكون الأرض أيضاً من مجهول المالك.

الناحية الثالثة: أخذ الخراج ممن أخذه من الجائر حكمه حكم أخذه من نفس الجائر فإن احتمل فى حقه أنه يعرف الأراضى الخراجية، و يعلم أن ما أخذه الجائر من تلك الأراضى حمل فعله على الصحة، و عوامل معاملة المالك، و إلا كان المقام من قبيل تعاقب الأيدي على المال المغصوب.

الشرط الثانى: أن يكون الفتح بإذن الإمام (ع)،

و اعتبار هذا الشرط هو المشهور بين الفقهاء، و ذهب صاحب المستند و بعض آخر الى عدم اعتباره فى كون الأرض خراجية. و تحقيق ذلك أن الكلام قد يقع فى الشبهة الحكمية، بمعنى أنه هل يعتبر إذن الإمام (ع) فى الفتح أم لا؟ و قد يقع فى الشبهة الموضوعية، و أنه بعد اعتبار إذن الامام فى ذلك فبأى طريق يثبت كون الأرض خراجية عند الشك فى ذلك.
أما اعتبار إذن الإمام (ع) فى الفتح فتدل عليه رواية الوراق [١].

و يرد عليه أولاً: أن الرواية مرسله لا يصح الاعتماد عليها. و ثانياً: أن النسبة بينها و بين الروايات «١» الدالة على أن الأرض الخراجية التى فتحت بالسيوف للمسلمين هى العموم من وجه، لأن المرسله أعم من حيث شمولها للمنقولات، و تلك الروايات أعم، لإطلاقها من ناحية إذن الامام (ع)، فتقع المعارضة بينهما فى الأراضى التى أخذت بغير إذن الإمام فتكون بمقتضى المرسله ملكاً للإمام (ع)، و بمقتضى تلك الروايات ملكاً للمسلمين، فيحكم بالتساقط، و يرجع الى عموم قوله تعالى «٢»: (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُصْمَهُ) و الحاصل أنه لا دليل على اعتبار الشرط الثانى فى كون الأراضى المفتوحة للمسلمين.

و يضاف الى ذلك خبر محمد بن مسلم [٢] فان ظاهرها أن الأراضى المفتوحة بعد رسول الله (ص)

[١] عن رجل سماء عن أبى عبد الله (ع) قال: إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام و إذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس. مجهولة.

[٢] عن أبى جعفر (ع) قال: سألته عن سيرة الإمام فى الأرض التى فتحت بعد

(٢) سورة الأنفال، آية: ٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٨
حكمها حكم أرض العراق، و أنها ملك للمسلمين.

و أما الكلام من حيث الشبهة الموضوعه فمقتضى الأصل هو عدم كون الفتح بإذن الإمام «ع»، و لا يكون هذا مثبتا، فان الفتح محرز بالوجدان، و عدم كونه بإذن الإمام محرز بالأصل، فيترتب الأثر على الموضوع المركب. نعم لو قلنا بأن الأثر - أعني كون المفتوح ملكا للمسلمين - يترتب على الفتح المستند إلى إذن الامام «ع» كان الأصل مثبتا.

و نتمسك مع ذلك بالعدم الأزلي، و نقول: إن الأصل عدم الاستناد.

و قد ذكرت وجوه للخروج عن الأصل المذكور. الوجه الأول: أن المفتوحات الإسلامية كلها كانت بإذن الإمام «ع». و تدل على ذلك رواية الخصال [١] الدالة على أن عمر كان يشاور أمير المؤمنين (ع) في غوامض الأمور، و من الواضح أن الخروج الى الكفار، و دعائهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور، بل لا أعظم منه.

و يرد على هذا الوجه أولا: أن الرواية ضعيفة السند فلا يصح الاعتماد عليها. و ثانيا:

أن عمر كان مستقلا في رأيه، و لم يشاور الإمام في كثير من الأمور المهمة بل في جميعها الرجعة إلى الدين. و ثالثا: أن هذا الوجه إنما يجري في الأراضي التي فتحت في خلافة عمر و لا يجري في غيرها.

الوجه الثاني: أن الأئمة (ع) راضون بالفتوح الواقعة في زمن خلفاء الجور، لكونها موجبة لقوة الإسلام و عظمتها.

و فيه أن هذه الدعوى و ان كانت ممكنة في نفسها، إذ المناط في ذلك هو الكشف عن رضاء المعصوم (ع) بأى طريق كان، و لا موضوعية للاذن الصريح. و لكنها أخص من المدعى، فإنه ليس كان فتح مرضيا للأئمة حتى ما كان من الفتوح موجبا لكسر الإسلام و ضعفه

رسول الله (ص)؟ فقال: إن أمير المؤمنين (ع) قد سار في أهل العراق بسيرة فهي إمام لسائر الأرضين الخبر. صحيح. راجع ج ٢ ثل باب ٦٩ من يستحق الجزية من الجهاد ص ٤٣٨، و ج ٦ الوافي باب ٤٠ الجزية ص ٤٩.

[١] عن أبي جعفر (ع) أنه أتى يهودى أمير المؤمنين (ع) في منصرفة عن وقعة نهران فسأله عن المواطن الممتحن بها بعد النبي (ص) و فيها يقول (ع): (و أما الرابعة يا أبا اليهود فإن القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الأمور فيصدرها عن أمرى و يناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأى لا أعلمه أحدا و لا يعلمه أصحابى يناظره فى ذلك غيرى و لا يطمع فى الأمر بعده سوى فلما أتته منيته على فجأة بلا مرض كان قبله الحديث. ضعيفة راجع ج ٢ الخصال للصدوق (ره) أبواب السبعة ص ٢٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٤٩

الوجه الثالث: ما ذكره المصنف من أنه (يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على وجه الصحيح، و هو كونه بأمر الإمام).

و فيه مضافا الى أن مورد حمل فعل المسلم على الصحة ما إذا كان الفعل ذا وجهين: الصلاح و الفساد، و دار الأمر بين حمله على الصحيح أو الفساد فإنه يحمل على الأول، للقاعدة المذكورة، و أما إذا كان كلا وجهى الفعل صحيحا كما فى المقام فلا مورد لها أصلا، فإن الغزوات الواقعة إن كانت بإذن الإمام «ع» فالغنائم للمسلمين، و إلا فهي لإمام، و لا شبهة أن كلا الوجهين صحيح، فلا مورد لنفى أحدهما و إثبات الآخر بتلك القاعدة.

الشرط الثالث: أن تكون الأراضي المفتوحة محيأة حال الفتح لتدخل فى الغنائم،

و يخرج منها الخمس أولا- على المشهور، و يبقى الباقي للمسلمين، و إن كانت مواتا حين الفتح فهي للإمام (ع)، و قد أباحها للمسلمين.

و يدل على ذلك مضافا الى الشهرة و الإجماعات المنقولة أمران، الأول: أنه ورد في الشريعة المقدسة أن أموال الكفار الحربيين من الغنائم، فيخرج منها الخمس، و يبقى الباقي للمسلمين، و لا شبهة أن هذا الحكم لا يشمل أموال المسلمين المودعة عند الكفار، أو المعامرة لهم، أو المغصوبة عندهم، لأنها ليست من أموالهم، و قد ثبت أيضا أن الأراضي الموات للإمام (ع)، و قد أباحها للمسلمين، أو لمن أحيها و لو كان كافرا. و نتيجة المقدمتين أن الأراضي المفتوحة إنما تكون ملكا للمسلمين إذا كانت محياة حال الفتح، و إلا فهي للإمام (ع).

الأمر الثاني: أن الأراضي كلها كانت بيد الكفار، و قد أخذها المسلمون بالحرب و نحوه فلو لم تكن الموات من تلك الأراضي ملكا للإمام (ع) لم يبق مورد للروايات الدالة على أن موات الأرض للإمام فتكون ملغاة. (و قد ذكرت هذه الاخبار في أبواب الأنفال). قوله نعم لو مات المحياة حال الفتح فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين. أقول:

الأراضي الموات على ثلاثة أقسام، الأول: ما كانت مواتا في الأصل بحيث لم تكن محياة في وقت ما. الثاني: ما كانت محياة حال الفتح، ثم ماتت بعد و لم يحيها أحد. الثالث:

ما كانت مواتا حال الفتح، ثم أحيها أحد المسلمين، ثم تركها فصارت مواتا. و الظاهر أن هذه الأقسام كلها مشمولة للأخبار الدالة على أن الأراضي الموات كلها للإمام ضرورة صدق الميت بالفعل عليها من غير فرق بين ما كان ميتا بالأصل أو بالعرض.

لا- يقال: الأراضي التي كانت محياة حال الفتح باقية في ملك المسلمين، سواء عرضها الموت بعد ذلك أم لا، كما أن كل أرض كانت مواتا حال الفتح، ثم أحيها أحد فهي باقية في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٥٠

ملك من أحيها و إن عرضها الموت بعد ذلك، لأن خروجها بالموت عن ملكه يحتاج الى دليل، و مع الإغضاء عن ذلك يرجع الى الاستصحاب.

فإنه يقال: الأحكام المجعولة على الموضوعات المقدره إنما تكون فعليه بفعليه موضوعاتها فإذا انتفى الموضوع سقط الحكم عن الفعليه، كما ينعدم المعلول بانعدام علته. و من الواضح أن موضوع الملكيه الفعليه حدودا و بقاء فيما دل على أن من أحيى أرضا فهي له إنما هو الأرض مع قيد الحياه، فإذا زالت الحياه زالت الملكيه أيضا. فلا يشمل إطلاق ذلك لما بعد الموت أيضا. و اما الاستصحاب فهو محكوم بالإطلاقات الدالة على أن كل أرض ميت فهي للإمام (ع) مع أنه لا يجري في الشبهات الحكيمه، كما حققناه في علم الأصول.

على أن شمول بعض الروايات- الدالة على أن موات الأرض للإمام- للأراضي التي كانت محياة ثم ماتت بالعموم، و شمول الروايات- الدالة على أن من أحيى أرضا فهي له- لذلك بالإطلاق، فيتعارضان بالعموم من وجه، فيقدم ما كانت دلالتة بالعموم على ما كانت دلالتة بالإطلاق، و قد حققنا ذلك في علم الأصول.

ثم إن الأمور التي تثبت بها الحياه حال الفتح من الشيع المفيد للعلم و غيره مما قدمناه آنفا يثبت بها الفتح عنوه. و مع الشك في ذلك يرجع الى الأصل.

ثم إذا علم إجمالا باشمال الأراضي التي بيد أحد المسلمين على أرض محياة حال الفتح بأن كانت لأحد أراضي متعددة في نقاط العراق، كالبصرة و الكوفه و كربلاء، و علم إجمالا باشمالها على أرض محياة حال الفتح- فإن ادعى من بيده الأراضي ملكيه جميعها

مع احتمال كونها له عوامل معاملة المالك، إذ يحتمل أن المحياة حال الفتح ماتت بعد ذلك، ثم طرأت عليها الحياة ثانياً وإن لم يدع ملكية كلها، أو بعضها رجع فيها الى حكام الشرع. إلا أنه لا يوجد لهذه الصورة مصداق في الخارج.

ثم إذا أحرزنا كون أرض مفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) و كانت محياة حال الفتح فإنه لا يمكن الحكم أيضا بكونها أرض خراج و ملكا للمسلمين مع ثبوت اليد عليها، لأننا تحتمل خروجها عن ملكهم بالشراء و نحوه. و على هذا فلا فائدة لتطويل البحث في المقام إذ لا- يترتب عليه أثر مهم. و قد تم الجزء الأول من كتاب مصباح الفقاهة في المعاملات بعون الله و حسن توفيقه، و يتلوه الجزء الثاني إنشاء الله. و الحمد لله أولا- و آخرا و ظاهرا و باطنا، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين المعصومين، و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و كان الفراغ من ذلك صبيحة يوم الثلاثاء ١٦ ربيع الأول سنة ١٣٧٣ هـ.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ١، ص: ٥٥١

ملاحظات

- ١- قد عملنا في أوائل الكتاب بكتاب الجعفریات في مواضع شتى. و لكن أشرنا إلى جهالته في ص ١٠٩.
- ٢- قد اكتفينا (في أوائل الكتاب الى ص ٩٥) في الإشارة إلى اعتبار الروایات بكلمة (الموثقة) و لم نلاحظ في ذلك اصطلاح علماء الرجال.
- ٣- قد جعلنا الروایات و ما يرجع إليها و كلمات أهل اللغة و فتاوى العامة في هامش الكتاب.

خوبی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء الثاني

[كتاب البيع]

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المعاملات و حكمة البحث عن حقيقتها

لا شبهة في ان الإنسان مدنى بالطبع لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلها. و إذن فيتوقف حفظ نظام النوع، و صيانه كيانه على الاجتماع و تشريع المبادلة بين الأموال، بدهة أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد في حاجاته إلى التغالب، و التكالب، و المقاهرة، كما هو الحال في سائر الحيوانات، و عليه فلا بد في حفظ النظام من تشريع المعاملات. و على هذا الضوء فلا مناص من معرفة أحكام المعاملات و تنقيح قواعدها و تبويب أبوابها. و بما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك يوجب اختلال النظام. و جب التصدى لها عليهم كفاية.

المال و حقيقته

ما هو حقيقة المال؟ و ما هو الفارق بينه و بين الملك؟ المال في اللغة [١] ما ملكه الإنسان من الأشياء، و في العرف أن المالية إنما تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع، و يدخرونه للانتفاع به وقت الحاجة،

[١] فى أقرب الموارد: المال ما ملكته من جميع الأشياء، و عند أهل البادية: النعم، يذكر و يؤنث، يقال: هو المال، و هى المال. ج أموال. و المال عند الفقهاء ما يجرى فيه البذل و المنع، فيخرج الرماد، و التراب، و الميتة التى ماتت حتف أنفها. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤

و يتنافسون فيه، و يبذلون بإزائه شيئاً مما يرغب فيه من النقود و غيرها، ضرورة أن منا من الحنطة ليس كالمن من التراب، فإن الأول ينتزع منه عنوان المالية دون الثانى.

و أما عند الشرع فمالية كل شىء باعتبار وجود المنافع المخللة فيه، فعدم المنفعة المحللة (كالخمر و الخنزير) ليس بمال. ثم إن النسبة بين المال و الملك هى العموم من وجه، بديهية أنه قد يوجد الملك و لا يوجد المال، كالحبة من الحنطة المملوكة، فإنها ملك و ليست بمال، و قد يتحقق المال، و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، فإنها أموال، و ليست بمملوكة لأحد، و قد يجتمعان، و هو كثير.

ثم إنه لا وجه لتخصيص المال بالأعيان، كما يظهر من الطريحي فى مجمع البحرين [١] بل المال فى اللغة و العرف يعم المنافع أيضاً، و لعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب.

الإضافة الحاصلة بين المال و مالكة و حقيقة هذه الإضافة و أقسامها

ما هو حقيقة الإضافة بين المال و مالكة؟ لا ريب فى أن الإضافة الموجودة بين المال و مالكة المسماة بالإضافة المالكية على أقسام، لأنها فى الواقع و نفس الأمر إما إضافة ذاتية تكوينية، أو إضافة عرضية حاصلة بالأموال الخارجية. أما الأولى فكالاتافات الكائنة بين الأشخاص، و أعمالهم، و أنفسهم، و ذممهم، فإن أعمال كل شخص، و نفسه، و ذمته مملوكة له ملكية ذاتية،

[١] قال: المال فى الأصل: الملك من الذهب و الفضة. ثم أطلق على كل ما يكتنى و يملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥

و هو واجد لها فوق مرتبة الواجدية الاعتبارية، و دون مرتبة الواجدية الحقيقة التى هى لله جل و علا.

و المراد من الذاتى هنا ما لا يحتاج تحققه إلى أمر خارجى تكوينى، أو اعتبارى، و ليس المراد به الذاتى فى باب البرهان: أى ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس: أعنى به الجنس، و الفصل. و هذا واضح لا ريب فيه.

و المراد من الملكية الذاتية ليس إلا سلطنة الشخص على التصرف فى نفسه، و شؤونها، بدهة أن الوجدان، و الضرورة، و السيرة العقلانية كلها حاكمة بأن كل أحد مسلط على عمله، و نفسه، و ما فى ذمته: بأن يؤجر نفسه لغيره، أو يبيع ما فى ذمته، و من البين الذى لا ستار عليه: أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنة، و لم يمنع الناس عن التصرفات الراجعة إلى أنفسهم.

و ليس المراد من الملكية هنا: الملكية الاعتبارية، لكى يتوهم أن عمل الإنسان، أو نفسه ليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية.

و من هنا يتجلى لك: أنه لا شبهة فى صدق المال على عمل الحر. و عليه فاستيفاءه قهراً عليه موجب للضمان جزماً. و كذلك الحال فى ضمان نفسه. غاية الأمر أن الشارع المقدس قد سلك فى ضمان النفس المحترمة، و ما يرجع إليها من الأعضاء و الأطراف غير ما سلكه فى ضمان الأموال، و جعل فى ذلك حداً خاصاً و ديةً مخصوصة.

و أما الثانية (أعنى بها الإضافة العرضية) فهى إما أن تكون إضافة أولية و إما أن تكون إضافة ثانوية و الأولوية إما أصلية استقلالية، أو

تبعية غيرية.

فالأولية الأصلية، كالإضافة المالية الحاصلة بالعمل، أو بالحيازة، أو بهما معا، فالأول كالأعمال التي يعملها الإنسان فيحصل منها المال، كحيازة المباحات، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها، كما هو الحق، و أما بناء على اعتبار القصد في ذلك فحصول الملكية فيها يحتاج إلى العمل القلبي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦

وقد حكم العقلاء بحصول المالية بمجرد الحيازة. بل اشتهر بين الفقهاء مرسلًا أن (من حاز ملك [١]).

وقد روى عن النبي ص من طرق العامة [٢] و من طرق الخاصة [٣] أن (من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به) ولكنه ضعيف السند، وغير منجبر بشيء.

و المهم في المقام هو بناء العقلاء، فإنه قائم على حصول الإضافة المالكية بين المحيز، و المحاز.

و الثالث: كمن يحوز أشجارا، فيجعلها سريرا، أو يجوز ترابا، فيجعله كوزا، أو يجوز نباتا، فيجعله ثوبا أو حصيرا، أو غيرهما، فإن الصورة السريرية، و الكوزية، و الثوبية و الحصرية توجب تحقق إضافة مالية أخرى في تلك الموارد وراء المالية المتقومة بها، فتلك المالية القائمة بها إنما حصلت من العمل و الحيازة معا.

ثم إن الوجه في إطلاق الأول على هذه الإضافة هو أنه لم تسبق إضافة ذلك المال إلى غيره. و الوجه في إطلاق الأصلية عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها.

و أما الإضافة الأولية التبعية فهي ما تكون بين المالك، و بين نتاج أمواله،

[١] لم نجده في أصول الحديث من كتب الخاصة و العامة، و نحتمل قريبا أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة، و الفصول المتفرقة، كإحياء الموات، و التحجير و غيرهما، كبقية القواعد الفقهية المضروبة لبيان الأحكام الجزئية.

[٢] عن ابن مفسر قال: أتيت النبي ص فبايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له قال: فخرج الناس يتعادون، يتخاطون. سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

[٣] قال النبي ص: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به. راجع مبسوط الشيخ الطوسي أول كتاب إحياء الموات. و مستدرک الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب إحياء الموات ص ١٤٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧

فان هذا النتاج يضاف إلى مالك الأصول إضافة أولية تبعية. أما إطلاق التبعية فلكونها ثابتة لما تحصل منه. و أما إطلاق الأولية فلعدم سبق إضافة أخرى إليها.

و أما الإضافة الثانوية فالمراد بها ما قابل الإضافة الأولية و إن طرأت على الأموال مرارا عديدة، نظير المعقولات الثانوية من جهة مقابلتها للمعقولات الأولية.

و هي على قسمين: لأنها تارة تكون قهرية، و أخرى اختيارية.

أما الأولى فكالإضافة التي تحصل بسبب الإرث، أو الوقف، أو الوصية بناء على كونها: (أى الوصية) من الإيقاعات، و قد اخترناه في محله. و وجه كونها قهرية هو حصول الملكية للوارث، و الموقوف عليه. و الموصى له بالقهر، لا بالفعل الاختيارى.

و أما الثانية فكالإضافة الحاصلة من المعاملات. و من ذلك ما يحصل بالبيع التي نحن في صدد بحثها.

و لا يخفى على الفطن العارف أن ما ذكرناه من أقسام الإضافات المالكية من الأمور البديهية التي قياساتها معها.

قوله: (البيع و هو في الأصل كما في المصباح [١] مبادلة مال بمال).

أقول قد كان ديدن الناس من لدن آدم ع أبي البشر الى زمان خاص، بل الى زماننا هذا في بعض النقاط و الأصقاع (كالقري و أشباهها) قد كان ديدنهم على تبادل المتاع

[١] البيع من الأضداد، مثل الشراء، و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة و يطلق البيع على المبيع، فيقال: بيع جيد- الى أن قال:- و الأصل في البيع مبادلة مال بمال، لقولهم: بيع رابح، و بيع خاسر. و ذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازاً، لأنه سبب التمليك و التملك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨

بالمتع عند المعاملة و المعاوضة، و كان ذلك من الأمور الصعبة جداً، خصوصاً في تعيين الأروش و قيم المتلفات. و لهذا بنى العقلاء على تخصيص الثمن بالنقود، و تخصيص المثمن بالامتنع. و إلا فإنه لا محذور قطعاً في صحة تحقق المبادلة بين المتاعين عند المعاملة و المعاوضة. و عليه فقد تقع المبادلة بين المتاعين و قد تقع بين النقدين، و قد تقع بين عرض و نقد.

ثم إنه هل يشمل مفهوم البيع لجميع هذه الأقسام المذكورة، أم هو مختص ببعض دون بعض؟ لا شبهة في أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية- التي يعرفها كل احد- كمفاهيم سائر العقود و الإيقاعات، إلا أنه لا يوجد مفهوم في العالم إلا- و يعرضه الاشتباه في بعض مصاديقه. و من هنا ذكر المصنف (ره) في أول كتاب الطهارة: أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفية. و مع ذلك ذكر: أنه قد يقع الشك في صدقه على بعض الموارد، لعدم ضبط المفهوم تحقيقاً فيرجع الى الأصول العملية. و على هذا الضوء فلا بد من بيان حقيقة البيع على وجه يمتاز عن جميع ما عداه لكي تترتب عليه أحكامه الخاصة من شرائط المتعاقدين، و شرائط العوضين و الخيارات و غيرها.

و تحقيق ذلك: ان مفهوم البيع لا- يساوق مفهوم المبادلة بين شيئين، بل يطلق البيع على قسم خاص من المبادلة. و ضابطه: ان امتياز البيع عن بقية أقسام المبادلة بأحد وجهين:

الوجه الأول: أن يكون أحد العوضين متاعاً، و العوض الآخر نقداً.

فالذي يعطى المتاع يسمى بائعاً، و الذي يعطى النقد يسمى مشترياً. سواء أ كان نظر كل من المتعاملين في مبادلتهم هذه الى تحصيل الربح، و حفظ مالیه ماله معاً، أم كان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط، كأن يشتري المأكولات للأكل، و يشتري المشروبات للشرب، و يشتري الملابس لللبس، و هكذا. أم كان نظر أحدهما إلى حفظ مالیه ماله و تحصيل الربح معاً، و نظر الآخر الى دفع الضرورة و الاحتياج فقط.

الوجه الثاني: أن يكون كلا العوضين نقداً أو من العرض، و لكن كان نظر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩

أحد المتعاملين من المبادلة إلى حفظ مالیه ماله في ضمن أي متاع كان، مع تحصيل الربح- كأهل التجارة- و نظر الآخر الى رفع حاجته فقط، فالأول يسمى بائعاً. و الثاني يسمى مشترياً. و على هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالیه الخالصة، لكي يكون ذلك قائماً مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنية.

و لا ريب في أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف. بل هو أمر ارتكازي في ذهن كل بشر من أهل أية لغة كان. و يعرف ذلك كل منهم و لو من غير العارف باللغّة العربية، بديهياً أن الغرض الأقصى و الغاية القصوى إنما هو معرفة مفهوم البيع، لا لفظه، و مادته. لكي يختص البحث بلفظ دون لفظ.

و إذا كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا، و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح، و المنافع، مع حفظ ماله في ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج، و دفع الضرورة فقط. و إذا كان كذلك فان ذلك لا يسمى بيعا جزما. بل هو معاملة خاصة و يدل على صحة ذلك عموم آية التجارة عن تراض [١].

نعم يظهر من بعض كتب العامة [٢] جواز إطلاق البيع على مطلق المبادلة، و المعاوضة، و لكن قد عرفت قريبا أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفية.

[١] يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ. النساء ٤: ٣٣.

[٢] فى الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٨ عن الحنفية: أن من أقسام البيع مبادلة سلعة بسلعة. و يسمونها مقايضة. و فى ص ١٥٢ عن المالكية: أن من أقسام البيع بيع العرض بالعرض. و عن الحنابلة: أن مفهوم البيع يشمل المقايضة، و هى مبادلة سلعة بسلعة.

و فى ص ١٥٤ عن الشافعية: الثامن من أقسام البيع: بيع الحيوان بالحيوان و يسميه غيرهم مقايضة، و هو صحيح. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠

و على هذا الضوء فإذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فإنه لا يتوهم أحد أن أيا منهما باع كتابه بكتاب غيره، أو باع ثوبه بثوب غيره. كما أنه لا يتوهم أحد أيضا أن باذل النقد هو البائع، و باذل العرض هو المشتري. و من هنا ذكر الفيومى فى المصباح: أنه (إذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة).

و أما ما ذكره فى المصباح من أن (الأصل فى البيع مبادلة مال بمال) فهو و إن كان شاملا لجميع أقسام المبادلة، و لكنه ليس تعريفا حقيقيا، لقضاء الضرورة بأن البيع ليس هو مطلق المبادلة بين شيئين، بل هو تعريف لفظى، و تبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه، كقول أهل اللغة: السعدان نبت. و كذلك الحال فيما ذكره بعض العامة من أن البيع فى اللغة مقابلة شىء بشىء.

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظه الأصل فى تعريف المصباح ما كان هو المتعارف فى الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال، بديهته أنه لو كان غرض الفيومى من هذه الكلمة هو اللغة لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظه الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه فى لسان العرب. و مجمع البحرين: فى مادة المال و ذكرا أن المال فى الأصل الملك من الذهب، و الفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى و يملك من الأعيان.

المبيع و اختصاصه بالأعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لا بدّ و أن يكون من الأعيان؟

الظاهر أنه لا ريب فى اشتراط كونه من الأعيان، بدهته اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتملك الأعيان، فلا يعم تملك المنافع و إذن فتختص الأدلة الواردة فى إمضاء البيع بنقل الأعيان. و تبعد عن تملك المنافع رأسا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١

نعم يظهر من المحكى عن المالكية و الحنابلة [١] جواز إطلاق البيع على تملك المنافع و لكنه على خلاف المرتكزات العرفية.

و مع الإغضاء عما ذكرناه ان مجرد الشك فى صدق مفهوم البيع على تملك المنافع يكفينا فى المنع عن شمول أدلة إمضاء البيع له. و حينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تملك العين فقط، و أن هذا المفهوم يصح سلبه عن تملك المنفعة دعوى صحيحة. و لا ريب فى أن التبادر و صحة السلب من علائم الحقيقة. و عليه فيكون البيع حقيقة فى تملك العين و مجازا فى غيره.

و إذا ثبتت هذه الدعوى فى العصر الحاضر ثبتت فى محاورات أبناء الأزمنة السالفة أيضا بأصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب

القهقري وقد ذكرنا في مبحث الاستصحاب من علم الأصول، أنه لا دليل على حجية هذا الاستصحاب إلا في مورد واحد، و هو أن يكون المتبادر الفعلي من اللفظ معنى خاصا، و شك في كونه كذلك في العهود البائدة، و الأيام السالفة، فإن الاستصحاب القهقري يقتضى بقاء اللفظ على معناه الأولى، و عدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغيره.

و الدليل على حجية الاستصحاب المزبور في هذا المورد إنما هو بناء العقلاء، و سيرة العلماء، و ديدن الفقهاء، لأنه لو لا ذلك لا نسد عليهم باب الاجتهاد، و طريق الاستنباط، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات في عرف الأئمة عليهم السلام ظاهرة في معانى مغايرة لما هي ظاهرة فيه فعلا. و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور.

[١] فى الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١١١ عن المالكية: أنه يصح إطلاق البيع على نقل المنافع.

و فى ص ١٥٢ عن الحنابلة أن معنى البيع فى الشرع مبادلة مال بمال، أو مبادلة منفعة مباحة بمنفعة مباحة على التأيد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢

و يؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران:

الأول: ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض - فى البيع - بالأعيان، الثانى: ما ذكره بعض العامة «١» من أن البيع فى اللغة إخراج ذات عن الملك بعوض. فتمليك المنفعة بالإجارة لا يسمى بيعا. قيل:

إن ما ذكره الفيومى فى المصباح من أن البيع فى الأصل مبادلة مال بمال يشمل نقل المنافع، كشموله لنقل الأعيان، و عليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك الأعيان. و الجواب عن ذلك:

أنك قد عرفت قريبا أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقى لكى يلزم الأخذ بإطلاقه، و الحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين و المنفعة. بل هو تعريف لفظى مبنى على المسامحة و المساهلة.

و بما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع و الإجارة: و هو أن صيغة الإجارة و إن كانت تتعلق بالعين المستأجرة. كقولك: آجرتك المتاع الفلانى إلخ إلا أن أثرها تمليك المنفعة. و هذا بخلاف البيع، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين كما أن صيغته أيضا تتعلق بالعين. و هذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض - فى البيع - بالأعيان و قال:

(و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع)

. و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمة البيع على تمليك المنافع مبنى على العناية، و المجاز و قد ورد هذا الإطلاق فى كلمات الفقهاء. و فى الروايات العديدة

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣

الواردة فى مواضيع شتى: منها الأخبار [١] الدالة على بيع خدمة المدبر. و منها الرواية الواردة فى بيع سكنى الدار [٢] و منها الأخبار الواردة فى بيع الأراضى الخراجية

[١] المروية عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على ع قال: باع رسول الله ص خدمة المدبر، و لم يبع رقبته. ضعيفه بالنوفلى و عن أبى مريم عن أبى عبد الله ع قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أبطأها ان شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها فى حياته فقال: نعم أى ذلك شاء فعل. مجهولة بأبى مريم.

و عن على بن أبى حمزة سالم البطائنى قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل أعتق جارية له عن دبر فى حياته؟ قال: ان أراد بيعها باع

خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، و ان ولدت أولادا فهم بمنزلتها. ضعيفة بابتن أبى حمزة. و مجهولة بقاسم بن محمد الجوهري. التهذيب ج ٢ ص ٣٢١، ٣٢٢. و الوافى ج ٦ ص ٨٩. و الوسائل ج ٣ باب ٣ من أبواب التدبير.

[٢] المروية عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح قال: سألته عن رجل فى يده دار ليست له، و لم تزل فى يده، و يد آبائه من قبله، قد أعلمه من ماضى من آبائه أنها ليست لهم، و لا يدرون لمن هى، فيبيعها، و يأخذ ثمنها؟ قال ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها، و لا يدري لمن هى، و لا أظنه يجيء لها رب أبدا؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكانها، أو مكانها فى يده فيقول لصاحبه: أبيعك سكنى، و تكون فى يدك كما هى فى يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا. موثقة بابتن عمار و غيره. التهذيب ج ٢، باب الغرر و المجازفة ص ١٥٣، و الوافى ج ١٠ ص ١٣. و الوسائل ج ٢ باب ١ من أبواب عقد البيع. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤

و شرائها [١] و قد ورد فى جملة من الأحاديث [٢] إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان. و قد ظهر لك مما أسلفناه الفارق بين البيع، و الهبة المعوضة، بداهة أن البيع - على ما عرفته آنفا - عبارة عن تبادل عين بشىء آخر، بخلاف الهبة المعوضة، فإن حقيقتها، و قوامها بالمجانبة المحضة، و إنما اعتبر فيها العوض بالاشتراط. و الشاهد على ذلك أنها لا تبطل بامتناع الموهوب له عن العوض، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشرط، و سيأتى لك توضيح ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و دفع النقوض عنه.

[١] المروية فى الكافى ج ١ باب ١٤٠ اشتراء أرض الخراج من السلطان ص ٤١٠. و باب ١٣١ قبالة أرض أهل الذمة، و جزية رؤوسهم، و من يتقبل الأرض من السلطان ص ٤٠٦. و باب ١٣٣ الرجل يستأجر الأرض ص ٤٠٧. و التهذيب ج ٢ باب أحكام الأرضين ص ١٥٨ و الوسائل ج ٢، باب ٧١ و باب ٧٢ من أبواب الجهاد، و باب ١٣٣ ص ٤٧.

[٢] المروية عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عن رجل يريد أن يتزوج المرأة ينظر إليها؟ قال: نعم إنما يشتريها بأعلى الثمن. حسنة بإبراهيم بن هاشم الكافى ج ٢ ص ١٦. و الوافى ج ١٢ ص ٥٨. و الوسائل ج ٣ باب ٣٩ ص ١١. و عن عبد الله بن سنان قال: قلت لأبى عبد الله ع: الرجل يريد أن يتزوج المرأة فينظر الى شعرها؟ فقال: نعم إنما يريد أن يشتريها بأعلى الثمن. مجهولة بهيثم بن أبى مسروق النهدي و الحكم بن مسكين التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ و الوافى ج ١٢ ص ٥٨. و الوسائل ج ٣ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ص ١١.

و عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداها ليلتى و يومى لك يوما، أو شهرا، أو ما كان، أ يجوز ذلك؟

قال: إذا طابت نفسها، و اشترى ذلك منها لا بأس. صحيحة. الوافى ج ١٢ ص ١١٨، و الوسائل ج ٣ باب ٦ من أبواب. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥

بحث استطرادى فى تعريف الإجارة و مناقشته و جوابها

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الإجارة بأنها تملك المنفعة بعوض. و نوقش فيه بوجهين:

١ أن المنفعة معدومة حال الإجارة، و من البين الذى لا ريب فيه أن المعدوم غير قابل للتملك. و الجواب عن ذلك: أن الملكية الشرعية ليست من المقولات الحقيقة التكوينية، لكى يستحيل تعلقها بالأمر المعدومة، بل قوامها بالاعتبار الساذج. و من المعلوم أن الأمور الاعتبارية بما أنها خفيفة المؤنة جاز تعلقها بالأمر المعدومة إذا كانت مقدورة التسليم. و بديهى أن المنفعة و إن

كانت معدومة، و لكنها مقدورة بتبع العين الخارجية. و إذن فلا محذور في تعلق الملكية الاعتبارية في الإجارة بالمنفعة المعدومة الملحوظة مع العين المستأجرة. كما يصح تعلقها بالذمة. و من هنا حكم الفقهاء رضوان الله عليهم بصحة بيع الكلى في الذمة.

٢ أن منفعة الدار مثلا إنما هي سكنائها، و لا ريب أن السكنى من اعراض الساكن دون الدار. و عليه فإذا صح تملك السكنى كان مالكةا هو الساكن، لأنه موضوعها، لا صاحب الدار. و من البين أن ما لم يملكه المؤجر - و هو المالك - كيف يملكه للمستأجر. و قد ثبت في محله أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له هذا ملخص ما أفاده بعض المدققين و لذا التجأ إلى تعريف الإجارة بأنها تملك العين المستأجرة في جهة خاصة.

و يقابلها البيع، فإنه تملك العين من جميع الجهات. و الجواب عن ذلك بوجهين:

١ أن لسكنى الدار إضافتين: و هما إضافتها إلى نفس الدار، و إضافتها إلى ساكنها، و من البين أن تلك الدار مملوكة لمالكها بجميع شؤونها، و جهاتها، و ما يضاف إليها، و إذن فمالك الدار مسلط على تملك الدار نفسها، و تملك جهاتها التي منها سكنائها مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦

و على الجملة إن المستأجر إنما يملك من المؤجر الجهة المتعلقة بالعين المستأجرة.

و تلك الجهة تختلف حسب اختلاف الأعيان، و الأغراض. و عليه فلا محذور في تعريف الإجارة بأنها تملك المنفعة بعوض.

٢ ما ذكره بعض مشايخنا المحققين في كتاب الإجارة من أنه لا يمكن جعل الإجارة تملكاً للعين في جهة خاصة. و الوجه في ذلك: (أن معروض الملكية إن كان نفس تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة. و إن كان هي العين المخصصة بجهة، و العين المتحيثة بحيثه مخصوصه بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلاليين على عين واحدة. و تقييدها بالجهة تارة، و إطلاقها أخرى لا يوجب تعدد الموضوع).

نظرة في بيع الكلى في الذمة

ما هو المراد من العين التي نعتبرها في المثمن؟

المراد من العين ما إذا وجد في الخارج كان جسماً مشتملاً على الأبعاد الثلاثة:

العرض، و الطول، و العمق. و لا شك في أن هذا المعنى للعين يقابل المنفعة، و الحق، و جميع الاعراض المقولية. و إذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل منفعة بمنفعة، و لا على تبديل حق بحق. و قد عرفت ذلك آنفاً.

و ليس المراد من العين ما يتعلق بالبيع بشخصه، بادهة شمولها للأعيان الشخصية، و للكلى المشاع - كثلث الدار - و للكلى في المعين - كصاع من الصبرة المعينة - و للكلى في الذمة - كبيع من من الحنطة سلماً، أو حالماً - و للكلى الثابت في ذمة غيره، فان هذه الأمور يصدق عليها عنوان العين، و يتعلق بها البيع مع أنها أمور قابلة للانطباق على أفراد كثيرة بل على أفراد غير متناهية، فالصاع من الصبرة يمكن انطباقه على يمين الصبرة و يسارها و وسطها، و ناحية أخرى غير تلك النواحي.

و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧

و على هذا فشان الملكية شأن الوجوب و الحرمة. فكما انهما يتعلقان بكلى الصلاة و الزناء من غير لحاظ خصوصية في متعلقهما - بحيث يكون متعلق الأمر و النهى هو الكلى، و يكون الموجود الخارجى مصداقاً له - كذلك الملكية، فإنها قد تتعلق بالكلى و إن كانت قد تتعلق بالجزئى الحقيقى أيضاً. كما عرفته قريباً.

ثم إن بيع الكلى في الذمة على قسمين:

لأنه قد يتعلق بالكلية الثابت في الذمة قبل البيع - كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره - وقد يتعلق بالكلية الثابت في الذمة بنفس البيع، من غير أن يكون فيها شيء قبله. كما هو المتعارف في بيع السلم وغيره من البيوع الكلية. وقد نوقش فيه بوجهين:

١ أن البيع مبادلة مال بمال، ولا تتحقق هذه المبادلة إلا بعد تحقق العوض و المعوض في الوعاء المناسب لهما من الخارج، أو الذمة، و بما أنه لا وجود للكلية في أي وعاء من الأوعية قبل البيع، فلا يصح بيعه بوجه و قد يتوهم: أن الكلية و إن لم يكن موجودا في الذمة قبل البيع، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع، و لكن هذا التوهم فاسد. بدهة أن نسبة البيع إلى متعلقه كنسبة الحكم إلى موضوعه، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه، و كذلك يستحيل تكفل البيع بإيجاد متعلقه. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس إلا- مبادلة في التمليك. و قد عرفت قريبا و ستعرف أيضا: أن الملكية من الأمور الاعتبارية التي لا تتوقف على وجود موضوع لها في الخارج، أو في الذمة. نعم لا بد و أن يكون متعلق الملكية قابلا لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء. و عليه فالكلية قبل إضافته إلى الذمة و إن كان من المفاهيم الخيالية، و غير قابل لتعلق مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨

البيع به رأسا. إلا أنه بعد إضافته إلى الذمة بعد من الأموال و يصير موردا لرغبات العقلاء، و محطا لتنافسهم. و إذن فلا- فرق في صحة بيع ما في الذمة بين أن يكون الكلي مملوكا قبل البيع - كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره - و بين أن يكون مملوكا بالملكية الاعتبارية بنفس البيع. و في الحقيقة أنه يحصل بالبيع هنا أمران:

١- اتصاف الكلي بالملكية.

٢- صيرورته ملكا للمشتري. و قد يجاب عن المناقشة المذكورة:

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلي في ذمة نفسه، ثم يبيعه من المشتري، و حينئذ فلا- يكون الكلي غير قابل لتعلق البيع به. و الجواب عن ذلك:

أن الاعتبار المزبور لا يغير الكلي عن واقعه، و لا يزيد فيه على حقيقته. بل هو بعد باق على حالته الأولى، من دون أن يتصف بصفة الملكية، و من هنا لا يطلق ذو أملاك على من اعتبر أمتعته كلية في ذمة نفسه، نعم يتصف ذلك بصفة الملكية بعد البيع، و قد عرفت قريبا. و هذا واضح لا خفاء فيه.

٢ أن الملكية من مقولة الأعراض، و من البديهي أن مقولة الأعراض لا توجد إلا في المحل الموجود، و الكلي الذمي لا وجود له قبل البيع لكي يكون محلا للملكية، و معروضا لها. و الجواب عن هذه المناقشة بوجه شتى:

١ ما ذكره العلامة الطباطبائي في حاشيته، و حاصل كلامه: أن الملكية و إن كانت من قبيل الأعراض الخارجية، إلا أن حقيقتها متقومة باعتبار الشارع، أو العقلاء، و عليه فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكية موجودا أيضا باعتبار الشارع، أو العقلاء. كما أن الوجوب و الحرمة عرضان خارجيان، مع أنهما لا يتعلقان إلا بالأمور الكلية الاعتبارية. كالصلاة و الزناء قبل أن يوجد في الخارج، و على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩

النهج للشارع، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلي الذمي شيئا موجودا في الذمة لكي يكون موضوعا للملكية و معروضا لها. و الجواب عنه: أنه قد يراد من العرض المذكور في كلامه العرض المقولي. و عليه فلا يسوغ له أن يجمع بين كون الملكية من الأعراض، و بين كونها من الأمور الاعتبارية المتقومة بالاعتبار الساذج، ضرورة أن الأعراض المقولية من الأمور الواقعية المتأصلة، و هذا بخلاف الأمور

الاعتبارية، إذ لا واقع لها سوى الاعتبار المحض. و سيتضح لك أن الأمور الاعتبارية لا تدخل تحت أية مقولة من المقولات المتأصلة. وقد يراد من العرض المزبور في كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضية، و على الأمور الاعتبارية الخالصة، بدهاء أن لفظ العرض من العروض، و هو بمعنى اللحق. و عليه فلا تكون الملكية عنده من المقولات المتأصلة بل تكون زائدة على الماهية. كما أن الوجود زائد عليها. و إذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ما سيأتي من كون الملكية أمرا اعتباريا لا تأصليا و من هنا ظهرت الحال في الوجوب و الحرمة أيضا.

٢- ما حكى عن الفاضل النراقي في عوائده. و ملخصه: أن البيع عبارة عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلا فعليا. سواء أ كان مالكا له بالفعل، أم كان مالكا له في المستقبل كما إذا قال: بعثك منا من الحنطة بكذا مع أن الحنطة لم توجد الآن لديه، فيكون معناه أنني نقلت إليك المن الذي سأملكه من الحنطة بعد مدة- و إذن فالنقل و إن كان فعليا، إلا أنه ليس بعرض لكي يحتاج إلى موضوع و ما هو عرض- و هو الملك- ليس بفعلي حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له، و يتوجه عليه: أولا: أن البيع ليس عبارة عن نقل الملك. و سيأتي. و لا أن الملك من الأعراض المصطلحة. و قد تقدمت الإشارة إليه و ستعرض له تفصيلا.

و ثانيا: أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلالية، و إنما هو بلحاظ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠

الإضافة أو المكان. و من البين الذي لا ريب فيه أنه إذا استحالت إضافة الملكية إلى المعدوم فإن النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكية أولى بالاستحالة.

٣- أن الملكية أمر اعتباري صرف، فلا يحتاج إلى محل موجود.

و توضيح ذلك:

أن الملكية لها أربع مراتب:

١- الملكية الحقيقية، و هي السلطنة التامة، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنة المالك حدوثا و بقاء، و هي مخصوصة بالله تعالى، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات- بالإضافة الإشراقية- ملكية تامة، و محيط بها إحاطة قيمية. و هذه المرتبة من الملكية هي عليا مراتب الملكية و لأجل ذلك لا تدخل تحت مقولة من المقولات. و نظير ذلك في الممكنات إحاطة النفس بصورها. بدهاء أن النفس مالكة لصورها- بالإضافة الإشراقية- ملكية حقيقية.

٢- مالكية الإنسان لنفسه و أعضائه و أفعاله و ذمته، فإن هذه الأمور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأولية- و قد عرفت ذلك في أول الكتاب- و من هذا القبيل قوله تعالى حاكيا عن نبيه الأكرم موسى (ع) **إِنِّي لَأَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي** «١». و لا شبهة أن هذه المرتبة من الملكية أيضا غير داخله تحت المقولات العرضية و إنما هي عبارة عن سلطنة الشخص على أفعاله سلطنة تكوينية.

٣- الملكية المقولية الخارجية: و هي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر- كالهيئة الحاصلة من التعمم و التقمص و التنعل و نحوها- و هذه المرتبة تسمى بمقولة الجدة، و هي من الأعراض الخارجية القائمة بالموجود الخارجي.

٤- الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى

(١) المائدة ٥: ٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١

ذلك، و ربما يمضى الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحة. بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص و إن لم يعتبرها العقلاء. كما

يتفق ذلك في بعض أقسام الإرث.

ومن البين الذي لا ريب فيه أن هذا النحو من الملكية ليست من الأعراض لكي تحتاج الى وجود الموضوع في الخارج. ومثال ذلك: أن الزكاة والخمس يملكهما طبعى الفقير والسيد، مع أنه لم يعتبر وجودهما في الخارج. وأيضا قام الإجماع على صحة تمليك الكلى الذمى فى بيع السلف ونحوه، مع أن الأعراض لا بد لها من موضوع خارجى. وعلى الجملة إن الملكية الاعتبارية لا- مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كليا. فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقولية [١] بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر.

[١] ذكر بعض المحققين من المشايخ وجهين آخرين لاستحالة دخول الملكية المصطلحة تحت الأعراض المقولية: ١- (أن المقولة ما يقال على الشئ، و يصدق عليه فى الخارج. فلا بد من أن يكون لها مطابق و صورة فى الأعيان- كالسواد والبياض و ما شابههما من الأعراض- أو يكون من حيثيات ماله مطابق، و من شؤونه الوجودية. فيكون وجودها بوجوده. كمقولة الإضافة. و من الواضح أنه بعد وجود العقد مثلا لم يوجد ماله مطابق فى الخارج. و لم يتحيت ذات المالك و المملوك بحيثية وجودية. بل على حالهما قبل العقد. و صدق المقولة بلا وجود مطابق، أو تحيته بحيثية واقعية أمر غير معقول). و يتوجه عليه: أن هذا الوجه ليس إلا مصادرة واضحة، بداهة أن ذات المالك و المملوك، يتحيتان بعد عقد البيع بحيثية واقعية: و هى حيثية المالكية،-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبة الرابعة من الملكية القائمة بالاعتبار الساذج بلا احتياج الى محل موجود أصلا و رأسا. و عليه فلا- وجه للمناقشة فى جواز بيع الكلى الذمى بما عرفته قريبا من أن الملكية من مقولة الأعراض التى لا توجد إلا فى محل موجود، و الكلى فى الذمة ليس بموجود لكى يكون محلا للملكية.

البيع مبادلة شئ من الأعيان بعوض فى جهة الإضافة

ما هو المراد من كلمة المبادلة المأخوذة فى تعريف البيع؟

قد عرفت آنفا: أن التعاريف اللغوية إنما هى تعاريف لفظية. و قد سيقت لشرح الاسم، و الإشارة إلى المعرف- بالفتح- بوجه من الوجوه، لا بتمام الوجوه

- و حيثية المملوكية. و إنما الكلام فى أن تلك حيثية أم هى من سنخ المقولات العرضية أم هى من الأمور الاعتبارية. ٢- (أن المقولات لمكان واقعتها لا تختلف باختلاف الأنظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فان السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق فى جميع الأنظار، و بالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات مع أن المعاطاة مفيدة للملك عرفا، و غير مفيدة له شرعا). و فيه أن اختلاف الأنظار فى جملة من الأشياء أمر ضرورى لا سبيل إلى إنكاره، إذ من البين الذى لا ريب فيه أن الفلاسفة قد اختلفوا فى عامه تعالى أنه يتعلق بجميع الأشياء تفصيلا جزئية كانت أم كلية- كما ذهب إليه جل المحققين- أو لا يتعلق إلا بالكليات- كما ذهب إليه الشيخ الرئيس فى كتابيه الشفاء و الإشارات- و قد يختلف الطبيبان فى صحة شخص و مرضه أو أن الأمر الفلانى ينفع المزاج، أو يضره الى غير ذلك بل ربما يختلف أهل العرف فى ثبوت شئ و عدمه، كالعلم، و العدالة، و الشجاعة، و السخاء، و غيرها

من الأوصاف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٣

لكي يمتاز عن جميع ما عداه. وعلى هذا فغرض الفيومي من ذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع - أنه في الأصل مبادلة مال بمال - ليس إلا الإشارة إلى أن البيع من سنخ المبادلة.

إلا أن تلك المبادلة ليست مبادلة في المكان. كرفع شيء من مكانه، ووضعه في مكان آخر.

ولا مبادلة في اللبس، كتبديل عباءة بعباءة أخرى.

ولا مبادلة في السكنى. كتبديل دار بدار أخرى.

ولا مبادلة في الركوب كتبديل فرس بفرس آخر.

ولا غير ذلك من أقسام المبادلة الخارجية التكوينية.

بل المراد من تلك المبادلة هي المبادلة في الإضافة المالية، بديهة أن كل من المتبايعين يبدل ماله في الإضافة المالية - عند المبايعه - بمال آخر. وللإشارة إلى هذه النكتة القيمة الدقيقة قد أخذ الفيومي - في مصباحه - قيد المال في تعريف البيع.

والتحقيق أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم البديهية الارتكازية التي يعرفها كل أحد: وهو التبديل بين شيئين في جهة الإضافة أية إضافة كانت: أي سواء أكانت إضافة ملكية، أم كانت إضافة مالية، أم إضافة حقية، أم غيرها من أنحاء الإضافات.

ولا تختص هذه الإضافة بالإضافة الملكية، ولا بالإضافة المالية:

أما الوجه في عدم اختصاصها بالإضافة الملكية فلأن سهم سبيل الله من الزكاة ليس ملكا لشخص خاص. ولا لجهة معينة. ولذا صدر في آية الصدقات [١] بلفظة (في) الظاهرة في بيان المصرف. ومع ذلك كله يجوز بيع السهم المزبور، و صرف ثمنه في سبيل الله. كما يجوز بيع نماء العين الموقوفة في سبيل الله و صرف ثمن ذلك في

[١] قال الله تعالى إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ. التوبة ٩: ٦٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٤

قربات الله. مع أن تلك العين ليست بملك لأحد، ولا لجهة. وكذا نماؤها.

فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس بتبديل شيئين في الإضافة الملكية.

ولو سلمنا مالكية الجهة في المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات الله لم يقع التبديل بين العوضين في الإضافة الملكية، بل في إضافة أخرى غيرها.

أما الوجه في عدم اختصاص الإضافة المذكورة بالإضافة المالية فلأنه لا دليل على اعتبار المالية في البيع. وإنما المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضة عليه. و أما ما ذكره صاحب المصباح - من أن (الأصل في البيع مبادلة مال بمال) - فلا يكون دليلا على ذلك لعدم حجية قوله.

و على هذا فإذا كان المبيع موردا لغرض المشتري - سواء أكان مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات - و اشتراه بأعلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. و هذا بين لا ريب فيه.

غاية ما يلزم كون المعاملة على ما ليس بمال عرفا سفهية. و لا دليل على بطلانها بعد ما شملته أدلة صحة البيع. و الفاسد شرعا إنما هو معاملة السفهية و الدليل على الفساد فيها أن السفهية محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف البيع. قيل:

إذا تعلق غرض المشتري باشتراء ما لا يعد مالا في نظر أهل العرف كان ذلك الغرض موجبا لعروض المايه له. لما عرفته آنفا من أن مایة الأشياء متقومة بنظر العقلاء، و رغبتهم فيها. و من البديهي أن المشتري من أفرادهم. و الجواب عن ذلك: أن مایة الأشياء و إن كانت متقومة برغبة العقلاء و تنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. ولأجل ذلك أن من اعتبر المایة في البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات و العقارب و الديدان و الخنافس، و أشباهها مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٥

من هوام الأرض و صغار دوابها، و غير ذلك مما لا يعد مالا في نظر نوع العقلاء و إن كان ذا رغبة لدى بعضهم لغرض ما. و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار المایة في البيع. إلا أن ذلك حكم شرعي غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه. و لو صح أخذ ذلك في تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها في تعريفه. مع أنه واضح الفساد. ثم لا يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لا يتحقق إلا بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه: بان يفكّ البائع إضافته القائمة بالمتاع، و يجعلها قائمة بالثمن. و يفكّ المشتري إضافته القائمة بالثمن، و يجعلها قائمة بالمتاع. و مثال ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكا لزيد. و لو صار الدينار ملكا لبرك لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه.

و يستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز [١] و من كلمات الفصحاء و أهل

[١] قال الله تعالى وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ. يوسف ١٢: ٢٠.
قال الله تعالى وَ لَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ. البقرة ٢: ٩٦.
قال الله تعالى فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ.
النساء ٤: ٧٦.

قال الله تعالى إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ.
التوبة ٩: ١١٣.

قال الله تعالى أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى. البقرة ٢: ١٦.
قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ اشْتَرُوا الْكُفْرَ بِالْإِيمَانِ. آل عمران ٣: ١٧١.
قال الله تعالى وَ لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا. المائدة ٥: ٤٨.

الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في أن دخول العوض مكان المعوض معتبر في مفهوم البيع، و الشراء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٦

العرف و اللغة [١]. قيل:

قد تعارف بين الناس إعطاء الدراهم للخباز أو للبزاز. و الأمر بإعطاء مقابلها من الخبز و الثوب للفقير، و لا شبهة في كون ذلك بيعا بالحمل الشائع. مع أن المثلن لم يدخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه. و الجواب عنه: أن المثلن - في أشباه ما ذكر - قد دخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه. نهاية الأمر أن المشتري قد و كلّ البائع في إعطاء المبيع لشخص آخر. و ان أبيت عن هذا التوجيه فأننا لا نبالي في المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك، و حملة على الصلح، أو على الهبة المعوضة.

مفهوم المفاعلة و عدم صدقه على البيع

ما هو مفهوم المفاعلة، و هل يصدق ذلك على البيع الذي هو تبديل شيء بشيء؟

الظاهر أن وزن (فاعل) للدلالة على المشاركة في الغالب: و المشاركة هي أن يفعل الواحد بالآخر ما يفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمروا و عليه فذكر المبادلة في تعريف البيع يقتضى أن يكون البيع عبارة عن مجموع فعل البائع و المشتري.

و لكن هذا واضح البطلان، ضرورة أن البيع ليس إلا عبارة عن فعل البائع فقط: و هو تبديل ماله بمال صاحبه، و من البديهي أن هذا المعنى غريب عن معنى المفاعلة. و لا- صلة بينهما بوجه بل لو فرضنا صدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع و المشتري لكان الصادر

[١] في القاموس كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه، و منه اشتروا الضلالة بالهدى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٧

من كل منهما يباعا بنفسه. و إذن فلا وجه لذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع - كما صنعه صاحب المصباح، و تلقاه جماعة بالقبول- بل لا بد من تبديل لفظ المبادلة في تعريف البيع بكلمة التبديل، فان التبديل هو الذى يتحقق بفعل البائع. نعم يشترط رضا المشتري بفعل البائع، و تحقق عنوان التبديل. و لكنه أجنبي عن قيامه بالمشتري، كقيامه بالبائع، و هذا بخلاف مفهوم المبادلة، فإنه معنى قائم بشخصين، كما هو الشأن في باب المفاعلة على ما عرفته في طليعة البحث.

رأى بعض مشايخنا المحققين في معنى المفاعلة و الجواب عنه

قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكا آخر في معنى المفاعلة. و حاصله: أنه قد اشتهر بين الأدباء و غيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة، و بين هيئة المفاعلة إنما هو تقوم المعنى في باب المفاعلة بطرفين. إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم. و من الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك. كقوله تعالى يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا «١» فان الغرض من الآية الشريفة تصدى المنافقين لخديعة الله و خديعة المؤمنين فقط. و غير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة.

و يقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة: عاجله بالعقوبة. و خالع المرأة. و بارزه بالحرب. و ساعده التوفيق. و واره في الأرض. و غير ذلك، فان جميع ذلك بين ما لا تصح نسبة المادة فيه الى الاثنين، و بين ما لم يقصد فيه ذلك و ان صحت النسبة المزبورة. و عليه فلا بد من بيان الفارق بين هيئة الفعل المجرد، و بين هيئة المفاعلة. و توضيح ذلك: أن الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادة عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع. بل التجاوز فيها إما ذاتي- كجمله من الأفعال المتعدية: نظير ضرب،

(١) البقرة ٢: ٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٨

و خدع، و نصر، و نحوها- أو بواسطة الأداة: كما في الأفعال اللازمة- مثل جلس، و ذهب، و أمثالهما- و قسم من الأفعال المتعدية- كلفظ كتب و نظائره- بديهة أن تجاوز المادة في القسمين الأخيرين الى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة. فيقال: جلس إليه. و كتب إليه.

نعم لا-شبهة في أن كلمة (كتب) تدل على تجاوز المادة- و هي الكتابة- إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه- الذي هو مورد بحثنا- و إذا أريد تجاوز تلك المادة إلى المكتوب اليه فلا بد من الاستعانة بكلمة إلى و أما هيئة المفاعلة- كخادع و ضارب و قامر و نحوها- فإن حيثية تعديء المادة عنها الى غيرها ملحوظة فيها مطابقة في مقام افادة النسبة، و هذا بخلاف الأفعال المجردة المتعدية- كضرب و نصر و خدع و نحوها- فإن التعديء فيها من ذاتيات مفادها.

و عليه فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليه أنه خدعه.

و لا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدى لخديعه غيره و كذلك الحال في ضرب و ضارب و نصر و ناصر و أشباهها من الأفعال المتعدية.

و من هنا يفرق بين ضار، و مضار، فان سمره بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصارى- عند الدخول على عذقه من منزل الأنصارى- قال له النبي ص:

انك رجل مضار «١»: أى متصد لإضرار الأنصارى. و الجواب عن ذلك:

أن هيئة المفاعلة لا تقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفا من دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب: و هي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به لكي يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمرا.

و من الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدى أحدهما لإيجاد المادة دون صاحبه. فلا يقال: ضارب زيد عمروا، أو صارعه، أو جادله، فيما إذا تصدى زيد

(١) راجع فروع الكافي ج ١ ص ٤١٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٩

لضرب عمرو، أو حربه، أو صراعه، أو جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه و من صاحبه معا لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة.

نعم قد تكون هيئة المفاعلة بمعنى الفعل المجرد: نحو سافر زيد. و قاتله الله.

و واره في الأرض. و بارك في أمره. و أشباه ذلك من الأمثلة.

و قد تكون بمعنى الكثرة و المبالغة. و لعل من القبيل الثانى قول النبي (ص) لسمره بن جندب: إنك رجل مضار، و لا ضرر، و لا ضرار على مؤمن.

الإجارة و عدم استعمالها في نقل العين

قوله: (كما أن لفظ الإجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الأعيان، كالثمرة على الشجرة).

أقول: إن كان مراده من الثمرة على الشجرة وجودها عليها فعلا- كما هو الظاهر من كلمة على- فلا شبهة أن الثمرة ليست موردا للإجارة. بل استعمال لفظ الإجارة في نقل الثمرة غلط فاحش.

و إن كان مراده من الثمرة على الشجرة شأنية ظهورها عليها فلا ريب حيثئذ في صحة تعلق الإجارة بالشجرة، و تكون الثمرة منفعتها المقصودة من إجاتها. و على هذا فيجوز استعمال لفظ الإجارة في نقل الثمرة استعمالا حقيقيا.

نعم قد يتوهم في بعض الروايات [١] إسناد الإجارة إلى نفس الثمرة قبل ظهورها على الشجرة. و لعله الى هذا نظر المصنف في كلامه [٢] قبل:

[١] فى الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة. وإن شئت أكثر. وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجرها.

التهذيب ج ٢ ص ١٧٣. و الوافي ج ١٠ ص ١٣٩. و الوسائل ج ٢ باب ١٩ من أبواب المزارعة.

[٢] لكن المراد من الاستئجار فى الرواية الاشتراء، بدهاء ان ظهور الثمرة-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٠

إن ظهور الثمرة على الشجرة فعلا- لا يمنع عن صحة تعلق الإجارة بالشجرة، فإن الثمرة الموجودة على الشجرة هي منفعتها المقصودة منها، كما أن منفعة الدابة ركوبها، و منفعة الدار سكنها. و الجواب عن ذلك:

أن الإجارة و إن كانت تمليكا للمنفعة إلا أن تلك المنفعة لا بد و أن تكون معلومة بوجه. و من البين الذى لا ريب فيه أن الثمرة الموجودة على الشجرة مجهولة المقدار. و إذن فتبطل الإجارة من ناحية الجهالة. قيل:

إذا اقتضت الجهالة بطلان إجارة الشجرة بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان إجاتها قبل ظهور ثمرتها بالأولوية القطعية، لشدة الجهالة هنا. و الجواب عنه:

أن جهالة الثمرة قبل ظهورها على الشجرة لا تضر بإجارة الشجرة. بديهى أن المناط فى ارتفاع الجهالة عن المنفعة- التى هى مورد للإجارة فى العين المستأجرة- العلم باشمال العين المستأجرة على حيثية الانتفاع بها: بأن تكون معدة لذلك.

و من المعلوم أن اشمال الأشجار المثمرة على حيثية الأثمار أمر معلوم، و إذن فلا- تبطل الإجارة من ناحية الجهالة. و هذا بخلاف الثمرة الموجودة على الشجرة فإنها مجهولة المقدار. و عليه فتبطل الإجارة من ناحية الجهالة.

و يضاف إلى ذلك أن إجارة الشجرة لثمرتها الموجودة خارجة عن مفهوم الإجارة جزما. إذ لا نحتمل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين أخرى موجودة. كاستئجار الشاة لبنها المحلوب. و استئجار الأشجار لأغصانها الفعلية.

و استئجار المزرعة لزروعها الموجود. و هكذا فى نظائرها.

نعم قد تكون منفعة العين المستأجرة ما يوجد من الأعيان و لكنها غير موجودة

- على الشجرة ليس بشرط فى استئجار الشجرة. و إنما هو شرط فى بيع الثمرة. و عليه فالمراد من لفظ التقبل- المذكور فى صدر الرواية- الشراء دون الاستئجار.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣١

حال الإجارة. كاستئجار المناخ و البقرات و الشياة للبنها غير المحلوب. و استئجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها. و استئجار الشجرة لثمرتها المعدومة. و السر فى ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعة فى أمثال هذه الموارد معلومة بوجه.

التمن و جواز كونه من المنافع

قوله: (و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعة).

أقول: لا- ريب فى جواز كون الثمن من المنافع. سواء أقلنا باعتبار المالية فى العوضين، أم لم نقل به، ضرورة أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال، لرغبة العقلاء إليها، و تنافسهم فيها.

نعم حكى عن بعض الأعيان: أن شأن العوض شأن المعوض. فكما يعتبر كون الثانى من الأعيان. و كذلك الأول.

و يمكن الاستدلال على هذا الرأى بوجوه:

١- ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان. و يرد عليه:

أن غرض الفقهاء رضوان الله عليهم من هذه العبارة هو المبيع، لأنهم ذكروها في مقابل الإجارة التي هي لنقل المنافع. مع أن الأجرة فيها تكون من الأعيان غالباً.

ولعل النكتة في عبارتهم هذه هي ملاحظة ناحية الإيجاب، بداهة أن العقد إنما يتم بفعل الموجب. و أما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل، و نسبه الى نفسه.

٢- أن الأدلة الدالة على صحة البيع و نفوذه إنما هي منصرفه إلى البيوع المتعارفة. و من البديهي أنه لم يتعارف جعل العوض في البيع من المنافع. و على فرض وجوده في مورد فهو من الأفراد النادرة التي تنصرف عنه الإطلاقات. و الجواب عن ذلك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٢

أن مفهوم البيع - على ما عرفته آنفاً - تبادل شيء بعوض في جهة الإضافة.

و لا يفرق في تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عينا، أو كلاهما منفعة، أو أحدهما عينا و الآخر منفعة.

و لكننا قد ذكرنا فيما سبق: أن المتبادر من الاستعمالات العرفية عدم صدق البيع على تملك المنفعة. بل يعتبر في تحقق مفهومه أن يكون المبيع عينا. و أما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان. فيبقى تحت مفهوم البيع: و هو تبادل شيء بشيء في جهة الإضافة. فتشمله العمومات الدالة على صحة العقود.

و يضاف الى ذلك أن غلبة الأفراد الخارجية لا تمنع عن شمول أدلة الإضاء للفرد النادر.

٣- أن المنافع أمور معدومة، فلا يقع عليها البيع، ضرورة أن الملكية من مقولة الأعراض، و هي لا تقوم إلا بالمحل الموجود. و من المفروض أن المنافع أمور معدومة. فيستحيل أن تكون موضوعا للملكية. و يرد عليه:

أن الملكية من الأمور الاعتبارية التي لا تتوقف على وجود موضوع لها في الخارج. بل لا بد و أن يكون متعلقها قابلا لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء، و قد عرفت ذلك فيما تقدم.

٤- ما ذكره الطريحي في مجمع البحرين، من أن المال في الأصل الملك من الذهب و الفضة. ثم أطلق على كل ما يقتنى، و يملك من الأعيان. و عليه فلا تكون المنفعة ثمنا في البيع، لأنه مبادل مال بمال. و المفروض أن المنفعة ليست من الأموال. و يرد عليه:

أن المال ما يبذل بإزائه شيء حسب رغبة العقلاء و تنافسهم، و من الواضح أن هذا المعنى أعم من العين و المنفعة. بداهة أن المنفعة من مهمات ما يرغب فيه العقلاء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٣

عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا في البيع

قوله: (و أما عمل الحر فان قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال).

أقول: هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره): و هو قوله:

(و أما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة).

و توضيح ذلك: أن عمل الحر تارة يلاحظ بعد وقوع المعاوضة عليه - كما إذا استأجره لبنائه داره، أو لنجارة بابه، أو لخياطة ثوبه، أو لغير ذلك من الأغراض العقلانية - و أخرى يلاحظ قبل وقوع المعاوضة عليه.

و على الأول فلا إشكال في جعل العمل المزبور ثمنا في البيع، بداهة كونه مالا مملوكا للمستأجر. و له أن يتصرف فيه أى تصرف، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

كما أن عمل العبد و الدابة مال مملوك لصاحبها.

و الدليل على مالیه عمل الحر في هذه الصورة أمور:

- ١- أنه يصح إطلاق ذی المال على المستأجر الذی ملک عمل الحر بالإجارة أو الصلح.
 - ٢- أنه يجب على المستأجر المزبور حج البيت، لأنه قد استطاع إليه سبيلا، إذا كان عمل أجيره وأفيا بزاده و راحلته.
 - ٣- أنه يخرج المستأجر بعمل أجيره عن عنوان الفقراء، و يعامل معه معاملة الأغنياء، إذا كفى ذلك العمل مؤنة سنته. و إذن فيحرم عليه أخذ الزكاة. و سائر الوجوه الشرعية المقررة للفقراء و المساكين.
 - ٤- أنه إذا أتلّف أحد عمل أجير ضمنه لمستأجره، لقاعدة الضمان بالإتلاف.
- و لأجل هذه الأمور كلها نستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه. و السر في ذلك كله: أن عمله حينئذ مورد لرغبة العقلاء و ميلهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٤

و على الثاني فإن قلنا باعتبار المالیه في الثمن و المثلن فلا- يقع عمل الحر عوضا في البيع، لأنه لا يعد مالا عرفا. و إن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمنا فيه.

و الشاهد على عدم كونه مالا في هذه الصورة: أن الحر لا يكون مستطيعا بلحاظ عمله لكي يجب عليه الاكتساب، و تحصيل الزاد و الراحلة. ثم السير الى بيت الله الحرام.

و أيضا لو حبسه أحد لم يضمن عمله. مع أن تفويت منافع العبد أو الدابة أو سائر الحمولة موجب للضمان.

هذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمنا في البيع. و أما جعله مثمنا فيه فليس بجائر قطعا، لأنه من المنافع. و قد عرفت فيما سبق أن المبيع لا بد و أن يكون من الأعيان، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تمليك المنفعة بعوض.

و الحق: أنه لا يفرق في صدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضة عليه و عدمه. و الوجه في ذلك ما ذكرناه سابقا من أن مالیه الأشياء متقومة برغبة الناس فيها رغبة عقلائية. و لا يعتبر في ذلك صدق الملك عليها، لأن النسبة بينهما هي العموم من وجه. إذ قد يوجد المال و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، فإنها مال و ليست بمملوكة لأحد. و قد يوجد الملك، و لا يصدق عليه مفهوم المال. كحبة من الحنطة، فإنها ملك لصاحبه، و ليست بمال، إذ لا يبذل بإزائها شيء. و قد يجتمعان.

و هو كثير. و من المعلوم أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضة عليه- من مهمات الأموال العرفية و إن لم يكن مملوكا لأحد بالملكية الاعتبارية. بل هو مملوك لصاحبه بالملكية الذاتية الأولية على ما عرفته في أول الكتاب.

نعم ربما يناقش في ذلك بأن البيع- كما سبق- تبديل شيء من الأعيان بعوض في الإضافة الاعتبارية. و من الواضح أن عمل الحر فاقد لهذه الإضافة. و إذن فلا يصلح لأن يكون طرفا للتبديل الاعتباري في جهة الإضافة.

و فيه أن عمل الحر و إن لم يكن مملوكا لصاحبه بالإضافة الاعتبارية قبل البيع،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٥

و لكنها تعرض عليه بنفس البيع. و قد تقدم نظير ذلك في البحث عن إمكان بيع الكلي في الذمة.

و دعوى أن كلا من العوض و المعوض لا بد و أن يكون مالا مملوكا قبل البيع دعوى جزافية، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل و الاعتبار.

و أما الوجه في عدم وجوب الحج على الحر- بلحاظ استطاعته من ناحية عمله- فلأن الاستطاعة إنما تتحقق بمالكية المكلف- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحلة.

و بمالكيته لمؤنة عياله بالفعل أو بالقوة. و قد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى. و بأمن الطريق في بعض الأخبار [١].

و عليه فعلم الحر قبل وقوع المعاوضة عليه و إن كان مملوكا له بالملكية الفعلية التكوينية. و كذا بالملكية الشائنية الاعتبارية. إلا أنه لا

يترتب عليهما ما هو أثر للملكية الفعلية الاعتبارية.

نعم إذا آجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد، بحيث يكفي ذلك مئونة حجه و عياله، كان مستطيعا. و السر فيه هو ما ذكرناه من كون المدار في الاستطاعة على الملكية الفعلية الاعتبارية، دون الاقتضائية. و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله،

[١] المروى عن محمد بن يحيى الخثعمي قال: سأل حفص الكناسي أبا عبد الله (ع) و أنا عنده عن قول الله عز و جل **وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا** ما يعنى بذلك؟ قال: من كان صحيحا فى بدنه. مخلى سربه. له زاد و راحلة. فهو ممن يستطيع الحج. الخبير. فروع الكافي ج ١ ص ٢٤٠، و الوافى ج ٨ ص ٤٩. و الوسائل ج ٢ باب ٨ من أبواب الحج. فى أقرب الموارد: السرب بالفتح الطريق. يقال: خل له سربه: أى طريقه. فلان مخلى السرب: أى موسع عليه غير مضيق عليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٦

إذ المناط فى صحة هذا الإطلاق كون الإنسان مالكا لأمواله بالملكية الفعلية الاعتبارية.

و قد عرفت قريبا: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضة عليه- غير مملوك له كذلك، لأن ثبوت شىء لشىء بالإضافة الاعتبارية إنما يصح فى غير موارد الثبوت الحقيقى.

و إلا- كان الاعتبار لغوا محضاً، و تحصيلا للحاصل. و من المفروض أن عمل الحر مملوك له بالإضافة الذاتية. كما أن الله تعالى مالك لمخلوقاته بالإضافة الذاتية الإشراقية.

و أما الوجه فى أن إتلاف عمل الحر لا- يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعدة الضمان بالإتلاف ليست برواية لكى يتمسك بإطلاقها فى الموارد المشكوكة. بل هى قاعدة متصيدة من الموارد الخاصة. و إذن فلا بد من الاقتصار فيها على المواضع المسلمة المتيقنة.

و مع الإغضاء عن ذلك، و تسليم كونها رواية أنها غريبة عن عمل الحر. إذ الاستفادة منها أن إتلاف مال غيره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من كلمة (المال) هو المال المضاف الى مالكة بالإضافة الاعتبارية. و قد عرفت: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضة عليه- ليس كذلك. و عليه فلا يكون مشمولا لقاعدة الضمان بالإتلاف.

نعم إذا كان الحر كسوبا: و له عمل خاص يشتغل به كل يوم- كالبنائى و التجارة و الخياطة و غيرها- فان منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيرة القطعية العقلانية.

نظره فى الحقوق

إشارة

قوله: (و أما الحقوق الأخرى).

أقول: لا وجه لتوصيف كلمة (الحقوق) بلفظ (الأخرى) إذ لم تتقدم طائفة من الحقوق ليكون المذكور هنا طائفة أخرى منها. و عليه فالوصف المزبور مستدرك جزما. و قد ضرب عليه فى بعض النسخ الصحيحة.

و يحتمل قريبا وقوع التصحيف فى عبارة المصنف بالتقديم و التأخير. و صحيحها هكذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٧

و أما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال فلا إشكال. و كذا لو لم يقبل النقل. و أما الحقوق الأخرى القابلة للانتقال إلخ.

وقد ذكر السيد في حاشيته وجها آخر لتصحيح العبارة. وإليك نصه بلفظه:

(يمكن أن يكون الوصف توضيحياً، ويمكن أن يكون تقييداً بعد اعتبار كون العين والمنفعة أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعم). و يرد عليه:

أن الحق المبحوث عن جواز جعله ثمناً ليس من سنخ العين، ولا من سنخ المنفعة لكي يحتاج تمييزه عنهما إلى قيد احترازي. بل هو أمر يبين العين والمنفعة، فإنه عبارة عن الإضافة الخاصة المتعلقة بالعين تارة، وبالمنفعة أخرى. ومن هنا قد ناقش المصنف في جعل حق التحجير ثمناً في البيع بدعوى أنه ليس بمال- وسيأتي ذلك قريباً- مع أن الأرض المحجرة مال بالحمل الشائع قطعاً. نعم لو كان مورد البحث في العين أو المنفعة هو نفس الإضافة بين المالك والمملوك، أو كان مورد البحث في الحقوق هو متعلقها، لكان الحق شبيهاً بالعين والمنفعة، واحتاج تخصيص البحث بالحقوق إلى قيد احترازي. ولكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه.

قوله: (كحق الشفعة وحق الخيار)

. أقول: الظاهر وقوع التحريف في هذه العبارة، ضرورة أن حق الشفعة وحق الخيار من أمثلة القسم الثاني للحق الذي أشار إليه المصنف

بقوله: (و كذا لو لم يقبل النقل)

. والوجه في ذلك أن القسم الثاني من الحق هو ما لا يقبل النقل الاختياري وان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهري كالإرث- أو كان يقبل الإسقاط مجاناً، أو مع العوض ومن الظاهر أن حق الشفعة وحق الخيار يقبلان الانتقال والإسقاط مجاناً أو مع العوض، فيكونان من مصاديق القسم الثاني.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٨

أقسام الحقوق وأحكامها

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

١- ما لا يقبل المعاوضة بالمال وحكم فيه بأنه لا يجوز جعله ثمناً في البيع.

٢- ما لا يقبل النقل- وإن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالإرث- كحق الشفعة وحق الخيار. وحكم فيه أيضاً بأنه لا يجوز جعله ثمناً في البيع.

و استدل على أن هذا القسم من الحق لا يقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع والمشتري) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك لا محالة، وإن قبل السقوط والإسقاط.

و ناقش في هذا الرأي صاحب الجواهر، وإليك نص عبارته: (و فيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه. ولا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذي بعينه يقرر في نحو حق الخيار والشفعة والله اعلم). وقد أجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه، وبين ما نحن فيه بتقريب أن الملكية علاقة خاصة بين المالك والمملوك. ولا حاجة لها إلى وجود المملوك عليه. وعليه فلا مانع من تملك الإنسان لما في ذمته، و يترتب عليه سقوطه. ولذلك جعل الشهيد في قواعد الإبراء مردداً بين التمليك والإسقاط. مع أنه لو كان تملك الإنسان لما في ذمته محالاً لما جعل أمر الإبراء مردداً بينهما. وهذا بخلاف حق الشفعة وحق الخيار وأشباههما من الحقوق التي تقوم بطرفين (المسلط والمسلط عليه) فإن ذلك سلطنة فعلية محتاجة إلى المسلط عليه. وعلى هذا النهج فلو نقلت هذه السلطنة ممن له الحق إلى من عليه الحق لزم منه اجتماع عنوانين متقابلين: (المسلط والمسلط عليه) في شخص واحد وهو محال.

٣- ما يقبل النقل و الانتقال و يقابل بالمال في الصلح كحق التحجير. و مع ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٩

ناقش المصنف في وقوعه ثمنا في البيع، لأنه- لغة و عرفا- مبادلته مال بمال. و من البين أن الحق ليس بمال لكي يقع عوضا في البيع. نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المايئة في كل من الثمن و المثلثن أمكن جعل الحق ثمنا في البيع. هذا تفصيل ما ذكره المصنف في المقام. أقول: أما القسم الأول (ما لا يقبل المعاوضة بالمال) فقد يراد منه ما يقبل النقل و الانتقال، و السقوط و الاسقاط قبولاً مجانياً من دون أن يقابل بالمال- كحق القسم للضرة على ما قيل- و عليه فما ذكره قدس سره و إن كان وجيهاً من حيث الكبرى: و هي أن مثل هذا الحق لا- يجوز جعله ثمنا في البيع. و لكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى في الخارج. و أما حق القسم فلا دليل على كونه من هذا القبيل.

و قد يراد من ذلك ما لا يقبل النقل و الانتقال، و لا السقوط و الاسقاط- كحق الولاية و الحضائنة و أشباههما- و هو أيضاً متين من حيث الكبرى المزبورة، لأنه لا- تصح مقابلة الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذكورة. فإذا استحال عروض تلك الجهات على الحقوق لم تجز المعاوضة عليها.

و لكن مثل هذا لا- يسمى حقاً مصطلحاً، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم: أن الفرق بين الحق و الحكم أن الحق نوع من السلطنة التي يكون أمرها بيد ذي الحق بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئاً من ذلك. و إذن فالأمثلة المذكورة غريبة عن حدود الحق. و إنما هي من مصاديق الحكم المصطلح.

و أما القسم الثاني (ما لا يقبل النقل) فيقع البحث عنه في جهات شتى:

١- مالكية الإنسان لما في ذمته.

ذكر المصنف (ره): أن جواز ملك الإنسان لما في ذمته معقول عقلاً، و جائز شرعاً.

و هذا موافق للتحقيق، لما ذكرناه في أول الكتاب من مالكية الإنسان لنفسه و فعله و ذمته بالإضافة التكوينية الذاتية الأولية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٠

نعم لا يتصف ذلك بالملكية الاعتبارية. لا من جهة استحالة اتحاد المالك و المملوك عليه. بل لأن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي.

و إلا لكان الاعتبار لغوا محضاً، و تحصيلاً للحاصل. و قد مرّ فيما سبق أن مالكية الإنسان لذمته أمر تكويني حقيقي، فلا يحتاج إلى الثبوت الاعتباري. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد يتوهم أن المالك و المملوك عليه من المتضائفين، و هما متقابلان. و إذن فيستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهته أن النسبة بين المالك و المملوك عليه و إن كانت هي التضاييف. و لكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهما في محل واحد دائماً فالله تبارك و تعالی عالم بذاته، و هو معلوم له و كل شاعر يحب نفسه. و إنما الاستحالة فيما كان بين المتضائفين تغاير وجودي كالعليه و المعلولية. و من البديهي أن المالك و المملوك عليه لم يعتبر بينهما التغاير الوجودي. فلا مانع من صدقهما على شيء واحد.

٢- الفارق بين الملكية و السلطنة:

ذكر المصنف: أن الملكية لا تتوقف على المملوك عليه. و السلطنة تتوقف على المسلط عليه.

و التحقيق: أن هذا المعنى و إن كان صحيحاً بالإضافة إلى الملكية المضافة إلى الأعيان الخارجية. إلا أنها لا تصح في الملكية المضافة إلى الذمم. فإن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة شخص خاص لا يبذل بإزائه شيء. و لا يرغب فيه العقلاء.

٣- اتحاد المسلط و المسلط عليه:

ذكر المصنف: أن مثل حق الشفعة وحق الخيار سلطنة فعلية، فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد.

والتحقيق: أن حق الشفعة لا تجوز المعاوضة عليه. لا من ناحية المحذور الذي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤١

ذكره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سيأتي قريباً) بل من جهة أن حق الشفعة إما أن يباع من المشتري، أو من غيره. و على الأول فيكون البيع لغوا محضاً، إذ المشتري مالك للحصة المبيعة قبل انتقال حق الشفعة إليه و عليه فلا معنى لاستحقاقه تملك تلك الحصة ثانياً بحق الشفعة. و على الثاني فلأن حق الشفعة استحقاق الشريك للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها الى حقه. فالشريك قد أخذ موضوعاً لهذا الحق. و من البين الذي لا ريب فيه أنه لا يعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه، بديهياً أن نسبة الحكم الى موضوعه كنسبة المعلول الى علته، فكما يستحيل انفكاك المعلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه.

و بتعبير آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعة وجدنا خصوصية في مورده.

و تلك الخصوصية هي العلة التامة لثبوته للشريك فقط، دون غيره.

نعم تجوز المعاوضة على حق الشفعة من حيث الإسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمناً في البيع، أو اجرة في الإجارة، أو عوضاً في الصلح و الهبة، أو صداقاً في النكاح، و لكن هذا أجنبي عما نحن فيه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضة على حق الشفعة، و جعله عوضاً في العقود المعاوضية، لا المعاوضة على إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقاً: أن عمل الحر يجعل عوضاً في البيع و غيره من العقود المعاوضية.

و أما حق الخيار فجواز المعاوضة عليه من حيث الإسقاط خارج عن موضوع بحثنا- و قد عرفته قريباً- و أما نقله الى غيره بالعقود المعاوضية، و جعله عوضاً فيها فقد منعه المصنف من ناحية استلزامه اتحاد المسلط و المسلط عليه.

و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار. و أما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور. و إذن فالدليل أخص من المدعى.

ثانياً: أن هذا إنما يلزم فيما إذا كان متعلق السلطنة في الخيار هو البائع. دون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٢

العقد. و لكن سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين و إلا لسقط خيار كل منهما بموت صاحبه.

و على هذا الضوء فثبوت حق الخيار لا يحتاج الى وجود المسلط عليه لكي يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط و المسلط عليه. بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجرة.

ثالثاً: أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار- لاستحالة اتحاد المسلط و المسلط عليه- لاستحالة ملك الإنسان لما في ذمته بالأولوية القطعية، لاستحالة تملك الكلي بدون المملوك عليه. و حيث عرفت إمكان الثاني فكان الأول أولى بالإمكان.

رابعاً: أن مفهوم السلطنة و إن كان من المفاهيم الإضافية. إلا أن عنوان التضاييف لا يقتضى استحالة صدق المتضاييفين على شيء واحد. كما عرفته قريباً.

و صفوة ما ذكرناه: أنه لا مانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحية التي ذكرها المصنف قدس سره.

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين، أو بجعل شرعي ترجع حقيقته- على ما حققناه في مبحث الخيارات- الى تحديد الملكية في البيع الى زمان فسخ من له الخيار. و من الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلى الوارث بأدلة الإرث. و تمام الكلام موكول الى مبحث الخيارات. و يأتي الكلام فيه إن شاء الله.

و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال- كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمناً في البيع،

لعدم صدق المال عليه.

و يرد عليه ما ذكرناه فى أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبدلون بإزائه شيئاً. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء و تنافسهم.

فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور فى جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٣

نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلاً للنقل و الانتقال، أو السقوط و الإسقاط، مجاناً، أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمناً فى البيع، بداهة أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكية أو غيرها.

و قد عرفت سابقاً «١»: أن البيع لا- بد فيه من التبدل: بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمناً. و إذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع. كما هو الحال فى بقاء الأفعال المجعولة ثمناً.

و قد نوقش فى جعل الحق ثمناً فى البيع بمناقشة اخرى. و حاصلها: أن البيع- فى الواقع و نفس الأمر- ليس إلا إزالة الإضافة المالكية عن كل من العوضين، و إيجاد إضافة أخرى مالكية فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمناً فى البيع.

و السر فى ذلك أن الملكية من المفاهيم الإضافية. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوك. و من آثار هذه الإضافة أن يفك المالك- عند التبدل- إضافته القائمة بالمتاع، و يجعلها قائمة بالثمن، و يفك مالك الثمن إضافته القائمة بالثمن، و يجعلها قائمة بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله.

و من الظاهر أن التبدل فى باب الحقوق من القليل الثانى. ضرورة أنه إذا جعل الحق عوضاً فى معاملة كان معناه زوال الحق من ذى الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه.

و ليس معناه وقوع التبدل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجرة مثلاً.

و لا أن معناه وقوع المعاوضة بين المعوض و نفس الحق ضرورة أن الحق ليس إلا إضافة خالصة و من البديهي أن مقابلة هذه الإضافة بشيء تحتاج إلى إضافة أخرى

(١) ص ٢٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٤

لكى يقع التبدل فى تلك الإضافة. و يلزم منه التسلسل.

و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبدال حق بحق. و لا على تبديله بغيره.

كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه فى الجهات الراجعة إليه- كالإمامة، و القضاة، و الوزارة، و السلطنة، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشة يلزمنا أن نمنع عن جواز تبدال حق بحق. أو تبديله بغيره، منعا مطلقاً: أى سواء أصدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك. و أنت خبير بأن المانع من تبدال الحقوق، و جعله ثمناً هو ما ذكرناه من استحالة تعلق الملكية بالحكم الشرعى. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمناً. و بذلك تنقطع السلسلة كما فى مبادلة الأعيان و المنافع.

الملك و الحق و بيان الفارق بينهما

ما هى حقيقة الملك، و حقيقة الحق، و ما هو الفارق بينهما؟

أن الثابت فى نظام الوجود لا- يخلو عن أربعة أقسام: لأنه إما واجب، أو ممكن. و الثانى: إما جوهر، أو عرض، أو أمر اعتبارى قائم

بنفس الاعتبار.

ولا ريب في أن الأحكام كلها من قبيل الأمور الاعتبارية. سواء فيها الأحكام الشرعية، والعقلانية، والوضعية، والتكليفية، والإلزامية والترخيصية.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذم المكلف.

ومعنى الزوجية اعتبار كل من الزوجين عدلا للآخر.

ومعنى الملكية اعتبار إحاطة المالك بالمملوك. وعلى هذا النمط كلما ورد عليك حكم من الأحكام.

وعليه فحقيقة الملكية إنما هي السلطنة والإحاطة: وهي مقولة بالتشكيك على مراتبها الأربع المتقدمة «١» ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان الخارجية

(١) ص ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٥

تارة، وبالأفعال اخرى. فيقال: له السلطنة على المملكة. وهو سلطان الرعية، والناس مسطون على أموالهم. وزيد مسلط على الخياطة والبنية والتكلم والكتابة ونحو ذلك من الأفعال.

وهذا بخلاف الحق والحكم، فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال. فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز وشرب الماء. ويستحب له أكل الرمان ويجب على المكلف الإتيان بالصلاة الواجبة، وترك المحرمات. ويحرم عليه شرب المسكر وأكل الربا، واستماع الغناء. ويكره له أكل لحم الحمير والبغال.

وأيضا يقال: إن صاحب الخيار له حق فسخ العقد. والمرتهن له حق بيع العين المرهونة، واستيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه. والزوجة لها حق المطالبة للمسكن والنفقة والمضاجعة من زوجها. والأولياء لهم حق القيام بأموال المولى عليهم.

وحق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته ويقضى حاجته. ويحضر جنازته. ويكشف كبرته.

وعلى الجملة: إن الفارق بين الحق والحكم، وبين الملك: أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال. بخلاف الملك فإنه يتعلق بالأعيان تارة وبالأفعال اخرى. وإليك ملاحظة الاستعمالات الصحيحة الفصيحة.

الحق والحكم وعدم وجود الفارق بينهما

ما هو الفارق بين الحق والحكم؟

لا ينبغي الريب في أن الحكم والحق متحدان حقيقة، لأن قوامها بالاعتبار الصرف.

وتوضيح ذلك: أن المجعولات الشرعية على ستة أقسام:

١- التكليفية الإلزامية، كالواجبات والمحرمات.

٢- التكليفية غير الإلزامية. كالمستحبات والمكروهات والمباحات.

٣- الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ. كالبيع والإجارة والصلح ونحوها،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٦

فإنها وإن كانت لازمة في نفسها. ولكنها تنفسخ بالإقالة ونحوها.

٤- الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ، كالزواج، فإنه لا ينفسخ إلا في موارد خاصة.

٥- الوضعي الترخيصى الذي يقبل الاسقاط، كحق الشفعة وحق الخيار، فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه ويسقطه.

٦- الوضعى الترخيصى الذى لا يقبل الاسقاط، كالجواز فى الهبة، فإنه حكم مجعول للشارع. و لا يرتفع بالإسقاط. و هذه الأمور الاعتبارية و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافا واضحا، و لكنها تشترك فى أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعى أو العقلانى إلى الحق و الحكم لكى نحتاج إلى بيان الفارق بينهما. بل كلها حكم شرعى، أو عقلاى قد اعتبر لمصالح خاصة. بناء على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للملاكات الواقعية.

نعم تختلف هذه الأحكام فى الأثر - كما أشرنا إليه قريبا - اختلافا ظاهرا.

فبعضها يقبل الاسقاط. و بعضها لا يقبله و السر فى هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثا و بقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما. نعم المتبع فى ذلك - فى مقام الإثبات - هو الأدلة الشرعية.

و على الجملة: إن الجواز و اللزوم الوضعيين. كالجواز و اللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعية و لا تفاوت فى ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

فاعطف نظرك هل ترى فارقا بين جواز قتل المشرك - الذى يسمى حكما شرعيا - و بين سلطنة ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيا، لقبوله الاسقاط.

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقا بين حق الحضانة و الأبوة، و الولاية و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط، و بين حق الشفعة و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٧

و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعة: أن الحق مرتبة ضعيفة من الملكية، و صاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصة فى فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك. و ذكر طائفة: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلك مما ذكره فى هذا المقام. و لكنك قد عرفت: أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل.

نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفة من الأحكام: و هى التى تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحة فى الاصطلاح. و أظن - و إن كان الظن لا يغنى من الحق شيئا - أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء فى حقيقة الحق و الحكم. و بيان الفارق بينهما. و الله العالم.

و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) فى اللغة بمعنى الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر فى وعائه المناسب له، سواء أ كان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل فى عدة موارد من الكتاب العزيز [١]

[١] قال الله تعالى لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَيَّ أَكْثَرَهُمْ (أى ثبت) يس ٣٦: ٦.

قال الله تعالى فَحَقَّ عَلَيْنَا قَوْلُ رَبِّنَا (أى ثبت) الصافات ٣٧: ٣٠.

قال الله تعالى أَمْ مَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ (أى ثبت) الزمر ٣٩: ٢٠.

قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ حَقَّتْ عَلَيْهِمْ كَلِمَتُ رَبِّكَ (أى ثبتت) يونس ١٠: ٩٦.

قال الله تعالى وَيُحَقِّقُ اللَّهُ الْحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ (أى يثبتته) يونس ١٠: ٨٢.

قال الله تعالى لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيَبْطَلَ الْبَاطِلَ (أى يثبت) الأنفال ٨: ٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٨

و من هنا يصح إطلاق كلمة (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه في الواقع.
و لهذا أيضا يطلق الحق - بقول مطلق - على الله تعالى، لبطلان غيره في جنبه سبحانه.

و من هنا قيل: إن أصدق شعر أنشئ في الجاهلية هو قوله
ألا كل شيء ما خلا الله باطل

. و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعية. بل جميع الأمور الثابتة في أى صقع من الأصقاع، فلا وجه لتخصيصه بالأحكام
فضلا عن تخصيصه بحصة خاصة منها.

المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم

إذا شك فى أن المعجول الشرعى حق اصطلاحى يقبل الإسقاط، أو أنه حكم اصطلاحى لا يقبله، فإن كان هنا ما يدل على تعيين
أحدهما بالخصوص أخذ به. و إلا فإن كان للدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك، و يثبت به كونه حكما.
و مثال ذلك: أنه إذا شك فى أن جواز أكل المارة من الشجرة التى تمر عليها، أو جواز الفسخ فى الهبة حق أو حكم فإنه يتمسك
بإطلاق ما دل على جوازهما.

و يثبت بذلك كونه حكما، فلا يسقط بالإسقاط.

و أنه إذا شكنا فى بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص):

(من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له) «١» و أنه إذا شكنا فى بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى (وَ
مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا) «٢». و مع عدم الإطلاق فى ذلك

- قال الله تعالى كَذَلِكَ حَقًّا عَلَيْنَا نُنَاجِ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) يونس ١٠: ١٠٣.
قال الله تعالى وَ كَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) الروم ٣٠: ٤٦.
إلى غير ذلك من الآيات المتظاهرة.

(١) قد أشرنا إلى مصادر الحديث فى ص ٦.

(٢) الاسراء ١٧: ٣٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٤٩

رجعنا إلى الآيات [١] و الروايات [٢] الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة.

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية استصحابنا الجواز المشكوك فيه بعد
إسقاطه. و نحز بذلك كونه حكما. و إلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظية أو العملية. فقد تكون نتيجة ذلك السقوط
بالإسقاط. فيكون حقا.

و عليه فإذا شك فى أن حق الشفعة و حق الخيار من قبيل الحقوق، أو من قبيل الأحكام لم يجز إعمالهما بعد الإسقاط، لعدم الإطلاق
فيما دل على ثبوتها لدى الخيار و الشفع.

و إذن فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية رجعنا إليه. و إلا فإن العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون
رضاه محكمة.

و إذا شك فى حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولا- كحق الحضانة و الولاية و أمثالهما- فإن كان هنا دليل على قبوله النقل فإنه

يحكم بقبوله الانتقال أيضا، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه. وإلا فإنه يحكم بعدم انتقاله. و يأتي تفصيل ذلك في مبحث أحكام الخيار.

و إذا شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحا أنه يقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذى الحق فقط. فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل.

و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكا بالعمومات الدالة على صحة العقود و نفوذها

[١] قال الله سبحانه و ما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ. النساء ٤: ٩٤.

قال الله سبحانه و من يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها. النساء ٤: ٩٥.

قال الله سبحانه و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق. الانعام ٦: ١٥٢.

[٢] المروية في فروع الكافي ج ٢ ص ٣١٥، ٣١٦، و التهذيب ج ٢ ص ٤٩١، و الوافي ج ٩ ص ٨٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٠

دعوى جزافية، فإن تلك العمومات ناظرة إلى بيان الحكم الوضعي: و هو إمضاء المعاملات العرفية: أعني بها ما يكون مورد المعاملة فيها قابلا- للانتقال إلى غيره. و مع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكا بها في الشبهة المصدقية. و قد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية.

و إلى هنا وقف القلم في مبحث الحق و الحكم. و الله ولى التوفيق، و عليه التوكل، و به الاعتصام.

مفهوم الإنشاء و تعريفه

قوله: (فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال).

أقول: إن واقع الإنشاء المقابل للأخبار و إن كان من الأمور الواضحة التي يعرفها الصبيان و المجانين حسب مرتكزاتهم فضلا عن البالغين، إلا أنه وقع الكلام في حقيقته و فيما به يمتاز عن الأخبار، فالمعروف بين العلماء: أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ. و لكن هذا التعريف مزيف، لأننا ذكرنا في مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول: أن المراد من إيجاد المعنى باللفظ إما إيجاد خارجي، أو إيجاد اعتباري:

أما الإيجاد الخارجي فهو ضروري البطلان، بداهة أن الموجودات الخارجية برمتها مستندة إلى عللها الخاصة، و أسبابها المعينة، و مقدماتها الإعدادية، و من الواضح الذي لا ريب فيه أن اللفظ أجنبي عنها.

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادئ الوجود الخارجي، كالكلام العنيف المؤثر في اصفرار وجه الرجل. إلا أن هذا غريب عن إيجاد المعنى باللفظ في نظام الوجود. كما يبعد عن إيجاد المعنى باللفظ ما هو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى في عالم اللفظ. و وجه البعد: أن ذلك لا يختص بالجمل الإنشائية. بل يعم الجمل الخبرية و المفردات أيضا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥١

و أما الإيجاد الاعتباري فإن كان المراد به وجوده في نفس المتكلم فهو واضح الفساد، فإن الاعتبار النفساني من أفعال النفس، و من المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج إلى عالم الألفاظ أصلا و رأسا.

و إن كان المراد من الإيجاد الاعتباري وجود المعنى في اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الإنشاء و إن كان موضوعا لاعتبار العقلاء. إلا أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الإنشاء في الخارج. و كلامنا في تصوير حقيقته، سواء أ كان ذلك موردا لاعتبار العقلاء أو الشرع،

أم لم يكن.

و على الجملة: إنا لا نعقل معنى محصلا لتعريف الإنشاء بإيجاد المعنى باللفظ، سواء في ذلك الإيجاد الاعتباري و الإيجاد الخارجي. و التحقيق: أن الإنشاء إبراز الاعتبار النفساني بمبرز خارجي. كما أن الخبر إبراز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجي. و السر في ذلك أننا ذكرنا في مبحث الوضع من مدخل علم الأصول: أن حقيقة الوضع هي التعهد و الالتزام النفسي بجعل لفظ خاص، أو هيئة خاصة مبرزا لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهمه. و من البديهي أن هذا المعنى أمر اختياري لكل من التزم بذلك و تعهد به. و الارتباط الحاصل بين الدال و المدلول أمر قهري و منتزع من الالتزام المذكور.

و لا يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان و الذوق السليم، و الارتكاز العقلائي، و الفهم العرفي، و المعنى اللغوي، بديهية أن الوضع في اللغة بمعنى الجعل و الإقرار و الإثبات و ما يراد منها من ألفاظ أية لغة كانت. و عليه فالترام المتكلم بإبراز مقاصده- عند التفهيم- بالألفاظ الخاصة نوع من الوضع. و من هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين في المحاكم العرفية.

و على هذا النهج فكل من تعهد بإبراز مقاصده بالألفاظ المتداولة بين أهل اللسان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٢

لتفهم أمر تعلق به غرضه- فهو واضع حقيقة. نهاية الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الأول إنما هو لسبق زمانه، و قدم عهده. و لا فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبرية و الجمل الإنشائية، و غيرهما من الألفاظ المفردة و المركبة التي هي من الامارات الجعلية. نعم تفرقت الجمل الإنشائية عن الجمل الخبرية بأن الجمل الإنشائية إنما وضعت بهيئاتها الإنشائية لإبراز أمر ما من الأمور النفسانية: و هذا الأمر النفساني قد يكون اعتبارا من الاعتبارات، كما في الأمر و النهي و العقود و الإيقاعات. و قد يكون صفة من الصفات، كما في التمني و الترجي. و لأجل ذلك أن الجمل الإنشائية لا تتصف بالصدق تارة و بالكذب أخرى. إذ ليس في مواردنا خارج تطابقه النسبة الكلامية، أو لا تطابقه.

و هذا بخلاف الجمل الخبرية، فإنها موضوعه لإبراز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب. و عليه فالهيئات التركيبية للجمل الخبرية أمانة على قصد المتكلم للحكاية عن النسبة، و هذه الحكاية قد تطابق الواقع فتكون الجملة صادقة، و قد تخالفه فتكون كاذبة. و قد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدء بالصدق و الكذب- في الجمل الخبرية- إنما هو الحكاية عن الواقع. و أما اتصاف الجملة الخبرية بهما إنما هو من قبيل وصف الشيء بحال متعلقة.

و المتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ في المعنى ليس إلا إظهار المقاصد النفسانية بمبرز خارجي سواء في ذلك الجمل و غيرها. و إذن فالإنشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط له بإيجاد المعنى باللفظ.

حقيقة البيع و تعريفه

لا- يخفى على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاء ساذجا- و إن علم عدم تحقق الاعتبار النفساني- و إلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهي و النائم و السكران و أمثالهم، و لا أنه صرف الاعتبار النفساني- و إن لم يقترن به المظهر الخارجي-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٣

و إلا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني المحض من دون إبرازه بمبرز خارجي.

و هو باطل بالضرورة.

بل حقيقة البيع هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع أو للعقلاء أم لم يكن كذلك. و عليه فإذا اعتبر أحد تبديل ماله بمال غيره في أفق نفسه، ثم أظهر ذلك بمبرز خارجي صدق عليه مفهوم البيع جزما. و كذلك الحال في سائر الأمور الإنشائية من العقود و الإيقاعات، و الأوامر و النواهي، فإن معنى الأمر- مثلا- ليس إنشاء خالصا، و لا اعتبارا ساذجا. بل هو الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي.

و إذا اطلعت على ما ذكرناه فى معنى الإنشاء، و لاحظت ما بيناه فى معنى المبادلة «١» جاز لك تعريف البيع بأنه إنشاء تبديل شىء من الأعيان بعوض فى جهة الإضافة. و لا يتوجه عليه لزوم أخذ الإنشاء فى المنشأ. كما سجله المصنف على ما ذكره المحقق الثانى من أن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة. و ذلك لأن هذه المناقشة واضحة الدفع نقضا و حلا، و سيأتى قريبا. قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية، و لا متشعبة بل هو باق على معناه العرفى). أقول: قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ما ذكرناه:

١- ما ذكره الشيخ فى المبسوط، و العلامة فى التذكرة من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى. و رماه المصنف الى التسامح الواضح، و لم يبين سره. و لعل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع، فلا يسوغ تعريف الشىء بأثره. إلا على سبيل العناية و المجاز.

و أضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع، كالتملك و التبديل. و الانتقال

(١) قد عرفت ذلك مفصلا فى ص ٢٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٤

صفة للعوضين، فلا وجه لتعريف البعض بذلك. نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازا، لأن ذلك من قبيل توصيف الشىء بحال متعلقة [١].

٢- ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و ناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا- وجه لتفسيره به. على أن البيع ينشأ باللفظ. و لا معنى لإنشاء الإيجاب و القبول باللفظ. و لكن هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنف أيضا، لأنه أخذ الإنشاء فى تعريف البيع. و سيأتى قريبا. قيل:

إن اللفظ سبب و البيع مسبب. فيستحيل تعريف المسبب بسببه.

و يرد عليه: أن البيع ليس من الأمور التوليدية لكى يتسبب إليه بالألفاظ، و يضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسما للسبب دون المسبب.

٣- ما حكى عن المحقق الكركى فى جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة.

و ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أنه إن كان غرض المحقق الثانى من هذا التعريف ان البيع نقل العين المنشأ بالصيغة المخصوصة فيرد عليه: أن النقل بنفسه و إن كان أمرا يمكن إنشاؤه بالصيغة. إلا أن النقل مقيدا بكونه منشأ بالصيغة غير قابل لتعلق الإنشاء به. و هو ظاهر.

و إن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع، و جعله

[١] ربما يناقش فى هذا التعريف بما ذكره فى الجواهر من أن البيع فعل، فلا يكون انتقالا. و فيه أن البيع و إن كان من الفعل بمعناه اللغوى. إلا أنه أمر اعتبارى صرف. و من الواضح أن الأمور الاعتبارية غير داخله تحت مقوله الفعل بمعناها المصطلح المبائنه لمقولة الانفعال.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٥

مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذى تكون الصيغة سببا له. لا أن يكون التقييد مأخوذا فى مفهوم البيع لكى يكون مدلول بعث نقلت بالصيغة، و إن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغة خصوص كلمة بعث فقد لزم منه الدور، إذ الغرض من

التعريف معرفة مادة بعث، فلا- يمكن تعريف تلك المادة بما يشمل عليها. وإن أراد من الصيغة ما هو الأعم من كلمة بعث ووجب الاقتصار على مجرد النقل و التملك. و الجواب عن ذلك:

أن لفظ البيع- على ما تقدم بيانه قريبا- لم يوضع للاعتبار النفساني الصرف:

أعنى به اعتبار التبديل بين المالكين. كما أنه لم يوضع لمجرد الإنشاء من دون أن يكون هناك اعتبار نفساني. بل هو موضوع للاعتبار المبرز في الخارج بمرز ما. وهذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغة بعث من الألفاظ الكاشفة عن اعتبار التبديل بين العوض و المعوض. كذلك يمكن أن يتحقق بصيغة بعث.

و هذا نظير لفظ الاذن و الإجازة و غيرها مما وضع لإبراز الرضا النفسى بمرز ما، فإنه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن. كذلك يمكن إبرازه بلفظ الإذن أيضا. فإذا قال: أذنت لك فى أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظة، و يكون ذلك مصداقا للإذن فى الخارج.

و على الجملة: لا مانع من أن يكون البيع اسما للنقل بالصيغة المخصوصة. و معه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضا بصيغة بعث. و لا يفرق فى ذلك بين القول: بأن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ- كما هو المشهور- و بين القول: بأنه إظهار ما فى النفس من الاعتبار، كما هو المختار عندنا.

و يضاف إلى ذلك: أن ما وجهه المصنف على المحقق الثانى يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل، و القذة بالقذة، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع- و سيأتى- بأنه إنشاء تملك عين بمال و من الواضح أن إنشاء التملك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغة المخصوصة. نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران، و قد تعرض لهما المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٦

١- أن لفظ النقل ليس مرادفا للبيع. بل هو من الكنايات. و قد ثبت فى محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائية فى التعاريف.
٢- أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود، بدهائه أن المعاطاء بيع عند المحقق الثانى، مع أنها لم تنشأ بالصيغة أصلا فضلا عن الصيغة المخصوصة.

٤- ما حكى عن الحلبي من أن البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن. و يرد عليه وجوه:

١- أن العقد مركب من الإيجاب و القبول. و إذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب و القبول ٢- أن هذا التعريف لا- يشمل البيع الفاسد، لأنه لا- يقتضى استحقاق التصرف فى العوضين. مع أنه بيع جزما. و عليه فلا- يكون جامعا لأفراد المحدود.

٣- أن التعريف المذكور مشتمل على الدور، لمكان ذكر المبيع فيه، بدهائه أن الغرض منه معرفة مادة بعث. و من الواضح أن ذكر ما يقتطف منها فى تعريفها دور واضح ٥- ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تملك عين بمال. و يتوجه عليه وجوه:

١- أن لفظ العين يشمل الأعيان المتمولة و غيرها. مع أنه (ره) اعتبر المالية فى العوضين. فلا يكون تعريفه هذا مانعا عن دخول الأغيار فى المحدود.

٢- أنه لو كان البيع إنشاء تملك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه فى الإضافة الملكية فقط. و قد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم «١» و قلنا: إن البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الإضافة. لا فى الإضافة الملكية و لا فى الإضافة المالية.

٣- أنه لا دليل على اعتبار المالية فى الثمن. و إنما المناط فى تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضة عليه. و قد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق «٢» كما اتضح لك ان الصحيح هو ما ذكرناه فى تعريف البيع من أنه إنشاء تبديل عين بعوض فى جهة الإضافة.

(٢) ص ٢٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٧

أوهام حول تعريف البيع**إشارة**

قوله: (و لا يلزم عليه شيء مما تقدم. نعم يبقى عليه أمور)

أقول: بعد ما عرف المصنف البيع بإنشاء تمليك عين بمال تصدى لذكر جملة من النقوض المتوجهة على التعريف المزبور. و الجواب عنها. و يحسن بنا التعرض لتلك النقوض و أجوبتها تأسيًا له (ره).

منها: ١- أن تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت. و إلا لم يكن التمليك مرادفا للبيع.

و قد أجاب عنه المصنف بصحة الإيجاب بلفظ ملكت، لأن التمليك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع. و قد صرح بذلك أيضا في البحث عن ألفاظ العقود. و سيأتي.

و التحقيق: أنه لا-ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت. و لكن هذا بعيد عن قضية مرادفة التمليك للبيع. ضرورة أنه ربما يتحقق مفهوم البيع و لا يكون هناك تمليك أصلا. و مثال ذلك: أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور- لكي يصرف ثمنه في قربات الله- لم يقع التبدل بين العوضين في الإضافة الملكية. بل في إضافة أخرى غيرها «١».

و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصيغة ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلا. و أما إذا كان فضوليا، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فإنه لا يصح خطابه بلفظ ملكتكم. بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت.

و من النقوض. ٢ أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن هو عليه، إذ الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٢، ص: ٥٨

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٨

و أجاب عنه المصنف بوجهين. و حاصل الوجه الأول: أنه يمكن أن يملك الإنسان مالا على نفسه. و تكون نتيجته سقوط ذلك المال عن ذمته. و نظير ذلك:

أن يكون أحد مديونا لغيره دينارًا و اشتري الدائن متاعا من المديون بدينار كلي في الذمة فإن الدينارين يسقطان بالتهاتر. و حاصل الوجه الثاني: أنه إذا لم يعقل تملك الإنسان لما في ذمته لم يعقل بيعه أيضا، إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و

النقل و التملك، و ما يساويها من الألفاظ سواء أ كانت من اللغة العربية أم كانت من غيرها و من هذه الناحية قال فخر المحققين: (إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى، فإذا لم يعقل ملكية ما فى ذمة نفسه لم يعقل شىء مما يساويها فلا يعقل البيع). و التحقيق: أنه لا بأس بما ذكره فى الوجه الثانى. و أما الوجه الأول فيرد عليه أنه إذا صح ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثا صح ذلك بقاء أيضا، بديهى أن الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث و البقاء. إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعى، كما فى شراء العمودين فإنه حينئذ لا- بأس من الالتزام بالملكية الآتية حدوثا لا بقاء. و لكن هذا فيما إذا كان ملك الإنسان لما فى ذمته بالملكية الاعتبارية لا بالملكية الذاتية. و قد عرفت ذلك سابقا فى البحث عن أقسام الحقوق و ستعرفه قريبا عند الجواب عن النقض [١].

[١] قد أجاب المحقق الثانى عن النقض المذكور فى المتن و إليك نص مقرر بحثه: (فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه و إن كان صحيحا، إلا أن البيع لم يقع على ما فى الذمة بقيد كونه فى الذمة ليكون من قبيل مالكية الشخص لما فى ذمته. و ذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه فى الخارج. و لا شبهة أنه يعتبر فى المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية بل يقع البيع على الكلى:- مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥٩

و التحقيق: أن مالكية الإنسان لذمته أمر ذاتى تكوينى من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتبارى، بديهى أن الثبوت الاعتبارى إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى. و إلا لكان الاعتبار لغوا محضا، و تحصيله للحاصل. و عليه فإذا ملك شخص شيئا فى ذمة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية. و إذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدلت الملكية الاعتبارية بالملكية الذاتية التكوينية، لما عرفته من لغوية الثبوت الاعتبارى فى موارد الثبوت الحقيقى. و إذن فلا مجال

- و هو من الحنطة- مثلا- فيصير المشتري: أعنى المديون مالكا لذلك الكلى على البائع. و حيث إن البائع كان مالكا لمن من الحنطة على ذمة المديون: و هو المشتري فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري. فيوجب سقوط ذمة كليهما. و هذا و إن لم يكن من التهاثر حقيقة، إلا أنه أشبه شىء به) منية الطالب ج ١ ص ٤٣.

و يتوجه عليه: أن نتيجة ذلك البيع و إن كانت متحدة مع نتيجة بيع الدين ممن هو عليه، إلا أن كلا منهما أجنبى عن الآخر، فان المبيع فى بيع الدين من غير من هو عليه هو بعينه المبيع فى بيع الدين ممن هو عليه، فكما أن المبيع فيما إذا كان المشتري غير من يكون الدين عليه إنما هو الكلى فى ذمة المديون. كذلك المبيع فيما إذا كان المشتري هو المديون.

و أما ما ذكره من أن الكلى المقيد بالذمة لا يقع عليه البيع، لأنه بهذا القيد لا يوجد فى الخارج فيتوجه عليه: أن الكلى ما لم يضاف إلى الخارج أو إلى ذمة شخص لا يتعلق به اعتبار الملكية. و بما أن الكلى فى بيع الدين ممن هو عليه أو من غيره ليس هو الكلى الخارجى فلا مناص عن إضافته إلى الذمة. و لكن هذا الكلى غير مقيد بالذمة لكى يستحيل صدقه على الخارج. بل الذمة ظرف له: بمعنى أن المطالب و الملتزم بدفع الكلى هو المديون. و قد تقدم فى ص ١٧ ما يوضحك معنى بيع الكلى فى الذمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٠

للمناقشة فى بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الإنسان لما فى ذمته. كما لا مجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك. بل يوجب البيع تبدل الإضافة الاعتبارية بالإضافة الذاتية. فالحجر الاساسى للمناقشة فى بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية. و قد علمت الفارق بينهما.

و من النقوض: ٣- أن تعريف البيع بإنشاء التمليك إلخ يشمل التمليك بالمعاطاة.

مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاة ليست بيع. بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك. و إذن فينتقض ذلك التعريف بالمعاطاة. و يرد عليه: أن المعاطاة بيع حقيقة لغو و عرفا. و أن غرض النافين إنما هو نفى الصحة أو اللزوم عن البيع المعاطاتي. و الذي يوضح ذلك أنه لا وجه لدعوى الإجماع على عدم كونها بيعا. لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفي و لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على أمثال ذلك. و إنما مورد الإجماع التعبدى هو المسألة الشرعية و يضاف إلى ذلك أن جما غفيرا من أكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاة بيع صحيح. بل جملة من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعا لازما. و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع على عدم كونه بيعا

و من النقوض. ٤- انه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء،

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع. و أجاب عنه المصنف و إليك نصه
(و فيه ان التمليك فيه ضمنى و انما حقيقته التملك بعوض. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال: أعنى المنفعة.
و لكننا لم نفهم معنى محصلا للتمليك الضمنى إذ يرد عليه أولا- انه ان كان مراده من التمليك الضمنى التمليك التبعي: (بمعنى ان البائع يملك ماله للمشتري أولا و يملك المشتري ماله للبائع ثانيا) فيرد عليه: ان لازم ذلك ان ينعكس الأمر فيما إذا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦١

تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليك من ناحية المشتري أولا، و البيع من ناحية البائع ثانيا.
و ان كان مراده من التمليك الضمنى: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلالة المطابقة على تمليك المشتري ماله للبائع، سواء فى ذلك تقدم القبول على الإيجاب و عدمه، ان كان مراده هذا فيرد عليه: ان هذا يرجع الى جهة الدلالة، و مقام الإثبات. فلا يوجب فرقا بين التمليكين لبأ، و فى مقام الثبوت، بداهة ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الإضافة. و من الضرورى أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر فى آن واحد، و فى مرتبة واحدة. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحية البائع إلا فى آن وجود التمليك من ناحية المشتري.

و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبديل بين الثمن و المثلن فى جهة الإضافة فى مرتبة واحدة. نعم يشترط رضا المشتري و قبوله لفعل البائع فى تحقق عنوان التبديل، و نتيجة ذلك: أن التمليكين (تمليك البائع و تمليك المشتري) يتحققان فى مرتبة واحدة. و إذن فلا أصالة و لا تبعية فى المقام.

و أضف إلى ذلك: أنا سلمنا كون التمليك من ناحية البائع أصليا استقلاليا، و من ناحية المشتري ضمنا تبعا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصره فى الأول. قيل:

ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك فى عالم الاعتبار. و عليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلا- شأن للمشتري الا- قبول الإيجاب من البائع و نسبة فعله الى نفسه فتكون منزلة القبول فى البيع منزلة الإمضاء فى المعاملات الفضولية و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثة أقسام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٢

١- أن يكون شرطا لإمضاء الشارع.

٢- أن يكون شرطاً لإمضاء العقلاء.

٣- أن يكون شرطاً لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجوداً وهدماً. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بدهاء انتفاء حقيقة البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشتري.

و من النقوض: ٥- أنه إذا كان البيع إنشاءً لتمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على تملك عين بمال

و يتوجه عليه وجوه:

١- أن مفهوم الصلح هو التسالم، و يعبر عنه في لغة الفارس بلفظ (سازش و سازكاري) و عليه فالمدلول المطابقي لكلمة الصلح انما هو إنشاء التسالم على أمر معلوم.

و من الظاهر أن هذا العنوان يغير عناوين سائر العقود، إذ المنشأ فيها (أولاً و بالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم، بديهياً ان كل معاملة و ان كانت لا- تصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعاملة. لكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان. فكم فرق بين إنشاء الصلح، و بين معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين.

نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض، فتتحد مع نتيجة البيع. و قد تكون تمليك عين مجاناً فتتحد مع نتيجة الهبة. و قد تكون تمليك منفعة بعوض فتتحد مع نتيجة الإجارة. و قد تكون تمليك منفعة مجاناً، فتتحد مع نتيجة العارية. و قد تكون نتيجة الصلح غير ذلك من الأمور: كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع، أو على إسقاط لحق الدعوى. و على كل حال لا يكون الصلح مصداقاً للبيع، و لا لغيره من العقود.

و مما يدل على مغايرة البيع و الصلح مفهومهما هو أن الصلح- كما عرفته قريبا-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٣

التسالم. و من الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان. بل لا بد و أن يتعلق ذلك إما بالفعل - كالإسقاط و العفو و التمليك و أشباهها- أو بالحكم الوضعي كالملكية و نحوها. بخلاف البيع، فإنه تبديل شيء من الأعيان بعوض «١».

و من هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال: صالحتك عما علم بما علم. أو يقال: صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي. بخلاف البيع، فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه، فيقال: بعثك المتاع الفلاني بكذا. فيستوضح من ذلك: أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر.

و على الجملة: إن مفهوم التسالم و إن صدق على جميع العقود حتى النكاح، إلا- أن المنشأ في كل عقد بدء غير ما هو المنشأ في الصلح. و إذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح، لأنهما متغايران مفهومًا [١]

[١] ذكر المصنف (ره): أنه (و قد يتعلق الصلح) بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير).

أقول: يمكن أن يكون نظره في ذلك إلى حسنة الحلبي عن الصادق (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه و كان من المال دين (و في التهذيب: و كان المال عينا و ديناً، و لم يقل: و عليهما دين) و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال. و لك الربح، و عليك التوى (الهلاك) فقال: لا بأس إذا اشترطاً فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز و جل.

فروع الكافي ج ١ ص ٤٠٣. و الوافي ج ١٠ ص ١٢٢. و التهذيب ج ٢ ص ١٦٨. و الوسائل ج ٢ باب ٤ من أبواب أحكام الصلح. فان هذه الرواية لا تخلو عن الأشعار بنفوذ الصلح في أمثال الموارد. و يمكن أن يكون نظره إلى إطلاق ما دل على نفوذ الصلح بين المسلمين، كرواية حفص بن

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٤

و من النقوض: ٦- أنه إذا كان البيع تملك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضة.

و التحقيق: أن الهبة على ثلاثة أقسام:

١- أن تكون مجانيا من غير أن تقابل بالعوض سواء أ كان ذلك بالاشتراط أم بإرادة المتهب.

٢- أن لا يشترط الواهب عوضا في هبته إلا أن المتهب يعطى العوض من تلقاء نفسه قضية لمقابلة الإحسان بالإحسان.

٣- أن يشترط الواهب عوضا في هبته بأن يهب شيئا للمتهب و يشترط عليه فعلا من الأفعال. و يسمى هذا هبة معوضة. و قد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف و توضيحه: أن حقيقة الهبة متقومة بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكا مجانيا من دون أن يعتبر العوض في ماهيتها. نهاية الأمر أنه قد يشترط فيها العوض، فتسمى هبة معوضة. و من الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها، إذ الشرط ليس عوضا للتمليك، و لا- بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط في الهبة شأن سائر الشروط المشروطة في بقية العقود.

و الشاهد على صدق مقالنا: أنه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة. بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط.

و يتضح ما ذكرناه وضحنا حلها بملاحظة التعويض غير المشروط في ضمن الهبة الأولى الصادرة من الواهب، بداهة أن التعويض الصادر من المتهب هبة أخرى غير دخلية في حقيقة الهبة الأولى الصادرة من الواهب. فيستكشف من ذلك أن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجاني و هذا بخلاف البيع، فإنه متقوم باعتبار التبدل بين العوض

- البختری الضعيف عن الصادق (ع) قال الصلح جائز بين المسلمين. و كمرسله الفقيه عن رسول الله (ص) الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا الوافي ج ١٠ ص ١٢١. و الوسائل باب ٣ من أبواب أحكام الصلح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٥

و المعوض، و إظهاره بمبرز خارجي. و عليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط، أو بتمليك المشتري فقط [١].

[١] ربما يتوهم انتقاض التعريف بقسم آخر للهبة المعوضة الذي لم يتعرض له المصنف: و هو أن يهب الواهب ماله للمتهب على أن تكون داره- مثلا- للواهب بعنوان شرط النتيجة.

و لكنه أيضا أجنبي عن حد البيع، بداهة أن الدار و إن صارت ملكا للواهب بقبول المتهب الهبة. إلا أن ذلك من ناحية الشرط دون العقد. و لذا لو فرض فساد الشرط- لعدم كون الدار ملكا للمشروط عليه، أو من جهة أخرى- لم تبطل الهبة بناء على ما هو المشهور بين الأصحاب من أن فساد الشرط لا يسرى إلى العقد. و هذا بخلاف البيع، فإن العوض فيه يصير ملكا للبائع بنفس العقد. لا من قبل الشرط.

ثم إنه لا وجه لما ذكره المصنف (ره) من حصر تمليك العين بالعوض في البيع.

و تحقيق ذلك في نواحي شتى:

١- ما أفاده المصنف من أنه لا معنى للرجوع إلى الأصل بعد انحصار التمليك بالعوض في البيع، و عدم صدقه على غيره.

و فيه أن التملك بالعوض غير منحصر في البيع، بل له صنف آخر غير البيع، كتبديل عرض بعرض، أو نقد بنقد، أو منفعة بمنفعة من دون أن يجعل أحد العوضين ثمنا والآخر مثمنا، فإن ذلك خارج عن حدود البيع، وإنما هو قسم خاص من المعاملات المعاوضية. و تدل على صحته آية التجارة عن تراض. النساء ٤: ٣٣-٢ أنه إذا وجدت معاملة في الخارج وشك في أنها بيع أو غيره حملت على البيع، لغلبته على سائر أفراد التملك بالعوض، وقد حقق في محله أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

و فيه أنه لا دليل على حجية الغلبة، و إذن فالظن الحاصل منها لا يغني من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٦

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته قسمين آخرين للهبة غير ما تقدم:

١- أن تقع الهبة في مقابل الهبة، كما إذا قال الواهب:

ملكتك كذا بهبتك كذا، و يقصد بذلك وقوع الهبة بإزاء الهبة: بأن تكون كلمة (الباء) متعلقة بالتملك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقة و الفارق بين هذا القسم، و بين ما يشترط فيه العوض: أنه إذا لم يهب المتهب هنا بطلت الهبة الأولى، إذ المفروض أن كلا- من التملكين وقع في مقابل الآخر. و من الظاهر أن مقتضى المقابلة هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر. بخلافه هناك، فإن مخالفة الشرط فيه يوجب الخيار فقط.

و أما الفارق بينه و بين البيع فإن المقابلة هنا بين الفعلين. بخلاف البيع فإن المقابلة فيه بين العوضين.

٢- أن تقع المقابلة بين المال و الهبة: بأن يقول الواهب ملكتك كذا بمقابل ما أعطيتني. نظير أن يقول: أكرمتك بعوض ما أعطيتني. و يقصد في هذا القسم وقوع المال بإزاء الهبة: بأن تكون كلمة (الباء) متعلقة بالتملك بلحاظ نفسه أيضا. و السر في أن هذا القسم من أقسام الهبة دون البيع: أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكي يكون ذلك من أفراد البيع، بل في مقابل الفعل و هو التملك. و أما المال فهو مجاني صرف و لم يقع بإزائه شيء.

- الحق شيئا. و يضاف إلى ذلك أن بقية أفراد التملك بالعوض ليست بنادرة. غاية الأمر أن أفراد البيع أكثر. من غيرها.

٣- إذا أنشئ التملك بالعوض بصيغة البيع، و احتملنا إرادة المعنى المجازي من ذلك- كالصلح و الهبة المعوضة- حمل على البيع، لأصالة الحقيقة التي ثبتت حجيتها ببناء العقلاء، و إجماع العلماء، و سيرة الرواة، و ديدن حملة الحديث. و فيه أن الأصل بهذا المعنى و إن كان صحيحا، بل موردا للتسالم. و لكن الظاهر أنه ليس مراد القائل. كما هو واضح للمتأمل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٧

و التحقيق: أنا لا نعقل مقابلة الهبة بالهبة أو بالمال مقابلة معاوضية بصيغة وهبته، لأن هذه الصيغة إنما تكفلت بإنشاء تملك متعلقها (العين الموهوبة) للمتهب و مع ذلك يستحيل أن يتكفل بإنشاء تملك نفسها له إلا بإنشاء آخر بأن يقول: ملكتك هبتي لك كذا بهبتك إياي كذا.

و عليه فيكون كل من المتعاملين مالكا لعمل الآخر: أعنى به الهبة المذكورة في العقد.

٧- من النقوض: أنه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال انتقض طرده بالقرض،

لأنه أيضا إنشاء تملك عين بمال.

و أجاب عنه المصنف:

(بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما).

و ناقش فيه المحقق الايرواني و إليك نصه «فإما هو مجرد تغيير للعبارة مع، كون واقعه هو المعاوضة، أو هو غير معقول، فإن التملك

على وجه ضمان المثل أو القيمة إن كان بمعنى المقابلة على أن يكون تمليكا بإزاء عوض في الذمة فذلك هو الأول، فإنه تمليك بعوض في الذمة. وإن كان لا بمعنى المقابلة. بل كان التمليك مجانيا وقد اشترط في تمليكه أن تكون الذمة مشغولة بحكم الشارع، كما تكون مشغولة في موارد الضمانات فذلك هو الثاني).

ولكن هذه المناقشة غريبة عن مقصود المصنف، فان غرضه - على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمة و سيأتي - أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكه بجميع خصوصياته النوعية و الصنفيه و الشخصية - سواء أ كانت تلك الخصوصيات دخيلة في المالية أم لا - بديهه أن الثابت في ذمة الضامن ابتداء إنما هو نفس العين. فيجب ردها إلى مالكةا لقاعدة ضمان اليد. و إذا تلفت العين وجب مثلها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٨

على الضامن، لأنه أقرب إلى التالف و إن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتها، لاحتوائها على جميع ما هو دخيل في مالية العين. و على هذا الضو. فمعنى القرض هو تمليك المقرض ماله للمقترض على وجه ضمان المثل. و حينئذ فيملك الدائن على المديون أمرا كليا منطبقا على كل فرد من الأفراد الخارجية المساوية لما أخذه من القرض في الخصوصيات النوعية و الصنفيه الدخيلة في المالية. و أما الخصوصيات الشخصية غير الدخيلة في المالية فهي لا تدخل تحت الضمان لأن الإنسان إنما يستقرض شيئا لدفع حاجته به. فلزوم إبقائه على حاله نقض للغرض و عليه فليس للمقرض ان يجبر المقترض على رد العين المأخوذة قرضا تمسكا بدليل ضمان اليد، بدهه ان قاعدة ضمان اليد لا تجرى في المقام، إذ المفروض ان يد المقترض لم تتعلق بمال غيره. و أما الضمان بالاقدام فلا يترتب عليه أزيد مما ثبت فيه التعهد. و قد عرفت قريبا: أن العهدة لم تثبت - في باب القرض - إلا بالنسبة إلى مالية العين المأخوذة قرضا، لا بالنسبة إلى خصوصياتها الشخصية. فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع.

و يتضح ما ذكرناه جليا بقياس القرض بالغصب، إذ لا فارق بينهما إلا من ناحية أن المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعية و الصنفيه و الشخصية و هذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضا غير مضمون بالخصوصيات الشخصية كما عرفته قريبا. و على هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضا. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بأمر عديده.

١- أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه رباء المعاوضة مع أنه لا يجرى فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٦٩

و أوضحه السيد في حاشيته بما هذا نصه (لا- يشترط في تحقق الربا فيه (القرض) ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد، و اشتراط كونهما من المكيل و الموزون. بل يحرم فيه الزيادة مطلقا و إن لم يكونا من جنس واحد، كما في قرض القيميات، و كذا إن كان معدودا أيضا هذا).

ثم ناقش في ذلك و إليك لفظه: (و لكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضة و إن كان أصل المطلب حقا، لوضوح أن القرض تمليك بالضمان، لا بعوض. و ذلك لإمكان اختصاص بعض المعاوضات بسعة دائرة الربا فيه لدليل خاص فتدبر).

و الظاهر: أن المصنف (ره) يريد من

قوله: (لا يجرى فيه رباء المعاوضة)

مطلبا آخر غير ما فهمه السيد منه. و هو: أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضة، و دفع نقد آخر منهما - حين الأداء - الذي يساوى القرض في المالية و إن زاد عليه في المقدار لا يستلزم الربا و مثال ذلك: أن يقترض أحد من صاحبه ريبالا عراقيا و يدفع عن بدله إلى المقرض أربعة دراهم. فان هذه الدراهم و إن كانت مساوية للرايات في المالية، و لكنها زائدة عليها في المقدار. و مع ذلك لا يكون هذا رباء.

إلا إذا استلزم زيادة في المالية. وهذا بخلاف المعاملات المعاوضية فإن شراء الريال الواحد بأربعة دراهم معاملة ربوية قطعاً. والسر في ذلك ما ذكرناه آنفاً من أن معنى القرض تمليك العين على وجه ضمان المثل أو القيمة. ومن البين أن هذا العنوان أمر كلي قابل الانطباق على أفراده الخارجية المساوية للعين المأخوذة قرضاً في المالية و إن زادت عليها في القدر. فيستكشف من ذلك أن باب القرض غريب عن باب المعاملات المعاوضية. والالاتحاد في الآثار.

قوله: (ولا الغرر المنفى فيها).

أقول: توضيح كلامه: أنه يجوز اقتراض شيء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٠

مع الجهل بمقداره أو وصفه. ومن الظاهر أنه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضية لاعتبر فيه العلم بالمقدار والأوصاف، لنهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر «١» وعليه فلو أخذ المقرض قبضه من الدراهم المصبوبة بين يديه، وأقرضها لشخص من غير علم بمقدارها صح القرض. نعم لا بد للمقترض أن يعرف مقدار ذلك لكي يتمكن من الأداء. إلا أنه أجنبي عن حقيقة القرض و من هنا لا بأس باقتراض الطعام بصخرة مجهولة، لإمكان الأداء بتلك الصخرة و إن لم يعلم مقدارها إلى الأبد.

نعم ظاهر جمع من الفقهاء في باب القرض وجوب العلم بمقدار القرض، و أنه لا يجوز الاقتراض بالكيل والوزن المجهولين. ولكن ناقش في ذلك بعض الأعظم ونقل فيه القول بالجواز عن ظاهر جماعة آخرين بدعوى أن دليل نفي الغرر مختص بالبيع. غاية الأمر أنه يجوز التعدى منه إلى مطلق المعاملات المعاوضية، للقطع بعدم الخصوصية للبيع، إذ المنطوق في النهي عن بيع الغرر إنما هو رفع النزاع، وقطع المرافعة.

و من البديهي أن هذا المنطوق موجود في مطلق المعاملات المعاوضية، و أما القرض فلا دليل على اعتبار نفي الغرر فيه، و لا أنه من قبيل المعاملات المعاوضية. لكي يعتبر فيه نفي الغرر من هذه الناحية و إذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض. وهذه المناقشة في غاية المتانة. و لكن يحسن بنا أن نقول: إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الدليل على نفي الغرر بقول مطلق، لأننا ذكرنا سابقاً: أن الثابت في ذمة المقترض إنما هو مالية العين المأخوذة قرضاً، سواء أ كانت تلك العين معلومة المقدار والأوصاف، أم كانت مجهولة كذلك.

نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدماً للأداء. و من الواضح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضاً. و إذن فما ذكره المصنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين.

و قد اتضح لك من جميع ذلك أنه لا يعتبر ذكر العوض أيضاً في القرض.

(١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧١

بحث في بعض معان البيع

إشارة

قوله: (و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر).

أقول: لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقاييس. و ذكر السيد في حاشيته: أن (الظاهر أنه الشيخ الكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد). و مراده من غير ما ذكر غير ما ذكره هو (ره) و اختاره. و إلا فقد ذكر بعض هذه المعاني فيما تقدم. و إليك هذه المعاني

التي تعرض لها المصنف:

- ١- الإيجاب المتعقب بالقبول، و إليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف المصطلح، و لعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع، و لذا لا يطلق لفظ البائع على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول.
- ٢- الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، و يظهر هذا من المبسوط و غيره.
- ٣- نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول. و إليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد.

المعنى الأول: إنشاء التمليك المتعقب بالقبول.

و قد ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أن الإيجاب المتعقب بالقبول من أفراد البيع. و إنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينة الخارجية على ان المراد من الإيجاب إنما هو الإيجاب المثمر. و من الواضح ان الأثر لا يترتب إلا على الإيجاب المتعقب بالقبول، دون الإيجاب الساذج. و لو لا هذه القرينة لكان المقصود من لفظ البيع الإيجاب المحض.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٢

و أضف الى ذلك أنه لم يقل أحد: أن تعقب الإيجاب بالقبول دخيل في معنى البيع، و إن التزموا بكونه شرطاً للانتقال الخارجي. و الوجه في ذلك: أن البيع و ما يساويه في المعنى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا من قبيل الكسر و الانكسار، إذ كما ان الأمر قد يأمر بشيء، و لا يكون ذلك واجبا في الخارج، كذلك البائع، فإنه قد ينشئ البيع، و هو لا يوجد في الخارج. و هذا بخلاف الكسر و الانكسار، فإن أحدهما لا ينفك عن الآخر. و يتوجه على هذه المناقشة وجوه.

١- ما ذكره السيد في حاشيته. و صفوته: أن كل تمليك إنشائي ليس ببيع بل المراد من البيع هو الإيجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر. و الدليل على ذلك هو التبادر. و صحة السلب. و من هنا لو أخبر أحد عن بيع داره، مع انه لم يتحقق في الخارج إلا الإيجاب الساذج من دون ان يقبله المشتري لكان كاذبا في اخباره. كما أنه إذا أخبر عن بيع داره. و أخبر أيضا عن عدم قبول المشتري ذلك كان مناقضا في كلامه. و هذا بخلاف ما إذا أخبر عن البيع ثم أخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فإنه لا يعد مناقضا في اخباره، و قد يتوهم ان ذلك من ناحية الانصراف و لكنه توهم فاسد، إذ لو صح هذا لجرى مثله عند فقدان سائر الشرائط أيضا. مع انه لو تحقق البيع بإيجابه و قبوله، و لكن كان فاقدا لبعض شرائط الصحة لصدق عليه مفهوم البيع قطعا.

و أضف الى ذلك: ان البيع من قبيل العقود، و من البين الذي لا ريب فيه انه لو كان الإيجاب الصرف يبيعا من دون تعقبه بالقبول للزم منه ان يكون البيع من الإيقاعات، لا من العقود، و هو بديهي البطلان.

و على الجملة: إن قوام العقود برمتها بالإيجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٣

أى عقد من العقود بالإيجاب الساذج. سواء أ كان هذا الإيجاب متوجها إلى قابل شاعر، و لكنه لم يقبله، أم كان متوجها إلى جسم غير شاعر، كالجدار و نحوه.

٢- أنه لا- وجه صحيح لتفرقة المصنف بين الإيجاب و الوجوب، و بين الكسر و الانكسار، بديهية أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحداني لا تعدد فيه بوجه، و إنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط. كالإيجاد و الوجود، فإنهما شيء واحد.

غاية الأمر أن هذا الشيء الواحد بالنسبة إلى جهة الإصدار يسمى إيجادا، و بالنسبة إلى جهة الصدور يسمى وجودا. و كذا الحال في التمليك و الملك. و الإيجار و الإجارة.

و الإيجاب و الوجوب. و الكسر و الانكسار. و أشباه ذلك. و دعوى أن الوجوب ينفك عن الإيجاب. و لكن الكسر لا- ينفك عن الانكسار دعوى جزافية، إذ الإيجاب أيضا لا- ينفك عن

الوجوب. إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر في نظر الأمر فقط، لا في الخارج، و في جميع الأنظار.
 ٣- أن البيع «١» إنشاء بتعديل عين بعوض في جهة الإضافة. و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول. و عليه فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر، أو على سبيل القضية الحينية.
 و إذن فينحل البيع في الحقيقة إلى قضية شرطية أو حينية. فمعنى قول البائع بعث المتاع الفلاني من زيد: أنه بعته إياه إن قبله، أو حين قبوله.

و قد يتوهم أن ذلك يرجع إلى التعليق و هو مبطل للعقود بالضرورة.
 و لكن هذا التوهم بديهي الفساد، لأن بطلان العقود بالتعليق ليس من ناحية الاستحالة العقلية لكي لا يقبل التقييد، أو التخصيص. بل إنما هو من ناحية الإجماع.
 و من الظاهر أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن. و القدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجة عن صميم العقد و مفهومه.

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٤

و يضاف إلى ذلك أن العقود المتعارفة لا تخلو عن مثل هذا التعليق.
 و المفروض أنها ممضاة للشارع.

فيستوضح من ذلك أن التعليق المذكور لا يضر بالعقود في نظر الشارع.
 و بتعبير آخر أن البيع له أربعة أقسام:

١- الإنشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول. و لا شبهة في أن هذا لا يسمى بيعا حتى في نظر الموجب فلا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع.

٢- الإيجاب و القبول من غير أن يلحق بهما الإمضاء من العرف أو الشرع فان ذلك يسمى بيعا في نظر كل من الموجب و القابل، و لا يسمى بيعا عند العرف و الشرع.

٣- الإيجاب و القبول مع كونهما موردا لإمضاء أهل العرف دون الشرع.

كبيع ما لا يصح بيعه شرعا، نظير الميتة و الخمر و الخنزير و أشباهها، فإن هذا يعد بيعا في نظر المتبايعين و أهل العرف دون الشرع.

٤- الإيجاب و القبول مع التحاق الإمضاء من أهل العرف و الشرع بهما.

و لا- شك في أن هذا بيع بالحمل الشائع في جميع الأنظار. و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يوجد البيع في أي وعاء من الأوعية بالإيجاب الخالص. و من هنا لا يطلق البائع على من أوجب البيع، و لم يتعقب ذلك بالقبول. و كذلك الحال في سائر العقود برمتها.

قوله: (و كذلك لفظ النقل و الابدال و التمليك و شبهها. مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها).

أقول: حاصل كلامه: أن شأن البيع شأن النقل و الابدال و التمليك، فكما لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضا في صدق مفهوم البيع.

و فيه أنك قد عرفت قريبا: أن اعتبار القبول في مفهوم البيع أمر واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٥

بل هو كالنور على المنار. و عليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في مفهومه قيد التعقب بالقبول.

و أما النقل فهو موضوع لمفهوم عام: و هو كل ما صدق عليه عنوان النقل، سواء أ كان ذلك نقلا خارجيا كنقل شيء من مكان إلى

مكان آخر، أم كان نقلا اعتباريا و من هنا تطلق كلمة الناقله على آلة النقل. كالحموله و السفن و السيارات و الطيارات و غيرها. و من الواضح جدا أنه لا يعتبر قيد التعقب بالقبول في هذا المفهوم الواسع. و من هنا ظهر لك أنه لا وجه لقياس البيع بكلمة الإبدال أيضا، ضرورة أن المبادله أعم من المبادله الخارجيه، و من المبادله الاعتباريه. كما أن المبادله الاعتباريه أعم من البيع و غيره «١».

و أما التملك فإن النسبه بينه و بين البيع هي العموم من وجه، إذ قد يوجد التملك و لا يصدق عليه مفهوم البيع، كما في الهبه، و الوصيه، و الإرث، و تملك الله سبحانه الزكاه للفقراء و الخمس لبنى هاشم، و غير ذلك. و قد يوجد البيع و لا يكون هناك تملك. كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاه فإن هذا بيع و ليس فيه تملك من ناحيه البائع «٢» و قد يجتمعان و هو كثير.

و إذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم كل من النقل و الإبدال و التملك لا يلزم عدم اعتباره في مفهوم البيع الذي هو أخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا، أو من وجه.

المعنى الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال.

و التحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكه بنظر العرف و الشرع فلا شبهه أن ذلك متأخر عن البيع تأخرا رتبيا- و إن أخذ البيع بمعنى المبيعه- لأن نسبه

(١) تقدم ذلك في ص ٩.

(٢) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال في ص ٢٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٦

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبه الموضوع إلى حكمه، و من البديهي أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدما رتبيا. و على هذا فاستعمال كلمه البيع في الانتقال من الأغلط الواضحه، و معه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال و إن أريد من الانتقال اعتبار المالكه بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلك، لأن الانتقال متحد مع البيع وجودا- لما عرفت قريبا من اتحاد الإيجاد و الوجود- و إن تغايرا اعتبارا. و لكنه ليس معنى آخر يغير المعنى الأول.

المعنى الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.

أقول: قد حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه:

(الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات حتى الإجاره و شبهها التي ليست هي في الأصل اسما لأحد طرفي العقد).

و يتوجه على ذلك.

أنا لم نجد موردا يستعمل فيه لفظ البيع و غيره في الإيجاب و القبول و إذن فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكوره في طليعه عناوين المعاملات على ذلك. بل إن ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفي العقد. و هو الإيجاب.

و أما الإجاره و الوكاله فلا يبعد أن تكونا أيضا من أسماء فعل الموجب:

أما الإجاره فلأنها بمعنى الأجر. و الأجر قد يستعمل و يراد به الجزاء و الأجره.

و قد يستعمل مصدرا من أجر: بمعنى أكرى. بداهه أن أجر مجردا قد يستعمل بمعنى أجر- كما في القاموس و مجمع البحرين- و على ذلك فالإجاره تكون مصدرا لأجر، كالكتابه التي هي مصدر لكتب.

و أما الوكالة فهي أيضا فعل الموجب، كالتوكيل، لأن الأفعال المجردة و المزيد فيها و إن اختلفت بالاعتبار، لكنها متحدة وجودا. و السر في ذلك: أن نسبة المصادر المجردة إلى المصادر المزيد فيها نسبة الوجود إلى الإيجاد. فكما أن الوجود و الإيجاد متحدان حقيقة، و مختلفان اعتبارا. كذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٧

المصادر المجردة. و المصادر المزيد فيها و على هذا فاستعمال لفظ التوكيل في الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهة الصدور. و استعمال لفظ الوكالة فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل.

و قد يستدل على صحة استعمال لفظ الإجارة في الإيجار بقوله (تعالى) في التحدث عن قصة تزويج موسى (ع) من بنت شعيب (ع) (قَالَ: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ) «١». و وجه الاستدلال: أن معنى الآية هو أن تأجرني نفسك.

و لكن هذا الاستدلال فاسد، لأن كلمة أن تأجرني في الآية الكريمة مستعملة في معنى الجزاء و الثواب. أو أن المراد من ذلك أن تكون أجيرا لي - على سبيل شرط النتيجة- و هذا الأخير قد ذكر في مجمع البحرين و لسان العرب.

ثم إنه قد نسب المصنف إلى الشهيد الثاني - و إن لم تثبت النسبة - أن إطلاق لفظ البيع على العقد مجاز لعلاقة السببية.

ثم وجه كلامه، و حاصل توجيهه: أنه ليس مراد الشهيد من المسبب النقل الحاصل من الإيجاب الصرف، لأنه حاصل بنفس الإنشاء من دون توفقه على القبول، كما أن وجوب الضرب يتحقق في نظر الأمر بالأمر فقط و إن لم يصر واجبا في نظر غيره.

بل مراد الشهيد الثاني من المسبب إنما هو الأثر الحاصل من العقد في نظر الشارع: و هو النقل و الانتقال و من الواضح أن ذلك لا يحصل إلا بالعقد المركب من الإيجاب و القبول. و عليه فاستعمال لفظ البيع - الذي وضع للمسبب - في نفس السبب إنما هو بعلاقة السببية و المسببية. و حينئذ فإضافة العقد إلى البيع بمعنى الأثر الحاصل من

(١) القصص ٢٨. الآية: ٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٨

العقد إضافة لامية. و من قبيل إضافة السبب إلى المسبب: - أي عقد للبيع - لا إضافة بيانية.

و على هذا التوجيه فيتوجه على الشهيد الثاني ما وجهه المصنف على المعنى الثاني المتقدم من أن البيع بمعنى الانتقال لم يوجد في اللغة، و لا في العرف، و إنما وقع ذلك في تعريف جماعة تبعا للمبسط.

و يرد على المصنف أيضا: أن معنى البيع ليس هو الأثر الحاصل منه في نظر الشارع: أعني به الانتقال لكي يصح إطلاقه على سببه مجازا. بل ذلك الأثر حكم من أحكام البيع. و من الظاهر أنه لا يصح إطلاق البيع على حكمه و لو إطلاقا مجازيا بل معنى البيع كما عرفت هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي «١».

نعم لو ثبت هذا الإطلاق لأمكن تصحيحه بما اشتهر بين العلماء من أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، فإنه على هذا يتسبب البائع بالإيجاب و القبول إلى إيجاد البيع. و حينئذ فإطلاق كلمة البيع على الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول - و هو الانتقال - من قبيل إطلاق السبب على المسبب، لعلاقة السببية و قد عرفت بطلان ذلك آنفا.

و أما ما نسب إلى الشهيد الثاني (ره) من صحة إطلاق البيع على العقد المركب من الإيجاب و القبول فلم نجده في لغة، و لا في عرف بل إرادة هذا المعنى من العناوين المذكورة في طليعة أبواب المعاملات غلط واضح. إذ لا معنى لان يراد من قول الفقهاء:

كتاب البيع - مثلا - كتاب الإيجاب و القبول.

و الذي يحسن بنا أن نفهمه: أنه إذا صح إطلاق كلمة البيع على الإيجاب و القبول كان ذلك من ناحية أخرى. و تحقيق ذلك: أنه قد

يطلق البيع، و يراد به ما ذكرناه

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٧٩

سابقا من أنه إنشاء بتدليل شيء من الأعيان بعوض. وقد عرفت فيما تقدم: أن البيع بهذا المعنى هو الإيجاب الساذج المتعقب بالقبول. كما أن الأمر كذلك في سائر العقود برمتها «١».

وقد يطلق البيع و يراد به المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين. و لعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول. و إليه ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من أنه لزم البيع، أو وجب، أو لا بيع. و هو الذى يفرض له البقاء و يتعلق به الفسخ و الإمضاء. و ترد عليه الشروط و الاحكام. و إذن فيمكن أن يقال: انه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع فى العقد الذى هو سبب للبيع. بل كل ما يتوهم كونه من هذا القبيل - كقولهم كتاب البيع، أو عقد البيع - فهو مستعمل فى المعاهدة الخاصة. و حينئذ فإضافة العقد إلى البيع من قبيل الإضافة البيانية، لا الإضافة اللامية.

و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمة البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحة، لا من الاستعمالات المجازية.

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله: (ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من لك).

أقول: يقع البحث هنا فى ناحيتين:

١- أن ألفاظ المعاملات هل هى موضوعه للصحيح، أم للأعم منه و من الفاسد؟

٢- أنه إذا قلنا بأنها موضوعه للصحيح فما هو الفارق بين العبادات، و بين

(١) تقدم فى ص ٧٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٠

المعاملات، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالإطلاق فى الأولى، و يتمسكون به فى الثانية؟

الناحية الأولى: أنه ذكر الشهيد الثانى (ره) فى كتاب الايمان من المسالك:

(أن إطلاق البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح مجاز فى غيره، لوجود خواص الحقيقة و المجاز فيهما. كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره. و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعا. و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبلى تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة). و قد نوقش فى ذلك بأن مفهوم البيع أمر عرفى، و هو الذى يمضيه الشارع تارة، و يردده أخرى. و عليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية فى مفهومه، إلا على القول بالحقيقة الشرعية فى ألفاظ العقود، و هو بديهى البطلان، إذ على القول بثبوت الحقيقة الشرعية فى ألفاظ العبادات فلا وجه لثبوتها فى ألفاظ المعاملات، و إنما هى موضوعه للمفاهيم العرفية التى أمضاها الشارع تارة، و ردها أخرى. و تفصيل الكلام فى محله.

و أجاب المصنف عن هذه المناقشة، و حاصل كلامه: أنه يمكن أن يوضع لفظ البيع - مثلا - لما هو المؤثر فى الملكية واقعا، و يكون الإمضاء من الشرع، أو العرف طريقا إلى ذلك نعم قد حكم الشارع - فى بعض الموارد - بعدم حصول الملكية إلا أن ذلك من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاة بين أن يكون البيع مفهوما عرفيا، و بين أن يكون موضوعا لخصوص الحصاة الصحيحة.

و على الجملة: إن البيع بمعنى الاسم المصدرى حقيقة فيما هو المؤثر فى الملكية واقعا. و من الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية فى المفاهيم العرفية. و يرد على المصنف: أن الملكية من الأمور الاعتبارية الخالصة، لا من الأمور التكوينية الواقعية. و من الظاهر أن الأمور الاعتبارية تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض. و عليه فلا تتصور التخطئة فى الملكية: بأن يوجد مورد توجد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨١

فيه الملكية، و لم يلتفت إليها أهل العرف، و إنما يكشف عنها الشارع تخطئة للعرف و على هذا المنهج فإذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر فى الملكية فإن كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائي، أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعى فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم، و لما هو المؤثر فى الجملة و لو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعا، كالباع الربوى - مثلا - لأن ألفاظ العقود - على هذا المسلك - موضوعة للطبيعة الكلية، دون خصوص المؤثر شرعا.

و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعى فلا بد من القول بالحقيقة الشرعية فى ألفاظ العقود. و حينئذ فيعود المحذور المتقدم: أعنى به أخذ الصحة الشرعية فى المفهوم العرفى.

نعم يمكن الالتزام بجواز التخطئة فى نفس الاعتبار، إذ الاعتبار لا بد و أن يكون ناشئا من المصلحة الواقعية الداعية إليه فإذا اعتبر العقلاء ملكية شىء - كالخمر و الخنزير و الميتة - مع عدم وجود مصلحة فى ذلك، و حكم الشارع بعدم الملكية هنا كشفنا عن خطأ العقلاء فى اعتبارهم. و بهذا يصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحيح بأن يوضع لفظ البيع - مثلا - لما هو المؤثر فى الملكية الناشئ اعتبارها من منشأ صحيح و حينئذ فيكون عدم إضفاء الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطئة. و المتحصل مما ذكرناه: أن ألفاظ العقود موضوعة للأعم من الصحيح و الفاسد، لا للصحيح فقط.

التمسك بالإطلاق فى المعاملات

قوله: (و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوه).

أقول: قبل بيان التمسك بإطلاق أدلة المعاملات يحسن بنا أن نبين أمرا: و هو أن التمسك بالإطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٢

يتوقف على إحراز انطباق الطبيعة - التى أخذت فى موضوع الحكم، أو متعلقة - على الفرد المشكوك فيه بحيث يتمحض الشك فى شمول الحكم للفرد المشكوك فيه.

و أما لو كان الشك فى أصل الصدق فإنه لا يجوز معه التمسك بالإطلاق. و هذا واضح لا شك فيه.

و أيضا يتوقف التمسك بالإطلاق على أن يكون المتكلم فى مقام البيان، و لو فرض أنه كان فى مقام الإهمال و الاجمال لم يجوز التمسك بالإطلاق. و ليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم فى مقام البيان أن يكون فى مقام بيان الأجزاء و الشرائط للمأمور به.

بل المراد به أن يكون فى مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلى، أو متعلقة: كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فأعقت رقبته مؤمنة، أو قال: أحل الله البيع، إذ لو كان المولى فى مقام بيان الأجزاء و الشرائط كما فى رواية حماد الواردة فى مقام بيان ماهية الصلاة «١»، فإنه لا - شبهة و لا - كلام فى جواز التمسك بالإطلاق لنفى ما تحتل جزئيه أو شرطيه. و لكن هذا إطلاق أحوالى، لا إطلاق لفظى الذى هو مورد بحثنا.

و بعد هذا التمهيد أنا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد فلا ريب فى جواز التمسك بالإطلاقات الواردة فى إضفاء المعاملات، و نفى ما يحتمل دخله فى صحتها. و إذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا - يجوز التمسك بتلك الإطلاقات فى الموارد المشكوك، و ذلك من جهة الشك فى الانطباق، و عدم إحراز صدق عنوان البيع - مثلا - على ما يكون فاقدا

لما يحتمل كونه جزءا أو شرطا.

و قد انجلي لك مما بيناه ضعف ما أفاده السيد في حاشيته، و حاصله: أنه كلما صح التمسك بالإطلاق في مورد من المعاملات على الأعمى صح التمسك به في ذلك على الصحيحى أيضا، بدهاه أنه ليس الموضوع له عند الصحيحى عنوان الصحيح، بل ما يكون جامعا للشرائط الشرعية حسب ما يستفاد من الأدلة.

(١) الوافى ج ٥ ص ١٢٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٣

و عليه فكل دليل ورد في بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمة أو غيرهما فإنه لا يصح التمسك بإطلاقه على كلا القولين. لعدم كون المتكلم في مقام البيان من غير الجهة المزبورة. و كل دليل ورد في بيان ماهية الواجب من الأجزاء و الشرائط فإنه يجوز التمسك بإطلاقه، لكون المتكلم في مقام البيان. و هذا هو الحجر الأساسى في بيان الفارق بين التمسك بالإطلاق و عدمه. و وجه الضعف: أن ما ذكره السيد و إن كان متينا في مورده، لأنه لا يصح التمسك بالإطلاق مع عدم كون المتكلم في مقام البيان مطلقا، كما أنه إذا كان في مقام بيان أجزاء الماهية و شرائطها صح التمسك بالإطلاق كذلك. إلا أنه راجع إلى الإطلاق المقامى. و من الواضح أن ذلك خارج عن الإطلاق اللفظى الذى يصح معه التمسك بالإطلاق على الأعمى، و قد وقع الإشكال فى التمسك به على الصحيحى.

ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلى إمكان التمسك بالإطلاق على الصحيحى بنحوين:

١- الإطلاق المقامى. و توضيحه: أن لفظ البيع - مثلا- و إن كان اسما للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذى يراه الشارع مؤثرا فى الملكية، إلا أنه لم يبين أسباب تلك المسببات التى أمضاها بالعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و لزومها. و عليه فيدور الأمر بين القول بأن المولى قد أهمل تلك العمومات و المطلقات. و بين القول بأنها ناظرة إلى إمضاء الأسباب العرفية للمعاملات. و إذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثرا عند الشرع أيضا. و من الواضح الذى لا ريب فيه أن الدلالة الاقتضائية، و صيانه كلام الشارع عن اللغوية تقتضى الثانى.

و هذا هو الفارق بين العبادات و المعاملات، لأن العبادات ماهيات جعلية، و حقائق غير مغروسة فى أذهان أهل العرف لكى نستكشف من إطلاق كلام الشارع موافقته للمفاهيم العرفية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٤

و لا يخفى على الناقد البصير أن المراد من التمسك بالإطلاق هو هذا المعنى دون الإطلاق اللفظى لكى يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذى هو من جملة مقدمات التمسك بالإطلاق. و الجواب عن ذلك:

أن التمسك بالإطلاق المقامى إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنة، و إلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغوية من الإهمال. و من البين أن مقامنا من هذا القبيل، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفا قطعيا- و لو من غير ناحية الإطلاقات الواردة فى إمضاء العقود- أن بعض ما هو سبب للبيع عرفا مؤثرا فى الملكية جزما، و إذن فلا يبقى مجال للتمسك بالإطلاق المقامى صيانه لكلام الشارع عن اللغوية.

٢- أن تحمل المطلقات الواردة فى مقام إمضاء البيع على المعنى المصدرى الذى يراد من لفظ بيع، و حينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقا على أن ما هو بيع بالمعنى المصدرى عند العرف مؤثر عند الشارع أيضا.

و يتوجه عليه أن هذا النحو من التمسك بالإطلاق و إن كان صحيحا. و لكنه عبارة أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم، بدهاه أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدرى أعم من الصحيح و الفاسد، و عليه فلا- محذور لنا فى التمسك بإطلاقات

المعاملات في الموارد المشكوكة.

و التحقيق: أن لفظ البيع ليس اسما للسبب، و لا أنه اسم للمسبب، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بمبرز خارجي فعلى أو قولي «١» و إذن فلا مانع عن التمسك بالإطلاقات و العمومات الدالة على صحة البيع و لزومه. و على هذا فلا مناص لنا عن الالتزام بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد.
و لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار في سائر العقود، بل الإيقاعات أيضا.

(١) قد تقدم تفصيله في ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٥

و مع الإغضاء عما ذكرناه: و القول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحة و اللزوم في الموارد المشكوكة بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «١» ضرورة أن البيع و إن كان حقيقة في الصحيح الشرعي. و لكن المراد من البيع الذي تعلق به الحل في الآية الكريمة إنما هو البيع الإنشائي، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاءه المولوي- كما هو الظهور الابتدائي أيضا من أدلة سائر الأحكام- و من الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعي لكان ذلك الإمضاء لغوا محضا، و تحصيلا للحاصل، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآية أحل الله البيع الممضى. الا أن يلتزم بكون الآية إرشادا إلى البيع الصحيح و لكن ذلك مخالف لظاهرها. بل لا معنى لحملها على الإرشاد، إذ المفروض أن انكشاف صحة البيع و نفوذه عند الشارع إنما هو بهذه الآية. و من اليبين أن حملها على الإرشاد يقتضى أن يكون إمضاءه غيرها و هو خلف ظاهر.

و قد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك بإطلاق قوله (ع): و المسلمون عند شروطهم «٢» على صحة البيع في الموارد المشكوكة مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الإسلام إنما هو وفاء المسلم بشرطه. و من البديهي أن الحديث بهذا المعنى إمضاء تشريعي للشروط المتعارفة. و حكم مولوي بلزوم العمل بها و انهاءها و إتمامها.

[الكلام في المعاطاة]

المعاطاة و حقيقتها

قوله: (اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة: أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر).

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤

(٢) راجع الوافي ج ١٠ باب ٨٠ ص ٦٨

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٦

أقول: [١] لما كان تنقيح البحث في المعاطاة و بيان مورد الأقوال فيها متوقفا على بيان ما نتصور به حقيقتها تصدى المصنف بدءا لبيان ذلك ثم عقبه بذكر الأقوال فيها و حاصل كلامه: أن المعاطاة تتصور على وجهين:

- ١- أن يبيع كل من المتعاطيين للآخر التصرف فيما يعطيه إياه من دون نظر الى تملكه.
- ٢- أن يتعاطيا على وجه التملك و التملك، لا بعنوان الإباحة المحضة، و قد ذكر بعضهم في تصوير ذلك وجهين آخرين:
 - ١- أن يتعاط كل من المتعاطيين بغير قصد البيع، و لا التصريح بالإباحة، بل يعطى أى منهما شيئا ليتناول شيئا آخر.
 - ٢- أن يقصد كل منهما الملك المطلق، لا البيع فقط، و لا الإباحة الخالصة.

و يتوجه على الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية - كحركة المرتعش - لكي يكون ذلك خاليا عن القصد و الإرادة.

و انما هو فعل اختياري صادر من فاعله بالإرادة و الاختيار. و عليه فإذا قصد كل من المتعاطيين - من إعطائه ماله لصاحبه - خصوص اباحة التصرف كان ذلك اباحة

[١] لم يرد عنوان المعاطاة في آية و لا - رواية و لا - في معقد إجماع، بل إنما عبر بذلك جمع من الفقهاء عما تداول بين الناس من المعاملة الخاصة الفاقدة للصيغة التي تسمى بالمعاملة المعاطاتية.

ثم إن البحث هنا يقع تارة في صدق مفهوم البيع على المعاطاة، و أخرى في كونها مشمولة للأدلة الدالة على صحة البيع و نفوذه. و لا يخفى على الفطن العارف أن تحرير البحث على هذا النهج أحسن و أضبط. و لكن الفقهاء رضوان الله عليهم قد أغفلوا ذلك، و سلكوا مسلكا آخر في تحرير البحث في المعاطاة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٧

مصطلحه، كما في الضيافة و نحوها، و إذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين - مع حفظها عن التلف - انتفاعا مجانيا كان ذلك عارية. و إذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعا. و حينئذ فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة و بذلك يظهر بطلان الوجه الثاني، و إذن فينحصر البحث في المعاطاة بالوجهين الأولين.

ثم إن مورد البحث في الوجه الأول ما تقصد منه الإباحة المحضه، كما في الضيافة و أشباهها. و مورد البحث في الوجه الثاني ما يقصد منه الملك. و عليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر (ره) من بقاء الإباحة في كلمات الأصحاب على ظاهرها و الطعن على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التملك، و ذلك لأن كلماتهم عاصية عن الحمل على الإباحة الخالصة، و يتضح ذلك جليا لمن تأمل في كلماتهم.

و كذلك لا نعرف وجهها معقولا للالتزام بحصول الملكية من التعاطي - لازمة كانت أم جائزة - مع قصد المتعاطيين الإباحة المصطلحه. بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبة فضلا عن الفقهاء العظام.

و أيضا لا وجه لما ارتكبه المحقق الثاني من حمل كلمات القائلين بالإباحة على الملك المترزل.

المعاطاة و بيان الأقوال فيها

إشارة

قوله: (فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة).

أقول: الظاهر أن الأقوال حول المعاطاة سبعة:

١- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضي لفظا، أم كان غيره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٨

و قد نسبه غير واحد من أصحابنا إلى المفيد [١] و إلى بعض العامة [٢].

٢- اللزوم إذا كان الدال على التراضي أو على المعاملة لفظا

وقد حكاه الشهيد الثاني عن بعض مشايخه، ثم استجوده. إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى الأصل [٣].

[١] لكن العبارة المنقولة عنه غير ظاهرة في ذلك قال في محكى المقنعة:

(و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التابع له إذا عرفاه جميعا، و تراضيا بالبيع، و تقابضا، و افتراقا بالأبدان) لأن مراده من هذه العبارة بيان الشرائط لصحة البيع و لزومه. و أما عدم تعرضه لاعتبار الصيغة في البيع فلا- يدل على عدم اعتبارها فيه، إذ من المحتمل القريب أن يكون ذلك من جهة أن اعتبارها في لزوم البيع من المسلمات، و قد حكى عنه في نكاح المقنعة أنه لم يتعرض لاعتبار الصيغة في النكاح، و الطلاق مع أن اعتبارها فيهما من البديهيات.

و عن العلامة في المختلف: أن للمفيد قولاً- يوهم الجواز، ثم ساق العبارة المتقدمة. و عن كشف الرموز- في باب الفضولي- نسبة اعتبار اللفظ المخصوص في البيع إلى المفيد و الطوسي. و على هذا فلا يسوغ لنا أن ننسب الرأي المذكور إلى المفيد (ره) كما أنه لم ينسب إلى غيره من قدماء الإمامية. و إذن فلا- نعرف وجهاً صحيحاً لقول المصنف: إنه (يكفى في وجود القائل به قول العلامة في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة). و لعل غرض العلامة من التعبير بالأشهر الإشارة إلى ما نسب إلى المفيد. و قد عرفت فساد النسبة و الله العالم.

[٢] في شرح فتح القدير ج ٥: أن البيع ينعقد بالتعاطي.

و في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢: الصيغة في البيع أمران: القول.

و ما يقوم مقامه. و المعاطاة و عن الشافعية: أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغة الكلامية لا بالمعاطاة. و نسب الخلاف في ذلك إلى الحنفية.

[٣] قد حكى هذا الرأي في الحدائق عن جماعة من متأخري المتأخرين،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨٩

و التحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاة لا تكون بيعاً إلا بالقرينة الخاصة- و إلهى أعم من البيع و غيره- فهو متين، و إن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينة اللفظية و غيرها فهو فاسد، لعدم الدليل على الفرق بينهما [١].

٣- أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة و إنما تصير لازمة بذهاب إحدى العينين.

وقد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني. و شيد أركانه في محكى تعليقه على القواعد بما لا مزيد عليه. و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاة تفيد الإباحة. و هذا الرأي و إن لم يكن بعيداً في نفسه، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحة.

٤- أن المعاطاة تفيد إباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك،

مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه، إلا- أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين، أو بما هو بمنزلة التلف. بل في المسالك: أن كل من قال بالإباحة قال بإباحة جميع التصرفات.

كالمولى المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد. و المحدث القاساني في المفاتيح، و الفاضل السبزواري في الكفاية و حكاه أيضاً عن

جماعة من المحدثين، ثم استقر به و استدل عليه بالروايات الكثيرة، و سيأتي التعرض لبعضها عند الاستدلال على اعتبار اللفظ في لزوم البيع بالروايات.

[١] قيل: إنه ثبت اعتبار مطلق اللفظ في لزوم البيع بالإجماع، و مقتضاه أنه لا تكفى المعاطاة في ذلك، و الجواب عنه: أنه ليس هنا إجماع تعبدى لكى يجب الأخذ به، إذ من المحتمل القريب أن يكون اتفاق الفقهاء على هذا من ناحية الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في لزوم البيع و يضاف إلى ذلك: أن القائل بعدم اشتراط اللفظ في البيع كثير جدا، و معه لا مجال لدعوى الإجماع التعبدى في المقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٠

٥- أنها تفيد إباحة جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،

كالوطى و العتق و البيع. و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد. و ينطبق عليه ما فى المبسوط من المنع عن وطى الجارية المهداة بالهدية الخالية عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

٦- أن المعاطاة معاملة فاسدة،

و هذا رأى نسب إلى العلامة فى نهايته. و لكن حكى رجوعه عن ذلك فى كتبه المتأخرة. بل لم يوجد له موافق فى هذا رأى. على أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به.

٧- ما ذكره السيد فى حاشيته و إيك نص عبارته: (أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية).

و ليست بيعة و إن كانت فى مقامه حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده).

الأقوال فى المعاطاة و مداركها

لا شبهة فى فساد المعاملة المعاطاتية إذا لم يقيم دليل على صحتها، أو على إفادتها للإباحة الشرعية. و ستعرف قريبا قيام الدليل على كونها بيعة.

ثم إن مقتضى الإطلاقات و العمومات الدالة على صحة البيع و لزومه هو القول بأن المعاطاة بيع لازم، لأن البيع - كما تقدم - هو الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى سواء فى ذلك كون المظهر فعلا- و كونه قولاً- و عليه فالمعاطاة بيع عرفى بالحمل الشائع، فتكون مشمولة لتلك العمومات و الإطلاقات. و إذن فلا وجه للمناقشة فيما نسب إلى المفيد من أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة. و على هذا الضوء فلا- وجه لما وجه به شيخنا الأستاذ كلام جمع من الأصحاب القائلين بترتب الإباحة على التعاطى المقصود منه التمليك. من (أن البيع على ما عرفت هو التبديل، و حيث إن التبديل ليس تبديلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩١

خارجيا، بل تبديل أحد طرفى الإضافة بمثله، و هذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى. و ما هو موجد و آلة إيجاده هو القول فقط).

و بعد ذلك إن قلنا بقيام الإجماع التعبدى على نفي لزوم عن البيع المعاطاتى فتارة نفرض قيامه على نفي اللزوم مطلقا. و أخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالا.

و على الأول فيثبت ما ذهب إليه المحقق الثانى من أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة و على الثانى فيثبت ما ذهب إليه بعض مشايخ الشهيد الثانى و الأردبيلي و صاحب الحدائق و غيرهم من أنها تفيد الملكية اللازمة فيما إذا كانت القرينة القائمة على تراض المتعاطين بالمعاملة المعاطاتية لفظا. بدهاء أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن و هو ما ذكرناه. و لكن الذى يسهل الخطب أن ثبوت الإجماع التعبدى- فى المقام- على نفي اللزوم إجمالا أو تفصيلا ممنوع.

و لا يخفى عليك أن الالتزام بهذا رأى فيما إذا كان مدلول القرينة اللفظية هو التراضى بالمعاملة. و أما إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجا عن حدود المعاطاة، بل يصير مصداقا للبيع اللفظى. و تتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص فى إنشاء البيع و لعل هذا هو غرض المصنف مما كتبه فى الهامش، و هذا نصه:

(و لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاة تأمل)

. ثم لو فرضنا خروج المعاطاة عن مورد الإطلاقات و العمومات الدالة على نفوذ البيع و لزومه. أو فرضنا قيام الإجماع على أنها لا تفيد الملكية- و إن قصدنا المتعاطيان- إلا أنه قامت السيرة القطعية على جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة.

و عليه فإن كان مفاد تلك السيرة هو مطلق التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك ثبت القول بالإباحة المطلقة. و إن كان مفادها هو جواز التصرف فى الجملة ثبتت الإباحة الخاصة أى التصرفات غير المتوقفة على الملك، ضرورة أن ذلك هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٢

القدر المتيقن من السيرة المزبورة.

و إذن فمدرك القول بالإباحة- سواء أ كانت الإباحة مطلقة أم كانت خاصة- إنما هو الإجماع، و عليه فالمراد من الإباحة المزبورة هى الإباحة الشرعية، لا الإباحة المالكية لكى يتوقف تحققها فى الخارج على كونها مقصودة للمتعاطين.

و من هنا يندفع ما أورده المحقق الثانى على القائلين بأن المعاطاة تفيد الإباحة من أن القول بها يناهى قاعدة تبعية العقود للقصد، فإن الملك المقصود حصوله بالتعاطى غير واقع بالفرض. و الواقع- و هو الإباحة الخالصة- غير مقصود و وجه الاندفاع:

أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالإباحة إذا كان مرادهم من ذلك الإباحة المالكية، لا الإباحة الشرعية. و قد عرفت كونها شرعية. و موضوعها التعاطى الخارجى المقصود به الملك و قد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها. كما حكم بإباحة أموال الناس للمضطرين عند المخمصة و المجاعة.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالإباحة على فرض قصد المتعاطين الإباحة المصطلحة إنما هو ناشئ من الغفلة عن مدرك الأقوال فى المعاطاة.

ثم إذا قلنا بكون المعاطاة معاملة مستقلة، كما حكاها السيد عن الشيخ الكبير كان ذلك خارجا عن حدود البيع المعاطاتى الذى هو مورد بحثنا. و تدل على صحته آية التجارة عن تراض.

ما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية

قوله: (و ذهب جماعة تبعاً للمحقق الثانى إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوة

أقول: يقع البحث هنا تارة فى أن المعاطاة تفيد الملكية. و أخرى فى أن الملكية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٣

الحاصلة بالمعاطاة هل هى ملكية لازمة أم هى ملكية جائزة؟. و سيأتى الكلام فى الجهة الثانية.

أما الجهة الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجوه شتى:

١- السيرة القطعية المستمرة القائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيضاء و التوريث و غير ذلك من آثار الملك.

و أجاب عنه المصنف، و إليك لفظه

(و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى).

و يرد عليه: أنه لا ريب في قيام السيرة- بين المسلمين بل بين عقلاء العالم- على صحة المعاملة المعاطاتية و ترتيب آثار الملكية على المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون حجة شرعية. و لو شككنا في ثبوت الردع فالأصل عدمه. قيل:

إن ثبوت الردع عن ذلك من الواضح بمكان، لقيام الإجماع على أن المعاطاة لا تفيد الملكية. و إذن فتسقط السيرة عن الاعتبار.

و يرد عليه: أنه لم يتم إجماع تعبدى على ذلك. غاية الأمر أنه نقل الإجماع عليه. و قد نقحنا في علم الأصول عدم حجته، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأى المعصوم (ع) و من المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتى إلى الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في البيع. و سيأتى التعرض لها.

٢- قوله (تعالى) وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا. البقرة. الآية ٢٧٤.

و تقريب الاستدلال بهذه الآية على أن المعاطاة تفيد الملكية بوجهين:

الوجه الأول أنها تدل على صحة البيع المعاطاتى بالدلالة المطابقة، لأن معنى الحل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٤

في اللغة هو الإطلاق و الإرسال. و يعبر عنه في لغة الفارس بكلمة (بازداشتن) و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و لا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية و التكليفية كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية، أو التكليفية كذلك يصح استعماله في كليهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هكذا الحال في لفظ التحريم- الذى هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعى و التحريم التكليفى كليهما، و إرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحالية أو المقالية.

و إذن فلا وجه للمناقشة في شمول لفظ الحل للحلية الوضعية و التكليفية معا بعدم وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجية. و قد يتعلق بالأفعال الخارجية. و قد يتعلق بالأمر الاعتبارية المبرزة بمرز خارجى.

و على الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير، للدلالة الاقتضائية، و صيانه لكلام المتكلم عن اللغوية. و من هذا القبيل قوله (تعالى) (أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلُّ لَكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حَلُّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) «١» فإن متعلق الحل في هذه الآية إنما هو المطاعم و المآكل و المناكح.

و من الواضح أنه لا معنى لحلية هذه الأمور بنفسها، بل المراد من حليتها إنما هو حلية ما تعلق بها من الأفعال المناسبة لها من الأكل و الشرب و النكاح.

و على الثانى فلا شبهة في صحة الكلام بلا احتياج إلى التقدير، و منه قوله (تعالى) (أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ) «٢». و

كذلك الحال في الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات- التى هى الاعتبارات النفسانية المظهرة بمرز

(١) المائدة: الآية: ٥

(٢) البقرة الآية: ١٨٧

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٥

خارجي - فإنها بنفسها قابلة للحلية وضعا و تكليفا من دون احتياج إلى التقدير و من ذلك قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) □

و لا يخفى عليك أن هذه الصور الثلاث - التي ذكرناها في استعمالات كلمة الحل - جارية بعينها في استعمالات كلمة التحريم أيضا طابق النعل بالنعل و القذة بالقذة.

و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) □ هو أن الله قد رخص في إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه في الخارج و إذن فتدل الآية الكريمة دلالة مطابقيه على جواز البيع تكليفا، و على نفوذه وضعا.

و من الواضح الذي لا خفاء فيه أن المعاطاة بيع فتكون مشمولة للآية.

و إذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير و الله العالم.

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين: أنه لا - شبهة في (دلالة الآية بالمطابقة على الصحة. نظرا إلى أن الحلية أمر يناسب التكليف و الوضع، و لذا ورد في باب الصلاة حلت الصلاة فيه: أي جازت، و وقعت في محلها، فالحلية منسوبة إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكية. و المراد: - و الله العالم - أنه تعالى أحله محله، و أقره مقره، و لم يجعله كالقمار بحكم العدم. و أما جعله من الحل في قبال الشد: - بمعنى أنه لم يصد عنه، و جعله مرخي العنان في تأثيره - فغير وجيه، لأن الحل في قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من (الحلول).

و يرد عليه: أن أحل من الحلول و إن وقع في الاستعمالات العرفية الصحيحة الفصيحة، بل في الكتاب المجيد [١] إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق و الإرسال الذي ورد في الآيات التي تقدمت الإشارة إليها قريبا. و ورد أيضا في استعمالات أهل العرف و اللغة كثيرا. و تتأكد إرادة هذا المعنى الثاني فيما إذا استعمل

[١] قوله تعالى وَ أَحَلُّوا قَوْمَهُمْ دَارَ الْبَوَارِ. إبراهيم ١٤، الآية: ٢٨

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٦

لفظ الحل في مقابل كلمة التحريم، كما في قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) □ و وجه التأكد: أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الإزالة، لا التحريم.

الوجه الثاني: ما ذكره المصنف، و حاصله: أن المراد من حلية البيع في الآية الكريمة إنما هو الحلية التكليفية، لمقابلتها مع حرمة الربا الظاهرة في الحرمة التكليفية و من الواضح أن الحلية التكليفية لا يصح تعلقها بالبيع، لأنه إنشاء تملك عين بمال.

و حلية ذلك لا تحتاج إلى البيان. و عليه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل في الآية بالتصرفات المترتبة على البيع. و حينئذ فتدل الآية على حلية التصرفات بالمطابقة و على حلية البيع بالالتزام و من هنا ظهر أنه لا - يمكن أن يراد من قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) □ الحلية الوضعية، لكي تدل الآية على صحة البيع دلالة مطابقيه. و بما أن المعاطاة من أفراد البيع عرفا فتكون مشمولة للآية و عليه فالحلية في الآية الشريفة لا تدل على حصول الملكية بل إنما تدل على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك - كالبيع و العتق و الوطى و الإيضاء - و من البين الذي لا ريب فيه أن إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك في غير مورد المعاطاة من ناحية الإجماع على وجود الملازمة بينهما. و أما المعاطاة فالقائلون بعدم إفادتها الملك قد حكموا بإفادتها الإباحة على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثاني في المسالك بأن من أجاز المعاطاة قد سوغ جميع التصرفات. غاية الأمر أن الالتزام بإباحة جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملك آنا ما على التصرفات الموقوفة على الملك. و لا يقتضى ذلك الالتزام بسبق الملك من أول الأمر لكي بتوهم أن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى الملك.

و قد اتضح لك من ذلك فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكية التقديرية، إذ لو كانت المعاطاة مؤثرة في الملكية لأثرت فيها

من أول الأمر و إلا فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٧

و وجه الفساد: أن الالتزام بالملكية التقديرية إنما هو من جهة الجمع بين الأدلة، و إلا فإن المعاطاة لا تؤثر إلا في الإباحة المطلقة. و لكن يرد على المصنف وجوه.

١- أنه لا ملزم لتخصيص الحل في الآية بالحل التكليفي فقط، بل يعم ذلك الحلية التكليفية و الوضعية، بمعنى واحد و قد عرفته قريبا.
٢- أنه لا وجه صحيح لصرف الحل في الآية إلى حلية التصرفات. و منع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حلية إنشاء البيع أمر واضح لا يحتاج إلى البيان، و ذلك لأننا ذكرنا فيما سبق: أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي، سواء أ تعلق به الإمضاء من ناحية الشرع و العرف، أم لم يتعلق به ذلك، بل سواء أ كان في العالم عرف و شرع أم لم يكن. و هذا المعنى هو الذي قد يكون موضوعا للحرمة و قد يكون موضوعا للحلية. كما ان الأمر كذلك في سائر المعاملات.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ و حاصله: ان اباحة جميع التصرفات إذا اقتضت الملك في سائر المعاملات و التجارات اقتضته في المعاطاة أيضا، إذ لا فارق بينهما الا من ناحية توهم الإجماع في سائر المقامات دون المعاطاة و لكن هذا التوهم فاسد، بدهاه أن الإجماع دليل لبي فلا- يؤخذ منه إلا- بالمقدار المتيقن، و هو حصول الملكية آنا ما في سائر المقامات أيضا. و إذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملكية من أول الأمر في المعاطاة و غيرها، و إما من الالتزام بعدم حصولها فيهما إلا آنا ما قبل التصرف.

٤- أنه إذا دلت الآية على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكية من الأول. و عليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك، و التجائه إلى القول بالملكية التقديرية.

قيل: إن جواز التصرف شرعا لا يلزم حصول الملكية، كما أن الشارع قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٨

حكم بجواز التصرف في أموال الناس عند الضرورة و المجاعة من غير أن يكون ذلك ملكا للمتصرف. نعم التصرفات المتوقفة على الملك تكشف عن تحقق الملك آنا ما قبل التصرف لأجل الجمع بين الأدلة. و الجواب عن ذلك:

أن التصرفات التي حكم بحليتها في الآية المباركة هي التصرفات المترتبة على البيع، و من الواضح أن التصرف المترتب على البيع تصرف مالكي، و جواز التصرف المالكي يكشف عن الملكية كشافا قطعيا. و عليه فدليل حلية البيع يدل على حلية التصرف بالدلالة المطابقة، و على حصول الملكية من أول الأمر بالدلالة الالتزامية.

و أما الالتزام بالملكية آنا ما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقفة على الملك بغير عنوان المالكية مع فرض تحقق البيع في الخارج. و هذا بعيد عن مدلول الآية حسب ما يفهمه أهل العرف من الكلام.

قيل: إن الآية لا دلالة فيها على تأثير البيع في الملكية أصلا، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف و من الواضح أنه إذا أريد من التصرف المزبور التصرف المالكي لزم منه تعرض الحكم لإثبات موضوعه و هو أمر غير معقول. و الجواب عنه:

أن الحل في الآية و إن تعلق بالتصرف ابتداء- على رأى المصنف- إلا أن إحلال التصرف يكشف عن حصول الملكية و لا يلزم من ذلك تعرض الحكم لإيجاد موضوعه. نعم إذا قلنا بتحقيق الملكية من ناحية جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم بإثبات موضوعه و لكنه بعيد عما نحن فيه. قيل:

إننا لو سلمنا دلالة الآية على جواز البيع وضعا و تكليفا، أو قلنا بدلالتها على حلية التصرفات، و استكشفتنا منها الملكية من أول الأمر، لكنها لا- تشمل المعاطاة، لعدم صدق البيع عليه، إذ البيع إما من مقولة اللفظ- كما عن بعض الاعلام- بدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسى الذى هو مدلول الكلام اللفظى، و هو باطل بالضرورة، أو أنه من مقولة المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٩٩

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ، وعلى كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة:

أما على الأول فواضح. و أما على الثاني فلأن البيع و إن كان من قبيل المعنى، و لكن صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ، إذ المفروض أن الكلام النفسى مدلول للكلام اللفظى، و من الواضح جدا أن المعاطاة لم تبرز باللفظ فتكون خارجة عن حدود البيع جزما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس اسما لمجرد اللفظ، و إلا- لزم تحققه بالتكلم بلفظ بعث و إن لم يتحقق به الإنشاء، و لا- أنه اسم للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجي، و إلا- لزم تحققه بالاعتبار الساذج و إن لم يكن مبرزا في الخارج. بل هو اسم للاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي. و من الواضح أنه لا يعتبر في المبرز أن يكون من قبيل الألفاظ.

بل كما يصح إبراز الاعتبار النفساني باللفظ، كذلك يصح إبرازه بغيره. و على كل حال لا صلة للمقام بالكلام النفسى الذى ذكرنا بطلانه فى محله: و مما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية.

٣- قوله (ص): (إن الناس مسلطون على أموالهم) «١» و وجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف فى أمواله بأنحاء التصرفات، سواء فى ذلك التصرفات الخارجية و الاعتبارية. و من التصرفات الاعتبارية البيع المعاطاتى، و إذن فالمنع عن جواز البيع المعاطاتى مناف لعموم الحديث.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المزبور ضعيف السند، و غير مذكور فى كتب الشيعة إلا مرسلا و من الواضح أنا لا نعلم على المراسيل فى شىء من الأحكام الشرعية، لأنها غير مشمولة لأدلة حجية الخبر. قيل: إن النبوى المزبور و إن كان ضعيفا من ناحية الإرسال، و لكن قد عمل به

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٠

المشهور، بل أرسله الفقهاء فى كتبهم الاستدلالية إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهية المسلمة، و يلتجئون إليها فى موارد شتى. و إذن فيكون عملهم هذا جابرا لوهن الخبر و ضعفه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا التوهم فاسد كبرى و صغرى: أما الوجه فى فساد الكبرى فلأنه لا دليل على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور، لأن الشهرة إن كانت حجة فى نفسها أخذ بها و إلا فإن ضمها إلى غير الحجة لا يفيد الاعتبار و قد اشتهر فى الألسنة أن فاقد الشىء لا يكون معطيا له نعم إذا كان عملهم وسيلة إلى توثيق الرواية كان ذلك قرينة على حجيتها. بل قد يكون عمل شخص واحد برواية سببا لتوثيقها. إلا أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور، فإن هذا فيما لم تعلم وثاقة الرواة، بل لم تعلم رواة الخبر- كما فى المراسيل- و من البديهي أن عمل المشهور فى أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقة الرواة. نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظفر بها. و لكن هذا الاحتمال لا يغنى من الحق شيئا. مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور، و الملاك فيهما واحد. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما و أما الوجه فى منع الصغرى فلأن من المحتمل القريب أن المشهور قد استندوا فى فتياهم بصحة البيع المعاطاتى بغير النبوى من الوجوه التى استدلت بها على ذلك. و من البين الذى لا ريب فيه انه بناء على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور فإن الشهرة إنما تكون جابرة لوهن الرواية إذا علم استناد المشهور إليها. على أن المشهور بين القدماء هو القول بالإباحة. و إذن فلا شهرة فى المقام لكى تكون جابرة لضعف النبوى و أما الشهرة بين متأخرى المتأخرين فليست بجابرة اتفاقا.

ثانيا: أنا لو سلمنا اعتبار النبوى من حيث السند لكن لا نسلم دلالة على المقصود، فإن المحتمل فى معناه وجوه ثلاثة:

١- أن يراد من الحديث تسلط الناس على كل تصرف من أنحاء التصرفات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠١

كتبا وكيفا. و عليه فإذا شككنا في جواز تصرف خارجي أو اعتباري من حيث الوضع والتكليف تمسكنا بالحديث المزبور لإثبات مشروعية ذلك. و لكن يرد عليه:

أولا: أن الالتزام بهذا الوجه يقتضى أن يكون النبوي في مقام التشريع:

بأن يدل على جواز كل تصرف لم تثبت مشروعيته من ناحية الشارع. و على هذا فإذا شككنا في جواز تصرف تكويني - كالأكل و الشرب - أو اعتباري - كالبيع المعاطاتي و نحوه - تمسكنا بالنبوي لإثبات مشروعية ذلك التصرف، و من البديهي أنه لم يقل به متفقه فضلا عن الفقيه.

ثانيا: أن هذا الوجه يقتضى الالتزام بمشروعية غير واحد من المحرمات الإلهية - كأكل جملة من الأطعمة المحرمة و شرب جملة من الأشربة المحرمة و لبس جملة من الألبسة المحرمة التي هي مملوكة للمتصرف - فإن النسبة بين دليل السلطنة و بين أدلة بعض المحرمات هي العموم من وجه، فيتعارضان في مورد الاجتماع و يتساقطان فيرجع إلى أصالة الإباحة، مع أن هذا ضروري البطلان. و المتحصل من ذلك أن الوجه المزبور لا يمكن الالتزام به.

٢- ما ذكره المصنف و حاصله: أن عموم الحديث إنما هو باعتبار أنواع السلطنة - كالبيع و الإجارة و الهبة و الصلح و غيرها - و إذا شككنا في مشروعية نوع منها - كالمزارعة و المضاربة و المساقاة مثلا - تمسكنا بعموم الحديث و نحكم بثبوت السلطنة هنا أيضا. و أما إذا علمنا بمقدار السلطنة و كميتها بأن قطعنا بأن سلطنة خاصة نافذة في حق شخص كبيع ماله من غيره و لكن شككنا في كيفية هذه السلطنة و أن هذا البيع هل يوجد بالتعاطي أم لا بد فيه من القول الدال عليه فإنه حينئذ لا يجوز لنا أن نتمسك بدليل السلطنة لإثبات مشروعية المعاطاة في الشريعة المقدسة. و قد اتضح لك من توضيح كلام المصنف الفارق بين هذا الوجه و بين سابقه حيث ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٢

العموم في الوجه الأول باعتبار الكمية و الكيفية و في الوجه الثاني باعتبار الكمية فقط و يرد عليه: أن الالتزام بهذا الوجه يقتضى أيضا أن تكون الرواية في مقام التشريع و عليه فيجوز التمسك بعموم النبوي في أي مورد شككنا في جواز نوع خاص من السلطنة - كالشك في جواز أكل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الرواية حسب المتفاهم العرفي و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد في أمثال ذلك. و من هنا ذكروا: أن دليل السلطنة لم يرد في مقام التشريع بل إنما ورد لإثبات السلطنة للمالك في الجهات المشروعة.

٣- ما هو التحقيق من أن دليل السلطنة يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة، و عدم كونه محجورا عن التصرف في تلك الجهات، و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك، و عليه فشان دليل السلطنة شأن الأوامر المسوقة لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و کیف.

و على الجملة: إن دليل السلطنة لا يدل على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحية خاصة كان ذلك مخصصا لعموم الحديث. و قد تجلّى لك من ذلك أنه لو شككنا في جواز تصرف خاص - كالبيع المعاطاتي أو جواز الاعراض عن مال معين - فإنه لا يجوز التمسك في مشروعية ذلك بدليل السلطنة. و مما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية:

٤- (قوله تعالى) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ النساء الآية: ٢٨.

فإن الآية الشريفة قد دلت على انحصار جواز التصرف في أموال الناس بما يكون تجارة عن تراض عرفا. و البيع المعاطاتي كذلك و بيان ذلك بوجهين:

١- أن المراد من الأكل في الآية الكريمة ليس هو الازدراء - على ما هو معناه الحقيقي - بل إنما هو كناية عن التملك - و إن لم يكن ذلك المال من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٣

جنس المأكولات كالدار والبستان والدكان وأشبه ذلك- وقد تعارف هذا النحو من الاستعمال في القرآن الكريم و في كلمات الفصحاء، بل في غير لغة العربية أيضا ثم ان دخول كلمة الباء السببية على كلمة الباطل، و مقابلتها في الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على توجه الآية إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الفاسدة.

و عليه فان كان الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض و إذن فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآية ظاهرة ابتداء في بيان الكبرى الكلية لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجارة عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطلة، و لا من التجارة عن تراض. بل تكون الآية بالنسبة إليه مهملة. و لكن يمكن إثبات دلالة الآية على الحصر حينئذ بالقرينة المقامية بدعوى أن الله (تعالى) يصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات، و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية و إذن فالآية مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا و على كلا التقديرين فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي، و كونه مفيدا للملك، فان عنوان التجارة عن تراض ينطبق عليه عرفا. و مما يؤيد كون الآية راجعة إلى بيان أسباب المعاملات تطبقها في بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطلة «١» ٢ أن يراد من الأكل في الآية الكريمة التصرف: أي لا تتصرفوا في أموال الناس بالأسباب الباطلة، فإنه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن

(١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما يكتسب به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٤

تراض. و عليه فتدل الآية بالمطابقة على حلية التصرفات تكليفا- التي تترتب على التجارة عن تراض- و تدل على حصول الملكية من أول الأمر بالملازمة العرفية، لما عرفت عند الاستدلال بآية حل البيع على المقصود من أن السلطنة التكليفية على جميع التصرفات في شيء كاشفه عرفا عن مالكية المتصرف لرقبة هذا الشيء و إن كانت الملكية تنفك عن السلطنة أحيانا- كما في المحجور- و لكن السلطنة المطلقة لا تنفك عن الملكية عرفا. و لا يخفى عليك: أنه يجري في هذا الوجه جميع ما تقدم من النقض و الإبرام حول الوجه الثاني من وجهي الاستدلال على أن المعاطاة تفيد الملكية.

و قد ذكر المحقق صاحب البلغة: أنه لو كان الاستثناء في آية التجارة عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثرة التخصيص المستهجن، بدهاه أن أسباب حل الأكل ليس منحصرًا بالتجارة عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنایات و سائر النواقل الشرعية و الإباحات. سواء أ كانت الإباحة مالكية، أم كانت شرعية و إذن فلا ملازمة بين أكل المال بالباطل، و بين ما لا يكون تجارة عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه أن جملة من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابلة للتجارة عن تراض، بل هي قسم منها، كالهبات التي منها الصدقات المستحبة و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها، و سائر النواقل الشرعية كالإجارة و الجعالة و نحوهما. و جملة منها و إن كانت خارجة عن حدود التجارة عن تراض- كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها- و لكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثرة التخصيص، بدهاه أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج.

و يضاف إلى ما ذكرناه: أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك: بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراض، و ما لا يكون كذلك- كالوقوف و الزكوات و الخماس و المال الموصى به وصية تملكه بناء على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٥

عدم اعتبار القبول فيها و أروش الجنایات- خارج عن حدود المستثنى و المستثنى منه تخصصا لا تخصيصا [١].

كلام بعض الأساطين حول المعاطاة [لتأسيس قواعد جديدة]

إشارة

قوله: (و لذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة).

[١] قد أغفل المصنف الاستدلال على مقصوده بقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المائدة ٥ الآية: ٢. مع أنه استدل به- فيما سيأتى قريبا- على أصالة لزوم فى العقود.

و الوجه فى ذلك: أن الآية إنما تدل على لزوم العقد دلالة مطابقة، بدهاه أن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ. و إذا دلت الآية على لزومه بالمطابقة دلت على صحته بالالتزام، إذ لا معنى لفساد العقد مع لزومه. و من البين الذى لا ريب فيه أن المعاطاة عقد بالحمل الشائع، فتكون مشمولة لعموم الآية.

و لكن ذكر المصنف فيما سيأتى قريبا: (أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادعاه صريحا بعض الأساطين فى شرح القواعد) و على هذا فيكون الإجماع قرينة منفصلة على عدم شمول الآية للمعاطاة من حيث الدلالة المطابقة. و قد ثبت فى محله أن الدلالة الالتزامية تابعة للدلالة المطابقة.

و عليه فإذا سقطت دلالة الآية بالمطابقة على لزوم المعاطاة سقطت دلالتها الالتزامية على صحتها. و إذن فتتصرف الآية الكريمة عن المعاطاة، و تختص بالعقود اللفظية:

و هذا بخلاف آتى حل البيع و التجارة عن تراض فإنهما تدلان على صحة البيع بالمطابقة، و على لزومه بالالتزام، و من البديهي أن سقوط الدلالة الالتزامية لا تضر بالدلالة المطابقة. هكذا ينبغى أن يحرر المقام، لا على الوجه الذى ارتكبه غير واحد من المحشين.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٦

أقول: يحسن بنا أن نبحت حول كلامه لكى يتضح لنا أن القول بالإباحة مع قصد الملك من التعاطى هل يستلزم تأسيس قواعد جديدة أم لا. و تلك القواعد ما يلى.

منها: ١- أن العقود و ما قام مقامها تابعة للقصد من حيث الإيجاب و السلب:

إشارة

أى وقوع ما يقصد، و عدم وقوع ما لم يقصد. و من البين أن القول بالإباحة مخالف لهذه القاعدة إيجابا و سلبا. لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل فى الخارج، و ما حصل فى الخارج لم يقصده المتعاطيان.

و قد أجاب عنه المصنف بوجهين:

الأول: أن تبعية العقود للقصد فيما إذا دل الدليل على صحة العقد:

بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه. و على هذا فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه. و هذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلك- كالعقد المعاطاتي- و لكن حكم الشارع المقدس في مورده بالإباحة، فإنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهة أن الإباحة المذكورة ليست إباحة عقديّة لكي يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هي إباحة شرعية مترتبة على المعاطاة ترتب الحكم على موضوعه. و عليه فمتزلة ذلك منزلة حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس في المخصصة و المجاعة، و بجواز أكل المارة من ثمرة الشجرة التي تمر بها و إن لم يرض المالك بذلك. انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول [١].

[١] الأولى في الجواب أن يقال: إن كانت المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في كونها يباع صحيحا و مؤثرة في الملكية من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد. نعم لو ورد دليل الإمضاء على خلاف ما قصده المتعاقدان لزم منه تخلف العقد عن القصد. إلا- أنه بعيد عن المقام. و لا- يفرق فيما ذكرناه بين القول بحصول الملكية من أول الأمر: و بين القول بحصولها أنا ما قبل التصرف.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٧

الثاني: أن تخلف العقود عن القصد لا غرابة فيه.

إشارة

و قد وقع في جملة من الموارد:

الأول: (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة،

لإفادته العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. و توهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك). و يرد عليه: أن سبب الضمان في العقود الفاسدة- على ما سيأتي- إنما هو اليد نهاية الأمر أن الإقدام يكون منقحا لموضوع ضمان اليد. و قد ذكرنا في محله: أن الإقدام بنفسه لو كان موجبا للضمان، لتحقق الضمان بتحقيق المعاملة في الخارج بالإيجاب و القبول، مع عدم تحقق القبض و الإقباض، إذ المفروض تحقق الإقدام على المعاملة من ناحية المتعاملين، مع أنه باطل بالضرورة. فيستكشف من ذلك أن سبب الضمان في أمثال الموارد هو اليد دون الإقدام.

الثاني: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء،

مع أن ما قصد- و هو العقد المقيد بالشرط الفاسد- غير واقع. و الواقع الذي هو ذات العقد لم يقصد. نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد لم يتوجه هذا النقض على بعض الأساطين. و لكن التحقيق خلافه. و يأتي تفصيل ذلك في مبحث. الشروط إنشاء الله.

- و إن لم تكن المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في أنها لا تؤثر في الملكية، إلا أنه قامت السيرة القطعية على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرف المتوقع على الملك من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد، إذ المفروض أن الإباحة المترتبة على المعاطاة إباحة شرعية لا إباحة عقديّة و هذا واضح لا خفاء فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٨

و التحقيق: أن الشرط قد يكون قيذا لأصل العقد بحيث يكون الإنشاء معلقا على حصول الشرط: بأن قال البائع: بعثك المتاع الفلاني إن قدم الحاج. و إلا فلا أبيع، وقد يكون الشرط التزاما آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملتزم به قيذا لأصل العقد. و على الأول فال تعليق يوجب فساد العقد و إن لم يكن الشرط فاسدا لقيام الإجماع على بطلان التعليق في العقود. و على الثاني فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلف المقصود عن القصد و تفصيل الكلام في محله.

الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه:

بأن ضم مال نفسه إلى مال غيره و باعهما من شخص واحد في صفقة واحدة- فإنه لا شبهة في صحة هذا البيع عند المحققين. مع أن ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع في الخارج، و ما هو واقع فيه غير مقصود لهما. و الجواب عن ذلك: أن البيع المذكور و إن كان واحدا بحسب الصورة و لكنه منحل إلى بيعين غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزا، و الآخر صحيح مشروطا بإجازة المالك.

و السر في ذلك أن حقيقة البيع متقومة بإنشاء تبادل شيء من الأعيان بعوض في جهة الإضافة كما تقدم (١) و من البديهي الذي لا ريب فيه أن هذا المعنى لا ربط له بقصد المالكين و معرفتهما. و عليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع. و إذن فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة. و لكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذي هو محل الكلام في المقام.

الرابع: بيع الغاصب المال المقصود لنفسه.

فقد ذكر جمع كثير أن البيع يقع عن المالك فضولا، و تتوقف صحته على إجازته. مع أن المقصود- و هو كونه

(١) راجع ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٩

للبيع- لم يقع، و الواقع- و هو وقوع البيع عن المالك- غير مقصود. و الجواب عن ذلك:

ما أشرنا إليه آنفا من أن البيع إنشاء تبادل عين بعوض في جهة الإضافة.

و من الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك، أو عن البائع خارج عن حدوده.

و سيأتي التعرض لهذه المسألة في البحث عن بيع الفضولي. نعم لو كان شأن المالكين في البيع شأن الزوجين في عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقض- على بعض الأساطين- صحيحا، و لكن الأمر ليس كذلك.

الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعة كان ذلك زواجا دائما

و قد ذكر هذا في موثقة ابن بكير [١]. و أفتى به جمع من الفقهاء رضوان الله عليهم. مع أن المقصود- و هو نكاح المتعة- لم يقع. و

الواقع- و هو نكاح الدائم- غير مقصود.

و التحقيق: أنه إذا كان بناء العاقد- قبل مباشرته بإيقاع العقد- على إنشاء نكاح المتعة، و لكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء و قصد الزواج الدائم فلا شبهة في أن الواقع حينئذ يكون نكاحا دائما و عليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد.

و إذا كان بناء العاقد على إبقاء عقد المتعة حتى في مقام الإنشاء، و الاشتغال بإجراء الصيغة، و مع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام

التلفظ، أو تركه عمداً فإن الظاهر حينئذ بطلان العقد، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد، و لم ينشأ، لأن الإنشاء - كما عرفته مراراً - عبارة عن إبراز الأمر النفساني في الخارج. وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزا باللفظ. و أما الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في

[١] قال: (قال أبو عبد الله (ع) ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جائز. و قال: إن سمي الأجل فهو متعة. و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات). الكافي ج ٢ ص ٤٥. و الوافي ج ١٢ ص ٩٦. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٠ الخارج، إذ يعتبر في صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات «١»، و المفروض أنه مفقود في المقام. و هذا بين لا ريب فيه.

و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٢- أن القول بالإباحة يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو:

و هما الالتزام بأن إرادة التصرف - في المأخوذ بالمعاطاة - مملكة، و الالتزام بأن التصرف بنفسه من المملكات، و كلا الأمرين بعيد جداً، بداهة أن المالك لم يقصد إلا تملك ماله من الأول، و عليه فالالتزام بحصول الملكية بتصرف غير المالك، أو بإرادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصوداً للمالك بعيد غايته. و يتوجه عليه ما أفاده المصنف. و حاصله: أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملكية بإرادة التصرف، فإن الجمع بين الأدلة يقتضي ذلك، ضرورة أن الأصل يقتضي بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكه الأول. و قد قامت السيرة القطعية على جواز التصرف لكل من المتعاطين فيما انتقل إليه. و قد ثبت في الشريعة المقدسة أن بعض التصرفات - كالعتق و البيع و الوطى - لا يسوغ لغير المالك. و من البين الذي لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الأدلة يقتضي الالتزام بالملكية حين إرادة التصرف. و عليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن تصرف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما تصرفاً بالعتق و الوطى و أشباهها [١].

[١] أقول: إن التصرفات الصادرة من المتعاطين على قسمين:

القسم الأول: ما لا يتوقف جوازه على الملك - كالأكل و الشرب و اللبس و نحوها - فإن جواز هذه التصرفات لا ينوط بملك الرقبة، بل تجوز لغير المالك أيضاً إذا دل عليه دليل. و قد فرضنا أن السيرة قد دلت عليه في المقام غاية الأمر أن يكون الإتلاف في محل الكلام موجبا للضمان بالمسمى، دون المثل أو القيمة. و على هذا فلا نحتاج إلى الالتزام بملكية التصرف، أو بإرادته لكي نتمسك في إثبات

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٩٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١١

و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٣- أنه إذا قيل بأن المعاطاة - المقصود بها الملك - تفيد الإباحة لزم منه مخالفة القواعد المتسالم عليها في موارد شتى:

منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطين،

مع أنه ليس بمالك له.

و توضيح ذلك: أنه إذا أعطى أحد المتعاطين دينارا لصاحبه، و أخذ منه متاعا يساوى أحد عشر دينارا فإنه قد ربح فى هذه المعاملة المعاطية عشرةً دنائير و إذا بقى هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك فى البين، كتصرف المشتري فى المتاع، أو تصرف البائع فى الثمن، أو تلف أحد العوضين - ثبت فيه الخمس. و عليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك، و هو فقه جديد.

و قد يتوهم: أن غرض بعض الأساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالأرباح و المنافع الحاصلة من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطة و لكنه توهم فاسد، فإنه مخالف لصراحة كلامه بديهية أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما إذا كان العوضان باقين، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطين، و من البين الذى لا ريب

- ذلك بالجمع بين الأدلة. قيل:

انه لا يتحقق الضمان بالمسمى الا مع ملك الضامن لما هو بدل عن المسمى، و عليه فلا مناص عن الالتزام بمملكية التصرف أو إرادته و الجواب عن ذلك:

أنا لو سلمنا توقف الضمان بالمسمى على ملك الضامن للعوض و لكن لا نسلم توقف ذلك على مملكية التصرف أو إرادته. بل يمكن الالتزام بحصول الملكية أنا ما قبل التصرف من ناحية الجمع بين الأدلة. كما التزم به المصنف سابقا عند الاستدلال على صحة المعاطة بآيتى حل البيع و التجارة عن تراض.

القسم الثانى من التصرفات: ما يتوقف جوازه على الملك- كالتق و الوطى و البيع- و قد اتضح لك حكمه مما ذكرناه فى القسم الأول، بديهية أن الجمع بين الأدلة يقتضى الالتزام بحصول الملك أنا ما قبل التصرف. بلا احتياج فى ذلك الى مملكية التصرف أو إرادته. و هذا واضح لا ريب فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٢

فيه أن حصول الربح بالتجارة لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو: و هما التصرف، و تلف العين و لو حكما. و حينئذ فلا يتوجه على بعض الأساطين ما ذكره شيخنا المحقق و إليك نصه (أما خمس ربح التجارة بالمأخوذ بالمعاطة فلا محالة يكون حصول الربح مسبوفا بالتكسب و التصرف فى المال، فيكون مملكا له و لأصله. و ليس هذا غريب آخر زيادة على غرابه مملكية التصرف).

و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطة معاملة الملك،

و تترتب عليه جميع آثار الملكية من الاستطاعة و تعلق الزكاة و حق الديان به و كونه إرثا للورثة و وجوب الإنفاق منه و جواز الوصية به، و لو كانت المعاطة مفيدة للإباحة لزم من ذلك تعلق الأمور المذكورة بالمباحات، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاك.

و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطى تعلق به حق الشفعة،

مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر فى الملكية. و من هنا لو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعة. و منها تعلق حق المقاسمة بذلك، و مثاله: أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص آخر بالبيع المعاطى جاز للمشتري أن يطالب المقاسمة من الشريك الآخر.

و عليه فان قلنا بأن المعاطة تفيد الملكية فلا محذور فيه. و إن قلنا بأنها لا تفيد إلا الإباحة الخالصة لزم منه ثبوت حق المقاسمة لغير الملاك.

و منها: أن الربا يجري في البيع المعاطاتي،

كما يجري في البيع اللفظي. و عليه فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية كان ذلك موافقا للقواعد الشرعية. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحة لزم من ذلك جريان الربا في المباحات. و من الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد.

و منها أنه لو كانت المعاطاة مفيدة للإباحة لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاة بصفة الفقر

و لو كان المأخوذ بذلك يكفي مؤنته و مؤنثة عياله سنة واحدة- إذا لم يكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٣

عنده مال آخر يكفيه و لعياله حولا كاملا.

و لزم أيضا أن لا تزول صفة الغنى عن المعطى، لكونه مالكا لما أعطاه لصاحبه بالمعاملة المعاطاتية. و إذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشرعية المقررة للفقراء و المساكين، و لا يجوز ذلك للثاني و إن لم يكن عنده ما يكفيه و لعياله سنة واحدة. و من الظاهر أن هذا أمر عجيب.

و قد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكورة بما هذا لفظه:

(و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها) [١].

[١] لا يخفى عليك ما في عبارة المصنف من الغلق و الاضطراب و اشتباه المراد كما يظهر لمن يعطف النظر على كلمات المحشين. و الذى نفهمه منها: أنه لا- مانع من الالتزام بعدم تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة، مع بقاء مقابله، و عدم تصرف كل من المتعاطين فيما بيده، بدهاه أنه لا محذور في الالتزام بذلك إلا الاستبعاد المحض. و من البين الذى لا ريب فيه أن مجرد الاستبعاد لا يوجب أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية لكى يصح الالتزام بتعلق الأمور المزبورة بما فى يد كل من المتعاطين. قيل: إنه لا- مناص عن الالتزام بتعلق تلك الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة لأن بناء المشرعة و سيرتهم القطعية على أن شأن ذلك شأن سائر الأملاك. و الجواب عنه:

أن هذا و إن كان صحيحا إلا أن الالتزام به من ناحية السيرة لا من ناحية الاستبعاد الذى هو مورد بحثنا. و إذن فتكون السيرة دليلا على الملك بلا- حاجة إلى الاستبعاد المزبور. و على هذا التفسير فرجع الضمير المجرور فى كلمة (دفعه) هو لفظ عدم المحذوف المضاف إلى كلمة التعلق. و القرينة على الحذف هى سياق الكلام.

و يمكن أن يكون غرض المصنف من تلك العبارة: أنه لا- شبهة فى تعلق الأمور المذكورة- فى كلام بعض الأساطين- بالمأخوذ بالمعاطاة- و إن كان ذلك-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٤

و يحسن بنا أن نتعرض لأجوبة تلك الأمور، و إليك ما يلى:

أما الأخماس فهى لا- تتعلق إلا- بالملك، كما هو الظاهر من الأدلة الشرعية، و عليه فلا- محذور فى الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة على القول بكونها مفيدة للإباحة و أما الزكوات فلا شبهة فى تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة مع تمام النصاب، و مضى الحول عليه، و لا- يفرق فى ذلك بين أن يكون المأخوذ بالمعاطاة ملكا للآخذ و بين عدمه لإطلاق الأدلة، مثلا- إذا اشترى أحد- بالبيع المعاطاتى- خمسا من الإبل، و لم يوجد مملك فى البين إلى أن مضى عليها حول كامل تعلقت بها الزكاة جزما و تكون العين مشتركة بين المالك و بين المستحقين للزكاة بناء على تعلق الزكاة بالعين [١]. نعم إذا كان عند الآخذ بالمعاطاة ما تعلقت به الزكاة و

لكن كان أقل من النصاب إلا أنه وصل

- من المباحات - بدهاءة أنه لا - مانع من أن يكون قسم خاص من المباح - الذى يجوز فيه مطلق التصرف حتى المتوقف منه على الملك - فى حكم الملك، و لا محذور فيه إلا الاستبعاد المحض، و هو بنفسه لا يصلح للمانع عن تعلق الأمور المزبورة بالمأخوذ بالمعاطاة.

و أما دعوى أن تعلق تلك الأمور بذلك مخالف للسيرة، لقيامها على عدم تعلقها بغير الاملاك، فبملاحظة السيرة يستكشف ملكية المأخوذ بالمعاطاة فهى إن صحت كان القول بالملكية حينئذ مستنده إلى السيرة، لا إلى الاستبعاد، و لا الى لزوم مخالفة القواعد الشرعية.

و لكن الظاهر أن غرض المصنف هو الاحتمال الأول: بديهته أن مقصود بعض الأساطين إنما هو استبعاد عدم تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة.

و قد تصدى المصنف لدفع هذا الاستبعاد و ليس غرض بعض الأساطين استبعاد تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة لكى يكون كلام المصنف مسوقا لرفع هذا الاستبعاد و إثباتا لتعلق تلك الأمور بذلك. هذا و الله العالم بالضمائر.

[١] الذى يستفاد من الأدلة أن الزكاة متعلقة بالعين و أن النصاب مشترك بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٥

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاة إليه فإنه لا تجب فيه الزكاة، بدهاءة أن ما هو مملوك للأخذ لم يصل إلى حد النصاب و المأخوذ بالمعاطاة ليس ملكا له على الفرض لكى يتم به النصاب.

و أما صفة الغنى المانعة عن أخذ الحقوق الشرعية فهى غير متوقفة على الملك، بل كل من تمكن من ثمنه نفسه و عياله سنة واحدة - و لو من المباحات - فهو غنى.

و أما الاستطاعة فهى إنما تتحقق بكون المكلف واجدا - بالفعل - لما يحج به من الزاد و الراحلة، و بمالكيته لثمنه عياله بالفعل أو بالقوة. و قد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى و بأمن الطريق فى بعض الأخبار «١». و من البين أن هذا المعنى من الاستطاعة كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضا التى منها المأخوذ بالمعاطاة على القول بالإباحة، و قد انجلى مما بيناه أنه يصح تعلق حق النفقات و الديون بالمأخوذ بالمعاطاة.

و أما حق الشفعة فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة لأنه استحقاق الشريك

المالك و بين المستحقين للزكاة، سواء أ كان الاشتراك على نحو الإشاعة أم كان ذلك على نحو الكلى فى المعين، و هذا الرأى هو المشهور بين الأصحاب رضوان الله عليهم. و هنا احتمالات أخرى:

١- أن الزكاة متعلقة بالذمة من غير أن تعلق بالعين رأسا.

٢- أن الزكاة متعلقة بالعين كتعلق حق الرهن بالعين المرهونة، فتكون حالها حال بيع العين المرهونة فى حال الرهانة، ثم فكها عن ذلك.

٣- أن الزكاة متعلقة بالعين كتعلق حق الجنابة بالعبء الجانى، و عليه فىكون بيعها التزاما بالزكاة فى الذمة كما أن المالك إذا باع عبده الجانى تعلق أورش الجنابة بدمته و من هنا اتضح لك الفارق بين الصورتين الأخيرتين.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٦

للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها إلى حقه. و المفروض أن المعاطاة لم تؤثر في الملكية بل في الإباحة فقط. و عليه فلم يحصل النقل و الانتقال بالتعاطى حتى يثبت به حق الشفعة للشريك [١].

و أما حق المقاسمة و المفارزة فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف في المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه.

و أما الإرث فهو أيضا لا يتوقف على الملك، بل موضوعه ما تركه الميت و من الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاة مما تركه الميت، فيكون لوارثه.

و يضاف إلى ذلك: أن موت أحد المتعاطين يؤثر في لزوم المعاطاة. و هذا واضح. و من هنا اتضح لك جواز الوصية بالمأخوذ بالمعاطاة. ضرورة أنها تصير لازمة بموت الموصى.

و أما ما ذكره من استلزام القول بالإباحة جريان الربا في المباحات فهو من العجائب. بديهته أن مورد البحث في المقام إنما هو المعاطاة الواجدة لجميع شرائط البيع إلا الصيغة الخاصة. و عليه فإذا كانت المعاطاة ربوية لم تؤثر في شيء من الملكية و الإباحة، لفسادها من ناحية الربا، و إذن فلا إباحة في المقام لكي يلزم جريان

[١] نعم يظهر من المحقق الخراساني أن حق الشفعة يتعلق بالمأخوذ بالمعاطاة و إن لم يصير ملكا للآخذ. و الوجه في ذلك أن موضوع حق الشفعة إنما هو بيع أحد الشريكين حصته من غير شريكه، سواء أ كان ذلك مفيدا للملكية أم كان مفيدا للإباحة. و يتوجه عليه. أولا: أن ذلك خلاف الظاهر من أدلة الشفعة إذ الظاهر منها اعتبار الملكية في متعلق حق الشفعة.

ثانيا: أن موضوع حق الشفعة إنما هو البيع كما اعترف به المحقق المذكور و من البين أن المعاطاة المفيدة للإباحة خارجة عن حدود البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٧

الربا فيها. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٤- ما ذكره بعض الأساطين من «كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر. مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف».

و قال المصنف:

(و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه).

و وجه الظهور: أنه لما كان التصرف من جانب مملكا للمتصرف لزم كونه مملكا للجانب الآخر أيضا، الذي لم يصدر منه التصرف و إلا لزم اجتماع العوض و المعوض في ملك المتصرف.

و عليه فكما أن الجمع بين الأدلة يقتضى كون التصرف مملكا للمتصرف كذلك يقتضى كونه مملكا للطرف الآخر أيضا،

و مما ذكره بعض الأساطين: ٥- أن القول بالإباحة يستلزم مخالفة القواعد المتسالم عليها في نواحي شتى:

الناحية الأولى: كون التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر،

لاتفاق الفقهاء على أن كلا- من المتعاطيين يملك لما بيده من المأخوذ بالمعاطاة مع تلف بدله من الجانب الآخر و عليه فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك فلا محذور فيه و إن قلنا بأنها تفيد الإباحة فيلزم أن يكون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر، بديهه أنه لم يحدث فى المقام إلا- أمران، و هما التعاطى و التلف و المفروض أن الأول لا يفيد إلا الإباحة، و عليه فلا بد لنا إما من القول بكون التلف مؤثرا فى الملكيه فهو غريب، أو القول بحصول الملكيه بغير سبب فهو محال.

الناحية الثانية: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب،

بديهه أنه ملكيه لو حصلت بغير سبب لزم تحقق المعلول بدون علتة. و إن حصل ذلك بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علتة، و من البين أن كليهما غير معقول. و إن قلنا بحصول الملكيه مع التلف فهو بعيد، إذ لا- موجب للالتزام بالملكيه فى خصوص زمان التلف دون ما قبله. على أن زمان التلف هو زمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٨

انعدام الملكيه، لا زمان حدوثها، و من ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكيه بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعدوم غير معقول. على أن ذلك لغو محض، إذ لا يترتب عليه أى أثر من آثار الملكيه. و إن قلنا بعدم كون التالف ملكا للأخذ لزم أن يكون بدله ملكا للجانب الآخر مجانا فهو غريب، و إذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكيه- فى البيع المعطاتي- من أول الأمر.

الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة كان التلف من الجانبين معنا للمسمى من الطرفين.

و عليه فلا- يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمة لكى يكون لأحدهما حق الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضين، مع أن القاعدة- على القول بعدم الملك- تقتضى الضمان بالمثل أو القيمة، دون المسمى، بديهه أن الضمان بالمسمى يقتضى كون التالف ملكا للمتلف، و عليه فيعود الاشكال المتقدم: أعنى حصول الملكيه بلا سبب، أو بسبب التلف.

الناحية الرابعة: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف ذلك عنده.

فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكيه فلا محذور فيه، لأن الغاصب يكون ضامنا للمغضوب منه. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحة فإن قلنا بأن الغاصب ضامن للمغضوب منه:

أعنى المباح له دون المالك الأصلي الذى هو المبيح- لزم أن يكون الغصب أو التلف عند الغاصب مملكا. و هو غريب، و إن قلنا بعدم الملك و أنه ليس له حق المطالبة، و إنما هو ثابت للمبيح فهو بعيد، و مناف للسيرة القطعية.

وقد أجاب المصنف عن تلك النواحي غير الناحية الأخيرة بما حاصله: أن دليل ضمان اليد يقتضى كون كل من العوضين مضمونا لمالكة الأصلي بعوضه الواقعى أعنى به المثل أو القيمة. لكن مقتضى الإجماع و السيرة على عدم الضمان بالعوض الواقعى يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنده، و بضميمة أصالة عدم حصول الملكيه إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكيه قبل زمان التلف بأن، و عليه فالجمع بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١١٩

هذه الأدلة يقتضى كون كل من العوضين ملكا لكل من المتعاطيين أنا ما قبل التلف، و حينئذ فيكون التلف موجبا لتعين المسمى من الجانبين. سواء فى ذلك كون التلف من جانب واحد و كونه من جانبين.

و السر فى الالتزام بالملكيه التقديرية: أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور و القول بعدم الضمان بالمثل أو القيمة فى مورد التعاطى، و بين التخصص: أى الالتزام بحصول الملكيه- فى ذلك- من أول الأمر حفظا لعموم دليل اليد عن التخصص. و

قد حقق في محله أنه كلما دار الأمر بين التخصيص و التخصص فيقدم الثاني. و عليه فمقتضى القاعدة أن نحكم بحصول الملكية- في مورد المعاطاة من أول الأمر. و لكن الأصل المذكور يقتضى عدم تحقق الملكية إلا آنا ما قبل التلف و عليه فشان المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع.

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصيص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحية الدليل الدال على ضمان اليد، بل غرضه من ذلك إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصيص، و إبقائه على عمومته. و أما الضمان بالمسمى فإنما يثبت بحصول الملكية في مورد المعاطاة. و إذن فلا يتوجه على المصنف ما ذكره السيد و هذا نصه: (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملاً بعموم على اليد، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة، لا المسمى، فمع فرض الإجماع على الملكية لا بد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر).

و أجاب المصنف عن الناحية الأخيرة بما هذا لفظه:

(و أما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر- على القول بالإباحة- أن لكل منهما المطالبة ما دام باقياً، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه).

ثم قال:

(نعم لو لا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله).

و غرضه من هذه العبارة الأخيرة: أنه لو لا الإجماع على الملكية قبل تلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٠

العين كان مقتضى القاعدة اختصاص الملك بالمطالبة، لأن العين قد تلفت في ملكه نعم لو تلفت العين الأخرى قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبة، و وجهه ظاهر.

و لكن النسخة المشهورة هكذا

(نعم لو قام إجماع إلخ)

و عليه فغرض المصنف من هذه العبارة: أنه إذا قام الإجماع على عدم حصول الملكية- في البيع المعاطاتي- بتلف أحد العوضين- عند الغاصب، مع بقاء العوض الآخر- كان التلف في ملك المالك الأصلي، فيكون له حق المطالبة من الغاصب، و لا يثبت ذلك الحق للمغصوب منه: أعنى المباح له. إلا أن هذا ليس بصحيح، بديهياً أن عدم كون التلف- عند الغاصب- مملكا لا يحتاج إلى الإجماع، بل يستغنى عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكة الأصلي. و هذا واضح لا شك فيه.

و مما ذكره بعض الأساطين من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٦- أنه يجوز للأخذ بالمعاطاة أن يتصرف في النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف فيه،

و عليه فجاوز التصرف في النماء إما من ناحية أن حدوث النماء مملك للنماء، و إما من ناحية أن المالك الأصلي قد أذن للمباح له أن يتصرف في النماء، كإذنه في التصرف في أصله. و على الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملك للنماء فقط، لا لأصله فهو بعيد، إذ لا وجه للتفكيك- في ذلك- بين النماء و أصله خصوصاً في النماء المتصل. على أنه لم يعهد من مذاق الشارع المقدس أن يكون حدوث النماء في العين من جملة الأسباب لتملك النماء. و إن قلنا بأن حدوث النماء مملك لنفسه و لأصله معاً، أو قلنا بأنه مملك لأصله بالأصالة و لنفسه بالتبعية فهو غريب، فان ذلك مناف لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه المتوقع على الملك، و على الثاني- و هو أن يكون التصرف في النماء مستندا إلى إذن المالك- فشمول الاذن في

التصرف في النماء أمر خفي لا يمكن
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢١
الالتزام به، بديهية أن المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطة، لا في متفرعاته الحاصلة بعد
التعاطي. انتهى حاصل ما أفاده بعض الأساطين وقد أجاب عنه المصنف «ره» بوجهين:
الأول: أن حكم النماء- الحاصل من المأخوذ بالمعاطة- حكم أصله، فكما أن الأصل ليس ملكا للآخذ، كذلك النماء. نعم يجوز
للمباح له أن يتصرف في النماء، كما كان له أن يتصرف في أصله.
الوجه الثاني: أنه يمكن أن يكون النماء حادثا في ملك المباح له بمجرد إباحة أصله: بأن يكون إباحة الأصل موضوعا لحكم الشارع
بملكية النماء انتهى ملخص كلامه في الوجهين.
ولكن يتوجه على الأول: أن المالك الأصلي إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في المأخوذ بالمعاطة، كان تصرف
المباح له في النماء تصرفا في مال غيره بدون إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا.
ويتوجه على الثاني: أنه لا دليل على حدوث النماء في ملك المباح له، إذ لم يحدث في البين مملك لذلك النماء، ولا لأصله، ولا
لهما معا. ولا يقاس هذا بما تقدم سابقا من تصوير ترتب الإباحة الشرعية على التعاطي، مع قصد المتعاطين الملكية، لما عرفته من أن
ذلك من ناحية الجمع بين الأدلة، ولا شبهة أن هذا لا يجري في المقام [١].

[١] قد أجاب المحقق النائيني عن بعض الأساطين بما هذا نص مقرر:

«فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله «ص» الخراج بالضمان أن يكون النماء ملكا له «المباح له» بناء على ما سيجيء في معنى الخبر. و
حاصله: أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمين المعاملي فمنافعه له. وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الإباحة أو
التملك، فان مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٢

ويمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي:

- ١- أن النماء وإن لم يصير ملكا للمباح له ولكن يجوز له التصرف فيه، بدهاءة أن الاذن في التصرف في شيء يلازم عرفا الاذن في
التصرف في توابعه و لوازمه فجواز التصرف في النماء من لوازم جواز التصرف في الأصل.
- ٢- أن يكون كل واحد من النماء و أصله ملكا للمباح له، ضرورة أن المعاطة بيع عرفي، فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة
البيع و نفوذه. ولا ريب في أن مقتضى ذلك إنما هو حصول الملكية في البيع المعاطاتي من أول الأمر.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٢، ص: ١٢٢

كما هو كذلك في موارد البيع بالصيغة و لكننا قد التزمنا بعدم حصول الملكية في مورد البيع المعاطاتي من ناحية الإجماع. و من الظاهر
أن الإجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، و هو قبل حصول النماء في المأخوذ بالمعاطة. و إذن فلا مانع من التمسك بتلك
العمومات و الحكم بصيرورة ذلك ملكا للآخذ بمجرد حصول النماء فيه.

و من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالإباحة: ٧- أنه إذا قلنا بأن المعاطة تقيد الإباحة لزم منه «قصر التملك على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التملك. فيرجع إلى كون المتصرف في تملكه نفسه موجبا قابلا. و ذلك جار في القبض، بل هو أولى منه، لاقتراانه بقصد

- و معنى كون الشخص ضامنا لما يملكه، أو لما أبيع له هو أنه لو تلف يكون دركه عليه، و يكون عوضه المسمى ملكا للطرف الآخر إلخ».

و النبوى مذکور فى سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٢١.

و لكن یرد على المحقق المزبور أن النبوى المذكور ضعيف السند، و غير منجبر بشىء على أنه لا- تشمل موارد التضمنين على نحو الإباحة. لأن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي حق الرجوع إلى النماء، مع عدم كون الأصل ملكا للمباح له، و هو بعيد. و أضف إلى ذلك أن الجواب المزبور التزام بالتفكيك بين الأصل و نمائه و هو غريب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٣

التمليك دونه».

و يتوجه عليه: أنه لا مانع من اتحاد الموجب و القابل فى العقود، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم: أن الجمع بين الأدلة يقتضى كون التصرف بنفسه مملكا للمتصرف بلا احتياج فى ذلك إلى إذن المالك الأصلي لكى يلزم منه اتحاد الموجب و القابل. و أما القبض فهو لا يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكا من جهة الجمع بين الأدلة. و هذا بخلاف بعض أقسام التصرف، كالبيع و العتق و الوطى، فإن ذلك متوقف على الملك جزما. كما عرفته قريبا.

الاستدلال على لزوم المعاطاة بالأصل

إشارة

هل الأصل فى المعاطاة و سائر العقود هو اللزوم، أم هو الجواز؟ الظاهر هو الأول و قد استدل عليه المصنف بوجوه شتى منها:

١- أصالة اللزوم فى الملك،

إشارة

لأننا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطاتى ثم شككنا فى زواله بفسخ أحد المتعاطيين و عدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه. و توضيح ذلك يقع فى نواحي ثلث: الناحية الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصى، لا الكلى. الناحية الثانية: أننا لو سلمنا كونه كليا، إلا- أنه لا- محذور فى جريانه فى المقام الناحية الثالثة: ما هو مقتضى القاعدة فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كليا، و بين كونه شخصيا؟ ثم إن الكلام فى هذه النواحي مع الأعضاء عن عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكلية الإلهية، و إلا فلا مورد للاستصحاب فى أمثال الموارد، على ما حققناه فى علم الأصول.

الناحية الأولى: أن المراد من استصحاب الملكية فى المقام هو الاستصحاب الشخصى،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٤

لأن الملكية لها حقيقة واحدة فإذا ترتبت على البيع و نحوه من العقود المعاوضية و شككنا فى بقائها و زوالها حكمنا ببقائها من ناحية الاستصحاب.

و ليست لهذه الملكية حقائق متعددة لكى يكون استصحابها كلياً، و أما التزلزل و الاستقرار فليسا من ناحية الاختلاف فى حقيقة الملك و ماهيته، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز فسخ العقد و عدمه. و منشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التى هى موضوع لحكم الشارع بالملكية لا اختلاف حقيقة الملك.

و بتعبير آخر: أن مورد الاستصحاب الكلى ما يكون المشكوك فيه مردداً بين الفرد الزائل و الفرد الباقي بحيث يكون الشك من ناحية تردد المشكوك فيه بينهما، فإنه حينئذ يستصحب الكلى الجامع بين هذين الفردين، و مثال ذلك: الحيوان المردد بين ما يعيش سنه، و ما لا يعيش إلا يوماً واحداً. و كالحادث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء، و الأكبر الذى لا يرتفع إلا بالغسل، و غير ذلك من الأمثلة. و أما لو كان الشك من ناحية بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه فى نفسه، لا من ناحية كون الحادث مردداً بين الزائل و الباقي فإن المورد حينئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصى، و ذلك كالشك فى بقاء الأمور الشخصية و زوالها. و لا شبهة أن الملكية من القبيل الثانى، مثلاً إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته و شككنا فى أنها هبة جائزة لكى تنفسخ بالفسخ، أو هبة لازمة حتى لا تزول بالفسخ إذا شك فى ذلك استصحبنا الملكية، لأن الشك فى بقاء شخص الملكية و زوالها من ناحية احتمال اقترانها بالرافع، لا من جهة تردد هذه الملكية بين الفرد الزائل و الفرد الباقي.

و من الواضح أنه لو كان مجرد الشك فى بقاء شىء و زواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الكلية لكان جل الاستصحابات لو لم يكن كلها من قبيل الاستصحاب الكلى و هو واضح البطلان. و اذن فلا يتوجه على استصحاب الملكية فى المقام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٥

ما يتوجه على الاستصحاب الكلى من المناقشات [١].

[١] قيل: إنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان أن سبب الملك اللازم - كالبيع - يغير سبب الملك الجائز - كالهبة - تغايراً حقيقياً و عليه فلو كانت الملكية الحاصلة منهما حقيقة واحدة، و ماهية فأرده لزم من ذلك تأثير ماهيات كثيرة فى ماهية واحدة، و هو محال. و اذن فالملك الجائز، و الملك اللازم مختلفان نوعاً، لا اختلاف سببهما. و على هذا فاستصحبنا الملكية مع الشك فى زوالها و بقائها من الاستصحابات الكلية، لا الشخصية.

و أجاب عنه بعض المحققين من المشايخ، و إليك لفظه: أن (اختلاف السبب بما هو سبب كاشف قطعى عن اختلاف المسبب. و أما اختلاف ذات السبب فلا، لإمكان تأثير السببين بجامعهما أثراً واحداً، و هو الملك، و بخصوصيتهما حكمتين مختلفتين و هما اللزوم و الجواز).

و فيه أن إمكان تأثير الأسباب العديدة بجامعهما أثراً واحداً لا يكفى فى إثبات اتحاد المسبب لكى نستصحبه بشخصه مع الشك فى بقائه و زواله و التحقيق: أن الجواب عن المناقشة المزبورة بوجهين:

١- أن فى إطلاق السبب على عنوان المعاملة مسامحة واضحة، إذ لا تأثير له فى الملكية بوجه، غير أنه موضوع للملكية الشرعية أو العقلانية. و لا شبهة أن هذه الملكية تتشخص باعتبار المعبر، و اذن فالملكية المترتبة على عنوان المعاملة ملكية شخصية. فإذا شك فى بقائها و زوالها استصحبناها.

و بتعبير آخر: أنه قد يراد من الملك مفهومه القابل للصدق على جميع أفراد الملك. و لا ريب فى أنه كلى، و لكنه خارج عن محل البحث، بدهاه أن المترتب على المعاملة ليس هو المفهوم، بل مصداقه.

وقد يراد به ما اعتبره المنشئ في عالم الاعتبار، وأظهره بمبرز خارجي. ولا شبهة في أن هذا جزء من عنوان المعاملة- كالصلح والهبة والبيع- ضرورة-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٦

ثم إن المصنف «ره» قد أيد ما أفاده من أن اللزوم والجواز من أحكام السبب المملك، لا من خصوصيات الملكية- بما حاصله: أنه لو كان اللزوم والجواز من ناحية حقيقة الملك لكان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك، أو بحكم الشارع، وعلى الأول فيلزم تأثير قصد المالك في الرجوع وعدمه، وهو واضح البطلان. وعلى الثاني فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، وهو أيضا بديهي الفساد، لما عرفته فيما تقدم قريبا من أن العقود تابعة للقصد، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ.

نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ. ولكنه غريب عن قاعدة تبعية العقود للقصد.

ولكن يرد عليه أن الملكية المنشئة في كل عقد إنما هو ملكية أبدية في غير موارد جعل الخيار، وذلك لما بيناه في محله من استحالة الإهمال في الواقعات،

أنها عبارة عن الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي. ولا شك في أن المعتبر النفساني ليس إلا أمرا شخصيا.

وقد يراد من الملك الملكية الشرعية. وبديهي أنها ليست إلا إمضاء لما اعتبره المنشئ، فتكون شخصية بشخصية ما اعتبره المنشئ. و عليه فإذا شك في بقائه كان استصحابه من الاستصحاب الشخصي.

٢- أن اختلاف الملكية في اللزوم والجواز إنما هو باختلاف المصالح التي دعت إلى اعتبار الملك لازما تارة. وجائزا تارة أخرى، و من البديهي أن هذا أجنبى عن نفس الملكية التي هي أمر اعتباري محض.

وقد تجلى لك من ذلك فساد ما قيل من أن الملكية المترتبة على المعاملات وان كانت شخصية ولكنها ذات مراتب شتى، فتكون كلية من هذه الناحية واذن فالاستصحاب الجارى فيها استصحاب كلي لا شخصي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٧

و عليه فالمجوعول في الواقع إما مطلق أو مقيد، وبما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه، فلا مناص عن كونه مطلقا، و إذن فيلزم من إمضاء الشارع العقد مقيدا تخلف العقد عن القصد، سواء أ قلنا بأن اللزوم والجواز من خصوصيات الملكية، أم قلنا بأنهما من أحكام السبب المملك. و لكن لا محذور في تخلف العقد عن القصد.

وقد وقع نظيره في موارد شتى- كبيع الصرف والسلم وغيره- وقد أشرنا إلى ذلك في البحث عن كلام بعض الأساطين:

الناحية الثانية: أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الكلي و لكن لا محذور في جريانه في المقام،

لأنه من القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلى الذى أثبتنا حجيته فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول. وقد أشار المصنف إلى جريانه هنا

بقوله: (مضافا إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب فتأمل).

وقد ناقش فيه المحقق الخراسانى بما هذا نصح: (لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجيه الاستصحاب مع الشك فى المقتضى. كما لا شبهة فى صحتها على ما هو المختار من حجيته).

و ذكر السيد: (أن ما ذكره المصنف (قده) لا وجه له فيما إذا كان الشك فى المقتضى أصلا، إذ حينئذ لا ارتفاع حتى يقال: إن الشك

فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلا و الأصل عدمه).

و لكن التحقيق: أن ما نحن فيه ليس من موارد الشك في المقتضى لكى يتوجه على المصنف منافاة ما ذكره هنا لما بنى عليه فى الأصول.

و تحقيق: المقام و بيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك فى المقتضى: أن الاحكام المجعولة على ثلاثة أقسام:

١- ما يكون معلوم الدوام فى نفسه ما لم يطرأ عليه رافع، كالملكية و الزوجية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٨

و الطهارة و النجاسة و غيرها من الأمور الاعتبارية، فإنها بنفسها مقتضى للبقاء ما لم يطرأ عليه رافع.

٢- ما يكون مغيا بغاية معينة بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغاية من غير أن يكون له استعداد البقاء فى عمود الزمان، كالزوجة المنقطعة، فإن ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلى عروض عارض له.

٣- ما يكون مشكوك الغاية، كما إذا تحققت زوجية بين رجل و امرأة، و لم يعلم كونها دائمية أو منقطعة.

أما القسم الأول فلا شبهة فى أن الشك فى بقاءه من قبيل الشك فى الرفع فىجى فيه الاستصحاب على مسلك المصنف و غيره.

و أما القسم الثالث فلا شبهة فى أن الشك فيه من قبيل الشك فى المقتضى فلا يجرى فيه الاستصحاب على مسلك المصنف، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضيا للبقاء و قابلا للجرى العملى على طبقه، لاحتمال كونه محدودا بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشك فى بقاءه من مصاديق نقض اليقين بالشك. و هذا الذى ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده فى فرائده حول هذا البحث، مع ما ذكره فى مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فوري، أم لا. و لكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام.

و أما القسم الثانى فمع العلم بتحقيق الغاية لا مجال لأن يجرى فيه الاستصحاب.

كما أنه لا شبهة فى جريان الاستصحاب فيه مع الشك فى بقاءه قبل تحقق الغاية، لأن ذلك من موارد الشك فى الرفع.

و إذا شك فى حصول الغاية فحينئذ قد يكون الشك فيه من ناحية الشبهة الحكمية، كالشك فى أن الغاية لوجوب صلاتى المغرب و العشاء هل هى نصف الليل أم هى طلوع الفجر و قد يكون الشك فى ذلك من ناحية الشبهة المفهومية، كالشك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٩

فى أن الغروب الذى جعل غاية لوجوب صلاتى الظهر و العصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمرة المشرقية. و قد يكون الشك فى ذلك من ناحية الشبهة الموضوعية كالشك فى طلوع الشمس الذى جعل غاية لوجوب صلاة الصبح.

أما القسمان الأولان فالشك فى موردهما من الشك فى المقتضى فلا يجرى فيهما الاستصحاب على مسلك المصنف.

و أما الثالث فلا شبهة فى جريان الاستصحاب فيه، لأن الشك فى طلوع الشمس و عدمه و إن لم يكن شكا فى الرفع حقيقة، إذ الرفع إنما يكون زمانيا، لا نفس الزمان و لكنه بمنزلة الرفع فى أنظار أهل العرف. و إذن فىكون ذلك مشمولاً لأدلة حجية الاستصحاب هذا. و تفصيل الكلام فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنا لو سلمنا عدم كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الشخصى. و لكنه من قبيل القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى الذى لا- شبهة فى جريانه. و ليس ذلك من موارد الشك فى المقتضى لكى يحكم بعدم جريان الاستصحاب فيه بناء على مسلك المصنف.

ثم إن المناقشات المتوجهة على القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى و إن كانت كثيرة. و لكن المهم منها أمران:

١- أن وجود الكلى بوجود فرد، و عدم الكلى بعدم فرد. و عليه فالكلى فى ضمن الحصة الزائلة مقطوع الزوال. و هو فى ضمن الحصة الأخرى مشكوك فيه من أول الأمر. و إذن فالكلى مردد بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث و الجواب عن ذلك:

أن وجود الكلي ليس إلا- عين وجود فرده. غاية الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شيء. و الكلي ملحوظ لا- بشرط: أى عاريا عن الخصوصيات الفردية و المشخصات الوجودية. و عليه فإذا كان وجود الكلي أمرا يقينيا، و كان التردد فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٠

خصوصياته صح أن يقال: إنه متيقن الوجود، و يشك فى بقاءه. و إذن فتكون أركان الاستصحاب فى نفس الكلي تامة.

٢- أن الشك فى بقاء الكلي، و فى ما هو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك فى حدوث الفرد الذى يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه. و إذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك، بديهه أن الأصل السببي حاكم على الأصل المسببي على ما حقق فى محله. و الجواب عنه:

أن الشك فى بقاء الكلي و ارتفاعه ليس مسببا عن الشك فى حدوث ذلك الفرد الذى نشك فى حدوثه. بل إنما هو من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذى لا يحتمل بقاءه، أو الفرد الذى لا يحتمل ارتفاعه. و من الواضح أنه ليس هنا أصل يعين أحدهما. و مثال ذلك: أنه إذا تردد الحدث الصادر من المكلف بين الأكبر و الأصغر ثم توضحاً فإنه حينئذ يشك فى ارتفاع ذلك الحدث و بقاءه. و عليه فلا يترتب على أصالة عدم حدوث الأكبر ارتفاع كلى الحدث إلا بضميمة القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر. و من البين أن هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الأكبر.

و أضف إلى ذلك: أن أصالة عدم حدوث أى واحد من الفردين معارض بدء بأصالة عدم حدوث الفرد الآخر. و تسقطان بالمعارضة. فيبقى استصحاب كلى الحدث سليما عن المعارض. و فى المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكية يعارض استصحاب عدم الفرد الجائر منها الذى يرتفع بالفسخ. فيسقطان للمعارضة. فيرجع إلى استصحاب نفس الكلي الذى هو متيقن سابقا، و مشكوك فيه لاحقا. و لعل المصنف رحمه الله قد أشار إلى هذين الإشكالين مع جوابهما بالأمر بالتأمل.

الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى،

و شككنا فى أن الاستصحاب فيما نحن فيه هل هو من الاستصحاب الشخصى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣١

لكى يحكم بجريانه، أم هو من الاستصحاب الكلى لكى يحكم بعدم جريانه، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب فى الكلى هو المناقشة الأولى المتقدمة قريبا-: أعنى بها تردد الكلى بين كونه فى ضمن الفرد الذى لا يحتمل بقاءه، و بين كونه فى ضمن الفرد الآخر الذى هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجرى الاستصحاب هنا، لأنه إذا خرج القسم الثانى من الكلى عن أدلة الاستصحاب و شككنا فى أن المورد من القبيل الخارج، أو من القبيل الباقى تحت العام، كان التمسك بعموم تلك الأدلة تمسكا بالعموم فى الشبهة المصدقية. و هو لا يجوز على ما حقق فى محله.

و إن كان المانع عن ذلك هو المناقشة الثانية المتقدمة أيضا-: أعنى بها حكومة الأصل السببي عليه- فلا مانع عن استصحاب الملكية، لأنه إن كان الاستصحاب كليا فالمانع موجود: و هو الأصل الحاكم. و إن كان شخصيا فالمانع غير موجود.

و حينئذ فيقع الشك فى وجود المانع عن استصحاب الملكية، و عدم وجوده. و من البين الذى لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع عن جريان الأصل المحكوم و إذن فلا مانع عن استصحاب الملكية فى المقام. و لعل هذا هو مراد المصنف من

قوله: (مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشك فى أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك)

بل هذا هو أمس بكلامه، فان الإيراد المهم على جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى هو الإيراد الثانى.

و يمكن أن يكون غرضه من هذه العبارة: أن المنع عن جريان استصحاب الملكية مبنى على إحراز أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك و من الظاهر أننا إذا لم نحرز ذلك لم يكن مانع عن الاستصحاب المذكور.

وقد ذكر شيخنا الأستاذ بما حصله: أن المورد و إن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إلا أنه لا بأس به في المقام، بداهة أن المانع عن جريان الاستصحاب في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٢

القسم الثاني من أقسام الكلّي إنما هو العقل من ناحية أن الكلّي إن كان في ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن كان في ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث و عليه فإذا شككنا في مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصي ليجرى فيه الاستصحاب، أو من مصاديق الاستصحاب الكلّي لكي لا يجرى فيه ذلك، حكمنا بجريانه فيه، ضرورة أن المخصص لعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لبي فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنة، و يتمسك في غيرها بعموم أدلة الاستصحاب انتهى ملخص كلامه. و الجواب عن ذلك:

أن هذه الكبرى التي أفادها و إن كانت مسلمة في نفسها على ما نقحنه في علم الأصول، و لكنها لا تنطبق على ما نحن فيه، بداهة أن التمسك بالعام في الشبهة المصدقية فيما إذا كان هناك فرد معلوم، و دار أمره بين دخوله في أفراد المخصص، و عدم دخوله في ذلك من ناحية شبهة خارجية. كما إذا ترددت اليد الموضوعه على مال الناس بين كونها يد ضمان و كونها يد أمانة. و كالماء المردد بين كونه معتصما، و كونه غير معتصم و كالعام المردد بين دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثلة من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. و أما إذا شك في صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعا. و المقام من هذا القبيل.

و السر في ذلك: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد القضية المتيقنة مع القضية المشكوكه لكي يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك. و من الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز في المقام، إذ بناء على المناقشة الأولى التي وجهها على الاستصحاب الكلّي كانت القضية المتيقنة غير القضية المشكوكه. فإذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلّي لم يمكن التمسك بأدلة الاستصحاب، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك.

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته: (أن التحقيق إمكان استصحاب الفرد الواقعي المردد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٣

بين الفردين، فلا حاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا).

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد في الواقع حتى في علم الله (تعالى) فهو بديهى البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد في أي وعاء من الأوعية. و إن كان المراد منه الموجود المعين على ترده: بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجي مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكلّي، لا شيء آخر وراءه.

قوله: (و كذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم، أو الجائر، كالصلح من دون عوض و الهبة. نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة).

أقول حاصل كلامه: أنه كما تجرى أصالة اللزوم في أي عقد شك في لزومه و عدمه. كذلك تجرى في أي عقد وقع في الخارج، و شك في أنه من القسم الجائر أو اللازم، لأنه حينئذ يشك في أن العقد الموجود في الخارج هل يرتفع بالفسخ، أم لا يرتفع بذلك فيستصحب بقاؤه. و تثبت به نتيجة اللزوم. و عليه فتأثير الفسخ في العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز، و إلا فلا يؤثر فيه الفسخ. و هذا واضح لا شك فيه.

و مثال ذلك: أنه إذا وقع عقد في الخارج، و دار أمره بين الصلح بلا عوض لكي يكون لازما، و بين الهبة غير المعوضة لكي يكون جائزا، إذا كان كذلك فإن كان النزاع هنا في لزوم العقد و جوازه من غير نظر إلى عنواني الصلح و الهبة بأن يدعى أحد المتعاقدين لزوم العقد، و يدعى صاحبه جوازه- فيجب تقديم دعوى مدعى اللزوم، لأن دعواه موافقة للأصل فيكون منكرا. و إن كان النزاع في أن الواقع في الخارج هل هو الصلح بلا عوض، أم هو الهبة غير المعوضة فيحكم بالتحالف إذ لا أصل لنا في المقام حتى يعين أحد

الأمرين. و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هاتين الصورتين كليهما من صغريات المدعى و المنكر، لا- التداعى ضرورة أن مصب الدعوى فيهما ليس إلا اللزوم و الجواز، لا كل واحد من عنواني

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٤

الصلح و الهبة، لأن الغرض من دعوى الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه. كما أن الغرض من دعوى الهبة هو إثبات جواز العقد، و تأثير الفسخ فيه. و إذن فمرجع النزاع فى المقام إلى اللزوم و الجواز. فيكون ذلك خارجاً عن مورد التداعى.

و بتعبير آخر: أن النظر فى باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصى، و إلى النتيجة المترتبة على الدعوى. و عليه فإن كان قول كل من المترافعين موافقاً للأصل من ناحية، و مخالفاً له من ناحية أخرى فهو من موارد التداعى. و إن كان قول أحدهما موافقاً للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعى و المنكر. و أما كيفية ترتيب الدعوى من دون أن تكون هذه كيفية مورد للغرض فلا يترتب عليها أثر مهم فى باب المرافعات. و إذن فلا ثمرة لإثبات أن العقد الموجود فى الخارج صلح بلا عوض، أو هبة غير معوضة.

ثانياً: أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأى واحد من عنواني الصلح و الهبة، و لكن لا نسلم انتهاء الأمر إلى التحالف، إذ يترتب الأثر على الأصل الجارى فى ناحية الهبة و هو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبة، ضرورة أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبة و من الظاهر أن أصالة عدم كون العقد- الواقع فى الخارج- هبة تنفى ذلك ابتداءً، و تثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقة، بلا احتياج إلى الوساطة العقلية فى ترتيب الأثر. و أما الأصل الجارى فى ناحية الصلح فلا يترتب عليه جواز الرجوع إلا على القول بالأصل المثبت، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقلية لعدم الصلح. و من البين أنه لا معارضة بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعى على أحدهما دون الآخر [١].

[١] قد ذكر المصنف فى خلال كلماته عند التكلم على أصالة اللزوم ما هذا لفظه: «بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول». و لم يتعرض لجوابه.

نعم تعرض لهذا الاشكال، و جوابه فى أوائل مبحث الخيارات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٥

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٢- قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم. البحار ج ١ ص ١٥٤

- و التحقيق: أنه إن كان المراد من العلقه المالكية هو الملكية فلا شبهة فى ارتفاعها بالبيع المعاطاتى. و ليست هنا ملكية اخرى لكى نستصحبها، و إلا لزم اجتماع المالكين فى ملك واحد.

و ان كان المراد منها هو جواز الرجوع الى العين، و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاة فلا ريب فى أن ذلك لم يكن موجوداً سابقاً، و أنه مشكوك الحدوث فعلاً، فالأصل يقتضى عدمه، دون بقائه و ان كان المراد منها أن الملكية الثابتة للمالك لها مراتب شتى التى لم يعلم زوال جميعها بالبيع المعاطاتى، بل من المحتمل القريب أن الملكية إذا زالت بحددها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة. كما أن الألوان تزول مرتبتها القوية و تبقى مرتبتها الضعيفة. ان كان المراد من بقاء علقه المالك هو ذلك فيرد عليه:

أولاً: أن الملكية من أيه مقولة كانت - جده أو إضافة - ليست قابلة للشدة والضعف حتى تعتبر بحددها الضعيف تارة. و بحددها القوى تارة أخرى، بل هي أمر بسيط، فإذا زالت زالت بأصلها.

ثانياً: أنا لو سلمنا كون الملكية الحقيقية ذات مراتب لكننا لا نسلم جريان ذلك في الملكية الاعتبارية، بدهاه أن اعتبار أيه مرتبة منها مغاير لاعتبار مرتبتها الأخرى. و عليه فإذا زال اعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده اعتبار آخر.

و ان كان المراد من بقاء علقه المالك هو بقاء سلطنته و قدرته على التصرف في العين و عدم جواز مزاحمته في تصرفاته في ذلك إذ الملكية و السلطنة أمران متغايران. و لذا ينفك أحدهما عن الآخر كما سيأتي، فيتوجه عليه أن السلطنة و ان -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٦

و بيان الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاة: أنك قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاة تفيد الملكية. و من الظاهر أن الملكية لا تنفك عن السلطنة الفعلية على التصرف في المملوك بأثناء التصرفات إلا مع قيام الدليل الخارجي على الانفكاك - كما في موارد الحجر و عليه فسلطنة كل مالك تقتضى بقاء ماله في ملكه، و لا يجوز لغيره أن يزاحمه في تصرفاته، و يخرج عن ملكه، فان ذلك مناف لسلطنة المالك الفعلية.

و من هنا يندفع ما توهم من أن غاية ما يستفاد من الحديث أن المالك له السلطنة على ماله فعلا. و هذا لا ينافي زوالها برجوع المالك الأصلي إلى ما أعطاه لصاحبه

- كانت مغايرة للملكية، و لكن التغير بينهما من قبيل تغير الحكم و موضوعه لأن الملكية موضوع للسلطنة، و اذن فتدور السلطنة مدار موضوعها. نعم قد ينفك أحدهما عن الآخر لدليل خاص و لذا أن المحجور مالك، و لكنه ممنوع عن التصرف في ماله لسفه أو جنون أو صغر أو فلس. و أيضا أن الحاكم و الولي و الوصي لهم السلطنة على أشخاص خاصة. و لكنهم ليسوا بمالكين، قيل: ان المتيقن في المقام انما هو سقوط الملكية، و أما السلطنة الثابتة للمالك فزوالها مشكوك فيه فنستصحبها. و الجواب عن ذلك: أن قوام الاستصحاب انما هو باتحاد القضية المتيقنة، و القضية المشكوكه، و من الواضح أنه لا اتحاد بينهما في المقام، لأن القضية المتيقنة انما هي السلطنة المترتبة على الملك ترتب الحكم على موضوعه، كما عرفته قريبا. و القضية المشكوكه انما هي السلطنة العارية عن الملك، إذ المفروض زوال الملكية بالمعاملة المعاطاتية.

و أضف الى ذلك: أن استصحاب السلطنة يقتضى ثبوتها للمالك الأول: بأن يكون له التصرف في العين. و لا ريب في أن هذا لا يفيدنا شيئا، لأن غرضنا إثبات العلقه للمالك الأول بحيث تسلب بها مالكية المتعاطى. و لا شك في أنه لم يكن للمالك الأول هذه السلطنة من أول الأمر. و اذن فلا يكون استصحاب السلطنة حاكما على أصالة اللزوم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٧

بالبيع المعاطاتي. نعم يمكن إثبات الملكية للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول إلى العين بالاستصحاب إلا - أنه رجوع عن التمسك بدليل السلطنة إلى التمسك بالأصل الذي تقدم البحث عنه تفصيلا.

و وجه الاندفاع أن الحكم بعدم جواز انتزاع ملك المالك الثاني إنما هو بهذه السلطنة الفعلية. و لا شبهة في أنها مانعة عن تأثير رجوع المالك الأول في إزالة ملكيته.

و على هذا فلا نحتاج إلى الاستصحاب لكي يكون ذلك رجوعا عن التمسك بدليل السلطنة إلى التمسك بالاستصحاب.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المذكور ضعيف السند و غير منجبر بشيء، و لا أنه مذكور في كتب الشيعة إلا مراسلا. و من البين أنا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الأحكام الشرعية.

ثانياً: أن المقصود من النبوى المذكور بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة، و عدم كونه محجورا عن

التصرف في تلك الجهات. و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك.

و عليه فلا دلالة في الحديث على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات. و بأي تصرف من أنحاء التصرفات. و أيضا لا دلالة فيه على استمرار السلطنة الفعلية للمالك و بقاءه حتى بعد رجوع المالك الأول في مورد المعاطاة. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال على إفادة المعاطاة الملكية.

الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف في مال غيره

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٣- قوله (ع) لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه [١]. و وجه

[١] في الاحتجاج ص ٢٦٧ عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي عن أبي جعفر محمد بن عثمان العمري (ره) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال: «فلا يحل -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٨

الاستدلال به على ذلك: أن سبب حلية التصرف في أموال الناس إنما هو منحصر برضى المالك فلا يحل شيء من التصرفات المالكية فيها إلا بإذنه و رضاه. قيل:

إن المستفاد من الرواية إنما هو حرمة التصرف في أموال الناس بدون رضاهم.

و لا-ريب في أنه بعد رجوع المالك الأول إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعاطاة لم يبق موضوع لحرمة التصرف في مال غيره. و الجواب عنه:

أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضا. و من الواضح أنه لا معنى

- لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه».

و في الوسائل ج ١ باب ٣ من أبواب مكان المصلى: عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) في حديث: أن رسول الله (ص) قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفس منه، موثقة بزراعة و سماعة الواقفين.

و عن تحف العقول عن رسول الله (ص): أنه قال في خطبة حجة الوداع:

أيها الناس إنَّما المؤمنون إخوة. و لا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه. مرسله.

و في المستدرک ج ١ ص ٢٢٢: عن عوالي اللثالي عن رسول الله (ص) قال:

المسلم أخو المسلم. لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه مرسله. و عنه (ص) قال: لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه. مرسله.

و في فروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ عن محمد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا (ع) يسأله الاذن في الخمس فكتب إليه بسم الله الرحمن الرحيم. لا يحل مال إلا من وجه أحله الله. مرسله. أقول هذه هي الروايات التي تدل على حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه و أما ما نقله المصنف في المتن من انه «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه» فلم نجده على هذه الكيفية في كتب الحديث و يحتمل قريبا وقوع السقط فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٣٩

لحرمة التملك إلا فساده و عدم تأثيره في الملكية. و عليه فمفاد الرواية أنه لا يحل التصرف في مال أحد و لا تملكه بأي سبب من

الأسباب إلا بطيب نفسه.

و لكن يتوجه على الاستدلال المزبور: أن الحل في اللغة هو الإطلاق والإرسال.

و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع والحجر. و قد تقدم في البحث عن إفادة المعاطاة الملكية أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية و التكليفية كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية أو التكليفية. كذلك يصح استعماله فيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا: إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتبارية- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعي و التكلفي معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجية أريد منه الحل التكلفي فقط: أعني به الترخيص في الفعل. كقوله (تعالى) (وَيَجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ) «١» و هكذا الحال في لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحل في الرواية الشريفة إنما نسب الى المال. و هو إما من الأعيان الخارجية، أو من المنافع. و على كلا التقديرين فلا معنى لحلية ذلك إلا باعتبار ما يناسبه- كالتصرف- و إذن فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه. كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها و هكذا في كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه. و إذن فهي أجنبية عما نحن فيه.

الاستدلال على لزوم المعاطاة بآية التجارة عن تراض

و مما استدل به المصنف (ره) على لزوم المعاطاة:

٤- قوله (تعالى) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) «٢» و ملخص كلامه: أن الاستدلال بهذه الآية على لزوم البيع المعاطاتي- بل على لزوم مطلق التجارة عن تراض- تارة بعقد

(١) سورة الأعراف. الآية: ١٥٧.

(٢) سورة النساء. الآية: ٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٠

المستثنى: و هو قوله (تعالى) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) أما العقد الأول فمفاده: أنه لا يجوز لأحد أن يملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطلة التي لم يمضها الشارع- كالقمار و الغزو و البيع الربوي و بيع المنابذة و الملامسة و الحصة و أشباه ذلك- إلا- أن يكون هذا السبب تجارة عن تراض. و على هذا فالأكل في الآية الشريفة كناية عن التملك و التصرف. كما هو المتعارف في كلمات الفصحاء، بل في كل لغة. و إذن فتدل الآية على أن حلية تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحة منحصرة في التجارة عن تراض، فإن غيرها من أسباب المعاملات التي منها التملك بالفسخ فاسدة. و لا يفرق في انفهام الحصر من الآية الشريفة بين كون الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية- و بين كونه منقطعاً. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآية على كون المعاطاة مفيدة للملك.

و أما العقد الثاني فمفاده: أن تملك أموال الناس بغير رضی منهم تملك بالباطل عرفاً و شرعاً. إلا أن يأذن به الشارع الذي هو المالك الحقيقي، و عليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلاً له بالباطل، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعي: بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ و نحوه من دون رضی المالك. و حينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجاً عن الأكل بالباطل. و على هذا فشان التملك بالفسخ الثابت شرعاً شأن أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها، و الأخذ بالشفعة، و غيرها من الموارد التي قد أذن الشارع في التصرف في أموال الناس بدون إذنه.

و من هنا أتضح لك جليا أن التوهم المتقدم فى التكلم على الروائتين- و هما دليل السلطنة. و دليل حرمة التصرف فى أموال الناس غير جار فى المقام لكى نحتاج الى جوابه، لأن المستفاد من الآية- كما عرفته- إنما هو حصر تملك أموال الناس- على الوجه الشرعى- فى التجارة عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤١

الباطلة. و إذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطة مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام. و هذا واضح لا خفاء فيه.

و فى بعض نسخ المتن هكذا: (أن التوهم المتقدم جار هنا) و لكنه سهو من قلم النساخ بديهة أن صريح كلام المصنف على خلافه و يمكن أن يكون الغرض من هذه العبارة: أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه و لكنه خلاف الظاهر منها.

و يرد عليه: أن هذا الاستدلال مبنى على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفى لكى يكون ذلك أمرا معلوما فى نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح.

و أما لو أريد منه الباطل الواقعى - كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية- أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل فى الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا نحتمل احتمالا عقلايا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية. و عليه فيكون التمسك بالآية فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصادقية. و هذا ظاهر.

الاستدلال على لزوم المعاطة بدليل وجوب الوفاء بالشرط

و مما استدل به المصنف رضوان الله عليه على لزوم المعاطة:

٥- قوله (ص): المؤمنون عند شروطهم [١] و حاصل كلامه هنا: أن

[١] عن منصور بزرج عن عبد صالح «ع» قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة إلى أن قال «ع»: قل له فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله «ص» قال: المؤمنون عند شروطهم. موثقة بابن فضال. التهذيب ج ٢ ص ٢١٩. الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢. الوافى ج ١٢ ص ٨٠.

و قد ذكر فى جملة من الروايات: المسلمون عند شروطهم. و فى بعضها فان المسلمون عند شروطهم. الوافى ج ١٠ ص ٦٨. و ج ١٢ ص ٨٠. و الوسائل ج ٢ باب ٦ من أبواب أحكام العقود.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٢

الشرط فى اللغة عبارة عن مطلق الالتزام. فيشمل الالتزامات المعاملية. سواء أ كانت مبرزة بمظهر قولى، أم كانت مبرزة بمظهر فعلى. و عليه فمعنى الرواية: هو أن المؤمن ملزم بشرطه، و أن شرطه لا يزول بالفسخ. و الجواب عن هذا الاستدلال:

أولا: أن الشرط فى اللغة بمعنى الربط بين شيئين. و قد أشير إليه فيما حكى عن القاموس من أن الشرط هو الالتزام فى بيع و نحوه. و فى أقرب الموارد: شرط عليه فى البيع و نحوه شرطا: ألزمه شيئا فيه. و إذن فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم الايمان. و على هذا فشان الرواية شأن قولنا: إن المؤمن عند عدته.

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٦- قوله (تعالى) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١).

لا- ريب في دلالة هذه الآية الكريمة على لزوم البيع المعاطاتي، بل على لزوم كل عقد، لأن معنى الوفاء هو التمام. و من هنا يقال: الدرهم الوافي: أي الدرهم التام.

و معنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغة أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة أيضا. و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفيا لكان فسخ العقد حراما و هو واضح البطلان. و عليه فمفاد الآية: أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفا. و من الواضح جدا أن المعاطاة عقد عرفي كسائر العقود، فتكون مشمولة لعموم الآية.

(١) سورة المائدة الآية: ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٣

الاستدلال على لزوم المعاطاة بأدلة خيار المجلس

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٧- الأخبار «١» الدالة على لزوم البيع و وجوبه بعد تفرق المتبايعين. و قد عرفت أن المعاطاة بيع بالحمل الشائع، فتكون مشمولة لعموم تلك الروايات. قيل:

إن هذه الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد. إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط، لا من جميع النواحي، و على وجه الإطلاق. و إذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه. و الجواب عن ذلك: أن هذا الاحتمال و إن كان ممكنا في مقام الثبوت، و لكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبورة في مقام الإثبات، فإن إطلاقها يقتضى اللزوم- على وجه الإطلاق- بعد التفرق. فلا موجب لصرفها الى اللزوم من ناحية خيار المجلس. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

تتمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة

ربما يتوهم: أن الظاهر- فيما نحن فيه- قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة. بل ادعاه صريحا بعض الأساطين في شرحه على القواعد. و تعاضده الشهرة المحققة بين الأصحاب. بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخري المتأخرين. نعم نسب هذا الرأي إلى المفيد (ره) إلا أن العبارة المحكية عنه لا تدل على ذلك. بل ادعى في الغنية الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا. و لا شبهة في أن هذه الدعوى صريحة في عدم لزوم المعاطاة.

(١) راجع الوافي ج ١٠ ص ٦٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٤

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شيء من الأمور المذكورة إلى معنى محصل:

أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام (ع) و من الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين. أو قاعدة اللطف التي أسسها الشيخ الطوسي (ره)، أو الحدس القطعي.

أما الأول فهو بديهي الفساد، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين:

بأن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة. و أما الثاني فلأن قاعدة اللطف غير تامه، كما حقق ذلك في محله. و أما الثالث فلأن من المحتمل القريب، بل و من المظنون قويا أن كثيرا من القائلين بكون المعاطاة مفيدة للملكية الجائزة إنما استندوا في رأيهم هذا الى وجوه أخرى. و إذن فليس لنا في المقام إجماع محصل تعبدى.

و أما الإجماع المنقول فلا دليل على حجيته و قد ذكرنا ذلك في علم الأصول.

و يضاف إليه: أنه لا- أساس لنقل الإجماع إلا حصوله في زمان، فإذا اضمحل الإجماع المحصل- لما ذكرناه قريبا- اضمحل الإجماع المنقول أيضا.

و أما ما ذكره في الغنية من قيام الإجماع على أن المعاطاة ليست ببيع فهو واضح البطلان، لأن المعاطاة بيع بالحمل الشائع. و مفهوم البيع من المفاهيم العرفية. و من البديهي أنه لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على المفاهيم العرفية إثباتا أو نفيًا إلا أن يكون مراده من ذلك نفي الصحة أو اللزوم، و عليه فيجاب عنه بأن الإجماع المنقول لا دليل على حجيته.

و أما الشهرة فقد ذكرنا في علم الأصول أنه لم يقيم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن. و الظن لا يغني عن الحق شيئاً. و مع الإغضاء عن ذلك: أن الشهرة قد قامت على أن المعاطاة تفيد الإباحة، و لم تقم على أنها تفيد الملكية الجائزة، ضرورة أن القول بالملكية لم يكن مغروسا بين قدماء الأصحاب. و إنما ذهب اليه المحقق الكركي، و شيد أساسه، ثم تبعه جمع من متأخري المتأخرين حتى اشتهر بينهم. و إذن فتبعد الشهرة عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٥

دعوى الملكية، فضلا عن كونها مؤيدة لحصولها إلا أن يكون غرض المدعى- من الشهرة هو الشهرة بين متأخري المتأخرين. و لكن هذه الشهرة معارضة مع الشهرة بين القدماء القائمة على أن المعاطاة تفيد الإباحة.

و على الجملة: إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاة لم يكشف ذلك عن الدليل المعتمد، بديهية أن قيام الإجماع على نفي اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. كما نبه عليه المصنف إذ القول باللزوم فرع الملكية و من الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثاني و جمع ممن تأخر عنه. و أما قدماء الأصحاب فذهبوا الى أن المعاطاة تفيد الإباحة.

قوله: (بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي)

أقول: حاصل كلامه: أن السيرة قائمة على عدم الاكتفاء بالتعاطى في الأشياء الخطيرة و الأمتعة المهمة. بل الناس ينشؤون فيها البيع بالألفاظ المتداولة بينهم. نعم يكتفون بالتعاطى في الأشياء الزهيدة. و الأمتعة المحقرة و لا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع.

و يرد عليه: ان السيرة المزبورة لا تصلح لتقييد الأدلة المتقدمة الدالة على لزوم المعاطاة، بديهية أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطى في المعاملات المهمة ليس من ناحية السيرة بل إنما هو من جهة تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاة مفيدة للإباحة.

و أضف الى ذلك: ان الالتزام بهذه السيرة يقتضى الفرق بين المعاطاة في الأشياء الخطيرة. و بين المعاطاة في الأشياء الحقيمة و من الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الأصحاب و ان ذهب اليه بعض العامة [١] و لكنه مخالف لإطلاق الأدلة الدالة

[١] عن الشافعية أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة. نعم مال صاحب الإحياء إلى جواز البيع بها في الأشياء اليسيرة لأن الإيجاب و القبول يشق في مثلها عادة. الفقه على المذاهب الأربعة. ج ٢ ص ١٥٥.

على لزوم المعاطاة

نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة

قوله: (و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار).
أقول: قد ذكر السيد في شرح هذه العبارة ما هذا نصه: (يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعاملة باللفظ في الجملة. و لعل نظره في ذلك الى ما أشرنا إليه سابقا (أى عند الاستدلال على صحة المعاطاة) من الخبر الوارد في بيع المصحف و الوارد في بيع أطنان القصب. و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الاخبار التي ادعى إشعارها أو ظهورها).
و التحقيق: انه ان كان نظر المصنف- من العبارة المتقدمة- الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجهها صحيحا، بديهة أنه لا دلالة في الخبر الوارد في بيع المصحف، و لا- في الخبر الوارد في بيع أطنان القصب، و لا- في الروايات الآتية- الواردة في أن المحلل و المحرم هو الكلام- لا دلالة في شيء من هذه الروايات [١] على اعتبار اللفظ في لزوم البيع، فإنها غير ناظرة إلى كيفية إنشاء البيع. و ان كان نظره الى غيرها من الروايات فلم نجدها في أصول الحديث و لا في كتب الاستدلال.
و أضف الى ذلك: انه لو كانت هنا رواية تدل على اعتبار اللفظ في لزوم البيع لتمسك بها المصنف بها في المقام. و لم يحتج الى التمسك بالسيرة. بل لم يبق مجال
لقوله (بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفا بين أهل السوق و التجار)
ضرورة أنه بعد وجود الرواية المعتبرة الدالة على اعتبار اللفظ في لزوم البيع لا تصل النبوة إلى الأمور الاستحسانية.
و لكن نحتمل قويا أن تكون كلمة ذلك في قوله: (و قد يظهر ذلك من غير

«١» سيأتى قريبا التعرض لجميع هذه الروايات في الحاشية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٧

واحد من الاخبار) إشارة الى ما ذكره قبل هذه العبارة من جعل اللفظ من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديدة [١] بل يظهر من جملة منها [٢] ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفا بين التجار و أهل السوق.
و على هذا فلا وهن في كلام المصنف (ره).
قوله: (بقى الكلام في الخبر [٣] الذي تمسك به في باب المعاطاة).
أقول: قد استدلل بهذا الخبر تارة على ان المعاطاة لا تفيد اباحة التصرف. و تارة أخرى على انها ليست بلازمة جمعا بينه، و بين ما دل على صحة مطلق البيع، كما صنعه في الرياض.
ثم انه قد احتمل المصنف في قوله «ع» انما يحلل الكلام، و يحرم الكلام.
وجوها أربعة:

١- أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بأن يختص التحليل و التحريم بالنطق.

[١] هي الروايات الدالة على كون المشتري مختارا في إيجاب البيع و عدمه بعد المقابلة على المبيع الشخصي غير الموجود عند البائع.

الوافي ج ١ باب ١٠٩ ص ٩٤

[٢] هي الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في إنشاء العقود و ستعرض لها قريبا في الحاشية.

[٣] المروى عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يجيئني فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أ

ليس ان شاء أخذ، وان شاء ترك؟ قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و في نسخة الكافي المطبوعة قد ذكر ابن نجيب بدل ابن الحجاج. و على كلا التقديرين فالرواية مجهولة، لأنهما مجهولان. فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦، و الوافي ج ١٠ ص ٩٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٨

٢- ان يراد به اللفظ مع مضمونه. و يكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعي يختلف باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

٣- أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام الواحد و يكون الاختلاف في التحريم و التحليل باعتبار الوجود و العدم و قد بنى المحدث القاساني على هذا المعنى في الوافي و قال: (الكلام هو إيجاب البيع و انما يحلل نفيًا. و انما يحرم إثباتًا).

٤- أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقالة و من الكلام المحرم إيجاب البيع لانه بيع قبل الشراء. و هو ليس بجائر. و لا يخفى عليك ان أساس الاستدلال بالخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاة أو على عدم إفادتها الملكية، أو على عدم إفادتها إباحة التصرف مبني على الوجه الأول.

و بيان ذلك: انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل و المحرم- في الشريعة المقدسة- انما هو منحصر في الألفاظ المبرزة للمقاصد. و انه لا يقع التحليل و التحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز، و لا بالقصد المبرز بغير الألفاظ. و على هذا فلا وجه لما التزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبر المزبور على عدم لزوم المعاطاة جمعًا بينه و بين ما دل على صحة مطلق البيع.

و يرد عليه أولاً: أن حصر المحلل و المحرم في الكلام يستلزم التخصيص بالأكثر لكثرة المحلل و المحرم- في الشريعة المقدسة- من غير الألفاظ ضرورة ان تنجس المأكولات و المشروبات محرم. و تطهيرها محلل و التذكية محللة، و عدمها محرم و غليان العصير العنبي محرم و ذهاب ثلثيه محلل. و صيرورة العصير خمرا محرم و تخليلها محلل.

و الجلل محرم لما يؤكل لحمه. و استبرأؤه محلل. و خلط المال الحرام بالمال الحلال محرم. و تخميسه محلل. و أيضا وطى الحيوان الذي يؤكل لحمه محرم. و الدخول بالمرأة محرم لتزويج بنتها و الإيقاب في الغلام محرم لتزويج أمه و بنته و أخته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٤٩

و أيضا قد جوز الشارع المقدس التصرف في أموال الناس في موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامي. و ذلك كالتصرف في الأراضي الواسعة و الأنهار الكبار و كأكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها بل ورد في القرآن الكريم جواز الأكل من بيوت الأصدقاء و الأحباء و إن لم يدل عليه أذن لفظي «١».

و أيضا قد اتفق المسلمون من الشيعة و أهل السنة على انثلام ذلك الحصر في باب العقود أيضا، فإنهم قد التزموا بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة. سواء أ كانت المعاطاة مفيدة للملك، أم كانت مفيدة للإباحة. و لم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامة في بعض كتبه، و قد ثبت رجوعه عن هذا الرأي في بعض كتبه الأخرى و دعوى انصراف الخبر عن الأمور المذكورة لكيلا تلزم كثرة التخصيص دعوى جزافية.

ثانيا: أن الرواية لا تنطبق على هذا الوجه، إذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الإمام (ع) عن الرجل يقاوله، و يقول له: اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا.

و أجاب الإمام (ع) عن هذا السؤال: بأنه أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قال السائل: بلى. قال الامام (ع): لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و عليه فهذه الرواية- سؤالاً و جواباً- أجنبية عن مورد المعاطاة، و إنما هي تبين حكم البيع قبل الاشتراء. و الذي نفهمه من الرواية- و لو بقريئة الروايات التي ذكر فيها قوله (ع):

إنما يحرم الكلام- و سيأتي قريبا التعرض لها في الحاشية- أن المضمون الواحد إذا أنشئ بكلام كان محلا. و إذا أنشئ بكلام آخر كان محرما. أو أن الكلام الواحد يكون محلا في مورد و محرما في مورد آخر. و ذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض. و قد ثبت في محله أن الزمان و المكان مفردان للأعراض. و هذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثاني و الثالث.

(١) سورة النور ٢٤. الآية: ٦٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٠

و توضيح ذلك: أنه ثبت في الشريعة المقدسة أن إيجاب الطلاق ببعض الألفاظ الدالة على بينونة الزوج عن الزوج لا يكون محرما و لا محلا. مثلا: إذا قال الرجل لزوجته: أنت بريئة أو خلية أو طلقتك لم يؤثر ذلك في البينونة و لا يحل للمرأة التزويج بزواج آخر. و إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق. أو هي طالق، أو زوجتي طالق بانت عنه زوجته و يحل لها التزويج بزواج غيره. و إذن فالمضمون الواحد و هو بينونة الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرما و محلا و إذا أبرز بكلام آخر لم يكن محرما و لا محلا. و هذه بين يدينا الأخبار الواردة في المزارعة. [١] فإنها تصرح بأن جعل أجره الزرع للبذر و البقر محرم. و عدمه محلل. و يضاف إلى ذلك ما رواه البجلي قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يجيئني يطلب المتاع، فأقوله على الربح، ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال: أليس إن شاء أخذ

[١] عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا وإنما يحرم الكلام.

و عن عبد الله بن سنان أنه قال في الرجل يزرع فيزرع أرض غيره فيقول:

ثلث للبقر و ثلث للأرض و ثلث للبذر. قال: لا تسم شيئا من الحب و البقر، و لكن تقول: ازرع فيها كذا و كذا إن شئت نصفًا و إن شئت ثلثا.

و عن الحلبي قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال: لا ينبغي أن يسمى شيئا وإنما يحرم الكلام.

و عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله (ع) «مثله و زاد قبل قوله: (فإنما يحرم الكلام) و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط. و لا يسمى بذرا و لا بقرا. الوافي ج ١ ص ١٣٦ و ١٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥١

و إن شاء ترك؟ قلت بلى قال: لا بأس به فقلت: إن عندنا من يفسده قال: و لم قلت: باع ما ليس عنده. قال فما تقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده؟ فقلت بلى. قال: فإنما صلح من قبل أنهم يسمونه سلما. إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه «١» فان الظاهر من هذه الرواية و ما يساويها في المضمون أن إيجاب البيع محلل في محل، و محرّم في محل آخر. قيل: إن هذه الرواية غريبة عن المعنى المذكور. و انما هي ظاهرة في صحة بيع ما ليس عنده. كما يستوضح ذلك بملاحظة قول الامام (ع) (فما تقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده) و اذن فلا إشعار فيها باتصاف الكلام بصفة المحرمية تارة و بصفة المحللية أخرى بل يكون محلا فقط. و الجواب عن ذلك:

أن بيع ما ليس عند البائع قد يكون شخصا. و قد يكون كليا: أما الأول فلا شبهة في بطلانه من ناحية الجهالة، و للروايات الخاصة. أما الثاني فلا شبهة في صحته لأن الكلي أمر معلوم فلا جهالة فيه لكي توجب بطلان البيع. و من الواضح: أن السلف من القبيل الثاني. و عليه فغرض الامام (ع) من ذكر السلف- في الرواية المزبورة- إنما هو بيان أن السلف و ان كان من بيع ما ليس عنده إلا أنه ليس

من القسم الباطل، بل هو من القسم الصحيح. وقد أشار الإمام (ع) الى ذلك بقوله (إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه): أى تقدر على أدائه ثم لا يخفى عليك: أن المراد من الحلية و الحرمة إنما هو الوضعى دون التكليفى ضرورة أن جعل الثلث للبذر و البقر ليس من المحرمات التكليفية قطعا.

وقد يتوهم: أن المراد من الكلام هو الالتزام النفسى دون اللفظ الصادر من المنشئ لصحة إطلاق الكلام و القول على الالتزام النفسى. و منه قوله (تعالى) لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ و قوله: (تعالى) وَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ بل كثر ذلك فى الاستعمالات

(١) الوافى ج ١٠ ص ٩٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٢

الصحيحة الفصيحة. و من ذلك ما يقال: أعطيته قولاً: أى العهد و الالتزام، و أيضا يقال: إن كلام الليل يمحوه النهار: أى الالتزامات النفسانية. و عليه فكون الكلام محرما و محلا بلحاظ أن المثلث يكون حراما على البائع و حلالا للمشتري. و أن الثمن يكون حراما على المشتري و حلالا للبائع.

ولكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الرواية أن المحرمية و المحللية من أوصاف الكلام اللفظى دون الالتزام النفسى. على أن هذا المعنى لا يجتمع مع الروايات الواردة فى المزارعة الظاهرة فى أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل و قد تقدمت هذه الروايات قريبا فى الحاشية.

وقد تجلى لك من جميع ما ذكرناه فساد الوجه الرابع الذى ذكره المصنف: بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله. و من الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع.

و وجه الفساد: أن الكلام المحرم غير مربوط بإنشاء البيع كما فى روايات المزارعة. على أن لانزمه أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام المعهود لكى يكون كل من الكلام المحلل و الكلام المحرم ممتازا عن الآخر و من الواضح أنه لا قرينة على هذه الدعوى لا فى هذه الرواية التى هى مورد بحثنا. و لا فى روايات المزارعة، و لا فى غيرهما من الروايات.

و أما الوجه الثالث الذى ذكره المصنف - بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرما و باعتبار عدمه محلا - فهو و ان كان يناسب ما نحن فيه و روايات المزارعة أيضا كما هو ظاهر. و لكن يرد عليه:

أولاً: أن الظاهر من قوله (ع) إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام ان المؤثر التام فى الحرمة و الحلية إنما هو وجود الكلام. لا أن وجوده محرم و عدمه محلل. على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم.

و أضف الى ذلك ما ذكره بعض مشايخنا المحققين و إليك نصه: (أن إطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٣

المحلل على عدم الكلام لا يخلو عن مسامحة إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته، لا بعدم علته ضده كما أن إطلاق المحرم على الإيجاب المتعلق بما ليس عنده: أى الإيجاب فى غير محله ففيه أيضا مسامحة، إذ عدم حلية المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح، لا بحصول الإيجاب الفاسد).

ثم إنه قد استظهر المصنف من الرواية اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر.

و هذا لفظه:

(نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع: بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا- يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام. إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام. إلا- أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة فى خصوص المورد إذ

المفروض أن المبيع عند مالكة الأول فتأمل)

و الجواب عن ذلك:

أولاً: أنه لو تم هذا كان لازمه أن لا تترتب الإباحة على المعاطاة. و من البين أن هذا خلف الفرض، لأن المفروض جواز التصرف في مورد المعاطاة. و إنما البحث في أنها تفيد الملك اللازم أولاً.

ثانياً: أن الحصر في الرواية غير ناظر إلى المعاطاة نفيًا و إثباتًا و إنما هو باعتبار مورد الرواية إذ فرض فيه صدور الكلام من المشتري، و قد ذكر الامام (ع) أنه ينقسم الى قسمين، و بين أن قسما منه محلل، كالمقاوله على متاع ليس عند البائع و قسم منه محرم كإيجاب البيع عليه. و إذن فالإنشاء الفعلي خارج عن حدود الرواية موضوعا و أما ما ذكره من أن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام إلخ فيتوجه عليه.

أولاً: أنا لا نسلم عدم إمكان المعاطاة في مورد الرواية. بديهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار اليه الرجل بكلمة (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحك كذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا يتم الاستدلال.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٤

ثانياً: أنا لو سلمنا غياب المتاع- في مورد الرواية- عن المتعاملين. و لكننا لا نسلم اختصاص المعاطاة بالتعاطى من الطرفين. ضرورة أن المعاطاة كما تتحقق بالتعاطى من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتى ذلك في تنبيهات المعاطاة. و لعل المصنف قد أشار الى هذين الإشكاليين أو إلى أحدهما بالأمر بالتأمل.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا- دلالة في رواية ابن نجیح على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه لكي تدل على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه.

على أن هذه الرواية التي بين يدينا مجهولة فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعي [١].

[١] قد استدل على اعتبار اللفظ في صحة البيع بوجوه شتى غير رواية ابن نجیح ١- ما عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) نهى عن بيعتين: الملامسة و المنابذة الحديث، سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤١ و عنه أيضا أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر و عن بيع الحصاة. سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤٢. و وجه الاستدلال بذلك على المقصود: أن النبي (ص) إنما نهى عن إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاة لانتهاء اللفظ فيها. و من الواضح أن المعاطاة فاقده له فتكون مشمولة للنبيين المزبورين و لو بتتقيح المناط. و الجواب عن ذلك:

أولاً: أنهما ضعيفا السند، و غير منجبرين بشيء.

ثانياً: أن النهى عن البيوع المذكورة من ناحية الجهالة و الغرر فلا ربط له بالمعاطاة إذ المفروض أنها واجدة لجميع الشرائط إلا اللفظ. ثالثاً: أن بطلان إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاة لا يستلزم بطلان إنشائه بغيرها من الأفعال لإمكان أن يكون النهى عن إنشاء البيع بها من ناحية نكتة خاصة لا- نعلمها. و عليه فلا يمكن قياس المعاطاة بها. و اذن فتكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة المعاملات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٥

تنبيهات المعاطاة

اعتبار شروط البيع فيها

إشارة

قوله: (و ينبغي التنبيه على أمور).

أقول: لما فرغ المصنف من بيان صحة البيع المعطاتي و لزومه نبه على أمور يحسن بنا التعرض لها:
الأمر الأول: أنه هل يعتبر في البيع المعطاتي ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط؟

و تحقيق هذه المسألة يقع في نواحي شتى:

إشارة

٢- قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في صحة البيع و المعاطاة فاقده له، فتكون فاسدة.

و يرد عليه: أن الإجماع المحصل غير حاصل، و الإجماع المنقول ليس بحجة.

و عليه فلا يمكن تخصيص العمومات الدالة على صحة العقود و لزومها بذلك.

٣- الأخبار الكثيرة الظاهرة في اعتبار اللفظ في صحة البيع. و بما أن المعاطاة خالية عن اللفظ فتكون فاسدة، و نقتطف من تلك الأخبار ما يلي:

عن عبد الرحمن بن سليمان عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: إن المصاحف لن تشتري فإذا اشتريت فقل إنما أشتري منك الورق و ما فيه من الأدم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا. مجهولة بعبد الرحمن.

و عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟

قال: لا تشتري كتاب الله عز و جل، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشتريت منك هذا بكذا و كذا. ضعيفة بعثمان بن عيسى. الوافي ج ١ ص ٣٧.

و عن العجلي عن أبي عبد الله (ع) في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمه واحدة و الأنبار فيه ثلاثون طن فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت إلخ صحيحة الوافي ج

١٠ ص ٩٢. و التهذيب ج ٢ ص ١٥٢.

و عن سماعة قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلوعها-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٦

الناحية الأولى: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة هل تقيد بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة عند ما فقدت شيئاً من شروط البيع؟.

قد ذكر المصنف:

(أن المتعاطين إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً و لا شرعاً. و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم، و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس).

- فقال لا إلا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقلًا فيقول: أشتري منك هذه الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا إلخ.

ضعيفة بعثمان بن عيسى. فروع الكافي ج ١ ص ٣٧٨. والوافي ج ١٠ ص ٧٢.

وعن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه. فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولى ما عندى قال: لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت أنفسهما. حسنة بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافي ج ١ ص ٤٠٣. والوافي ج ١٠ ص ١٢١ و عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له أنت أرض كذا وكذا ولا- تجاوزها واشتر منها قال فان تجاوزها وهلك المال فهو ضامن وإن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وإن ربح فهو بينهما. صحيحة فروع الكافي ج ١ ص ٣٩٧. والتهديب ج ٢ ص ١٦٩ والوافي ج ١٠ ص ١١٩.

وعن يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال لا بأس بذلك ليشترها ولا يواجبه البيع قبل أن يستوجبها أو يشتريها. صحيحة.

وعن جراح المدائني قال: قال أبو عبد الله (ع): إنى أكره بيع ده يازده و ده دوازده لكن أبيعك بكذا وكذا ضعيفة بجراح و قاسم بن سليمان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٧

لأن السيرة دليل لى فلا بد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن.

و يتوجه عليه: أن المقصود من دليل السلطنة إنما هو بيان استقلال المالك فى التصرف فى أمواله فى الجهات المشروعة، و عدم كونه محجورا عن التصرف فيها فى تلك الجهات، و ليس لأحد أن يزاحم المالك فى ذلك. و عليه فدليل السلطنة لا- يتكفل بإثبات السلطنة للمالك على أى تصرف، سواء ثبتت مشروعيتها مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا.

و أضف إلى ذلك: أن دليل السلطنة ضعيف السند، و غير منجبر بشيء فلا يمكن الاعتماد عليه فى إثبات الحكم الشرعى و قد تقدم ذلك عند الاستدلال به على لزوم المعاطاة.

- و عن محمد قال: قال أبو عبد الله «ع» إنى أكره بيع عشرة بأحد عشر و عشرة باثنى عشر و نحو ذلك من البيع و لكن أبيعك بكذا وكذا مساومة إلخ ضعيفة بمعلى بن محمد.

و عن العلاء قال: قلت لأبى عبد الله «ع» الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول أبيعك بده دوازده فقال: لا بأس إنما هى هذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة. صحيحة. الوافي ج ١٠ ص ٩٣ و ٩٤.

و عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله «ع» قال: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع لى عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذى طلب ثم توجه على نفسك ثم تبعه منه بعد. صحيحة فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦. والوافي ج ١٠ ص ٩٥ الى غير ذلك من الروايات المذكورة فى الأبواب المتفرقة.

و لكن غاية ما يستفاد منها أن المعاملات المزبورة فى تلك الروايات إنما أنشئت باللفظ، و من البديهي أنه لا إشعار فى ذلك على اعتبار اللفظ فى صحة البيع أو لزومه فضلا عن الدلالة عليه. و هذا واضح لا خفاء فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٨

أما السيرة فإن كان المراد بها السيرة العقلائية فلا شبهة فى قيامها على إباحة التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرفات المتوقعة على الملك. و لكن لا يمكن الاعتماد على هذه السيرة مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع. و إن كان المراد بها السيرة التشريعية فلا- ريب فى قيامها على إباحة التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة. و لكن لا- يمكن الاعتماد عليها أيضا فيما إذا شك فى جواز أصل التصرف- كالتصرفات المتوقعة على الملك من البيع و العتق و الوطى و نحوها- بل لا بد و أن يرجع هنا الى دليل كل تصرف يشك فى جوازه و عدمه.

و مثال ذلك: أنه إذا شك أحد المتعاطيين في جواز أكل المأخوذ بالمعاطاة- التي قصد بها الإباحة- رجع الى ما دل على جواز أكله أو حرمة. و هكذا لو شك في ناحية أخرى غير جواز الأكل. و لا يرجع في شيء من تلك الموارد إلى أدلة حرمة التصرف في مال غيره إذ المفروض أن المالك قد أذن للآخذ أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة و معه لا يبقى مجال للرجوع الى تلك الأدلة. و إن شئت قلت: إن جواز التصرف في نفسه إنما ثبت بما دل عليه من أمانة أو أصل و من الظاهر أن حرمة التصرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعة بإجازة المالك و اذنه على الفرض. و إذن فالمقتضى موجود و المانع مفقود. و على هذا فلا يعتبر في المعاطاة المقصود بها الإباحة أى شرط من شروط البيع. و حينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

الناحية الثانية: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإيعاء التملك و التملك، و لم تحصل الملكية في الخارج،

و لكن حكم الشارع بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة فهل يعتبر فيها شروط البيع؟
قد ذكر المصنف: أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي و ان ترتبت عليه الإباحة الشرعية. و حينئذ فيعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشروط كلها. نعم قد وقع في بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلك نفى اللزوم، لا نفى البيع
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٩
حقيقته انتهى ملخص كلامه.

و تحقيق ما أفاده المصنف بوجهين:

١- أنا ذكرنا مرارا عديدة: أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع و لزومه. و عليه فلا بد من الالتزام بكونها مفيدة للملك من أول الأمر، نعم قام الإجماع التعبدى على أن الشارع المقدس لم يمض البيع المعاطاتى على النحو الذى قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطى الخارجى، بل أمضاه بعد تحقق شيء ما من التصرف و غيره و عليه فالمعاطاة بيع حقيقة، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع اللفظى من الشروط غير الصيغية، بديهية أن الشارع و إن لم يمض الملكية المنشئة بالمعاطاة إلى زمان خاص و حكم بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة في هذا الزمان. إلا أن ذلك لا يخرج المعاطاة عن كونها بيعا عرفا و شرعا، كما أن حكمه بتوقف حصول الملكية على القبض في بيع الصرف و السلم لا يخرجهما عن حقيقة البيع.

٢- أن مقصود كل من المتعاطيين إنما هو تملك ماله لصاحبه بإزاء ما يأخذه منه و ليس غرضهما من هذا التملك بالعرض إلا إيجاد البيع، و حيث إنه فاقد للصيغة فيحكم بفساده، كسائر المعاملات الفاقدة لشروطها. و لكن قام الإجماع على جواز التصرف للآخذ فيما أخذه بالمعاطاة، و لم يتم دليل على ذلك في سائر المعاملات الفاسدة. و بما أن الإجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن و هو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع- حتى الشروط التى وقع الخلاف فى اعتبارها فيه- إلا الصيغة.
و على الجملة: إن ما قصده المتعاطيان لم يقع فى الخارج. و قد قام الإجماع على جواز التصرف لكل منهما فيما أخذه من صاحبه. و أيضا قد اقتضت الضرورة الشرعية حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه. فالجمع بين هذه الأمور يقتضى جواز التصرف فى المورد المتيقن، و هو البيع الجامع للشرائط.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين أن يكون اعتبار الشرط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٠

فى البيع من ناحية الدليل اللفظى، و بين أن يكون ذلك من ناحية الإجماع، فإنه على كل تقدير لا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة إلا مع احتواء المعاطاة جميع شرائط البيع إلا الصيغة.

الناحية الثالثة: أنا إذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك تقيده الملكية من أول الأمر فهل يعتبر فيها شروط البيع؟

الظاهر: انه لا شبهة حينئذ في كون المعاطاة بيعا عرفا و شرعا.

و عليه فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط. و يجرى عليها ما يجرى على البيع من الأحكام.

و قد يفصل في المقام بين الشروط التي ثبت اعتبارها في البيع بدليل لفظي، و بين الشروط التي ثبت اعتبارها فيه بدليل لبي، فان ما هو من القبيل الأول فيعتبر في المعاطاة أيضا، و ما هو من القبيل الثاني فيختص بالبيع اللفظي. و هذا التفصيل ليس من ناحية أن الإجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، بل من ناحية أن الإجماع متصيد من فتاوى الأصحاب و من البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظي اللازم من غير جهة الخيار دون المعاطاة المترتب عليها الملكية الجائرة.

و لكن لا مجال لهذا التوهم بعد صدق البيع على المعاطاة، و كونها مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع، فإن المناقشة في ذلك من قبيل المناقشة في الأمور البديهية.

قوله: (و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا)

أقول: ملخص كلامه:

أنه إذا حكمنا بكون المعاطاة بيعا عرفيا- و إن لم تفد الإباحة الشرعية- حرم فيها الربا و كذلك إذا قلنا بأنها ليست بيعا، لأنها حينئذ معاوضة مستقلة شرعية- سواء أ كانت جائزة أم كانت لازمة- كما اعترف به الشهيد في موضع من الحواشي. بل يمكن الحكم بحرمة الربا في المعاطاة إذا قصد منها المتعاطيان الإباحة، لا الملك، فان ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦١

أيضا معاوضة عرفا فتأمل.

جريان الخيار في المعاطاة

قوله: (و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم).

أقول: قبل التعرض لحكم المسألة لا بد و أن يعلم أنه وقع الاشتباه في موضعين من عبارة المصنف:

الأول: أنه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها و علل ذلك بأن المعاطاة معاملة جائزة عند الأصحاب، فلا معنى لجريان الخيار فيها. و جهة الاشتباه هي أن الخيار لا ينافي جواز المعاطاة. و إنما ينافي الإباحة. و عليه فلا بد و أن تكون عبارة المصنف هكذا (لأنها إباحة عندهم)

و الشاهد على صدق مقالنا أمران الأول: أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاة تفيد الإباحة، لا- الملك الجائر، الثاني: ما ذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه

(و إن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا).

و يضاف الى ذلك كله أنا وجدنا في بعض النسخ الصحيحة لفظ (إباحة) بدل كلمة (جائزة).

الثاني: أن المصنف حكم بثبوت الخيار في المعاطاة بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم و جهة الاشتباه هي أن المعاطاة المفيدة للملك بيع من الأول. غاية الأمر أنها بيع جائز.

ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع في جهات شتى:

الجهة الاولى: أنه هل يثبت الخيار في المعاطاة المقصود بها الإباحة؟.

الظاهر: أنه لا يثبت فيها الخيار لا في مقام الثبوت، و لا في مقام الإثبات:

أما الأول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد- كما يأتي في مبحث الخيارات- و من الواضح أن المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار، بل هي تفيد إباحة خالصة و يجوز لكل من المتعاطيين التصرف فيما أخذه من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٢

صاحبه، ولا يكون هذا التصرف تصرفا محرما، إذ المفروض أن مالكة الأصل قد أذن في ذلك.

أما الثاني فلا أنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار في المعاطاة لم تكن مشمولة لأدلة الخيار إثباتا وهذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجهة كما أنه أغفل التعرض للمعاطاة التي ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر. و يجرى فيه الخيار المصطلح جزما. ولعل عدم تعرضه لهاتين الجهتين لأجل الوضوح.

الجهة الثانية: أن المعاطاة المقصود بها الملك التي ترتب عليها الملكية الجائزة هل يثبت فيها الخيار مطلقا، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقا، أم يفصل بين الخيارات الثابتة بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاة- كخيارى المجلس و الحيوان- لأن أدلتها مختصة بالمعاملة التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار. و المفروض أن المعاطاة ليست كذلك. و بين الخيارات الثابتة بدليل عام- كخيار الغبن و نحوه- لأن أدلتها غير مختصة بالمعاملات التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار.

فقد التزم المصنف بالوجه الأول في مطلع كلامه، و أنه يحكم بثبوت الخيار في المعاطاة و إن كان يظهر أثره بعد لزومها. و عليه فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم.

و احتمال التفصيل المتقدم في آخر كلامه. و ذهب بعضهم الى القول الثاني، و أن الخيارات مطلقا لا تجرى في المعاطاة. بديهه أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد. و من الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض و إذن فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض و تحصيل للحاصل.

و التحقيق: أن الخيارات مطلقا تجرى في المعاطاة، بناء على أنها تفيد الملك الجائر، ضرورة أن الجواز الثابت في المعاطاة التي تفيد الملك الجائر إما جواز حقي كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٣

أمره بقاء و ارتفاعا بيد المتعاملين، أو جواز حكى كان أمره بيد الشارع. دون المتعاملين، كالجواز في الهبة. و على كلا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد، أو العين المأخوذة بالمعاطاة.

فإن كان جواز المعاطاة جوازا حقا، و قلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتي كان ذلك مشمولاً لأدلة الخيارات. و عليه فيثبت الخيار في البيع المعاطاتي لكل من المتعاطيين بسببين. و من الظاهر أنه لا محذور في ذلك، لأن نظائره كثيرة في الفقه. و حينئذ فيمتاز البيع المعاطاتي عن بقية البيوع باختصاصه بخيار خاص. و ان شئت فسمه بخيار المعاطاة و على هذا فيجوز ارتفاع أحدهما و بقاء الآخر: كما إذا تلفت إحدى العينين في المجلس، فإنه حينئذ يرتفع خيار المعاطاة، و يبقى خيار المجلس، و إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس، و بقي خيار المعاطاة.

و إذا قلنا بتعلق خيار المعاطاة بالعين كان الأمر أوضح، لأن متعلق خيار المعاطاة أجنبي عن متعلق الخيار المصطلح، فلا يجتمعان في مورد واحد لكي يناقش فيه بلزوم اللغوية. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و ان كان جواز المعاطاة جوازا حكما، و قلنا بتغاير متعلقه مع متعلق الخيارات المصطلحة فلا شبهة في ذلك أيضا و ان قلنا باتحاد متعلقهما فربما يتوهم ان ذلك يوجب اللغوية و تحصيل الحاصل. و لكن هذا التوهم فاسد. لأنه انما تلزم اللغوية فيما إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر مع ان الانفكاك بينهما من الواضح بمكان، بديهه ان النسبة بينهما هي العموم من وجه، إذ قد يسقط خيار المعاطاة و يبقى الخيار المصطلح، و قد يسقط الثاني و يبقى الأول، و قد يجتمعان سقوطا و بقاء و اذن فلا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة ثبوتا و إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

أما التفضيل المتقدم الذي احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا و حلا:

أما الأول فلا أنه لو تم ذلك التفضيل في المعاطاة لجرى مثله في البيع بالصيغة أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٤

طابق النعل بالنعل، و القذة بالقذة، لأنه إذا اجتمعت فيه عدة من أسباب الخيار- وقد فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار- لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضا. مع أنه لم يلتزم بذلك أحد. أما الثاني فلأن أدلة الخيارات و إن اختلفت بعقد كان طبعه على اللزوم و لكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه: بمعنى أنه إذا وجد عقد في الخارج و لم يقترن بما يقتضى جوازه كان ذلك العقد لازما في نفسه. و هذا لا ينافي جوازه من الجهات الأخر العارضة.

وقد أشير الى هذه النكتة القيمة في أخبار خيار المجلس التي تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «١» فان الظاهر من وجوب البيع و لزومه- في تلك الروايات- إنما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط. و هو لا ينافي جواز البيع من ناحية خيار آخر.

الجهة الثالثة: أنه هل يجرى الخيار في المعاطاة المقصود بها الملك- التي لا تؤثر إلا في الإباحة- أم لا؟

لا شبهة في صدق البيع عليها عرفا، نهاية الأمر أنه قام الإجماع على عدم تأثيرها في الملكية عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا يمنع عن صدق البيع عليها بالحمل الشائع و اذن فتكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع، فيحكم بكونها بيعا في نظر الشارع. كما أن حصول الملكية في بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض الخارجي و عليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلط ذي الخيار على فسخه فسخا فعليا: بان يتمكن من إرجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلا شبهة في أن المعاطاة- بناء على الإباحة- غير مشمولة لأدلة الخيارات، بديهة ان الثابت بالفعل لكل من المتعاطيين ليس إلا إباحة التصرف فيما أخذه من صاحبه، و انما تحصل الملكية في ذلك

(١) الوافي ج ١٠ ص ٧٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٥

بعد تحقيق احدي الملزمات و من الظاهر أن اباحة التصرف ترتفع بعدم رضی المالك بالتصرف في المأخوذ بالمعاطاة بلا احتياج الى فسخ المعاطاة بالخيار المصطلح. الا ان يتوهم أن الإباحة المترتبة على المعاطاة ليست إباحة مالكية لكي ترتفع بعدم رضی المالك بالتصرف، و انما هي إباحة شرعية. و من الظاهر أن الإباحة الشرعية باقية ما لم يحكم الشارع برفعها و لكن هذا التوهم فاسد، بديهة أن الإباحة هنا إنما ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنما هو بقاء البازل في اذنه السابق، فلا يشمل صورة رجوعه عن اذنه.

و على الجملة: إنه لو كان الغرض من جعل الخيار في العقد ترتب الأثر الفعلي عليه لم يجر ذلك في المعاطاة المقصود بها الملك- التي تفيد الإباحة- و لكنه بديهي البطلان ضرورة اجتماع الخيارات العديدة في البيع و غيره من العقود.

و ان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد تمكن ذي الخيار من إلغاء ما هو مؤثر في النقل و الانتقال فلا شبهة حينئذ في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة- المقصود بها الملك التي تفيد الإباحة- لأنها قابلة للتأثير في الملكية فإذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطيين كان لكل منها أن يرفع تلك القابلية برفع موضوعها لكي لا تلحق بها الملكية، و إذن فيكفي في صحة جعل الخيار في المعاطاة التمكّن من إلغائها عن قابلية التأثير في الملكية.

بيان مورد المعاطاة

إشارة

الأمر الثاني: أن المتيقن من مورد المعاطاة إنما هو تحقق الأخذ والإعطاء من الطرفين - كما يقتضيه مفهوم المفاعلة ولا شبهة في صدق البيع على ذلك، وكونه مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه.

ولو تحقق الإعطاء من طرف والأخذ من طرف آخر فهل يصدق عليه مفهوم البيع؟ و تحقيق ذلك يقع في نواحي شتى: مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٦

الناحية الأولى: أن يكون الغرض من الأخذ والإعطاء مجرد الإباحة،

ولا شبهة في أن ذلك ليس بيعاً. نعم جاز للأخذ أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة.

الناحية الثانية: أن يكون الغرض من التعاطي هو التمليك والتملك،

وتترتب عليه الملكية في الخارج، فلا شبهة في أن ذلك بيع عرفاً، فيكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع، ويحكم بكونه بيعاً في نظر الشارع أيضاً.

والوجه في ذلك: أن عنوان المعاطاة لم يرد في رواية، ولا في آية، ولا أنه معقد للإجماع التعبدى لكي يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. بل محور البحث في المقام هو أن البيع يتحقق بالإيناء الفعلى كما أنه يتحقق بالإيناء القولى.

وعليه فلا بد من ملاحظة الفعل الذى ينشأ به البيع، فان صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعاً، وإلا فلا، ومن الواضح أن الإعطاء من أحد المتعاطيين مع قصد التمليك يعد إيجاباً للبيع عرفاً، ويكون الأخذ الخارجى من الطرف الآخر قبولاً له. بل أكثر المعاملات المعاطائية الواقعة فى الخارج من هذا القبيل، لتحققها فى الخارج بالإعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر. وعليه فيكون الإعطاء المتأخر من جانب الأخذ وفاء بالعقد ضرورة أنه لو كان العطاء من قبله مطاوعةً للزم الانفكاك بين الإيجاب والقبول فى المعاطاة الواقعة نسيئة بل لزم كون الإنشاء مراعى بالإعطاء المتأخر من ناحية الأخذ نهاية الأمر أنه يجوز للأخذ أن يتصرف فيما أخذه من صاحبه على سبيل التضمن ولا ريب فى ان ذلك كله بديهى البطلان، وخلاف السيرة المتشرعية والعقلانية.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن البيع تبديل أحد طرفى الإضافة بإضافة أخرى، ومن المعلوم ان الإعطاء من طرف واحد والأخذ من الطرف الآخر ليس مصداقاً لذلك. بل نسبته اليه و الى الهبة المعوضة متساوية. وهذا بخلاف ما إذا تحقق الإعطاء من الطرفين فان التبديل المكانى هنا بطبعه الأسمى انما هو تبديل لأحد طرفى الإضافة الاعتبارية بإضافة أخرى كذلك فهو بيع حقيقة. وعليه فأخراجه من دائرة البيع، وإدخاله فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٧

دائرة الهبة يحتاج الى مئونة زائدة.

وعلى الجملة: إن التبديل الاعتبارى فى باب المعاطاة يدور مدار التبديل الخارجى و حيث إن التبديل الخارجى متحقق فى فرض حصول التعاطى من الطرفين، فيترتب عليه التبديل الاعتبارى انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن البيع و ان كان تبديل مال بمال، و لكن المراد من التبديل هنا ليس هو التبديل الخارجى المكانى بل المراد به هو التبديل الاعتبارى و من الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى.

الناحية الثالثة: أن يقصد كل من المعطى والأخذ التمليك والتملك،

ولكن لم يحصل فى الخارج إلا- الإباحة إلى زمان حصول الملك. و الظاهر أن هذا من افراد البيع الحقيقى، لأن تأخير الملكية لا يخرج عن كونه بيعاً، كما أن بيع الصرف و السلم لا يخرج عن حدود البيع بتأخر الملكية فيهما الى زمان القبض. نعم قد يناقش فى

جواز التصرف قبل حصول المملك، لانه لم يثبت إلا- بالإجماع، و من الظاهر أن المتيقن منه ما يكون التعاطى من الطرفين، لا من طرف واحد إلا أن يتمسك في إثبات جواز التصرف هنا بدليل السلطنة، و قد عرفت فيما تقدم أنه غير تام. لا من حيث السند، و لا من حيث الدلالة قيل:

إنكم حكمتم- في الناحية الأولى- بجواز التصرف في المأخوذ بالمعطاء و إن كان التعاطى من طرف واحد- فلما ذا لا تحكمون بذلك في هذه الناحية. و الجواب عنه:

أن الإباحة المترتبة على التعاطى في الناحية الأولى إباحة مالكية و من الواضح أن المالك إذا رضى بجواز التصرف في ماله لم يلزم منه محذور أصلا و أما الإباحة المترتبة على التعاطى في هذه الناحية فهي إباحة شرعية. و عليه فلا بد من ملاحظة دليلها. و قد عرفت أن الدليل على هذه الإباحة إنما هو الإجماع. و الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن.

و لكن الذى يسهل الخطب: أن الإجماع- بل السيرة أيضا- قائم على جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٨

التصرف في المأخوذ بالمعطاء- و إن كان التعاطى من طرف واحد- و لذا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم و تشتت أصنافهم يتعاملون فيما بينهم بالمعاملة المعطائية في الأشياء الحقيمة و الخطيرة. و لم نر و لم نسمع- الى الان- أن يتوقف أحد في جواز التصرف في المأخوذ بالمعطاء، حتى مع تحقق التعاطى من طرف واحد مع أن المغروس في أذهان القدماء، و المشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعطائية إنما تنعقد بالتعاطى من طرف واحد و يكون الإعطاء من ناحية الآخذ وفاء بالتزامه، لا قبولاً للإيجاب المتقدم- و قد تقدم ذلك آنفا- نعم لو شك في دخوله في معقد الإجماع لاتجه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح.

و قد يتوهم انعقاد البيع المعطائى بمجرد وصول المثلثن إلى المشتري و وصول الثمن إلى البائع بأى نحو اتفق و ان لم يصدق عليه الإعطاء فضلا عن التعاطى.

و الوجه في ذلك ما أسلفناه سابقا من أن عنوان المعطاة لم يرد في آية، و لا في رواية، و لا في معقد إجماع لكى ندور مدار هذا العنوان و نجعله موردا للنقض و الإبرام و مركزا للنفي و الإثبات. بل انما عبر بها عن المعاملة الخاصة المتعارفة بين الناس.

و اذن فيكون المدار في ذلك هو الصدق العرفى و عليه فأى فعل كان قابلا لابرار ما فى النفس من اعتبار الملكية صدق عليه عنوان المعاملة المعطائية و تشمله العمومات الدالة على صحة البيع و لزومه سواء أ كان ذلك الفعل تعاطيا من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلا، بل كان مجرد وصول الثمن إلى البائع و وصول المثلثن إلى المشتري بأى نحو اتفق.

و قد مثل المصنف لذلك بأمور:

١- أن يرتوى الظامى من قرية السقاء مع غيبته و يجعل عوضه فى المكان المعدلة مع علمه بأن السقاء راض بذلك.

٢- أن يلتقط شخص شيئا حقيرا من مخازن الخضارين أو البقالين أو العطارين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٩

مع غيبتهم عن دكاكينهم، و يجعل عوض ما يأخذه فى صندوقهم، مع العلم أو الاطمئنان العادى برضا المالك بذلك.

٣- أن يرد أحد الحمام و لا- يجد فيه صاحبه، و يغتسل فيه، و يضع أجرته فى المكان المعد لها مع علم الوارد بأن الحمامى راض بذلك.

و لكن الظاهر: أن الأمثلة المزبورة كلها غريبة عن مقصود المتوهم: أعنى به تحقق المعطاة بمجرد أخذ المثلثن و وضع الثمن مكانه- بل تلك الأمثلة إما من صغريات الأقسام الماضية، أو أنها خارجة عن حدود المعطاة بالكليّة:

أما المثال الأول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ

شديد الظمان، و قد يكون عطشانا عاديا. أما الأول فلا يرتوى إلا بشرب مقدار كثير من الماء و أما الثاني فيصير ريانا بشرب المقدار اليسير منه. و من الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غررية البيع و إذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلك من قبيل الإباحة بالعوض. و الدليل على صحة هذه الإباحة هو السيرة القطعية، لأنها قائمة على ذلك في الأشياء الحقيمة و الأمتعة الزهيدة. بل يمكن أن يكون المثال المذكور من قبيل المعاوضة الخاصة التمليلية. فتكون مشمولة لآية التجارة عن تراض. نهاية الأمر أنها غررية و من الواضح أن دليل نفى الغرر و هو النبوى [١] مختص بالبيع، فلا يجرى فى غيره.

و أما المثال الثانى فهو من مصاديق البيع المعاطاتى المتعارف غاية الأمر أن إيجابه ليس بمباشرة المالك، بل انما هو بمباشرة و كيله. و ذلك لان الخضار و البقال و العطار و أمثالهم من سائر أصناف التجار انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاينهم فى بيع أمتعتهم بالقيمة المتعارفة و وضع أثمانها فى الموضع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالبا

[١] عن أبى هريرة أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٠

الأشخاص المعينين فى ذلك و عليه فكل من يأخذ متاعا من دكاين هؤلاء الكاسيين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالك، و يقبله من نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع فى المكان المعدلة. و اذن فيتحقق البيع المعاطاتى هنا بالتعاطى من الطرفين - الذى هو المقدار المتيقن من مورد المعاظة- و يكون ذلك نظير قول القائل: أعتق عبدك عنى. و على الجملة: إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيلية، كسائر البيوع الصادرة من أولياء الملاك و وكلائهم.

و قد ناقش فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر: (لا يمكن تصحيحه بكونه و كيلا من الطرفين فى تبادل أحد طرفى الإضافة بمثله، لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا). و الجواب عن ذلك:

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر فى الوكالات الشخصية دون الوكالات النوعية فلو قال أحد إنى و كلت شخصا من أهل النجف المحترم فى بيع متاعى أو إيجار دارى لكان عقد الوكالة باطلا جزما. و إذا قال: إن علماء النجف و كلائى فى بيع كتبى، أو تعمير مدرستى. أو بنائه المساجد من خالص مالى كان ذلك صحيحا قطعاً بديهة أن تعيين عنوان كلى فى التوكيل الذى ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم.

و اما المثال الثالث فهو أيضا غريب عن البيع المعاطاتى، بل هو بعيد عن الإجارة المعاطاتية أيضا:

اما بعده عن البيع المعاطاتى فلأن الماء الذى يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار. و إذن فلا يصح بيعه لكونه غريبا. و أما بعده عن الإجارة المعاطاتية فلأنه يشترط فى الإجارة إمكان الانتفاع من العين المستأجرة مع بقاء عينها. و من الواضح ان الماء المستعمل فى الحمام لا تبقى عينه بعد الاستعمال. و عليه فلا يصح وقوع الإجارة عليه. قيل:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧١

إن العين المستأجرة انما هى نفس الحمام و المياه المستعملة فيه تعد منفعة له. و إذن فيكون مورد المثال الثالث من موارد الإجارة المعاطاتية. و الجواب عن ذلك:

أن من أركان الإجارة انما هو تعيين المدة فيها فإذا انتفى ذلك بطلت الإجارة من أصلها. و من البديهي أن المغتسلين فى الحمامات يختلفون بحسب الحالات، فإنه يتوقف فيها بعضهم ساعة و يلبث فيها آخر ساعتين و هكذا. و مع ذلك لا يمكن الالتزام بكون ما نحن فيه من قبيل الإجارة المعاطاتية.

و على هذا الضوء فالمثال الثالث أيضا من قبيل الإباحة بالعوض، أو من قبيل المعاوضة الخاصة التمليلية كما جعلنا المثال الأول أيضا من هذا القبيل. و المتحصل من جميع ما ذكرناه اننا لم نصور من تلك الأمثلة قسما آخر للمعاظة غير الاقسام الماضية.

نعم يمكن تصوير قسم آخر لها: وهو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعة أو بالغصب، أو بإطارة الريح أو بغير ذلك. ثم قصد كل منهما كون ما بيده عوضا عما في يد صاحبه. وحينئذ فلا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك، لأننا ذكرنا مرارا أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي. ومن الظاهر أنه لم ترد آية ولا رواية، ولا انعقد إجماع على اختصاص ذلك المبرز بشيء خاص ولا أن عنوان المعاطاة قد ورد في دليل لكي يؤخذ به ويحكم بعدم صدقه على ما نحن فيه و عليه فإبقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجي لاعتبار الملكية.

نعم إذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك لا تفيد إلا الإباحة الشرعية لم يجز التصرف لكل من الجانبين فيما عنده من المال، بديهة أن هذه الإباحة إنما ثبتت بالإجماع، وهو دليل لبي فلا يشمل هذا القسم من المعاطاة.

ثم إن للمصنف هنا كلاما لم نحققه الى الآن، وإليك لفظه:

(ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأسا فيتناولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال، ولا يبعد صحته مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٢

صدق البيع عليه بناء على الملك واما بناء على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد)

و الوجه في كون الاشكال المتقدم هنا أكد هو العلم بعدم قيام السيرة هنا على اباحة التصرف دون الصورة السابقة و هي أن يكون التعاطي من طرف واحد.

أقول: إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغة الخاصة الفاقدة لبعض شرائطها فلا يترتب عليه أثر بوجه، بل شأنها شأن تسمية الأجرة للبذر و البقر في عقد المزارعة.

و عليه فلا وجه صحيح للمصنف أن يلتزم بحصول النقل و الانتقال بذلك اللفظ - بناء على أن المعاطاة تفيد الملكية - و أن يناقش في جواز التصرف في العوضين على القول بأنها تفيد الإباحة.

و ان كان غرضه من ذلك أن اللفظ إذا كان فاقدا لبعض شرائط الصيغة - في مقام الإنشاء - كان ذلك مقاوله و من الواضح أن المقاوله تكشف عن اعتبار الملكية، كما أن صيغة بعت تكشف عن ذلك. و إذن فتشمله العمومات الدالة على صحة البيع، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بالمقاوله إنما هو التبانى على البيع و المبرز بصيغة بعت و نحوها إنما هو نفس البيع. و من الواضح أن أحدهما يباين الآخر. و اذن فلا يعقل ان يجعل احد المتباينين مصداقا لصاحبه، و لا ان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ما عليه البناء، و هو اعتبار الملكية.

تمييز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي

الأمر الثالث: أنه بما ذا يميز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي؟ لا شبهة في أن الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري، لأنهما من الأمور الواضحة التي لا يحتاج الى البيان، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمى بائعا، و من يقبل ذلك يسمى مشتريا. و لا أن الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٣

موارد الشبهات المصادقية: بأن يوجد بيع معاطاتي في الخارج و لم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية، بديهة أن ذلك راجع الى باب المرافعات، و لا صلة له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومى البائع و المشتري سعة و ضيقا لكي يتوضح مقدار صدقهما. و قد سمي المصنف أشباه ذلك في أول كتاب الطهارة بالشبهة في الصدق، و

مرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهومية و لذا أن الأصحاب لم يجعلوها قسما آخر وراء الشك في أصل المفهوم. و إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا فالذى يعطى العرض يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا لقيام سيرة العقلاء و ديدنهم على ذلك. و إذا كان كلا العوضين نقدا، أو كان كلاهما متاعا و لكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادلة إلى حفظ مالىة ماله في ضمن أى متاع كان مع كون غرضه فى ذلك هو تحصيل الربح و المنفعة- كأهل التجارة و الكسب- و كان نظر الآخر الى رفع حاجته و كشف نوائبه و كرباتة فقط فإن الأول يسمى بائعا و الثانى يسمى مشتريا و على هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالىة الخالصة لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنىة و مثال ذلك: أن يعطى أحد مقدارا من الحنطة ليأخذ لحما و كان غرضه من إعطاء الحنطة أنها تساوى درهما فان هذا يسمى مشتريا، و باذل اللحم يسمى بائعا. و إذا انعكس الأمر انعكس الصدق أيضا.

و ان كان كلا-العوضين عرضا، أو نقدا- من غير سبق مقاوله تدل على كون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح و المنافع مع حفظ مالىة ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج و دفع الضرورة فقط- كتبديل عباءة بعباءة أو كتاب بكتاب- إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوها أربعة:

١- أن يكون ذلك بيعا و شراء بالنسبة الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٤

مبادلة مال بمال، كما فى المصباح. و الاشتراء ترك شىء و التمسك بغيره كما فى القاموس و لا شبهة فى تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطيين. و عليه فلو حلف أى منهما على عدم الاشتراء حث بذلك. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع، و لا أحكام المشتري، لانصرافهما- فى أدلة تلك الأحكام- الى من كان بائعا محضا، أو مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان- فى معاملة واحدة- مصداقا لهما باعتبارين.

و لكن يتوجه عليه: ان عنوان البائع و عنوان المشتري بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما فى المقام، كذلك يصدق على كل من المتبايعين فى كل بيع، حتى فيما إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا، و لانزم ذلك أن لا- يختص أحد المتبايعين فى البيوع المتعارفة بكونه بائعا، و ثانيهما بكونه مشتريا، و هذا بديهى البطلان.

٢- أن يكون ذلك بيعا بالنسبة الى من يعطى متاعه أو لا، لصدق الموجب عليه، و شراء بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلا.

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه و إن كان صحيحا فى الجملة إلا أنه لا يتم فى جميع الموارد، بديهى أنه لا شبهة فى جواز تقديم القبول على الإيجاب فى البيوع اللفظية. و عليه فيمكن أن يقصد المعطى أولا- فى البيع المعاطاتى- قبول الإيجاب المتأخر. و إذن فلا دليل على الحكم بكون الباذل أولا بائعا، و كون الباذل ثانيا مشتريا على وجه الإطلاق.

٣- أن يكون ذلك صلحا معاطاتيا، لان المصالحة بمعنى التسالم، و من الواضح أن كل واحد من المتعاطيين يتسالم على تبادل ماله بمال صاحبه و من هنا حملوا الرواية الواردة فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى على الصلح «١».

و لكن يرد عليه: أنه إن كان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح، الا

(١) قد تقدمت هذه الرواية فى ص ١٥٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٥

أن المنشأ فى كل عقد بدء غير ما هو المنشأ فى الصلح، بديهى أن كل معاملة و إن كانت لا تصدر الا عن تسالم من الطرفين على تلك المعاملة لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح. فكم فرق بين إنشاء الصلح و بين إنشاء معاملة وقع التسالم

عليها من الطرفين. نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الآخر. و إن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التي تتميز عن بقیة العقود فهو واضح البطلان، ضرورة أن التعاطى المذكور بعيد عن مفهوم الصلح و حقيقته.

و أما الرواية المزبورة فلا وجه لحملها على الصلح بل هي تناسب الهبة المعوضة. و هذا واضح لا ريب فيه.

٤- ان يكون ذلك معاوضة مستقلة من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفة. و هذا هو الصحيح عندنا. و تدل على صحته آية التجارة عن تراض «١» و لا ريب أن أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف.

أقسام المعاطاء بحسب قصد المتعاطين

إشارة

الأمر الرابع: فى أقسام المعاطاء بحسب قصد المتعاطين.

و لا ريب فى أن أصل المعاطاء- و هى إعطاء كل من المتعاطين ماله لصاحبه- يتصور على وجوه.

و يحسن بنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم ما لا يستغنى عنه، و هو بيان الفارق بين هذا الأمر، و بين الأمر الثانى. و حاصله:

ان جهة البحث فى الأمر الثانى إنما هى متمحضة فى بيان مورد المعاطاء. و بيان ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان.

و لذا ذكر المصنف فى طليعة البحث عنه:

(أن المتيقن من مورد المعاطاء حصول التعاطى فعلا من الطرفين).

(١) سورة النساء ٤ الآية: ٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٦

و جهة البحث فى الأمر الرابع إنما هى بيان ما قصده المتعاطيان، و لذا ذكر المصنف فى مطلع كلامه هنا ان أصل المعاطاء يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه شتى و إذن فمرجع البحث فى أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث فى الأمر الآخر، فلا تنافى بينهما و عليه فلا وجه لما أورده شيخنا الأستاذ على المصنف، و إليك نص مقرر بحثه: (أن الإيجاب و القبول يتحقق بدفع العين أولاً من البائع و قبضها من المشتري، و خروج ما يدفعه المشتري ثانيا و يقبضه البائع عن حقيقة المعاوضة، فيلزم أن يكون المعاملة حاصله دائما بدفع العين أولاً و قبضها، و يكون دفع المشتري دائما خارجا عن حقيقة المعاوضة و على هذا فلا وجه لما التزم به فى الأمر الثانى من ان المتيقن من مورد المعاطاء هو حصول التعاطى فعلا- من الطرفين. لان المفروض أن العطاء الثانى لا- اثر له، و لا- يتحقق به الا عنوان الوفاء بالمعاطاة).

و وجه عدم المنافاة بين الأمرين: انه لا تنافى بين الالتزام بأن الإيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولاً، و ان دفع العين ثانيا خارج عن حقيقة المعاطاء، بل هو وفاء بالعقد، و بين القول بأن المتيقن من مورد المعاطاء هو ما إذا حصل التعاطى من الطرفين، فان العقد و ان تم بالإقباض و القبض أولاً الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضا و اذن فلا تنافى بين الأمرين.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك

فاعلم انه قسم المصنف المعاطاء - بحسب قصد المتعاطين - على أربعة أقسام:

١- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر

و عليه فيتم الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، و يكون دفع العين الثانية خارجا عن حقيقة المعاطاء بل يكون ذلك وفاء لما التزم به بإزاء ما تملكه و على هذا فلو مات القابل بعد المطاوعة و قبل دفع العوض لم تبطل المعاطاء، لأنه مات بعد تحققها في نظام الوجود.

٢- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إياه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٧

بحيث تكون المعاطاء متقومة بالعطاء من الطرفين مع كون التملك بإزاء التملك و عليه فلو مات الثاني قبل أن يملك ماله للأول لم تتحقق المعاطاء، إذ المفروض أن المقابلة بين التملكين، لا الملكين. و لا ريب أن هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع، لما عرفته في أول الكتاب من أنه يعتبر في مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان، و من الواضح ان نفس التملك من الأفعال، فلا يقع مبيعا. نعم هو قريب من الهبة المعوضة من ناحية، و بعيد عنها من ناحية أخرى: أما قربه منها فمن جهة أن كلا من المالكين خال عن العوض، إذ المفروض أن المقابلة قد وقعت بين التملكين، لا- بين الملكين، فتكون كالهبة المعوضة، لأجل وقوع التملك بإزاء التملك و أما بعده عنها فمن جهة أن حقيقة الهبة- معوضة كانت أم غيرها- عبارة عن العطيء بلا بدل فقوامها بالمجانة. و أما اعتبار العوض في الهبة المعوضة فإنما هو على نحو الداعوية و الاشتراط، لا على نحو المقابلة و المعاوضة.

و من الظاهر أن المفروض في المقام إنما هو وقوع التملك بإزاء التملك، لا على نحو المجان، و بلا بدل. و الاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطي إما من قبيل المصالحة على أمر معين، أو من قبيل المعاملة المستقلة و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

٣- أن يقصد البادل أو الإباحة ماله للآخر بإزاء أن يملك الآخر ماله إياه

فتقع المبادلة بين الإباحة و التملك.

٤- أن يقصد كل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إياه

فتقع المقابلة بين الاباحتين، أو تكون الإباحة الاولى بداعي الإباحة الثانية انتهى ملخص كلام المصنف.

و لا- يخفى على الفطن العارف: أن الوجوه المتصورة في المقام و إن كانت كثيرة- كما أوضحها- غير واحد من المحشين- و لكن يتضح حكمها من الأقسام المذكورة.

و من هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الأقسام المتصورة في المقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٨

أما القسم الأول:- أعنى به وقوع المقابلة بين المملوكين- فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتي، فيكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع و لزومه، و تترتب عليه أحكامه و آثاره. و قد فصلنا ذلك في الأمر الأول.

و اما القسم الثاني:- أعنى به وقوع المبادلة بين التملكين- فلا نعقل له معنى محصلا، بديهياً أن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كل من العوضين، و إيجاد إضافة أخرى مالكية في كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أخرى لكي يحتاج ذلك الى وجود سلطنة ثالثة. و هكذا حتى يلزم منه التسلسل. و هذا بخلاف مقابلة التملك بالتملك، فإنها تحتاج الى وقوع المقابلة بين السلطنتين، و هو يحتاج إلى سلطنة أخرى، و هكذا الى غير النهاية. و اذن فمقابلة التملك بالتملك بعيد عن حدود البيع.

و أضيف الى ذلك: ان مفهوم البيع انما هو إنشاء تبادل عين بعوض - وقد تقدم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع - و من المعلوم ان التملك بنفسه من قبيل الافعال، فلا يقع مبيعا.

ثم ان من المستحيل نقل التملك الى غيره بدء بإعطاء العين، أو بقبول ملكيتها بل لا بد في نقل التملك من إنشاء آخر يتضمن ذلك، كقوله ملكتك تملكى العين الفلانية، أو بأن يشترط التملك فى ضمن عقد لازم: بأن باع داره من شخص، و اشترط فى ضمن البيع ان يملكه ماله الفلانى بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك.

و على الجملة إن الملكية الشرعية اعتبار شرعى غير قابل للتملك، و التملك العقدى فعل من أفعال العاقد، و هو و إن كان قابلا للتملك، الا انه غير قابل له بتملك المال لفظا بمثل ملكت، أو بإعطاء المال فعلا. و قد اتضح لك مما أوضحناه حكم القسم الثالث و القسم الرابع أيضا، و انه لا تتصور الإباحة بإزاء الإباحة، و لا الإباحة بإزاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٩

التملك بإعطاء العين و قبضها.

ثم ان المصنف قد ناقش فى القسمين الآخرين - الثالث و الرابع - من ناحيتين: الأولى: ان الإباحة من حيث هى إباحة لا- تسوغ التصرفات المتوقفة على الملك، الا- على نحو التشريع. الثانية: ان الإباحة بإزاء التملك - التى ترجع الى عقد مركب من اباحة و تملك - خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، و لا شبهة فى أن صدق التجارة على هذه المعاوضة محل تأمل، فضلا عن صدق البيع عليها: و اذن فلا- تكون مشمولة لآية التجارة عن تراض، و لا غيرها. ثم أطال الكلام حول ذلك نقضا و إبراما و لكن قد ظهر لك مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتين المناقشتين أصلا و رأسا الا انه لا بأس بالتعرض لهما تأسيا للمصنف (ره).

فنقول: اما المناقشة الأولى فحاصل ما ذكره فيها: ان المالك و ان كان له ان يبيع التصرف فى أمواله لشخص آخر الا انه لا ينفذ إذنه إلا- فى التصرفات المشروعة مع قطع النظر عن اذن المالك، بديهة ان اذن المالك ليس مشرعا لكى يوجب جواز التصرف فى ماله للمجاز له على وجه الإطلاق. و عليه فلا- يجوز للمالك ان يأذن لغيره فى بيع ماله لنفسه، لأنه لا بيع إلا فى ملك. بل يستحيل عقلا صدق مفهوم البيع عليه لان مفهومه مبادلة مال بمال، و من الواضح انه لا- يتحقق هذا المفهوم الا برفع الإضافة المالكية عن احد العوضين و وضعها على العوض الآخر. و عليه فإذا لم يدخل الثمن فى فى ملك من خرج المثلث عنه كان ذلك خارجا عن مفهوم البيع قطعا. و لا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه.

نعم

لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقفة على الملك بوجوه شتى:

١- ان يكون غرض المبيع من قوله: أبحث لك ان تبيع مالى لنفسك توكل المباح له فى نقل ماله - المبيع - الى نفسه - المباح له -

ثم بيع ذلك المال لنفسه - المباح له - أو ان المبيع يوكل المباح له فى بيع ماله، ثم نقل ثمنه الى نفسه - المباح له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٠

أو يقصد المبيع تملك ماله للمباح له بقوله: أبحث لك مالى إلخ بحيث تكون الإباحة بمنزلة إنشاء الهبة، و يكون بيع المباح له بمنزلة القبول. و عليه فيكون ذلك نظير قول القائل: أعتق عبدك عنى بكذا، حيث إن القول المزبور استدعاء لتملك المولى عبده لذلك الرجل، و إعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمنى.

و عليه فيكون العبد ملكا للمستدعى أنا ما، ثم يعتق عن قبله.

و فيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه، إذ ليس المقصود هنا اذن المالك للمباح له فى نقل المال الى نفسه أولا، و لا فى نقل الثمن اليه ثانيا، و لا أن المالك قصد التملك بقوله: أبحث لك إلخ، و لا أن المخاطب قصد التملك عند البيع، لكى يتحقق

هنا تملكك ضمنى مقصود للمتكملم والمخاطب بالدلالة الاقتضائية. كما كان كذلك فى قضيه أعتق عبدك عنى.

٢- أن يدل دليل خاص على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحة

فستكشف من ذلك الدليل ان البيع الذى أوقعه المباح له قد وقع فى ملكه، أو قام دليل خاص على صيرورة الثمن ملكا للمباح له، فإنه يستكشف من ذلك الدليل دخول الثمن فى ملك المبيع أنا ما- لكى لا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه- ثم انتقاله من ملك المبيع الى ملك المباح له. و عليه فىكون ما نحن فيه بمنزلة شراء العمودين، فإنهما يدخلان فى ملك المشتري أنا ما، ثم يعتقان عليه جمعا بين ما دل على أنه لا عتق إلا فى ملك، و بين ما دل على أن الإنسان لا يملك عموديه.

و هذا الوجه أيضا لا يجرى فى المقام، إذ لم يدلنا دليل خاص على صحة هذه الإباحة العامة. و أما دليل السلطنة فلا تراحم الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك- كالتعق و البيع و الوطى و نحوها- بل هى حاكمة على دليل السلطنة. و السر فى ذلك: أن دليل السلطنة قد أثبت السلطنة على الأموال، دون الاحكام، فىكون ناظرا الى نفوذ سلطنة المالك فى التصرفات التى ثبت جوازها- فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨١

الشريعة المقدسة- مع قطع النظر عن دليل السلطنة. و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه، و بين شراء العمودين.

٣- ما أشار إليه فى آخر كلامه، و هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لكى يقع البيع فى ملك الواهب.

فكما أن بيع الواهب يقتضى دخول العين الموهوبة فى ملكه، كذلك أن تصرف المباح له تصرفا يتوقف على الملك يقتضى دخول المال المباح فى ملكه.

و هذا الوجه أيضا غريب عما نحن فيه إذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكى تكشف صحته عن الملكية أنا ما ملكية تحقيقه قبل تحقق ذلك التصرف. انتهى ملخص كلام المصنف.

أقول

يقع الكلام فى التصرفات المتوقفة على الملك فى ناحيتين:

الناحية الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.

لا ريب فى أنها قد تكون تكوينية، و قد تكون اعتبارية: أما التصرفات التكوينية فلا تجوز لغير المالك و ان كان صدورها عنه بعنوان النيابة عن المالك.

و بيان ذلك: أنه إذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينية لغير المالك أخذ به- كوطى الجارية المملوكة الثابت جوازه بالتحليل- و إن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنة، لأنه ناظر الى جواز التصرفات التى هى مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة و أن هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعا عن تلك التصرفات. و أما التصرفات التى نشك فى مشروعيتها، أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشمولة لدليل السلطنة، لعدم كونه مشرعا. و على هذا فلو أذن المالك لأحد فى التصرف فى ماله تصرفا متوقفا على الملك لم يمكن إثبات مشروعيتها بدليل السلطنة هذا كله فى التصرفات التكوينية.

أما التصرفات الاعتبارية فلا تتوقف صحتها على الملك، بل لا تتوقف صحتها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٢

على اذن المالك و توكيله، لما سيأتى من الحكم بصحة العقود الفضولية التى لحقتها اجازة المالك.

نعم ربما يتوهم قيام الإجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك، سواء أ كان ذلك باذن المالك، أم كان فضوليا، ضرورة أن إذن المالك لا يؤثر في مشروعية التصرفات المتوقعة على الملك، و إنما يؤثر اذنه في رفع الحرمة التكليفية فقط. و إذن فمنزلة العتاق منزلة الطلاق. فكما أن الطلاق لا يصح من غير الزوج، كذلك ان العتاق لا يصح من غير المالك، إلا أن يعد فعل غير المالك فعلا للمالك، كالوكيل.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهة أنه ليس في المقام إجماع تعبدى، بل من المحتمل القريب ان يكون مستند المجمعين ما دل على عدم نفوذ العتق إلا في ملك، و سيأتي عدم ارتباطه بمقصود المستدل و اذن فلا محذور في صحة العتق من غير المالك. و هذا لا يقاس بالطلاق، لدلالة الدليل على انه لا يصح من غير الزوج، بخلاف العتاق، فإنه لم يدل دليل على عدم صحته من غير المالك. قيل: انه لا يصح العتاق من غير المالك، لا من جهة الإجماع كما توهم، بل من جهة ما دل على انه لا عتق إلا في ملك «١» و الجواب عن ذلك:

ان سبيل ذلك سبيل ما دل على انه لا بيع إلا في ملك و المراد بهما أحد الأمرين:

الأول: اعتبار الملك الفعلي في صحة البيع و العتق، فلا يصح بيع أو عتق ما يملكه بعد ذلك الثاني: اعتبار الانتساب الى المالك في نفوذ البيع و العتق، فلا ينفذ على المالك بيع الأجنبي، و على كلا التقديرين فالرواية لا تنافي صحة البيع الفضولي، و لا صحة العتق الصادر من غير المالك مستندا إلى اذن المالك و المتحصل من جميع ما بيناه هو صحة العتاق باذن المالك

الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقعة على الملك لغير المالك فهل ترجع نتيجتها الى المتصرف، أم يرجع ذلك الى المالك؟

(١) راجع الوافي ج ٦ ص ٨٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٣

لا ريب في ان التصرفات التكوينية خارجة عن مورد بحثنا، إذ لا يشك احد من العقلاء في ان نتيجة أى فعل يصدر من أى فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل، لا الى غيره، بديهة انه لا معنى لأن يشرب أحد ماء فيرتوى غيره، أو يأكل أحد طعاما فيشبع الآخر، أو ينام واحد فيستريح صاحبه، أو يشتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالما. و هكذا سائر الأفعال التكوينية.

و اما التصرفات الاعتبارية- كالبيع و نحوه- فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره، لما عرفته مرارا من ان حقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الإضافة، و مقتضى ذلك هو انتقال المثل من ملك مالكة الى ملك مالك الثمن و بالعكس: بأن يفك البائع إضافته القائمة بالمتاع و يجعلها قائمة بالثمن، و يفك المشتري إضافته القائمة بالثمن، و يجعلها قائمة بالمتاع.

و مثال ذلك: أنه إذا باع زيد طعامه من بكر بدينار صار الدينار ملكا لزيد، و لو صار ذلك الدينار ملكا لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه. و اذن فيستحيل ان ترجع نتيجة البيع الى غير المالك. و من هنا اتضح لك ان قول القائل: (بع مالى لنفسك) إن رجع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلاثة المتقدمة فلا بأس به و الا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط.

و قد تجلى لك مما أوضحناه حكم سائر العقود و المعاوضات التمليلية. و أيضا ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين، كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكية الآتية الحقيقية. و وجه الظهور: أنه قد ورد في الشريعة المقدسة أن الإنسان لا يملك عموديه «١» و ورد فيها أيضا انه يجوز للابن أن يشتري عموديه. و قد عرفت قريبا: انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل في

(١) راجع الوافي ج ٦ ص ٩٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٤

جهة الإضافة و من الواضح ان الجمع بين هذه الأمور يقتضى الالتزام بدخول العمودين فى ملك الابن آنا ما، ثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكية دوام و ثبات. بل حصولها مقدمة لزوالها. و اذن فالالتزام بهذه الملكية يقتضى تخصيص ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و لا يمكن الالتزام بتخصيص ما ذكرناه- و هو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده- بديهه ان الاحكام العقلية غير قابلة للتخصيص. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه ان الإنسان يملك عموديه آنا ما ملكية تحقيقية لا ملكية تقديرية فرضيه على ما اشتهر فى السنة المحصلين، لعدم ترتب الأثر على الملكية التقديرية بوجه. و على هذا فلا- وجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين. و بين بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه حيث التزم بالملكية الآنية التقديرية فى الأول و بالملكية التحقيقية فى الثانى مع أنهما من واد واحد. و قد اتضح لك أيضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الأدلة- الذى يوجب الالتزام بالملكية الآنية التحقيقية- إنما هو الجمع بين الدليل العقلى:- اعنى استحالة صدق مفهوم البيع على ضده- و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و ليس المراد من الجمع بين الأدلة الجمع بين ما دل على انه لا- عتق إلا- فى ملك و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الابن لا يملك عموديه، ضرورة انه لو كان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق إلا فى ملك لأمكن تخصيصه بما دل على جواز شرائهما و انعتاقهما من دون ان يترتب عليه محذور لعدم استحالة العتاق فى غير الملك. و هذا بخلاف ما كان المانع هو الدليل العقلى، فإنه غير قابل للتخصيص هذا كله فى البيع.

و اما العتاق فهل يمكن ان ترجع نتيجته الى غير المالك أم لا بد و ان ترجع الى المالك فقط؟

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٥

الظاهر أنه لا ريب فى صحة العتق عن غير المالك، إذ لم يرد فى آية و لا فى رواية و لا فى معقد إجماع عدم جواز ذلك و لم يقدّم دليل عقلى أيضا على استحالته. بل لو التزمنا- فى الناحية الأولى باشتراط صدور العتق من المالك لما دل على نفى جواز العتق إلا فى ملك، فان هذا لا يكون وجها للالتزام بعدم الجواز هنا، إذ المفروض أن المتصدى للعتق إنما هو المالك، لانه بنفسه أعتق عبده عن غيره تبرعا.

و نتيجة البحث: أن المالك إذا أعتق أحد ممالিকে عن نفسه أو عن غيره، أو أذن لأحد أن يعتقه عن نفسه أو عن المالك أو عن ثالث كان العتاق نافذا، إذ لا- نرى مانعا عقليا و لا مانعا شرعيا عن ذلك. بل يدل على نفوذه و لزومه قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، إذ ليس المراد بالعقد فى الآية الكريمة هو العقد المصطلح الذى يحتاج إلى الإيجاب و القبول لكى تخرج الإيقاعات عن حدودها، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه فى البحث عن لزوم المعاطاء. و من الظاهر أن العقد بأحد هذين المعنيين يشمل الإيقاعات أيضا.

و قد تبين لك مما تلوناه عليك: أنا لا نحتاج فى تصحيح قول الرجل لصاحبه أعتق عبدك عنى الى ما ذكره الأصوليون من دلالة على التملك دلالة اقتضائية- التى تتوقف عليها صحة الكلام عقلا أو شرعا- و وجه عدم الاحتياج الى ذلك ما ذكرناه قريبا من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الإمكان. و عليه فقول القائل لأخيه: أعتق عبدك عنى محمول على استدعاء العتق التبرعى المجانى. هذا كله ما يرجع الى بيان الكبرى الكلية فى حكم التصرف فى مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفا تكوينيا أو اعتباريا. ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام الى بيان انطباق تلك الضابطة على بعض الأمثلة المعروفة فى الألسنة: و هو قول القائل: أعتق عبدى عن نفسك. و قوله أعتق عبدك عنى:

أما المثال الأول فإن رجع الى توكيل غيره فى تملك العبد ببيع و نحوه ثم عتقه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٦

عن نفسه فإنه لا يخالف القواعد الشرعية. وإن لم يرجع ذلك الى التوكيل، بل أخذنا بظاهره، و هو العتاق المجاني، فإن قلنا بأن العتق لا يصدر الا من المالك- و ان كانت نتيجته راجعة إلى غيره- كان الكلام المذكور لغوا محضا في نظر الشارع. و إن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك، مع إذن المالك في ذلك صحح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج إلى التأويل.

أما المثال الثاني:- أعني به أعتق عبدك عنى- فإن رجع الى توكيل المالك في شراء عبده للمستدعى ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه. و إن أخذنا بظاهره و قلنا بجواز العتق عن غيره تبرعا و مجانا- سواء أسبقه الاستدعاء، أم لم يسبقه ذلك- كان المثال المزبور صحيحا بظاهره بلا احتياج إلى التأويل، و الا فيكون لغوا محضا.

ثم إنه بقي هنا أمران، و يهنا التعرض لهما:

الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزى ذلك عن العتق الواجب - كالكفارة و نحوها - أم لا؟

التحقيق: أنه لو قلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلك عن العتق الواجب لأننا ذكرنا في مبحث التعبدى و التوصلى: أن إطلاق الأوامر المتوجهة إلى المكلفين يقتضى مباشرتهم بامثالها، و من هنا لا تسقط الواجبات العبادية- كالصوم و الصلاة و الحج و نحوها- عن أى مكلف بامثال غيره، و لا يقاس ذلك بالديون المالية التي يجوز أداؤها لكل أحد مجانا، إذ علم في الشريعة المقدسة ضرورة أنه يجوز لأى شخص أن يؤدى دين أخيه المؤمن تبرعا، بل هو أمر استجابى جزما.

الأمر الثانى: أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق عبده أم لا؟

لا شبهة في عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعا و مجانا. و إن لم يكن قصد المالك العتق المجانى فإن علم من حال المستدعى التماس العتاق مجانا فلا شبهة في عدم الضمان أيضا، كما هو كذلك في موارد التسؤل، و الا فيحكم بالضمان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٧

و نظير ذلك قول القائل لأحد احمل هذا المتاع الى محل فلانى، أو احلق رأسى، أو غير ذلك، فان الأمر في جميع هذه الموارد يضمن عمل المأمور جزما.

بحث في جهات

إشارة

قوله: (و عرفت أيضا: أن الشهيد في الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى).
أقول: بقيت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها:

الجهة الاولى: أنه قد يناقش في إخراج المأخوذ بالمعاطة في ثمن الهدى

و لكن لا وجه لهذه المناقشة، لان الهدى قد يشتري بالثمن الكلى، ثم يعطى ذلك من مال المبيح و قد يشتري بالثمن الشخصى، و هو مال المبيح: أما الأول فلا شبهة في صحته، إذ لا مانع من أداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه في ذلك أما الثانى فلا وجه له أيضا، إذ لم يدلنا دليل على اعتبار كون الهدى ملكا لمن يجب عليه.

الجهة الثانية: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة؟

إشارة

تارة نقول بتعلق الخمس و الزكاة بالعين، كما هو الظاهر. و أخرى نقول بتعلقهما بالذمة، و على كلا التقديرين يقع الكلام فى ناحيتين:

الناحية الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاة المتعلقين بذمة غيره أو ماله؟

الظاهر هو عدم الجواز: أما بناء على تعلقهما بالعين فواضح. أما بناء على تعلقهما بالذمة فلان الأوامر ظاهرة فى ثبوت المكلف به فى ذمة نفس المكلف، و عدم سقوطه عنه بامثال غيره إياه إلا بدليل خاص.

و من الظاهر ان الدليل و ان دل على جواز أداء الدين الثابت فى ذمة شخص

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٨

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيه قصد القربة غير معلوم. و أصالة الإطلاق يندفع بها احتمال سقوطه.

الناحية الثانية: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاة بماله أو بذمته أن يؤديهما بمال شخص آخر؟

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاة بالعين لم يجز للمالك ان يعطيها من مال غيره.

نعم يجوز له تبديلها بغيره من ماله فقط لدليل خاص. و ان قلنا بتعلقهما بالذمة إما ابتداء- كما ذهب اليه جمع من الأصحاب- أو قلنا بتعلقهما بالعين بدء، و لكنهما قد انتقلا إلى الذمة بعد إتلافهما فإن الظاهر انه لا شبهة فى أدائهما من مال شخص آخر مع الاذن فيه، لا من ناحية اعتبار قصد القربة فى ذلك و لا من ناحية تعلقهما بالعين:

اما عدم الشبهة فى ذلك من الناحية الاولى فلأن ما يعطى بدل الخمس و الزكاة و ان كان ملكا لغيره، و لكن المتصدى للأداء إنما هو نفس المكلف، فله ان يضيف ذلك الى المولى، و يأتي به امتثالا لأمره تبارك و تعالى.

اما عدم الشبهة فى ذلك من الناحية الثانية فلأن حق السادة و الفقراء إذا فرضنا تعلقه بالذمة ابتداء أو انه انتقل إلى الذمة بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمة ان يطبقه على اى فرد يريد.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٢، ص: ١٨٨

الجهة الثالثة: انه قد التزم المصنف - على ما هو ظاهر كلامه - بالملكية التقديرية فى دية الميت.

و لعله من ناحية الجمع بين ما دل على توقف الإرث على الملك، و بين ما دل على ان دية الميت للوارث.

و التحقيق: انه ان قلنا بعدم توقف إرث الدية على الملك فلا مجال للالتزام بالملك التقديرى. و ان قلنا بتوقفه على الملك- كما هو

مبنى كلام المصنف- فلا مناص عن الالتزام بالملكية الحقيقية، إذ لا يترتب اثر على الملكية الفرضية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٨٩

أقسام الإباحة المعوضة

إشارة

قوله: (و اما الكلام فى صحة الإباحة بالعرض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك، أم خصصنا الإباحة بغيرها). أقول: محصل كلامه: أن البحث هنا يقع فى ناحيتين:

الأولى: فى صحة الإباحة بالعرض،

وقد نوقش فى ذلك بأنها خارجة عن المعاوضات المتعارفة المعهودة شرعا. على أنه يتأمل فى صدق عنوان التجارة عليها فضلا عن البيع.

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنة، و دليل وجوب الوفاء بالشرط و يمكن ان يكون ذلك نوعا من الصلح، لان الصلح هو التسالم، و من البين أن ما نحن فيه مصداق للتسالم.

و دعوى: أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكى يكون مصدقا له دعوى جزافية، إذ لم يشترط فى حقيقة المصالحة إنشاؤها بلفظ الصلح. و من هنا حمل الأصحاب ما ورد فى الرواية «١» قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى على المصالحة مع أنه لم ينشأ بمادة الصلح أو التسالم. و من ذلك أيضا ما ورد «٢» فى مصالحة الزوجين

الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بكون الإباحة بالعرض معاوضة مستقلة فهل يحكم بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها مطلقا وجوه؟

أقواها أولها، لعموم المؤمنون عند شروطهم، ثم أوسطها، لأن المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيع، فان ماله باق على ملكه، و أنه مسلط عليه.

(١) قد تقدمت هذه الرواية فى ص ١٥٦.

(٢) راجع الوافى ج ١٢ ص ١٤٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٠

و التحقيق: أن الإباحة بالعرض خارجة عن حدود الصلح، بداهة أنها مغايرة لمفهوم الصلح. و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة.

و الا لزم إرجاع جميع العقود- حتى النكاح- الى الصلح بل الإباحة بالعرض تتصور على وجوه شتى:

١- أن تجعل نفس الإباحة عوضا فى المعاملة: بأن يقول أحد لصاحبه: بعتك هذا الكتاب بإزاء أن تبيحنى كتابك الآخر و هذا لا شبهة فى صحته و لزومه للعمومات الدالة على صحة العقود و لزومها.

و دعوى: أن الإباحة من قبيل الاعمال و الأفعال، فهى لا تكون عوضا فى العقود المعاوضية دعوى جزافية لأننا ذكرنا فى أول الكتاب: ان عمل الحر و إن لم يكن مبيعا فى البيع، و لكن يصح جعله عوضا فيه. و اذن فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف من التأمل فى صدق التجارة عن تراض على الإباحة المعوضة.

و أما الاستدلال على صحة ذلك بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «١» فيرد عليه أولا: أن الشرط فى اللغة بمعنى الربط بين شيئين. و من الواضح أن الشروط الابتدائية لا يصدق عليها عنوان الشرط. فتكون خارجة عن حدود الرواية.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لانه من علائم إيمانه.

٢- أن تكون الإباحة مشروطة بالتملك: بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله.

٣- أن تكون الإباحة معلقة بالتمليك: بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله.

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٨٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩١

٤- أن يكون التمليك عنواناً للموضوع بأن يقول: أبحث مالى هذا لمن يملكنى عشرة دنانير.

٥- أن يبيح ماله لزيد بداعى أن يملك زيد ماله إياه.

أما الوجه الثانى فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيح. وإن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليك، لوجوب الوفاء بالشرط.

أما الوجه الثالث فلا شبهة فى أن الإباحة فيه بمنزلة الحكم و ما علقته به الإباحة بمنزلة الموضوع. و عليه فإذا تحقق الموضوع - بأن ملك المباح له ماله للمبيح - تثبت الإباحة، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعة الخارجية. و من هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضاً.

أما الوجه الخامس فهو خارج عن حريم الإباحة المعوضة. إذ الداعى لا يعتبر عوضاً، و لا يضر تخلفه فى المعاوضات و غيرها.

جريان المعاطة فى جميع العقود و الإيقاعات

إشارة

الأمر الخامس: هل تجرى المعاطة فى غير البيع من العقود و الإيقاعات؟.

تحقيق المقام: أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعدة هو انحصار العقود و الإيقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطة إلا فى مورد قام دليل خاص - من نص أو إجماع أو سيرة - على جريانها فيه، و ذلك لأن المعاطة حينئذ على خلاف القاعدة، فيقتصر فى مخالفتها على مورد الدليل. و إذا قلنا بأن القاعدة تقتضى صحة إنشاء العقود و الإيقاعات بكل ما هو صالح لابرز الاعتبار النفسانى جرت المعاطة فى جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها فى فرد خاص، أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشىء خاص.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٢

و لكن الظاهر أنه لم يرد - فى آية و لا - فى رواية و لا - فى معقد إجماع - انحصار المبرز فى جميع العقود و الإيقاعات بمبرز معين. و عليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطة فى جميعها إلا ما خرج بالدليل. و إذن فيكون ما هو المنشأ بالأفعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و الإيقاعات و لزومهما.

ثم إنه منع شيخنا الأستاذ عن جريان المعاطة فى النكاح و الوصية و التدبير و الضمان:

أما الوجه فى عدم جريانها فى النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لصدقه - و هو الزناء - بل هو مصداق له حقيقة و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شىء من الأمور الإنشائية بصدقه.

أما الوجه فى عدم جريان المعاطة فى الوصية و التدبير و الضمان فلأنها أمور لا تنشأ إلا بالقول، ضرورة أنه ليس فى موارد فعل يكون مصداقاً لأحد هذه العناوين المذكورة، بداهة أن انتقال الدين من ذمة إلى ذمة - الذى هو معنى الضمان - لا يمكن أن يتحقق بأى فعل من الأفعال، و كذلك العتق و الملكية و القيمومة بعد موت الموصى. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن كون الفعل ضدًا للنكاح إنما هو من ناحية أن الشارع قد اعتبر فى عقد النكاح مبرزاً خاصاً - و هو اللفظ - و لا ريب فى أن مورد البحث فى المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك. و عليه فالزوجه فى نفسها - مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً

خاصة- قابلة للإنشاء بالفعل. و عليه فيكون الفعل بنفسه مصداقا للنكاح بالحمل الشائع.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الأستاذ و لكنه مختص بالفعل الخاص، و لا يعم كل فعل من إشارة و نحوها. فغاية الأمر: أنه لا تحصل الزوجية في نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقا للتزويج عرفا و في نظر العقلاء. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٣.

أما الضمان فلعل وجه المناقشة في عدم حصوله بالمعاطة أنه نقل المال من ذمة إلى ذمة، فلا يتحقق بالفعل الخارجي. و لكن يتوجه عليه: أن النقل إنما هو في عالم الاعتبار- كالتملك في البيع و غيره- و الاعتبار أمر قائم بالنفس، و اللفظ أو الفعل مبرز له، و لا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال و إن كان هو الإشارة و نحوها. أما التدبير و الوصية فمنشأ المناقشة فيهما إنما هو حصر الإنشاء المعطاتي بالإعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه لا يعقل إنشاء العناوين المذكورة بذلك، بداهة أنهما أمران استقباليان، فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت. و عليه فكل ما يوجد في الخارج من الأفعال لا يكون مصداقا للتدبير أو الوصية. و الجواب عن ذلك:

أن عنوان المعاطة لم يرد في دليل خاص لكي يقتصر على تحقق التعاطي من الطرفين حفظاً لذلك العنوان، بل إنما التزمنا بمشروعية المعاملات المعطائية من ناحية قيام الفعل مقام القول في إبراز الأمور النفسانية. و على هذا فلا يختص الإنشاء الفعلي بالإعطاء و الأخذ الخارجيين. بل يجري ذلك في جميع ما هو قابل لابراز الاعتبار النفساني من الإشارة و غيرها، و من هنا يصح طلاق الأخرس بالإشارة المفهومة.

و على الجملة: إن القاعدة الأولية تقتضي جريان المعاطة في جميع العقود و الإيقاعات. بداهة أنها ليست إلا الاعترافات النفسانية المبرزة بمبرز خارجي فعلي أو قولي. فإنه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الإيقاع. فيكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و الإيقاعات، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ في إنشاء عقد النكاح، و اعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق. و عليه فيكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما لا يخفى.

و قد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود و الإيقاعات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٤

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعاملة كالإعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه يصدق عليهما عنوان البيع و نحوه. و بعض الأفعال لا يصدق عليه ذلك، كإخراج الرجل زوجته من بيته، فإنه لا يصدق عليه عنوان الطلاق. كما اتضح لك أيضاً: أنه لا احتياج إلى تطويل الكلام هنا بالنقض و الإبرام، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين.

ثم إنه نوقش في جريان المعاطة- على القول بكونها مفيدة للملك- في الهبة، لقيام الإجماع على أن الهبة لا- تفيد الملكية إلا بالإيجاب و القبول اللفظيين و عليه فجريان المعاطة في الهبة متوقف على القول بإفادة المعاطة الإباحة، و هذا مخالف لمذهب المحقق الثاني فبناء على مسلكه لا تجرى المعاطة في الهبة.

و لكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع، بداهة أنه ليس هنا إجماع آخر غير الإجماع الذي توهم قيامه على اعتبار اللفظ في إنشاء مطلق العقود و الإيقاعات- كما نبه عليه السيد في حاشيته- و من الواضح أن هذا الإجماع ليس بتمام.

ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في جريان المعاطة في طائفة من العقود و الإيقاعات:

١- القرض حيث إنه و إن كان مقتضياً، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض الخارجي.

و عليه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل: أعنى به القبض و الإقباض لزم منه اتحاد المقتضى و الشرط، و هو محال، ضرورة أن المقتضى

يغير الشرط في الوجود، وإذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدين، وهذا واضح لا ريب فيه.

وأضف الى ذلك: أن رتبة الشرط متأخرة عن رتبة المقتضى، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن يكون شىء واحد متقدما و متأخرا. و الجواب عن ذلك:

أن الحكم الشرعى إنما يتحقق بجعل الشارع، ويستحيل أن يؤثر فيه موجود خارجى بنحو الاقتضاء أو الاشرط. و التعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح من العلماء. و واقع الأمر أنه لا سببىة و لا شرطية، بل الحكم قد جعل على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٥

نحو القضية الحقيقية على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته المعتبرة فيه. فقد اعتبر فى صحة القرض تحقق الإنشاء و حصول القبض، فقد يتعددان وجودا و قد يتحدان. نعم الشرط العقلى - الذى هو عبارة عما تتم به فاعلية الفاعل، أو قابلية القابل - يستحيل اتحاده مع المقتضى، لاستلزامه ما تقدم من المحذور.

و يكشف عما ذكرناه أنه لو تمت المناقشة المذكورة لجرى مثلها فى الهبة و بيع الصرف و السلم، مع أن وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس فى كبد السماء.

٢- الرهن حيث إن المعاطاة إما تفيد الإباحة المجردة، أو الملكية الجائزة،

و من البين أن كليهما لا تلائم الرهان، بدهة أن العين المرهونة وثيقة للمرتهن. و بديهى أن جواز الرهن ينافى الاستيثاق. و الجواب عن ذلك:

أن القول بالإباحة أو الملكية الجائزة إنما هو من ناحية توهم الإجماع على أن المعاطاة لا تفيد الملكية أصلا، أو الملكية اللازمة من أول الأمر، و إلا لكانت المعاطاة مشمولة للأدلة الدالة على صحة العقود و الإيقاعات و لزومهما و من الظاهر أن الإجماع دليل لبي، فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن، و هو العقود التى تتصف باللزوم تارة و بالجواز أخرى و اما العقود التى هى لازمة فى ذاتها - كالرهن - فهى خارجة عن معقد الإجماع، و لا أقل من الشك فى ذلك. فهو كاف فى إثبات مقصودنا.

و الذى يدلنا على هذه النكتة القيمة: أن كلمات أغلب المجمعين ظاهرة، بل صريحة فى أن المعاطاة مفيدة للإباحة أو الملك الجائز. و ليس معقد الإجماع فى كلماتهم أن ما ليس فيه لفظ من العقود و الإيقاعات فهو غير لازم و إذن فلا بأس بجريان المعاطاة فى الرهن و يكون لازما من أول الأمر إذ لا نظمئن بدخوله فى معقد الإجماع المتقدم.

و يضاف إليه: أن ذلك الإجماع ليس بحجة، لعدم العلم بكشفه عن رأى المعصوم عليه السلام. و ما هذا شأنه لا يكون دليلا على إثبات الحكم الشرعى.

٣- الوقف حيث إنه صدقة فى سبيل الله، فيكون لازما،

لانه لو كان جائزا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٦

لأمكن رجوعه، و ما كان لله لا يرجع، و عليه فلا تحرى فيه المعاطاة التى هى جائزة فى نفسها.

و لكن قد اتضح جوابه مما ذكرناه فى الرهن. على أنه لم يثبت كون الوقف من الأمور القريبة و يضاف الى ذلك قيام السيرة القطعية على تحقق الوقف بالمعاطاة، إذ كثيرا ما يوقفون الأمتعة بالمعاطاة، كالفراش و السراج و الظرف و غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه - من جريان المعاطاة فى الوقف - جريانها فى العتق أيضا.

كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها فى كل عقد و إيقاع، و أن الإنشاء الفعلى فى جميع ذلك قائم مقام الإنشاء القولى، إلا ما

خرج بالدليل، كالطلاق و النكاح.

ملزمات المعاطاة

الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة.

قد ذكرنا- فى الأمر السابق و غيره- أن الإنشاء الفعلى قائم مقام الإنشاء القولى فى جميع المعاملات، و أن هذا الإنشاء الفعلى يصدق عليه عنوان المعاطاة، و يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و الإيقاعات و لزومهما. و عليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاة. و هذا بين لا ريب فيه.

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعاً للمصنف. و قد أسس هو (ره) أصلاً أمام البحث عن ملزمات المعاطاة، و حاصله: أنه بناء على إفادة المعاطاة الملك فالأصل فيها اللزوم، لما أسلفناه من الوجوه الثمانية الدالة على لزوم جميع العقود التى منها المعاطاة.

و على هذا فالأصل فى المعاطاة هو اللزوم، أما بناء على القول بالإباحة فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته، لأن الناس مسلطون على أموالهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٧

و قد يتوهم: أن الإباحة الثابتة قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابتة بعد رجوعه أيضاً، إذ الأصل بقاؤها على حالها.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان دليل السلطنة حاكم على الأصل المذكور و يضاف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكمية.

ثم إنك قد عرفت- فى البحث عن لزوم المعاطاة- أن ما نظمه المصنف من الوجوه الثمانية التى استدلت بها على لزوم المعاطاة لا يتم إلا بعضه. و قد تقدم أيضاً- فى الأمر السابق و غيره- أن دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاة- لكى يكون ذلك تخصيصاً للأدلة الدالة على لزوم المعاملات- دعوى جزافية، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى على ذلك. و على هذا فلا وجه للبحث عن ملزمات المعاطاة، لأنها لازمة من أصلها. نعم بناء على ثبوت الإجماع على جوازها- كما هو مبنى المصنف- فلا بد من التكلم فى ملزمتها.

و لا يخفى عليك: أن الإجماع على جواز المعاطاة- على تقدير تماميته- ليس مفاده هو الجواز فى زمان دون زمان حتى يقال: إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لا معنى للرجوع الى العمومات و إنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص، بل معقد الإجماع هو حصه خاصة من الجواز. و هى حل العقد بتراد العينين، و هذا أمر ثابت غير محدود الى زمان. أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الأمر.

و المراد من الملزم- هنا- ما لا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاة، لانفتاح موضوع الجواز، و هو تراد العينين.

و بذلك يظهر: أنه لا وجه لما أفاده السيد فى حاشيته، و إليك نصه بلفظه:

(لا يخفى أن هذا الأصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز فى الجملة، و اشتراط اللزوم بالصيغة، و المفروض فى المقام إنما هو بعد الإجماع المذكور. إذ الكلام فى الملزمات، و الملزم فرع ثبوت الجواز. و معه لا يتم من الوجوه الثمانية إلا استصحاب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٨

الملكية منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجاً عنها من أول الأمر).

و على الجملة: إنا إذا قلنا بإفادة المعاطاة الملكية فلا شبهة فى أصالة اللزوم مع الشك فى ارتفاع الملكية و بقائها و إذا قلنا بإفادتها للإباحة فقد ذكر المصنف: ان الأصل فيه هو الجواز.

و لكن الظاهر: أن الأصل فيه هو اللزوم و تفصيل ذلك: أنه إذا لم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم فلا بأس بما ذكره المصنف

من التمسك بدليل السلطنة لإثبات جواز الرجوع لكل من المتعاطين الى ماله، إذ المفروض أنه لم يتحقق في الخارج ما يمنع المالك عن أعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعاملة المعاطية- وان وقع في الخارج ما يحتمل معه اللزوم- فلا يجوز التمسك بدليل السلطنة لجواز رجوع المالك الى ماله، لان القدر المتيقن من الإباحة الثابتة بالإجماع و السيرة ما لم يتحقق في الخارج ما يحتمل معه اللزوم. و الافتمسك بالأدلة الدالة على صحة المعاطاة و لزومها، فيحكم بترتب الملكية عليها ملكية لازمة.

و أورد شيخنا الأستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحة بالعوض من أن الأقوى اللزوم، فان مدرك الأقوال الثلاثة جار في مطلق ما يفيد الإباحة، سواء كان قصد المتعاطين الإباحة أو التمليك مع ترتب الإباحة على فعلهما، فان وجه الجواز مطلقا هو أن العقود التسليطية دائرة مدار الاذن و التسليط.

و وجه اللزوم مطلقا كفاية عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللزوم.

و وجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيع، فإنه باق على سلطنته، فإذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح قوله: و اما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم).

و يرد عليه: أن مورد البحث في المقام انما هو المعاطاة المقصود بها الملك و عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٩

فلا- وجه للتمسك بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «١» لان ما التزم به المتعاطيان- و هو الملك- لم يتحقق في الخارج، و ما حصل في الخارج- و هو الإباحة الشرعية- لم يقصدها، و لم يلتزم بها.

و هذا بخلاف ما أفاده المصنف في الأمر الرابع، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاة المقصود بها الإباحة المعوضة و عليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط، و يكون ذلك حاكما على دليل السلطنة.

ثم ذكر المصنف

(أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به في بعض العباثر: أما على القول بالإباحة فواضح، لان تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه. و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع. بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة، و لم يرد الرجوع. إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعا).

و يرد عليه: أن هذا البيان إنما يتم على القول بكون الإباحة المترتبة على المعاطاة- المقصود بها الملك- إباحة مالكية. و لكن قد ذكرنا مرارا انها إباحة شرعية و عليه فيجوز هنا ما أفاده المصنف- عند التكلم على كلام بعض الأساطين- من الالتزام بحصول الملكية آنا ما قبل التلف و انما التزم بذلك هناك من ناحية الجمع بين الأدلة و إذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني، و كونه ضامنا بالمسمى، بديهية أن الإجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، إذ المفروض أن المعاطاة لم تفد إلا الإباحة، و قاعدة ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليد. و أصالة بقاء المال في ملك مالكة الأول يقتضى عدم تحقق الملكية إلا آنا ما قبل التلف. و إذا حصلت الملكية فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى و هذا واضح لا ريب فيه.

(١) قد تقدم هذا الخبر في ص ١٤١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٠

قوله: (و اما على القول بالملك).

أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهة في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاة، و بين جواز البيع الخيارى، ضرورة أن متعلق الجواز في المعاطاة إنما هو العين بحيث إن لكل من المتعاطين أن يسترد ما أعطاه لصاحبه- نظير الجواز في الهبة المتعلقة برد العين الموهوبة- فإن هذا هو

المتيقن من جواز المعاطاة الثابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخيارى لكى نستصحبه بعد التلف. و هذا بخلاف متعلق الجواز فى البيع الخيارى فإنه نفس العقد و من هنا قد عرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد، و على هذا فلا- موضوع لجواز التراد فى المعاطاة بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ فى البيع الخيارى، فإنه باق بعد تلف العينين أيضا، إذ المفروض بقاء متعلقه، و هو العقد.

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجى فهو غير مفيد، بديهى أن مجرد رد العين خارجا مع بقائها فى ملك الآخذ بالمعاطاة لا- يترتب عليه أثر و إن كان المراد من التراد هو أن فسخ العقد لا- يكون إلا- بتراد العين خارجا، أو بعد تحقق التراد فى الخارج فهو متين: و لكنه ليس شيئا آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأن الأدلة الدالة على لزوم العقود إنما تدل على لزوم كل عقد و قد قام الإجماع على أن المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الإباحة إلى زمان معين، و من الواضح أن الإجماع دليل لبي، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين. و فى غير هذه الصورة يتمسك بعموم العام و اذن فلا بد للمصنف أن يعلل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأن المأخوذ بالمعاطاة إنما تلف من ملك المالك الثانى، فلا يجوز للمالك الأول أن يرجع إليه، إذ المتيقن من جواز الرجوع إنما هو صورة الفسخ بتراد العينين و هو غير ممكن مع تلفهما.

قوله: (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك)

أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهة فى لزوم العقد مع تلف احدى العينين على القول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠١

بالمملك، لأن جواز المعاطاة إنما يبقى مع إمكان تراد العينين، و المفروض أن إحداهما قد تلفت، و إذن فتصير المعاطاة لازمة. أما على القول بالإباحة فربما يتوهم أن الأصل هنا عدم اللزوم، لأن الأصل أن سلطنة مالك العين الموجودة باقية على حالها و لكن هذا التوهم فاسد، إذ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمة المالك المزبور عن مثل العين التى تلفت عنده و عن قيمته و عليه فهذه المعارضة معارضة بالعرض، لا معارضة بالذات. و دعوى ثبوت الضمان هنا لقاعدة الضمان باليد دعوى جزافية، ضرورة أن اليد هنا ليست بيد ضمان، لا قبل تلف العين و لا بعده.

نعم يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، لأن الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى السلطنة، و من الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببى مع جريان الأصل السببى.

و أضف الى ذلك: أن مالك العين الموجودة ضامن ببدل العين التالفة جزما.

و إنما الاختلاف فى أن البديل المضمون هل هو البديل الحقيقى-: أعنى به المثل أو القيمة- أو البديل المسمى-: أعنى به العين الموجودة- و عليه فلا تجرى هنا أصالة عدم الضمان لكى يتوهم تعارضها بأصالة بقاء السلطنة، بديهى أن أصالة براءة الذمة مخالفة للعلم الإجمالى بالضمان و من البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصالة براءة الذمة: و إذن فتصبح أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارضة.

و يضاف الى ذلك كله: أن عموم دليل السلطنة كما يقتضى تسلط مالك العين الموجودة على ماله: بأن يأخذه من صاحبه. كذلك يقتضى تسلط مالك العين التالفة على ماله: بأن يأخذ بدله الحقيقى- من المثل أو القيمة- من الطرف الآخر. و على هذا فلا يختص دليل السلطنة بطرف واحد، بل يجرى ذلك فى كلا الطرفين. و حينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهى-: أعنى به استصحاب براءة الذمة عن المثل و القيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٢

مع وجود الدليل الاجتهادى-: أعنى به دليل السلطنة- انتهى ملخص كلام المصنف.

و فيه مواقع للنظر و المناقشة و يتضح لك ذلك فى ضمن أسئلة و أجوبتها:

١- أن اليد الموضوعه على المأخوذ بالمعاطة- على القول بالإباحة- هل توجب الضمان؟.

الظاهر: أن اليد هنا يد ضمان، ضرورة أن المعاطة وإن كانت مفيدة للإباحة إلا أن الأخذ والإعطاء فيها ليسا بمجانين، بل في مقابل العوض المسمى. و عليه فإذا تلفت إحدى العينين و بقيت الأخرى كانت العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفة و من هنا قد التزم المصنف- عند البحث عن كلام بعض الأساطين- بالضمان المعاوضى فى المأخوذ بالمعاطة، و انما التزم بذلك من ناحية الجمع بين الأدلة و إذا لم تكن العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفة وجب الخروج عن عهدها بإعطاء المثل أو القيمة.

نعم لا تكون اليد موجبه للضمان فى موردين:

الأول: أن يسلط المالك غيره على التصرف فى ماله مجانا و بلا عوض، فتلف المال عند المتصرف، فان اليد هنا ليست مضمنة، لان المالك قد ألغى احترام ماله بتسليط غيره عليه بلا عوض. و هذا هو الحجر الاساسى للقاعدة المعروفة: و هى كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الثانى: أن تكون اليد يد أمانة- سواء فى ذلك الأمانة الشرعية و الأمانة المالكية- فإن يد الامانة لا توجب الضمان، ضرورة أنه ليس على الأمين سبيل. و لا ريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه. و إذن فلا مناص- فى المقام- عن القول بالضمان، لقاعدة ضمان اليد.

٢- إذا تلفت إحدى العينين و بقيت الأخرى فهل تبقى سلطنة المالك فى العين الباقية على القول بالإباحة؟.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٣

لا- نعقل وجها صحيحا لبقاء سلطنة المالك فى العين الباقية على القول بالإباحة: أما على مسلكتنا فلأن الأدلة قد دلت على صحة المعاطة و لزومها من أول الأمر، و قد خرجنا عن ذلك حسب الفرض- من قيام الإجماع على عدم الملكية من أول الأمر- فى المقدار المتيقن و هو ما إذا كانت العينان موجودتين. أما إذا تلفت إحداهما فلا إجماع على عدم الملكية فى الآن المتصل بالتلف فيتمسك بتلك الأدلة، و تثبت بها الملكية اللازمة فى ذلك الآن.

أما على مسلكت المصنف فلأن الجمع بين الأدلة- على ما صرح به فى جواب الشيخ كاشف الغطاء رضوان الله عليه حين ما ادعى أن القول بالإباحة يستدعى تأسيس قواعد جديدة- يقتضى الالتزام بالملكية فى آن قبل تلف إحدى العينين. و على كل حال فقد تلفت العين فى ملك مالكها الثانى. و انتقل ماله الى الطرف الآخر. و مع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها. بل لو قلنا ببقاء السلطنة- فى العين الموجودة- للمالك الأول لزم منه الجمع بين العوض و المعوض على مسلكتنا و مسلكت المصنف كليهما.

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين، ضرورة أن الحكم بالملكية مع تلف إحدى العينين يقتضى انقطاع سلطنة المالك الأول عن العين الموجودة و من الواضح أن القول بثبوتها له مناف لذلك.

و قد انجلى لك مما بيناه: أنه لا- وجه للقول باستصحاب سلطنة المالك الأول فى العين الموجودة، بداهة أن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد الموضوع فى القضية المتيقنة و القضية المشكوكه، و إذا تلفت إحدى العينين استكشفتنا منه دخول كل من العوضين فى ملك أى من المتعاطين. و إذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضية المتيقنة و القضية المشكوكه، و معه لا مجال للاستصحاب. نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادى كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجودة فى ملك مالكها الأول. و يترتب عليه جواز انتزاعها من يدهم بقاءه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٤

السلطنة، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفة فى ملك الآخر الى زمان تلفها، و يترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمة. و لكن هذا مقطوع بعدم، لأننا نعلم بأن ذمه من تلف عنده المال غير مشغولة بشىء ما لم يطالبه الآخر و عليه بقاء كل من المالكين فى

ملك مالكة الأول معلوم البطلان و اذن فلا مجال لاستصحاب السلطنة، لا في العين الباقية. و لا في العين التالفة.

و مما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لإثبات سلطنة المالك الأول على العين الباقية بقاعدة السلطنة. و عليه فلا وجه لتمسك المصنف بها لإثبات السلطنة لكل من الطرفين، سواء فيه مالك العين الموجودة و مالك العين التالفة بل لو أغمضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت الملكية للأخذ قبل التلف- و لو بآن- لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة في المقام، لأن التمسك بها لإثبات السلطنة لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، فإن التمسك بدليل السلطنة إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنة، و هو المال المضاف الى المالك، و من المحتمل خروج المال الذي انتقل الى غيره- بيع و نحوه- عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعا لسلطنة المنقول اليه. و بديهى أنه مع الشك في ذلك لا مجال للتمسك بدليل السلطنة. و كذلك الحال في إثبات السلطنة بدليلها في العين التالفة. و عليه فان جرى استصحاب الملكية ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله و إلا لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة لإثبات جواز الرجوع، لأن الشبهة مصداقية.

٣- أن أصالة بقاء السلطنة على تقدير جريانها هل تكون حاكمه على أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة؟
ذهب المصنف (ره) الى ذلك. و يمكن تقرير الحكومة بوجهين:

الأول: أن يقال إن الشك في ثبوت الضمان بالمثل و عدمه مسبب عن الشك في بقاء سلطنة المالك الأول و عدم بقائه، و الأصل الجارى في الشك السببي حاكم على الأصل الجارى في الشك المسببي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٥

الثاني: أن يقال إن الاستصحاب الجارى في طرف يتقدم على البراءة الجارية في الطرف الآخر، لحكومة دليل الاستصحاب على دليل البراءة، فإذا علمنا بعدم مطابقتها أحدهما للواقع- كما هو الحال في المقام- تعين العمل بالاستصحاب، و يرتفع بذلك موضوع البراءة. و قد ذهب الى هذا جمع من المحققين. و عليه فيجوز استصحاب السلطنة، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعي دون المسمى. أما الوجه الأول فيرد عليه: أنا ذكرنا في محله أن مجرد كون أحد الأصلين سبباً و الآخر مسبباً لا يسوّغ حكومة الأول للثاني، بل لا بد في ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأول، و من البديهي أن عدم البراءة عن الضمان بالمثل- أو القيمة ليس من الآثار الشرعية لاستصحاب السلطنة لكي يترتب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعي. و إنما الأثر الشرعي المترتب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين إليها.

و من لوازمه العقلية ضمانه بالبدل الواقعي للعين التالفة، ضرورة قيام القرينة الخارجية على أن مالك العين التالفة لم يعطها لمالك العين الباقية إعطاء مجانياً، و من البديهي أن هذه الملازمة الخارجية لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسببي بالأصل السببي إلا على القول بالأصل المثبت. و هذا واضح لا ريب فيه.

أما الوجه الثاني فيرد عليه أولاً: أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكماً على أصالة البراءة فيما إذا كان مجراها واحداً، فان الواقع حينئذ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع إلى البراءة. أما إذا تعدد المجرى فلا- موجب للتقديم، فإذا علمنا إجمالاً بوقوع نجاسة في الماء أو علمنا بكون المائع الآخر بولاً كان استصحاب عدم وقوع النجس في الماء معارضاً بقاعدة الطهارة في المائع الآخر، لا أن الاستصحاب يجري و تثبت به نجاسة ذلك المائع، و المقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجية الأصل المثبت، فإنه لا مانع حينئذ من جريان الاستصحاب و حكومته على أصالة الطهارة أو أصالة البراءة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٦

و عليه فالعمل باستصحاب السلطنة، و تقديمه على أصالة براءة الذمة عن الضمان منوط بحجية الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءة الذمة عن البدل الواقعي، لأنه من اللوازم العقلية لبقاء السلطنة.

ثانياً: أنه يمكن قلب أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة إلى استصحاب براءة الذمة عن المثل أو القيمة فإن ذمة مالك العين

الموجودة لم تكن مشغولة بالبدل الواقعي للعين التالف قبل التلف، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضا. و إذن فيقع التعارض بين الاستصحابين، و بعد ذلك يرجع الى أصالة البراءة.

و على الجملة لم نعقل وجها صحيحا لتقديم استصحاب السلطنة في العين الموجودة على أصالة البراءة عن البدل الواقعي في العين التالف. نعم إذا تمسكنا في المقام باستصحاب الملكية في كلا المالكين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصالة البراءة، فإن الحكم باشتغال ذمة الطرف الآخر بالمثل أو القيمة من الآثار الشرعية لبقاء ما تلف في يده على ملك مالكة الأول. لكن قد عرفت ما في هذا الاستصحاب آنفا.

و قد ظهر لك مما أوضحناه: أن أدلة صحة البيع و لزومه إنما تدل على ترتب الملكية على المعاطاة من أول الأمر غاية الأمر أنه على تقدير تحقق الإجماع لزم منه الالتزام بالإباحة الى أن تتلف إحدى العينين. و أما مع التلف فيحكم بالملكية قبله آنا ما، لعدم الإجماع حينئذ.

و لو أغضمنا عن الأدلة الاجتهادية الا أن استصحاب بقاء كل من المالكين على ملك مالكة الأول قاض بضمان المثل أو القيمة، و معه لا تصل النوبة إلى أصالة البراءة عن الضمان بالمثل و القيمة، و لا الى استصحاب السلطنة في العين الباقية فضلا عن جريانه في العين التالف.

قوله: (و لو كان أحد العوضين دينا في ذمة أحد المتعاطيين فعلى القول بالملك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٧

يملكه من في ذمته فيسقط عنه، و الظاهر انه في حكم التلف، لان الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف).

أقول: قد ذكرنا سابقا- عند البحث عن النقوض المتوجهة على تعريف البيع، و عند البحث عن الحق و الحكم- ان كل احد مالك لذمته و ما فيها بالملكية الذاتية التكوينية، لا- بالملكية الاعتبارية العرضية، بدهاه انه لا- معنى للثبوت الاعتباري في موارد الثبوت التكويني، فإن الاعتبار في أمثال الموارد لغو محض و تحصيل للحاصل. و عليه فإذا ملك الإنسان شيئا في ذمة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية، فإذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه- و هو المديون- تبدلت الإضافة الاعتبارية بالإضافة التكوينية. و عليه فلا مجال للقول باستحالة ملكية الإنسان لما في ذمته و لو كانت الملكية ملكية ذاتية. كما لا مجال لدعوى ملك الإنسان لما في ذمته حدوثا و سقوطه بقاء إذ لو أمكن ملكه له ملكية اعتبارية حدوثا أمكن ذلك بقاء أيضا و على كل حال فالظاهر لزوم المعاطاة حينئذ من أول الأمر، و ذلك للعمومات الدالة على لزومها. و قد خرجنا عن ذلك بالإجماع و لكنه- على تقدير تسليمه- مختص بما إذا أمكن التراد، و هو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضين دينا و بذلك يظهر أنه إذا كان أحد العوضين- دينا- و لو كان على ذمة غير المتعاطيين- حكم بلزوم المعاطاة من أول الأمر.

قوله: (و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم)

أقول: ربما يتوهم من ظاهر عبارة المصنف أنه إذا كان أحد العوضين دينا في ذمة أحد المتعاطيين حكم بلزوم المعاطاة على القول بالإباحة، كما حكم بلزومها أيضا على القول بالملك.

و لكن هذا التوهم فاسد، بدهاه أن كون الإباحة موجبة لسقوط ما في الذمة من الدين لا- يزيد على التلف الحقيقي- على القول بالإباحة- و قد عرفت قريبا أن المصنف لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقي- على القول بالإباحة- بل التزم بجريان أصالة السلطنة في العين الباقية و الرجوع الى البدل الواقعي في العين التالف. و المظنون قويا أن غرض المصنف من تنزيل القول بالإباحة- هنا- على القول بالملك هو أن الإباحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٨

توجب سقوط الدين. كما أن التملك يوجب سقوطه.

وقد ناقش فيه شيخنا الأستاذ بأن (إباحة الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط، لأن كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عما في ذمته و المصالحة عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزة على القول بالإباحة فيرجع مالك ما في الذمة إلى ملكه الذي أباحه لمن عليه، لعموم الناس مسلطون و سائر الأدلة).

ثم أجاب عن هذه المناقشة بأن (الإباحة التي هي محل البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفادة المعاطاة بالإباحة إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطين بالإباحة، بل المراد منها التسليط المالكى على التقريب المتقدم، فإذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه و بين الملك، فكما انه لا يعقل ان يملك الإنسان ما في ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطا عليه. فتبيح التسليط أيضا السقوط و التلف، و التالف لا يعود).

و الصحيح ان القول باللزوم- فيما كان احد العوضين ديننا- لا يتوقف على استحالة تملك الإنسان لما في ذمته، أو سلطته عليه، و إلا فقد عرفت: ان مالكية الإنسان لما في ذمته. بمرتبة من الإمكان، بل هي من أعلى مراتب المالكية، غاية الأمر ان قوام هذه المالكية بالإضافة الذاتية، لا بالإضافة الاعتبارية العرضية، و كذلك تسلط الإنسان على ما في ذمته، فإنه بمكان من الإمكان، بل القول باللزوم مبنى على ما ذكرناه من ان الأدلة قد دلت على صحة المعاطاة و لزومها من أول الأمر، فلو قلنا بالملكية، و سلمنا الإجماع على الجواز لم نقل به في المقام، لان المتيقن من معقد الإجماع غير ما إذا كان احد العوضين ديننا، كما أنا لو قلنا بالإباحة من جهة الإجماع على عدم الملكية بالمعاطاة كان المتيقن من معقده غير ذلك أيضا.

فيلتزم بالملكية و بلزومها بالمعاطاة من الأول فيما إذا كان احد العوضين ديننا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٩

في الذمة، لاستحالة تراد العينين حينئذ، فلا يشمله الإجماع القائم على الجواز أو الإباحة.

قوله: (و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم إلخ)

أقول: إذا نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فلا شبهة في لزوم المعاطاة، ضرورة أن انتقال المأخوذ بالمعاطاة إلى غيره كالتلف، سواء في ذلك القول بالملك و القول بالإباحة. و على هذا فلو عادت العين ثانيا إلى ملك الآخذ بالمعاطاة لم يثبت بذلك حق الرجوع لمالكها الأول، لسقوطه بنقل العين إلى غيره، فعوده إليه ثانيا يحتاج إلى دليل، و هو منفي. و كذلك الحال في سائر التصرفات المتوقفة على الملك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا فارق في لزوم المعاطاة بنقل العين إلى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم و بين كونه بعقد جائز [١].

[١] قد يتوهم: أن تعلق حق الرجوع بالمأخوذ بالمعاطاة يخرج عن كونه تلقا، و إذن فتبطل المعاملة على ذلك قبل لزوم المعاطاة. و

لكن هذا التوهم فاسد، لأن الخيار لم يتعلق بالعين، بل إنما تعلق بالعقد. قيل:

إن جواز التراد كان ثابتا قبل التصرف، و نشك في سقوطه بعد التصرف الناقل مع رجوع العين إلى المتصرف فنستصحب. و الجواب عن ذلك: أن جواز الرجوع قد سقط بنقل العين إلى غيره. فلا مجال لاستصحابه. بل إنما يستصحب عدم جواز الرجوع بعد رجوع العين إلى ناقله.

نعم قد وجهه بعض المحققين و إليك لفظه: (موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان، و هذا موضوع محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، و إنما الشك في أن تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه.

و لكن يتوجه عليه: أن الجواز في باب المعاطاة و إن كان متعلقا بالعقد- كبقية الخيارات- إلا أنه ثابت بالإجماع. و من الظاهر أن

المتيقن منه إنما هو عدم تحقق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٠

أما تغير العين المأخوذة بالمعاطاة فهو أيضا يوجب لزوم المعاطاة بناء على ما ذكرناه من أن القاعدة تقتضى لزوم المعاطاة من حين العقد، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع ما يحتمل معه اللزوم، و أما بعده فيتمسك بإطلاق ما دل على اللزوم. أما على مسلك المصنف (ره) فلا تصير المعاطاة لازمة بذلك، بديهة أن التغير لا يتوقف على الملك لكي نلتزم به من ناحية الجمع بين الأدلة، ونحكم بلزوم المعاطاة. قوله: (و لو باع العين ثالث فضولا).

أقول: حاصل كلامه: أنه إذا باع العين ثالث فضولا، و قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية لم يبعد أن تكون إجازة المالك الأول رجوعا كييعه و سائر تصرفاته المتوقفة على الملك و لكنه لا يخلو عن إشكال. و إن أجازته المالك الثاني لزمته المعاطاة بغير إشكال و إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة انعكس الحكم إشكالا و وضوحا: بمعنى أنه تنفذ إجازة المالك بغير شبهة، و لكن يتردد في نفوذ إجازة المباح له فإذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا- نفذت إجازته. و أن العين باقية في ملك المالك، فإذا أجاز المباح له العقد الفضولي الواقع على العين لم تنفذ إجازته،

التصرفات المتوقفة على الملك و إلا فيسقط ذلك، فتصير المعاطاة لازمة و عليه فلا يبقى مجال للاستصحاب، لا من ناحية التفصيل بين ما ثبت المستصحب بالدليل اللبي، و بين غيره، بل من ناحية عدم وجود المستصحب، لأن موضوع جواز الفسخ هنا ليس مطلقا ما يملكه المتعاطيان كما زعمه المحقق المذكور. بل ما يملكه المتعاطيان قبل تحقق التصرف المتوقف على الملك. و إذن فلا يبقى مجال لاستصحاب الجواز، لانتفاع موضوعه جزما، سواء في ذلك القول بالإباحة و القول بالملكية و عليه فأصالة اللزوم محكمة. و قد تجلى لك مما أوضحناه أنه لا- فارق في سقوط الجواز و عدم عوده ثانيا بين أن يكون رجوع العين بالفسخ و الإقالة، و بين رجوعها بمعاملة جديدة أو إرث أو نحوهما. و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١١

لأنه كغيره من الأجانب.

و التحقيق: أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة، و أجاز المالك الأول العقد الفضولي الواقع على العين كانت إجازته رجوعا عن المعاطاة، لأن المفروض أن العين باقية على ملكه، و الناس مسطون على أموالهم، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولا كييعه له بنفسه، فيكون فسحا للمعاطاة. و من هنا يظهر أن له رد العقد الفضولي أيضا، لأنه هو المالك، فله الإجازة و الرد. و هل يكون رده- على القول بالإباحة رجوعا- عن المعاطاة؟ قد يقال بعدمه نظرا الى أن رد العقد الفضولي لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكا له.

و هذا لا ينافي إباحته للمتعاطي فتبقى الإباحة على حالها.

و لكن في هذا خلطا بين المعاطاة المقصود بها الإباحة و بين المعاطاة المقصود بها الملكية مع ترتب الإباحة عليها بالتعبد ففيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحة لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولا- رجوعا عن الإباحة بخلاف إجازته. و أما إذا أعطى ماله قاصدا به التمليك فهو أجنبي عن ذلك المال في اعتباره. و الإباحة الشرعية مترتبة على هذا الاعتبار حدوثا و بقاء فما دام هذا الاعتبار كان باقيا فهو أجنبي عن المال، فليس له رد العقد الواقع عليه فردة يكشف بالدلالة الالتزامية عن رجوعه في المعاطاة و إرجاع مملوكه الى نفسه، فكان الرد كالإجازة في أنه يكون رجوعا عن المعاطاة.

و إن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولي صارت المعاطاة لازمة. فإن شأن الإجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه. فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاة، كذلك الإجازة.

أما إشكال المصنف (ره) في تأثير إجازته فلعله مبني على أن الجمع بين الأدلة - كما أفاده قدس سره - يقتضى الالتزام بالملكية آنا ما قبل التصرف المتوقع عليها وهذا لا يتحقق في فرض الإجازة. وإنما يتحقق في فرض بيعه بنفسه، وذلك فان مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٢

الصحيح أن الإجازة كاشفة لا ناقله. و عليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى في ملك المباح له قبل البيع الفضولي آنا ما، و هذا مناف للقول بالإباحة، كما هو المفروض نعم لو كانت الإجازة ناقله صحت إجازة المباح له كيبعه بلا إشكال. و يندفع هذا الاشكال بما ذكرناه من أن القول بالإباحة لم يدل عليه دليل غير الإجماع المدعى على عدم تأثير المعاطاة في الملكية. و إلا - فالاطلاقات وافية بإفادتها لها - كما في العقد اللفظي - و المتيقن من الإجماع على تقدير تسليمه إنما هو ما قبل صدور العقد الفضولي المتعقب بإجازته. و أما في غيره فيتمسك بالإطلاقات، و تثبت بذلك الملكية من حين صدور العقد، فيصح بإجازته، و ينتقل البدل اليه.

نعم لا - يؤثر رده في إبطال العقد الفضولي، إذ المفروض أن العين باقية في ملك مالكيها. و أما المباح له فليس له إلا جواز التصرف فيها دون رد العقد الواقع عليها. و إن شئت قلت: إن غاية ما يترتب على رد المباح له أنه لا يضاف إليه العقد الفضولي. فتكون العين باقية على حالها من عدم تصرف المباح له فيها. و هذا لا ينافي جواز تصرف المالك فيها بإجازته للعقد المترتب عليها فيكون هذا رجوعاً عن المعاملة المعاطائية هذا كله على القول بالإباحة.

أما على القول بالملك فان أجازته المالك الثاني كانت الإجازة نافذة بلا إشكال، لأنها إجازة من المالك، و لزمّت المعاطاة، لانتقال العين الى شخص آخر. و إن رده سقط العقد الفضولي عن قابليته للإجازة منه أو من المالك الأول، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك، فيلغو العقد الواقع على ماله، على هو المعروف من عدم تأثير الإجازة بعد الرد.

و لكنه مع ذلك لا تخرج المعاطاة من التزلزل الى اللزوم، بديهية أن رده هذا ليس إلا هدماً للعقد الفضولي، و جعله كالعدم، و هذا لا يلازم المعاطاة بوجه. و إن أجازته المالك الأول أوردته كان ذلك فسخاً للمعاطاة، لما عرفته قريباً من دلالة الإجازة أو الرد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٣

على رجوعه عن عقد المعاطاة و إلا - فهو أجنبي عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره و رده فالإجازة أو الرد كاشفة عن الرجوع بالدلالة الالتزامية.

أما إشكال المصنف في تأثير إجازته فلعله مبني على أن فسخ المالك الأول و رجوعه عن المعاطاة إنما يؤثر من حينه، فالمبيع يرجع اليه من حين الفسخ. و هذا لا يمكن الالتزام به هنا، فإن الإجازة إذا صحت لا بد من أن تكشف عن الملكية حال العقد، و المفروض أنه لا يمكن الالتزام به هنا، لفرض أنه لا موجب لرجوع المال الى مالكيه الأول غير فسخه، و هو متأخر عن العقد الفضولي زماناً. نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازة - على القول بالنقل - إلا أنه خلاف المبني.

و يمكن دفع الإشكال أولاً: بأنه لو تم فإنما يترتب عليه عدم صحة العقد الفضولي بإجازة المالك الأول و لا يترتب عليه بقاء المعاطاة على حالها و عدم انفساخها بتلك الإجازة، ضرورة أن الإجازة - كما عرفته - كاشفة عن رجوع المالك الأول لا محالة، سواء في ذلك تأثيرها في صحة العقد الفضولي و عدمه.

ثانياً: أن الكشف الذي التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمي، دون الكشف الحقيقي، و الكشف الحكمي نقل حقيقة. و إنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكية السابقة من حين الإجازة. و بما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكية السابقة - حال العقد - من حين الإجازة فلا يحكم بترتيبها. بل يحكم بترتيب الملكية حال الإجازة.

ثم انه ذكر المصنف (ره): أنه

(لو رجع الأول فأجاز الثاني فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع. و يحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ.

و يلغوا الإجازة. و ان جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً)

و التحقيق: أن الإجازة- على القول بالكشف و يأتي في مبحث البيع الفضولي- قد تكون منزلة المعرف المحض لصحة العقد الفضولي من الأول من دون دخل لها في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٤

صحة العقد أصلاً. و قد تكون دخيلة في تأثير الإنشاء السابق: إما على سبيل الشرط المتأخر. و إما على سبيل كونه قيماً على أن يكون المؤثر في الملكية هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازة.

و على المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الإجازة الصادرة من المالك الثاني- و إن تأخرت- تؤثر في العقد الفضولي و اما رجوع

المالك الأول- و إن تقدم- فلا يؤثر في ذلك، إذ الإجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأول إلى غيره من حين العقد و حينئذ

فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض، فإنه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث، فلا موضوع له. و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هذا المعنى للكشف و إن كان محتملاً- في مقام الثبوت، و لكن لا دليل عليه في مقام الإثبات. بل الأدلة الدالة على اعتبار الرضا في صحة العقد تدل على عدمه.

ثانياً: أنا لو سلمنا أن الإجازة المتأخرة معرفة لصحة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من

المالك الذي ينتسب إليه العقد بالإجازة، لا من كل أحد. و من الواضح أن رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازة من المالك الثاني، فلا تكون إجازته صادرة من المالك لكي تكون معرفة لصحة العقد من أول الأمر.

و بتعبير آخر: أن الإجازة المعرفة إنما هي الإجازة التي تصدر ممن يرجع إليه أمر العين- التي وقع عليه العقد- بحيث يصح له أن

يبيعها. و إذا فرض أنه خرج عن دائرة اختياره بفسخ المعاطاة لم تصح الإجازة لكي تكون كاشفة. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لورد

المالك الأول، ثم أجاز المالك الثاني، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه في عقد المعاطاة بالدلالة الالتزامية.

و على المعنى الثاني فالأمر أوضح، بدهاه أن المؤثر في تأثير الإنشاء إنما هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٥

الإجازة اللاحقة الصادرة من المالك الثاني، لا كل اجازة- و إن صدرت من غير المالك- و قد عرفت أننا أن المالك الثاني قد

انقطعت علاقته عن المال المعطى له ب رجوع المالك الأول. و عليه فلا- تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه لكي يكون مشمولاً

للعقوبات الدالة على صحة العقود و لزومها. و اذن فالإجازة المتأخرة الصادرة من المالك الثاني لاغية.

ثم لو رجع المالك الأول صريحاً أو بالدلالة الالتزامية- كما إذا أجاز العقد الفضولي أورده- و قارنته الإجازة من المالك الثاني فإن

قلنا بشمول الإجماع- القائم على جواز المعاطاة- لصورة رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة المالك الثاني. و ان

لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول- في تلك الحالة- لاغياً.

هذا كله في حكم المضمن. و قد ظهر من جميع ما تلوناه عليك حكم الثمن أيضاً.

قوله: (و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف. أما على القول

بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به).

أقول:

التحقيق: أنه لا- قصور في شمول العمومات- الدالة على لزوم المعاطاة المقصود بها الملك- لمحل الكلام نهاية الأمر انه يحكم

بجوازها للإجماع. و من البين الذي لا- شك فيه أن الإجماع- على تقدير تحققه- دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيه على المقدار

المتيقن، و هو ما كان المأخوذ بالمعاطاة موجودا عند الآخذ بالمعاطاة و متميزا عن غيره من جميع الجهات. و عليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نظمئن بوجود الإجماع على الجواز. و اذن فلا بد من الحكم بلزوم المعاطاة فى هذه الصورة. سواء فى ذلك القول بالملكية و القول بالإباحة. و على هذا فلا وجه لما احتمله المصنف من الالتزام بالشركة على القول بالملك. كما لا وجه لاستصحاب بقاء السلطنة على القول بالإباحة.

و أضف الى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم جواز الرجوع مع امتزاج

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٦

المأخوذ بالمعاطاة بغيره، إذ لو أخذ أحد دهنًا من بقال - بالبيع المعاطاتى - فمزجه بدهن آخر فإنه لا يشك أحد فى أنه ليس للآخذ ان يردّه إلى البائع. و احتمال أن تكون المعاطاة حينئذ لازمة من طرف المشتري و جائزة من طرف البائع بعيد غايته هذا كله فيما إذا لم يكن المزج موجبا لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاة، و الا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح.

و قد اتضح لك مما بيناه حكم التصرف المغير للعين، كطحن الحنطة و فصل الثوب بل دعوى السيرة المتقدمة هنا بمكان من الوضوح. و اذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك. كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالإباحة.

قوله: (ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت، و يسقط بالإسقاط ابتداء أو فى ضمن المعاملة. بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة. و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام إلخ).

أقول:

لا- شبهة فى أن جواز الرجوع فى المعاطاة جواز حكمى، كجواز الرجوع فى الهبة و كجواز الرجوع فى إباحة الطعام - كما ذكره المصنف - الا- أن جواز الرجوع فى العقود الخيرية أيضا من قبيل الحكم، لما عرفته فى البحث عن الحكم و الحق من أنه لا- فارق بينهما بحسب الواقع، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أى حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقا، و ما لا يكون كذلك يسمى حكما و الا- فالحق أيضا حكم شرعى غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له و من الظاهر أن الجواز فى البيع الخيارى من هذا القبيل، بخلاف الجواز فى الهبة، و المتبع فى كل مورد هو دلالة الدليل.

ثم ان الجواز فى بيع المعاطاة انما ثبت لخصوص المتعاطيين، و لا- يثبت لوارثهما و الوجه فى ذلك: أن العمومات الدالة على لزوم العقد تقتضى لزوم المعاطاة من أول الأمر لكونها عقدا بالحمل الشائع. و لكن الإجماع - على تقدير تسليمه - قد انعقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٧

على جوازها. و بما أنه دليل لى فلا بد من الآخذ بالمقدار المتيقن منه. و من المعلوم أن المقدار المتيقن من الإجماع هو ثبوت الجواز فى المعاطاة ما دام المتعاطيان باقين فى الحياة و لا إجماع على الجواز فيما إذا مات أحدهما أو كلاهما و إذن فتصير المعاطاة لازمة للعمومات المزبورة و عليه فلا مجال لتوهم انتقاله الى الوارث بأدلة الإرث. و لا يفرق فى ذلك بين القول بأن المعاطاة تفيد الملكية أو الإباحة: أما على الأول فواضح أما على الثانى فلان الإباحة الثابتة هنا ليست إباحة مالكية. و إنما هى إباحة شرعية قد ثبتت بالإجماع، فإن الكلام إنما هو فى المعاطاة المقصود بها الملك. و قد انعقد الإجماع - على تقدير تسليمه - على عدم تأثيرها فى الملكية، و ترتب إباحة التصرف عليها.

لكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الإباحة لنفس المتعاطيين، و عدم ترتب الملك على المعاطاة فى زمان حياتهما الى آن قبل موت أحدهما، و حيث لا إجماع بعد ذلك فالمرجع هى الإطلاقات. و بذلك تثبت الملكية لهما فينتقل المال من الميت الى وارثه.

و إذن فمنزلة ما نحن فيه منزلة نقل العين المأخوذة بالمعاطاة إلى غيره بشىء من النواقل الاختيارية فكما أن الثانى ملزم للمعاطاة، كذلك الأول.

و أضف الى ذلك قيام السيرة القطعية على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين، إذ لم نر و لم نسمع الى الان رجوع الوارث إلى

المأخوذ بالمعاطاة بعد موت مورثه. بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عده الناس خارجا عن سلك العقلاء. وكذلك الحال في رجوع الحى إلى ورثه الميت فيما أخذه منه بالمعاطاة، فالسيرة كاشفة عن انتقال المأخوذ بالمعاطاة إلى وارث الميت و لزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاة تفيد الملك، و القول بأنها تفيد الإباحة.

و قد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجز الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك و القول بالإباحة، فإن الدليل على جواز المعاطاة إنما هو الإجماع- على تقدير تحققه- و لا نظمن بوجوده في هذه الصورة، بل يرجع الى أدلة اللزوم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٨

على كلا القولين و إذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولى المجنون على كلا القولين.

جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة

إشارة

الأمر السابع: في جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة و عدم جريانها فيها.

قد تكلمنا في ذلك إجمالا في الأمر الأول، و أو كل المصنف- هناك- البحث عن ذلك الى ما سيأتى، و هنا موعده فنقول:

لا- ينبغى الشك في عدم جريان الخيار و لا غيره من أحكام البيع على المعاطاة المقصود بها الإباحة، إذ لا صلة بين هذا القسم من المعاطاة و بين البيع بوجه لكى تجرى عليها أحكامه بل شأن المعاطاة المقصود بها الإباحة شأن إباحة الطعام و نحوه في الضيافات و غيرها. و هل يسوغ لأحد أن يتوهم جريان الخيارات- مثلا- في الضيافات و أشباهها من أقسام الإباحات؟

و أيضا لا ينبغى الشك في جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاة المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك اللازم من أول الأمر، بدهاهة أنها على هذا الرأى لا يقصر عن البيع اللفظى بشىء فتكون موضوعا للأحكام الجارية عليه حذو النعل بالنعل و القذة بالقذة، إذ لا- نعرف وجهها صحيحا لاختصاص الأحكام المزبورة بالبيع اللفظى. و إنما الإشكال في جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاة المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك الجائر أو الإباحة.

و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام:

١- أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل

و لو من جهة اشتراط فعل على أحد المتبايعين أو اشتراط صفة في أحد العوضين، فان مرجع الاشتراط فى هذه الموارد الى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢١٩

جعل الخيار أيضا، لأننا لا نعقل وجهها صحيحا لجعل الشرط فى البيع إلا ثبوت الخيار فيه للمشروط له على تقدير التخلف، بدهاهة أن مرجع الاشتراط إما الى توقف أصل العقد على تحقق الشرط، أو الى توقف لزومه عليه. و على الأول فيلزم التعليق فى العقود، و هو مبطل للبيع إجماعا. و على الثانى فلزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط، و الا فهو جائز. و هذا هو معنى كون العقد خياريا.

٢- أن يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى حسب ما يقتضيه بناء العقلاء و الارتكاز العرفى

من غير تصريح بالشرط فى ضمن العقد. و مثاله: أن يشتري أحد من غيره عرضا خاصا بدينار مع الجهل بقيمته الواقعية فبان أنه لا يسوى إلا بدرهم، فإنه لا ريب فى ثبوت الخيار للمشتري، للارتكاز القطعى، و بناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين

في المالية و إذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمني الثابت بالارتكاز.

٣- أن يكون الخيار ثابتاً في البيع بالدليل الشرعي التعبدى

بحيث يكون البيع بنفسه و عنوانه موضوعاً لذلك الخيار تعبداً من غير احتياج الى الاشتراط الصريح في متن العقد، أو الى الارتكاز العقلاني. و ذلك كخيارى الحيوان و المجلس، فإنهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدى و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا وجه للمناقشة في جريان الخيار في القسمين الأولين على المعاطاة بناء على إفادتها الملك الجائز، فإنها بيع عرفاً و شرعاً. بل لو لم تكن بيعاً أيضاً لجرى عليها الخيار في هذين القسمين، بدهاءة أن دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين غير مختص بالبيع، بل يعم كل معاوضة و إن لم يكن بيعاً.

و قد نوقش في جريان الخيار عليها حينئذ بأن أثر الخيار إنما هو جواز العقد، و من الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض. و عليه فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض، و تحصيل للحاصل كما نوقش - أيضاً - في جريان الخيار المختص مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٠

بالبيع - كخيارى المجلس و الحيوان - على المعاطاة بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار، فلا يشمل المعاطاة، لكونها جائزة بطبعها الاولى.

أما المناقشة الأولى فقد تقدم جوابها عند التكلم على الأمر الأول، و يأتي - أيضاً - في مبحث الخيارات.

أما المناقشة الثانية فقد تقدم جوابها - أيضاً - في الأمر الأول و أضف إليه أنه إن أريد - من ظهور دليل الخيار في الاختصاص بعقد كان مبناه على اللزوم - اللزوم عند المتعاقدين فلا شبهة في أن المعاطاة أيضاً كذلك. و إن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صحيح في البيع اللفظي أيضاً، إذ قد يجتمع خيار المجلس و الحيوان، و هما مع خيار آخر. و قد اتضح لك مما أوضحناه جريان الأرش هنا أيضاً، إذ لا قصور في شمول دليله لما نحن فيه. هذا كله على القول بإفادة المعاطاة الملك.

أما على القول بإفادتها الإباحة فلا مانع من ثبوت الخيار لها الذى لا يختص دليله بالبيع فقط - كما في القسمين الأولين على ما عرفته آنفاً - إلا - أن أثر ثبوت الخيار حينئذ ليس رجوع الملك الى مالكة الأول، إذ المفروض أن المال بعد باق على ملكه. و لم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ، بل أثره سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخ المعاملة و عدم بقاء أحد المتعاطيين على التزامه. و قد بينا ذلك في الأمر الأول.

نعم يشكل ذلك في مقام الإثبات و إقامة الدليل، فان دليل نفوذ الشرط يختص بالعقد الممضى شرعاً. فإذا فرضنا أن الشارع لم يمتص عقد المعاطاة، و كان كل من المالكين باقياً على ملكه - غاية الأمر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصرف في مال الآخر - فكيف يمكن القول بصحة الشرط الواقع في ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود؟.

و المتحصل: أن دليل ثبوت الخيار و ان لم يشمل جعل الخيار في المعاطاة - بناء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢١

على إفادتها الإباحة - إلا أنه لا إشكال في إمكان ثبوته فيها: و يترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه.

و انما الإشكال في ثبوت الخيار الذى اختص دليله بالبيع.

قد يقال: بعدم ثبوت ذلك في المعاطاة - على القول بإفادتها الإباحة - لعدم كونها بيعاً، بل هي معاوضة مستقلة، كما احتمله الشهيد الثانى في المسالك.

و يرد عليه: أنها بيع عرفى. و إمضاء الشارع لها مشروط بتحقق الملمزم. و عليه فهي كبيع الصرف الذى اشترطت صحته بالقبض في المجلس فكما أن حصول الملكية في بيع الصرف متأخر عن البيع، كذلك المعاطاة. نعم تفرق المعاطاة - عن غيرها بجواز تصرف

كل من المتعاطيين قبل حصول الملكية، و لا- يجوز ذلك في غيرها. و الفارق بينهما إنما هو قيام الإجماع على جواز التصرف في المعاطاة. و عليه فلا- مانع من ثبوت الخيار- المختص دليبه بالبيع- في المعاطاة على القول بترتب الإباحة عليها دون الملك. نعم إن دليل خيارى المجلس و الحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعا. و لم يتعلق به الإمضاء خارجا. و عليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار في المعاطاة على هذا القول هذا كله قبل أن يتحقق شيء من الملزمات التى تقدمت.

أما بعد تحققه فعقد المعاطاة عقد صحيح يجرى عليه خيار المجلس و خيار الحيوان فإنه بيع نافذ، فيعمه دليل الخيار الثابت فيه. و يترتب على ذلك أن غاية خيار المجلس- حينئذ- هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقيق شيء من الملزمات، كما أن مبدء الثلاثة في خيار الحيوان إنما هو حين تحققه.

و بما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت في القسمين الأولين- أيضا- على المعاطاة بعد تحقق شيء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان، فإنها لو سلمت أنها ليست بيع كانت معاوضة مستقلة، و قد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ما قصده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم. و رتب عليها ما قصده المتعاطيان بعد تحقق الملزم، و من الظاهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٢

أن ذلك لا يمنع عن جريان الخيار- الذى لم يختص دليبه بالبيع- عليها

العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هل يرجع الى المعاطاة أم لا

الأمر الثامن: أنه لا ريب فى تحقق المعاطاة المصطلحة- التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة- بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، و هو قبض العينين. أما إذا حصل ذلك بالقول غير الجامع للشرائط فهل يترتب عليه ما يترتب على المعاطاة؟ الأقوال فى المقام ثلاثة:

١- القول برجوع ذلك الى المعاطاة.

٢- القول برجوعه إليها إذا تعقبه القبض و الإقباض.

٣- القول بعدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة. و قد أطال المصنف الكلام- هنا- و لكن الظاهر أنه لا يترتب ثمر مهم على هذه الإطالة.

و التحقيق: أن حقيقة كل أمر إنشائى من الأوامر و النواهي و العقود و الإيقاعات متقومة بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، سواء أ كان هذا المبرز فعلا من الأفعال الجوارحية، أم كان قولاً. و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بالقول، أو بحصة خاصة منه، بل يعم القول و الفعل كليهما. إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين فى صحة عقد أو إيقاع و نفوذه شرعا، كما هو الحال فى اعتبار اللفظ فى صحة عقد النكاح و فى اعتبار اللفظ الخاص فى صحة الطلاق. و على هذا الضوء فيصح إنشاء عقد البيع و غيره بأى مبرز كان من غير أن يكون مشروطا بصيغة خاصة فضلا عن أن تكون هذه الصيغة مشروطة بشرط لكى يتكلم فى أنه إذا وقع خلل فى بعض ما يرجع الى هذه الصيغة من الشرائط هل تشملها العمومات و المطلقات الدالة على صحة ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٣

العقد و لزومه و مع الإغضاء عن هذا المنهج الصحيح، و الالتزام باعتبار قيود معينة فى صيغة البيع أو غيره فهل يحكم بفساد الصيغة مع الإخلال ببعض قيودها، أم يحكم عليها بحكم المعاطاة؟

التحقيق: أن ما يدل على اعتبار الصيغة الخاصة فى البيع- مثلا- قد يكون ظاهرا فى اعتبارها فى لزومه، فيحكم بكون البيع بالصيغة الفاقدة لتلك الخصوصية بيعا صحيحا جائزا، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصية إنما هو لزوم العقد دون صحته، و عليه فان

كان لدليل الاشتراط إطلاق أخذ به، و يحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائما، كسائر العقود الجائزة و مع وجود الإطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز، إذ لا مجال لجريان الأصل العملي مع وجود الأصل اللفظي. و عليه فيكون الأصل في هذه المعاملة- التي هي مورد بحثنا- هو الجواز. فلا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاة، لا من ناحية الجمع بين الأدلة- كما هو مذهب المصنف- و لا من ناحية الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز- كما هو المختار عندنا- بل المتبع هو إطلاق دليل الاشتراط إلا أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق، و أما إذا لم يكن إطلاق في دليل الاشتراط فيتمسك في غير المقدار المتيقن بعموم أدلة اللزوم في العقود و معه- أيضا- لا- وجه للرجوع الى استصحاب الجواز، كما كان الأمر كذلك على القول بإفادة المعاطاة الملكية الجائزة.

و قد يكون ما يدل على اعتبار الصيغة الخاصة ظاهرا في اعتبارها في صحة العقد، لا في لزومه، فيحكم بفساد العقد مع الإخلال بها، أو بشيء من شرائطها، و حينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستندا الى هذا العقد، سواء أ حصل فيه قبض و إقباض، أم لم يحصل فيه ذلك، فإن شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسدة. و لا يقاس ذلك بالمعاملة المعاطاتية على القول بعدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٤

إفادتها الملك، فان جواز تصرف كل من المتعاطين فيما انتقل اليه إنما ثبت بالإجماع، و بالسيرة القطعية، و لا إجماع في محل الكلام فتحصل أن الصيغة الفاقدة للخصوصية- المعتبرة في ترتب الملكية و نفوذ المعاملة- وجودها كعدم، فلا يترتب عليها إباحة التصرف أيضا.

نعم إذا كان القبض و الإقباض، لا على سبيل الوفاء بالعقد الفاسد، بل على سبيل المعاملة المعاطاتية مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزا للاعتبار النفساني إذا كان كذلك كان ذلك مصداقا للبيع المعاطاتي، و يترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاة من الاحكام و الآثار، إذ ليس من شرائط صحة المعاملة المعاطاتية أن لا يسبقها عقد فاسد و مثل ذلك ما إذا رضى المالك بجواز التصرف في ماله غير مبني على العقد الفاسد، فإنه يجوز التصرف فيه حينئذ. لكن الإباحة في هذا الفرض إباحة مالكية. و أما الإباحة المترتبة على المعاطاة- على القول بإفادتها ذلك- إباحة شرعية و قد تقدم تفصيل ذلك في الأبحاث السابقة. و هذان الموردان خارجان عن دائرة حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد خروجا تخصيصا.

و على الجملة: إنا إذا اعتبرنا لفظا خاصا في صحة البيع كان الفاقد لذلك بيعا فاسدا، و لا يجرى عليه حكم المعاطاة. و أما فرض تحقق المعاطاة بالقبض و الإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبي عن محل الكلام، لأن ما هو صحيح لا صلة له بالعقد اللفظي و ما هو عقد لفظي قد فسد من أصله و كذلك الحال في فرض العلم برضا المالك بالتصرف لا من جهة الوفاء بالعقد الفاسد.

قوله: (و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال).

أقول: قد يناقش في المنع عن جواز التصرف مع الشك في بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٢٥

و لكن تندفع هذه المناقشة بأن حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه و رضاه حكم انحلالى بحسب الأفراد العرضية و الطولية. و عليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمة التصرف ما لم يحرز فيه إذن المالك. و من الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل في الاستصحاب. بل هو داخل في القياس.

و على الجملة: إن الإباحة الثابتة في محل الكلام إباحة مالكية، و هي تدور مدار الرضا في كل فرد من الأفراد العرضية أو الطولية للتصرف، فما أحرز به رضا المالك فهو. و إلا لم يجز لعموم ما دل على عدم جوازه. و قد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام

بما إذا شك في رجوع المالك في المعاملة المعاطائية، حيث إنه لا شك في جواز التصرف - حينئذ - على القول بإفادتها الإباحة دون الملك تمسكا باستصحاب عدم الرجوع ووجه الظهور: أن الإباحة الثابتة في مورد المعاملة المعاطائية إباحة شرعية. غايتها رجوع المالك فإذا شك في تحقق الغاية استصحاب عدمه.

أما الإباحة في محل الكلام فهي إباحة مالكية التي تدور مدار رضا المالك في كل فرد من أفراد التصرف، فان لم يحرز في فرد لم يجز التصرف فيه ولا - يمكن الحكم بجوازه مع الشك في ثبوت الجواز لفرد آخر غيره. نعم إذا كان المالك قد أذن في تصرف ما بالخصوص أو بالعموم، و شك في بقاءه، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصحاب إذنه في جواز ذلك التصرف في ظرف الشك لكن أين ذلك من الشك في الاذن بالنسبة الى ذلك التصرف حدوثا الذي هو مورد الكلام و الى هنا وقف القلم في مبحث المعاطاة.

و بذلك قد تم الجزء الثاني من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات. و يتلوه الجزء الثالث إنشاء الله. الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء الثالث

[تنمة كتاب البيع]

اشارة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الطاهرين، و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و بعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا - مصباح الفقاهة في المعاملات - الذي كتبه تقريبا لبحث سيدنا الأستاذ الزعيم الديني الأوحد، و رائد النهضة العلمية الأكبر، طود العلم الشامخ، و علمه الراسخ، آية الله العظمى الحاج السيد أبو القاسم الخويي متع الله المسلمين بطول بقاءه.

و قد كان للإقبال العظيم الذي حظى به المجلد الأول، و الثاني من هذا الكتاب، و التقدير الذي توه به رواد العلم و الفضيلة باعث قوى على مواصلة العمل، و إجهاد الفكر إلى أن وفقني الله تعالى لابراز هذا المجلد الثالث و تقديمه إلى الجامعة العلمية الكبرى. و أسأل الله سبحانه أن يوقفنا لنشر بقية مجلداته و يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، و موجبا لرضاه الموصل إلى جنات النعيم، إنه سميع مجيب.

النجف الأشرف محمد على التوحيدى التبريزى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥

[مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع]

هل يعتبر اللفظ في العقود؟

قوله: (مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع).

أقول: حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه: أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود من الأمور الواضحة- التي لا ريب فيها- و ذلك للإجماع المنقول و الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص «١».

و لكن المقدر المتيقن من الإجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ، و إذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ، لخرس و نحوه لم يشمله الإجماع، و إن كان قادرا على توكيل غيره.

و هذا التعميم ليس من ناحية أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل - كما قيل - لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل في المقام، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات [٢] الدالة على عدم اعتبار اللفظ في طلاق

[٢] عن أبي نصر البزنطي قال: سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة، ثم يصمت فلا يتكلم، قال: يكون أخرس؟ قلت: نعم فيعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها، يجوز أن يطلق عنه و ليه؟ قال: لا، و لكن يكتب و يشهد على ذلك قلت: لا- يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ فقال: بالذي يعرف منه من فعالة مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها. حسنة بإبراهيم بن هاشم.

و عن يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته؟ قال: إذا فعل ذلك في قبل الطهر بشهود، و فهم عنه كما يفهم عن مثله، و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنه. مجهولة بإسماعيل بن مرار. ثم الظاهر ان يونس لم يرو هذه الرواية عن الامام (ع) بل ذكر رأى نفسه في جواب السائل. و عليه فلا تكون

(١) المذكورة في الجزء الثاني ص ١٥٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦

الأخرس، لأن حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر و إذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضا، و عليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاطاة، ضرورة أن العمومات الدالة على لزوم العقد تدل على لزوم المعاطاة أيضا، لكونها عقدا بالحمل الشائع.

و لكن قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقق إحدى الملزمات- التي ذكرناها في مبحث المعاطاة- و من الواضح أن المتيقن من الإجماع المزبور هو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ. أما مع العجز عن ذلك فلا علم لنا بوجود الإجماع على جواز المعاملة المعاطائية.

ثم إن الظاهر هو كفاية الكتابة أيضا مع العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد من النص- الذي ذكرناه في الحاشية- على جوازها في الطلاق و إذا ثبت ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالأولوية القطعية.

أما مع القدرة على الإشارة فهل هي تتقدم على الكتابة أم يجوز العكس؟

ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشارة على الكتابة، لصراحة الإشارة في الإنشاء. و لكن في بعض الروايات- التي ذكرناها في الحاشية- ما يدل على

- الرواية حجة من هذه الناحية أيضا.

و عن السكوني عن الصادق (ع) قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها ضعيفه بالنوفلى.

و عن ابان بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن طلاق الخرساء؟

قال: يلف قناعها على رأسها و يجذبه. مجهولة بصالح بن السندی. قوله: (ع) يجذبه: يعنى يجذب قناع المرأة لكى يطردها عن نفسه.

فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧
العكس. انتهى ملخص كلام المصنف (ره).

تحقيق المقام يقع في نواحي شتى:

الناحية الاولى: أن الأصل الأولى في العقود والإيقاعات هل يقتضى الصحة أم يقتضى الفساد؟

ذهب جمع إلى الأول، و ذهب جمع آخر إلى الثانى و هو الحق، كما عليه المصنف (ره).
و الوجه فى ذلك: أن نتائج العقود والإيقاعات - من الملكية و الزوجية و العتاق و الفراق - أمور حادثه، و مسبوقه بالعدم، كما أن نفس العقود و الإيقاعات كذلك، فإذا شككنا فى تحققها فى الخارج من ناحيه بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه و حينئذ فيحكم بفسادها.

و قد ناقش فى ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصالة البراءة من الشروط التى يشك فى اعتبارها فى تأثير العقود و الإيقاعات. و قال (لا مانع من هذه الأصالة بناء على جريان البراءة فى الأحكام الوضعية، كما يظهر من استدلال الامام (ع) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عناقه، فينفى بأصالة عدم الوجوب و جوب كل خصوصيه شك فيها: بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب. و عدم كونها من أجزاء السبب. و لا يبقى معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل و الانتقال، لأن هذا فى مرتبة السبب و ذاك فى مرتبة المسبب، و الاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان فى مرتبة واحدة).

و تندفع هذه المناقشة: بأن حديث الرفع و إن كان يشمل الأحكام الوضعية - كشموله للأحكام التكليفيه - إلا انه لا يعم خصوص الجزئية و الشرطية و المانع، ضرورة أن هذه الأمور الثلاثة أمور غير قابلة للوضع، فلا تكون قابلة للرفع أيضا إلا برفع منشأ انتزاعها. و عليه فإذا شك فى شرطية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨

شئ أو جزئيه أو مانعته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءة.

و بيان ذلك إجمالاً: أنا ذكرنا فى بحث الاستصحاب من علم الأصول أن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام:

١- أن يكون مجعولا بنفسه، كالملكية و الزوجية و الرقية و نحوها، فإنها أمور متأصلة: أى مجعولة بنفسها، و غير منتزعة من التكليف الشرعية بديهه أن انتزاعها من الأحكام التكليفيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا دليل عليه فى مقام الإثبات، إذ النسبة بين الملكية - مثلاً - و بين جواز التصرف، أو عدم جوازه، هى العموم من وجه، لأنه قد توجد الملكية و لا يترتب عليها جواز التصرف فى المملوك، كالأشخاص المحجورين عن التصرف فى أموالهم لسفه أو فلس أو صغر. و قد يتحقق جواز التصرف و لا توجد الملكية، كالمباحات الأصلية، فإنها غير مملوكة لأحد، و يجوز التصرف فيها لكل شخص. و كأولياء السفهاء و المجانين و الصغار، فإنه يجوز لهم التصرف فى أموال هؤلاء المحجورين، و ليسوا بملاك. و قد يجتمعان، و هو كثير، و اذن فلا نعقل وجها صحيحا لانتزاع الملكية من الحكم التكليفي دائما أضف إلى ذلك: أن المستفاد من الأدلة أن الاحكام التكليفيه تترتب على الملكية و الزوجية و الرقية و أمثالها ترتب الحكم على موضوعه. و من الواضح جدا أن مرتبة الموضوع متقدمة على مرتبة الحكم، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الأمر المتأخر.

و مثال ذلك: أن جواز تصرف الإنسان فى ماله مستفاد من قوله (ص) إن الناس مسلطون على أموالهم «١» و حرمة تصرفه فى مال غيره بدون إذنه

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩

مستفاد من الروايات المستفيضة الدالة على ذلك «١» و من الضروري أن جواز التصرف أو حرمة مترتب على المال المملوك. فلا بد من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرف و عدمه، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك، و يديه أنه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكية من آثار نفسها و هذا واضح لا ريب فيه.

٢- أن يكون الحكم الوضعي راجعا إلى الحكم نفسه، كالشرطية و السببية و المانعية للوجوب- مثلا- فان الحكم الشرعي إذا لوحظ بالإضافة إلى شيء فاما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوجوده، أو بعدمه.

لا كلام لنا في فرض الإطلاق.

أما على فرض التقييد فان كان الحكم الشرعي مقيدا بقيد وجودي فيكون القيد معتبرا في موضوعه. و عندئذ تنتزع منه الشرطية تارة، و السببية أخرى لأن مرجعهما إلى شيء واحد، و إنما الفرق بينهما اصطلاح محض.

و ان كان الحكم الشرعي مقيدا بقيد عدمي- كتقيد وجوب الصلاة بعدم الحيض- فتنتزع منه المانعية، و إذن فالشرطية و السببية و المانعية كلها منتزعة من جعل الحكم و لحاظه مقيدا بقيد وجودي أو عدمي.

٣- أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالشرطية و الجزئية و المانعية للمأمور به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر.

و ذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديدة انتزعت منه الجزئية.

و إذا تعلق بشيء مقيدا بوجود شيء آخر- كالأمر بالصلاة مقيدة باستقبال القبلة و الستر- انتزعت منه الشرطية.

(١) قد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثاني ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠

و إذا تعلق بشيء مقيدا بعدم شيء آخر- كتقيد الصلاة بعدم استصحاب المصلى أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة- انتزعت منه المانعية. و إذن فالجزئية و الشرطية و المانعية للمأمور به منتزعة من كيفية الأمر.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية و السببية و المانعية و الجزئية، لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، و عليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها. فلا- تكون قابلة للرفع أيضا. سواء أ قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءة في مناشئ انتزاعها، ضرورة أنها كما تثبت تبعا لثبوت مناشئها، كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما استدلال الامام (ع)- في بعض الروايات [١]- بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه، فهو بعيد عما نحن فيه بداهة أن صحة العقود و الإيقاعات بنفسها قابلة للوضع، فتكون قابلة للرفع أيضا بحديث الرفع، و من هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرها. و إذن فلا وجه لقياس الصحة و الفساد بالجزئية و الشرطية و المانعية.

و على الجملة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الأمور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها، و عليه فإذا شك في شرطية

[١] عن البزنطي عن أبي الحسن (ع) قال: سألت عن الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق، و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك؟ فقال: لا قال رسول الله (ص): وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا، و ما أخطوا. صحيحة.

البحار ج ٢٣ باب الطلاق ص ١٢٨. و الوسائل باب ١٢ من أبواب الايمان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١

شئ للمأمور به كان ذلك بعينه شكاً في تعلق الأمر بالمقيد به، فيدفع بأصالة البراءة. و أما الأقل:- أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق و المقيد فهو مأمور به قطعاً.

أما إذا شك في شرطية شئ لصحة عقد أو إيقاع انعكس الأمر، لأن ترتب الأثر- كالملكية، أو براءة الذمة- على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم و ترتبه على الفاقد مجهول. فيدفع بالأصل، و هذا هو الفارق بين الشك في شرطية شئ للمأمور به، و بين الشك في شرطيته للعقد أو الإيقاع هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك في العقود

الناحية الثانية: أنه لا شبهة في أن مقتضى العمومات و المطلقات هو صحة العقود و الإيقاعات.

إشارة

و لكن إذا شك في اعتبار قيد في تلك المعاملات- كاللفظ مثلاً- فهل يصح التمسك بالعمومات المذكورة لنفي ذلك القيد أم لا الظاهر هو الأول: بديهية أن القاعدة الأولية تقتضي صحة الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفساني، سواء فيه الفعل و اللفظ، و لكن المغروس في كلمات الأصحاب، و المودع في كتبهم هو قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود و الإيقاعات. و قد ذكرنا مراراً: أن الإجماع دليل لبي فلا بد و أن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. و من البديهي أن القدر المسلم من الإجماع- على تقدير تحققه هنا- إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الإنشاء اللفظي و مع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعدة الأولية، و يحكم بعدم اعتبار اللفظ في العقود و الإيقاعات. إلا مع قيام الدليل الخاص على الاعتبار المزبور، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ في عقد الزواج، و على اعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢

و على هذا الضوء فإذا شكنا في صحة عقد الأخرس المنشأ بالإشارة مع تمكنه من التوكيل، أو شكنا في صحة عقده المنشأ بالكتابة مع تمكنه من الإشارة- بناء على تقديمها على الكتابة- رجعنا إلى العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و نفوذها. و قد ظهر لك مما ذكرناه: أن مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطة الأخرس- من حين العقد- حتى على القول بأنها تفيد الإباحة مع التمكن من اللفظ، و أنها لا تفيد الملكية. و ذلك لعدم العلم بشمول الإجماع- الذي توهم قيامه على جواز المعاطة، أو إفادتها الإباحة- لصورة عدم التمكن من اللفظ و هذا هو السر في تعرض المصنف لمسألة المعاطة هنا في طي كلامه، مع أنه قضى أمرها قريباً. و هذا نصه في المقام: (ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطة اللزوم بعد القول بإفادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ). و اذن فلا نحتاج في إثبات صحة عقد الأخرس إلى التمسك بفحوى الروايات الواردة في طلاقه- ذكرناها قريباً في الحاشية- و لا إلى التمسك بفحوى الرواية الواردة في قراءته [١] نعم تلك الروايات مؤكدة للقاعدة الأولية.

و على الإجمال: ان مقتضى القاعدة الأولية، و فحوى الروايات الخاصة الواردة في طلاق الأخرس و قراءته، هو كفاية إشارته في مقام الإنشاء، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك. من غير فارق بين أقسام الإشارة و كفياتها. و لا بين ما يكون معتاداً للاخرسين، أو للأشخاص

[١] عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: تليئة الأخرس و تشهد، و قراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه و إشارته بإصبعه.

ضعيفة بالنوفلى.

الوسائل باب ٥٩ من أبواب القراءة فى الصلاة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣

الآخرين، و بين ما لم يكن كذلك.

بل الضابطة الكلية فى ذلك: أن تكون الإشارة مفهومة للمراد بالنسبة إلى نوع المخاطبين و الحاضرين. و لو كان الانفهام بمثونة القرائن كما هو الشأن فى الإنشاء اللفظى، بدهاه أن الأفعال و الأقوال سيات فى حجية ظواهرها من ناحية بناء العقلاء و من هنا اتضح لك جليا: أن إنشاء الأخرس بالإشارة محكوم بالصحة، و إن لم يفد القطع بالمراد.

إشارة الأخرس و حكمها

قد ذكرنا فى الجزء الثانى: أن البيع عبارة عن الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى و عليه فإبراز الاعتبار النفسانى بالإشارة المفهومة للمراد مصداق لمفهوم البيع بالحمل الشائع، فىكون مشمولاً للعمومات، و عندئذ لا يلزم على الأخرس أن يستحضر الصيغة اللفظية فى ذهنه، لكى تكون إشارته إليها أولاً، و إلى مدلولها ثانياً حتى يكون إبراز ما فى النفس بتلك الصيغة الحاضرة فى الذهن. كما لا يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذى يحركه عند التكلم بالصيغة، نعم يعتبر أحد الأمرين فى القراءة الصلاتية، إذ المطلوب هناك قراءة نفس الألفاظ، لا إبراز مداليلها.

و أيضاً قد ذكرنا فى الجزء الثانى - عند البحث عن أصالة اللزوم فى العقود -: أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما فى بعض الروايات [١] أو بمعنى العهد المشدد، و على كل تقدير فالمعاملة المعاطاتية من مصاديق العقود و عليه

[١] عن على بن إبراهيم فى تفسيره قال: حدثنى أبى عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (ع) قوله: أوْفُوْا بِالْعُقُودِ، قال: بالعهود.

حسنه بإبراهيم بن هاشم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤

فلا وجه لما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين من بيان مقدمه لاستيضاح كفاية الإشارة من الأخرس، و إليك نصه: (أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد و عهد غير مؤكد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه، فالإشارة المفهومة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق الى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر).

ثم إذا قلنا بجواز مباشرة الأخرس للعقود و الإيقاعات، و لم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ فى ذلك لكى نحكم بوجوب التوكيل عليه، فهل له أن يتصدى لذلك مخيراً فى إبراز ما فى نفسه - من الاعتبار - بين الإشارة، و بين الكتابة أم يجب عليه تقديم الأول على الثانى. ذكر بعضهم: أن الإشارة تتقدم على غيرها، لكونها أصرح، و ذهب آخر إلى أن الكتابة تتقدم على غيرها، لكونها أضبط. و لكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانية فلا يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الحكم الشرعى إذ لو سلمنا أصرحية الإشارة أو اضبطية الكتابة، الا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر.

و يضاف إلى ذلك: أنه لو كانت أضبطية الكتابة موجبة لتقديمها على الإشارة لكانت موجبة لتقديمها على اللفظ أيضاً. و لم يلتزم الفقهاء بذلك. و إذن فمقتضى القاعدة هو الاكتفاء فى الإنشاء بكل ما يصلح لإبراز ما فى النفس من الاعتبار، و إظهاره بمبرز خارجى - و إن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أضبط - إلا إذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات «١» الواردة فى طلاق الأخرس، فإن الظاهر من ذلك أن الكتابة تتقدم على الإشارة.

(١) كحسنه البنظي المتقدمة في ص ٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥

بحث في مادة الصيغة و هيئتها و ترتيبها

الناحية الثالثة: في مادة الصيغة و هيئتها و ترتيبها - التي ينشأ بها العقد -

إشارة

و تحقيق هذه الناحية يقع في ضمن جهات:

الجهة الأولى في مادة الصيغة.

إشارة

و قد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و تشتت فيها أقوالهم، و هي كما يلي:

- ١- الاقتصار في مادة الصيغة على المقدار المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود و الإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكة.
- ٢- الاقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع المقدس و الظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول، فإن هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الإيقاع.
- ٣- الاقتصار فيها على الألفاظ التي تعنوت بها عناوين العقود و الإيقاعات و أسماء المعاملات. و عليه فيجب إنشاء البيع بصيغة بعت، و إنشاء النكاح بصيغة أنكحت و إنشاء الإجارة بلفظة آجرت. و إنشاء المصالحة بكلمة صالحت و إنشاء الطلاق بجملته هي طالق، و هكذا في سائر العقود و الإيقاعات، و إذن فلا ينعقد أى عقد أو إيقاع بغير ما عنون به هذا العقد.
- ٤- الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقية، و عليه فلا ينعقد شىء من العقود و الإيقاعات بشىء من الألفاظ الكنائية و المجازية.
- ٥- أن يفرق في الألفاظ المجازية بينما يكون مقرونا بالقرائن اللفظية فيحكم بجواز إنشاء العقد به، و بين ما لا يكون كذلك، فيحكم بعدم جواز الإنشاء به.

٦- جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحا في إنشاء العقد، أو ظاهرا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦

فيه و لو كان ذلك بمثونة القرائن الحالية أو المقالية.

ثم انه ذكر المصنف: أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكنائية. و لكنه لم يأت بشىء يطمئن به القلب و تركز اليه النفس. نعم نقل في ذلك جملة من كلمات الأصحاب.

و لكن هذه الكلمات مبنية على اجتهاداتهم و آرائهم. و من البين الذى لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجة على فقيه آخر. و عندئذ لا بد من ملاحظة دليل المسألة، فإن كان هناك ما يدل على اعتبار لفظ خاص في الإنشاء أخذ به، و إلا فمقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود و الإيقاعات بكل ما يصلح للإنشاء، و إبراز الاعتبار النفساني، سواء فيه الفعل و القول، و سواء في القول الحقيقية و المجاز، و الصريح و غيره، و سواء في المجاز كون القرينة لفظية و غير لفظية.

و الوجه في ذلك كله: أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص و مبرز معين في إنشاء العقود و الإيقاعات إلا- الإجماع على اعتبار

اللفظ في صحة العقود أو لزومها، و القدر المتيقن منه- على تقدير قبوله- انما هو مطلق اللفظ. أما اللفظ الخاص فلا إجماع على اعتباره جزءا.

و يضاف الى ذلك: أن الإجماع المنقول ليس بحجة، لعدم كونه مشمولاً لأدلة حجية الخبر. أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين. و قد تقدم تفصيل ذلك عند البحث عن المعاطاة. و حينئذ فلا بأس بإنشاء العقود و الإيقاعات بأى مبرز من المبرزات لأنها مشمولة للعمومات و المطلقات الدالة على صحة البيع و غيره من العقود المملكة و لو كان إنشاء الملكية بلفظ مجازى. و هذا واضح لا ريب فيه.

و توضيح المقام: أن اللفظ الذى ينشأ به العقد قد يكون صريحا فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧

مدلوله، و موافقا لما قصده المنشئ من دون أن يتطرق اليه احتمال آخر و هذا مما لا شبهة فى صحة الإنشاء به.

و قد يكون ظاهرا فى مدلوله بحسب الإطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر. و هذا كإنشاء الزوجية بلفظ يحتمل الدوام و الانقطاع فإنه لا فارق بينهما إلا بذكر الأجل و عدمه، فإذا أهمله العاقد- فى مقام الإنشاء- اقتضى إطلاقه ارادة الزوجية الدائمة.

و قد يكون ذلك من الألفاظ الكنائية أو المجازية: و المراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى الملزوم للانتقال منه الى لازمه و حينئذ فيراد منه الملزوم بالإرادة الاستعمالية، كما أنه يراد منه اللازم بالإرادة الجديدة. أو أن المراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى اللازم للانتقال منه الى ملزومه، و عليه فيراد منه اللازم بالإرادة الاستعمالية، كما أنه يراد منه الملزوم بالإرادة الجديدة. و على كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ فى معناه الحقيقى:- أعنى به الملزوم أو اللازم- و لكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر.

و على هذا الضوء فمثل زيد كثير الرماد أو طويل النجاد أو مهزول الفصيل انما استعمل فى معناه الحقيقى و لكن قصد منه المتكلم سخاء زيد، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازا و هذا واضح كما حقق فى محله و إذا عرفت معنى الكناية و المجاز فاعلم: أنه إن كانت الألفاظ الكنائية أو المجازية ظاهرة فى إفادة المطلوب ظهورا عرفيا فلا شبهة فى صحة الإنشاء بهما مطلقا: أى سواء أ كان اللازم و الملزوم- فى الكناية- متساويين أم لا- و سواء أ كان المجاز قريبا أم لا. و إن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفى فى إفادة المقصود، و إبراز الاعتبار النفسانى، و لم ينطبق عليها شئ من عناوين العقود عرفا فلا يصح بها الإنشاء أصلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨

و من هنا تجلى لك: أنه لا وجه للفرق بين المجاز القريب و المجاز البعيد بأن يلتزم بصحة الإنشاء بالأول، و بفساده بالثانى. كما أنه لا وجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الإنشاء بالألفاظ المجازية إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظية. و بعدم الصحة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظية.

بل العجب منه (ره) فإنه بعد ما فسر اعتبار الحقائق فى العقود باعتبار الدلالة اللفظية الوضعية. و إن كان الدال على الإنشاء من الألفاظ المجازية.

قال: (و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالة على المطلب لمقارنته حال، أو سبق مقال خارج عن العقد، فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين- و إن كان من المجازات القريبة جدا- رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة، و لو مع سبق مقال، أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزما).

و وجه العجب: أن احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظية لا يخرج دلالة على معناه عن الدلالة اللفظية، بديهية أن الدلالة اللفظية عبارة عن انفهام المعنى من اللفظ، سواء أ كانت حثية الدلالة مكتسبة من القرائن- لفظية كانت أو غيرها- أم كان اللفظ بنفسه دالا- على المقصود فإنه على كلا التقديرين تنسب الدلالة إلى اللفظ، فتكون الدلالة لفظية.

و ليس فى الالتزام بصحة ذلك أية منافاة لما بنى عليه من اعتبار اللفظ فى صحة العقد، أو فى لزومه. و كيف يقاس ذلك بما إذا كان

الإنشاء بغير اللفظ، و كانت القرينة الدالة على إرادة البيع منه هي اللفظ.

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف (ره) من العبارة المزبورة: أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على بطلان الإنشاء بلفظ لا يكون ظاهراً في المعنى الذي قصده المنشئ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩

الأغلاط و لكن المنشئ يفهم مراده بالقرائن الحالية أو المقالية فإن مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفي، فلا يصدق على المشاء بذلك عنوان العقد، لكي يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و نفوذها. و ذلك كإنشاء الزوجية بمثل ملكة، و آجرت، و كإنشاء التملك بمثل زوجة، و أبحث، و أشباه ذلك، و هذا المعنى و إن كان صحيحاً في نفسه، إلا أنه بعيد عن سياق عبارة المصنف.

ثم إن الأعجب من ذلك: أنه (ره) قد منع عن جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحالية، كإنشاء البيع بالتمليك المشترك بينه و بين الهبة، مع أنه ليس بمجمل، و لا مجاز، و لا كناية، بديهته أن الظهور العرفي قد تم فيه من جميع الجهات. و على الإجمال: أن الميزان الكلي في صحة إنشاء العقود و الإيقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الإيقاع على المعنى المبرز بأى مبرز، و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره، فضلاً عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغة في العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق.

نعم قد ادعى الإجماع [١] على اعتبار اللفظ في النكاح و أوجب هذا الإجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول و الفعل، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ. كما أن جملة من

[١] عن الحدائق: أجمع العلماء من الخاصة و العامة على توقف النكاح على الإيجاب و القبول اللفظيين.

و قال المصنف في كتاب النكاح: اجمع علماء الإسلام- كما صرح به غير واحد- على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح، و ان النكاح لا يباح بالإباحة، و لا بالمعاطاة، و بذلك يمتاز النكاح عن السفاح، لأن فيه التراضي أيضاً غالباً.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠

الروايات «١» قد دلت على اعتبار لفظ خاص في الطلاق.

بحث في ألفاظ الإيجاب و في الإنشاء بيعت

قوله: (إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول: منها لفظ بيعت في الإيجاب).

أقول: لا شبهة في أن لفظ بيعت و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، و أنه مشترك لفظي بينهما- كما صرح به أهل اللغة كافة- إلا- أن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق، بلا احتياج في ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية، و عندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بيعت.

و ذكر السيد في حاشيته ما هذا لفظه: (يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوي بين البيع و الشراء. فيكون بمعنى التملك بالعوض أعم من التصريح كما في البيع، أو الضمني كما في الشراء).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بيعت من الأضداد، و أنه مشترك لفظي، و ليس بمشترك معنوي.

أضف إليه: أن التملك الضمني خارج عن حدود البيع، و قد عرفته في البحث عن تعريف البيع.

قوله: (و منها لفظ شريت).

أقول لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ شريت، لتصريح أهل اللغة [٢] بأنه موضوع للبيع تارة، و للشراء اخرى، فيكون من الأضداد. بل قيل: ان لفظ الشراء لم يستعمل في

[٢] في القاموس وغيره. شراه و يشريه: ملكه بالبيع و باعه كاشتره و هما ضدان.

(١) المروية في الوافي ج ١٢ باب ١٦١. ص ١٥٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١

القرآن الكريم، إلا في البيع، و هو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعة تامة.

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش في جواز الإنشاء بلفظ شريت، و قال:

(ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفا في البيع، و كونه محتاجا إلى القرينة المعينة، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار، و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه).

و تندفع هذه المناقشة بأننا لم نفهم معنى محصلا لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل في القرآن المجيد إلا في البيع،

لأننا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفية على خلاف الاستعمالات القرآنية.

و لو سلمنا ذلك و لكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفية على الاستعمالات القرآنية. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل يجوز إنشاء البيع بملكت

قوله: (و منها لفظ ملكت بالتشديد).

أقول: لا- ريب في صحة وقوع البيع بكلمة ملكت مشددة، بل استظهر المصنف من نكت الإرشاد الاتفاق على ذلك، بل الظاهر أن

مفهوم التمليك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع، و إنما الفرق بينهما بالبساطة و التركيب، و بالإجمال و التفصيل، حيث إن لفظ البيع

ببساطته يدل على تبادل مال بمال، و لفظة التمليك بالعوض تدل مركبة على ذلك.

كما أن لفظ الإنسان يدل على الجنس و الفصل دلالة إجمالية، و لفظي الحيوان و الناطق يدلان عليهما دلالة تفصيلية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢

و على هذا الضوء فقول المنشئ بعث هذا بهذا تصريح بمصداق العوض- الذي كان مكنونا في لفظ بعث- لا أنه قيد زائد مذكور في

الصيغة.

و قد يتوهم أن لفظ التمليك مشترك معنوي بين البيع و الهبة، و من الواضح أنه لا يصح الإنشاء بالألفاظ المشتركة معني.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهية أن التمليك المطلق و إن كان جامعا بينهما، إلا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك، و يخصه بالبيع

فقط، لأن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجاني، و إنما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط. و من الضروري أنه لم يدل دليل على

بطلان إنشاء البيع بالألفاظ المشتركة معني، مع قيام القرينة على التعيين.

و من هنا قيل: إن إيجاب البيع بكلمة ملكت بالعوض أصرح من إيجابه بكلمة بعث، ضرورة أن البيع موضوع للنقل بالعوض، و حينئذ

ففي مقام الإنشاء بلفظ بعث لا بد من تجريده من العوض لكي لا يكون ذكر العوض تكرارا، أو يتكلف بجعله تفصيلا لما أجمل في

مفهوم البيع.

و على هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين، و حاصل كلامه:

أن التمليك له حصص كثيرة:

١- تمليك عين بعوض. و يسمى هذا بيعا.

٢- تمليك منفعة بعوض. و يسمى هذا اجارة.

٣- التمليك المجاني. و يسمى هذا هبة.

و من البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصه من طبعي التمليك الذي يتحصص بتعلقه بالعين بمقابلته شيء لا- أنه موضوع لمجموع التمليك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذا في مفهوم البيع. انتهى ملخص كلامه.

ثم قال المصنف نصا:

(قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣

تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة، أو قصد المصالحة بنى صحه العقد به على صحه عقد بلفظ غيره مع النية. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين- في شرح الإرشاد:- ان معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى)

و ناقش فيه السيد، و إليك نصه: (لا فرق بين الهبة المجانية و المعوضة في كونهما من التمليك حقيقة، و انما الفرق ذكر العوض و عدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبنى على صحه عقد بلفظ غيره، كما ترى. نعم في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعبرة في حقيقة الصلح فتدبر).

و لكن الظاهر: أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده- من كلامه المتقدم:- أن مفهوم التمليك بالعوض يساوق مفهوم البيع و عليه فإذا أنشئت به الهبة- التي هي متقومة بالتمليك المجاني- توقفت صحتها على جواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها، و كذلك الكلام في إنشاء البيع بصيغه و هبت و الذي يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه: ما ذكره قبل عبارته المتقدمة، و هذا نصه:

(و ما قيل من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أن الهبة انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا- من مادة التمليك، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمنه المقابلته، و بين المجرد عنها، فان اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية).
ثم ساق العبارة المتقدمة.

و على هذا فشان إنشاء الهبة بصيغه ملكت بالعوض شأن إنشاء العقود المعاوضيه بل غيرها بصيغه سالم، أو صالح، و بالعكس، لأن مفهوم الصلح و إن كان يتفق مع العقود المعاوضيه و غيرها، الا أن صدق مفهوم الصلح عليها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤

من قبيل صدق الكلى على مصاديقه.

و من المعلوم أنه لا يمكن إنشاء مفهوم الصلح:- أعنى به التسالم على أمر- إلا بلفظ سالم، أو صالح، لا بلفظ البيع، و لا التمليك، و لا الشراء، و لا شبهها، بديهة أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحة و المسالمة.

نعم توجد حقيقة المسالمة و مصداقها عند تحقق أى عقد من العقود، كما أن عناوين سائر العقود لا- تنشأ إلا بألفاظها، لا بألفاظ أخرى، الا على القول بجواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها.

هل يجوز إنشاء البيع باشتريت

قوله: (و أما الإيجاب باشتريت).

أقول: في مفتاح الكرامة (أنه قد يقال: انه يصح الإيجاب باشتريت. كما هو موجود في بعض نسخ التذكرة).

وقد استظهره المصنف من عبارة كل من عطف على بعث و ملكت لفظ شبههما، أو لفظ ما يقوم مقامهما، بدعوى أن المعطوف يعم شريت و اشتريت كليهما، بديهية أن إرادة خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جدا، كما أن إرادة ما يقوم مقامهما في سائر اللغات للعاجز عن العربية أبعد.

قوله: (لكن الاشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف اشتريت)

. أقول: قد نوقش في هذا الكلام بأن كثيرا من المفسرين قد صرحوا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥

باستعمال لفظ الاشتراء في البيع في قوله (تعالى) بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴿١﴾.

بدعوى: أن البيع و الشراء إزالة الملك إلى غيره بعوض يعتاضه منه، ثم استعمل ذلك في كل معتاض من عمله عوضا. سواء أ كان ذلك العوض خيرا. أم كان شرا.

و عليه فاليهود لما أو بقوا أنفسهم و أهلكوها بكفرهم بمحمد (ص) سجل الله تعالى عليهم الذم و التوبيخ، و قال بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ:

أى بئس شيئا باعوا به أنفسهم، و رضوا به عوضا عن أنفسهم، حيث ألقوها في المهلكة الأبدية، و العذاب الدائم.

و تندفع هذه المناقشة: بأن الإزرء و التوبيخ- في الآية الكريمة- ليس على كل واحد من اليهود، مع قطع النظر عن غيره، لكى يتوهم:

أنه لا معنى لنسبة الاشتراء إليهم إلا بإرادة البيع، و أن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر و الزندقة و الإلحاد.

بل الإزرء و التوبيخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معاملته بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بئس، فصار كل واحد منهم بائعا من جهة، و مشتريا من جهة أخرى. و حين ذاك فلا دلالة في الآية الكريمة على إرادة البيع من الاشتراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف.

و توضيح ذلك إجمالا: أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصريح، و أكل الحرام، و تغيير الأحكام و تحريفها عن وجهها بآرائهم المرجفة، و أهوائهم الفاسدة، و أفكارهم المضلة.

و عرفوهم بالأقوال الكاذبة، و الأعمال الخبيثة، و البضاعة الزهيدة

(١) سورة البقرة ٢، الآية: ٩٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦

و عرفوهم بالتعصب الشديد، و التغالب و التكالب على حطام الدنيا و زخرفها، و بالجرأة على هتك حرمة الله و عرفوهم بغير ذلك من الصفات الخبيثة، و الأخلاق الرذيلة.

و مع ذلك فوضوا إليهم دينهم، و أخذوا منهم أحكامهم و نبذوا الحق وراء ظهورهم. و ليس عملهم هذا إلا- أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا أنفسهم من علماءهم بما ينالونه منهم من التحابب و التوادد، و التمشى معهم حسب ميولهم و أهوائهم، و الزلفة إليهم و إلى شياطينهم.

أما علماءهم فقد تجلوا لهم الحق، و اتضح لهم بنوء محمد (ص)، و مع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم و الإكرام، و حفظ كياناتهم و زعامتهم، و رئاستهم، فعاندوا الحق، و جحدوه.

و إذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء، و أنفقوا عليها من دينهم و أنفسهم و أموالهم، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفة، و

وضعت فيها الأراجيف التي شوهت وجه التاريخ، ففي هذه السوق السوداء قد اشترى عوامهم أنفس علمائهم بثمان بخس. و اشترى علماءهم أنفس عوامهم بعوض زهيد. و إذن فلفظ (اشترى) لم يستعمل - في الآية الكريمة - إلا في معنى الاتبياع فقط. و ذكر شيخنا الأستاذ: أن الاشتراء من الافعال، و من الواضح أن باب الافتعال انما هو للقبول و المطاوعة، و عليه فلا يناسب استعماله في الإيجاب، بل يختص استعماله بالقبول فقط. أما أخذه بمعنى شريت كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف و محادثاتهم. و يرد عليه: أن الاشتراء و ان كان من الافتعال، و قد أخذ فيه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧

مفهوم المطاوعة. و لكن هذه المطاوعة ليست مطاوعة لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعة الذات للمبدء. سواء أ كان المبدء صادرا من نفس الذات - كالاتجار و الاكتساب و الاحتطاب - أم كان صادرا من شخص آخر كالاتبياع و الاتهاب و أشباه ذلك. و على هذا فلفظ اشترى ان ذكر في الإيجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه، و يدل على تملكك البائع ماله لغيره بعوض معلوم. و ان ذكر في القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره، و يدل على تملكك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقا للقبول الحقيقي. و عليه فإيجاب البيع بلفظ اشترى مناسب لمفهومه اللغوي لاستعماله فيه لغه [١] بلا- احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد، كما توهم.

و دعوى: أنه لا يجوز إنشاء الإيجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافية، لأن مجرد عدم تعارف الإنشاء به لا يمنع عن ذلك، بعد صحة استعماله في البيع لغه.

ثم إنه إذا جاز الإنشاء بلفظ اشترى فما هو المائز بين استعماله في الإيجاب و بين استعماله في القبول. قال المصنف:

(ان دفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدال على كونه إيجابا إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إما لغلبة ذلك غير صحيح، لأن الاعتماد على القرينه الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه). و يتوجه عليه: ما ذكرناه سابقا من صحة الإنشاء بكل ما يصح أن

[١] في القاموس: كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه. و منه اشترى الضلالة بالهدى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨

ان يكون ميرزا لما في النفس من الاعتبار و ان كانت مبرزيته بما يقترن به من القرائن الحالية أو المقالية. نعم ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ الصريح في صحة الإنشاء و لكن المتيقن منه - على تقدير تسليمه - إنما هو اعتبار الصراحة في اللفظ لأجل دلالة على تعيين عقد خاص، و تميزه عما عداه من العقود، لا من حيث تمييز إيجاب كل عقد عن قبله.

ما هي ألفاظ القبول؟

قوله: (و أما القبول إلخ).

أقول: لا شبهة في جواز القبول بلفظ قبلت و رضيت و تملكيت و ملكت مخففا و اشترى و ابتعت و شريت و لا يضر الاشتراك اللفظي في بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينه المقالية أو الحالية على تعيين المراد. و هذا واضح لا خفاء فيه. و أما أمضيت و أنفذت و أجزت فذكر المصنف فيها وجهين و لم يرجح أحدهما.

و ذكر شيخنا المحقق: أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبني على جواز العقد بالكنائيات بدعوى: (أن عنوان الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ لا

يتعلق إلا بما له مضى و جواز و نفوذ. و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالإيجاب و القبول معا، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت و أجزت و أنفذت إلا في مثل العقد الفضولي، لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكناية).

و يرد عليه: أن المعاملة الفضولية و الإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ، ففعليه التأثير فيهما تتوقف على تحقق الإجازة و القبول فكما لا مانع من تميم العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩

الفضولي و إضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة كذلك لا- مانع من قبول الإيجاب بها. و عليه فيكون مضى العقد و نفوذه بنفس أمضيت و أنفذت و أجزت في كلا المقامين. غاية الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد الفضولي و بالإيجاب كليهما بالالتزام، لأن لازم إمضاء العقد أو الإيجاب، و إنفاذه و إجازته هو الرضاء به و هذا لا محذور فيه مع قيام القرينة عليه. قوله: (أما بعث فلم ينقل إلا من الجامع (لابن سعيد)).

أقول المحكى عن جماعة من أهل اللغة هو اشتراك لفظ بعث بين البيع و الشراء، و من هنا ذكر في المصباح: أن البيع في الأصل مبادلته مال بمال، و عليه فلا- محذور في استعماله في القبول، غاية الأمر: أنه يتميز بينهما بالقرائن الحالية أو المقالية، كما أن الأمر كذلك في اشترت، و شريت.

و لو سلمنا اختصاصه بالإيجاب- و لو بالوضع التعيني لكثرة استعماله فيه- لكان استعماله في القبول مجازا، و من الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازية في القبول، كما لا مانع عن استعمالها في الإيجاب.

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يعد في نظر أهل العرف من الأغلاط- و ان كان صحيحا بحسب القواعد العربية- لم يجز استعماله في مقام الإنشاء سواء فيه الإيجاب و القبول. و قد تقدمت الإشارة إلى جميع ذلك فيما سبق.

و مع الإغضاء عن ذلك: أنه لم يرد في آية، و لا في رواية، و لم يذكر في معقد إجماع لزوم توقف العقد على القبول، لكى يباحث في كيفية ذلك، بل المتحصل من كلمات أهل اللغة. و المتفاهم من محاورات أهل العرف و محادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد و لا التجارة عن تراض إلا بين شخصين، من غير نظر إلى اعتبار خصوصية خاصة في الصيغة و المبرز.

و عليه فلو أوجد المتعاملان معاملة في الخارج بصيغة بعث- بأن تكلم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠

كل منهما بهذه الصيغة في مقام الإنشاء- كان ذلك مشمولاً لما دل على صحة العقود، و نفوذها من العمومات و المطلقات، إذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد، و عنوان التجارة عن تراض بالحمل الشائع، فيحكم بصحته و لزومه و قد ذكرنا في مبحث المعاطاة أنه إذا وقعت معاملة في الخارج، و لم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضة مستقلة صحيحة، لآية التجارة عن تراض «١» و إن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة. و هذا واضح لا ستار عليه.

و على الجملة: إن الحجر الأساسى، و الركن الرصين- فى تحقق عناوين العقود و الإيقاعات، و ترتب الآثار عليها فى الخارج- إنما هو اعتبارها فى صقع النفس، و إظهارها بمظهر خارجى، و لا شبهة فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الإيقاع بالحمل الشائع. فىكون مشمولاً لما دل على صحة العقود و لزومها. و بعد هذا لا يهمنى البحث عن الصغريات. فأما الزبد فىذهب جفاء. و أما ما ينفع الناس فىمكث فى الأرض.

الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعاً، و إليك نصه بلفظه:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول، ثم اختلفا في تعيين الموجب و القابل - إما بناء على جواز تقديم القبول، و إما من جهة اختلافهما في المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الشراء على واحد منهما). و يرد عليه: أنه لا- وجه لاحتمال التحالف في المقام، ضرورة أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع و عنوان المشتري

(١) سورة النساء ٤ الآية: ٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١

أثر خاص، و حكم مخصوص. و من البديهي أنه لا يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا العنوانين - كخيار المجلس - و إما يترتب على عنوان المشتري فقط - كخيار الحيوان - فإنه - على المشهور - مختص بالمشتري. و عندئذ يقع النزاع في ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشتريا، و عليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط. نعم قد يترتب بعض الآثار النادرة على خصوص عنوان البائع، و لكن لا يصح معه القول بالتحالف و هذا ظاهر لا خفاء فيه. قيل: إنه ثبت في محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و من البين الذي لا ريب فيه أن هذا الحكم الاتفاقي أثر ظاهر لعنوان البائع.

و الجواب عن ذلك: أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع، كذلك يترتب على عنوان المشتري أيضا. فيحكم بكون ضمان المثلث و الثمن كليهما - مع التلف قبل القبض - على كل من البائع و المشتري.

و هذا التعميم ليس من ناحية أن لفظ المبيع - الذي ذكر في النبوي الآتي - يصدق على كل من العوض و المعوض.

و لا من ناحية إلغاء الخصوصية من اللفظ المزبور، لأجل مناسبة الحكم و الموضوع.

و لا من ناحية قوله (ع) - في روايه عقبه بن خالد الآتية -:

(فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه). بناء على أن الضمير المجرور - في كلمة لحقه - يرجع إلى البائع.

إذ لا يرجع شيء من هذه الوجوه إلى معنى محصل. ضرورة أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢

الروايتين ضعيفتا السند. و عنوان المبيع لا يصدق على الثمن. و الضمير المجرور لا يرجع إلى البائع. و لا أقل من الاجمال.

بل التعميم إنما هو من ناحية السيرة القطعية، و تحقيق المقام على وجه الإجمال: أنه قد استدل على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه بوجوه شتى:

١- الإجماع على ذلك، كما عن السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضة. و عن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد و سقط الثمن.

و يرد عليه: أن المدرك في حجية الإجماع إنما هو القطع برأى الامام (ع) و من الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين، و هو غير معلوم. أو قاعدة اللطف، و هي غير ثابتة في محلها، أو الحدس القطعي، و هو مقطوع العدم في هذه المسألة، و إذن فلا- إجماع تعبدى في المقام لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (ع). و نحتمل قريبا أن مستند المجمعين - هنا - هو الوجوه الآتية.

٢- ما عن عوالى اللثالى عن النبى (ص): أنه قال: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

و يتوجه عليه: أن الحديث المذكور، و إن كان يدل على المقصود دلالة واضحة، إلا أنه لم يذكر في كتب الشيعة إلا مرسلا. و قد ذكرنا مرارا عديدة: أن الأحاديث المرسله ليست بحجة.

و دعوى: أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافية بدهاء أن عملهم برواية ضعيفة لا يجبر ضعفها، كما أن إعراضهم عن العمل برواية

(١) المروى في المستدرک ج ٢ باب ٩ من أبواب الخيار ص ٤٧٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣

صحيحة لا يوجب وهنها. وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول مفصلاً، و أشرنا إليه في أوائل الجزء الأول إجمالاً.

٣- رواية عقبه بن مالك [١] فإنها ظاهرة في أن التلف قبل القبض من مال بائعه.

و لكن هذه الرواية و إن كانت ظاهرة في المقصود، إلا أنها ضعيفة السند، و غير منجبرة بعمل المشهور، لا صغرى، و لا كبرى، و هذا واضح لا ريب فيه.

و التحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيرة القطعية، لأن بناء العقلاء و المتشعبة قائم على أن التسليم و التسلم من متمات الملكية المترتبة على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكية التامة قبل القبض و الإقباض. بل يرون أن الحصول قبلهما إنما هو الملكية الناقصة، و من هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ و الإعطاء.

و لا نقول بكون القبض و الإقباض من شرائط حصول الملكية في مطلق البيع، لكي لا يفرق في ذلك بين الصرف و السلم، و بين بقية البيوع بل أقول: إن الإيجاب قد أثر في الملكية الناقصة المحدودة بالانفساخ بالتلف، كما أنها محدودة بالفسخ- في البيع الخيارى- و إنما تصير هذه الملكية

[١] عن الصادق (ع) في رجل اشترى متاعاً من رجل، و أوجه له، غير أنه ترك المتاع عنده، و لم يقبضه و قال: آتيك غداً إن شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع- الذي هو في بيته- حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه مجهولةً بمحمد بن عبد الله بن هلال. و بعقبه بن خالد. الكافي ج ٥ باب الشرط و الخيار في البيع من كتاب المعيشة ص ١٧١. و الوافي ج ١٠ ص ٦٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤

مطلقةً و تامةً- من جميع الجهات في نظر العقلاء، و لا تنفسخ بالتلف السماوى- بالقبض و الإقباض.

و لا ريب: أن هذه السيرة كما أنها جارية في ناحية المبيع. كذلك أنها جارية في ناحية الثمن أيضاً حذو النعل بالنعل و القذة بالقذة. و إذن فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكة لا- يختص بالبائع، بل يعم المشتري أيضاً، فالمتحصل أنا لا نعقل وجهاً صحيحاً لدعوى التحالف في المقام.

نعم يمكن أن يقال: إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبنى على المسألة المعروفة في كتاب القضاء من أن المناط في تعيين المدعى و المنكر هل هو متعلق الدعوى ابتداء أم المناط فيه هو الغاية المترتبة على الدعوى.

و مثال ذلك: أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد، و ادعى زيد أنه كان عارية- فلا ضمان فيه- و ادعى عمرو أنه كان قرضاً- فلا بد من أداء عوضه- كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول، و من قبيل المدعى و المنكر على المناط الثانى. و حيث ان وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا في موارد الأمانات الشرعية أو المالكية، فلا بد لمدعى العارية من إثبات مدعاه.

و على هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى- فيما نحن فيه- هو عنوان البائع، و عنوان المشتري كان المورد من صغريات التداعى. فيتعين التحالف و إذا كان مصب الدعوى هو الغاية المترتبة على الدعوى كان المورد من صغريات المدعى و المنكر، و عليه فيتوجه الحلف على المنكر. و لعل المصنف حيث لم يتضح في نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحية الأخرى فاكتمى- في المقام- بذكر

احتمال التحالف، و الله العالم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٥

بحث في هيئة الصيغة و عدم اعتبار العربية فيها

الجهة الثانية في هيئة الصيغة،

إشارة

قد ذكر المصنف رضوان الله عليه: أن

(المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد).

أقول: ذهب جمع كثير من أعظم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى اعتبار العربية في صيغ العقود لوجوه شتى:

١- التأسى و الاقتداء بالنبي (ص) ضرورة أنه (ص) كان ينشئ العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربية، و من الواضح أن فعله حجة، كما أن قوله و تقريره حجتان.

و الجواب عنه: أن النبي (ص) و إن كان قادرا على إنشاء العقود و الإيقاعات بأى لفظ، و بأية لغة، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان، و لم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالبا. و حينئذ فعدم صدور الإنشاءات العربية منه (ص) بغير اللغة العربية إنما هو لعدم ابتلائه بذلك. كعدم ابتلائه بذلك - غالبا - فى سائر محاوراته و محادثاته، و عليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير اللغة العربية.

و الذى يدل على صدق مقالنا: أنه لو كانت العربية معتبرة فى صحة الإنشاء لظهر لنا ذلك، و بان، بل صار بديهيا كالشمس فى كبد السماء، لكثرة ابتلاء الناس بذلك، بل كان من الوظائف اللازمة على كل متدين بدين الإسلام أن يتعلم الصيغ العربية للعقود و الإيقاعات، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يتلىه من الأحكام الشرعية. و من الواضح أنه لم يذكر ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٦

فى شىء من الأدلة الشرعية.

نعم يجب التأسى بالنبي (ص) فى فعله الصادر منه على سبيل المولوية و التشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا.

٢- أن عدم صحة الإنشاء بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق أولى.

و يرد عليه. أن دعوى الأولوية فى المقام ممنوعه، إذ لا صلة بين المقامين بوجه. على أنه لا دليل على اعتبار الماضوية فى العقود. و ستعرفه قريبا ٣- أن مفهوم العقد لا- يتحقق فى الخارج إلا- بالإنشاء بالألفاظ العربية و عليه فالإنشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعا و الجواب عن ذلك أن العربية غير معتبرة فى مفهوم العقد بوجه، و ليس عليه دليل عقلى، و لا- نقلى، و لا شاهد عليه من العرف و اللغة. بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم العقد على المنشأ بغير الألفاظ العربية، فىكون مشمولاً للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها.

و السر فى ذلك ما ذكرناه مرارا من أن حقيقة كل أمر إنشائى - من الأوامر و النواهى. و العقود و الإيقاعات - متقومة بالاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى، سواء أ كان ذلك المظهر فعلا من الأفعال الجوارحية أم كان قولاً و سواء أ كان القول عربياً، أم كان غير عربى و إذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول، فضلا عن تخصيصه بحصة خاصة منه. و عليه فيصح الإنشاء بالألفاظ غير العربية.

نعم لو أغمضنا عن العمومات و المطلقات لحكمنا بفساد كل عقد نشك فى صحته و فساده - و لو كان ذلك من ناحية الشك فى اعتبار العربية فيه - إلا أن هذا فرض محض لا واقعية له. لما ذكرناه قريبا من أن المنشأ بغير الألفاظ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٧

العربية عقد بالحمل الشائع فتشمله العمومات و المطلقات.

و حينئذ فليس لك أن ترجع إلى أصله الفساد في العقود، لأن موردها إنما هو العقد الذي يشك في صحته و فساده من غير أن يكون مشمولاً لأدلة الإمضاء و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم إذا قلنا باعتبار العربية في الصيغة و جب اعتبارها في جميع ما هو دخيل في حقيقة الصيغة و ماهيتها، و هذا واضح. نعم لا بأس بذكر الشروط- التي اعتبرت في العقود- بغير الألفاظ العربية، لأنها غير معتبرة، في ماهية العقود و حقيقتها، كما أنه لا بأس بذكر متعلقات الصيغة- من العوض و غيره- بغير الألفاظ العربية، لأن ذكر تلك المتعلقات، و حذفها- مع قيام القرينة على الحذف- سيان، و من البديهي أنه إذا لم يضر حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضا.

فكما لا- بأس بقول القائل: بعث، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو المثمن، كذلك لا بأس بقوله: بعث (ابن كتاب را به ده درهم) و لا نحتمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربي مخللاً بصحة العقد.

و يؤيد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال: قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يريد أن يبيع يبيعا فيقول: أبيعك بده دوازده؟ فقال: لا بأس إنما هذه المراضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة (١).

و قد اتضح لك مما حققناه حكم العربي الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الاعراب، فإنه لا يصح الإنشاء بذلك بناء على أن الوجه في اعتبار العربية في العقود هو كون العربي الصحيح متيقنا من أسباب النقل و الانتقال و إليه أشار المصنف بقوله:

(١) رواه في الوافي ج ١٠ في الباب ١٠٧ ص ٩٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٨

(الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل).

و عليه فلا- وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه-: أي خلاف ما أفاده المصنف- ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج عن حقيقته).

و لكن الذي يسهل الخطب هو ما بيناه مرارا من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفساني ما لم يدل دليل خاص على خلافه.

و وقتئذ لا بد من التفصيل في الملحون بين ما يعد غلطا في نظر أهل العرف- كلفظ بغت بدل بعث- و بين ما لا يعد غلطا في نظرهم و إن كان غلطا بحسب القواعد العربية- كاللغات الدارجة- فإنه يصح الإنشاء بالثاني، لكونه صالحا لابرز الاعتبار النفساني دون الأول. إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العربية الصحيحة.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة؟

قوله: (هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ)

أقول: ظاهر كلام المصنف: أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلا متفرع على اعتبار العربية في الصيغة. و من هنا قال في وجه ذلك:

(لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعث و أبيع، و أوجدت البيع و غيرها).

و التحقيق: أن اعتبار الشرط المذكور- في الصيغة- لا يتفرع على اعتبار العربية فيها، بل إنما هو من ناحية أخرى التي سنتضح لك قريبا.

و تفصيل الكلام في المقام: أن الجهل بمضمون الصيغة على قسمين:

١- أن يلتفت المنشئ إجمالاً إلى معنى الصيغة و لكن لا يلتفت تفصيلاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٩

إلى وقوع أى جزء منها بإزاء أى جزء من معناها، كما يتفق ذلك غالباً في غير العارف باللغة العربية، فإنه يلتفت إجمالاً إلى معنى جملة خاصة عربية، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفية الدلالة فيها. و مقابلة أى جزء من تلك الجملة بأى جزء من معناها.

٢- أن يكون المنشئ جاهلاً-بمضمون الصيغة رأساً، و لا- يكون عالماً به، لا إجمالاً، و لا تفصيلاً. بل ربما يكون المرتكز في ذهن المنشئ من تلك الصيغة غير ما يفهمه أهل العرف منها.

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الإنشاء به، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغة على النهج المذكور، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع العدم، لقيام السيرة القطعية على خلافه، إذ لا يطلع على خصوصيات الصيغة على النحو المزبور إلا الأفاضل و العلماء، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفية دلالة على معناه إلا الأوحى من الناس، مثل كلمة (بى هوده) فان كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمة واحدة فارسية، مع أن لفظه (بى) نافية، و لفظه (هوده) بمعنى الفائدة، فقد ضمت إحداهما إلى الأخرى فصارت كلمة واحدة.

أما عوام الناس- حتى العارفين باللغات- فلا- يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفية المتقدمة، و مع ذلك ينشؤون بها العقود و الإيقاعات، و لا- ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً و حديثاً، و لم يثبت عنه ردع في الشريعة المقدسة و الا لظهور بان، و صار من الأمور الواضحة، ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضرورية التي اتضح حكمها في الشريعة المقدسة كالصوم و الصلاة و الحج و أمثالها.

أما القسم الثانى فلا يصح الإنشاء به جزماً، فإن شأنه في نظر المنشئ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٠

شأن استعمال كلمة أكلت و شربت و ضربت مكان بعت، فكما لا يصح الإنشاء بتلك الألفاظ، كذلك لا يصح الإنشاء بما يكون المنشئ جاهلاً بمضمونه رأساً

هل تعتبر الماضوية في الإيجاب و القبول؟

قوله: (المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، بل في التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشتر منى).

أقول: اشتراط الماضوية في الإيجاب و القبول محكى عن الوسيلة و الشرائع و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و التنقيح و المسالك، و عن جمع آخر.

بل قال في التذكرة: الثانى- أى من شروط الإيجاب و القبول- الإتيان بهما بلفظ الماضى، فلو قال: أبيعك أو اشترى لم يقع إجماعاً، لانصرافه الى الوعد. و لو تقدم القبول بلفظ الطلب، بأن قال: بعنى بدل قوله: اشتريت فقال البائع: بعتك لم ينعقد. لأنه ليس صريحاً في الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب فى البيع. نعم لو قال المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت صح إجماعاً و لو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أ تبيعنى؟ فيقول: بعتك لم يصح إجماعاً لأنه ليس بقبول و لا استدعاء انتهى كلامه و وجهه بعضهم بأن الإنشاء بغير الماضى خارج عن العقود المتعارفة فلا تشملها العمومات.

و بأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف غيره من الأمر و المضارع، فإن الأول استدعاء. و الثانى أشبه شىء بالوعد.

و التحقيق: ما عن الكامل و المهذب. من جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولاً للعمومات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤١

و توهم: أن المضارع و الأمر ليسا بصريحين في الإنشاء، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتها في الإنشاء- و لو بالقرائن الحالية أو المقالية- فهو جار في الماضي أيضا، لأنه ليس بصريح في الإنشاء، ضرورة أنه يستعمل تارة في الاخبار، و أخرى في الإنشاء، و عليه فلا يكون صريحا في الثانى، بل هو و غيره سيان في عدم الدلالة على الإنشاء صريحا بحسب الوضع الأولى.

و لو أريد من ذلك عدم صراحتها في الإنشاء حتى مع اقترانها بالقرائن فهو ممنوع جزما.

نعم لا شبهة في أن العقود و الإيقاعات تنشأ بالماضى غالبا، إلا أن مجرد هذا لا يوجب عدم صحة الإيجاب و القبول بغير الماضى، و هذا واضح لا شبهة فيه.

و دعوى الإجماع على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، دعوى جزافية.

لأن المدرك في حجية الإجماع إنما هو العلم بكشفه عن قول المعصوم، و من البين أنه لا- سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتبارية، التى ذكروها فى المقام.

على أن مورد الإجماع- فى عبارة التذكرة التى ذكرناها آنفا- إنما هو خصوص المضارع. و عليه فلا وجه لما فى عبارتى المصنف و مفتاح الكرامة من نسبة الإجماع إلى التذكرة فى كل من المضارع و الأمر.

و يضاف إلى ذلك كله: أنه قد ورد- فى جملة من الروايات [١]

[١] عن سماعه عن أبى عبد الله (ع) فى الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا- يصلح له إلا أن يشتري معه شيئا آخر، و يقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى منه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٢

- الإنشاء بالمضارع. كما يدل على جواز ذلك مطلقا فحوى ما دل عليه فى خصوص النكاح [١].

موثق بزراعة و سماعه.

و عن رفاعه النخاس قال: سألت أبا الحسن: يعنى موسى بن جعفر (ع) قلت له: يصلح لى أن اشترى من القوم الجارية الآبقة، و أعطيهم الثمن، و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئا ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فان ذلك جائز. صحيحه التهذيب ج ٢ باب ٩ الغرر و المجازفة من كتاب التجارات ص ١٥١.

و عن سماعه قال: سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع؟ قال: لا، إلا أن يحلب لك سكرجه، فيقول: اشترى منك هذا اللبن الذى فى السكرجه و ما بقى فى ضروعها بثمان مسمى فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه. موثق بزراعة و سماعه. الوافى ج ١٠ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ١٥١ أقول: السكرجه- بضم السين و الكاف و الراء المشددة- إناء صغير يؤكل فيه الشىء القليل من الأدم فارسية معربة.

ثم إنه وقع الإنشاء بالمضارع فيما ورد فى بيع المصحف، و بيع الثمر فى جملة من الروايات، و قد نقلناها فى الجزء الثانى فى ص ١٥٥.

[١] عن أبى بصير قال: لا بد من أن تقول فى هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما إلخ. ضعيف بعثمان بن عيسى. و موقوف و المراد من الخبر الموقوف: ما روى عن مصاحب المعصوم (ع) من فعل أو قول أو تقرير، مع الوقوف على ذلك المصاحب من دون وصل السند إلى المعصوم (ع) و عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد الله (ع): كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه (ص) لا وارثه، و لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٣

و قد اتضح لك مما بيناه بطلان ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ من أن الإنشاء لا يكون إلا بالماضى، لصراحتها فى تحقق الأمر الاعتبارى،

بخلاف المضارع، فإنه أشبه شىء بالوعد، كما أن الأمر أشبه شىء بالمقولة. و إذن فلا يصح الإنشاء بهما. انتهى ملخص كلامه. ثم إنا ذكرنا مرارا: أن الأمور الإنشائية متقومة بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي بحيث يكون ذلك المظهر صالحا لابرز ما في النفس من الاعتبار- و لو بمثونة القرائن- و عليه فلا بأس بإنشاء العقود بالجمل الاسمية- كإنشاء البيع بجمله (هذا لك بعوض) و إنشاء الإجارة بجمله (منفعة هذه الدار لك بكذا) و هكذا ضرورة أنها- مع اقترانها بالقرائن- صالحة لابرز الاعتبار النفساني، فيكون المنشأ بها مشمولاً لما دل على صحة العقود و لزومها نعم لا يصح الإنشاء بمثل قولنا أنا بائع، أو أنت مشتر، أو هذا مبيع، و نحوها فإن الإنشاء بأشبه هذه الجمل يعد في نظر أهل العرف من الأغلاط. و قد أسلفنا أنه لا يسمح بإنشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره في نظر أهل العرف. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما جواز إنشاء الطلاق بجمله (هي طالق) و إنشاء العتق بجمله (أنت حر لوجه الله) فإنما هو من ناحية دليل خاص.

- موروثة كذا و كذا يوما. فإذا قالت: نعم فقد رضيت، فهي امرأتك، و أنت أولى الناس بها. إلخ. ضعيف بإبراهيم بن الفضل. و عن ثعلبة قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه (ص) نكاحا غير سفاح إلخ. موقوف. و عن هشام بن سالم قال: قلت: كيف يتزوج المتعة؟ قال: تقول يا امه الله أتزوجك كذا و كذا يوما، بكذا و كذا درهما إلخ. مجهول بعبد الله بن محمد بن عيسى. الكافي ط ٢ ج ٥ باب شروط المتعة من كتاب النكاح ص ٤٥٥. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٤ هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟

الجهة الثالثة في الترتيب بين الإيجاب و القبول.

قوله: (الأشهر - كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول).

أقول:

قد اختلف الأصحاب في ذلك.

فقال الشيخ في بيع المبسوط: عقد النكاح ينعقد بالإيجاب و القبول، سواء تقدم الإيجاب. أو تأخر. بلا خلاف: فأما البيع فإن تقدم الإيجاب. صح بلا خلاف و إن تقدم القبول. صح، و الأقوى عندي: أنه لا يصح.

و عن الوسيلة، و السرائر: اشتراط تقديم الإيجاب على القبول و عن المختلف أنه الأشهر.

و عن التذكرة، و الإيضاح، و التنقيح: أنه الأقوى.

و عن جامع المقاصد، و صيغ العقود: أنه الأصح.

و عن تعليق الإرشاد: أنه الأظهر.

بل عن غاية المراد، و المسالك حكاية الإجماع على ذلك عن الخلاف و لكن الموجود في بيع الخلاف: أنه إذا قال: بعنيه بألف، فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت.

دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به «١».

و غير خفي على الناقد البصير أن هذه العبارة التي بين يدي القارى غير ظاهرة في الاشتراط المزبور. و إن كانت توهمه للمستعجل.

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٥

و قد خالف في ذلك جمع من الأعاضم.

فقال العلامة في القواعد: و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

و في الشرائع: أنه أشبه. و اختاره الشهيد في حواشيه.

و في اللمعة و الروضة: أنه لا يشترط تقديم الإيجاب و إن كان تقديمه أحسن.

و عن نهاية الأحكام، و الميسية، و المسالك: أنه الأقوى.

و عن التحرير، و الدروس، و الكفاية: أنه الأقرب.

و عن مجمع البرهان: أنه الأظهر.

بل قال الشيخ (ره) في نكاح المبسوط: فأما إن تأخر الإيجاب فسبق القبول، فان كان في النكاح. صح. بلا خلاف، لخبر الساعدي.

و إن كان هذا في البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتهها صح عندنا، و عند قوم من المخالفين.

ثم إنه قال الشهيد الثاني في الروضة: إن (محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت. أو ابتعت، أو تملك. لا بقبلت و شبهه. لأنه صريح في البناء على أمر لم يقع).

و حكاها - في مفتاح الكرامة - عن جماعة من الفقهاء.

و قد أطنب المصنف في البحث هنا من حيث النقض و الإبرام و صفوة كلامه: أن القبول قد يقع بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما، و قد يقع بلفظ الأمر: بأن يقول المشتري بعني المتاع الفلاني بألف، و يقول البائع بعته إياك بكذا، و قد يقع بلفظ اشترت و ابتعت و ملكت - مخففا.

فإذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجز تقديمه على الإيجاب، للإجماع و لأن العمومات محمولة على العقود المتعارفة، و من الواضح أنه لم يتعارف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٦

تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الإيجاب.

أضف الى ذلك: أن القبول - الذي هو أحد ركني العقد - فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه، بديهية أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالإيجاب لكي يلتزم بإمكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالإيجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلا فعليا. و من الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتأخر الرضاء عن الإيجاب.

إذ مع تقدمه لا - يتحقق النقل في الحال. ضرورة أن الراضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل ماله في الحال الى الموجب. و السر في ذلك أن كلمه قبلت و أشباهها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعة، و لا يتحقق ذلك في الخارج الا بتقديمها على الإيجاب.

و إذا وقع القبول بالقسم الثاني لم يجز تقديمه على الإيجاب أيضا، لأنه لا يعد قبولا للإيجاب المتأخر، و إنما هو استدعاء و استئجاب. بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا، بناء على اعتبار الماضوية في الإيجاب و القبول. و قد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا.

و إذا وقع القبول بالقسم الثالث - أعني به ابتعت و اشترت و ملكت مخففا - جاز تقديمه على الإيجاب، لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعة لكي يستحيل تقديمه عليه. و إنما استفيدت المطاوعة من القرائن المقامية: و هي أن النقل يتحقق - غالبا - من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشتري. و من البين أن هذه القرينة غير مانعة عن تقديم القبول على الإيجاب. بديهية أن المشتري قد أنشأ بالألفاظ المذكورة ملكية المثلث لنفسه بإزاء الثمن. و لا يفرق في ذلك تقدمها على الإيجاب و تأخرها عنه.

ثم انه (ره) تكلم في سائر العقود الى أن قال:

و أما المصالحة المشتملة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٧

على المعاوضة فلما جاز ابتداء الالتزام بها لكل من المتصالحين - لتساوي نسبتها إليهما - كان البادى منهما موجبا، لصدق عنوان الموجب عليه لغه و عرفا.

و لكن لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو كان ذلك أيضا بلفظ الصلح للزم تركيب العقد من إيجابين، و حينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الإيجاب فى الصلح أيضا. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفة، بل هى تشمل جميعها، سواء فيها المتعارف و غير المتعارف. ثانيا: أنه لا وجه لما ذكره فى آخر كلامه من قيام الإجماع على توقف العقد على القبول، لعدم الدليل على اعتبار القبول فى مفهوم العقد، و لا فى صحته، و لا فى لزومه.

بل المتحصل من كلمات أهل اللغة و أهل العرف، هو أن العقد لا يوجد إلا - بين شخصين، سواء أ كان الصادر منهما مركبا من الإيجاب و القبول، أم كان ذلك مركبا من إيجابين فقط، فإنه - على كلا التقديرين - يكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة العقود و لزومها. و قد أشرنا الى ذلك آنفا.

ثالثا: أنه لا وجه لمنعه عن تقديم القبول - الذى وقع بلفظ الأمر - على الإيجاب، لأننا ذكرنا مرارا: أن حقيقة العقد هى الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، من غير أن تعتبر فى ذلك أية خصوصية من الخصوصيات و دعوى: أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لاعتبار الماضوية فى العقود، دعوى فاسدة، لما عرفته قريبا من عدم الدليل على اعتبار الماضوية بوجه رابعا: أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت، و رضيت، و أمضيت و أنفذت، و بين اشترت، و تملك، و ملكت مخففا، حيث التزم بعدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٨

الجواز فى القسم الأول، و بالجواز فى القسم الثانى و بيان ذلك: أن العقود قد يعتبر فيها القبول، و قد لا يعتبر فيها الا الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب:

أما القسم الثانى فيما أنه لا يعتبر فيه القبول، و يكفى فيه مجرد الرضاء، لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء و تأخره فلو استدعى زيد عمروا فى بيع داره فأذن له صح لزيد بيعها، و ان لم يتحقق منه إنشاء لقبول الوكالة.

نعم هذا القسم من الوكالة الإذنية - التى تتقوم بالاذن الساذج - لا يترتب عليه حكم الوكالة العهديه - التى تتقوم بالإلزام و الالتزام من الطرفين - و عليه فإذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده، و ان لم يبلغه الرجوع.

و من هذا القبيل العارية و الوديعة، فإنهما أيضا لا يحتاجان الى القبول و يكفى فى تحققهما مجرد رضاء المستعير و المستودع بإنشاء المالك.

بل و كذلك الحال فى الوصية، فإذا أوصى بمال لزيد، لم يعتبر فى صحتها الا رضاء زيد بالتملك، من دون حاجة الى القبول. و على الجملة: ان الحاجة الى الرضاء فى هذه العقود، كالحاجة الى رضاء الزوجة فى صحة التزويج على بنت أختها، أو بنت أخيها. و معه لا موجب لاعتبار تأخر القبول فى العقود المزبورة، لأنه يكفى فيها مجرد الرضاء سواء تأخر عن الإيجاب، أم تقدم عليه.

أما القسم الأول - أعنى به العقود العهديه - فهو لا يوجد فى الخارج إلا بإنشاء المعاهدة و المعاهدة من الجانبين. و لكن لا دليل على كون أحد الانشائين معنونا بعنوان الإيجاب، و كون الآخر معنونا بعنوان القبول - بمعناه المطاوعى - لكى يستحيل تقدم الثانى على الأول.

بل ذكرنا قريبا: أنه إذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٤٩

المعاملات- كالعقد و البيع و التجارة عن تراض و الشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائية و غير ذلك- حكم بصحته و لزومه، للعمومات و المطلقات و إذن فلا محذور من تركب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تمليك أحد المالين بعوض، و يتضمن ثانيهما تملكه به، سواء أ كان ذلك بلفظ التملك و ما يرادفه، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينه على إنشاء التملك به. و عليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول- بمعناه المطاوعى- فى مفهوم العقود لكى يمنع من تقدمه على الإيجاب.

و لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول، و سلمنا أيضا أخذ المطاوعة فى مفهوم القبول، و لكننا لا نسلم استحالة تقدم القبول على الإيجاب، ضرورة أن القبول يتعلق تارة بالمعنى المصدرى: أعنى به إنشاء البائع. و يتعلق أخرى باسم المصدر: أعنى به نفس المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع.

و على الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الإيجاب فى الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر. و على الثانى فلا محذور فيه من تحقق المطاوعة قبل تحقق الإيجاب و ذلك لأن مفهوم المطاوعة هو الأخذ، و من البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بإزاء مال نفسه، بقوله: قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء- كالبيع مثلا- لنفسه. و إذن فلا يفرق فى تحقق مفهوم العقد، بين تقديم القبول على الإيجاب و عدمه، و حينئذ فيكون ذلك مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود و لزومها و قد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف. من أن القبول فرع الإيجاب، و تابع له، فيستحيل تقدم التابع على المتبوع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٠

و نتيجة ما حققناه هى جواز تقدم القبول على الإيجاب، من غير فارق بين ألفاظ القبول، و لا بين أفراد العقود. نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصا فى النكاح.

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمة الواردة فى بيع العبد الآبق، و بيع المصحف، و بيع الثمر. «١». و أيضا يدل عليه فحوى الأخبار السابقة الواردة فى نكاح المتعة «٢» و فحوى ما ورد فى جواز جعل المهر تعليم شىء من القرآن [٣].

[٣] عن عوالى اللثالى: روى سهل الساعدى: أن النبى (ص) جاءت إليه امرأة، فقالت: يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك، فقال (ص): لا إربة لى فى النساء. فقالت: زوجنى بمن شئت من أصحابك. فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها، فقال: هل معك شىء تصدقها؟ فقال: و الله ما معى إلا رداى هذا، فقال (ص): إن أعطيتها إياه تبقى و لا رداء لك. هل معك شىء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا و كذا، فقال (ص): زوجتكها على ما معك من القرآن.

مرسل. المستدرک ج ٢ فى الباب ٢ من أبواب المهر ص ٦٠٥.

و رواه البيهقى مسندا بأدنى تفاوت فى ج ٧ من سننه ص ٢٤٢.

و عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع) قال: جاءت امرأة إلى النبى (ص) فقالت: زوجنى، فقال رسول الله (ص): من لهذه؟ فقام رجل فقال، أنا يا رسول الله، زوجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: ما لى شىء، فقال: لا، قال:

فأعادت، فأعاد رسول الله (ص) الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله (ص) فى المرة الثالثة، أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم،

(١) راجع ص ٤١ و ٤٢.

(٢) راجع ص ٤٢ و ٤٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥١

هل تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؟

قوله: (و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله).

أقول:

قد حكى المصنف عن الشهيد في قواعده: (أن الموالاة معتبرة في العقد و نحوه و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه.

و قال بعض العامة: لا يضر قول الزوج- بعد الإيجاب-: الحمد لله، و الصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها. و منه الفوريه في- استتابة المرتد، فيعتبر في الحال و قيل: إلى ثلثة أيام. و منه السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيرا أبطله.

و منه السكوت الطويل في أثناء القراءة، أو قراءة غيرها خلالها. و كذا التشهد. و منه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فان تعمدوا، أو نسوا

- فقال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه. صحيح. الكافي ج ٥ من ط ٢ باب النوادر في المهر ص ٣٨٠.

ثم لا يخفى عليك: أنه يستفاد من الخبرين المزبورين أحكام شتى:

١- جواز تقديم القبول على الإيجاب.

٢- جواز وقوع القبول بلفظ الأمر.

٣- جواز الفصل بين الإيجاب و القبول.

٤- جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن.

إلا ان استفادة غير الحكم الأخير منهما مبنية على ما فهمه جمع من ان القبول فيهما هو قول ذلك الصحابي: زوجنيها، و الإيجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكها على ما تحسن، أو ما معك من القرآن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٢

حتى ركع فلا جمعة.

و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة. و منه الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر. و الموالاة في سنة التعريف. فلو رجع في أثناء المدّة استؤنف ليتوالى).

و التحقيق: أنه لا شبهة في اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، ضرورة أن الاستثناء من النفي يفيد الإثبات، كما أن الاستثناء من الإثبات يفيد النفي و عليه فإذا اتصل أحدهما بالآخر، كان لهما ظهور واحد. و مضمون فارد، و إذا انفصل أحدهما عن الآخر، كان لكل منهما ظهور خاص، و مضمون مستقل.

و من هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً، ثم استثنى من ذلك- بعد مدّة طويلة- خمسةً دنائير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى و المستثنى منه- في نظر أهل العرف- كلاماً واحداً، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه. و كذلك إذا قال أحد: لا إله، و لم يعقبه بقوله: إلا الله، إلا بعد مدّة طويلة حكم بكفره، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً.

و على الإجمال: إن اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه أمر بديهي و ربما يكون التأمل في ذلك سبباً لاعتبار الاتصال في كل أمر تدريجي، الذي ثبتت له الصورة الاتصالية في نظر أهل العرف. و هذا هو المراد من قول الشهيد:

(الموالاة معتبرة في العقد و نحوه، و هي مأخوذة إلخ).

ثم إن الفورية في استتابة المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، بديهية أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفى ارتكازى ولكن وجوب الاستمرار في الإسلام وعدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعى، فلا بد من الاستتابة فورا فقورا، و إذن فلا صلة بينهما بوجه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٣

و هكذا الكلام في لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام، فإن ذلك لا يرتبط بالفورية العرفية، بل يحتاج إلى الدليل الشرعى، و عليه فان كان- هناك- ما يدل على الفورية أخذ به، و إلا فيرجع إلى أصالة البراءة.

و الحاصل: أن الأمر التدريجى المتصل إذا أخذ موضوعا للحكم، لم يترتب عليه ذلك الحكم في غير حال الاتصال، ضرورة أن فعليه الحكم بفعليه موضوعه، و من البين الذى لا ريب فيه أن الأمر التدريجى المتصل لا يكون فعليا إلا بفعليه هيئته الاتصالية و إذا انتفت هذه الهيئته انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدريجى المتصل، لانتفاء موضوعه و هذا لا شبهة فيه بحسب الكبرى و لكن البحث فى أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب و القبول، أم لا؟.

لا- خفاء فى أن الاتصال- بحسب الدقة- يساوق الوحدة، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر- و لو آنا ما- لم يصدق عليهما عنوان الواحد.

نعم قد يتحقق الاتصال العرفى فى الأمور التدريجية مع تخلل العدم فى البين، و من هنا يقال- للكلام الطويل-: إنه كلام واحد متصل، مع تخلل السكوت فيه قليلا.

ولا- يخفى عليك أن هذا الإطلاق إنما هو بحسب التشكيك، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى والمستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل، و الاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جملة و جملة أخرى، و الاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكورة كلها، و جميع ذلك واضح لا شبهة فيه.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله بوجهين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٤

١- ما ذكره المصنف (ره) و إليك لفظه:

(أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية فى العرف فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول- القائم بنفس المتعاقدين- بمنزلة كلام واحد مرتبط بعبءه بعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية، و لذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفردا فى الطول، كسنة أو أزيد، و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو فى كل أمر بحسبه).

و إذن فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد، و هذا الذى ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره).

و يتوجه عليه أولا: أن دليل صحة المعاملات و لزومها لا ينحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضا آية التجارة عن تراض و من البديهي أنا لا ندور فى دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد، بل يكفى فى ذلك تحقق التجارة عن تراض.

و قد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله

(و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم فى المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود. أما لو كان منوطا بصدق البيع، أو التجارة عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد).

نعم لا يمكن التمسك بآية التجارة عن تراض فى خصوص النكاح.

ثانيا: أنا لا نرى وجها صحيحا للمنع عن كون العقد الفاقد للموالة مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد، ضرورة أن العقد ليس اسما للفظ المركب من الإيجاب و القبول، بل هو عبارة عن العهد المطلق أو العهد المشدد، و هذا المعنى أمر نفسانى قائم باعتبار الموجب و

القابل معا، و من الواضح أنه لا ينفصم بتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول اللفظين.

نعم لا بد و أن يعد ذلك مظهرا- في نظر أهل العرف- لذلك الاعتبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٥

النفسانی، و إذن فلا يكون الوجه المزبور دليلا على اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول.

و على الإجمال: إن العقد عبارة عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر، و شده به، مع وجود مظهر لكل منهما في الخارج، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادلة في نفسه، و أبرزه في الخارج، و بقي على اعتباره حتى انضم إليه اعتبار المشتري المبرز بقبوله، فكيف لا يصدق عليهما العقد؟ و هل الانفصال بين حدوثي الاعتبارين، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره؟ نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشتري لم يتحقق العقد في الخارج، لكنه خارج عن محل كلامنا. و عليه فالفصل بين الإيجاب و القبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لآية و جوب الوفاء بالعقد. و هذا ظاهر.

٢- ما أفاده شيخنا الأستاذ من (أنه لما كان فيها-: أي في العقود العهديّة المعاوضية كالبيع، و ما يلحق بها كالنكاح- خلع و لبس، أو إيجاد علقه، فلا بد أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و إلا يقع الإضافة، أو العلقه بلا محل و مضاف إليه).

و يرد عليه: أن هذا الوجه يقتضى استحالة تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب و القبول، و لازم ذلك أن لا يوجد عقد في العالم، لأنه لا يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه و قبوله- و لو بزمان قليل- و من اليبين أنه لا يفرق- في استحالة الفصل بينهما- بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير، و بين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل. و هذا بين لا ريب فيه.

و الحل أن الخلع و اللبس- في اعتبار البائع- ليس على وجه الإطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٦

و إلا لتحقق ذلك قبل تحقق القبول، مع أنه لا يتحقق قبله حتى في اعتبار نفس البائع فضلا عن إمضاء العقلاء، أو الشارع. بل الخلع و اللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري، و على فرض تحققه. و عليه فالخلع مقارن باللبس دائما، سواء أ تحققت الموالاة بين الإيجاب و القبول، أم لم تتحقق.

أضف إلى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول، لأننا نرى بالعيان. و نشاهد بالوجدان: أن بعض الناس يرسل هدية إلى صاحبه من البلاد النائية و أن تلك الهدية إنما تصل إلى المهدى إليه بعد مدة طويلة- كشهر أو شهرين- و لا شبهة في أن هذه هبة قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها، و لم نسمع من أحد أن يناقش في صحتها، مع أنها من العقود.

و تدل أيضا على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول قصة مارية القبطية عليها السلام الموهوبة للنبي (ص) [١] حيث إنه وقع في تلك القصة فصل طويل بين إيجاب الهبة و قبولها، و مع ذلك لم يحكم النبي (ص) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاة بينهما، و إذا جاز ذلك في الهبة جاز في غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا.

و دعوى: أن الهبة في القصة المزبورة هبة معاطية، و بحثنا هنا في العقود اللفظية، دعوى جزافية، إذ لا وجه للتفكيك بينهما في ذلك. كما أن دعوى كون الإيجاب من رسول المالك، و القبول من النبي (ص) دعوى فاسدة لأن

[١] قد روى: أن النجاشي ملك الحبشة- بعد ما تشرف بالإسلام- بعث إلى النبي (ص) بهدايا، و بعث إليه مارية القبطية أم إبراهيم

عليهما السلام، و بعث إليه بثياب و طيب كثير و فرس. البحار ج ٦ باب ٣٤ الهجرة إلى الحبشة ص ٤٠١

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٧

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره.

وقال شيخنا الأستاذ: إن (جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان في المشرق، و كانت يده طويلة تصل إلى المغرب. فمد يده و أعطى شيئاً لمن كان في المغرب فان فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب).
 ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه، وبين المثال المزبور، بدهاءة أن المهدي - في مورد السيرة - ربما يغفل عن هديته في زمان وصولها إلى المهدي إليه، وعندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطة منزلة فعل المرسل.
 وهذا بخلاف المثال المزبور، فإن المهدي - في ذلك - بنفسه متصد لإيجاد العقد، و إنشائه، من دون أن يفصل فاصل بين إيجابه و قبوله، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته.
 و أيضاً يدل على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول قيام السيرة بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضاً بالكتابة و البرقية، مع تخلل الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها. و لم يناقش أحد في صحتها.
 و دعوى وجود الفارق بينها و بين المعاملات الشفاهية، و أن السيرة غير جارية في الثانية، دعوى جزافية.
 و أيضاً يدل على جواز الفصل بين الإيجاب و القبول فحوى ما ورد «١» في جواز جعل المهر شيئاً من القرآن. بناء على أن القبول - في الرواية - هو قول الصحابي: زوجنيها، و الإيجاب هو قوله (ص) بعد فصل طويل:
 زوجتكها على ما معك من القرآن. و إذا جاز ذلك في النكاح جاز في غيره بالأولية

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٨

و يضاف إلى ذلك كله: أنه لا- دليل على اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول. و دعوى الإجماع عليه، دعوى باطله، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى - هنا - لكي يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (ع).
 و عليه فإذا تحقق الإيجاب و القبول في الخارج مع وجود الفصل بينهما و صدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود و لزومها. و هذا بديهي لا خفاء فيه.

هل يعتبر التنجيز في العقود؟

إشارة

قوله: (و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد).

أقول:

تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً. كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول: البائع بعتك هذا إن جاء زيد، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة.
 و قد يكون ضمناً، كما إذا لم يذكر في الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط و التوقف و لكن يستفاد ذلك منه ضمناً: كقول البائع بعتك داري يوم الجمعة، فإن الصيغة و إن كانت خالية عن التعليق ظاهراً، و لكنه مطوى فيها ضمناً، لأن تقديرها بعتك داري إذا جاء يوم الجمعة. و عندئذ لا- ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداة الشرط و نحوها مما يدل على التعليق. بل مدار البحث - هنا - على استفادة التعليق من الصيغة بأي وجه كانت الاستفادة.
 ثم إن مركز البحث في المقام إنما هو تعليق المنشأ على شيء، كقول أحد الشخصين لصاحبه: أنت و كيلى في بيع داري إن قدم زيد

من سفره،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٥٩

حيث إن الوكالة ليست بمطلقة بل هي معلقة على قدوم زيد من سفره.

أما إذا كان الإنشاء والمنشأ كلاهما مطلقين، و كان التعليق في متعلق العقد فقط، فهو خارج عن محل البحث جزماً.

و مثال ذلك: أن يوكل أحد غيره- في أمر- مطلقاً و منجزاً، و لكن كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً، يتوقف حصوله- في الخارج- على تحقق شيء آخر، كأن يقول الموكل لو كيلى: أنت و كيلى في بيع دارى يوم الجمعة بأن كان يوم الجمعة قيماً للبيع، لا للوكالة. و مثله: أن يقول: أنت و كيلى على وجه الإطلاق، و لكن لا- تتصرف في أموالى إلى وقت معين- كقدوم الحاج مثلاً- أو إلى حصول شرط خاص.

و من هنا يجوز للزوجة أن تشتري على زوجها- في عقد الزواج- أن تكون و كيلىه في طلاق نفسها مطلقاً و منجزاً و يكون أعمال الوكالة مشروطاً بعدم الإنفاق أو بالمسافرة إلى بلد كذا أو غير ذلك فان هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة.

ثم إن المغروس في كلمات الفقهاء، و المسطور في كتبهم: أن التعليق في الجملة مجمع على بطلانه، و إنما الكلام بينهم في تعيين معقد الإجماع.

فقد صرح باعتبار التنجيز في العقود الشيخ، و العلامة، و المحقق، و الشهيد، و غيرهم.

بل عن العلامة- في التذكرة-: أنه يجب كون الوكالة منجزة عند علمائنا و حكى عنه أيضاً دعوى الإجماع على عدم صحته أن يقول الموكل: أنت و كيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى. و على صحته قوله: أنت و كيلى، و لا- تبع عبدى إلا- في يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً.

و فرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء- بعد اعترافهم بأن الصورة الثانية أيضاً في معنى التعليق-: بأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٠

فلا تقع بدونها و إن أفادت فائدتها.

و عن المحقق و الشهيد الثانيين- في جامع المقاصد و المسالك في مسألة إن كان لى فقد بعته-: أن التعليق ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

و عن فخر الإسلام- في شرح الإرشاد-: أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، و كذا سائر العقود، جائزة كانت، أو لازمة. و عن غاية المرام: أنه لا خلاف فيه.

و فى الجواهر: شرطها- أى الوكالة- أن تقع منجزة غيرها من العقود بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.

و فى مفتاح الكرامة: و الدليل على ذلك- بعد الإجماع نقلاً و تحصيلاً- أن الأصل عدم جواز الوكالة، خرجت المنجزة بالإجماع، و بعض الأخبار و بقى الباقي.

و قد أشار الشيخ- فى الخلاف- إلى الأصل الذى ذكره فى مفتاح الكرامة، و قال: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك فى البيع، فان ذلك لا يصح، دليلنا: أنه لا دليل على صحة هذا العقد، و عقد الوكالة يحتاج إلى دليل.

و لكن حكى التأمل فى ذلك عن الكفاية، لأنه غير مرتبط بدليل واضح و لعله تبع فى تأمله هذا للمحقق الأردبيلي.

بل صرح المحقق القمى- فى جامع الشتات- بأن التعليق فى الوكالة لا يضر بصحة عقد الوكالة.

و على الإجمال. إن ظاهر جملة من العبائر: هو بطلان التعليق فى العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق، و ظاهر جملة أخرى منها: أنه يحكم ببطلان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦١

التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولاً، كما عرفته عن المحقق و الشهيد الثانيين و لاستيضاح هذا الاختلاف، و بيان حكم التعليق، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق.

و حاصل كلامه: أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول، أو محتمل الحصول.

و على كلا التقديرين، فاما أن يكون ظرف الحصول هو الحال، أو الاستقبال.

و على التقادير الأربعة. فاما أن يكون الشرط- الذى يذكر فى العقد تصريحاً أو تلويحاً- مما لا تتوقف عليه صحة العقد، كالتعليق على الصفة التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و سيأتى.

و إما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد:

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً: بأن لا يكون خمرًا، و لا خنزيراً أو يكون مما يصح إخراجه عن الملك: بأن لا يكون وفقا، و لا أم ولد أو يكون المشتري ممن يصح تملكه: بأن لا يكون عبداً.

أو يكون البائع، أو المشتري ممن يجوز معه العقد: بأن لا يكون صبيًا و لا- مجنونًا، و لا- سفيهاً،- و هو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللاغية- و إذن فأقسام التعليق ثمانية. انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الإجمالى و الصحيح: أن يقسم التعليق إلى

اثنى عشر قسماً: بأن يقال: إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، أو يكون محتمل التحقق.

و على كلا التقديرين، فاما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً، أو أمراً استقبالياً.

و على التقادير الأربعة، فاما أن يكون الشرط- الذى علق عليه العقد-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٢

دخيلاً فى مفهوم العقد، أو يكون دخيلاً فى صحته، أو لا يكون دخيلاً فى شىء منهما، و يعبر عنه بالتعليق بالصفة.

ما هو حكم التعليق فى العقود؟

إشارة

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة فى صحته: بأن يقول البائع: إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا، و يقول المشتري: قبلت، فإنه لا يتحقق مفهوم البيع إلا بكون المبيع ملكاً للبائع، فهذا النحو من التعليق أمر ضرورى، و غير مضر بصحة العقد، سواء أ كان مذكوراً فيه صريحاً، أم لا. و عليه فلا شبهة فى صحة التعليق فى أربعة من تلك الأقسام المذكورة:

١- أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً و معلوم الحصول، كقول الزوج لزوجته: إن كانت هذه زوجتى فهى طالق، و من الواضح أن عنوان الزوجية دخيل فى صدور الطلاق من الزوج.

٢- أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً و معلوم الحصول فى ظرفه، كما إذا قال البائع للمشتري: بعتك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشتري يقبله.

٣- أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً مع الجهل بتحقيقه، كما إذا قال رجل لامرأة: ان كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جهله بأنها زوجته.

٤- أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً و مجهول التحقق فى ظرفه، كما إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك هذا المتاع بكذا ان قبلت مع احتمال أن لا يقبله صاحبه.

و لا ريب فى صحة التعليق فى جميع هذه الصور الأربع، بديهة أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٣

ذكر الشرط في الصيغة بصورة التعليق وعدمه بيان، لأن التعليق في الكلام لا يزيد على الواقع بشيء، ضرورة أن واقع العقد و مفهومه معلق على الأمور المذكورة بحيث لولاها لم يتحقق - في الخارج - مفهوم العقد أو الإيقاع أصلا و رأسا.

أما التعليق على ما يكون دخيلا في صحة العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول في الحال، كقول البائع: إن كان هذا الشيء مما يملك فقد بعته بكذا درهما، مع علم البائع بكون ذلك الشيء مما يملك.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق في المستقبل، كالتسليم و التسلم في بيع الصرف و السلم، كقول البائع للمشتري بعتك هذه الشذرة من الذهب بكذا درهما إن أخذتها و سلمت إلي الثمن.

٣- أن يكون المعلق عليه حاليا و مجهول التحقق، كالبلوغ و العقل و عدم الفلاس.

٤- أن يكون المعلق عليه استقباليا. و مجهول التحقق، و لا-ريب في أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضا، لأن صحة العقد واقعا متوقفة على الجهات المزبورة. و اذن فذكر المعلق عليه - في تلك الأقسام - و حذفه بيان.

و على الجملة: إنه لا شبهة في صحة العقد الذي كان معلقا على ما تتوقف عليه صحته. بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيرا. و لا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات، و لم يدل دليل على بطلان التعليق - هنا - لكي

يكون ذلك الدليل مخصصا لتلك العمومات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٤

و هذا هو الحجر الأساسي، و الركن الوثيق في صحة التعليق في الموارد المزبورة لا- ما ذكره الشيخ في المبسوط. من أن المنشئ لم يشترط الا ما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره بصورة الشرط، كما لو شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثمن، أو ما أشبه ذلك، لأن ما أفاده و ان كان لا بأس به في نفسه، و لكنه لا يدفع محذور التعليق - لو كان فيه محذور - و من هنا أورد عليه المصنف، و قال نصا:

(ان المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام - الذي هو وظيفة المتكلم - فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، و المعلق على شيء ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء، بل و لا منجزا، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام).

أما التعليق على الصفة - التي لا دخل لها في تحقق عنوان العقد، و لا في صحته - فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلا، كأن يقول البائع للمشتري: ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك داري، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعة، و هذا لا شبهة في صحته، و لا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع في هذه الصورة من ناحية التعليق. فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق، لا التعليق الصوري. و ما نحن فيه من القليل الثاني، دون الأول.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول في المستقبل، و هو على قسمين، لأن إيقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط: بمعنى أن البائع ينشئ المبادلة في ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر: بأن يقول: بعتك داري إذا دخل شهر رمضان، و يريد من ذلك تحقق البيع من حين دخول شهر رمضان، لا من الآن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٥

و قد يكون من قبيل التعليق - لا- الاشتراط - نظير الواجب المعلق. كما إذا علق البائع بيعه من الآن على تحقق ذلك الأمر المتأخر في ظرفه أما الأول فهو مشمول للإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود و الإيقاعات.

أما الثاني فهو لا يزيد على الواقع بشيء. للعلم بتحقيق المعلق عليه في ظرفه ففي الحقيقة ليس هنا تعليق في الكلام - و إن كانت الصورة

صورة التعليق - و إذن فيكون ذلك خارجا عن حدود الإجماع القائم على بطلان التعليق.

٣- أن يكون المعلق عليه محتمل التحقق في الحال: بأن يقول أحد لغيره: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك فرسى حيث إن البائع قد علق بيع فرسه على كون هذا اليوم يوم الجمعة.

٤- أن يكون المعلق عليه محتمل الحصول في المستقبل و لا- يخفى عليك أن هذين القسمين أيضا باطلان لدخولهما في معقد الإجماع المزبور.

و المتحصل مما بيناه: هو أن الإجماع الذي ادعاه الفقهاء على بطلان التعليق إنما هو في الأقسام الثلاثة الأخيرة.

أما العقود المشتملة على غير هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الإجماع فيها على البطلان، فهي مشمولة للعمومات الدالة على صحة العقود و لزومها، و إذن فلا بد من البحث- هنا- في هذه الأقسام الثلاثة، و ملاحظة ما استدل به على بطلان العقود مع التعليق فيها من إجماع أو غيره، فان كان في تلك الأدلة ما يصلح لتخصيص العمومات المزبورة أخذ به، و إلا فهي محكمة في المقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٦

ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

إشارة

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوه شتى:

الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك،

حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء، و قد عرفت كلماتهم قريبا.

و يتوجه عليه: أن الإجماع إنما يكون حجة مع القطع بكونه مستندا إلى رأى الإمام (ع) و من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم الإجماع- هنا- إلى الوجوه الاعتبارية التي استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق

الوجه الثاني: أن التعليق في العقود أمر غير معقول،

و عندئذ لا يوجد عقد تعلقي- في الخارج- لكي يبحث عن صحته و فساده، فلا بد من إيجاد منجزا.

و يتوجه عليه: أن المستحيل إنما هو التعليق في الإنشاء، بديهته أن الإنشاء- بأى معنى كان- قد فرض وجوده في الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شىء ما، لأن ما وجد في الخارج يمتنع عدمه، فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقدير، و معدوما على تقدير آخر.

و على الجملة: إن الإنشاء أمر لا يقبل التعليق، بل هو إما أن يوجد، و إما أن لا يوجد. و لكن هذا خارج عن مركز بحثنا، لأن كلامنا ليس في التعليق في الإنشاء.

أما التعليق في المنشأ- الذى هو محلّ البحث في المقام- فلا شبهة في إمكانه. بل إن وقوعه في الأحكام العرفية و الشرعية فوق حد الإحصاء، ضرورة أن الأحكام الشرعية و القوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا الحقيقية، و من سنخ الأحكام التي هي مشروطة بوجود موضوعها. و قد وقع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٧

ذلك في العقود و الإيقاعات على نحو الإيجاب الجزئى، كالوصية، و التدبير، و النذر، و العهد، و اليمين.

و الحاصل: أن إمكان تقييد المنشأ، و تعليقه بشىء، و وقوع ذلك من البديهيات. و إنما الكلام في صحة العقد أو الإيقاع فيما إذا كان

المنشأ فيه مقيدا

الوجه الثالث: أن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد - كسائر الخطابات الوضعية و التكليفية - أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجا،

و لا ينفك عنه زمانا و هذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعلى لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلا بالعقود التعليقية، و عليه فيكون ذلك خارجا عن حدود مدلول الآية. و المفروض أنه ليس هنا خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقود التعليقية، فتكون باطلة. و قد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديدة:

١- أن ما دل على صحة العقود و لزومها غير منحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد، بل تدل على ذلك أيضا آية حلية البيع، و دليل السلطنة، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه أولا: أن آية حلية البيع مختصة بالبيع، فيبقى غيره - من العقود التعليقية - خاليا عن دليل الصحة.

أما دليل السلطنة فهو ضعيف السند، و غير منجز بشيء، على أنه لا يجرى في مثل النكاح.

ثانيا: أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد في ترتب الأثر من حين تحقق العقد - يجرى في آية حل البيع، و دليل السلطنة أيضا، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع، أو عقد آخر، و لا يدلان على صحة البيع أو غيره من العقود المعلقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٨

٢- أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد و عليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فان كان العقد منجزا و جب الوفاء به منجزا و ان كان معلقا لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن في وجوب الوفاء بالنذر و العهد و غيرهما و السر في ذلك: أن أدله و وجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظرة إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق في الخارج، سواء فيه المنجز و المعلق. و على الجملة. أن الإمضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإذا كان البيع - مثلا - مطلقا فأثره الشرعى الملكية المنجزه غير المشروطة بشيء. فإذا كان معلقا فأثره الشرعى الملكية المعلقة، و هذا واضح لا ستار عليه. انتهى ملخص ما أفاده. و هذا الوجه متين جدا.

٣- أنه قد وقع في الشريعة المقدسة تخلف الأثر عن العقد في موارد شتى: كبيع الصرف و السلم و الوصية، و المعاملات المعاطية بناء على إفادتها الإباحة مع قصد الملكية. فلتكن العقود المعلقة من تلكم المذكورات و عندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه، و إلا لزم القول بفساد المعاملات المزبورة، انتهى حاصل كلامه.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٣، ص: ٦٨

و يرد عليه: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود، لأن صحتها من ناحية الدليل الخاص، فلا مورد للنقض.

٤- أن الدليل المذكور أخص من المدعى، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر خارجي غير دخيل في تحقق العقد كقولك بعتك كتابي هذا بدينار إن قدم الحاج.

أما إذا كان التعليق على أمر حالي، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت، فإنه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد. انتهى حاصل ما أفاده.

و هذا الوجه أيضا متين على تقدير أن يلتزم القائل - بإبطال التعليق -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٦٩

بالطلان في مثل ذلك أيضا. ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام، و عليه فلا يتوجه ما أفاده المصنف (ره).
٥- أن الدليل المذكور أيضا أخص من المدعى، من جهة أنه لا يجرى في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فان تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع. و عليه فان انكشف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه، و إلا- فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفا على الشرط، لكي يلزم منه تخلف الأثر عن العقد. انتهى الملخص من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

٦- أن ذلك الدليل لا يجرى في غير البيع من العقود- التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها- كالوصية و التدبير و السبق و الرماية و الجعالة، و من البين أن مورد البحث- هنا- لا ينحصر بالبيع و لا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط في كل عقد دليل مستقل لكي يلتزم في بعضه بجواز التعليق، و في بعضها الآخر بعدم جوازه. انتهى الحاصل من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفية،

فلا بد و أن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن، و هو السبب الخالي عن التعليق.
و يتوجه عليه: أنه لا وجه لأخذ القدر المتيقن في أمثال الموارد بديهة أن العمومات و المطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد.

نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الإجماع أو السيرة لكان للتوهم المزبور وجه وجيه.

الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ

من أن العمومات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهة أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف و العادة في عقودهم المتعارفة و عقودهم المرسومة بين عامة الناس- و إن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٠
مست الحاجة إليه أحيانا في العقود الواقعة بين الدول و الملوك- و عليه فلا تكون العقود المعلقة مشمولة لأدلة صحة العقود، للشك في صدق عنوان العقد عليها عرفا.

و الجواب عن ذلك: أن هذا الوجه ممنوع كبرى و صغرى: أما الوجه في منع الكبرى فلأن الانصراف لو صح- فإنما يتم في المطلقات، بدعوى أن ثبوت الإطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمه، فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا في الخارج، و متساوي الأقدام مع بقية الأفراد كان ذلك قادحا في انعقاد الإطلاق للمطلق، بديهة أن عدم تساوي الأفراد شيء يصلح للقرينية على عدم إرادة الإطلاق، و إذن فلا يصح التمسك به في أمثال ذلك.

الا أن هذه الدعوى لا تجرى في العمومات الدالة على صحة كل عقد، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمه، إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع- على ما حقق في محله- و عليه فلا مانع من كون العقود المعلقة مشمولة لتلك العمومات.

أما الوجه في منع الصغرى فلأننا لو سلمنا وجود الانصراف، و لكن لا نسلم كون العقود المعلقة من العقود غير المتعارفة، ضرورة أنها واقعة في العرف كثيرا، كتعليق البيع على إجازة الأب، أو الصديق، أو الجار أو غير ذلك. و قد تقدمت الإشارة إلى هذا قريبا.

و نتيجة البحث: أنه لا- دليل على بطلان العقود بالتعليق، لكي يكون ذلك الدليل مخصصا لأدلة صحة العقود، و عليه فالعمدة في المقام هو الإجماع فإن تم فهو، و إلا فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات. و قد عرفت عدم تمامية الإجماع في المقام، و من هنا جزم

المحقق القمي بصحة الوكالة المعلقة.
و حكي التأمل في بطلانها عن المحقق الأردبيلي و الكفاية على ما عرفته في
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧١
طلية البحث.

هل يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول؟

إشارة

قوله: (و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول)
أقول التطابق بين الإيجاب و القبول يتصور على أنحاء:

١- أن يكون ذلك من ناحية عنوان المعاملة:

بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه: بعتك داري بكذا، و يقول صاحبه: قبلت البيع بكذا، فلو قال:
قبلت الهبة بكذا لبطل العقد، بديهه أن العقد أمر وحداني مركب من الإيجاب و القبول، فإذا إنشاء أحد المتعاملين البيع، و قبل الآخر
الهبة، لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر، فلا تتحقق بينهما معاقدة و معاهدة، بل يكون عهد كل منهما بعيدا عن عهد الآخر، ضرورة أن ما
أنشأه الموجب لم يقبله القابل، و ما قبله القابل لم ينشئه الموجب.
و من هنا قال شيخنا الأستاذ: إن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من القضايا التي قياساتها معها.

٢- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية المبيع:

بأن يقول أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك عبدى بكذا، و يقول الآخر قبلت هكذا. و لو قال قبلت بيع الجارية بكذا لبطل العقد، لما
عرفته قريبا من أنه مع الاختلاف- بين الإيجاب و القبول- لا- يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، لكي يتحقق هنا عقد مركب من
الإيجاب و القبول.

٣- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية البائع و المشتري،

فلو قال زيد لعمرو: بعتك داري بكذا، و يقول عمرو: قبلت البيع لخالد، أو يقول
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٢

خالد: قبلت البيع لنفسى بكذا لبطل العقد، لعدم ورود الإيجاب و القبول على مورد واحد، كما عرفته في القسمين السابقين.
و قد يتوهم: أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول في الصورة الثالثة ينافي لما أسلفناه في تعريف البيع، من أنه تبادل عين بعوض في
جهة الإضافة ضرورة أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا يلاحظ البائع الخاص، و لا أن يلاحظ المشتري المعين في تحقق مفهوم البيع،

بل مقتضى التعريف المزبور أن لا- يلاحظ في ذلك كون البائع مالكا للمبيع، وكون المشتري مالكا للثمن و من هنا نحكم بصحة المعاملة الفضولية.

و لا- يقاس البيع- في ذلك- بالنكاح، إذ لا بد في النكاح من التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبة إلى الزوجين، فان منزلتهما- في عقد الزواج- منزلة العوضين- في البيع- و قد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الإيجاب و القبول من ناحية العوضين.

و لكن هذا التوهم فاسد، ضرورة أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبة إلى البائع الخاص و المشتري الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية.

أما إذا كان أحدهما كلياً في الذمة، فإنه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية البائع و المشتري، ضرورة أن ذمم الأشخاص مختلفة بحسب قوة الوثائقه و ضعفها، إذ رب شخص لا يعتمد عليه في الأمور الحقيرة، و رب شخص تطمئن إليه النفس في الأمور الخطيرة.

و عليه فإذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين ديناراً في الذمة، فإنه ليس لعمر أن يقبل هذا البيع لغيره، و لا لغيره أن يقبله لنفسه، ضرورة أن ذمة عمرو غير ذمة بقية الأشخاص، فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٣

ببقية الذمم، و إذن فالإخلال بالتطابق في الصورة الثالثة أيضاً موجب للبطلان ففي الحقيقة يرجع اعتبار التطابق في هذه الصورة إلى اعتبار التطابق في الصورة الثانية.

٤- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد

فإذا خالف الإيجاب القبول في ذلك قيل بصحة العقد حينئذ، و ثبوت الخيار للمشروط له، نظراً إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد، و إنما هو التزام في التزام آخر.

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق في هذه الصورة أيضاً.

و الوجه في ذلك: ما نذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو إلى تعليق لزومه على شيء، أو تعليقهما معاً أما الأول فكاشتراط شرط في عقد الزواج أما الثاني فكاشتراط الكتابة في العبد المبيع، أما الثالث فكاشتراط عمل في البيع و نحوه.

و نذكر في المبحث المذكور: أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، و جعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، و في جميع ذلك يكون عدم التطابق موجبا للبطلان.

٥- التطابق بين الإيجاب و القبول في أجزاء المبيع و الثمن،

و عليه فلو قال البائع: بعتك داري بخمسين ديناراً، و قال المشتري: قبلت البيع في نصف المبيع بخمسة و عشرين ديناراً فقد حكم شيخنا الأستاذ ببطلان البيع في هذه الصورة أيضاً.

و إليك نص مقرر بحثه: (و مما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع و الشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط. و قبل الآخر بلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٤

شرط، أو باع البائع عبيدين، وقبل المشتري أحدهما وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضا، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر).

أقول: إن مرجع بيع الدار بخمسين دينارا إلى بيع كل نصف منها بخمسة وعشرين دينارا، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط، وقد مر حكمه

هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

إشارة

قوله: (و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء).
أقول: قد اعتبر المصنف - في صحة العقد - وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل من المتبايعين الإنشاء في تلك الحال، وعليه فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية الإيجاب لم ينعقد العقد بينهما، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهدة والمعاودة بينهما بوجه.

وقال شيخنا الأستاذ: إن هذا الشرط - كسابقه - من القضايا التي قياساتها معها، بديهية أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد. ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده وعلى هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد ودعوى الصحة في العقود الجائزة، دعوى جزافية، لأن القول بالصحة إنما هو في العقود الإذنية فقط، دون العقود العهدية. انتهى ملخص كلامه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٥

و يتوجه عليه: أن العقد ليس من مقولة الأفعال ولا من مقولة الألفاظ الخارجية، ولا من الاعتبارات النفسية المحض، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر، وإظهاره بمبرز خارجي، ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا، فيكون مشمولاً للعمومات والمطلقات، ولم يدل دليل من الكتاب، والسنة، والإجماع، والسيره على كون كل من المتعاقدين واجدا لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء، دون الفاقد لها.

وقال الفقيه الطباطبائي - عند قول المصنف: و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء -: إنه (لا دليل على هذه الكلية، وعدم صدق المعاودة والمعاهدة إنما يتم في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأما في بقاء الصور فنمنع عدم الصدق خصوصا فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك، وأن المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلوس أو السرقة أو السفه).

ولكن التحقيق يقتضى الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الإنشاء حال إنشاء البائع، وبالفساد في عكسه. والوجه في ذلك: أن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وقد عرفته سابقا - وعليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائما - أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري إلى هذا الإنشاء قبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه عنوان العقد جزما، ويحكم بصحته للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود.

بل تدل على ذلك السيرة الواقعة بين التجار، لأن المتعارف فيما بينهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٦

- غالبا - أن يكتب بعضهم إلى بعض يبيع متاعه الخاص بقيمة معينة، ويقبله المكتوب إليه، مع أنه ربما يكون - عند كتابته البائع - نائما

أو غافلا أو مجنونا، ولا شبهة في صحة هذه المعاملة.

أما إذا لم يبق البائع على الشروط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الإنشاء عنه، ولا يتصل التزامه بالتزام المشتري، إلا في مثل النوم والغفلة، فإنهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة. وهذا واضح لا شك فيه.

بحث استطرادي في حقوق الرضاء بالبيع الإكراهي

قوله: (ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضاء لبيع المكره).
أقول:

حاصل كلامه: أن ما ذكرناه - من اعتبار أن يكون كل من المتعاقدين واجدا للشرائط عند تحقق الإنشاء من الآخر - يقتضى بطلان عقد المكره سواء ألحق به الرضاء من المكره - بالفتح - أم لا، ولكن التزم الأصحاب بصحة ذلك مع لحوق الرضاء به. ولعل هذا من جهة الإجماع القائم على خلاف الأصل والقاعدة.

و يتوجه عليه: أن بيع المكره المتعقب بالرضاء - وإن خرج من القاعدة المزبورة - إلا أن خروجه عنها ليس من جهة الإجماع، بديهة أن الإجماع لا يصح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفا.

و إنما الوجه في صحة بيع المكره - مع لحوق الرضاء به - هو أن الاختيار له معنيان:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٧

١- أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته، ويقابله صدور الفعل منه بلا اختيار و شعور، كحركة المرتعش.

٢- أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله، ويقابله كونه مجبورا في فعله و مكرها عليه من ناحية شخص آخر.

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهة في اعتباره في العقود، لأننا ذكرنا مرارا: أن حقيقتها - بل حقيقة جميع الأمور الإنشائية - متقومة بالاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي و من الواضح جدا أنه إذا انتفى القصد و الالتفات من المتعاقدين انتفى منهما الاعتبار النفساني، و إذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظا ساذجا، و غير مظهر للاعتبار النفساني. و من البين الذي لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد.

أما الاختيار بالمعنى الثاني فلا دليل على اعتباره في حقيقة العقد ضرورة أن الإرادة و الاختيار - بهذا المعنى - من الأمور النفسانية التي لا تطلع عليها غير علام الغيوب، و عليه فلا يعقل أن تقع موردا للإجبار.

و من هنا ذكر المصنف - في البحث عن جواز الكذب عند الضرورة - أن المكره على إنشاء العقود إنما أكره على التلفظ بصيغته البيع، و لم يكره على إنشاء حقيقة البيع، فالإكراه على البيع الحقيقي يختص بغير القادر على التوريه، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها.

و عليه فإذا كان شخص مكرها على البيع، و لم يور - مع قدرته على التوريه - فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره. انتهى ملخص كلامه.

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك في المبحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك.

و كيف كان أن المكره على البيع - مثلا - إنما أكره على التكلم بكلمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٨

بعث من غير أن يجبر على قصد معناه. و حينئذ فإذا تكلم بذلك مع القصد و الالتفات إلى المعنى كان هذا يباعا حقيقة، لأن شأن الأمور الإنشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية. فكما أن المكره على إيجاد فعل تكويني في الخارج لا يخلو عن القصد و الإرادة، - و لا يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم و الساهي و المجنون و أمثالهم - كذلك الحال في الأفعال الإنشائية.

نعم صحة العقود و الإيقاعات تدور مدار صدورها من المنشئ في حال الرضاء، و طيب النفس، للأدلة الدالة على ذلك، و إذا انتفى الرضاء فسدت العقود و الإيقاعات، و لم يترتب عليها أثر شرعى أصلا.

و على الإجمال: إن اعتبار الرضاء في صحة العقود و الإيقاعات اعتبار شرعى، و ليس ذلك من جهة دخله في مفهوم العقد و إلا لم يلتزم بعض العامة «١» بصحة عقد المكره، ضرورة أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقدا صحيحا.

و على هذا الضوء فصحة بيع المكره مع لحوق الرضاء به ليست من جهة الإجماع، بل من جهة موافقته للقاعدة.

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن و اللاحق، و سيأتى توضيح ذلك في البحث عن بيع المكره و هذا بخلاف المعاملات الصادرة من المجنون و الغافل و المغمى عليه و أشباههم، فإنه لا يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها، إذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات، و لا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها. بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود و الإيقاعات، إلا أن يكون الإطلاق بنحو من العناية و المجاز.

(١) سنذكر ما ذهب إليه هذا البعض في البحث عن بيع المكره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٧٩

و أيضا يدلنا أمران على دخل الرضاء- بالمعنى الثانى- فى صحة العقد، لا فى مفهومه:

١- أنه لو كان شخص مكرها على إجراء الصيغة لعقد خاص لحكم بصحة ذلك العقد، و من الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون و شبهه لحكم بفساده، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه.

٢- أنه قد استدل الامام (ع)- فى صحيحه البنظى «١»- بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه و صدقته، و من البين الذى لا ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الامام (ع) بالبطلان من جهة عدم تحقق العناوين المذكورة فى الخارج، و لم يحكم بعدم صحتها من جهة حديث الرفع، بديهى أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى و سيأتى تفصيل هذه المسألة فى البحث عن بيع المكره إنشاء الله تعالى.

بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد

قوله: (فرع لو اختلف المتعاقدان- اجتهادا أو تقليدا- فى شروط الصيغة).

أقول: إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغة فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟.

أم يعتبر فى ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل و الانتقال؟.

(١) تقدمت هذه الصحيحة فى ص ١٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٠

مثلا: إذا فرضنا أنه لا- قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب- مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسية- حكم بفساد العقد الفارسى إذا تقدم قبوله على إيجابه، و فى غير ذلك يحكم بالصحة.

و يتوجه على الوجه الأخير: أن عدم وجدان القائل بالصحة لا- يوجب الجزم بالبطلان، إذ من المحتمل القريب أن يكون العقد الفارسى- الذى تقدم فيه القبول على الإيجاب- موافقا للواقع، و عليه فيكون اجتهاد كل من المتعاقدين صحيحا فى نفس الأمر.

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف (ره) أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هى بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية لكى

تكون نسبة الأمارات القائمة عليها نسبة الأسباب إلى مسياتها، و نسبة الموضوعات إلى أحكامها؟.

أم هي أحكام عذرية: بمعنى أن العامل بها يكون معذورا في عمله لا- أنها أحكام حقيقية قبال الأحكام الواقعية، غاية الأمر يكون العامل بها معذورا في عمله قبل كشف الخلاف؟.

و على الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضا و لو كان أحدهما مخالفا للآخر.

و على الثاني فلا يترتب عليه أثر أصلا و رأسا، لأن المنشئ و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه، إلا أن صاحبه يراه مخطأ في اجتهاده، و لاغيا في إنشائه، و حينئذ فلا يترتب عليه الأثر في نظره. هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر، كالعربية و الصراحة و الماضوية و الترتيب.

أما الموالاة، و التنجيز، و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨١

آخر العقد، فالظاهر أن اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد، ضرورة أن فساد العقد من ناحية الأمور المذكورة يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر.

و ذلك من جهة أن قبول الإنشاء التعليقي تعليقي، و أن القبول المنفصل عن الإيجاب بزمان- عند من لا- يعتبر التوالى- يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك، و أن قبول الإيجاب الصادر ممن ليست له أهلية الإنشاء يكون معاملة مع شخص خارج عن أهلية الإنشاء.

و على الإجمال إن فساد أحد جزئي العقد و إن كان لا يسرى الى الجزء الآخر. إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر. و هذا واضح لا خفاء فيه. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضوية و العربية و الصراحة، بل هي مثل الموالاة و التنجيز، بديهه أن التقدم و التأخر من الأمور المتضائفة، فإذا تقدم القبول على الإيجاب فقد تأخر الإيجاب عن القبول ثانيا: أن الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، و إلا لزم التصويب. و هذا ظاهر.

ثالثا: أن الاختلاف في طريقيه الأمارات، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبة الى من قامت عنده الأمانة، فإنه على القول بالطريقة لا يجوز الا-جتراء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف و على القول بالموضوعية يلتزم بالاجزاء. و قد تقرر هذا في مبحث الاجزاء من علم الأصول.

أما بالنسبة الى غير من قامت عنده الأمانة فالافتاء بمفادها يحتاج الى دليل ليدل على أن الحكم الظاهري في حق كل أحد حكم واقعي نافذ في حق غيره: بأن يقال: إن من كانت صلته صحيحة ظاهرا- عند نفسه فلاآخر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٢

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعية، فيجوز الايتمام به.

و لكن لا دليل على هذه الكبرى الكلية إلا في جملة من الموارد:

منها ما إذا أسلم الزوجان، أو زوج الكتابية حكم ببقاء النكاح السابق للأخبار الكثيرة «١».

و منها ما إذا اعتقد أحد بصحة العقد الفارسي، و تزوج امرأة به لم يجز لغيره أن يتزوج بهذه المرأة ما دامت في حبال الزوج الأول، للسيرة القطعية المتصلة بزمان المعصومين (ع).

و منها غير ذلك من الموارد التي دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم الظاهري موضوع للحكم بالنسبة إلى غيره.

و من هنا لم يناقش أحد من الفقهاء- الملتزمين باعتبار العربية في الصيغة في نكاح الأشخاص القائلين بجواز الإنشاء بغير اللغات العربية. و كذلك لم يناقش القائل باعتبار الماضوية فيها في نكاح القائل بجواز الإنشاء بغير الماضي.

و هكذا في سائر شرائط العقد التي هي مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم و المتحصل من جميع ما ذكرناه: هو أن مجرد كون مفاد الأمانة حكما حقيقيا في حق الموجب، أو القابل لا يجدي شيئا في المقام. بل لا بد و أن يكون ذلك حكما حقيقيا في حق غيره أيضا، لأنه أحد طرفي العقد.

و قد ناقش في ذلك بعض مشايخنا المحققين، و ملخص كلامه: هو أن الأمانة إذا قامت على حكم تكليفي فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبة الى من قامت الأمانة عنده على الخلاف دون غيره.

و عليه فيمكن أن يكون الشيء حلالا بالإضافة الى أحد و حراما بالإضافة إلى شخص آخر - مثلا - إذا قامت الأمانة على حلية العصير التمرى بالغليان

(١) المروية في الوافي ج ١٢ ص ٩١

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٣

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعية بالإضافة الى من قامت عنده الأمانة على الحلية دون غيره ممن لم تقم الأمانة عنده. و إذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية إذا كان من في يده العصير يرى حليته.

و هذا بخلاف الأحكام الوضعية، فإنها إذا تحققت في حق أحد - و لو من جهة قيام الأمانة عنده - تحققت في حق الجميع. فإذا اشترى - من يرى جواز العقد بغير العربي - شيئا بالعقد الفارسي حكمنا بكونه ملكا له واقعا، بناء على القول بالسببية و الموضوعية. و مع تحقق الملكية واقعا في اعتبار الشارع - كما هو المفروض - جاز لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكية. و حينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذا في حق غيره أيضا.

و من هنا لا يكون - في هذه الموارد - كشف خلاف أصلا، بل بتبدل الرأي يتبدل الموضوع لا محالة.

و قد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام، و بين ما إذا قامت الأمانة على وجوب صلاة الجمعة - مثلا - فإن قيام الأمانة و إن كان يوجب - على الفرض - أن تكون صلاة الجمعة واجدة للمصلحة الإلزامية، إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحة الموجودة فيها بدلا عن المصلحة الواقعية.

و على هذا فإذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحة الواقعية باقية على حالها، فيجب تحصيلها. و ليست - في باب المعاملات - مصلحة لازمة التحصيل لكي يجرى فيها هذا البيان. انتهى ملخص كلامه.

أقول: هذا الذي أفاده المحقق المزبور و إن كان متينا بناء على السببية إلا أننا ذكرنا - في مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية و الأحكام الواقعية من علم الأصول - أن الالتزام بالموضوعية و السببية حتى السببية السلوكية - التي اخترعها المصنف في رسائله - مستلزم للتصويب، و إذن فلا يمكن الالتزام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٤

بذلك. فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقة المحض في جعل الإمارات، و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحة من جانب، و بالفساد من جانب آخر.

و قد يقال إن العقد فعل واحد تشريكي يحصل من الإيجاب و القبول، و عليه فلا بد و أن يكون صحيحا في مذهب كل منهما لكي يمكن ترتيب الأثر عليه فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى بطلانه.

و قد يقال أيضا: إن العقد مركب من الإيجاب و القبول، فلا يتحقق مفهومه إلا بهما، و حينئذ فإذا صح من طرف الموجب صح من طرف القابل أيضا إذ لا يعقل وقوعه صحيحا من جانب و فاسدا من جانب آخر.

و لكن التحقيق: هو ما ذكرناه - من الحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر - ضرورة أن العقد و إن كان متقوما بالإيجاب

و القبول، إلا- أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم- فى الصحة أو الفساد- بحسب الحكم الواقعى، لأنه لا يمكن فى الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري، و لا ينتقل الثمن إلى البائع أما بالنسبة إلى الحكم الظاهرى فلا مانع من الالتزام بالتفكيك: بأن يعمل كل من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية.

مثلا: إذا كان البائع مقلدا لمن يقول بصحة العقد بالفارسى و كان المشتري مقلدا لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف فى الثمن، لأنه يراه ملكا لنفسه، و لا يجوز له أن يتصرف فى المبيع، لأنه خارج عن ملكه فى نظره. أما المشتري فلا يجوز له التصرف فى المبيع، لأنه لا يراه ملكا لنفسه بل يراه ملكا لملكه الأول. و لا عجب فى ذلك، لأن التفكيك فى الأحكام الظاهرية مما لا يحصى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٥

فان الماء القليل يفعل بالنجاسة عند بعض، و لا يفعل بها عند بعض آخر، و ماء البئر يفعل بملاقاة النجس عند قوم، و لا يفعل بها عند قوم آخرين و الغسالة محكومة بالنجاسة عند فقيه، و بالطهارة عند فقيه آخر. و إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى وقع فيها التفكيك فى الأحكام الظاهرية.

بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه

إشارة

قوله: (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه) أقول: قد طفت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقابض، بل هو مضمون عليه: فعنى غضب المسالك: الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن. و عن غضب الكفاية. أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب. و عن التذكرة: البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه. و لو قبضه لم يملكه بالقبض، و لو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع. و عن كشف الحق: أنه ذهب للإمامية أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه، و لا يصح شىء من تصرفه. و عن السرائر: أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان. و إلى غير ذلك من كلماتهم المذكورة فى هذه المسألة.

و ذكر المصنف: أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٦

أما العقد السلبي-: أعنى به عدم الملك- فلأن المؤثر فى حصول الملكية إنما هو العقد، فإذا حكم بفساده و صيرورته كالمعدوم لم يؤثر فى الملكية.

أما العقد الإيجابى-: أعنى به ثبوت الضمان على القابض- فهو المعروف بين الأصحاب. بل ادعى الشيخ- فى باب الرهن، و فى موضع من البيع- الإجماع عليه صريحا. انتهى ملخص كلامه.

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف:

(و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث إنائها غير قابل للملك، فهو كالتالف، لا كالمتلف).

اختصاص محل البحث بالتلف، و عدم شموله للإتلاف، بديهة أن الضمان في صورة الإتلاف أمر واضح، و غير خفى على طلبه العلم فضلا عن الفقيه المتضلع من الفقه.

و وجه الاستظهار: هو أن الظاهر كون العبارة المذكورة جوابا عن سؤال مقدر. و هو أن مورد الخبر الآتى - الوارد في الأمة المبتاعة - من قبيل الإتلاف، فيخرج عن مورد بحثنا - في المقام - لأن البحث - هنا - مختص بالتلف السماوى. أما الإتلاف فلا شبهة في كونه موجبا للضمان، لقاعدة من أتلف و أجاب المصنف عن ذلك بقوله: و ليس استيلادها إلخ.

و يرد عليه: أنه لا وجه للفرق بين التلف و الإتلاف، ضرورة أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعا عن ثبوت الضمان باليد كان مانعا عن ثبوت الضمان بالإتلاف أيضا، و عليه فلا وجه للفرقة بين صورتى الإتلاف و التلف بالالتزام بالضمان في الثانية، دون الاولى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٧

ما هو مدرک الضمان في قاعدة ما يضمن؟

إشارة

قد ذكر المصنف:

(أن هذه المسألة:- أعنى بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا) ثم أطال الكلام في ذلك من حيث الشرح و التفسير و من حيث النقض و الإبرام. و من حيث الاطراد و الانعكاس. و لكن التحقيق: أنه لا يهمننا البحث في شىء من هذه النواحي ضرورة أن هذه القاعدة بألفاظها المذكورة لم ترد في آية، و لا في رواية، و لا أنها جعلت موردا للإجماع، لكى يبحث عنها، و عن مفردات ألفاظها، و عن سعة دلالتها. بل هذه القاعدة غير مغروسة - بالألفاظ المزبورة - فى كلمات القدماء و إنما وجدت و حدثت فى كلمات المتأخرين. و إذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركا لهذه القاعدة و دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكى يتضح من ذلك ما هو المدرک لقاعدة ضمان اليد أيضا. فنقول: إنه استدل على الضمان - فى محل الكلام الذى سيتضح لك قريبا - بوجه شتى:

١- النبوى المعروف:

أعنى به قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه [١] و يرد عليه: أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر فى أصولنا

[١] رواه سمره بن جندب عن النبى (ص). راجع سنن البيهقى ج ٦ كتاب العارية ص ٩٠. و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٨

المعدة لضبط الأحاديث، و إنما أخذه الأصحاب من أصول العامة، و استدلوها به على مقصودهم فى كتبهم الاستدلالية، و إذن فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من الأحكام الشرعية، فضلا عن جعله من القواعد المسلمة بين الفقهاء، و تسميته بقاعدة ضمان اليد. و دعوى أن الحديث المزبور و إن كان ضعيف السند، و لكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به، و إرسالهم إياه إرسال المسلمات. دعوى فاسده، لأننا ذكرنا مرارا: أن عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها. كما أن إعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحة لا

يوجب

- ثم إن سمرة هو الذى انحرف عن أمير المؤمنين (ع) و كان أيام مسير الحسين (ع) إلى الكوفة على شرطه ابن زياد، و كان يحرض الناس على الخروج إلى الحسين (ع) و قتاله.

و عن ابن عدى، قال قدمت المدينة، فجلست إلى أبى هريرة، فقال: ممن أنت؟ قلت: من أهل البصرة، قال: ما فعل سمرة بن جندب؟ قلت: هو حى، قال: ما أحد أحب إليّ طول حياة منه، قلت: و لم ذاك؟ قال: إن رسول الله (ص) قال لى، و له، و لحذيفة بن اليمانى: آخركم موتا فى النار.

و روى واصل انه كان له نخل فى بستان رجل من الأنصار، فكان يؤذيه، فشكا الأنصارى ذلك إلى رسول الله (ص) فبعث إلى سمرة، فدعا، فقال له:

بع نخلك من هذا، و خذ ثمنه قال: لا افعل، قال خذ نخلا مكان نخلك قال لا افعل قال فاشتر منه بستانه، قال: لا افعل، قال: فاترك لى هذا النخل و لك الجنة قال: لا افعل، فقال (ص) للأنصارى: اذهب فاقطع نخله، فإنه لا حق له فيه و إلى غير ذلك من مطاعنه. و قد ذكر ذلك كله ابن أبى الحديد فى شرح نهج البلاغة ج ٤ ص ٧٧. المطبوع بمصر سنة ١٣٧٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٨٩

وهنا، لأن الشهرة فى نفسها ليست بحجة، فلا تكون موجبة لحجية الخبر، و جابرة لضعف سنده. و عليه فلا بد من ملاحظة نفس الخبر، فان كان جامعا لشرائط الحجية أخذ به، و إلا فإن ضم غير حجة إلى مثله لا ينتج الحجية. و تفصيل ذلك فى علم الأصول.

و يضاف إلى ذلك: أنه لم يتضح لنا استناد المشهور إلى الحديث المزبور فى فتاويهم بالضمان فى موارد ضمان اليد، إذ من المحتمل أنهم استندوا فى ذلك إلى السيرة- التى سنتعرض لها قريبا- أو استندوا فى ذلك إلى وجه آخر و إنما ذكروا حديث ضمان اليد تأييدا لمرامهم. فافهم.

٢- الروايات [١] الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها،

[١] عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله (ع) فى رجل اشترى جارية، فأولدها، فوجدت مسروقة؟ قال: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بقيمته. مرسله.

و عن زرارة، قال: قلت لأبى جعفر (ع): الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء رجل، فيقيم البينة على أنها جاريته، و لم يبع، و لم يهب؟ قال: فقال: ترد إليه جاريته، و يعوضه مما انتفع، قال: كان معناه قيمة الولد. مجهولة بأبى عبد الله الفراء.

و عن جميل بن دراج عن أبى عبد الله (ع) فى الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية؟ فقال: يأخذ الجارية المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى أخذت منه. موثقة بمعاوية بن حكيم.

و عن زرارة، قال: قلت لأبى عبد الله (ع): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولادا، ثم أتاه من يزعم انها له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٠

و أخذ المشتري ولده بالقيمة حيث إن ضمان الولد بالقيمة- مع كونه نماء لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان الأصل بالأولوية.

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكورة غريبة عن مركز بحثنا، إذ المفروض - هنا- أن يكون البائع مالكا أما المذكور في الرواية فهو كون البائع غاصبا، و من الواضح الذى لا- ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان فى هذه الصورة حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضى كالهبة. و حكمنا بعدم الضمان فى مورد بحثنا.

٣- الروايات «١» الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه،

فإنها تشمل المقام أيضا.

و يرد عليه: أن نسبة الحل إلى الأموال و الأعيان إنما هى باعتبار التصرف، إذ لا معنى لحلية الأعيان الخارجية. كما أن نسبة الحرمة إليها بهذا اللحاظ، ضرورة أنه يراد من حرمة الخمر حرمة شربه، و من حرمة المال حرمة التصرف فيه. و من حرمة الأمهات و البنات و الأخوات حرمة نكاحهن و هكذا فى سائر الموارد.

و عليه فالغرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التكليفية دون الحرمة الوضعية. و إذن فهى بعيدة عن إثبات الضمان و حينئذ فشأنها شأن ما دل على حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه «٢» فكما أن الطائفة الثانية

- و اقام على ذلك البيئنة؟ قال: يقبض ولده، و يدفع إليه الجارية و يعوضه فى قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها، و فى ج ٢ ص ١٤١. إن أباه بدل من أتاها. مجهولة بسليم الطربال، الاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ٨٤. و الوافى ج ١٠ ص ١٠١.

(١) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

(٢) قد ذكرناه فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩١

ظاهرة فى الحكم التكليفى فقط، كذلك الطائفة الأولى. فلا تعرض فيها للضمان.

٤- قوله (ع) (حرمة ماله-: أى المؤمن - كحرمة دمه [١])

فان الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و أنه لا يذهب هدرا، كما أن دمه لا يذهب هدرا. و يتوجه عليه: أن هذه الجملة المباركة- لو دلت على الضمان- فإنما تدل عليه فى فرض الإتلاف، دون التلف، إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بأفة سماوية ضمن به سائر المؤمنين، و عليه فيكون الدليل أخص من المدعى.

و يضاف إلى ذلك: أن هذه الجملة الشريفة مذكورة فى عداد جمل اخرى التى هى ظاهرة فى الحكم التكليفى، و هى ما يلى: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمة معصية، و من الواضح أن اتحاد السياق يقتضى إرادة الحكم التكليفى من هذه الجملة أيضا. و إذن فهى بعيدة عن إثبات الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

بل الظاهر أن المراد من كلمة الحرمة- فى قوله (ع): حرمة ماله كحرمة دمه- هو مقابل الحل، فيكون راجعا إلى الحكم التكليفى، لا بمعنى الاحترام

[١] عن أبى بصير، عن أبى جعفر (ع) قال: قال رسول الله (ص):

سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمة معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه.

موثق بعبد الله بن بكير. أصول الكافى باب السباب من كتاب الايمان و الكفر و الوافى ج ٣ ص ١٦٠ و الوسائل باب ١٥٢، و باب ١٥٨

من أبواب أحكام العشرة و عن أبي ذر عن النبي (ص): يا أبا ذر سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر و أكل لحمه من معاصي الله، و حرمة ماله كحرمة دمه. ضعيف بأبي المفضل محمد بن عبد الله بن محمد الشيباني. و رجاء بن يحيى بن سامان العبرتائي. و محمد بن الحسن بن ميمون، أو شمون، و غيرهم الوافي ج ١٤ ص ٥٦ و الوسائل نفس المصدر مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٢

لكي يدل على الحكم الوضعي، و عليه فمنزلة هذه الجملة منزلة الروايات المتقدمة الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قد عرفت - قريبا - عدم دلالتها على الضمان.

و إن أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في إثبات الضمان أيضا، فتكون جملة.

و قد تفسر حرمة المال - في الجملة المزبورة - بأنه لا تجوز مزاحمة صاحبه بوجه حدودا و بقاء، و هذا و إن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفي ما دامت العين باقية، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمة المحرمة فلا بد من رفعها، و لا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته، و عليه فتدل الرواية على الحكم التكليفي بالمطابقة، و على الحكم الوضعي بالالتزام. و لكن يرد عليه: أن البحث - هنا - إنما هو في أصل اشتغال الذمة، و هو مشكوك فيه - في المقام - و من الظاهر أن حرمة المزاحمة لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان.

٥- ما ورد في جملة من الروايات [١] أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد

[١] عن الحلبي، و محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (ع) قال سألته هل تجوز شهادة أهل ملء على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق احد. حسن بإبراهيم بن هاشم، الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٤. و الوافي ج ٩ ص ١٤٦.

و عن سماعة، قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن شهادة أهل الملء؟ قال:

فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد. ضعيف بمحمد بن عيسى.

و عن الكناسي قال: سألت أبا جعفر (ع) عن شهادة أهل ملء هل تجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٣

فإنه يشمل المقام أيضا.

و الجواب عن ذلك: أن الاستدلال بهذه الجملة على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال، و أن يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، و لم يثبت شيء من الأمرين.

بل إن تلك الجملة واردة في مورد الوصية، و أن للمسلم أن يوصي بماله، و هذا حق له، و لا يصلح أن يذهب حقه، و عليه فان أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، و إلا تجوز شهادة غيرهم أيضا و هذا معنى أجنبي عما نحن فيه بالمرّة.

و يضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صورة التلف، فيكون الدليل أخص من المدعى.

٦- الروايات [١] الدالة على نفى الحكم الضروري في الشريعة المقدسة

- على رجل من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا، إلا ان لا يوجد في تلك الحال غيرهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية،

لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته. صحيح. الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٣٩٨ و ٣٩٩. والوافي ج ٩ ص ١٤٥ و ١٤٦. [١] عن زرارة، عن أبي جعفر (ع) - في قضية سمرة بن جندب - عن رسول الله (ص): لا ضرر، ولا ضرار. موثق بابن بكير. عن عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (ع) قال: وقضى رسول الله (ص) بين أهل البادية: انه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاء، و قال: لا ضرر، ولا ضرار. مجهول بعقبه و محمد بن عبد الله بن هلال. وفي حديث آخر لزرارة عن أبي جعفر (ع) - في قضية سمرة - انه ذكر في ذيله قول رسول الله (ص) لسمره: إنك رجل مضار، ولا ضرر، ولا ضرار على مؤمن. مرسل. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٣ و ٣٩٤. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٤

و من الظاهر أن الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفي بأدلة نفي الضرر. والجواب عن ذلك أولاً: أنه لا دلالة في هذه الروايات على الضمان - هنا - سواء أريد منها نفي الحكم الضرري براءة، كما عليه المصنف، أم أريد منها نفي الحكم الضرري بلسان نفي موضوعه، كما عليه جمع من المحققين. والوجه في عدم دلالتها على ذلك: هو ما ذكرناه في محله من اختصاص أدلة نفي الضرر برفع الأحكام المجعولة في الشريعة. أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم - كالضمان في المقام - فأدلة نفي الضرر لا تنفي بغيره لثبوت الجعل الشرعي: أي الضمان. ثانياً: أن محل الكلام - في المقام - هو الضمان بالبدل الواقعي، فإن الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً، و عليه فتقع المعارضة في شمول أدلة نفي الضرر لكلا الطرفين، إذ قد يزيد البدل الواقعي على المسمى بكثير. و وقتئذ الحكم بضمان القابض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا محالة.

ثالثاً: أن هذه الروايات لو دلت على الضمان فإنما تدل عليه في موارد الإلتلاف، أو في موارد استيفاء المنافع، أو فيما كان العمل بأمر الأمر. أما

- و عن عقبه، عن أبي عبد الله (ع) قال. قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين، و المساكن، و قال: لا ضرر، ولا ضرار. مجهول بعقبه و محمد بن عبد الله بن هلال. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٨٠. و عن النبي (ص): لا ضرر و لا ضرار في الإسلام. مرسل. الفقيه ج ٤ من ط ٤ في باب ميراث أهل الملل ص ٢٤٣. و عن دعائم الإسلام - في حديث - إن رسول الله (ص) قال: لا ضرر، و لا ضرار. مرسل. مستدرک الوسائل ج ٣ ص ١٥٠. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٥

في فرض التلف السماوي - مع تحفظ القابض عليه - فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالك. و على الجملة: انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد. نعم الدليل على الضمان - هنا - إنما هو السيرة، فإنها قائمة على ضمان اليد في أمثال ذلك، و لم يثبت ردعها من ناحية الشارع المقدس و سيأتي تفصيل ذلك في الوجه الآتي.

٧ - قاعدة الإقدام التي ذكرها الشيخ في المبسوط،

حيث إنه علل الضمان - في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين - بدخول القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم، له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة. و من تلك الموارد ما ذكره في فصل تفريق الصفة من البيع، و قال نصاً (و إنما وجب الضمان عليه، لأنه أخذ الشيء بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف في يده).

وقد ناقش المصنف في هذا الوجه أولاً: بان ما أقدم عليه المتعاقدان غير ممضى للشارع، وحينئذ فإذا ثبت الضمان بالمثل أو القيمة فقد ثبت بدليل خاص، لا بقاعدة الإقدام.

ثانياً: بأن ما ذكره من التعليل ليس بمطرد، ولا بمنعكس، إذ قد يتحقق الإقدام ولا يترتب عليه الضمان. كما في صورة تلف المبيع قبل القبض في البيع الصحيح، فإن المشتري قد أقدم على الضمان - هنا - ولكن لا ضمان عليه.

وقد لا - يكون إقدام في العقد الفاسد، ومع ذلك يتحقق فيه الضمان، كما إذا اشترط المشتري - في عقد البيع - أن يكون ضمان المبيع - مع تلفه في يده - على البائع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٦

أو قال البائع للمشتري: بعتك متاعى هذا بلا ثمن.

أو قال المؤجر للمستأجر: آجرتك دارى هذه بلا اجرة. انتهى ملخص كلامه.

و الظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق، فلا يتوجه عليه شيء مما ذكره المصنف:

أما الوجه الأول - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه: أن الإقدام فى نفسه ليس علة تامّة للضمان لكى يدور الضمان مدار الإقدام وجوداً وعدمًا، وإنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجاناً. وقد قامت السيرة القطعية العقلانية الممضاة للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطاً غير مجانى موجب للضمان، وحيث إن الشارع المقدس لم يمس الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو القيمة. و إذن فتبوت الضمان انما هو بالإقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية غير المردوعة من قبل الشارع لا بالإقدام الساذج لكى يناقش فيه بما ذكره المصنف.

أما الوجه الثانى - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه: أنه لا وجه له لنقض اطراد القاعدة و انعكاسها بالأمتلة المذكورة:

أما ما ذكره من عدم الضمان فى بعض موارد الإقدام - كتلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح - فلما عرفته من أن الإقدام بنفسه لا يوجب الضمان و إنما الموجب له الإقدام المنضم الى القبض.

بل قد تقدم فيما سبق «١» و يأتى فى أحكام القبض: أن التسليم و التسلم من متمات الملكية المترتبة على البيع بمعنى: أن المرتكز فى أذهان العامة هو أن ضمان المشتري للمبيع، و ضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

(١) فى ص ٣٣

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٧

فكل منهما إنما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه، لا مطلقاً، و عليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلانى.

أما ما ذكره - من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع - فيرد عليه:

أنه لا صلة له بما نحن فيه، لأن المشتري قد أقدم على ضمان المسمى من جهة البيع، غاية الأمر أنه شرط على البائع ضماناً من دون سبب يقتضيه، و عليه فان قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده، أو عدمه، أو قلنا بصحته كان ذلك خارجاً عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام.

أما ما ذكره - من نقض القاعدة بالبيع بلا ثمن، أو بالإجارة بلا اجرة فهو غريب عما نحن فيه، لأنهما و إن كانا بحسب الصورة بيعاً و إجارة، إلا أنهما - فى الحقيقة - من قبيل الهبة و العارية، نهاية الأمر أنهما قد انشئتاً بلفظى البيع و الإجارة.

و من الظاهر أن أمثال هذه الإنشاءات تعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمة (بعتك المتاع الفلانى بلا ثمن).

فى إنشاء الهبة، و لا استعمال كلمة (آجرتك الشىء الفلانى بلا اجرة) فى إنشاء العارية. و قد عرفت فى البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلطة فى نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحا عندهم. و إذن فىحكم بفساد الهبة و العارية المذكورتين، و لا فىحكم بالضمان عندئذ، لعدم الموجب له. فتحصل من جميع ما حققناه: أن ثبوت الضمان- فى المقام- إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة القطعية العقلانية المتصلة بزمان المعصومين (ع) و غير المردوعة من قبلهم. أما بقية الوجوه المتقدمة فقد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٨ عرفت أن الاستدلال بها على الضمان- هنا- لا يرجع الى معنى محصل. و عليه فىحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا من ناحية السيرة المزبورة. سواء فى ذلك التلف و الإتلاف. و اذن فمدرک الضمان فى قاعدة ضمان اليد، و فى المقبوض بالعقد الفاسد انما هو هذه السيرة. هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر، و الله العالم بالواقع.

بحث فى بعض الأعمال المضمونة

قوله: (و يبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونة) أقول: قد عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض. و هل فىحكم بضمان الأعمال التى لا ترجع نفعها الى الضامن، و لم تقع فى الخارج بأمره- كالسبق مثلا فى المسابقة الفاسدة- أم لا؟. قد حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل. و حكم قوم آخرون بالاستحقاق. و التحقيق هو الأول، لأن مناط الضمان إما الاستيلاء على أموال الناس أو استيفاء منافعها، أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور فى الخارج، سواء أوصل نفع ذلك العمل الى الأمر أم لم يصل اليه. و من الظاهر أن هذه الجهات كلها منتفية فى المسابقة الفاسدة، بديهة أن الصحيح منها انما يوجب الضمان من جهة إمضاء الشارع هذه المغالبة، لأجل الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار، حيث ان فى المسابقة و المراماة تمرينا للحرب، و تهيئا إليها، و لو لا هذه الناحية لم تفترق المسابقة و المراماة من سائر أنواع القمار الذى نهى عنه و ضعا و تكليفا بالآيات المتظاهرة، و الروايات مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٩٩ المتواترة من طرفنا، و من طرق العامة. و قد تعرضنا لها و لحرمة القمار بأنواعه تفصيلا فى الجزء الأول. و على هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة و صار فاسدا كان ذلك مصداقا للقمار المحرم، فىكون أكل المال به أكلا له بالباطل، إذ المفروض أنه لم يتحقق- فى مورد المسابقة الفاسدة- ما يوجب الضمان ضرورة أنه لم يوجد فيها الا سبق السابق و من البديهي أن هذا السابق ليس بأمر المسبوق، و لا أن نفع هذا العمل قد وصل اليه، و لا أنه أتلف شيئا من أموال السابق، و اذن فكيف فىحكم- هنا- بالضمان. و بتعبير آخر: أن حرمة القمار من ضروريات الدين الإسلامى، و قد خرجت منها المسابقة الصحيحة فقط لمصالح خاصة، أما غيرها فهو باق على حرمة.

هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع و جهله؟

قوله: (ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، و بين علمه مع جهل القابض).
أقول: الوجه في ذلك هو ما ذكرناه آنفا من قيام الدليل على الضمان على وجه الإطلاق، و هو السيرة العقلائية القائمة على ضمان اليد مع الاقدام.

و قد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد، ضرورة أن المالك مع علمه بالفساد- قد سلط القابض على ماله، و عليه فيصبح المال أمانة مالكية عند القابض، و حينئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه، للروايات «١» الدالة على

(١) المروية في الوافي ج ١٠ ص ١١٨، و ١٢٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٠

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط.

و يرد عليه: أن المالك- عندئذ- و ان سلط القابض على ماله، الا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانة مالكية عند القابض، لكي لا يحكم بضمانه مع التلف، بل انما هو تسليط بإزاء العوض، و من الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره- على النهج المزبور- حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط، و المفروض عدم سقوطه بذلك، فلا صلة له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان- هنا- من ناحية ما دل على عدم الضمان هناك و دعوى: أن الاذن المتحقق في ضمن العقد مسقط للضمان.
دعوى جزافية، بدهة أن الاذن المتحقق في ضمن العقد ليس إذنا مطلقا و انما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض.
و قد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع و جهل القابض، لقاعدة الغرور.

و لكن هذا التخيل باطل، لأن الغرر بمعنى الخديعة، و من الظاهر أنه لا يتحقق إلا بأمرين أحدهما علم الغار، و ثانيهما جهل المغرور. و بديهى أن القابض و ان كان- هنا- جاهلا بفساد العقد، الا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذا مجانيا، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض.
نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعدة في الزائد عن العوض المسمى ضرورة أن الدافع غار بالنسبة الى هذا الزائد. فيرجع اليه، لا الى القابض المغرور و سيأتي تفصيل ذلك في البحث عن بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.
ثم انه لا وجه لإثبات الضمان- هنا- بإطلاق النص و الفتوى- كما في المتن- لما عرفته آنفا من عدم تمامية النص- أعنى به حديث على اليد- فضلا عن التمسك بإطلاقه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠١

هل تضمن العين المستأجرة في الإجارة؟

قوله: (ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا، لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها)،
أقول المحكى عن القواعد و التحرير و التذكرة: أن صحيح الإجارة غير مفيد لضمان العين المستأجرة، و مقتضى ذلك أن فاسدها أيضا لا يفيد الضمان.

و عن جامع المقاصد- في باب الغصب-: أن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة.
و فى الرياض: (العين مضمونة فى يد المستأجر مطلقا، كما نسب الى المفهوم من كلمات الأصحاب). و قال المصنف: الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الأردبيلي فى مجمع الفائدة.

و التحقيق: أن العين المستأجرة قد تكون تحت يد مالكةا و لا يتسلط عليها المستأجر، كما إذا استأجر دابة لى يحمل المكارى متاعه

معها الى مكان خاص، ولا ريب: أن ضمان الدابة حينذاك على المالك، لا على المستأجر فإن الإجارة المجردة لا توجب ضمان متعلقها.

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر، لا من جهة اقتضاء الإجارة ذلك، بل من جهة خارجية، كما إذا فرضنا أن المكارى قد فوض حمل المتاع في فرض المثل إلى المستأجر، فإن الدابة عندئذ تكون أمانة عند المستأجر وهذا أيضا لا يوجب ضمانه، فإنه أمين. وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر من جهة اقتضاء الإجارة ذلك كما إذا استأجر دارا ليسكنها فانهدمت الدار، وهذا هو مورد الخلاف بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٢

الأصحاب، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان - هنا - وذهب جمع آخر منهم الى عدمه.

ثم انه قد استدلل على الضمان بوجهين:

١- أن قاعدة ضمان اليد تقتضى الضمان، وقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانية بالأولى.

والجواب عن ذلك: أن القاعدة الثانية واردة في مورد القاعدة الأولى و عليه فلا وجه لتوهم المعارضة، كما لا وجه لتوهم التخصيص. ٢- أن العين - في الإجارة - خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعياً ضرورة أن الإجارة تملك للمنفعة، دون العين، فالضمان في مورد الإجارة على طبق القاعدة، بدهاءة أن المراد بما يضمن في العقود، و ما لا يضمن هو ما يرد عليه العقد - كالعوضين في البيع، و المنفعة، و بدلها في الإجارة - لا ما هو خارج عنه، كالعين في الإجارة، غاية الأمر: أن تسليمها إلى المستأجر - في فرض صحة الإجارة - إنما كان لأجل استيفاء المنفعة، فتكون أمانة عنده و يلحقها حكمها أما إذا كانت الإجارة فاسدة فإن المؤجر و ان دفع بنفسه العين إلى المستأجر، الا - أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجرة. و المفروض أنه غير مستحق لذلك، فتكون يده على العين يد عدوان موجبة للضمان، لا يد أمانة، و عليه فلا يرد النقض على عكس القاعدة بالإجارة الفاسدة.

و الجواب عن ذلك: أن مورد الإجارة و ان كان هو المنفعة، دون العين، الا - أنها داخله في عقد الإجارة بالشرط الضمني، و عليه فيحكم بعدم الضمان في صحيح الإجارة و فاسدها، بناء على صحة عكس القاعدة.

و من هنا اتضح لك جلياً: أنه لا نحتاج في إدخال العين المستأجرة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٣

عقد الإجارة الى ما ارتكبه صاحب الكفاية من التكلف في حاشيته على المتن و إليك نصه:

(التحقيق: أن مورد - أي العقد - فيها: أي في الإجارة - نفس العين، و لذا يقال: آجرت الدار، و استأجرتها، و أن الإجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين المؤجرة و المستأجر، و من آثارها تملك منفعتها.

و التعريف بالتمليك تعريف بالرسم. مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضا نفس العين، فإنها تملك للمنفعة، و لا يكاد يكون مورد و متعلقه الا العين) و يضاف الى ذلك: أن الإجارة و ان تعلقت بالعين، الا أن مدلولها تملك للمنفعة، و لذا تتعلق بما لا يقبل نحواً من التملك و التمليك، كالحر و عليه فالمنشأ هو تملك للمنفعة، و العين المستأجرة خارجة عن موردها و ان كان يلزم تسليمها إلى المستأجر لاستيفاء المنفعة، و عليه فعقد الإجارة تملك للمنفعة مع اشتراط تسليم العين إلى المستأجر أمانة، و حيث لا ضمان في صحيح الأمانة - كما إذا كانت الإجارة صحيحة - لا يكون ضمان في فاسدها أيضا.

قيل: ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة من العين المستأجرة إنما يكون مقدمة لاستيفاء المنفعة، و من باب اللابديه جريا على ما يقتضيه عقد الإجارة من تملك المستأجر المنفعة، فإذا فرض فساد الإجارة انتفى الاستيمان لانتهاء منشئه، و ما كان يتوقف عليه و هو تملك المستأجر المنفعة. و عليه كانت العين مضمونة على المستأجر.

قلنا: ان تسليم العين للمستأجر و ان كان مبنيا على صحة الإجارة، و ناشئا من البناء عليها، الا أن التسليم قد تحقق في الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحة الإجارة، فلا محالة يكون البناء على صحتها، أو اعتقادها داعيا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٤ الى التسليم الخارجى.

و تخلف الداعى لا يضر بتحقيق التسليم أمانة، و لا يوجب ارتفاع حكم الامانة، و هو عدم الضمان مع التلف. ألا ترى أن المالك إذا قدم طعاما للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجز له أكله إذا لم يكن عالما؟. أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعى؟.

لا ينبغي الإشكال فى أن الصحيح هو الثانى، فإن الإقدام على إتلاف المال مجانا قد تحقق وجدانا غاية الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.

و قد ظهر مما ذكرناه: أنه لا فرق- فى عدم الضمان فى موارد الإجارة- بين علم الموجد بفساد العقد، و جهله به.

ثم أنه يشكل اطراد القاعدة فى موارد

هل تنتضى القاعدة بالصيد الذى استعاره المحرم؟

قوله: (ثم انه يشكل اطراد القاعدة فى موارد: منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية). أقول: لا شبهة فى أن المستعير إذا استعمل العين المعارة فى غير الجهة التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقا و ان لم يشترط ضمانها عليه، و لا أنها كانت من الذهب و الفضة.

كأن استعار عباءة ليلبسها، و لكن استعملها فى إطفاء الحريق.

أو استعار فراشا ليفترش به الا انه استعمله فى سد الساقية و لا ريب فى خروج هذه الصورة عن مورد البحث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٥

بل مورد البحث إنما هو استعارة الشيء لجهة خاصة، و استعماله فى تلك الجهة من دون أن يكون فيه تعد و تفريط.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمة الصيد الذى استعاره من المحل، و ذلك لفساد العارية، مع أنه لا ضمان فى العارية الصحيحة و إذن فيكون ذلك نقضا لاطراد القاعدة.

و من هنا ناقش الشهيد الثانى (ره) فى القول بالضمان على تقديرى الصحة و الفساد.

و أجاب عنه المصنف، و قال:

(إن وجه ضمانه- بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله، و أداء قيمته- أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة، لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذى هو مسبب لضمان ملك الغير فى كل عقد، لا بسبب التلف).

و حاصل كلامه: أنه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذى استعاره من المحل، و لا شبهة فى أن الإرسال لا ينفك عن الإتلاف، و من المعلوم أنه متى ما تحقق وجوب الإتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل، لمكان الملازمة بين التسيب تشريعا إلى

السبب، و بين التسيب إلى مسببه، لاستحالة انفكاك السبب عن المسبب. فإذا كان التسيب المزبور موجودا قبل تحقق التلف فى الخارج كان المسبب أيضا موجودا قبله، و عليه فلا يكون ذلك نقضا لاطراد القاعدة.

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقص المزبور و قد عرفت خلافه.

و يتوجه عليه: أن وجوب الإرسال لا يترتب عليه إلا لزوم إيجاد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٦

سبب الضمان، و اين هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه. و من هنا لو عصى المحرم المستعير، ورد الصيد إلى مالكه لم يكن ضامنا قطعاً.

و نظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العارية لسبب آخر، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمة أ فهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الإيجاب ما لم يتحقق الإتلاف فى الخارج، بل و إن ردها على المعير؟ لا شك فى عدم احتمالها، و ليس ذلك إلا من جهة أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان.

و قد انجلى مما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهة أن إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه، و الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى. و عليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكه يقتضى دفع بدل الحيلولة.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ وجهاً آخر للضمان، و حاصله: أن الصيد - بأخذ المحرم له - يخرج عن ملك مالكه، فيكون أخذ المحرم له إتلافاً له على المالك، فيضمنه.

و الجواب عن ذلك: أنه لا - دليل على خروج الصيد عن ملك مالكه بأخذ المحرم له. و إنما الثابت: أن المحرم لا يملك الصيد، لا حدوثاً، و لا بقاء فلو صاد و هو محل ثم أحرم خرج الصيد عن ملكه، و بين الأمرين بون بعيد.

فتحصل مما حققناه: أن الصحيح هو القول بعدم الضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير، كما هو الحال فى غير المحرم.

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فى صورة التلف السماوى الذى هو مورد البحث - فى المقام - و أن حكمهم بالضمان إنما هو فى صورة الإرسال بعد الاستعارة، فيكون ذلك داخلًا فى الإتلاف.

نعم يظهر من المحقق فى عاريه الشرائع الضمان مطلقاً، و إليك لفظه: (و لا يجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٧

للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لأنه ليس له إمساكه، فلو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك فى العارية).

و ظاهر كلامه هذا: هو الحكم بالضمان فى فرض التلف، فان تعميم الحكم بالضمان للاشتراط و عدمه ظاهر فى أن موضوع كلامه هو التلف، دون الإتلاف.

و لكن السيد - بعد ما نقل كلام المحقق - قال: و هذه العبارة - كما ترى - مختصة بصورة الإتلاف بالإرسال، فلا تشمل ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن هذا ناشئ من إضافة كلمة (ثم أرسله) قبل كلمة (ضمنه) إلى عبارة المحقق. إلا أنها غير مذكورة فى عبارته، بل زادها صاحب الجواهر سهواً.

ثم هل يثبت الضمان مع الإرسال مطلقاً، أم يختص ذلك بصورة جهل المعير بالحال؟.

فذهب السيد إلى الثانى، بدعوى أن الدافع مع علمه بالحال يعد متلفاً لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالإتلاف، فلا وجه لاستقرار القيمة فى ذمته.

و الجواب عن ذلك: أن المعير و إن كان عالماً، إلا أن الإتلاف مستند إلى المستعير، لأنه - بعد ما استعار الصيد من المحل - فقد أتلفه بإرادته و اختياره، و حينئذ يثبت عليه الضمان، لا على المعير. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد؟

قوله: (و يشكل اطراد القاعدة أيضاً فى البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التى لم يستوفها، فان هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنها مضمونة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٨

في العقد الفاسد)

أقول: لم نفهم وجهها صحيحا لتقييد المنافع بغير المستوفاة و ذلك، لأن لمنافع المستوفاة أيضا غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد و لعل وجه تقييدها بغير المستوفاة: أن المنافع إذا كانت من الأعيان- كاللبن و الصوف- فاستيفاؤها إتلاف لها، و إذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزلة التلف. و على كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضا للقاعدة بناء على أن موردها التلف، دون الإتلاف.

و كيف كان فقد يورد على القاعدة بضمان المنافع غير المستوفاة مع أنها لم تكن مضمونة في العقد الصحيح.

و قال السيد في الجواب عن النقض: إن (المنافع و ان لم تكن مقابلة بالمال، الا أنها ملحوظة في القيمة، و زيادة الثمن، و هذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة.

و من هنا يعرف حال الشروط، فإنه لو فرض شرط الخياطة في عقد فاسد، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامنا، لأن في الصحيح و ان لم يكن الشرط مقابلا بالمال، الا أنه ملحوظ في زيادة الثمن و نقصانه، فكأنه مقابل بالمال، و لذا اشتهر أن للشرط قسطا من الثمن: يعني في اللب).

و يرد عليه: أن دخل المنافع في زيادة الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين. كما أن الشروط لها دخل في زيادة القيمة، مع أنها خارجة عن حول القاعدة.

أما ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطة فلأجل احترام العمل، و استناد تحققه في الخارج إلى أمر المشروط له، و عليه فلا صلة له بالمقام.

و قال شيخنا المحقق: (ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنا لضمان المنافع الفائتة في الصحيح و الفاسد، كما إذا كانت العين لها أمد خاص،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٠٩

و عمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلا نقصت قيمة العين، و هذا النقص ملحوظ في الصحيح و الفاسد).

و يتوجه عليه: أن مضى مدة خاصة من عمر العين و ان أوجب نقصانا فيها، الا أن الضمان- هنا- بالعين، لا بالمنافع غير المستوفاة، و لذا اعترف في آخر كلامه بأنه (لا فرق حينئذ بين القول بضمان العين و المنافع، أو ضمان العين تامة).

و قال شيخنا الأستاذ: (إن المدار على مورد العقد، و مورده في البيع هو نفس العين، و انما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع، و في الفاسد حيث ان العين لم تنقل الى القابض فيضمن منافعها).

و يرد عليه: أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة، بديهة أن المنافع في الهبة الصحيحة تابعة للعين. و حيث ان العين لم تنقل الى المتبذ في الهبة الفاسدة فتضمن منافعها.

و التحقيق: أن النقض غير وارد على القاعدة. و توهم انتقاضها بما ذكر انما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى.

و توضيح ذلك: أن النسبة بين تملك المنافع، و تملك العين هي العموم من وجه، إذ قد تملك المنافع دون العين- كما في الإجارة- و قد تملك العين دون المنافع- كما إذا باعها مسلوبة المنفعة- و قد تملكان معا، و عليه فملكية العين لا تلازم ملكية المنافع، و انما

تملك المنافع في البيع بنفس السبب لملكية العين، ففي الحقيقة كان الثمن بإزاء العين بالأصالة، و بإزاء منافعها بالتبع.

و على هذا فكل من العين و المنفعة مورد للعقد، نهاية الأمر أن العين مورد للعقد بالأصالة، و المنافع مورد له بالتبعية، و من الواضح أن عقد البيع مما يضمن بصحيحه و فاسده. سواء في ذلك نفس المبيع و منافعه. و اذن فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٠

وجه لتوهم انتفاض القاعدة طردا بالبيع الفاسد.

نعم إذا ارتفع العقد بالفسخ، أو بالإقالة لم تضمن المنافع الفائتة، أو المنافع المستوفاة قبل الارتفاع، ضرورة أن هذه المنافع انما حصلت في ملك المشتري، فيكون المشتري مسلطاً عليها.

نعم إذا تعيبت العين بتصرف المشتري كانت مضمونة عليه، فان الإقالة وان كانت عقداً جديداً، الا- أنها تقتضي رجوع العين بخصوصياتها التي وقع عليها العقد، و المفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحة، فلا بد و أن ترجع كما كانت. و مع التخلف يحكم بالضمان.

هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً؟

قوله: (و يمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً).

أقول: قد حكى عن الشيخ في المبسوط، و المحقق في الشرائع، و العلامة في التحرير انتقاض القاعدة بحمل المبيع في البيع الفاسد، حيث انه مضمون على المشتري، مع أنه غير مضمون عليه في البيع الصحيح بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط دخول الحمل في البيع، و هذا هو المحتمل القريب، و حينئذ فلا نقض على القاعدة. و عليه فالنزاع- هنا- لفظي، فإن القائل بالضمان انما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع. و أن القائل بعدمه انما أراد صورة خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل- هنا- شأن نفس العين في الإجارة، و كما أن العين خارجة عن مورد عقد الإجارة، كذلك الحمل- هنا- و اذن فلا تنتقض القاعدة بذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١١

هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة؟

قوله: (و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجباً للضمان).
أقول: غير خفي على الناقد البصير، و المتأمل الخبير: أن تفرغ الضمان على الحكم التكليفي-: أعني به حرمة التصرف في مال الغير- واضح الفساد، إذ لا ملازمة بينهما أصلاً و رأساً، لأنه بناء على أن عقد الشركة لا يقتضي جواز التصرف في المال المشترك- كما هو الظاهر- فإنه عندئذ و ان كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف في المال المشترك فيه بدون اذن صاحبه. الا انه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان، لأن كلا- منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه، و جعله أميناً في ذلك، و من الواضح أنه لا ضمان على الأمين، و لا يفرق في ذلك بين الشركة الصحيحة و الشركة الفاسدة. و اذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة بذلك.

هل ينتقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؟

قد يتوهم أن أصل القاعدة ينتقض بالنكاح الفاسد، ضرورة أن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسده إذا كانت المرأة عالمة بالفساد فإنها وقتئذ زانية، فلا مهر لبغي.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان ضمان المهر في عقد النكاح انما هو بإزاء الزوجية، دون البضع، فالضمان- هنا- ثابت بنفس العقد، فإذا انتفى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٢

العقد من ناحية حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضاً. و محل الكلام- في المقام- هو ما كان سبب الضمان أمراً آخر وراء العقد، كالقبض في العقد فان التلف قبله من مال البائع.

و على الجملة: أن البضع و سائر الاستمتاع لا ماليتها لها في حكم الشارع، و من هنا لو حبس أحد زوجة غيره، و قوت عليه جميع الاستمتاع لم يضمن بشيء، و ليس ذلك إلا لأجل أن البضع و سائر الاستمتاع لا تقابل بالمال. نعم قد ثبت مهر المثل في موارد الوطى بالشبهة تعبدًا، لاحترام الاعراض و صفوة الكلام: أن مورد البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هو العقود الصحيحة و الفاسدة التي يكون الضمان فيها مستندا الى غير العقد و عليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح، و عدم ثبوته في الزنا بعيد عن محل الكلام رأسًا. و بذلك تظهر الحال في العقد المنقطع - أيضا - فإن الأجرة فيه - أيضا - بإزاء نفس الزوجية، دون البضع. و تبعض الأجرة مع عدم التمكين في بعض المدة انما هو من جهة النص الخاص. أما في موت المرأة أثناء المدة فالتبعض على القاعدة. و اذن فلا تنتقض القاعدة بالنقض المزبور.

ما هو المدرك لعكس القاعدة؟

قوله: (ثم ان مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولوية).
أقول: قد عرفت - فيما سبق - أن المدرك الصحيح لأصل القاعدة انما هو ضمان اليد الثابت بالسيره العقلانية الممضاة من قبل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٣
الشارع. و قد عرفت - أيضا فيما تقدم - أن مناط الضمان في ذلك هو التسليط غير المجاني.
أما المدرك لعكس القاعدة - أعنى به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - فقد ذكر المصنف: أن مدركه - على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط - هو الأولوية، لأن دليل الضمان عنده انما هو الاقدام، و إذا لم يوجب الاقدام الضمان في العقد الصحيح - كالرهن الصحيح مثلا - لم يوجب ذلك في العقد الفاسد - أيضا - بالأولوية، ضرورة أن العقد الفاسد لغو محض و أنه بمنزلة المعدوم. انتهى ملخص كلامه.
و يرد عليه: أن عدم الضمان في العقد الصحيح - كالهبة الصحيحة مثلا - انما هو من جهة كون المال ملكا مجانيا للقبض، و من الواضح أنه لم تحصل له الملكية في العقد الفاسد - كالهبة الفاسدة مثلا - و اذن فلا وجه لدعوى الأولوية - هنا - بوجه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه - سابقا - من أن الاقدام الساذج ليس دليلا على الضمان، بل الدليل عليه انما هو السيره مع الاقدام. و قد يتوهم: أن قاعدة ضمان اليد و ان كانت مقتضية للضمان في العقود الفاسدة - التي لا ضمان في صحيحها - الا أنها مخصصة بأدلة الاستيمان.
و لكن هذا التوهم فاسد، لأن قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجاني لكي نحتاج الى تخصيصها بأدلة الاستيمان. و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعدة ضمان اليد، و عن مورد أدلة الاستيمان - أيضا - خروجا تخصيصيا و هذا ظاهر.
و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا وجه لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة بفحوى ما دل على عدم الضمان في موارد الاستيمان، كما صنعه المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٤

في المتن.

أضف الى ذلك: أن المالك لم يسلط غيره على ماله في موارد الاستيمان ليتصرف فيه أى تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف. بخلافه في الهبة الفاسدة، و عليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر.

و التحقيق: أن الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان في موارد، لا شيء آخر.

هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد؟

إشارة

قوله: (الثانى: من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فوراً إلى المالك).
أقول: تحقيق البحث - هنا - يقع فى ضمن جهات:

الجهة الأولى: أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد تكليفاً، أم لا يجوز ذلك؟.

لا شبهة فى حرمة التصرف فى مال الغير - بحسب الكبرى - شرعاً و عقلاً. و إنما البحث - فيما نحن فيه - إنما هو من ناحية الصغرى: و هى أن تصرف القابض فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو تصرف فى مال غيره بدون إذنه لكى يكون حراماً، كما عليه المصنف؟.

أم أنه تصرف فيه باذن مالكة حتى يكون ذلك جائزاً؟.

و فصل السيد - فى المقام - و قال نصاً: (لا ينبغى الإشكال فى عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٥

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع. و أما مع علمه فيمكن الاشكال فيه و إن كان باقياً على ملكه، و ذلك للإذن فيه فى ضمن التملك).

لا إشكال فى عدم جواز التصرف فى المقبوض مع جهل الدافع بالفساد.

أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظراً إلى أن الدافع - عندئذ - قد أذن للقابض فى التصرف فى ماله. فلا يكون حراماً.

و لكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه، لأن القاعدة الأولى إنما تقتضى حرمة التصرف فى أموال الناس إلا بإذن ملاكها، و من الواضح أن الدافع إنما جوّز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقابض، لا على وجه الإطلاق، و لما لم تحصل الملكية للقابض، و لا أن المالك قد أذن له فى ذلك إذناً جديداً حرم على القابض التصرف فيه و ضعا و تكليفاً.

نعم لو أذن المالك للقابض إذناً جديداً فى التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه، لا و ضعا، و لا تكليفاً، ضرورة أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديداً فى التصرف فى المقبوض.

و على الجملة: إن الإذن الحاصل فى ضمن التملك بالعقد الفاسد لا يكون منشأً لجواز التصرف فيما وقع عليه العقد، إلا أن يكون - هنا - إذن آخر غير الإذن الحاصل فى ضمن العقد الفاسد.

ثم إن السيد قد استدل - فى حاشيته - على جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد بأن (هذا التملك له حيثان، فهو إذن من حيثية، و تملك من اخرى، و لما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة - و المفروض عدمها - فهو غير مؤثر من هذه الجهة، لعدم حصول شرط. و أما من حيثية الأخرى فهو غير مشروط شرعاً، فيجوز العمل به، فإن الإذن مؤثر فى جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٦

التصرف من غير اشتراط بصيغة خاصة، فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الإذن، و طيب النفس. و إذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلاً عن كونه فورياً. نعم لو رجع عن إذنه و طلبه وجب الرد اليه فوراً).

و يرد عليه: أن جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو: إما كون ذلك ملكاً

للقابض. و إما إذن المالك في التصرف فيه:

أما الأول فهو منفي على الفرض.

أما الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه.

و الوجه في ذلك: أن الأفعال تارة تتعلق بالعناوين الكلية - كبيع كلى الفرس و نحوه - و اخرى تتعلق بالجزئيات الخارجية و الأفراد المشخصة - كالأكل، و الشرب، و النوم، و الضرب، و القيام، و القعود و أشباهها:

فإذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى ما عليه داعيا إلى إيجاده، فإذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف في الداعي، فإن الضرب قد وقع - في الخارج - على واقع المؤمن حقيقة، و التخلف إنما هو في اعتقاد أنه كافر الذي كان داعيا إلى إيجاده.

أما إذا كان الفعل متعلقا بالكلية فلا يسرى الى غير مصداقه - و إن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه - فلو رضى المالك بدخول العلماء داره، و أذن به لم يجز الدخول لغير العالم و إن اعتقد الآذن أنه عالم.

و لا شبهة في أن متعلق الاذن في قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٧

أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه «١» إنما هو العنوان الكلى: أعنى به عنوان التصرف في مال الغير. و عليه فإنما يجوز التصرف في أموال الناس فيما إذا أحرز أن المالك قد أذن في التصرف في ماله لكى يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلى الذى ذكر في التوقيع المزبور، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد، بديهته أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف في ماله، و إنما سلمه إليه باعتباره أنه ملك له، و حيث إنه لم يصير ملكاً للقابض، و لا أن الدافع قد أذن له في التصرف، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف في ذلك بالتوقيع الشريف المذكور، و لا بالروايات الدالة على حرمة التصرف في مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه: كما اتضح لك من ذلك - أيضاً: - أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد، و جهله به، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه الا التمليك، و هو لم يحصل في الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد.

و بما ذكرناه - من أنه لم يصدر من المالك في المقام الا التمليك، و تسليم المال بما أنه ملك للقابض - يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد و إن لم يؤثر في الملكية، و لكن إذن الدافع في التصرف في ماله باق على حاله، فيكون الاذن منفكاً عن الملكية. و وجه الظهور: أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكى يبقى بعد فساد العقد - أيضاً - بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض، و المفروض أنه لم يصير ملكاً له، فينتفى الإذن أيضاً.

(١) قد نقلنا هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٨

قيل: إن المالك قد أذن للقابض في التصرف في نفس العين الخارجية و عليه فيبقى الاذن ما دامت العين باقية على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق و عدم رجوعه عنه.

و يرد عليه: أن الاذن لم يتعلق بالتصرف في مال الدافع. و إنما تعلق بالتصرف في مال القابض من جهة استلزام التمليك إياه، لا أنه إذن جديد وراء التمليك، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبياً عن ذلك المال، فكيف يأذن في التصرف فيه، و من المفروض أن الملكية لم تحصل فلا معنى لبقاء الاذن في التصرف فيه. و هذا واضح لا شبهة فيه.

نعم لو أذن المالك- إذا جديدا- في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد- بعد علمه بفساد العقد- جاز التصرف فيه جزما. و لكنه غير مربوط بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاما لغيره باعتقاد أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى، لا- لصديقه فإنه- عندئذ- لا- يجوز للمعطى له أن يأخذه، و يتصرف فيه بتخيل أن الاذن قد تعلق بذات الطعام الخارجى الشخصى، فيجوز العمل على طبقه.

و الوجه فيه: هو أنه لا أثر للإذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلى على الشخص الخارجى انطباق الكلى على أفراده.

هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد غير المعاضى الفاسد؟

الجهة الثانية: أن حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غير المعاضى الفاسد- أيضا- كالهبة و العارية، أم لا؟

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١١٩

لا شبهة في اختصاص الحكم بالعقود المعاضية إذا قلنا بثبوت الملازمة بين حرمة التصرف، و بين ثبوت الضمان.

و قد يقال: إن حرمة التصرف في المقبوض بعقد يضمن بصحيحه و فاسده لا يلزم حرمة التصرف في المقبوض بما لا ضمان فيه- كالهبة و العارية- فإنه كما لا ضمان في صحيحهما و فاسدهما، كذلك لا يحرم التصرف في المأخوذ بهما ضرورة أن رافع الضمان فيهما هو الرفع للحرمة، لأن إعطاء المالك ماله مجانا للمتهب، و بعنوان العارية للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة- أيضا- و إذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعية، و بين الحرمة التكليفية.

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمة بين الضمان، و بين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاضية، بل يعم العقود غير المعاضية أيضا.

و هذا هو الحق، بداهة أن كلا من حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، و الضمان أجنبي عن الآخر، فان التسلط المجانى- فى العقود غير المعاضية الفاسدة- لا يؤثر إلا فى عدم ضمان العين المأخوذة بها.

أما جواز التصرف فيها فلا- يترتب على التسليط المزبور. و إنما يترتب على إذن المالك. و من المفروض أنه لا- إذن فى موارد التمليك- كالهبة- على ما عرفته قريبا.

أما فى غير تلك الموارد- كالعارية- فالإذن من المالك و ان كان موجودا الا أن المفروض أن الشارع لم يمضه، فوجوده كعدمه. و إذن فلا يجوز التصرف فى المقبوض بالهبة و العارية الفاسدين.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٠

هل يجب رد المقبوض الى مالكة فورا؟

الجهة الثالثة: أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد فهل يجب رده الى مالكة فورا، أم لا يجب ذلك؟

ذهب المصنف إلى الأول، لأن الإمساك آنا ما تصرف فى مال غيره بدون اذنه، فلا يجوز. بل قال:

(ان الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه).

و التحقيق: أن القابض بالعقد الفاسد تارة يمتنع عن رد المقبوض الى مالكة حتى مع مطالبتة. و اخرى لا- يمتنع عن ذلك، و انما المالك لا يطالب ماله، أو يطالب إقباضه إياه، و تفويضه اليه.

و على الأول فلا شبهة فى حرمة إمساكه، لكونه من أظهر أفراد الغصب. بل إذا تلف المقبوض ضمنه القابض، و لو كان العقد مما لا

يضمن بصحيحه. سواء أ كان التلف بالتفريط، أم كان بغير التفريط، و عليه فلا- شبهة في وجوب رده الى مالكة فوراً، ضرورة أن إمساكه حينئذ تصرف في مال غيره، و مزاحمة لسلطنته على ماله، و هو حرام عقلاً و شرعاً.

و على الثاني فلا- يجب رده الى مالكة فضلاً عن كون الرد فورياً، بديهة أنه لا يجب على القابض إلا التخليه بين المال و مالكة، أما الزائد على ذلك فلم يقيم عليه دليل.

و نظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد إلى دار جاره فان بقاءه في تلك الدار لا يعد تصرفاً فيه لصاحب الدار قطعاً، لأنه لم يضع يده عليه، و لا أنه حال بينه، و بين مالكة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢١

و إذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلى مالكة فوراً فضلاً عن كون مثنوئه الرد عليه. كما أن بقاء المقبوض في يد القابض لا يعد تصرفاً في ملك غيره حتى مع عدم مطالبه المالك ذلك، أو مطالبته إقباض العين إياه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و قد ظهر لك مما حققناه: أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفاً محرماً، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدلة حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه خروجاً تخصيصياً بالسيرة العقلائية، بل من جهة خروجه عنها موضوعاً و تخصصاً، لعدم صدق التصرف عليه. كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائظ غيره في الشوارع و الأزقة.

ثم إن المصنف قد استدلل على وجوب رد المقبوض إلى مالكة، و على حرمة إمساكه و إبقائه بقوله (ع): (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه [١]).

ثم قال: (و لو نوقش في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم قوله (ع) لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه [٢] حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده).

أقول: أما الرواية الأولى فقد عرفت عدم دلالتها- على ما يرومه المصنف- مما بيناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

[١] لم نجده على النحو المنقول في كتب الحديث، بل المروى في الاحتجاج في ص ٢٦٧ عن صاحب الزمان (ع) هكذا: فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، و يحتمل قريباً وقوع التحريف- فيما نقله المصنف- سهواً.

[٢] لم نجده على هذا الشكل في كتب الحديث. بل المروى فيها على شكل آخر، و قد نقلناه في الجزء الثاني ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٢

غيره فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره، و مسه.

أما الرواية الثانية فيتوجه على الاستدلال بها أن الحلية أو الحرمة إذا أسندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحلية التكليفية، و أن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام، فيراد من حلية المأكولات حلية أكلها، و من حرمة الأمهات، و العمات، و الخالات حرمة نكاحهن، و هكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك، فإنه لا بد و أن تلاحظ فيها مناسبة الحكم و الموضوع.

و إذن فلا- بد و أن يراد من عدم حلية المال مع عدم طيب نفس مالكة عدم جواز تملكه، أو عدم جواز الانتفاع به، و على هذين التقديرين لا تدل الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه.

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف. لكن قد عرفت قريباً أن مجرد الإمساك لا يعد تصرفاً بوجه، و على كل تقدير فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الإمساك بمجرد.

و قد استدلل بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد،- و على وجوب رده إلى مالكة فوراً- بالنبوي المعروف: على اليد ما أخذت حتى تؤديه «١».

و تقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين:

١- ما ذكره شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و يدل عليه (أى على الرد الفورى) أيضا عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، فإنه و إن لم يكن متعرضا للحكم التكليفي بالدلالة المطابقية، إلا أنه متعرض له بالدلالة

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوى فى ص ٨٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٣

الالتزامية، فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين ما دامت باقية، ورد المثل، أو القيمة لو كانت تالفة، فحرمه إمساك مال الغير من غير إذنه، و وجوب رده اليه فوراً بالفورية العرفية لا إشكال فيه).

و يرد عليه: أن دعوى الملازمة بين الحكم التكليفي و الوضعي و إن كانت صحيحة، و لكن الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي - هنا- ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الإمساك. و إنما الواجب على القابض هو وجوب التخلي بين المال و مالكة، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي، و لا عقلي.

٢- ما أفاده المحقق الايروانى و هذا لفظه: (فالأولى تبديل الاستدلال به (: أى بقوله (ع) لا يحل إلخ) بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصورا ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع و التكليف جميعا: بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها، و دفع البدل مع التلف).

و الجواب عن ذلك أولاً: أن إرادة الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال، فإن الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه، و إرادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً و رأساً. و من الواضح أن المراد بكلمة الماء الموصولة هو المال، و لا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفي و الوضعي، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه. ثانياً: أن حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) بظاهره أب عن إرادة الحكم التكليفي منه، ضرورة أن الحكم المستفاد من ذلك مغيا بوجوب الرد. و من الواضح أن الغاية لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط، لا الحكم التكليفي فحسب، و لا الحكم الوضعي و التكليفي معا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٤

و ذلك، لأنه إذا أريد من النبوى المزبور الحكم التكليفي كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكة بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه و حينئذ فيكون ذلك نظير ما يقال: يجب عليك الإتيان بالصلاة حتى تصلى. و لا شبهة في أن هذا الاستعمال مستهجن جداً، و غير معهود عند أهل المحاورة.

و هذا بخلاف ما إذا أريد من الحديث الحكم الوضعي فقط، فإنه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه. و لا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه.

و يضاف إلى ذلك: أن حديث على اليد ضعيف السند، فلا يمكن الاستدلال به على شيء من المسائل الفقهية. و قد تقدم تفصيل ذلك قريباً.

ما هو حكم مئونة الرد؟

الجهة الرابعة: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فهل تكون مئونة الرد على القابض. أم تكون على المالك؟.

قد فصل المصنف بين ما تكون مئونة الرد قليلة فحكم بكونها على القابض و بين ما تكون كثيرة فحكم بكونها على المالك، و ذلك

لأدلة نفي الضرر.

وفصل شيخنا الأستاذ بين ما إذا كانت المئونة مما يقتضيها طبع الرد فهي على القابض، وبين غيره فهي على المالك. و توضيح كلامه: أن الحكم الشرعي إذا اقتضى في نفسه وبحسب جعله مقدرًا من الضرر - نظير وجوب الخمس، والزكاة، والصوم، والجهد، وأمثالها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٥

من الأحكام الشرعية - كان الحكم المذكور تخصيصًا لقاعدة نفي الضرر. وإذا كان الضرر زائدًا على المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم يكن ذلك تخصيصًا لأدلة نفي الضرر، بل أدلة نفي الضرر تكون حاكمة على دليل ذلك الحكم، وموجبًا لاختصاصه بغير موارد الضرر.

وعلى هذا الضوء فإن كانت مئونة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال إلى مالكة فهي على القابض. وإن كانت زائدة على ذلك فهي على المالك، لأدلة نفي الضرر.

ويرد عليه: أن وجوب الرد في نفسه لا يقتضى أي ضرر، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المئونة أصلاً، فالمئونة أمر قد يحتاج إليه الرد، وقد لا يحتاج إليه ذلك، وإذن فدليل نفي الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مئونة.

ومن هنا تظهر الحال في تفصيل المصنف - أيضاً - فإن تحمل الضرر مرفوع في الشريعة المقدسة. ولا فرق بين قليله وكثيره.

نعم لا بأس بالالتزام بكون المئونة على القابض فيما إذا كانت المئونة من القلة بمرتبة لا تعد ضرراً عرفياً. ولعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذي نقلناه عنه قريباً.

هل يجب رد المقبوض إلى مالكة مطلقاً؟

الجهة الخامسة: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين المالك و ماله، دون رده اليه فهل هو كذلك على وجه الإطلاق، و في جميع الموارد،

أم يجب ذلك في بعض الموارد دون بعض؟.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٦

و تفصيل ذلك: أنه قد يكون المالك و المشتري كلاهما في بلد القبض، و قد يكونان في بلدين.

وعلى الثاني فتارة ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض.

و اخرى ينقل المشتري المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر.

و ثالثة ينتقل منه البائع إلى بلد، و ينتقل منه المشتري إلى غير ذلك البلد أما إذا كانا في بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد

المقبوض إلى مالكة، بل تكفى - في هذه الصورة - التخليه بينه و بين ماله، فإذا أراد المالك أن يأخذ ماله - في أي وقت - أخذه بنفسه.

أما إذا كان القابض في بلد القبض، و لكن انتقل المالك إلى بلد آخر ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد - عندئذ - قطعاً حتى إذا قلنا

بوجوب الرد في الشق الأول، فإنه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته في بلد القبض.

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر، و طالب به المالك فوجب رده إلى بلد القبض، سواء في ذلك كون المالك في بلد

القبض، و انتقاله إلى بلد آخر، و عليه فمئونة الرد على القابض، ضرورة أن نقل المقبوض إلى غير بلد القبض لم يكن باذن مالكة لكي

تكون مئونة الرد عليه، بل كان ذلك باختيار القابض، و حينذاك فيجب عليه رده إلى بلد القبض، و ذلك للسيرة العقلانية المحكمة

في أمثال المقام، أو لدليل ضمان اليد.

وقد اتضح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك إلى بلد. و نقل القابض المال إلى بلد آخر، فإن المالك إذا طالب القابض بنقل

المال الى البلد الذى هو فيه لم تجب على القابض اجابته. و إذا طالبه برده الى بلد القبض وجب على القابض رده.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٧

ما هو حكم المنافع المستوفاه؟

إشارة

قوله: (الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور).
أقول المشهور بين الفقهاء: أن القابض بالعقد الفاسد يضمن المنافع التي استوفاهها من المقبوض.
بل الظاهر من عبارة الحلبي المحكيه عنه من (أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان). هو قيام الإجماع على ذلك.

وقد نسب الخلاف فى ذلك إلى ابن حمزة، حيث إنه حكم بعدم الضمان - هنا - محتجا بأن الخراج بالضمان، كما فى النبوى المرسل. و يحسن بنا أولا بيان الوجوه التى استدلت بها على الضمان، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدلت به ابن حمزة على رأيه.

فقول: إنه قد استدلت على الضمان بوجوه شتى.

١- النبوى المعروف:

على اليد ما أخذت حتى تؤديه «١» فان عمومه يشمل المنافع المستوفاه أيضا.
و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجر بعمل المشهور به لا صغرى، و لا كبرى:
أما الوجه فى منع الصغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور، بل اعتمد أكثرهم على الوجوه الأخر التى سند كرها قريبا.

أما الوجه فى منع الكبرى فهو ما ذكرناه فى علم الأصول، و أشرنا

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا الحديث فى ص ٨٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٨

إليه آنفا من أن الشهرة ليست بحجة فى نفسها، فكيف تكون سببا لحجية الخبر الضعيف، و جابرة لو هن سنده و تفصيل الكلام فى محله.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول صدر الحديث للأعيان المأخوذة، و المنافع المستوفاه إلا أنه لا ينفعا - فى المقام - لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط.

بداهه أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءا. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو القيمة. و من الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل فى المنافع، لأنها ما لم توجد فى الخارج ليست بمضمونه، و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم. و حيثئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكى يشملها دليل ضمان اليد.

على أن للمناقشة فى شمول مفهوم الأخذ للمنافع مجال، إذ قد يقال:

إن مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع، خصوصا إذا كانت المنفعة من قبيل الأعمال: كمن أمر غيره بخياطة ثوبه، أو بناء داره،

أو نجارة بابه و لم يعط أجرته، فإنه لا تطلق كلمة الأخذ على شيء من ذلك.

و من هنا ذكر المصنف فيما تقدم: (أن مورده (أى خبر اليد) مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونة فى الإجارة الفاسدة).

و لكن الصحيح: أن مفهوم كلمة الأخذ أوسع من ذلك، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى، و الا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار، و الأرض، و البستان، و الحديقة، و أشباهها مما لا يقبل الأخذ الخارجى.

و مما يدل على صحة ما ذكرناه: أن مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنوية كالعهد، و الميثاق، و الرأى، و أمثالها، كما أنه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجية و اذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية. و انما هو كناية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٢٩

عن الاستيلاء على الشيء، كما أن كلمة بسط اليد كناية عن الجود، و السخاء.

و كلمة قبض اليد كناية عن البخل، و لا ريب أن استعمال لفظ الأخذ فى هذا المعنى - الذى ذكرناه - كثير فى القرآن و غيره، و منه قوله (تعالى) **لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ** «١» و إذن فالصحيح فى وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع هو الوجه الثانى، و هو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان، و عدم شموله للمنافع

٢- قوله (ع): حرمة ماله -: أى المؤمن - كحرمة دمه «٢»

فان الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و من الواضح أنها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفاة- أيضا- لصدق المال عليها جزما.

و يتوجه على الاستدلال بها: أن الظاهر منها هو الحكم التكليفى، بمعنى:

أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه، كما لا تجوز إراقته دمه.

و على تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام. فغاية ما تدل عليه هذه الجملة المباركة هى لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف، و عدم جعله فى معرض الهلاك، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام. أما الضمان فلا يستفاد من ذلك، و إلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بأفة سماوية، و لا شبهة فى أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه.

٣- الروايات الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،

و على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه. و قد عرفت صدق المال على المنافع. و لذا تقع ثمننا فى البيع، و عوضا فى الخلع، و صداقا فى النكاح و هكذا و يتوجه على الاستدلال بها: أن المستفاد منها ليس

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٥٥.

(٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة فى ص ٩١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٠

الا الحكم التكليفى: أعنى به حرمة التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، أما الحكم الوضعى: أعنى به الضمان فلا يستفاد منها. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا «١».

٤- قاعدة نفى الضرر،

فان استيفاء منفعة مال المالك، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه، و هو منفي في الشريعة المقدسة. و يتوجه على هذا الاستدلال: أن أدلة نفي الضرر ليست مسوقة لإثبات الحكم الشرعي، و انما هي مسوقة لبيان نفي الحكم الضروري. أضف الى ذلك: أن القاعدة لا- تفي بإثبات ضرر على أحد لنفي الضرر عن غيره، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض. بل يمكن أن يقال: إن المنافع تتصرم، و تنعدم بنفسها، سواء في ذلك استيفاء المالك و عدمه، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك، بل إنه من قبيل عدم النفع، فلا موضوع للقاعدة أصلاً، و قد تقدم الكلام فيما يرجع الى الاستدلال بهذه القاعدة في أمثال الموارد قريبا «٢».

و على الجملة: انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على ضمان المنافع المستوفاه.

نعم يمكن الاستدلال على الضمان - هنا - بأمرين:

١- السيرة القطعية العقلية،

فإنها قائمة على أن أموال الناس لا تذهب هدرًا، و عليه فإذا استولى أحد على مال غيره- سواء أ كان ذلك بعنوان الغصب، أم كان بعنوان آخر- ضمنه بجميع الخصوصيات التي هي دخيل في

(١) راجع ص ٩٠.

(٢) راجع ص ٩٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣١

المالية، و حيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون دليلاً على ضمان المنافع المستوفاه.

٢- قاعدة من أئلف مال غيره فهو له ضامن.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٣، ص: ١٣١

و هي بهذه الكيفية و الخصوصية و ان لم تذكر في رواية خاصة، و لكنها قاعدة كلية متصيده من الموارد الخاصة التي تقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد، و عليه فتكون هذه القاعدة متبعة في كل مورد تمس بها الحاجة. و الموارد التي أخذت منها هذه القاعدة هي الرهن، و العارية، و المضاربة، و الإجارة، و الوديعة، و غير ذلك من الموارد المناسبة لها فإنه قد وردت فيها الأخبار الكثيرة [١] الدالة

[١] عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم و هو يساوي ثلاثمائة درهم، فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنًا فيه فضل، وضعه الحديث. و عن سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله (ع) قال إذا رهنت عبداً أو دابةً فمات فلا شيء عليك، و إن هلكت الدابة، أو أبق الغلام فأنت ضامن.

قال في رهن التهذيب بعد نقل هذا الحديث: فالمعنى فيه أيضا أن يكون سبب هلاكها، أو إباقه شيئا من جهة المرتهن. و عن أبان، عمن أخبره (و في الفقيه أبان عن أبي عبد الله) عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرهن: إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه تراد الفضل بينهما. الكافي ج ٥ من ط ٢ باب الرهن، ص ٢٣٤ و ٢٣٦. و عن وهب، عن جعفر، عن أبيه (ع) إن عليا (ع) قال: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن. بناء على أن العيب من ناحية المستعير. الوافي ج ١٠ ص ١١٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٢
على أن إتلاف مال الغير موجب للضمان، و قد استفاد منها الفقهاء رضوان الله عليهم قاعدة كلية: أعنى بها قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن، فتحصل مما ذكرناه: أن المنافع المستوفاة مضمونة على القابض.

- و عن الحلبي، عن أبي عبد الله (ع) قال سئل عن القصار يفسد؟ قال:

كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن.

و عن السكوني، عن أبي عبد الله (ع) قال: كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار، و الصباغ و الصائغ احتياطا على أمتعة الناس. الحديث.

و عن ابن أبي الصباح عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن الثوب أدفعه إلى القصار، فيحرقه؟ قال أغرمه، فإنك إنما دفعته إليه ليصلحه، و لم تدفعه إليه ليفسده.

و عن السكوني، عن أبي عبد الله (ع) ان أمير المؤمنين (ع) رفع إليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمنه أمير المؤمنين (ع) الكافي ج ٥ من ط ٢ باب ضمان الصناع ص ٢٤١.

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره، قال: ان كان ضيع شيئا، أو أبق منه فمواليه ضامنون. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٣٠٢.

و إلى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة و غيرها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٣

ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفاة

قد استدل ابن حمزة على عدم ضمان المنافع المستوفاة بالنبوي المشهور الخراج بالضمان [١].

و يرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشيء ثانيا: أن الاستدلال المذكور منتقض بالمغضوب، - حيث إن ضمان المنافع المستوفاة فيه أمر بديهي لا يعرضه الشك. خلافا للحنفية [٢].

ثالثا: أنه لا دلالة في ذلك الحديث على ما يرومه المستدل، و ذلك لأنه يحتمل وجوها.

١- أن يكون المراد من كلمة الخراج فيه ما هو المعروف في باب الخراج و المقاسمة، و يكون المراد من كلمة الضمان فيه هو ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل و الإجارة.

و لا يخفى عليك: أن هذا الاحتمال - و ان لم نره في كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و لكنه أقرب المحتملات للإرادة من الحديث، و وقتئذ يكون النبوي خارجا عما نحن فيه، و لا يكون مربوطا بالمقام أصلا و رأسا.

[١] في ج ٥ سنن البيهقي ص ٣٢١ عن عائشة، قالت: قال رسول الله (ص) الخراج بالضمان و في جملة أخرى من الروايات: أنه قضى

رسول الله (ص) أن الخراج بالضمان و في ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله (ص) الغلة بالضمان.

[٢] في شرح فتح القدير ج ٧ ص ٣٩٤: ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه لأنها حصلت على ملك الغاصب، إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٤

٢- أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوي: أعني به مطلق العهدة، سواء أ كان ذلك أمراً اختيارياً مترتباً على العقود الصحيحة، أو الفاسدة، أم كان أمراً غير اختياري مترتباً على الغصب و عليه فيكون المراد من الباء في كلمة (بالضمان) هو السببية أو المقابلة.

و حينذاك فمعنى الحديث: أن المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة أو الفاسدة، أو المأخوذة بالغصب مملوكة للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكية المنافع. و عليه فتدل الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفاة كما عليه ابن حمزة.

و لكن من البعيد جداً، بل من المستحيل عادةً ذهب ابن حمزة- الذي هو من أعظم فقهاءنا الإمامية- إلى مثل هذا الرأي، بل هو يناسب مثل أبي حنيفة الذي افتى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين. و قد نقلنا رأيه قريباً في الحاشية.

٣- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاة، و يراد من الضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحة التي أمضاها الشارع المقدس- كالبيع و الإجارة و نحوهما- و عليه فلا يكون النبو المزبور مربوطاً بما أفتى به ابن حمزة، ضرورة أن مورد كلامه البيع الفاسد، لا البيع الصحيح ٤- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاة، و يراد من الضمان الضمان المعاملي الاختياري، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع المقدس، أم لم يكن ممضى له، فيشمل البيع الصحيح و الفاسد كليهما. و على هذا فيصلح النبو أن يكون مدركالابن حمزة.

و يتوجه عليه: أنه لا قرينة في الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال، دون سائر الاحتمالات، بل قد عرفت قريباً أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٥

للإرادة من الحديث و يضاف الى ذلك: أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كل من استوفى شيئاً من منافع العين فلا بد و أن يرد ذلك الى الضامن و ان كان المستوفى هو المالك للعين، و من الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه.

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزة من جملة من الروايات [١]

[١] عن إسحاق بن عمار، قال: أخبرني من سمع أبا عبد الله (ع) يقول و قد سأله رجل و أنا عنده، فقال له: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فمضى إلى أخيه. فقال له: أبيعك داري هذه، و تكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي أني إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردها عليّ؟ قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، أ لا ترى أنها لو أحرقت لكنت من ماله؟

مرسلة.

و عن معاوية بن ميسرة، قال، سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل، و كان بينه و بين الرجل الذي اشتري منه الدار حاصر، فشرط أنك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ فقال: هو ماله، و قال أبو عبد الله (ع): أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري، مجهولة بمعاوية بن ميسرة؟

الحاصر الجدار. الوافي ج ١٠ ص ٦٩.

و عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي إبراهيم (ع) الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة على من يكون؟ قال: على مولاه. ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون؟ قلت: هو في عتق العبد. ثم قال أ رأيت لو-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٦

الواردة في مواضع شتى: مثل قوله (ع)- في مقام الاستشهاد على كون منفعة الدار المبيعة في زمان الخيار للمشتري:- (ألا ترى أنها لو أحرقت لكانت من ماله؟). و تفضل (ع) بنظير ذلك أيضا في رواية أخرى. و كقوله (ع)- في الرهن:- (و كذلك يكون عليه ما يكون له).

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكورة ليست مسوقة لبيان الكبرى الكلية، بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشتري، و الرهن ملك للرهن، فيكون نماء الدار مملوكا لمالكها، و نماء الرهن مملوكا لمالكه، و هذا ظاهر.

ما هو حكم المنافع غير المستوفاة؟

إشارة

قوله: (و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان).

أقول: المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائتة بغير استيفاء- أيضا- مضمونة على القابض، بل الظاهر من الحلبي هو حكاية الإجماع على ذلك حيث حكى عن السرائر في آخر باب الإجارة الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان.

بل يقتضى الحكم بالضمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فإنها عندئذ تكون مشمولة لقاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن. و لكن التحقيق هو عدم الضمان- هنا- لعدم الدليل عليه، و سيتضح

- كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مأتى دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه. قال:

و كذلك يكون عليه ما يكون له. موثقة بابن عمار. الوافي ج ١٠ ص ١١٦.

و التهذيب ج ٧ من ط ٢ ص ١٧٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٧

لك و وجهه.

ثم لا يخفى عليك: أن التكلم- هنا- في الضمان و عدمه انما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان في المنافع المستوفاة، أما إذا لم نقل به- هناك- فعدمه- هنا- بالأولوية القطعية.

و أيضا لا يخفى عليك ما في كلام المصنف من الاضطراب، فإنه تارة يفتى بالضمان، و اخرى يفتى بعدمه. و ثالثة يتوقف في المسألة. ثم إن مورد البحث- هنا- ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحية وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد، و إلا يكون ذلك من مصاديق المغصوب و يجرى عليه حكمه.

ثم إن الأقوال في المسألة- ظاهرا- خمسة:

١- الضمان مطلقا، و قد ذهب اليه المشهور.

٢- عدم الضمان كذلك، كما عن فخر المحققين في الإيضاح.

٣- التفصيل بين علم البائع بالفساد، و بين جهله به، فيحكم بعدم الضمان في الأول، و بالضمان في الثانى.

٤- القول بالتوقف في الصورة الثالثة.

٥- التوقف على وجه الإطلاق.

أما القول بالتفصيل فحيث إننا لم نقل به في المنافع المستوفاة، فلا نقول به- هنا- أيضا، لأن القائل بعدم الضمان- في صورة العلم بالفساد- انما توهم ذلك من جهة أن المالك قد سلط القابض على ماله لكي يتصرف فيه كيف يشاء ولكننا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك- في مورد بحثنا- انما كان مشروطا بحصول الملكية الشرعية، و هي لم تحصل، و المفروض أنه لم يحصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٨

- هنا- اذن آخر جديد. و اذن فالمسألان من حيث الضمان و عدمه سيان.

أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا يعد رأيا خاصا في المسألة، بديهية أن واقع التوقف ليس إلا إظهار الجهل بالحكم، و من بين الذي لا ريب فيه أن الجهل بالحكم لا- يعد قولا- برأسه. و اذن فيبقى القولان الأولان: أعنى بهما القول بالضمان على وجه الإطلاق، و القول بعدمه كذلك.

و يحسن بنا أولا أن نقدم مقدمة أمام البحث عن هذين القولين.

و حاصلها: أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبة للمغصوب منه بجميع خصوصياتها الشخصية و النوعية، للسيرة القطعية العقلية، فإنها قائمة على أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر و العدوان لزم عليه رده على مالكه بجميع خصوصياته و شؤونه، و من الواضح أن منافع المال تعد من شؤونه، سواء أ كانت مستوفاة، أم لم تكن كذلك، فتكون مضمونة على القابض. و يضاف الى هذه السيرة أمران:

١- قاعدة من أ تلف مال غيره فهو له ضامن. و قد عرفت قريبا:

أن هذه القاعدة مأخوذة من الأخبار الكثيرة الواردة في مواضع شتى، و من الواضح أن الغاصب قد أ تلف المنافع المترتبة على المغصوب فتكون مضمونة عليه ٢- الأخبار «١» الدالة على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه و خصوصياته، و لم نجد مخالفا في ذلك من الخاصة و العامة. إلا الحنفية «٢».

(١) الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب الغصب. ص ٣٢٥.

(٢) قد أشرنا إلى رأيهم في ص ١٣٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٣٩

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزة الى عدم الضمان في منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد، سواء في ذلك المنافع المستوفاة و غيرها و لكن ذلك غريب عن المغصوب.

و على هذا فيجب على الغاصب رد العين المغصوبة على المغصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائتة بغير استيفاء، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمة، و لعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفة بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و الا فلا وجه لها بوجه.

نعم لا يحكم بكون المغصوب مضمونا على الغاصب بالخصوصيات الشخصية التي لا دخل لها في زيادة المالية، ضرورة أنه لا دليل على الضمان في أمثال ذلك.

ثم لا- يخفى عليك أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائتة إذا استند فوتها اليه. أما لو استند ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب. في أمثال ذلك.

و مثاله: أنه إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله في زمان دون زمان، و غصبه الغاصب، و تركه على حالته الأولية لم يضمن إلا بمنافعه المستوفاة، دون منافعه الفائتة بغير استيفاء، فالمنافع التي لا تكون العين معدة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء.

إذا عرفت ما تلوناه عليك

فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان المنافع مطلقا، لوجوه:

١- حديث ضمان اليد،

بدعوى أنه شامل للمنافع الفائتة بغير استيفاء لكونها مقبوضة بتبع قبض العين، و من هنا يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المستأجرة، فتدخل المنفعة- بذلك- في ضمان المستأجر. و يتحقق قبض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٠

الثلث في السلم بقبض الجارية التي جعلت خدمتها ثمنا، و كذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التي جعل سكنها ثمنا.

و يرد عليه أولا: أن حديث ضمان اليد ضعيف السند، و غير منجر بشيء، و قد عرفته فيما تقدم «١».

ثانيا: أنه لا يشمل المنافع المستوفاة فضلا عن شموله للمنافع غير المستوفاة، و قد تقدم ذلك قريبا «٢».

ثالثا: أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفاة، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائتة بغير استيفاء، لأن لفظ الأخذ- في الحديث المزبور- و إن كان كناية عن الاستيلاء على الشيء، و لكن لا- يصح تعلقه بالمنافع الفائتة بغير استيفاء، لعدم تحققها بالفعل و إن كانت موجودة بالقوة، إلا أن الوجود الاستعدادي لا يصح صدق الاستيلاء الموجب للضمان.

نعم إذا قدرت هذه المنافع المعدومة بتقدير خاص- كما في الإجارة- صح تعلق الاستيلاء بها.

قيل: ان المنافع غير المستوفاة كما لا تقبل الأخذ، كذلك لا تقبل القبض- أيضا- لأن قبضها عبارة عن استيفائها، و معه تخرج عن حدّ العدم و تصير من قبيل المنافع المستوفاة، و إذن فتكون خارجة عن مركز بحثنا، لأن مورد بحثنا- هنا- إنما هو المنافع الفائتة بغير استيفاء، لا- المنافع المستوفاة و الجواب عن ذلك: أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد، لأنه قد يتحقق بالتخليّة بين المال و مالكة، و قد يتحقق بالأخذ، و قد يتحقق بإرجاع أمر الشيء إلى شخص. و من البين أن قبض المنافع غير المستوفاة إنما يتحقق

(١) ص ٨٨.

(٢) ص ١٢٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤١

بإرجاع زمام العين و رقبته إلى مالك منافع العين، و هذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.

و قال المحقق الخراساني: إن (مورده) (أى حديث ضمان اليد) و إن كان مختصا بالأعيان، إلا أن قضية كونها مضمونة ضمان منافعها. فضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة.

و بالجملة: قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها. فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها). و يتوجه عليه: أنه ان كان غرضه من هذه العبارة: أن مالية الأعيان باعتبار منافعها المرغوبة للعقلاء- فضمان العين يستلزم ضمان ماليتها المتقومة بالمنافع- فهو متين، لأن العين بما هي هي ليست لها مالية بوجه، بل ماليتها بلحاظ منافعها، و لكن لا دلالة في ذلك على ضمان المنافع المستوفاة فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفاة، و هذا واضح.

و إن كان غرضه من العبارة المذكورة: أن ضمان الأعيان علة لضمان منافعها فهو مصادرة واضحة.

أضف إلى ذلك: أن ضمان المنافع المستوفاة أمر بديهي و ان لم تكن العين مضمونة، كما إذا استوفى عمل حر، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون و لكن عمله مضمون.

٢- قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنه «١»).

و يتوجه عليه أولاً: أنه ضعيف السند، و غير منجر بشيء، فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من المسائل الفقهيّة. ثانياً: أن نسبة عدم الحل الى التصرف في مال الغير ظاهرة في الحكم

(١) قد ذكرناه في الجزء الثاني في ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٢

التكليفى، لا فى الحكم الوضعى، و لا فى الأعم منهما، و عليه فلا دلالة فى الرواية على ضمان الأعيان فضلاً عن دلالتها على ضمان المنافع.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات «١»- الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه- على الضمان- هنا- ضرورة أن الظاهر من نسبة الحل الى المال انما هو إرادة حرمة التصرف فيه، على ما ذكرناه مراراً. و من البين أن هذا لا يناسب إلا الحرمة التكليفية، لا- الحرمة الوضعية كما أن المراد من حرمة الأمهات و البنات و الخالات حرمة نكاحهن. و اذن فتبعد الروايات المزبورة عن الدلالة على الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

٣- قوله (ع) فى جملة من الروايات «٢»: حرمة ماله (أى المؤمن) كحرمة دمه،

بدعوى أن مالىة الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها. و عليه فنفس المنافع من الأموال، بل من مهماتها، و إذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجملة الشريفة المذكورة، فيثبت بذلك احترامها و ضمانها. و يتوجه على هذا الاستدلال: أن الجملة المزبورة و إن وردت فى موثقة ابن بكير و غيرها، و لكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه «٣».

٤- قاعدة نفي الضرر،

حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك «٤». و يتوجه عليه: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضاً، فتقع المعارضة فى شمول القاعدة لكلا الطرفين.

(١) قد ذكرناها فى الجزء الثاني فى ص ١٣٨.

(٢) قد ذكرناها فى ص ٩١.

(٣) قد عرفت تفصيل ذلك فى ص ٩١.

(٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعدة فى ص ٩٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٣

و يضاف الى ذلك: أن القاعدة المذكورة انما تنفى الأحكام الضرريّة، و لا دلالة فيها على إثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله.

٥- قاعدة من أئلف،

و قد استدلل بها السيد فى حاشيته- عند قول المصنف: فالمشهور فيها أيضاً الضمان و إليك نصه: (هذا هو الأقوى بمعنى: أن حالها حال العين، لقاعدة الإتلاف، فإن الاستيلاء على العين، و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها، و يصدق عليه الإتلاف

عرفا، و لذا نحكم بالضمان لها في الغصب).

و يتوجه عليه: أنا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائتة بغير استيفاء إلا إذا استند الفوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكة من التصرف فيه. و حينئذ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب

٦- الإجماع،

و قد استظهره المصنف من السرائر و التذكرة، و استند اليه في الحكم بالضمان هنا.

و يرد عليه: أنه لا وجه لدعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل الخلافية إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان- هنا- ما ذكرناه من الوجوه الماضية، و يتضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم في المقام.

و من هنا ناقش السيد في كلام المصنف، و قال: (الإنصاف أنا لو فرضنا عدم تامة ما ذكرنا من الأدلة على الضمان لا وجه للقول به من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الإجماع المنقول، و عدم معلومية الشمول للمقام).

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث دفع المناقشة المزبورة بأن (اختياره (أى المصنف) الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول، مع أنه قد منكر لحجيته في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٤

اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد و الاحترام للمنافع).

و وجه العجب: أن المصنف قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحا في صدر كلامه، و حكم بعدم إمكان التمسك بهما- هنا- و معه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه.

و المصنف و ان ناقش في حجية نقل الإجماع في فرائده، الا أنه اعتمد عليه في محل البحث و غيره.

و نتيجة البحث الى هنا: هي أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفاء، لعدم الدليل عليه.

و يؤيد ما ذكرناه- من عدم الضمان هنا- ما ورد من الروايات «١» في ضمان المنافع المستوفاء من الجارية المسروقة المبيعة، فإن هذه الأخبار- مع ورودها في مقام البيان- غير متعرضة للضمان بمنافعها غير المستوفاء.

و أيضا يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس «٢» الذي ورد فيمن باع وليدة أبيه بغير اذنه، فقال الامام (ع): الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها، و سكت (ع) عن بيان الضمان في المنافع غير المستوفاء.

و يضاف الى ذلك كله: أن المنافع غير المستوفاء- في المقبوض بالعقد الفاسد- مورد لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضرورة أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء لأنها ملك للمشتري مجانا، كذلك البيع الفاسد.

و هذا لا ينتقض بالقول بالضمان في المنافع المستوفاء، و ذلك لصدق

(١) قد ذكرناها في ص ٨٩.

(٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨. و سيأتى التعرض لهذا الخبر في البحث عما استدل به على صحة البيع الفضولى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٥

الإتلاف على استيفائها، فتكون مندرجة تحت قاعدة من أ تلف مال غيره فهو له ضامن.

قيل: ان المقبوض بالعقد الفاسد، و المغصوب سيان في ذلك، و الالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق و القواعد الفقهية.

و الجواب عن ذلك: أن الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر و العدوان، فيكون مضمونا عليه بجميع خصوصياته و هذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد. فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره، و

المفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه. و عليه فقوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع، لا إلى القابض و اذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب، و عليه فتصبح المنافع الفائتة بغير استيفاء غير مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد.

ما هو الدليل على ضمان المثل في المثلى، و ضمان القيمة في القيمي

إشارة

قوله: (الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي).
أقول: لا يخفى عليك: أن ظاهر عبارة المصنف هو ذهاب الإسكافي إلى ضمان القيمة في المثلى، و هذا مناف لما سيأتى منه قريبا [١]
من نسبه ضمان المثل في القيمي إلى الإسكافي.
و المظنون قويا- و الله العالم- هو وقوع السقط في عبارته- هنا-

[١] قال في الأمر السابع: لو كان الثالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة، ثم قال بعد أسطر: فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٦

فكأنه قال: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله، و إن كان قيميا وجبت قيمته بلا- خلاف في ذلك بين الأصحاب، إلا- عن الإسكافي، فإنه حكم بضمان المثل في القيمي أيضا.
و كيف كان

فقد استدل على ضمان المثل في المثلى و ضمان القيمة في القيمي بوجوه شتى:

١- قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه «١».

و يرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور: أعنى به الحكم بضمان المثل في المثلى، و ضمان القيمة في القيمي، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءا في عهدة الآخذ، و إذا تعذر أداؤها بعينها انتقل الضمان إلى المثل. و إذا تعذر المثل أيضا انتقل إلى القيمة، من غير فرق في ذلك بين المثلى و القيمي.

و لا ريب في أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقا تاما، بل مقتضاه أن ضمان القيمة في طول ضمان المثل، كما أن ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أخذت من مالكةا بغير سبب شرعى.

و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضمان اليد غير متعرض لأداء البدل، بل هو ظاهر في وجوب رد العين إلى مالكةا، و لا شك في أن هذا الوجوب يسقط بتلف العين.

كما أنه ظهر لك مما بيناه- أيضا- فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون الثالف (مما يتمول عرفا و شرعا، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردهما حين بقائهما لجهة حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان).

و وجه الفساد: هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير. بدون سبب

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٧

شرعى يوجب ضمانه، وإذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضا بقى التالف فى عهدة الضامن، إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته.

و لكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند و غير منجبر بشىء، كما سمعته مرارا، فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من الأحكام الفرعية

٢- ما دل على احترام مال المؤمن، و أن حرمة ماله كحرمة دمه «١»

و لكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالة على الضمان بوجه، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفي، و عليه فيدل على حرمة التصرف فى مال المؤمن بدون إذنه و طيب نفسه.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا دلالة على ثبوت الضمان و لكن لا نسلم دلالة على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمة فى القيمي، بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعى.

٣- الروايات «٢» الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة - بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها، و أخذ المشتري ولده بالقيمة،

حيث إن حكم الامام (ع) بضمان قيمة الولد ظاهر فى أن ضمان القيمي بالقيمة و الجواب عن ذلك: أن هذه الروايات و إن كانت صريحة فى الضمان إلا- أنها غير ظاهرة فى ضمان المثل فى المثلى، و فى ضمان القيمة فى القيمي، نعم هى غير خالية عن الاشعار بذلك و قد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان فى قاعدة ما يضمن.

٤- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمة فى القيمي

(١) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك فى ص ٩١.

(٢) قد تقدمت هذه الروايات فى ص ٨٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٨

و يتوجه عليه: أنا ذكرنا مرارا أن الإجماع لا يكون حجة إلا مع القطع بكشفه عن رأى المعصوم (ع) و من البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك مشكل جدا، بل المظنون قويا هو استناد المجمعين - هنا - إلى الوجوه المتقدمة و لا - يفرق فيما ذكرناه بين الإجماع المنقول، و الإجماع المحصل.

أضف إلى ذلك: أن الإجماع - هنا - قد انعقد على مفهوم مجمل، لا مفهوم مبين لكى يكون النزاع - عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمة - فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

٥- قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «١»

و عن الشيخ أنه استدل بهذه الآية - فى المبسوط و الخلاف - على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمة فى القيمي، بدعوى أن المماثلة إنما تقتضى ذلك.

و لكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرومه المستدل، إذ الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن تكون كلمة (ما) في الآية الكريمة موصولة، لا مصدرية.

الثاني: أن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به: بأن يكون المعنى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الشَّيْءِ الَّذِي اعْتَدَى بِهِ عَلَيْكُمْ.

الثالث: أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثلي، والقيمة في القيمي، و أنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها.

أما الأمر الأول فيرده أنه لا قرينة على أن يراد من كلمة (ما) كونها موصولة، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية، و عليه فتكون معنى الآية: أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال. و تبعد عن مورد البحث، بداهة أن مماثل الإلتلاف هو الإلتلاف،

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٤٩

دون الضمان، و من الواضح أن هذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآية الكريمة على المقصود.

بل المحكى عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعيين هذا الاحتمال فإنه بعد ما ذكر جملة من الآيات- التي منها الآية المتقدمة- الظاهرة في جواز الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص في النفس، و الطرف، و الجروح. بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضرور، و شتم المشتوم بمثل فعلهما- إلى أن قال- و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى أما الأمر الثاني فيرده أنه لا قرينة على أن المراد من الشيء هو المعتدى به: أعنى به الأعيان الخارجية من النقد و العرض، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء، و عليه فتكون الآية غريبة عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمة (ما) فيها موصولة.

و يحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآية على جواز اعتداء المضرور بالضرب، و اعتداء المشتوم بالثتم و على جواز إلتلاف المال في مقابل الإلتلاف، و على جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة و أخذ الفضة بدل الفضة و هكذا. و على هذا الاحتمال لا يستفاد من الآية الضمان- أيضا- بل و لا جواز تملك المغصوب منه شيئا مما أخذه من الغاصب، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص، بلا كونها ملكا للمتصرف، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز التصرف في شيء و بين كونه ملكا للمتصرف، و من هنا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطة مع عدم كونه ملكا للأخذ بناء على أنها تفيده الإباحة فقط.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك، و سلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٠

المعتدى به، و لكن لا نسلم انطباق الآية على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهة أن مفاد الآية على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به، و عليه فتكون الآية ظاهرة في ضمان المثل في كل من المثلي و القمي، و حينئذ فإذا تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثابت في الذمة، لا بدلا عن العين التالفة ابتداء كما يرومه المستدل.

أما الأمر الثالث فيرده عدم وجود القرينة على إرادة ضمان المثل من الآية في المثلي، و إرادة ضمان القيمة في القيمي، لأن المماثلة لا تقتضى هذا المعنى بل هي أعم من ذلك.

و تحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلالة في شيء من الوجوه الماضية على مسلك المشهور: أعنى به ضمان المثل في المثلي و ضمان القيمة في القيمي.

و التحقيق: أن يستدل على ذلك بالسيرة، كما أننا اعتمدنا عليه في القول بالضمان في أصل المسألة: أعنى بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

و بيان ذلك: أن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره، و وضع يده عليه بغير سبب شرعى ضمنه بجميع خصوصياته

الشخصية و المالية و النوعية، و أنه لا يخرج عن عهده إلا برد عينه على مالكة و إذا تلفت العين و جب على الضامن رد ما هو أقرب إليها، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزماً، و من الواضح أن الأقرب إلى العين التالفه إنما هو المثل في المثلى و القيمة في القيمي، و على هذا فلا يكتفى برد أحدهما في موضع الآخر إلا برضى المالك، و هذا واضح لا شك فيه.

و يؤيد ذلك: أن المرتكز في أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمة إلا بأداء المثل في المثلى، و بأداء القيمة في القيمي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥١

ما هو الفارق بين المثلى و القيمي

قد اختلفت كلمات الفقهاء في ذلك:

فعن الشيخ و الحلبي و المحقق و العلامة و جمع آخر: أن المثلى ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة. بل هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و عن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاؤه، و تقاربت، صفاته.

و عن الدروس و الروضة: أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن غاية المراد: أنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية.

و عن بعض العامة: أنه ما قدر بالكيل و الوزن.

و عن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلماً.

و عن ثالث منهم: زيادة جواز بيع بعضه ببعض، و إلى غير ذلك من التعاريف.

أما القيمي فعرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى.

ثم إنه قد كثر النقص و الإبرام حول التعاريف المذكورة تارة بعدم الاطراد و اخرى بعدم الانعكاس، و ثالثة من سائر الجهات.

و لكن لا يهمننا التعرض لشيء من تلك التعاريف، و لا التعرض لما يتوجه عليها من المناقشات، ضرورة أن لفظي المثلى و القيمي لم يردا في آية، و لا في رواية، و لا انعقد عليهما إجماع: لا المحصل، و لا المنقول لكي نبحت عنهما تارة من حيث الشرح و التفسير، و اخرى من حيث الاطراد و الانعكاس، و ثالثة من سائر الجهات، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما و جب على الضامن حين الأداء، و لعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكورة من غير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٢

أن يجعلونها تعاريف حقيقية و لعله من هذه الجهة أضيف إلى تعريف المثلى أنه يجوز بيعه سلماً، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف الحقيقية لما جاز ذكرهما فيها، لأنهما من الأحكام الشرعية فلا معنى لأخذها في التعريف و إذن فالتعاريف المذكورة و غيرها كلها تعاريف لفظية و انما ذكرت هنا لبيان غرض وحداني، فاللزام علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد.

و توضيح ذلك إجمالاً: أن أوصاف الأشياء على قسمين، إذ قد يكون لها دخل في المالية، و قد لا يكون لها دخل في المالية بوجه:

أما القسم الثاني فهو خارج عن مركز بحثنا، لعدم دخله في مالية الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان.

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي، ضرورة أن أفراد الكلي مع فرض تماثلها متساوية الأقدام و متقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينها في نظر العرف، و ان كان بينها فرق بالدقة العقلية، و ان لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمي.

و على هذا فالمراد من كلمة الأجزاء التي ذكرت في التعاريف المتقدمة انما هو أفراد الطبيعة، لا أجزاء المركب، كما هو واضح، و هذا

هو الحجر الأساسى و الضابط الكلى فى المقام و قد اتضح لك مما بيناه: أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص - فى الخارج - بالاتحاد النوعى و الصنفى، أما الاتحاد الجنسى فهو بنفسه لا يصحح التماثل فى جميع الموارد، و هذا ظاهر لا خفاء فيه. ثم لا يخفى عليك: أن المثلى و القيمى يختلفان بحسب الأزمنة و الأمكنة فان الأثواب و ان كانت من القيميات فى الأيام السالفة، و لكنها أصبحت من المثليات - غالباً - فى العصر الحاضر، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد و أنها متماثلة الأفراد فى الخارج غالباً. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٣

و من هنا ظهر: أن النقود الرائجة من المثليات، لتساوى أفرادها على النهج المزبور. أما الجواهر فهى قيمية، لاختلاف أفرادها - غالباً - إذ قد يساوى مقدار حمصة من الياقوت - مثلاً - ربع دينار، و يسوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مائة دينار. و هكذا الفيروزج و أشباهه. و على الجملة: أن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلى للمثلى و القيمى يوضح لنا الشبهات الواردة على تعاريفهما فافهم و اغتم.

ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثلياً أو قيميّاً؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى كثير من الأشياء إنها مثلية أو قيمية: منها الذهب و الفضة المسكوكان، فقد حكى التصريح - عن الشيخ فى المبسوط - بكونهما قيميين، و ظاهر غير واحد من الفقهاء أنهما مثليان.

و منها الحديد، و النحاس، و الرصاص، فان الظاهر من العبائر المحكية عن المبسوط و الغنية و السرائر أنها من قبيل القيميات، و لكن حكى التصريح عن العلامة - فى التحرير - بأن أصولها مثلية، الا أن المصوغ منها قيمى.

و منها الرطب، و العنب، و الزبيب، و التمر، حيث حكى التصريح عن الشيخ - فى المبسوط - بكون الأولين قيميين، و كون الأخيرين مثليين، و عن العلامة - فى المختلف - أن فى الفرق إشكالا، بل ذكر المصنف أنه صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين.

و إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى لم يستوضح كونها مثلية أو قيمية. و كذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظى - فى الموارد المشكوكة - هل يقتضى كونها مثلية إلا ما خرج بالدليل، أم يقتضى كونها قيمية إلا ما خرج بالدليل. و لعل الوجه فى ذلك: أن الأئمة (ع) قد أغفلوا هذه الجهات، و لم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٤

يتفضلوا بما هو الضابط الكلى فى ذلك، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان فى موارد شتى، و لم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا فى موارد قليلة.

و عليه فإذا علمنا بكون شىء مثلياً أو قيميّاً لانطباق ما ذكرناه - من الضابط الكلى - عليه فهو، و إن شك فى ذلك فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية، و قرروا ذلك بوجه شتى:

١- القول بضمان المثل فقط، لا غير.

٢- القول بضمان القيمة فقط، لا غير.

٣- القول بتخيير المالك بين المثل و القيمة.

٤- القول بتخيير الضامن بينهما.

أما الوجه فى الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء المثل حتى فى القيميات، لكونه أقرب إلى التالف من غيره. أما أداء القيمة فى القيميات فإنما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا يوجد - غالباً - مثل للقيميات فى الخارج.

ثم إن فراغ الذمة بأداء ما يحتمل تعيينه قطعى، و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما فى ذمة الضامن إلا بأداء المثل

لأنه إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه.

و يرد عليه: أن الواجب على الضامن ابتداء إنما هو أداء القيمة في القيميات، دون أداء المثل، وقد عرفت ذلك قريبا. و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا صحة المبني، إلا أنا لا نسلم صحة البناء و ذلك لأن القاعدة تقتضى الالتزام بالتعيين تارة، و بالتخيير اخرى، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعيينه.

و بيان ذلك: أنه إذا كان- هنا- حكم واحد، و دار أمره بين التعيين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٥

- لاحتمال الأهمية- و بين التخيير حكم بالتخيير، و لم يؤخذ بمحتمل الأهمية و إذا كان- هنا- حكمان، و دار أمرهما بين التعيين و التخيير- في مرحلة الامتثال و الفعلية من ناحية المزامحة- و جب الأخذ بما احتمل تعيينه.

و الوجه في ذلك: أن المزامحة بين الحكمين- في باب المزامحة- إنما نشأت من شمول الإطلاق- في كل من الحكمين- لحال الإتيان بمتعلق الآخر، و إذا استحال امتثالهما معا في مورد المزامحة لم يبق كلا الإطالقين- معا- على حالهما. و عليه فان كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر أخذ به، و سقط الإطلاق في ناحية المهم، و إذا كان ملاك كل منهما مساويا لملاك الآخر سقط كلا الإطالقين، لبطلان الترجيح بلا مرجح، و إذا كان أحد الحكمين محتمل الأهمية و جب الأخذ به، و سقط الإطلاق في غيره قطعا. و الوجه في ذلك: أنه لا يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم- بعد إحرازه- إلا بعجزه عن الامتثال تكوينيا أو بتعجز المولى إياه: بأن يأمره بما لا يجتمع معه في الخارج و إذا لم يوجد شيء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت و استحقاق العقوبة عليه.

و على هذا فإذا كان أحد الحكمين المتزاممين معلوم الأهمية فلا شبهة في وجوب الأخذ به، لأن الملاك في الطرف الآخر و ان كان ملزما في نفسه، الا أن تفويته مستند الى تعجز المولى، ضرورة أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته في الأهم، فإذا أتاه المكلف كان معذورا في ترك المهم، و تفويت ملاكه، و هذا بديهى لا ريب فيه.

و إذا كان أحد الحكمين المتزاممين محتمل الأهمية فأیضا لا- شبهة في لزوم الأخذ به، و ذلك لما عرفت- قريبا- من أنه لا يجوز للمكلف عقلا أن يترك الملاك الملزم- بعد إحرازه- الا بالعجز عن الامتثال تكوينيا، أو تشريعا و من الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهمية، و لو بترك الآخر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٦

و اذن فلا يجوز ترك محتمل الأهمية، لحكم العقل بالاشتغال، و استحقاق العقاب على تحركه من غير عذر.

و لا يخفى عليك: أن هذه الكبرى التي قد مناهها في المتزاممين لا تجرى في فرض اتحاد الحكم الذي دار أمره بين التعيين و التخيير، كالشك في أن تقليد الأعلم واجب تعييني، أو أن المكلف مخير بينه و بين تقليد غير الأعلم حيث ان- هنا- حكما واحدا يحتمل تعلقه بالمعين، و يحتمل تعلقه بالجامع، بينه و بين غيره، و حينئذ فتعلقه بالجامع معلوم، و بالخصوص مجهول، فيدفع بالبراءة.

و بعبارة اخرى: أنا نعلم- في أمثال ذلك- بتعلق التكليف في الجملة بالجامع الانتزاعي الذي يعبر عنه بعنوان أحد الشئيين، و لكنا نشك في كونه مأخوذا على نحو الإطلاق، أو متقيدا، بقيد خاص، و من الواضح أن الشك في أمثال ذلك و ان كان شكاً في الامتثال، الا أن منشأ ذلك هو الشك في إطلاق الحكم و تقيده، فإذا رفعنا احتمال التقيده بأصالة البراءة ارتفع الشك في الامتثال أيضا، و اذن فيحكم بالتخيير و بجواز الاكتفاء بكل واحد من الطرفين في مرحلة الامتثال.

و مقامنا من هذا القبيل، لأن ثبوت مالية التالف في ذمه الضامن معلوم الا أن ثبوت تعيينها بخصوص المثل مشكوك فيه، فيدفع بالبراءة، و اذن فاحتمال تعين المثل من ناحية لزوم الأخذ بمحتمل الأهمية عند دوران الأمر بين التعيين و التخيير ضعيف جدا.

و لكن التحقيق مع ذلك: هو تعين الضمان بالمثل- عند الشك في ضمان المثل أو القيمة- و الوجه في ذلك: هو قيام السيرة القطعية على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعى موجب للضمان، و عليه فان كان المال المزبور موجودا بعينه فلا بد من رده على

مالكة على النحو الذي أخذه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٧

منه: أى بجميع خصوصياته النوعية و الشخصية و المالية. و إذا تعذر ذلك- لتلف و نحوه- سقط عنه وجوب رد العين، و انتقل الضمان الى المثل: أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى مالية الشئ، و موجبة لزيادتها، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى مالية الشئ أصلا و رأسا، و انما هى دخيل فى الشخص فقط.

و على هذا الضوء فمقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل، إلا- إذا ثبت كون التالف قيميا، أو كان التالف مثليا و لكن تعذر مثله فى الخارج، فإنه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمة، و كل ذلك من ناحية السيرة العقلانية غير المردوعة من قبل الشارع، و هكذا الحال إذا قلنا بأن مدرك الضمان- فى المقبوض بالعقد الفاسد- هو حديث ضمان اليد.

أما الوجه فى الحكم بضمن القيمة فقط- عند الشك فى كون التالف مثليا أو قيميا- فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فلا بد من الأخذ بالأقل، و يدفع وجوب أداء الأكثر بالأصل.

و بيان ذلك: أن المراد من القيمة هنا انما هو المالية المشتركة بين جميع الأموال. سواء أ كانت تلك الأموال مثلية، أم كانت قيمة، و عليه فما نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لأن اشتغال الذمة بالجهة المشتركة معلوم، و اشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه. و قد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءة، و على هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمة، إلا إذا رضى بأداء المثل. فإنه وقتئذ يكون مخيرا بين أداء القيمة و أداء المثل.

و يرد عليه: أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمة التى نبحت عنها فى المقام هو مطلق المالية السارية فى الأموال كلها، فإنه على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٨

جاز للضامن أن يؤدي عن التالف أى شئ أراد من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمة التالف.

و لكن هذا خلاف المتسالم عليه، بل خلاف ما هو المرتكز فى الأذهان لأن المتبادر من كلمة القيمة إنما هو المالية الخالصة، كالتقود الرائجة بين الناس، و أمثالها مما يتمحض فى المالية من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصية من الخصوصيات التى تتفاوت بها الرغبات، و عليه فيكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل و رد القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، فلا بد فى ذلك من الاحتياط و ليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لكى يؤخذ بالأول، و يترك الثانى.

أما الوجه فى تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة فهو أن الضامن يعلم إجمالا باشتغال ذمته بأحد أمرين: إما المثل، أو القيمة. و مقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراءة، لما عرفته- الآن- من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، و من الواضح أن القطع بفرغ الذمة- فى أمثال هذه الموارد- لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكى تحصل الموافقة القطعية.

و لكن مقتضى الإجماع، بل الضرورة، بل مقتضى قاعدة نفي الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين، و اذن فيكون مخيرا بين أداء المثل و أداء القيمة.

أما الوجه فى تخيير المالك بين مطالبه المثل و مطالبه القيمة فهو ما ذكره بعض من أن ذمة الضامن و ان كانت مشغولة إما بالمثل أو بالقيمة، إلا- أن ما يختاره المالك اما هو البدل الواقعى أو أنه بدل البدل، و على كلا التقديرين فيكون ذلك مسقطا لما فى ذمة الضامن: أما على الأول فواضح، أما على الثانى فلرضاء المالك بذلك على الفرض و اذن فما يختاره المالك مسقطا لما فى ذمة الضامن قطعا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٥٩

دون غيره، لأنه مشكوك فيه، فالأصل عدم سقوطه الا بما يختاره المالك.

و يرد على كلا الوجهين: أن اشتغال الذمة بالمثل أو بالقيمة واقعا و قيام الإجماع و الضرورة على عدم وجوب أدائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لا تخيير المالك في استيفاء أيهما شاء، بل يمكن تعيين ما في الذمة بالصلح القهري: بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما الى الحاكم الشرعى و يحكم الحاكم بذلك.

و يمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعة، بناء على جريانها في كل أمر مشكل و لو كان في الشبهات الحكيمية. و لكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكيمية، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن - هنا - ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمة.

ثم انه يحسن بنا التنبية على أمر لا غناء عنه في مورد بحثنا، و هو أن القابض بالعقد الفاسد لا يلزم الا بأداء مثل المقبوض أو القيمة، و لا يكلف بأزيد من ذلك، لما ذكرناه آنفا من أن نفس العين باقية في عهدة القابض ما لم يؤدها إلى مالكيها، دون عوضها، و إذا تعذر رد العين بنفسها - لتلف و نحوه و جب عليه رد بدلها، و هو المثل في المثلى، و القيمة في القيمي، و لا يفرق في ذلك بين كون المثل حين الأداء مساويا لقيمة العين حين الأخذ و عدمه.

و يدل على ما ذكرناه: أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء نفس العين، فكيف يضمن عند أداء مثلها، و عليه فإذا أخذ شيئا بالبيع الفاسد، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء زائدا على رد نفس المبيع. فإذا تعذر رده - لتلف و نحوه - انتقل الضمان إلى مثله من دون زيادة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٠

و يؤيد ذلك ما ورد [١] في استقراض الدراهم - التي أسقطها السلطان و أجاز غيرها - من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطة عن الرواج، لا الدراهم الجائزة بين الناس. نعم يعارضه خبر آخر [٢] و لكنه ضعيف السند. ثم لا - يخفى عليك: أنه إذا سقطت العين عن المالية بالمرء - كالجمد في الشتاء - لم يكف أداء المثل، بل يجب على الضامن أداء قيمته، لأننا و ان حكمنا بثبوت المثل في الذمة بعد تلف العين، الا أنه ليس على وجه الإطلاق، بل بما أنه مال، و عليه فإذا سقط المثل عن المالية انتقل الضمان إلى القيمة. و هذا المعنى هو الذى تقتضيه السيرة العقلانية غير المردوعة من قبل الشارع و حديث ضمان اليد.

[١] عن يونس قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا (ع) انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان أسقط تلك الدراهم، و جاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم الأولى، و لها اليوم وضيعه، فأى شيء لى عليه الاولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب (ع): الدراهم الأولى. صحيحة.

و عن صفوان، قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل، و سقطت تلك الدراهم، أو تغيرت، و لا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ قال: فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى، صحيحة، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠.

[٢] عن محمد بن عيسى، قال: قال لى يونس: كتبت إلى الرضا (ع):

ان لى على رجل ثلاثة آلاف درهم، و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام و ليس تنفق اليوم الى عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

فكتب (ع) إلى: لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس، كما أعطيته ما ينفق بين الناس. ضعيفة بسهل بن زياد، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦١

قيل: إن ما ورد في الدراهم الساقطة عن الرواج يدل بإطلاقه على جواز ردها إلى مالكيها الأول و إن سقطت عن المالية. و إذا ثبت هذا

المعنى فى الدراهم ثبت فى غيرها، لعدم القول بالفصل.

و الجواب عن ذلك: أن الدرهم لا يصاغ إلا من الفضة، و عليه فلا معنى لسقوطه عن المايئة بالمره، فلا إشعار فى ذلك بجواز رد الدراهم الساقطة عن المايئة إلى مالكةا الأول، فضلا عن الدلالة عليه.

هل يجب شراء المثل مع قلته و زيادة قيمته؟

قوله: (الخامس: ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد).

أقول: إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما فى حكمه عند القابض، و ترفت قيمة مثله- إما لعزته، و عدم وجوده إلا عند من يطلب بأكثر من قيمته، أو لكثرة الراغبين فيه- فهل يجب على القابض شراؤه و رده إلى المالك؟ أم لا- يجب ذلك، بل لا بد و أن يصبر المالك إلى أن يكثر المثل، أو تنزل قيمته السوقية؟ أم يفصل بين ما كانت زيادة القيمة من جهة الرواج فيحكم بوجوب الشراء، و بين ما كانت الزيادة لمطالبه من عنده بالزيادة، فيحكم بعدم وجوب الشراء؟.

و هذا هو الحق، و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن الثابت فى ذمة القابض ابتداء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعية و المايئة و الشخصية و إذا تلفت العين و جب عليه أداء مثلها، و هو الكلى الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل فى المايئة، لا الخصوصيات الدخيل فى الشخص الخارجى و إذن فزيادة القيمة السوقية لا تؤثر فى جواز تأخير الأداء تمسكا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٢

بأدلة نفى الضرر، ضرورة أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحية حكم الشارع بضمان المثل، و من الظاهر أن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفى الضرر.

و يضاف إلى ذلك: أن أدلة نفى الضرر مسوقة للامتنان، و لا ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمة، بل الامتنان فى ثبوته. نعم لو استلزم أداء المثل ضررا آخر ارتفع وجوبه بدليل نفى الضرر و عليه فلا- يجب شراء المثل ممن لا- يبيعه إلا- بأكثر من قيمته السوقية ثم إن المصنف- بعد ما نفى الاشكال عن وجوب شراء المثل فى الصورة المتقدمة، و نقل عليه الإجماع عن المبسوط- قال: (و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى. و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة)، و غرضه من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى القيمة- عند نزول قيمة المثل حين الدفع- إنما هو لصدق المماثلة، و من الواضح أنه إذا صدقت المماثلة مع نقص القيمة- مع أن المثل عندئذ لا يساوى العين فى المايئة- صدقت مع زيادة القيمة السوقية- أيضا- بالأولوية.

و لكن لا يتم شىء مما أفاده: أما الإجماع فلعدم العلم بكونه إجماعا تعبديا لكى يستكشف به قول المعصوم (ع).

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند، و إما من حيث الدلالة، أما الفتوى فلا اعتبار بها.

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس فى صدق المماثلة و عدم صدقها لكى نتمسك فى ذلك بالفحوى، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمة العالية و عدم لزوم شراؤه بذلك، و قد عرفت لزومه من ناحية السيرة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٣

أما إذا كانت زيادة القيمة لقله الوجود، و عدم وجدانه إلا عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية. فقد ذكر المصنف- هنا:- أن (الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحريم، كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر، و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصورة الأولى)

و يرد عليه: أن ما استند إليه- من الوجوه- فى الصورة الأولى لا- يرجع إلى معنى محصل كما عرفته- لكى نعتمد عليه فى الصورة

الثانية، و إنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهة السيرة، و من الواضح أنها لا تجرى في الصورة الثانية، بديهة أن زيادة القيمة- هنا- لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الذمة، بل إنما نشأت من ناحية الأمور الخارجية. و من الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزيادة ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع- بأداء المثل- على الضرر، و إذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدلة نفي الضرر. و من هنا اتضح لك: أنه إذا بقي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، و توقف رده إلى مالكة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفي الضرر.

قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية- أيضا- و إن كان الشراء بقيمة عالية، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و يرد عليه: أن هذا الوجه يختص بالغصب، فلا يجرى في المقبوض بالعقد الفاسد. أضف إلى ذلك: أنه لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، و عليه فالحاق الصورة الثانية بصورة الإعواز- التي ستتكمم فيها- وجيه جدا.

و على الجملة: إنه لا يجب شراء المثل مع عزة وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية، لقاعدة نفي الضرر. قيل: إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف: أعنى به أداء المثل، و إنما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٤

هو في مقدماته: أعنى بها شراء المثل بأزيد من القيمة السوقية، و من الظاهر أن أدلة نفي الضرر لا تشمل مقدمات التكليف، لأن وجوب المقدمة عقلي لا شرعي.

و الجواب عن ذلك: أن أدلة نفي الضرر مسوقة لرفع التكاليف الضرورية سواء أ كان التكليف أصليا أم كان مقديما، و من هنا لا نحكم بوجوب الصلاة قائما على من يقدر على القيام، و لكن كان النهوض ضروريا، و كذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسك الحج، و لكن كانت مقدماته ضرورية. و هكذا، و هكذا، و ليس ذلك كله إلا من ناحية أدلة نفي الضرر هذا بناء على وجوب المقدمة شرعا.

أما بناء على عدم وجوب المقدمة إلا عقلا- كما هو الحق- فالتحقيق أن يقال: إن أدلة نفي الضرر- على ما ذكرناه في محله- إنما هي تنفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، و إذن فكل حكم ضروري مرتفع في عالم التشريع سواء أ كان الحكم بنفسه ضروريا، أم كان الضرر ناشئا من قبله، و عليه فوجوب المقدمة و إن كان عقليا، إلا أنه إذا كان ضروريا كان مشمولاً لأدلة نفي الضرر بداهة أن الضرر- هنا- إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذي المقدمة.

ما هو حكم تعذر المثل؟

إشارة

قوله: (السادس لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك)، أقول: إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع القيمة، و هذا لا شبهة فيه.

و إنما البحث في أن القيمة التي يجب دفعها هل هي قيمة يوم التلف، أم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٥

قيمة يوم الدفع، أم قيمة يوم الأخذ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع، أم غير ذلك من الوجوه؟

لا يهمننا التعرض لهذه الوجوه نقضا و إبراما، كما تعرض لها المصنف و غيره، و أطالوا الكلام فيها و في أدلتها، و في المناقشة فيها.

و أيضا لا يهمننا التعرض لتأسيس الأصل فى المقام لكى يكون ذلك مرجعا فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكورة، أو غيرها، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى القيمة، فإنه عندئذ يصح النزاع فى تعيين زمان الانتقال. أما إذا أنكرنا ذلك، و التزمنا ببقاء المثل فى عهدة الضامن بعد تلف العين، و شيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة- بعد تلف العين- قبل يوم الأداء.

قيل: ان الضمان لا بد و أن ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل فى الخارج و الا لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصية. و الجواب عن ذلك: أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهري، لأنه لا معنى لبقائها فى الذمة بعد التلف، و هذا بخلاف المثل، فإنه أمر كلى قابل للبقاء فى الذمة إلى حين الأداء، و عليه فلا يجب على الضامن إلا قيمة وقت الأداء، و هذا ظاهر. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٦

هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمة مع تعذر المثل و إعوازه أم لا؟. الظاهر أنه لا يجوز ذلك، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة، بل انما هو المثل، و من الواضح أنه ليس للمديون إجبار ذى الحق على قبول شىء آخر بدلا عن حقه الخاص، بل هو مخير بين أخذ البديل و بين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه، سواء أ كان ذو الحق مأيوسا من وجدان المثل أم لم يكن مأيوسا من ذلك، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شىء آخر بدل العين قبل تلفها، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة مع تعذر المثل، أم لا؟. لا شبهة فى جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه و هو مخير بين مطالبته بدله مع الإعواز و بين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه.

قيل: ان إجبار الضامن على إعطاء القيمة ضرر عليه، فيرتفع بأدلة نفي الضرر.

و الجواب عن ذلك: أن إعطاء القيمة لا ضرر فيه على الضامن بوجه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٧

و انما هو رضاء من المالك بإلغاء الخصوصيات التى هى دخيل فى متعلق الضمان و هو المثل، ففيه إرفاق للضامن، لا أنه ضرر عليه لكى يرتفع بأدلة نفي الضرر و قد ظهر لك مما بيناه: أنه لا-فارق فى جواز الإجبار و عدمه فى كلتا صورتين-: أعنى بهما صورة إجبار الضامن، و صورة إجبار المالك- بين تعذر المثل ابتداء، و بين تعذره بعد مدة. كما أنه لا-فارق فى ذلك بين التعذر الاستمرارى، و بين التعذر فى وقت دون وقت. و كل ذلك واضح لا ستار عليه

ما هو المناط فى صدق التعذر و الإعواز؟

المحكى عن العلامة فى التذكرة أن المراد من إعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك فى البلد و ما حوله.

و عن المسالك: أنه زاد قوله: مما ينقل عادة منه اليه، كما ذكروا ذلك فى انقطاع المسلم فيه.

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه الى العرف.

و لكن الظاهر: أن الميزان فى تعذر المثل و إعوازه هو التعذر الشخصى و عدم إمكان الوصول اليه بشخصه و عليه فإذا تمكن الضامن

من الوصول الى المثل و لو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز، بل وجب عليه تحصيله، كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل و لو كان موجودا في البلد، و أمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة.

و الوجه في ذلك: أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد في دليل خاص لكي نجعله مرجعا في البحث، بل لا بد من الرجوع في ذلك الى الاعتبار العقلي، و من الواضح أن الاعتبار العقلي لا يساعد الا على ما ذكرناه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٨

نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائية الى بلده محتاجا الى مئونة زائدة بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل في هذه الصورة لقاعدة نفى الضرر و من هنا اتضح لك جليا: ما هو الفارق بين ما نحن فيه و بين السلم، فان الضمان فيه اختياري ثابت بالعقد، و لا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت في الذمة- في بلد المعاملة و ما حوله.

و يضاف الى ذلك: أن ظاهر جملة من الروايات [١] هو أن العبرة في

[١] عن ابن فضال، قال: كتبت إلى أبي الحسن (ع): الرجل يسلفني في الطعام، فيجىء الوقت، و ليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم، ضعيف بسهل بن زياد.

و عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) قال: سألت عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوابا و رقيقا، و متاعا يحل له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم. صحيح.

و عن ابان، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل، فيحل الطعام، فيقول: ليس عندي طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمته قال: لا بأس بذلك، مرسل. الوافي ج ١٠ باب السلف في الطعام ص ٧٥.

و عن الحلبي، عن أبي عبد الله (ع): انه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك إلى أجل مسمى؟ قال: لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها، و يأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم، و يأخذون دون شروطهم، و لا يأخذون فوق شروطهم. قال: و الأكسية أيضا مثل الحنطة و الشعير و الزعفران و الغنم. حسن بإبراهيم بن هاشم الوافي ج ١٠ باب السلف في المتاع ص ٧٧ و إلى غير ذلك من روايات السلم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٦٩

باب السلم بوجود المبيع في بلد المعاملة و ما حوله و على هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم.

ثم إن المدار- حين الأداء مع تعذر المثل- على قيمة المثل في بلد المطالبة و إن كانت أزيد من قيمته في بلد الضمان، و لا يفرق في ذلك بين تعذره قبل وقت الأداء و عدمه، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل في ذمة الضامن إلى حين الأداء، على ما عرفته سابقا.

ثم إنه ذكر بعضهم- في صورة تعذر المثل- أنه يقدر وجوده لا على نحو العزة فيقوم.

و لكن الظاهر: أنه يقدر وجوده حتى على نحو العزة، لأن المفروض أن الثابت في الذمة هو المثل، و القيمة هي قيمته بلا زيادة.

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهة أخرى، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمة زائدة على القيمة السوقية لم يجب الدفع لنفي الضرر.

ما هو حكم سقوط العين عن المالية؟

ثم إنك قد عرفت آتيا- ثبوت المثل في الذمة إلى وقت الأداء، و عدم انتقاله إلى القيمة إلا حينه. و هذا مما لا شبهة فيه. كما لا شبهة في وجوب أداء القيمة عند سقوط المثل عن المالية بالمرء، كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في المفازة، و الثلج في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، لأن خروجه عن القيمة يعد من التالف عرفا.

و إنما البحث في أن المراد من هذه القيمة هل هو قيمة يوم الأخذ، أم قيمة يوم التلف، أم قيمة يوم سقوط المثل عن المايئة، أم أعلى القيم من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٠

زمان الأخذ إلى زمان التلف. أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن المايئة، أم غير ذلك من الوجوه؟. الظاهر هو الوجه الثالث، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت في ذمة الضامن - بعد تلف العين - إنما هو المثل، وأنه باق فيها إلى حين الأداء و عليه فيحكم - فيما نحن فيه - ببقاء المثل في الذمة إلى زمان سقوطه عن المايئة، و حينئذ فينتقل الضمان إلى القيمة لكون المثل - عندئذ - كالتالف في نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها، و هذا واضح لا خفاء فيه

ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟

قوله: (فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمته) أقول: إذا طلب المالك حقه مع تعذر المثل في الخارج و جب على الضامن أداء قيمته - كما عرفته قريبا - فان لم يؤد حتى وجد المثل و جب عليه أداء المثل، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمة بالمطالبة.

كما لا إشكال في أن المالك إذا رضى بإسقاط حقه بأخذ القيمة لم يجب أداء المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر. و إنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمة من جهة الضرورة و اللابدية لأجل عدم التمكن من المثل، و دفع الضامن القيمة، ثم وجد المثل، و لم يرض بها المالك فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانيا و إرجاع القيمة أم لا يجب ذلك؟.

قد ذكر المصنف: أنه إذا دفع الضامن القيمة بدلا عن المثل المتعذر ثم تمكن منه فان قلنا ببقاء المثل في الذمة و عدم انتقاله إلى القيمة إلا حين الأداء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧١

فلا وجه لعوده ثانيا، لأنه دين في الذمة، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع إلى الساقط ثانيا، لأن الساقط لا يعود.

و ان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبدل العين المضمونة من المثلى إلى القيمي بمعنى: أنها كانت مثلية، و بعد تعذر المثل انقلبت قيمية ان قلنا بذلك فعدم عود المثل إلى الذمة ثانيا أولى منه في الفرض الأول، لأن المدفوع وقتئذ انما هو نفس الموجود في الذمة، لا عوضه.

و ان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل - الثابت في الذمة - إلى القيمة، فكأنه تلف بتعذره، فلزمت قيمته، ان قلنا بذلك احتمل وجوب المثل عند وجوده. لأن القيمة - حينئذ - بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلولة. انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أن الالتزام بأن دفع القيمة - في هذا الفرض - انما كان من باب دفع البدل من جهة الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب، كما هو المفروض، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشتغلت به الذمة، لا أنه بدله. و اذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفة قيمية، و بين أن ينقلب المثل - الثابت في الذمة - قيميا.

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمة - على القول بعدم الانقلاب، و بقاء المثل في الذمة - انما كان من جهة دفع البدل، و عليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمة عند التمكن منه.

و عليه فلا وجه لما ذكره السيد و شيخنا المحقق من الإيراد على المصنف من أن بدل الحيلولة مختص بالأعيان، و محل البحث - هنا - في الذمم، فلا صلة بينهما بوجه.

و ذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة انما هو قاعدة الجمع بين الحقين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٢

و من الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعدة بالأعيان، بل تعم الذمم أيضا.

و على ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل، بل يستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده، دون ما إذا قلنا بالانقلاب.

و لكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقا و ذلك لما سنبينه في محله من أنه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله و لم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى.

ثم انه إذا اختلف الضامن و المضمون له في تعيين المثل - الذى تؤخذ قيمته - فالمدار على تعيين الضامن، لأنه المكلف بأداء كلى المثل، فيتخير في تعيين أفراده، الا- أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجا عن مصاديق ذلك الكلى في نظر أهل العرف، فإنه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما اختاره الضامن، و هذا ظاهر.

هل يضمن القيمي التالف بالقيمة؟

إشارة

قوله: (السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة).

أقول: المشهور بين الأصحاب، أن المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف و كان قيميا حكم بضمان قيمته.

و لكن حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى، و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض.

إلا- أن المحكى عن الإسكافى هو أنه (ان تلف المغصوب دفع قيمته، أو مثله إن رضى به صاحبه). و من الظاهر أن هذه العبارة غير ظاهرة فى الخلاف المزبور.

و أيضا ان الموجود فى باب الغصب من الخلاف. و فى بابى الغصب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٣

و المقبوض بالعقد الفاسد من الشرائع هو الحكم بضمان القيمة فى القيمي.

و لعل الحكم بضمان المثل فى القيمي مختص عند الشيخ و المحقق بالقرض فقط، و الله العالم.

و التحقيق: أن يحكم بضمان المثل فى القيمي - أيضا- كما حكمنا بذلك فى المثلى، و عليه فإذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد، و لم

يمكن رده انتقل الضمان الى مثله: و هو الكلى المتحد مع العين التالفة من جميع الخصوصيات، الا- الخصوصيات غير الدخيل فى

المالية، بل فى التشخص الخارجى فقط، و حينئذ فلا ينتقل الضمان إلى القيمة إلا مع تعذر المثل، و على هذا فلو وجد المثل للتالف،

أو اشتغلت ذمة المالك- للضامن- بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل فى الصورة الأولى، و سقط ما فى ذمته المالك و

الضامن بالتهاتر فى الصورة الثانية.

نعم لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلغى الصفات النوعية أيضا، فإن اعتبار اشتغال الذمة بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر.

و من هنا ظهر فساد ما اختاره السيد فى حاشيته من المنع عن الانتقال إلى القيمة على وجه الإطلاق.

أضف الى ذلك: أن لانزم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمة فى فرض تعذر المثل على الإطلاق، و هذا مما لا

يمكن الالتزام به.

و يؤيد ما ذكرناه- من الضمان بالمثل فى فرض إمكانه- ما ورد فى باب القرض من الروايات [١] الدالة على جواز أداء المثل عن

القيمي هذا ما

[١] عن الصباح بن سيابة، قال: قلت لأبي عبد الله (ع): إن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: إنا نستقرض الخبز من الجيران فرد أصغر -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٤

تقتضيه القاعدة.

و لكن الظاهر من الروايات الكثيرة [١] هو ضمان القيمة في القيميات

- منه أو أكبر؟ فقال (ع): نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيكون فيه الكبير و الصغير، فلا بأس. مجهول بابن سيابة. و عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي عبد الله (ع): استقرض الرغيف من الجيران، و تأخذ كبيرا، و نعطي صغيرا و تأخذ صغيرا و نعطي كبيرا؟ قال: لا بأس. مجهول بالحكم بن مسكين. الوسائل ج ٣ باب ٢١ من أبواب الدين ص ٦٢٤. و عن فقه الرضا، عن الصادق (ع) و سئل عن الخبز بعضها أكبر من بعض؟ قال: لا بأس إذا اقترضته. ضعيف. المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢.

[١] عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه؟ قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدر على بيعه و لا- مؤاجرته، قال يقوم قيمة، فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، و إنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده. حسن بإبراهيم بن هاشم.

و عن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم؟ نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة، و يضمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه ضعيف بعثمان بن عيسى.

و عن البصري، قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا، فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي؟

قال: نعم يؤخذ بما بقي منه بقيته، ثم أعتق. ضعيف بالمعلى بن محمد.

و عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (ع) قال: من كان شريكا في عبد أو امه قليل أو كثير فأعتق حصته و له سعة فليشتره من صاحبه، فيعتقه كله و إن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ثم يسعى العبد بحساب ما-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٥

و أيضا قد عرفت- سابقا- أن المرتكز في أذهان العقلاء، و ما جرت عليه سيرتهم هو ضمان المثل في المثل، و ضمان القيمة في القيمة. و عليه فلا يجوز للمضمون له أن يجبر الضامن على إعطاء المثل في القيمي، سواء أ كان ذلك

- بقي حتى يعتق. حسن بإبراهيم بن هاشم.

و عنه، عن أبي جعفر (ع) قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصيبه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه قال: يقوم قيمة يوم حرر الأول و أمر المحرر ان يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه. حسن بإبراهيم بن هاشم. الوافي ج ٦ باب عتق المشترك ص ٨٥ و الكافي ج ٦ من ط ٢ ص ١٨٢.

و عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و بيضها و جنبها و فيها سكين؟ فقال أمير المؤمنين (ع) يقوم ما فيها و يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء فان جاء طالبها غرم له الثمن الخبر.

ضعيف بالنوفلي. الوافي ج ١١ ص ٢٣.

وقد عرفت الروايات الواردة في ضمان قيمة الجارية المبتاعة التي وجدت مسروقة فإنها ظاهرة في تعيين القيمة وقد أوردناها في ص ٨٩. وستأتي صحيحة أبي ولاد الظاهرة في ذلك- أيضا- وإلى غير ذلك من الروايات المتفرقة الظاهرة فيما ذكرناه. ثم إن المصنف قد جعل من أدلة ضمان القيمة في القيمي ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و نظره من ذلك الى ما ورد في روايات الرهن من ان الراهن والمرتهن يتردان الفضل من الرهن والدين مع تلف الرهن بالتفريط أو الإلتلاف، وقد تقدمت جملة منها في ص ١٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٦

متيسرا اتفاقا، أم كان متعذرا، كما هو الغالب، نعم يجوز للضامن إجبار المالك بقبول القيمة. على عكس ما تقدم في المثلي الذي تعذر مثله في الخارج.

فبالنظر الى هذه الروايات، و ما جرت عليه السيرة العقلانية يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمي بالقيمة، و تكون النتيجة: أن ما تعذر مثله في نوعه كان ضمانه بالقيمة- و ان وجد له مثل اتفاقا- و ما لم يتعذر مثله نوعا يضمن بالمثل و ان تعذر ذلك اتفاقا، و في بعض الأحيان.

أما الروايات المتقدمة الدالة على الضمان بالمثل في القيمي فهي مختصة بالقرض فلا ربط لها بما نحن فيه. على أنها ضعيفة السند. ثم ان المصنف (ره) قد حمل الروايات الدالة على ضمان القيمي بالقيمة على صورة تعذر المثل، و لكنه خلاف الظاهر منها. و لا يمكن المصير اليه إلا بالقرينة، و من الواضح أنها منتفية في المقام.

و على الجملة: ان القاعدة الأولية و ان اقتضت الضمان بالمثل في القيمي و لكن قد دلت الروايات المتقدمة على ضمان خصوص القيمة في القيمي، فلا بد من الأخذ بها في المقام، و اذن فيقع البحث في تعيين هذه القيمة.

ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي

قد اختلف الأصحاب في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا، على أقوال شتى:

١- أن العبرة في ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أبي ولاد الآتية بالتقريب الذي سيأتي قريبا.

٢- أن العبرة في ذلك بقيمة يوم التلف، كما حكى ذلك عن الشيخين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٧

و أتباعهما، بل عن الدروس نسبه إلى الأكثر.

و الوجه فيه: أن انتقال الضمان إلى البدل إنما هو في يوم التلف، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين، فإذا تلفت ضمن قيمتها.

٣- أن العبرة في ذلك بقيمة يوم الأداء، و هذا هو الوجه الذي اختاره السيد في حاشيته، بدعوى (أن نفس العين باقية في الذمة و

العهد، و يجب الخروج عن عهدها، لكن لما لم يمكن رد نفسها و جب دفع عوضها و بدلها، فهي بنفسها باقية في العهد إلى حين

الأداء، و إعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء، كما فيما إذا كان له عليه من الحنطة، و لم يمكنه أدائه، فإن الذمة مشغولة بالحنطة

حتى حين التعذر، و دفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس، و لا ينتقل إلى البدل من حين التعذر. و البدل الواجب أدائه هو المثل في

المثليات، و القيمة في القيمات، بمعنى: أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه).

و قال في موضع آخر: (التحقيق: أن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حال الأداء، إذ هو الاستفادة من أدلة الضمان حسبما أشرنا إليه

سابقا و التعذر لا ينافي ذلك، لعدم إناطة الأحكام الوضعية بالقدرة).

أو يقال: إن هذا الوجه مبني على اشتغال الذمة بالمثل حتى في القيمي، فالانتقال إلى القيمة إنما يكون وقت الأداء.

٤- أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف، وقد قيل إن هذا القول هو الأشهر.

٥- أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء.

٦- أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٨

ثم الظاهر من هذه الوجوه في نفسها هو الوجه الثاني، لما عرفته من أن زمان الانتقال إلى القيمة إنما هو زمان التلف، و إذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعي، أما بقیة الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريبا.
أما الوجه الأول فقد استدل عليه بصحيحة أبي ولاد الحناط [١] فان

[١] قال: اكرتيت بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا و جائيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت ان صاحبي توجه إلى بغداد فأتبعته، و ظفرت به، و فرغت مما بيني و بينه، و رجعنا إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيء خمسة عشر يوما، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه مما صنعت، و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة، فأخبرته بالقصة، و أخبره الرجل، فقال لي: و ما صنعت بالبغل، فقلت قد دفعته اليه سليما، قال: نعم بعد خمسة عشر يوما، فقال ما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما فقال ما ارى لك حقا، لأنه اكرهه إلى قصر ابن هبيرة فخالف، و ركبته إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل، و سقط الكرى، فلما رد البغل سليما، و قبضته لم يلزم الكرى، قال: فخرجنا من عنده، و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتى به أبو حنيفة، فأعطيته شيئا، و تحللت منه، فحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله (ع) بما افتى به أبو حنيفة، فقال: في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها، و تمنع الأرض بركتها، قال: فقلت لأبي عبد الله (ع) فما ترى أنت قال: ارى له عليك مثل كرى بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كرى بغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٧٩

تم فهو و إلا فمقتضى القاعدة هو الالتزام بالوجه الثاني، و إذن فلا بد من التكلم في دلالة الصحيحة على ذلك.

- قال: فقلت: جعلت فداك إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال: لا، لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل و نفق اليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر، أو دبر، أو غمز؟ (و في التهذيب عقر.

و في الوافي غمر) فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه. قلت:

فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك، قلت: إني كنت أعطيته دراهم، و رضى بها و حللني، فقال: إنما رضى بها، و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور، و الظلم. و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفنتكك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك، قال أبو ولاد: فلما انصرف من وجهي ذلك لقيت المكارى فأخبرته بما أفنتني به أبو عبد الله (ع)، و قلت له: قل ما شئت حتى أعطيكه فقال قد حبيت إلى جعفر بن محمد (ع) و وقع في قلبي له التفضيل، و أنت في حل و إن أحببت أن أرد عليك الذي أخذت منك فعلت. صحيحة. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٠. و الوافي ج ١٠ ص ١٢٦. و التهذيب ج ٢ ص ١٧٦.

قال في مرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣: (و قال في المغرب: قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة، و بغداد منه على ليلتين).

و الظاهر ان هذا التحديد من غير طريق الماء، و إلا فإن قصر ابن هبيرة من الكوفة على نحو عشرين فرسخا في الماء. كما يكشف عن

ذلك صحيح آخر عن أبي ولاد الوارد في حد المسير الذي تقصر فيه الصلاة. قال: قلت لأبي عبد الله (ع): إني كنت خرجت من الكوفة في سفينة إلى قصر ابن هبيرة و هو من الكوفة على نحو عشرين فرسخا في الماء. الحديث. التهذيب ج ١ باب الصلاة في -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٠

ثم لا يخفى عليك: أن الصحيحة وإن وردت في المغصوب، ولكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولية القطعية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم القبض، ضرورة أن العين التالفه قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض، فإذا التزمنا بضمن المغصوب بقيمة يوم الغصب، و التزمنا بضمن المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم الأداء لزم أن يكون الثاني أسوأ حالا من الأول، و هو واضح البطلان.

ثم أنه لا- شبهة في صحة رواية أبي ولاد سندا و عليه فيختص البحث- هنا- بدلالاتها فنقول: إنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن ضمان البغل في فرض تلفه، و قال: أ رأيت لو عطب البغل و نفق [١] أ ليس يلزمني؟ فأجاب عنه

- السفينة ص ٣٣٧.

و النيل بالكسر نهر بمصر، و قرية بكوفة، و بلد بين بغداد و واسط. و في لسان العرب: النيل نهر مصر. و نهر بالكوفة، و حكي الأزهرى قال: رأيت في سواد الكوفة قرية يقال لها النيل يخرقها خليج كبير يتخلج من الفرات الكبير.

قال: و قد نزلت بهذه القرية. انتهى.

الدبر بالتحريك كالجراحة تحدث من الرحل و غيره. و غمزت الدابة: مالت من رجلها، و الغمر: العطش، و العقر: الجرح. [١] عطب الرجل عطا: هلك، يكون في الناس و غيرهم. و عطب البعيرة انكسر. و نفق الرجل و الدابة نفوقا: ماتا، و خرجت روحهما. (أقرب الموارد) ثم الظاهر: ان عطف لفظ (نفق) على كلمة (عطب) عطف تفسير و عليه فيكون المراد من كلمة (عطب) هو الموت و الهلاك، لا الكسر. لأن السائل سأل عنه بسؤال آخر بقوله: فإن أصاب البغل كسر إلخ، و إذن فالصحيح هو ان-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨١

الامام (ع) بقوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته.

و قد استدل بهذه الجملة- على أن العبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم الغصب- بوجهين:

الوجه الأول: أن الظرف و هو لفظ (يوم) قيد لكلمة (قيمة)، و تقرب ذلك بأنحاء شتى:

١- أن يكون الظرف متعلقا بكلمة (قيمة) بدعوى أنها و إن لم تكن معنى حديثا و لكن فيها شائبة الحديث، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى لا يصح تعلق الظرف بها، و عليه فينون لفظ (بغل) على الجر بإضافة القيمة اليه، و يؤيد هذا التقريب أن لفظ (البغل) في نسخة الوافي، و في بعض نسخ التهذيب محلى بلام التعريف، و حينئذ فلا يصلح للإضافة إلى ما بعده، و إذن فمفاد الصحيحة هو أن الثابت على الغاصب إنما هو قيمة يوم المخالفة، فتدل على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب.

٢- أن تضاف جملة قيمة بغل-: أي المضاف و المضاف إليه- إلى قوله يوم خالفته، و حينئذ فيكون الغرض من تلك الجملة المباركة هو أن القيمة المتخصصة بإضافتها إلى البغل الثابتة يوم المخالفة لازمة على الغاصب. و لا بعد في هذه الإضافة، لوقوعها كثيرا في لغة العرب و غيرها فيقال: ماء ورد خالد و حب رمان زيد و إن لم يكن ورد لخالد، و لا- رمان لزيد إلى غير ذلك من الاستعمالات المتعارفة. و لا- محذور من الالتزام بهذا التقريب، إلا- أنه لا- يتفق و نسخة الوافي و بعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف،

- يكون العطف بالواو (كما في الكافي المطبوع مستقلا ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩١، و بهامش مرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣) لا العطف بأو،

كما في التهذيب ج ٢ ص ١٧٧. و الوافي ج ١٠ ص ١٢٧. و الاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ١٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٢

فان ذلك مانع عن إضافته إلى ما بعده.

٣- ما أفاده المصنف، و إليك نصه:

(أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل اليه ثانيا: يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا- لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، و القيمة إنما هي قيمة المثل).

و ظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمة قد أضيف مرتين: مرة إلى كلمة (بغل) و مرة أخرى إلى كلمة (يوم)، و حينئذ فيكون المراد من قوله:

(فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة)

: أن تعريف كلمة بغل إنما هو للإشارة إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الإجارة، و من الواضح أن هذا حاصل بالإضافة المسوقة لبيان العهد الخارجى، و إذن فيكون ذكر اللام فيها لغوا محضا، و خاليا عن الفائدة.

و يرد عليه: أن المضاف إلى شيء أولا لا يضاف إلى غيره ثانيا، لأن ذلك مخالف لطريقة أهل المحاورة و الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكورة هو أن كلمة القيمة قد أضيفت إلى كلمة بغل أولا، ثم أضيف المجموع:- أى القيمة بما هي مضافة إلى بغل- إلى يوم المخالفة، و هذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمة بغل، فيكون ذلك نظير قولك ماء رمان زيد، فان الغرض من هذه العبارة إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزيد و إن لم يكن له رمان، و هكذا قولنا ماء ورد بكر و نظائره، و عليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثانى المزبور.

و لكنك قد عرفت آتفا: أن الموجود فى بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف و من الظاهر أن هذا ظاهر فى انقطاع الإضافة بين قوله (ع):

نعم قيمة البغل و بين قوله (ع) يوم خالفته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٣

٤- ما ذكره المصنف ثانيا، و حاصله: أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافة لفظ القيمة إلى كلمة البغل فيكون الظرف منصوبا للاختصاص و عليه فالمعنى: أنه تلزم على الغاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة.

و يرد عليه: أن العامل فى الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف.

و يضاف إلى ذلك: أن الاختصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفى لا- يمكن أن يكون محكوما به و لا محكوما عليه، و إذن فلا معنى لتقييده أصلا.

٥- أن تضاف كلمة القيمة إلى كلمة البغل و تضاف كلمة البغل الى كلمة اليوم و عليه فيكون معنى الرواية: أنه تلزم على الغاصب قيمة هي قيمة بغل يوم المخالفة.

و يرد عليه: أنا لا نعرف وجها صحيحا لإضافة لفظ بغل الى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجملة يوم المخالفة، كما لا يصح أن يقال:

دار يوم، و أرض أمس، و غرفة غد.

أضف الى ذلك: أن هذا الوجه لا يتم على نسخة الوافي و بعض نسخ التهذيب، من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف، ضرورة أن الاسم المحلى باللام لا يضاف الى ما بعده، و هذا ظاهر.

وقد يناقش في هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات و هو مذموم في كلمات الفصحاء. و يرد عليه: أن هذه المناقشة فاسدة، لأن تتابع الإضافات واقع في الكلمات الفصيحة، و من ذلك قوله تعالى **مِثْلَ دَابِّ قَوْمِ نُوحٍ وَعَادٍ** «الوجه الثاني- من وجهي الاستدلال بقوله (ع): نعم قيمة بغل يوم خالفته على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب- أن يكون الظرف متعلقا

(١) سورة المؤمن الآية: ٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٤

بقوله (ع): نعم، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل: أعنى به يلزمك شبيه بالفعل. و على هذا فلا دلالة في الرواية على الضمان بقيمة يوم المخالفة دلالة مطابقيه، لأن معناها عندئذ: أنه تلزمك القيمة يوم المخالفة من غير تعرض لبيان أن هذه القيمة هل هي قيمة يوم المخالفة، أم هي قيمة يوم الدفع، أم هي قيمة يوم التلف، أم غير ذلك. نعم لا- بأس بدلالاتها على ذلك التراما، فان ذكر القيمة فيها، ثم إضافتها إلى كلمة بغل، ثم ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من القرائن الظاهرة على أن الامام (ع) إنما قدر ماله المغصوب، و بين أن ضمانها بقيمة يوم المخالفة إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعليا، و يكون المدار فيه على قيمة يوم آخر.

و على الجملة: ان تعلق الضمان- بالقيمة يوم الغصب- بمالية المغصوب ظاهر في أن الضمان بقيمة ذلك اليوم. و يرد على هذا الوجه: أنه لا معنى لجعل الظرف متعلقا بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ضرورة أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمة من يوم الغصب، مع أنه واضح البطلان، لأن الضمان لا يتعلق بالقيمة قبل تلف العين إذ الانقلاب إلى القيمة انما يكون بعد تلفها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٥

ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحة و جوابه

إشارة

قد نوقش في الاستدلال بالصحيحة المزبورة على المقصود بوجوه مستفاده من نفس الصحيحة:

١- أنه لو كان المناط في الضمان هو قيمة يوم المخالفة و الغصب

لما تعرض الامام (ع) لقيمة يوم الاكتراء بقوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا و كذا، فيعلم من هذه الجملة الشريفة أنه لا خصوصية لقيمة يوم المخالفة لكي يكون المدار في الضمان عليها. و الجواب عن ذلك: أن هذه الجملة لا- تنافي الجملة السابقة في الدلالة على المقصود بل تساعدها و توافقها، و ذلك لأن اكتراء المراكب و استئجارها قد يكون للمسير الى مسافات بعيدة، و أمكنة نائية: نظير مكة، و المدينة، و سائر الأعتاب المقدسة بالنسبة إلى أهل إيران. و أفغان، و هند، و أمثالها.

و قد يكون ذلك للذهاب إلى مسافة قريبة، كالمشى من النجف الأشرف إلى الكوفة.

و على الأول فقد جرت العادة على اكتراء الحمولة قبل الخروج إلى المقصد بعدة أيام، و على الثاني فلا يكون الاستئجار الا يوم الخروج.

و حيث أن أبا ولاد- بمقتضى الظاهر- قد اكرى البغل الى قصر ابن هبيرة يوم خروجه من الكوفة، لقله المسافة بينهما، فلم يفصل بين

زمان مخالفته- حين ما وصل الى قرب قنطرة الكوفة- و بين اكرائه البغل إلا- ساعة أو ساعتان و اذن فيوم المخالفة يتحد مع يوم الاكتراء، فالإمام (ع) قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء، لأجل أن يوم الاكتراء انما هو يوم يعرفه الشهود مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٦
- غالباً- و من الظاهر أنه لا تتفاوت قيمة البغل في ساعة أو ساعتين.

٢- أنه قال أبو ولاد: قلت: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع): عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه)

حيث ان الظاهر من هذه الجملة المباركة هو أن الضمان بقيمة يوم الرد، لأن الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى يلزمك، و عليه فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمة على الضمان بقيمة يوم المخالفة.
و يرد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد مع أنه واضح البطلان، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب.

و يضاف الى ذلك: أن الظاهر من الصحيحة على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصحة و العيب يثبت على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب، أم هل يلاحظ من يوم التلف، أم يلاحظ من يوم الرد، و عليه فليكن تعيين أن العبرة بقيمة يوم الغصب في الفقرة السابقة قرينة على المراد في هذه الفقرة.

قيل: ان الظرف- في الجملة المزبورة متعلق بلفظ قيمة، و عليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصحة و العيب يوم الرد، و اذن فتدل الصحيحة على أن رد البغل فقط لا يكفي في رفع الضمان، بل لا بد و أن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح و المعيب أيضاً، و على هذا فتبعد هذه الجملة عن مورد البحث.

و قد ناقش فيه المصنف، و هذا نصه:

(فالظرف متعلق بعليك، لا قيد للقيمة، إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين).

و لكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع، لأن قيام الإجماع على تبعية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٧

الأرش لضمان العين في تعيين القيمة لا يدفع هذا الاحتمال، إذ لو كانت العبرة بيوم الرد في تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبرة في تعيين قيمة العين أيضاً بيوم الرد، و لا إجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب.

و الصحيح في الجواب أن يقال: انه لا ملزم للالتزام بكون الظرف قيدا للقيمة من دون قرينة تدل عليه، بل ان ظهور الجملة السابقة- في أن العبرة بيوم الغصب- يدفع هذا الاحتمال.

و مع الغض عن ذلك فالظاهر أن الظرف متعلق بلفظ العيب، لاقتران أحدهما بالآخر، و عليه فتدل الصحيحة على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما إذا استمر العيب الى زمان رد العين، و الا فلا ضمان في ذلك، و اذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمة يوم الغصب، و لا لتعيين قيمة يوم التلف، و لا لتعيين قيمة يوم الرد، و لا شبهة في أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية و كلمات أهل اللسان.

و ناقش فيه المصنف، و قال نصاً

(لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً).

و يرد عليه أولاً: أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى الكل، بل المسألة خلافية، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقاً، و قيل بعدم

سقوطه كذلك، وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن و بين ما لم يكن كذلك، كوصف الصحة، فإذا زال السمن حكم بالضمان، بخلاف ما حدثت نقطة في عين الدابة ثم ارتفعت، فان ذلك لا يوجب الضمان.

بل قال السيد في حاشيته، و إليك لفظه: (أن الواجب رد العين كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٨

كانت، و هو متحقق مع العود إلى الصحة، و الظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف، بل لم أجد من صرح بما ذكره و إن لم أتبع، نعم صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان. بل مقتضى ما ذكره في مسألة زيادة القيمة لزيادة صفة و نقصانها بزوالها و عودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا، إذ لا فرق بين وصف الكمال و الصحة).

و قال في غصب المبسوط: (و إن كانت الزيادة من جنس الأول: مثل أن سمت (أى الجارية) فبلغت ألفا، ثم هزلت فعادت إلى مائة، ثم سمت فعادت إلى الألف، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفا، ثم نسيت فعادت إلى مائة ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه: وجهان: أحدهما: لا يضمن شيئا. الثانى: عليه الضمان. و الأول أقوى، لأن الأصل براءة الذمة) بل فى الجواهر: (أن ملاحظتها: أى الزيادة التالفة) مع الموجودة حال التلف غير معقولة، ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين إذ ليست هى إلا صنعة واحدة، و المتجددة ليست غيرها على وجه تضم معها. و على كل حال فلا ضمان، للأصل، و صدق الأداء لما أخذ. و قاعدة نفى الضرر، و أن الظالم لا يظلم، و غير ذلك).

بل الظاهر من إطلاق المحقق فى غصب الشرائع هو عدم الفرق بين وصف الصحة، و بين وصف الكمال، و هذا نصه: (لو زادت القيمة لزيادة صفة، ثم زالت الصفة، ثم عادت الصفة و القيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية، و لو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت).

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان - هنا - إلى مقتضى الفتوى.

ثانيا: أن مقتضى السيرة، و دليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٨٩

على الغاصب ما لم يرده إلى المغصوب منه صحيحا فإذا رده إليه كذلك سقط عنه الضمان، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد و ارتفع، أم لا، و المفروض - هنا - أن المغصوب صحيح حال الرد، و إذن فلا يلزم تدارك النقص الحاصل فى زمان العيب.

٣- أنه سأل أبو ولاة الامام (ع) عن المقوم الذى يعرف تفاوت ما بين الصحة و العيب،

و قال: (قلت فمن يعرف ذلك؟ قال (ع): أنت و هو اما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك).

و قد ذكر المصنف: أن هذه الفقرة من الصحيحة مؤيدة لكون المدار - فى تعيين قيمة القيمي - على قيمة يوم التلف.

و حاصل كلامه: أنه إذا اختلف الغاصب و المالك فى قيمة العين المغصوبة و كانت العبرة - فى تعيين القيمة - بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدعيا، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل و كان الغاصب منكرا، لإنكاره تلك الزيادة، و عليه فمقتضى القاعدة أن يتوجه الحلف على الغاصب، لا على المالك، بل تجب على المالك إقامة البينة على دعواه و الحال أن الصحيحة قد دلت على كون كل من اليمين و إقامة البينة وظيفه للمالك، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه فى توجه الحلف عليه و ان كان منكرا فما هو الوجه فى طلب البينة منه، بديهية أنهما لا يجتمعان فى مورد واحد.

و على الجملة: انا إذا حملنا الرواية على أن المالك فى تعيين القيمة انما هو يوم المخالفة كانت الصحيحة مخالفة للقواعد من ناحيتين: الاولى: أن دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل، فلا تتوجه إليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٠

اليمين بوجه.

الثانية: أن اليمين إذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البينة، واذن فكيف حكم الامام (ع) بقبول كلا الأمرين من المالك. و على هذا فلا بد من حمل الصحيحة على أن الملاك - في تعيين القيمة - انما هو يوم التلف، لا يوم المخالفة فإنه عندئذ يصح توجه كلا الأمرين على المالك و بيان ذلك: أن الامام (ع) قد تعرض - في الفقرة المذكورة - لصورتين من صور التنازع بين المالك و الغاصب.

الصورة الاولى: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كذا و كذا، و لكن اختلفا في تنزله عن تلك القيمة يوم التلف و عدم تنزله عن ذلك فإنه حينذاك و جب الأخذ بقول المالك، لأن الغاصب يدعى نقصان القيمة و المالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقا للأصل.

مثلا: إذا اتفقا على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كانت عشرين دينارا و لكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف، و ادعى المالك بقاءها على حالها و لا - شبهة في أن قول المالك حينئذ موافق للأصل، فيقدم مع يمينه، بخلاف قول الغاصب، فإنه مخالف للأصل، فتلزمه إقامة البينة.

الصورة الثانية: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمة يوم التلف متحدة - إجمالا - مع قيمة يوم المخالفة، و لكنهما اختلفا في تعيين تلك القيمة بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفة عشرين دينارا، و ادعى الغاصب كونها عشرة دنانير، و من الواضح أن المالك - عندئذ - يدعى زيادة القيمة فتجب عليه إقامة البينة على ذلك. أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتوجه عليه اليمين.

و على الإجمال: انا إذا حملنا الصحيحة على كون المناط - في تعيين القيمة - هو قيمة يوم التلف أمكن لنا تصوير التغير بوجه قريب بين إزام المالك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩١

بالحلف، و بين إزامه بإقامة البينة و إذا حملنا الصحيحة على كون المناط - في ذلك - هو قيمة يوم الغصب فتصوير التغير بين الأمرين بعيد جدا، لأنه على هذا لا بد من حملها على صورة اتفاق المالك و الغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو على قيمة اليوم اللاحق بيوم المخالفة، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمة السابقة.

و لكنه خلاف الظاهر من الصحيحة، فلا يمكن الالتزام به مع عدم القرينة عليه، هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنف. و يرد عليه: أن حمل الصحيحة على ارادة يوم التلف ثم حمل توجه الحلف على المالك على صورة، و توجه البينة عليه على صورة أخرى خلاف الظاهر منها جدا ضرورة أن الظاهر منها هو تخير المالك بين الوظيفتين في إثبات مقصوده:

إما إقامة البينة، أو الحلف، كما يقتضيه عطف احدي الوظيفتين على الوظيفة الأخرى بأو و إذن فلا وجه لجعل الجملة المتقدمة - التي هي - مورد بحثنا فعلا - مؤيدة لإرادة يوم التلف، دون يوم المخالفة و الغصب.

بل الظاهر - و الله العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجه كلا الأمرين - أي الحلف و إقامة البينة - على المالك في خصوص الدابة المغصوبة أو في مطلق القيمي المغصوب، و إذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البينة على المدعى، و اليمين على المنكر، فلا غرو في ذلك، لأن تلك القاعدة ليست من القواعد العقلية حتى لا تقبل التخصيص أو التقييد، بل هي قاعدة فقهية قابلة لذلك، كما أن سائر القواعد الفقهية كذلك.

و عليه فالمستفاد من الصحيحة أنه إذا اختلف المالك و الغاصب في زيادة القيمة و نقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة، أو يرده إلى الغاصب، أو يقيم بيته على ذلك. فكأن هذا الحكم تفضل من الشارع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٢

المقدس للمالك على رغم من الغاصب.

وقال المحقق الايرواني: (إن قضية البيئنة على المدعى، و اليمين على من أنكر قضية واردة في المخاصمات، و في مورد الرواية لم تفرض مخاصمة بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمة البغل و هو تالف، فقال (ع): إما أنت أو هو، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يدعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له).

و يرد عليه: أن حمل الحلف - هنا - على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له، و يصدقه فى دعواه من دون محاكمة خلاف الظاهر من الصحيحة لأنها واردة فى مورد المخاصمة، فلا يجوز حملها على غير موردها و هذا ظاهر.

ما استدل به على الضمان بأعلى القيم

إشارة

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجه:

١- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحة المتقدمة على ذلك.

وقال المصنف نصاً:

(لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب).

و لكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك: بأن المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمته الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمة، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً ضرورة أن المراد من يوم المخالفة - فى الصحيحة - انما هو طبعى يوم المخالفة الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص.

و عليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و الا فإن ردّ أعلى القيم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٣

فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول القيمة السفلى فى القيمة العليا بديهة أنه لا يجب على الغاصب قيم متعددة حسب تعدد أيام المخالفة، كما أنه لو ردّ القيمة النازلة لما ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدى قيمة بعض أيام المخالفة.

و الجواب عن هذا التوجيه: ان الظاهر من قوله (ع) فى الصحيحة:

(نعم قيمة بغل يوم خالفته)، هو أول يوم حدثت فيه المخالفة، لا مطلق أيام المخالفة، إذ يوجد الطبعى فى الخارج بأول وجود فرد، لأن موضوع الضمان فى الصحيحة انما هو صرف وجود المخالفة.

و نظير ذلك: ما إذا قال المولى لعبده: إذا خالفتى فى الأمر الفلانى وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك، فان الظاهر من هذه العبارة أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفته، لا جميع أيامها.

أضف الى ذلك: أن ذيل الصحيحة شاهد صدق على عدم إرادة الطبيعة السارية من يوم المخالفة، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلك الذيل هو قوله (ع): (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا و كذا). إذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الا-كتراء فى هذه الفقرة، و لا- لتعيين قيمة المغصوب - فى ذلك اليوم - بالشهود. و قد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة.

٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،

و عليه فلو أدى المغصوب بعينه مع بقائه، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقيناً، و لو أدى قيمته المتوسطة أو قيمته السفلى لما

حصل العلم بفراغ ذمته.

و يرد عليه: أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٤

فيؤخذ بالأقل، لأنه متيقن، و الزائد عليه تجرى عنه البراءة.

٣- أن العين المغصوبة مضمونة على الغاصب بقاعدة ضمان اليد،

فنتصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك. و يرد عليه: أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب، لأن القاعدة الأولية تقتضى ذلك على ما عرفته قريبا. و ان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمة فيه أن اشتغال الذمة لم يثبت إلا بالقيمة النازلة، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجرى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقينا، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول. و على الجملة: ان الاستصحاب- في محل الكلام- إما أنه غير جار أصلا أو أنه يجرى و لكن لا يثبت الا الاشتغال بقيمة يوم الرد، دون أعلى القيم

٤- أن العين المغصوبة بنفسها مضمونة على الغاصب من ابتداء اغتصابها إلى نهاية بقائها في نظام الوجود،

و من الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود و النزول دخيل في اختلاف ماليتها من جهة الزيادة و النقص. و عليه فان حكمنا باشتغال ذمة الغاصب بأعلى القيم فهو، و الا يتضرر المالك بفوت مقدار من ماله، و الضرر منفي بقاعدة نفي الضرر. و يرد عليه أولا: أن أدلة نفي الضرر إنما تنفي الأحكام الضررية فقط و لا تثبت حكما آخر لكي يدفع به الضرر. ثانيا: أن زيادة القيمة السوقية غير مضمونة على الغاصب و الا- يلزم الحكم بضمانها أيضا- في صورة بقاء العين- مع نقصان قيمتها السوقية يوم الأداء عن قيمتها السابقة، و لم يلتزم به أحد فيما نعلم. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٥ و بتعبير آخر: أننا قد ذكرنا في محله أن الضرر عبارة عن النقص في الأموال، أو الأعيان أو الأعضاء و الأطراف، أو الأنفس و من البين الذي لا ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها و من هنا يجوز لأي تاجر استيراد مال التجارة و ان أوجب ذلك نقصا في قيمة أموال التجار الآخرين. ثالثا: أن أدلة نفي الضرر واردة في مقام الامتنان على الأمة، و من الظاهر أن الحكم بكون أعلى القيم مضمونا على الغاصب مناف للامتنان عليه، فلا يكون مشمولا لأدلة نفي الضرر.

٥- ما أفاده المصنف،

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٣، ص: ١٩٥

و حاصل كلامه: أن الغاصب قد أزال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية في كل زمان من أزمته بقاء المغصوب تحت يد

الغاصب، و من تلك الأزمنة ارتفاع قيمته السوقية و على هذا فان رد الغاصب نفس العين المغصوبة على مالکها فقد خرج عن عهدها بدهاء أن المأخوذ بالغصب انما هو نفسها، لا ماليتها الخالصة، و إذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدها إلا برد كل مالیه زالت عنها يد المالك، لأن حيلولة الأجانب بين الأموال و ملاکها توجب الضمان بمجموع المالیة الفائتة، و من الظاهر أنه لا يحصل الفراغ عن ذلك الا برد أعلى القيم، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمة السوقية لوجب تدارکها بأداء تلك القيمة.

و يرد عليه: أنه لا صلة بين موارد بدل الحيلولة، و بين ما نحن فيه، ضرورة أن القائلين ببطل الحيلولة إنما التزموا به من جهة الجمع بين الحقيين، بمعنى: أن تكليف الغاصب برد العين حين التعذر تكليف بما لا يطاق، و هو غير جائز عقلا و نقلا، و منع المالك عن حقه مع مطالبته إياه ظلم و عدوان، و مخالفة لمقتضى دليل السلطنة، و لا شبهة في حرمة عقلا و نقلا، و اذن فالجمع مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٦

بين الحقيين يقتضى الالتزام بوجوب أداء بدل الحيلولة إلى المالك، و سيأتي التعرض لذلك تفصيلا. و هذا بخلاف ما نحن فيه، فان كلامنا- هنا- في أصل ضمان الغاصب القيمة العليا، لا في وجوب أداء ما هو ثابت في ذمة الضامن مع مطالبته المالك إياه.

أضف الى ذلك: أن بدل الحيلولة انما ثبت في مورد لم تتلف العين تلفا حقيقيا، بل تعذر الوصول اليه من ناحية الموانع الخارجية و من الظاهر أن هذه الكبرى لا- تنطبق على مورد بحثنا، لأن العين في زمان وصولها إلى القيمة العليا لم يتعذر ردها على مالکها، لأن حيلولة الغاصب بين المالك و ماله غير مستندة الى التعذر النازل منزلة التلف، بل هي اختيارية للغاصب. أما في زمان تلفها حقيقة فقد انتقل ضمانها إلى القيمة، فما هو الموجب لضمانه أعلى القيم. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

٦- ما ذكره المحقق الايرواني،

و إليك لفظه (فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم: أنه يصدق عند صعود القيمة أن الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالیه صاعده، و مقتضى فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى جواز أخذ تلك المالیة منه بعد التلف مجازاة لا اعتدائه). و يتوجه عليه: أنه لا دلالة في الآية الكريمة على أصل الضمان- على ما عرفته في أوائل المسألة- فضلا عن دلالتها على الضمان بأرفع القيم.

٧- أن العين مضمونة على الغاصب في جميع أوقات الغصب التي منها زمان وصولها إلى القيمة العليا.

و يرد عليه: أنه ان كان الغرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها مضمونة على الغاصب ما دامت باقيه فهو صحيح، و لكن لا دلالة في ذلك على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٧

الضمان بأعلى القيم، بدهاء أن الضمان إنما ينتقل إلى القيمة- بعد تلف العين- إما في زمان التلف، أو في زمان الأداء على الخلاف في ذلك، و عليه فلا- يمكن الالتزام بضمان القيمة قبل تلف العين، و قبل انتقال الضمان منها إلى القيمة و إن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضمنا فعليا منجزا- سواء أ كانت العين باقيه بعد انتهائها إلى تلك القيمة، أم كانت تالفه- فهو خلاف ما تسالموا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين- غير مضمونة على الغاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين العوض و المعوض أحيانا إذ المفروض أن العين باقيه في ملك مالکها، و لو التزمنا- معه- بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور.

و إن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلى، و لكن استقراره في ذمة الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادرة واضحة، و لا يساعده النقل و لا الاعتبار، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل.

ثم إنا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم، و لكن لا يمكن الاستناد إليها في ذلك، لأنه اجتهاد في مقابل الصحيحة المتقدمة الدالة على الضمان بقيمة يوم المخالفة.

و دعوى أن الصحيحة مجملة، فلا يتضح لنا المراد. منها دعوى غير مسموعة لما عرفته قريبا من ظهورها في الضمان بقيمة يوم الغصب. و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا دلالة في الصحيحة على القول بضمان قيمة يوم الدفع، و لا على القول بضمان قيمة يوم التلف، و لا على غير ذلك من الوجوه، بل هي ظاهرة في خصوص ما ذكرناه فقط. و عليه فلا يصغى إلى الاستدلال على الأول بقاعدة ضمان اليد، فإنها محكومة بالصحيحة المتقدمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٨

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بجمله من الأخبار [١] الواردة في باب الرهن الظاهرة في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة، لأنها تدل على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها، و ملاحظة نسبتها مع الدين، فان كانت مساوية له فلا شيء على الراهن، و إن زادت عليه أخذ الزيادة، و إن نقصت عنه رد على المرتهن مقدار ما نقص.

و لكن يتوجه عليه: أن مورد هذه الروايات إنما هو الإلتلاف أو

[١] عن ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن.

و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن سواء فليس عليه شيء. موثقة بابن بكير. و عن أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر (ع) عن قول علي (ع) في الرهن يترادان الفضل؟ فقال: كان علي (ع) يقول ذلك، قلت: كيف يترادان الفضل فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه، و إن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن. قال: و كذلك كان قول علي (ع) في الحيوان، و غير ذلك، ضعيف بسهل بن زياد. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٣٤. و الوافي ج ١٠ ص ١١٦.

و عن عبد الله بن الحكم، عن أبي عبد الله (ع) قال: و سألته عن رجل رهن عند رجل رهنا على ألف درهم، و الرهن يساوي ألفين فضاع؟ قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان انقص مما رهنه عليه رجوع على الراهن بالفضل و إن كان الرهن يساوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه. ضعيف بعبد الله بن الحكم و غيره الفقيه ج ٣ من ط النجف ص ١٩٦. و الوافي ج ١٠ ص ١١٦. و لا يخفى عليك ان في هذه الرواية تحريفا في نسخة الوافي سندا و متنا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ١٩٩

التفريط، إذ لا ضمان - في تلف الرهن - على المرتهن من دون تعد و تفريط و الشاهد على ذلك جملة أخرى من روايات الرهن «١» و عليه فزمان التلف و الضمان واحد في صورة الإلتلاف، فلا منافاة عندئذ بين روايات الرهن و بين الصحيحة الدالة على أن العبرة بقيمة يوم المخالفة.

أما في صورة التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان، و لكن الذي يسهل الخطب أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف، و لا بقيمة يوم المخالفة، و لا بقيمة أخرى غيرهما، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمة في فرض التعدى و التفريط، و قد عرفت دلالة الصحيحة على الضمان بقيمة يوم المخالفة، و إذن فلا منافاة بينها و بين روايات الرهن في فرض التفريط أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق [٢] على الضمان بقيمة يوم التلف، لأن ذلك ورد في الإتلاف، و قد عرفت أن زمان التلف و الضمان واحد في صورة الإتلاف.

[٢] كقوله (ع) في رواية البصرى: (نعم يؤخذ بما بقى منه بقيمته يوم أعتق). بناء على نسخة الكافي من ذكر يوم بدل ثم. و كقوله (ع) في رواية محمد بن قيس: (و إن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ثم يسعى العبد بحساب ما بقى حتى يعتق). و قد نقلنا هاتين الروايتين في ص ١٧٤.

(١) قد نقلناها في ص ١٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٠

ختم البحث في القيمي

قد يتوهم: أن الالتزام بانتقال القيمي التالف إلى القيمة ينافي لما تسالم عليه الأصحاب من صحة المصالحة بين التالف و بين أى مقدار من الدراهم و الدينانير و الوجه في ذلك: أنه لو كان التلف موجبا لانتقال التالف إلى القيمة لما صحت المصالحة إلا على المقدار الذى يساوى قيمة التالف، فإن المصالحة على الزائد عليه يستلزم الربا.

و لكن هذا التوهم فاسد، بدهاه أن القيمة الثابتة فى ذمة الضامن ليست هى خصوص الدراهم، و لا أنها خصوص الدينانير، بل إنما هى أمر كلى تتقوم به الأشياء، و أنه أعم من الدراهم و الدينانير، و إذن فمصالحة التالف على الدراهم، أو على الدينانير لا تستلزم وقوع المصالحة بين المتجانسين الربويين لكى يلزم منها الربا.

قوله: (ثم إنه حكى عن المفيد، و القاضى، و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري). أقول: لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعظم، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادة يوم القبض من يوم البيع، لغلبة اتحادهما زمانا، كما وقع التعبير - فى صحيحة أبى ولاد - عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء. و كيف كان فلا وجه لتقييد فساد المعاملة بخصوص تفويض الثمن إلى المشتري، ضرورة أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد، بل المغصوب أيضا، و عليه فأية خصوصية للتقييد المزبور. قوله (فافهم)

أقول: لعله إشارة إلى أن إرادة يوم القبض من يوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠١

البيع و إن كان بعيدا فى نفسه، و لكنه لا بد من ذلك صونا لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغوئية، و لعلمهم تبعوا فى هذا التعبير للصحيحة المتقدمة، حيث عرفت - قريبا - أن الامام عليه السلام قد عبر - فيها - عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء و الله العالم بالضمائر. ثم قال المصنف:

(إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، إلا أنه تردد فيه فى الشرائع، و لعله - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، و دفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل، و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى).

أقول: قد عرفت فيما سبق - أن مقتضى القاعدة هو بقاء العين - بعد تلفها - فى الذمة على نحو الكلى الذى يعبر عنه بالمثل، و لا تنتقل إلى القيمة إلا يوم الرد، و اذن فلا مناص عن الالتزام بضمان القيمة الزائدة للعين بعد تلفها.

و دعوى أن هذا مخالف للإجماع دعوى جزافية، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

و لكن الذى يسهل الخطب هو دلالة الصحيحة المتقدمة على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة، و عليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعدة: أعنى به الضمان بقيمة يوم الرد.

قوله: (ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة).

أقول: لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمة يوم التلف فى ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضا فى ذلك، ضرورة أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنة، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأمكنة، فالمالية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٢

إذا قدرت بقيمة يوم التلف قدرت بقيمة مكان التلف - أيضا - فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف، و من جملتها خصوصية بلد التلف.

و لكننا لما بنينا على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة، لدلالة الصحيحة المتقدمة على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمة مكان المخالفة أيضا، لأن الإمام عليه السلام - مع كونه فى مقام البيان - لم يفكك بينهما. على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفي.

و يدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام فى نفس الصحيحة: (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك). فان الظاهر من هذه الجملة المباركة هو اختيار الشهود من أهل الكوفة - التى هى مكان المخالفة - ضرورة أن الإتيان بالشهود من أهل بغداد - التى كانت نهاية لسير أبى ولاد - بعيد جدا. و من الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفة لم يشهدوا إلا على ما هو قيمة البغل فى الكوفة، لا على قيمته فى مكان آخر، لأن شهادتهم على الثانى تحتاج إلى عناية زائدة و هى غير مذكورة فى الصحيحة.

قوله: (ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس).

أقول: الزيادات الحاصلة فى العين تارة تكون منفصلة، و اخرى تكون متصلة:

أما الأولى فحكمها حكم نفس العين، و عليه فان كانت باقية فوجب ردها على مالكةا، و إن كانت تالفه فوجب رد بدلها عليه من المثل، أو القيمة.

أما الثانية فلا شبهة فى كونها مضمونة على الضامن - أيضا - سواء أ كانت هذه الزيادات من قبيل الكيف، كوصف الكتابة، و النجارة، و البناية، و أمثالها أم كانت من قبيل الكم، كالسمن و نحوه، أم كانت من قبيل وصف الصحة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٣

و بتعبير آخر كما أن العين مضمونة على الغاصب، كذلك أوصافها الدخيل فى مالية العين، فإنها - أيضا - مضمونة على الغاصب، سواء فى ذلك أوصاف الصحة و أوصاف الكمال، و هذا ظاهر.

ثم إن الخلاف المتقدم فى الضمان بقيمة العين المغصوبة يجرى فى الضمان بقيمة الزيادات الفائتة - أيضا - و قد عرفت - فيما تقدم قريبا - أن الاعتبار فى ضمان العين التالفه بقيمة يوم الغصب، و هكذا فى المقام طابق النعل بالنعل و القذة بالقذة.

و الوجه فى ذلك: أن العين إنما تكون مضمونة على الغاصب مع أوصافها الدخيل فى ماليتها، لا مجردة عنها، و عليه فتحديد العين بقيمة وقت خاص تحديد لأوصافها - أيضا - بقيمة ذلك الوقت، و قد عرفت دلالة الصحيحة على أن الاعتبار فى الضمان إنما هو بقيمة يوم الغصب، و مقتضى إطلاقها - و الله العالم - هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفة و إن كانت الأوصاف حاصلة بعد ذلك، و عليه فتقدر العين موصوفة بتلك الأوصاف حين المخالفة، فتقوم، و يضمن بتلك القيمة، و إذن فلا عبرة بالقيمة حين حدوث الأوصاف.

ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة

إشارة

قوله: (ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول اليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق، أو ضاع، أو أبق).

أقول: تحقيق البحث عن بدل الحيلولة و نواحيه يقع في ضمن أسئلة و أجوبتها:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٤

١- ما هو الدليل على الالتزام ببديل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين؟

إشارة

قد استدل على ذلك بوجوه شتى:

الوجه الأول: قاعدة نفي الضرر،

بدعوى أن تكليف المالك بالصبر إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه.

أو يقال: إن عدم الحكم بضمان البديل ضرر على المالك.

أو يقال: إن امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك.

و يرد عليه: أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على إثبات بدل الحيلولة يتوقف على مقدمتين:

الأولى: أن قاعدة نفي الضرر مسوقة لرفع الأحكام الضررية، لا رفع الموضوعات الضررية. و قد ذكرنا في محله أن هذه المقدمة صحيحة لا شك فيها.

الثانية: أن يلتزم بأن أدلة نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجودية كذلك تشمل الأحكام العدمية أيضا: أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحية حكم الشارع بشيء، أو عدم حكمه به فإدلة نفي الضرر تقتضى ارتفاع الحكم فى الأول، و جعله فى الثانى.

و هذه المقدمة مخدوشة بما ذكرناه فى محله، و حاصله: أن أدلة نفي الضرر ناظرة إلى نفي الضرر فى عالم التشريع: أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام فى الشرع المقدس الإسلامى، و عليه فتلك الأدلة غير ظاهرة فى تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحية تشريع الحكم الشرعى، و إلا فيلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال، أو من أموال سائر المسلمين، و حينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعدة المزبورة لإثبات بدل الحيلولة.

و بعبارة أخرى: أنه لا استحالة فى حكومة قاعدة نفي الضرر ثبوتا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٥

و إمكانا على الأحكام الوجودية و العدمية. و لكن لا دليل عليه فى مرحلة الإثبات و الوقوع، بديهية أن أدلة نفي الضرر قاصرة عن إثبات هذا المعنى.

و يضاف إلى ذلك: أن النسبة بين موارد بدل الحيلولة، و موارد تضرر المالك هى العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله، لاستغنائه عنه، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة و قد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه و بين ماله مدة قليلة كساعة أو ساعتين مع أنه لا يكون موردا لبديل الحيلولة، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا فى ثبوت بدل الحيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويلة. و سيأتى ذلك قريبا. و اذن فلا يمكن الاستدلال على إثبات بدل الحيلولة بقاعدة نفي الضرر.

و يؤيد ما ذكرناه: أنا لم نجد أحدا يستدل بقاعدة نفي الضرر على ثبوت بدل الحيلولة فيما إذا حال أحد بين المالك و ماله بمنعه عن التصرف فيه. و دعوى ثبوت الفارق بين هذا و بين ما نحن فيه دعوى جزافية. و لو أغمضنا عن جميع ذلك، و لكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيلولة، فيتساقطان و عليه فلا يكون مورد بدل الحيلولة مشمولاً لقاعدة نفي الضرر. و دعوى أن الضامن قد أقدم - بنفسه - على الضرر فلا - يعارض بضرر المالك دعوى فاسدة، ضرورة أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط، لا على ضمان سائر الجهات الخارجة عن العين.

الوجه الثاني: قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم «١».

و تقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنة على العين و إن كانت ممنوعة بالتعذر، إلا أن السلطنة على ماليتها غير ممنوعة، و عليه

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٦

فيجب على الضامن رد البدل على المالك حفظاً لسلطنته على ماله.

و يرد عليه أولاً: أن دليل السلطنة ضعيف من جهة الإرسال، و غير منجبر بشيء ثانياً: أن مفاده إنما هو إثبات السلطنة للمالك فيما يجوز له التصرف في ماله - كالباع و اللبس و السكنى و أمثال ذلك - و من الواضح أنه ليس لأحد أن يزاحم المالك في أشباه هذه التصرفات. و أما بقية الجهات فهي بعيدة عن دليل السلطنة.

و بيان آخر: أن دليل السلطنة إنما يدل على عدم محجورية المالك عن ماله في التصرفات السائغة، فلا دلالة فيه على إثبات السلطنة له في التصرفات غير السائغة في ماله.

و على هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل السلطنة، و لكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبته بدل الحيلولة منه، إذ لا صلة بينهما بوجه. كما أنه لا يستفاد من الدليل المزبور جواز إبداء الغاصب بالضرب و الشتم و الحبس و نحوها.

أضف إلى ذلك: أن النسبة بين دليل السلطنة، و بين موارد بدل الحيلولة هي العموم من وجه. و حينئذ فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيلولة في جميع الموارد، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد و على سبيل الإيجاب الجزئي. على أنا لو جوزنا ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكة لزم القول بثبوته مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس و نحوه، ضرورة أنه لا يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك و منعه عن الوصول إلى ماله، و بين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكة - عادة - إلا بعد مدة طويلة، مع أنه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البدل في الصورة الأولى، و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: قاعدة الضمان بالإتلاف،

بدعوى ان الغاصب قد قوّت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٧

سلطنة المالك على ماله في موارد بدل الحيلولة، فحيث إنه غير قادر على إعادة تلك السلطنة بعينها، فلا بدله من إعادة مثلها، و من الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلولة.

و يرد عليه أولاً: أن التمسك بهذا الوجه يقتضى الحكم بلزوم بدل الحيلولة فيما كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك

و منعه عن التصرف فيه، كما أن التمسك به يقتضى الالتزام ببدل الحيلولة فيما كانت مدة الحيلولة قليلة، مع أن القائلين ببدل الحيلولة لم يلتزموا به فى كلا الموردین.

ثانيا: أنه إن كان المراد من فوت السلطنة فوت منافع العين فلا شبهة فى كونها مضمونة على الغاصب، كما أن نفس العين مضمونة عليه، و لكن هذا بعيد عن بدل الحيلولة.

و إن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنة على العين فلا- دلالة فى القاعدة المزبورة على كون السلطنة الفاتئة مضمونة على الغاصب بدهاه أن مفاد القاعدة هو أن العين التالفه مضمونة على المتلف دون سائر الجهات.

أضف الى ذلك: أن هذه القاعدة ليست بمدلول آية أو رواية لكى نتمسك بإطلاقها، بل هى متصيدة من أدلة الضمان الواردة فى موارد خاصة، و عليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنة: أعنى بها نفس العين التالفه.

الوجه الرابع. قوله (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤديه،

فإن أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورة التلف، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة. و یرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشىء و قد عرفته فيما تقدم (١).

(١) ص ٨٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٨

ثانيا: أنه لو جاز التمسك به- هنا- لما يفرق فيه بينما كانت مدة التعذر قليلة، و بينما كانت مدته طويلة مع أن الفقهاء لم يلتزموا ببدل الحيلولة فى الصورة الأولى ثالثا: أننا ذكرنا فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعدة ضمان اليد انما تدل على ثبوت العين فى عهدت الغاصب بجميع خصوصياتها الفردية و الصنفيه و النوعية التى هى دخيل فى المالىة. و ذكرنا- أيضا- أن فقدان أية خصوصية من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها.

و عليه فإذا كانت العين موجودة لزم على الغاصب ردها مع تلك الخصوصيات بأجمعها، لاستحالة أدائها بدون تلك الخصوصيات. و إذا تلفت حقيقة، كالا-حتراق و نحوه، أو صارت فى حكم التلف فى نظر أهل العرف، كالسرقة و الإباق و الاغتراف و الضياع و أشباهها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها، إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل.

و إذا تعذر المثل- أيضا- مع مطالبه المالك حقه و جب على الغاصب أداء القيمة: أعنى بها المالىة الخالصة، و وقتئذ لا يجوز للمالك مطالبه المثل، و لا مطالبه العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها، و الا يلزم الجمع بين العوض و المعوض.

و هذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف، فإنه حينئذ ليس للمالك مطالبه البدل، و لا للغاصب أداء غير العين المغصوبة إلا مع التراضى نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفاتئة، فىكون المأخوذ بإزاء تلك المنافع بمنزلة الأجرة للعين فى مدة غيابها عن المالك، و لا شبهة فى أن هذا كله غير مربوط ببدل الحيلولة، و اذن فلا وجه لإثباته بحديث ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك: أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٠٩

بدل الحيلولة بالروايات [١] الدالة على ضمان التالف فى الأمانات المضمونة، كما صنعه المصنف. لأنها راجعة إلى صورة التلف، و محل بحثنا غير هذه الصورة

الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المالك الى ماله.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع في المقام و لكن يحتمل قريبا أن يكون مستنده هي الوجوه المتقدمة و اذن فلا علم لنا بوجود الإجماع التعبدى في المقام.

[١] عن إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن «ع» عن رجل استودع رجلا ألف درهم، فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة و قال الآخر: إنما كانت عليك قرضا؟ قال: المال لازم له إلا ان يقيم البينة انها كانت وديعة.

و عن ابن محبوب قال: كتب رجل الى الفقيه «ع» رجل دفع الى رجل وديعة و امره أن يضعها في منزله أو لم يأمر، فوضعها في منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه إذا خالف امره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع «ع» هو ضامن لها ان شاء الله.

و عن ابان عن محمد عن ابى جعفر «ع» قال: سألت عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ قال فقال: إذا كان أميناً فلا غرم عليه.

و عن ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن العارية؟ فقال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأمونا. الوافى ج ١٠ ص ١١٨. و قد تقدم ما يدل على ضمان الأجير في ص ١٣٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٠

ما هو مورد بدل الحيلولة؟

٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبة،

أم يقيد بعدم رجاء وجدانها، أم لا- يقيد بشيء منها، بل يحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلى، سواء أ علمنا بإمكان الوصول إليها بعد مدة طويلة، أم علمنا بالوصول إليها بعد مدة قصيرة يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المدة؟.

ذكر المصنف رحمه الله: أن ظاهر الأدلة التي استدلوها بها على ثبوت بدل الحيلولة هو اختصاص الحكم بإحدى صورتين الأوليين.

و لكن المستفاد من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثة. و يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن اللوح المغصوب في السفينة إذا كان نزع معرضا لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة حتى تصل السفينة إلى الساحل. و يؤيد هذا المعنى: أن فيه جمعا بين الحقين، انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن ما استظهره من كلمات الفقهاء في مسألة اللوح المغصوب في السفينة و إن كان استظهارا وجهيا، و لكن لا دليل على حجية فتواهم للفقهاء الآخرين.

أما التأييد المزبور فلا فائدة فيه، إذ لم يتضح لنا من الأدلة المتقدمة جواز مطالبه المالك الغاصب ببديل الحيلولة في مدة انقطاعه عن ماله و قد عرفته قريبا.

و لو أغمضنا عن ذلك، و لكن الصورة الأولى-: أعني بها صورة يأس المالك من الوصول إلى ماله- لاحقة بالتلف الحقيقي، و قد تقدمت الإشارة الى ذلك قريبا، و إذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الحيلولة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١١

أما صورتين الآخرين فيختلف الحكم فيهما باختلاف مدارك بدل الحيلولة، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع فالمتيقن منه إنما هو الصورة الأولى التي قد عرفت خروجها عن مورد البحث. و إن كان الدليل عليه هو قاعدة السلطنة، أو قاعدة لا ضرر، و ضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر، سواء أ كان زمان التعذر طويلا، أم كان قصيرا، و عليه فجميع الصور المتقدمة داخله في محل البحث مع أنه بديهى البطلان، فان الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر

الوصول إلى العين في مدة طويلة، لا مطلقا.

هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة؟

٣- هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟.

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفة نهض الى البحث عن اعتبار التعذر العقلي و عدمه في ثبوت بدل الحيلولة. و حاصل كلامه مع التوضيح الإجمالي: أن الظاهر من دليل السلطنة، و حديث ضمان اليد و قاعدة نفي الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلي في ثبوت الضمان ببديل الحيلولة: بحيث لا- يتمكن الضامن عقلا- من الوصول الى العين، بل يكفي في ذلك مجرد التعذر العرفي- و ان تمكن الغاصب من الوصول الى العين بالسعي في مقدمات الوصول- و عليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة في زمان السعي أيضا.

و لعله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب في السفينة مع إمكان الوصول اليه و لو بالسعي في مقدمات إيصال السفينة إلى الساحل.

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول الى العين بكلمة (التعذر)

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٢

و لا شبهة في ظهورها في التعذر العقلي، و هذا هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين. ثم أمر بالتأمل.

و لعله إشارة الى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنة، و قاعدتي نفي الضرر، و ضمان اليد، و انه لا يفرق في أدلة بدل الحيلولة بين الزمان اليسير و الزمان القليل.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله في حاشيته و إليك نصه:

(لا- يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعا بين الحقين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار).

و وجه الفساد: أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلي فإذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برد نفس العين، فمجرد اليأس- الذي هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة- لا يوجب سقوطه. كما أن اعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة- و هي الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي- و اذن فلا تكرار في عبارة المصنف ما هو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين

٤- ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار المالك حينئذ على أخذها؟.

لا شبهة في أن العين إذا تلفت انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة كما لا شبهة في أن بقاء الضامن مشغول الذمة ضرر عليه، و اذن فيجوز له إجبار المالك على قبول حقه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٣

و لكن شيئا من ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا لو سلمنا تمامية الأدلة المتقدمة الدالة على ثبوت بدل الحيلولة، الا أنه لا دلالة فيها على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البديل. و ليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدلة.

و عليه فيتخير المالك بين قبول البديل و بين الصبر الى زمان زوال العذر.

بل هذا المعنى هو الذي تقتضيه قاعدة السلطنة، ضرورة أن المالك يستحق على الضامن العين بنفسها، و من الظاهر أن إجبار الضامن إياه على قبول بدلها خلاف سلطنته.

و هذا هو الذى أراداه المصنف من تمسكه بقاعدة السلطنة فى المقام.

و ليس مراده من التمسك بها هو سلطنة المالك على امتناع قبول البدل مع كونه ملكا له لكى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطنة و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قوله: (و كما أن تعذر رد العين فى حكم التلف، و كذا خروجه عن التقويم)

أقول: قد تقدم حكم الخروج عن التقويم فى الأبحاث السابقة «١» و قلنا إن المدار فى ذلك على انتهاء أمد المالىة، غاية الأمر انه يحكم فى القيميات بضمان قيمة يوم الغصب، لصحيحة أبى ولاد المتقدمة.

هل يصير البدل المبذول ملكا للمالك العين؟

٥- ما هو حكم البدل المبذول فهل يكون ذلك ملكا للمالك العين أم لا؟

ذكر المصنف ان المال المبذول يملكه المالك بلا-خلاف، كما فى المبسوط و الخلاف و الغنية و التحرير و ظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين.

(١) ص ١٦٨

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٤

ثم قال:

(و لعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق الا بذلك، و لو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة فى الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة و ان لم يدخل فى ملكه، نظير الإباحة المطلقة فى المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين. و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبة مسائله).

و لكن ناقش فى هذا رأى المحقق و الشهيد الثانى.

فقال الأول فى محكى جامع المقاصد: (ان هنا إشكالا، فإنه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه، و جعلها فى مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه).

و قال الثانى: (ان هذا لا- يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. و لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلا، و توقف تملك المغضوب منه للبدل على اليأس من العين و ان جاز له التصرف كان وجهها فى المسألة).

و التحقيق: ان حكم هذه المسألة يختلف باختلاف مدرك بدل الحيلولة: فإن قلنا بأن مدركه قاعدة نفى الضرر، فإنها تقتضى كون البدل مباحا للمالك، لا ملكا له، لأننا لو سلمنا شمول أدلة نفى الضرر للأحكام العدمية، و لكنها لا تقتضى التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك، و من البديهي أن تضرره انما كان من ناحية عدم تمكنه من التصرف فى ماله، و هذا يرتفع بإباحة التصرف فى بدل الحيلولة مثلما يتصرف فى ملكه، فان دخول البدل فى ملك المالك ليس بدخيل فى ارتفاع ضرره.

و ان قلنا بأن مدرك بدل الحيلولة انما هو دليل السلطنة، أو قلنا بأن الغاصب قد فوّت على المالك سلطنته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٥

للمالك ان قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضا إلا إباحة التصرف فى البدل على النحو الذى يتصرف فى ملكه، لأنه لا دلالة فى دليل السلطنة الا على لزوم إعادة سلطنة المالك، الزائلة و لا ريب فى حصول هذا المعنى بجواز تصرفه فى بدل الحيلولة و إن لم يصير البدل

ملكا له.

و يتضح ذلك جليا بأن الملكية أو السلطنة من الأحكام الوضعية. و من البين أن الأحكام الشرعية لا تقابل بالمال. نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكية الآتية قبل التصرف المتوقع على الملك. و قد تقدم نظير ذلك في المعاطاة على القول بإفادتها الإباحة المطلقة.

و قد يتوهم أن سلطنة المالك قد زالت مع المالية القائمة بالعين. و من الواضح أنه لا يمكن إعادة السلطنة المزبورة إلا بإعادة نفس العين أو بإعادة ما يقوم مقامها في المالية، و عليه فلا بد من الالتزام بملكية المالك تحقيقا للبدلية. و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا دليل على الملازمة بين إعادة السلطنة و بين إعادة العين أو إعادة مالتها، بل تمكن إعادة السلطنة الزائلة في ضمن مال الغاصب ضرورة أن السلطنة عبارة عن القدرة على تصرف المالك تصرفا سائغا، و لا ريب في تحقق ذلك في شيء آخر يقوم مقام ملك المالك.

و ان كان المدرك لبدل الحيلولة هو الإجماع فلا شبهة في أن المتيقن منه انما هو قيام البدل مقام المبدل في خصوص التصرفات المالكية، لا في الملكية.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعدة من ألفت فهي تقتضى سيورة البدل ملكا للمالك، بديهية أن الضمان لا يرتفع الا بذلك. و ان كان المدرك لذلك هو قاعدة ضمان اليد. فإنها تقتضى وجوب رد العين الى مالكها، و مع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمة، و من الواضح أن مقتضى البدلية هو كون البدل ملكا للمالك المبدل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٦

و بيان ذلك: أن المستفاد من قاعدة ضمان اليد انما هو ثبوت العين في عهدة الضامن بجميع شؤونها. و أنه يجب ردها الى مالكها، و مع العجز عن ذلك من جهة التلف أو لتعذر الوصول إليها وجب على الضامن رد بدلها مع مطالبته المالك، و هذا البدل و ان لم يكن عين المبدل من جميع الجهات، و لكنه مثله في بعض الجهات، لما ذكرناه سابقا من أن المضمون على الضامن ابتداء بقاعدة ضمان اليد انما هو العين الخارجية بجميع خصوصياتها، و مع انتفاء بعض الخصوصيات يبقى بعضها الآخر مضمونا عليه، لأن اضمحلال أية خصوصية منها لا يوجب اضمحلال غيرها، و عليه فردّ المأخوذ بالغصب و ان لم يمكن بتمام خصوصياته الا انه يمكن ذلك فاقتدا لبعض الخصوصيات غير الدخيل في المالية، و لا محذور فيه لكونه برضى المالك و إذن فلا يتحقق عنوان البدلية بأداء بدل الحيلولة إلا بقيام البدل مكان المبدل في الإضافة الملكية.

و على الجملة: ان مقتضى قاعدة ضمان اليد هو أن البدل:- أعنى به المثل أو القيمة- أمر كلي ينطبق على المبدل و البدل كليهما انطبق الكلي على أفراده و الطبيعي على مصاديقه، و عليه فلا مناص عن الالتزام بصيرورة بدل الحيلولة ملكا للمالك، و هذا واضح لا شبهة فيه.

هل يكون المبدل ملكا للضامن بإعطاء البدل؟

٦- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟.

إشارة

قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيلولة، و الضامن يملك العين المتعذرة، لاستحالة بدلية شيء عن شيء إلا بقيام البدل مكان المبدل في جهة من الجهات، و تلك الجهة في المقام هي الإضافة الملكية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٧

و قد يقال بأن المالك يملك البدل، أما الضامن فلا يملك المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البدلية ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل

البديئة إلا بدخول العين المتعذرة في ملك الضامن، بل هو غرامة خالصة نظير دية المقتول أو المجرورح و كالمبدول عند تلف العين. ومن البين أن عنوان الغرامة لا يستلزم خروج البديل من ملك الضامن و لا دخول العين المتعذرة في ملكه لكي يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية.

ولكن التحقيق: أن كون العين المتعذرة ملكا للضامن متفرع على كون البديل ملكا للمالك، فإنه بناء على صيرورة البديل ملكا للمضمون له - كما تقتضيه قاعدتا من أتلف، و ضمان اليد - صار المبدل ملكا للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية، إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض و المعوض في ملك مالك العين.

و من هنا ناقش المحقق و الشهيد الثانيان في الالتزام بكون البديل غرامة خالصة من غير أن يكون المبدل ملكا للضامن، و لا أن يكون البديل ملكا للمالك. و قد تقدم كلامهما قريبا.

و يؤيد ذلك ما ورد [١] في الدابة الموطوءة من إلزام الواطى بأخذ الدابة و إعطاء ثمنها لمالكها.

[١] عن سدير، عن أبي جعفر (ع) في الرجل يأتي البهيمة؟ قال:

يحد دون الحد، و يغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، و تذيح و تحرق و تدفن إن كانت مما يؤكل لحمه. و إن كانت مما يركب ظهره اغرم و جلد دون الحد و أخرجه من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها.

حسنه بسدير بن حكيم. الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٢٠٤. الوافي ج ٩ ص ٥٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٨

بحث في فروع مهمة

إشارة

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمة، و هي ما يلي:

١- أنه إذا توضع أحد غفلة بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد.

و التفت بعد الغسلات، و قبل المسحات بغصبي الماء، فإنه بناء على دخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقي من رطوبة يده و يصح وضوؤه، و بناء على عدم دخول الماء في ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبة، و لا يصح وضوؤه. هذا على تقدير أن الرطوبة الباقية باقية على كونها ملكا بل مالا. أما إذا فرض أن الماء المستعمل في الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبة الباقية من غير فرق في ذلك بين إمكان انتفاع المالك بتلك الرطوبة و عدم إمكانه.

٢- أنه إذا غصب أحد خمرا محترمة لغيره، أو غصب دابة، و ماتت الدابة و انقلبت الخمر خلا،

فإنه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البديل و المبدل كان الخل و ميتة الدابة للضامن بعد أداء البديل، و إلا فهما للمضمون له.

٣- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة،

فإنه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البديل جازت له الصلاة في ذلك الثوب.

و كذلك التصرفات الأخرى، و الا فلا.

و يمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكمي، إذ لا يمكن ردها - غالبا - إلا بعد سقوطها عن المالية بالترع.

وقد حكى الجزم بعدم وجوب النزاع عن مجمع البرهان، بل قال يمكن أن لا يجوز.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢١٩

ولعله من جهة كون النزاع إتلافا للمال على مالكة فهو لا يجوز. و يتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمي فيما إذا كان المخيط بالخيوط المغصوبة جرح النفس المحترمة، أو ثوب غيره بحيث كان النزاع موجبا للتلف أو الضرر.

٤- أنه لو غصب أحد دهنًا و خلطه بطعامه

فإنه بناء على دخول المبدل في ملك الغاصب- بعد رد بدله- جاز له التصرف في ذلك الطعام، وإلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن. و إلى غير ذلك من الفروع التي ترد عليك في مواضع شتى.

خلاصة البحث في بدل الحيلولة

و صفوة الكلام من أول البحث عن بدل الحيلولة إلى هنا هي أن القاعدة الأولية تقتضى ثبوت العين المغصوبة أو ما في حكمها في عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل في المالية. و إذا تلفت العين أو التحق بالتالف انتقل الضمان إلى المثل أو القيمة، فيكون ذلك بدلا حقيقيا عن العين التالفة، أو النازلة منزلة التالف.

و حينئذ فتخرج العين عن ملك مالكةها، و تدخل في ملك الغاصب.

و إذا لم تلف العين لا حقيقة و لا حكما، و لكن تعذر الوصول إليها فإن القاعدة تقتضى ثبوتها في عهدة الغاصب الى زمان التمكن من أدائها. و إذن فليس للمالك إلا- مطالبة اجرة العين في مدة الحيلولة من الغاصب، إلا- إذا رضيا بالبدل فإنه على هذا تتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل و المبدل، فيكون المدفوع بدلا حقيقيا عن العين. نعم إذا دل دليل على كونه غرامة لا بدلا عن العين أخذ به، نظير دية المقتول.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٠

و لكنك قد عرفت المناقشة في الأدلة التي استدلت بها على إثبات بدل الحيلولة بعنوان الغرامة.

و قد تجلى لك مما ذكرناه انحلال المناقشة المعروفة التي أوردوها على مسألة تعاقب الأيدي، و حاصل تلك المسألة: هو أن المغصوب منه يتخير في أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم و لكن إذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضا الى الثانى و هكذا حتى تنتهى سلسلة الغصاب: و تثبت الغرامة على الغاصب الأخير الذى تلفت العين فى يده.

أما إذا رجع المالك فى ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين. و حاصل تلك المناقشة هو سؤال الفارق بين صورتين.

و ملخص الجواب عنها: أن الغاصب الأول إذا أعطى البدل عن العين المغصوبة التالفة ملكها على الغاصب الثانى فيجوز له الرجوع اليه. و إذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئا، بل يرجع الى لاحقه.

و دعوى أن التالف أمر معدوم، أو بمنزلة المعدوم فلا يقبل الملكية دعوى جزافية، لأن الملكية من الأمور الاعتبارية، فلا محذور فى تعلقها بالأمر العدمية مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالأمر الوجودية كذلك، و قد ذكر الفقهاء أجوبة أخرى عن تلك المناقشة، و لكن لا يرجع شىء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب، و تركز اليه النفس، و سيأتى التعرض لتلك المسألة و أجوبتها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢١

ما هو حكم تمكن الغاصب من العين بعد إعطاء بدلها؟

٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبة بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع إليها أم لا.

الظاهر أن جواز الرجوع - هنا - إلى العين و عدمه متوقف على أن ملكية البدل لمالك العين ملكية لازمة أو ملكية جائزة، و على الأول فلا يجوز له ذلك، و على الثاني فلا بأس به. و قد تقدم نظيره في مبحث البيع المعاطاتي و ذكرنا - هناك - أن القاعدة تقتضي أن لا يرجع كل من المتعاطيين إلى صاحبه في المأخوذ بالمعاطاة، لكونه أكلا - للمال بالباطل. و من البين أن ما ذكرناه - هناك - جار في المقام أيضا.

نعم إذا لم نقل بصيرورة العين ملكا للضامن لا بالمعوضة القهرية الشرعية و لا بمعوضة غير قهرية جاز للمغصوب منه أن يرجع إلى العين المغصوبة بعد خروجها عن التعذر. و لكن قد عرفت فساده قريبا. و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه (إذا ارتفع العذر و تمكن من رد العين إلى مالكه و جب الرد فورا حتى على القول بالمعوضة القهرية الشرعية، لأن حكم الشارع بالمعوضة مترتب على عنوان التعذر و يدور مداره. ما هو حكم ارتفاع القيمة السوقية

٨- ما هو حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البدل؟

إشارة

ذكر المصنف

(أن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة كالثمره، و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك).

و عن العلامة في التذكرة و عن بعض آخر هو كون المنافع مضمونة على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٢

الضامن، و قد قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

و التحقيق: أن المأخوذ بعنوان الغرامة إن كان بدلا عن العين المتعذرة - كما يقتضيه دليل ضمان اليد - فلا شبهة في انقطاع علاقة المالك عن العين، و صيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلا عن زيادة القيمة السوقية. و إن كان المأخوذ بدلا عن السلطنة الفائتة - كما تقتضيه قاعدة السلطنة - ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أ كانت تلك الشؤون فائتة أم لا. و حينئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنة الفائتة دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة بعد دفع الغرامة و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

بحث في أسباب الضمان

قوله: (سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي).

أقول: ملخص كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعة:

الأول: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدلة الضمان.

الثاني: أن يكون سببا لانقطاع سلطنة المالك عن ماله - كالاغتراق و الإباق و الضياع و أشباه ذلك - و قد عرفت أن هذا مورد لبديل الحيلولة.

الثالث: أن يكون سببا لزوال الأوصاف التي هي دخیل في مایة العين مع انحفاظ العين بنفسها في ملك مالکها و تسلطه علیها تسلط

الملاك على أملاكهم و عليه فالضمان - هنا- بالمالية الخالصة فقط دون العين المغصوبة.

الرابع: أن يكون سببا لسقوط العين عن المالية و الملكية معا، بحيث لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص و الظاهر هو وجوب رد العين مع القيمة في جميع الصور الثلاث الأخيرة. و أن صيرورة البدل ملكا للمغصوب منه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٣

لا- تقتضى خروج العين المغصوبة عن ملكه أو متعلق حقه و دخولها في ملك الضامن أو متعلق حقه في جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه.

أقول: أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر، فإنه إذا تلفت العين و انعدمت من أصلها لم يبق - هنا- مورد للملكية، بل يكون اعتبارها لغوا محضا. سواء أ قلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها، بل إنما تتبدل صورها النوعية بصور نوعية أخرى كما عليه جمع من الفلاسفة أم قلنا بانعدامها رأسا، بدهاء أن الأحكام الشرعية غير مبتنية على التدقيقات الفلسفية.

نعم يصح اعتبار الملكية على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريبا.

أما القسم الثاني فقد عرفت فيما تقدم أنه لا حق بالتلف الحقيقي، فلا وجه لجعله موردا لبطلان الحيلولة، كما صنعه المصنف.

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله: أن مالية العين المغصوبة تزول بزوال أوصافها الدخيل في المالية، و لكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالكها. و حينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد و إليك نصه:

(لا- يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملكية فإن الرطوبة الباقية نظير القصة المكسورة. فإنه لا يقال: إن أجزائها باقية على ملك مالكها مع عدم فائدة فيها إلا نادرا).

و التحقيق: أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونة إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن، أو جميعه.

و على الأول فيلزم على الضامن أداء قيمة المنافع الفائتة، لقاعدة ضمان اليد.

نعم قد دلت الرواية المعتبرة- تقدمت هذه الرواية قريبا- على ضمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٤

الواطي للدابة بقيمتها، مع أنها لا تسقط بذلك عن المالية. و لكن لا يجوز التعدي عن موردها الى غيره.

و على الثاني فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الإطلاق، بحيث لا يمكن الانتفاع منها بوجه. و قد يزول الانتفاع منها مستقلا: أى لا يمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا- انضمامها إلى شيء آخر، أما إذا ضمناها إلى غيرها أمكن الانتفاع منها كحبة من الحنطة المغصوبة، فإنه لا يمكن الانتفاع منها بنفسها، و لكن يمكن الانتفاع منها مع ضمها الى غيرها.

و من ذلك أيضا الورق الذي كتبت فيه قصيدة راقية، فإنه إذا غصبه الغاصب و مزقه لم يمكن الانتفاع من قطعته الممزقة، إلا أن فيها أهم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض.

و على الأول فاعتبار الملكية في العين لغو محض كما هو واضح.

و على الثاني فلا- يكون الاعتبار المذكور لغوا، و هذا هو مراد المصنف و الله العالم. و حينئذ فالعين المغصوبة ملك للضامن، لا للمالك لما عرفته قريبا من تحقق المعاوضة القهرية الشرعية بينها و بين البدل الذي أعطاه الضامن للمالك.

بحث في حق الاختصاص و وجه ثبوته

إشارة

أما القسم الرابع:- أعنى به سقوط العين عن المالية و الملكية معا- فلا شبهة في أن المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمة. و هذا ظاهر.

ثم انه إذا سقطت العين عن المالية و الملكية معا فلا شبهة في بقاء حق الاختصاص في تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا، أو للمالك كما هو المختار عند المصنف. و انما البحث في منشأ هذا الحق، مع ان العلاقة الثابتة بين المال و مالكة- و هي الإضافة الملكية- قد زالت على الفرض، و لم تحدث هنا علاقة أخرى لكي نسميها بحق الاختصاص. و مع الشك في حدوثها فأصالة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٥
العدم محكمة.

و تحقيق البحث هنا يقع في نواحي شتى:

الناحية الأولى: فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص.

إشارة

و قد استدل عليه بوجوه عديدة:

الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنة خاصة في الأموال في عرض الملكية و قبالتها،

فإذا زالت الملكية عن مستقرها بقي الحق على حاله، ضرورة أن كلا منهما ناشئ من سبب خاص، لا صلة لأحدهما بالآخر. و يتوجه عليه: أن هذه الدعوى و إن كانت ممكنة في مقام الثبوت و لكن لا دليل عليها في مقام الإثبات.

الوجه الثاني: أن حق الاختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية،

فإذا ارتفعت الملكية بحدها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة التي نسميها بحق الاختصاص، بديهية أن المرتبة القوية و إن كانت تستلزم المرتبة الضعيفة في الثبوت، و لكنها لا- تستلزمها في الزوال، و يتضح ذلك بملاحظة الألوان و الكيفيات، حيث تزول عنها المرتبة الشديدة، و تبقى المرتبة الضعيفة على حالها.

و يرد عليه: أن الملكية سواء أ كانت حقيقية أم كانت اعتبارية ليست بقابل للشدّة و الضعف، و إنما هي أمر بسيط، فإذا زالت زالت برأسها، و عليه فلا يبقى - هنا- شيء لكي يسمى بحق الاختصاص.

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد و غيره من أن الحق مرتبة ضعيفة من الملك. فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك و الحق كليهما من مقولة السلطنة، و لكن الملك سلطنة قوية، و الحق سلطنة ضعيفة، بمعنى: أن صاحب الحق مالك لشيء يرجع أمره إليه كمالكية الملاك لأملاكهم. و بديهية أن هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٦

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقة الملك بالشدّة و الضعف، و الكمال و النقص نظير اختلاف الألوان و الكيفيات بذلك، و إذن فشان المقام شأن تسمية الرجحان الضعيف- في مبحث الأوامر- استحبابا و الرجحان الشديد و جوبا، و هكذا تسمية المرجوحية الضعيفة- في باب النواهي- كراهة، و المرجوحية الشديدة حرمة، و هذا شيء آخر غير كون الاستحباب مرتبة ضعيفة من الوجوب، و كون الكراهة مرتبة ضعيفة من الحرمة و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: أنه ثبت في الشريعة المقدسة حرمة التصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه و رضاه.

و قد دلت على ذلك السيرة القطعية و جملة من الأخبار «١» فإذا ارتفعت الملكية و المالية، و لكننا شككنا في ارتفاع الحكم المذكور،

فان الاستحباب يقتضى الحكم ببقائه.

و لكن يتوجه عليه: أن موضوع الحكم بحرمة التصرف فى مال غيره- فى السيرة و الروايات- إنما هو عنوان مال الغير و عنوان مال المسلم. و من الواضح أن الشىء إذا سقط عن المالىة سقطت عنه حرمة التصرف أيضا.

لاستحالة بقاء الحكم بعد زوال موضوعه، بل يرتفع الحكم المزبور و إن كان ذلك الشىء باقيا على ملكيته، إذ لم يدلنا دليل على حرمة التصرف فى ملك غيره كدلالته على حرمة التصرف فى ماله، و عليه فيسقط الحكم المذكور عن الشىء مع بقاءه على صفة الملكية، و كيف إذا زالت عنه الملكية أيضا.

نعم إذا كان الموضوع فى الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعنى به المادة و الهولى جرى الاستصحاب هنا، ضرورة بقاء الهولى بعد تبدل الصورة النوعية الأولى بصورة نوعية اخرى.

و لكن يتوجه عليه: أن مثل هذه الموضوعات ليست بأمر عرفيه

(١) قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٧

لكى يجرى فيها الاستصحاب، بل هى أمور فلسفية، و من الظاهر أن الأحكام الشرعية لا تبنى على التدقيقات الفلسفية.

و من هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف، فإنه بعد ما ناقش فى الاستصحاب قال:

(إلا أن يقال: إن الموضوع فى الاستصحاب أمر عريفى).

أضف الى ذلك: أن الاستصحاب لا- يجرى فى الأحكام الكلية الإلهية لمعارضتها دائما بأصالة عدم الجعل، و قد حققناه فى علم الأصول.

الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص فى الأعيان بعد زوال ملكيتها.

و لكن هذه الدعوى جزافية، لأن إثبات الإجماع التعبدى هنا مشكل جدا، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى الوجوه المزبورة، و اذن فلا يكون الإجماع- هنا- إجماعا تعبديا مستندا إلى رأى المعصوم عليه السلام

الوجه الخامس: دلالة المرسله المعروفة بين الفقهاء (من حاز ملك) و قوله (ص) (من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به)

على ثبوت حق الاختصاص فى الأشياء التى سقطت عنها المالىة.

و الجواب عن هذا الوجه: أن حديث الحيازة و ان اشتهر بين الفقهاء و لكننا لم نجدها فى أصول الحديث للخاصة و العامة و الظاهر أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة فى الأبواب المختلفة كإحياء الموات و التحجير و غيرهما.

و لو سلمنا كون ذلك رواية و لكن لا دلالة فيه الا على ثبوت مالكية المحيز للمحاز فلا صلة له بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد إليه فى إثبات الحكم الشرعى أما حديث السابق فيتوجه على الاستدلال به أولا أنه ضعيف السند

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٨

و غير منجبر بشىء.

ثانيا: انه مختص بالمباحات الأصلية، و بالأموال التى أعرض عنها ملاكها- على القول بجواز اعراض المالك عن ماله- و بسائر الموارد المشتركة بين المسلمين، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها- كالأوقاف العامة من المساجد و المشاهد و المدارس و الرباط و

غيرها- فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم، و أشغلها بالجهة التي انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته في ذلك. و إذا عممناه إلى موارد الحياة فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز في المحاز، و لا يدل على بقاء العلقه بين المالك و ملكه بعد زوال الملكية.

فتحصل أن الحديث المذكور أجنبي عما نحن فيه بالكلية لأن شيئاً من موارد لم يحرز في المقام و على هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد و شك في كونها ملكاً له أم لا فإن الأصل عدم صيرورته ملكاً له.

إلا أن يقال: إن موضوع دليل السابق إنما هو الشيء الذي لا يكون مورداً لحق أحد أو ملكه فإنه حينئذ يمكن إحراز ذلك بالأصل. و لكن دون إثباته خرط القتاد.

و التحقيق: أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيره الشرعية و العقلية فإنها قائمة على ثبوت ذلك للمالك في أملاكهم التي سقطت عن المالية و الملكية بالجهات العارضة، كالماء على الشط و الحيوان المملوك إذا مات، و الأراضي المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواء، كان يأخذها من ملاكهم غصبا و يجعلها طرائق و شوارع، كما هو مرسوم البلدان في العصر الحاضر. و قد قامت السيره الشرعية و العقلية على المنع عن مزاحمة الأجانب عن تصرف الملاك في أشباه الأمور المزبورة ما لم يعرض عنها ملاكها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٢٩

و من هنا لو مات حيوان أحد ثم احتجى بدعاء نبي أو وصيه، فإنه لا يتوهم أحد كونه من المباحات الأصلية، و ان المالك و غيره متساويان فيه، بل يحكم العقلاء و المتشرعة بأن ذلك الحيوان ملك للمالكه الأصلي. و كذلك الخل إذا صار خمرا ثم عاد خلا و هذا واضح لا يحتاج إلى مزيد بيان و إقامة برهان.

ما هو حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها؟

الناحية الثانية: أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره. ثم أخرج عن صورته النوعية الأولى إلى الصورة النوعية الأخرى. ثم أرجعه إلى سيرته الأولى،

فهل يضمن بدله من المثل أو القيمة، أم يجب عليه وقتئذ رد العين المغصوبة بنفسها؟.

و مثال ذلك هو أن يغصب خل غيره فصيره خمرا، ثم انقلبت الخمر خلا.

قد يقال بضمان البدل بدهاء أن المغصوب غير موجود بعينه، لانعدامه بزوال صورته النوعية، و الموجود ثانياً غيره، لتخلل العدم بينهما، و من البين أن المعدوم لا يعاد.

و قد يقال بضمان العين نفسها، لأن الموجود ثانياً عين الأول في نظر أهل العرف.

و التحقيق: أن- هنا- مسألتين: إحداهما قبل أداء البدل. و الثانية بعد أدائه.

أما المسألة الأولى فالظاهر انه يجب على الغاصب أداء العين نفسها، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت في الذمة ابتداءً إنما هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكها، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة و من الظاهر أنه إذا عادت العين ثانياً فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته في بدلها لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبة بدهاء و لا يفرق في ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٠

أما المسألة الثانية فالظاهر أنها من صغريات ما أسلفناه قريبا من أن العين إذا تلفت و أعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الإطلاق و ان رجعت ثانياً الى نظام الوجود.

و الوجه في ذلك: هو أن أدلة الضمان من السيره و غيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل. و ليس- هنا- دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانياً.

ما هو حكم حق الاختصاص بعد أداء البديل؟

الناحية الثالثة: أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص فى العين التى سقطت عن المالية، وخرجت عن الملكية.

ولا- ريب فى أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البديل من الغاصب. و انما البحث فى أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البديل أم يبقى للمالك فقط؟.

ظاهر المصنف هو الثانى و أيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمرا ثم انقلبت الخمر خلا لوجب رده الى مالكة بلا خلاف فى ذلك.

و وجه التأييد، أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكة ليس إلا من جهة بقاء حقه فيه الذى يسمى بحق الاختصاص.

و قد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأييد بأن وجوب رد الخل الى مالكة لا يكشف عن بقاء حق الأولوية فيه، بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكة، فيكون من باب رد الملك، لا من باب رد ما يكون للمالك أولى به.

و السر فى ذلك أن الملكية يتسبب من الأسباب العديدة- كالإرث و البيع و الهبة و الصلح و الحيازة- و من المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير، و إذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها و عليه فما يقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣١

حدوث الملكية- فى المثال المزبور- من العقد و غيره باق على حاله، و لكنه سقط عن التأثير بقاء لاقتراعه بالمانع و هو انقلاب الخل خمرا، فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت- هنا- حق الأولوية عند سقوط المقتضى عن التأثير. انتهى ملخص كلامه.

و الجواب عن ذلك: أن الملكية من الأحكام الشرعية و هى غير مسببة عن الموجودات الخارجية، و إنما هى فعل اختياري للمولى و تابع لكيفية جعله من حيث السعة و الضيق، و عليه فإسراء أحكام المقننات الخارجية و الموانع التكوينية إلى الأحكام الشرعية بلا موجب، بل المتبع فى هذه الموارد دلالة الدليل، و من الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبة و الإرث و نحوهما، و لكنه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكية و حينئذ فلو عاد الى حالته الأولى كان الحكم بملكه للمالك الأول محتاجا الى دليل و هو منفى فى المقام.

هل يعود البديل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل؟

٩- هل الغرامة المدفوعة تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟.

إشارة

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبة إلى مالكةا وجب عليه ذلك وجوبا تكليفيا فقط. و لا تكون عليه عهدة جديدة بالنسبة إلى العين وراء العهدة السابقة التى أفرغها بأداء البديل و إذا أعطاها لمالكها الأول عادت الغرامة إلى ملك الضامن ثانيا، لأنها كانت بدلا عن السلطنة الفائتة، و المفروض عودها إلى مالكةا برد العين، و لو تسامح الضامن فى دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبته، لعموم قوله (ص): إن الناس مسلطون على أموالهم و لا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته بالغرامة من المالك لأن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٢

البديل انما كان بدلا عن السلطنة الفائتة لا عن القدرة على دفع العين فمتى ما لم ترجع السلطنة لا يكون للضامن حق فى مطالبته الغرامة. و إذا تلفت العين قبل دفعها الى مالكةا استقر ملك مالكةا على الغرامة.

أقول: قد عرفت فيما سبق آنفا: أن الالتزام بصيرورة الغرامة بدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبته المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها، فان ذلك التزام بالمتناقضين، فإذا كان دليل بدل الحيلولة ما يقتضى تحقق المعاوضة بينه و بين العين-

كدليل ضمان اليد و نحوه- فلا شبهة عندئذ في انقطاع حق المالك عن العين انقطاعا دائميا، و لا يجوز له أن يطالبها من الضامن في أى وقت من الأوقات.

نعم إذا كان المدرك لذلك ما يقتضى وقوع البديل بإزاء السلطنة دون العين و جب على الغاصب رد العين على مالکها بمجرد تمكنه منها، و جاز للمالك أن يطالبه بنفس العين، لعدم تحقق المعاوضة بينها و بين البديل لكى يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالکها. و لكنه مع ذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف في البديل في فرض جواز مطالبته بنفس العين، لأننا لو سلمنا كون البديل بدلا عن السلطنة الفائتة، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبة العين، لا مطلقا، فإذا ارتفع التعذر زالت البدلية. و من ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البديل لم يكن للمالك مطالبة البديل بلا إشكال.

و على ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البديل الى ملك الغاصب، و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٣

ختم البحث في بدل الحيلولة

قوله: (و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة).

أقول: غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطنة على الانتفاع من العين التي فاتت بتعذر العين، لا أنه بدل عن مطلق السلطنة حتى السلطنة على المطالبة لكى يسقط ذلك- أيضا- بعد تمكن الضامن من رد العين. و لذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامة و بدل الحيلولة.

و على هذا فلا- تنافى هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقا من أن البديل بدل عن السلطنة، فإن مراده في كلا الموضوعين هو ما ذكرناه.

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فإنه لا- يثبت إلا في الموارد التي يتعذر الوصول الى العين، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها، و قد تقدم ذلك قريبا. و هذا لا يجرى في صورة امتزاج العين بعين أخرى، ضرورة إمكان الانتفاع بها، غاية الأمر كون العين الممتزجة مشتركة بين المالكين و عليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرش للمالك، لأن الشركة عيب في العين المغصوبة.

ثم إن المناطق في ثبوت بدل الحيلولة- على القول به- إنما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالکها سواء أ كان المالك بنفسه متمكنا من ذلك أم لا، ضرورة أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ، لقاعدة ضمان اليد، و إذا تلف و جب عليه بدله الحقيقي من المثل أو القيمة، و مع ضياعه أو اغترافه في البحر و جب عليه بدل الحيلولة. و اذن فتمكن المالك من الوصول الى ماله لا يرفع الضمان عن الغاصب و هذا واضح لا ريب فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٤

[الكلام في شروط المتعاقدين]

[البحث حول الصبي و أحكامه]

نقل الأقوال حول تصرفات الصبي

قوله: (المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي).

أقول: المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبي:

فعن الشيخ في المبسوط والخلاف: أنه لا يصح بيع الصبي، ولا شراؤه أذن له الولي أم لم يأذن.

و عن الغنية دعوى الإجماع على ذلك.

و عن العلامة في التذكرة: أن الصبي محجور عليه بالنص والإجماع، سواء أ كان مميزا أم لا، و هو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثنى، كعبادته و إسلامه و إحرامه و تديره و وصيته و إيصال الهدية و اذنه في الدخول على خلاف في ذلك.

و عن الشهيد: أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبي.

نعم عن الشيخ و بعض آخر: أنه يجوز بيع الصبي إذا بلغ عشر سنين.

أما جواز تصرفه عند العامة ففيه تفصيل المذاهب [١].

[١] الحنفية قالوا: إن الصبي إذا كان غير مميز لا ينعقد شيء من تصرفه.

أما إذا كان مميزا فتصرفه على ثلاثة أقسام، لأنه إما ان يكون ضارا بماله ضررا بينا- كالطلاق و العتاق و القرض و الصدقة- و إما ان يكون نافعا بينا- كقبول الهدية و الدخول في الإسلام- و إما ان يتردد بين النفع و الضرر- كالبيع و الشراء- اما الأول فلا شبهة في عدم نفوذه و إن اجازته الولي و اما الثاني فلا شبهة في نفوذه و إن لم يجزه الولي.

أما الثالث فينعقد موقوفا على إجازة الولي، و ليس للولي أن يجيزه إذا كان فيه غبن- فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٣.

و عن المالكية انه إذا تصرف الصبي المميز ببيع و شراء و نحوهما من كل عقد فيه معاوضة فإن تصرفه فيه يقع موقوفا. ثم إن كانت المصلحة في إجازته تعين على-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٥

بحث في إسلام الصبي

هل يقبل إسلام الصبي، و أنه يخرج بذلك عن تبعه العمودين الكافرين أم لا؟.

قد ذهب الى هذا الرأي جمع من الأصحاب. و خالف فيه صاحب الجواهر، حيث أنكر توجه الواجبات العقلية الأصولية على الطفل، كما أن الواجبات الشرعية لا تتوجه عليه، بل نسب القول بذلك الى الاجتهاد في مقابل النص، ثم قال: و أما قبول إسلام على (ع) فهو من خواصه. انتهى ملخص كلامه.

و قد عرفت- في الحاشية- عن الشافعية: أنه إذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم ينفع إسلامه.

و لكن الظاهر هو الأول. و ذلك لأن الكفر و الإسلام أمران واقعيان يصدران من كل مميز و إن لم يكن بالغا، و من هنا يعنون ولد الكافر

- الولي ان يجيزه، و إن كانت المصلحة في رده تعين على الولي ان يرده. فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٤.

و عن الشافعية: انه لا يصح تصرف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز، فلا تنعقد منه عبارة، و لا تصلح له ولاية، لأنه مسلوب العبارة و الولاية.

فإذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم ينفع إسلامه، و لو تولى نكاحا لا ينعقد، إلا ان الصبي المميز تصح عبادته، كما يصح إذنه للغير بدخول الدار- فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٥.

و عن الحنابلة: ان تصرف الصبي الذى لا يميز باطل مطلقا. اما الصبي المميز فإنه يصح إذا أذنه الولي. فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٦

بعنوان أبيه، و يطلق المجوسى على ولد المجوسى. و يقال النصرانى لولد النصرانى.

و يطلق اليهودى على ولد اليهودى. و هكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم.

و يضاف الى ذلك: أن الإسلام يدور مدار الإقرار بالشهادتين، و بذلك يحرم ماله و دمه. و الروايات الدالة على هذا متظافرة من

الغريقين [١]

[١] عن سماعة عن الصادق (ع): الإسلام شهادة ان لا إله إلا الله، و التصديق برسول الله (ص)، به حققت الدماء، و عليه جرت المناكح

و المواريث و على ظاهره جماعة الناس. أصول الكافى ج ٢ من ط ٢ ص ٢٥.

و عن سفيان بن السمط عن الصادق (ع): الإسلام هو الظاهر الذى عليه الناس شهادة ان لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و ان محمدا

عبده و رسوله، و إقام الصلاة، و إيتاء الزكاة، و حج البيت، و صيام شهر رمضان، فهذا الإسلام. أصول الكافى ج ٢ من ط ٢ ص ٢٤.

و عن أبى هريرة انه قال رسول الله (ص): أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله عصم منى ماله و

نفسه إلا بحقه و حسابه على الله. صحيح البخارى باب قتل من أبى قبول الفرائض ص ٥٠.

و عنه عن رسول الله (ص) قال: أقاتل حتى يشهدوا ان لا إله إلا الله، و يؤمنوا بى، و بما جئت به، فإذا فعلوا ذلك عصموا منى دماءهم

و أموالهم إلا- بحقها و حسابهم على الله. صحيح مسلم باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله. ج ١ ص

٣٩.

و عن أوس الثقفى، قال: دخل علينا رسول الله (ص) و نحن فى قبة فى مسجد المدينة، فأتاه رجل فسارّه بشيء لا ندرى ما يقول، فقال

(ص): اذهب قل لهم يقتلوه. ثم دعاه فقال: لعله يشهد ان لا إله إلا- الله، و انى رسول الله. قال: نعم فقال: اذهب فقل لهم يرسلوه،

أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا إله إلا- الله، و انى رسول الله، فإذا قالوها حرمت على دماؤهم و أموالهم إلا بحقها، و كان

حسابهم على الله. كنز العمال فى حكم الإسلام، طبعة دائرة المعارف العثمانية ج ١ ص ٢٧٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٧

فإن إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ و غيره. إذ لا ينبغى الإشكال فى قبول إسلام الصبي المميز، و الحكم بترتب أحكام الإسلام

عليه، لأن المدار فى ذلك إنما هو إظهار الشهادتين، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى ايمانا من أكثر البالغين، و متمكنا من الاستدلال

على وجود الصانع، و إرساله الرسل و إنزاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص.

نعم لا- تترتب الأحكام الإلزامية على صغارهم و ان كانوا مميزين، و هكذا طفل المسلم إذا ارتد عن دينه، و ذلك لرفع القلم عن

الصبي حتى يحتلم، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا الى حد البلوغ.

و على الجملة: إن مقتضى الإطلاقات هو الحكم بإسلام الصبي المميز إذا أظهر الإسلام، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم

إذا أظهر الكفر، و كان مميزا. نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، لرفع القلم عنه.

قيل: ان الحكم بإسلام ولد المسلم و كفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء بإسلام الأول، و لا من جهة الاعتناء بكفر الثانى، بل لأجل

التبعية التى هى من المسلمات بين الفقهاء، و من محكمات الفقه التى لا تشوبها شائبة خلاف، بل ادعى غير واحد من الأعلام الإجماع

على ذلك.

و يضاف الى ذلك قيام السيرة المستمرة على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر و التملك و نحوهما.

على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات [١].

[١] روى وهب بن وهب عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال:

قال علي (ع): أولاد المشركين مع آبائهم في النار، وأولاد المسلمين مع آبائهم في الجنة. ضعيف بوهب بن وهب.
و عن عبد الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن أولاد-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٨

و الجواب عن ذلك: أن المقدار المتيقن من الإجماع و السيرة إنما هو الطفل غير المميز، و الذي لا يتمشى منه الإسلام و الكفر. أما ولد الكافر المميز المظهر للإسلام فلا إجماع و لا سيرة على المعاملة معه معاملة الكفر. و كذلك ولد المسلم إذا أظهر الكفر و هو مميز، فإنه لا دليل على المعاملة معه معاملة الإسلام من الحكم بطهارته، و وجوب تجهيزه إذا مات. أما الروايات المتقدمة فهي لا تتفق و مذهب الإمامية، بديهة أن كل أحد إنما يؤخذ بعمل نفسه: إن خيرا فخير، و إن شرا فشر، فالله تعالى لا يؤخذ عبدا بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصي، و يرتكب الخبائث، بل لا بد و أن يتركه حتى يبلغ، و يختبر، ثم يؤاخذه بعمله لكي لا تكون له على الله حجة، بل تكون لله عليه الحجة البالغة، و يهلك من هلك عن بينة، و يحيى من حي عن بينة.

- المشركين يموتون قبل ان يبلغوا الحنث؟ قال: كفار و الله اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مداخل آبائهم. صحيحة.

الحنث: الذنب و الإثم. الفقيه ط النجف ج ٣ ص ٣١٧. و الوافي ج ١٣ ص ١٠٠ و في حديث آخر: اما أطفال المؤمنين فيلحقون بآبائهم، و أولاد المشركين يلحقون بآبائهم، و هو قول الله عز و جل «بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ». مرسله.
الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ و الوافي ج ١٣ ص ١٠٠.

و عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله (ع) في قول الله عز و جل:

«وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» قال: قصرت الأبناء عن عمل الآباء، فألحق الله عز و جل الأبناء بالآباء لتقر بذلك أعينهم. مجهولة بالحضرمي. توحيد الصدوق، باب في الأطفال ص ٤٠٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٣٩

و من هنا قد ورد في روايات كثيرة [١] أن الله تعالى يمتحن الأطفال

[١] عن زرارة، عن أبي جعفر (ع) قال: سألته هل سئل رسول الله (ص) عن الأطفال؟ فقال: قد سئل فقال: الله اعلم بما كانوا عاملين.

ثم قال: يا زرارة هل تدرى قوله: الله اعلم بما كانوا عاملين قلت: لا. قال:

لله فيهم المشيئة، انه إذا كان يوم القيامة جمع الله عز و جل الأطفال، و الذي مات من الناس في الفترة (أى ما بين رسولين من رسل الله) و الشيخ الكبير الذي أدرك النبي (ص) و هو لا يعقل، و الأصم، و الأبكم الذي لا يعقل، و المجنون، و الأبله الذي لا يعقل، و كل واحد منهم يحتج على الله عز و جل، فيبعث الله إليهم ملكا من الملائكة فيؤجج لهم نارا، ثم يبعث الله إليهم ملكا فيقول لهم: إن ربكم يأمركم أن تشبوا فيها، فمن دخلها كانت عليه بردا و سلاما، و ادخل الجنة، و من تخلف عنها دخل النار. حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨.

و عن عبد الله بن سلام مولى رسول الله (ص) قال: سألت رسول الله فقلت: أخبرني ا يعذب الله عز و جل خلقا بلا حجة؟ فقال: معاذ الله. قلت:

فأولاد المشركين في الجنة أم في النار فقال: الله تبارك و تعالى اولى بهم، انه إذا كان يوم القيامة، و جمع الله عز و جل الخلاق لفصل القضاء، يأتي بأولاد المشركين. فيأمر الله عز و جل نارا يقال لها الفلق أشد شىء في جهنم عذابا فيخرج من مكانها سوداء

مظلمة بالسلاسل والأغلال. ثم يأمر الله تبارك و تعالی أطفال المشركين ان يلقوا أنفسهم فى تلك النار، فمن سبق له فى علم الله عز و جل ان يكون سعيدا القى نفسه فيها، فكانت عليه بردا و سلاما، كما كانت على على إبراهيم (ع) و من سبق فى علم الله عز و جل ان يكون شقيا امتنع و لم يلق نفسه فى النار، فيأمر الله تبارك و تعالی النار فتلقطه لتركه أمر الله و امتناعه من الدخول فيها فيكون تبعا لآبائه فى جهنم و ذلك قوله عز و جل «فَمِنْهُمْ شَقِيٌّ وَ سَعِيدٌ» توحيد الصدوق باب فى الأطفال ص ٤٠٠-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٠

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار. و لا يلحقون بآبائهم بغير حجة و امتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقا بلا حجة.

و لو سلمنا موافقة الأخبار المذكورة مع مذهب الإمامية. و لكن لا- نسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفارا، و أولاد المسلمين مسلمين من جهة التبعية، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم فى دار الآخرة، و أنهم يعاقبون معهم فى الجحيم، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كآبائهم فى خبث الباطن، و سوء السريرة، و فساد النية، و ارتكاب القبائح، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم، لأنه تعالى يعلم أنهم كآبائهم فى حسن نياتهم، و صفاء باطنهم، و صدور الخير منهم. و لا شبهة فى أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعية المزبورة.

و ربما يتوهم: أن حديث رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (سند كره قريبا) كما يدل على رفع الأحكام الفرعية- كوجوب الصوم و الصلاة و الحج و غيرها- كذلك يدل بإطلاقه على رفع الأحكام الأصلية- أيضا- و عليه فلا اعتبار بكفر الأطفال، و لا بإسلامهم. و الجواب عن ذلك: أن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزامية عن الصبى امتنانا عليه، فلا يشمل إسلامه، إذ ليس فى رفعه منه عليه، و كذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع، فان الحكم بكفره و نجاسته- مثلا- موضوع لأحكام إلزامية بالنسبة إلى المكلفين، و لا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع. نعم الأحكام الإلزامية المترتبة على الكفر ترتفع عن الصبى لا محالة.

- و الى غير ذلك من الروايات الكثيرة بل المتواترة الدالة على ان الأطفال الذين ماتوا قبل البلوغ يمتحنون بالنار و لا يلحقون بآبائهم بلا حجة و امتحان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤١

و من هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، فلا تبين زوجته منه- مثلا- ما لم يبلغ مرتدا.

و مما ذكرناه ظهر لك: أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تغسيله، و لا سائر تجهيزاته، فإنها مترتبة على الإسلام، و المرتد ليس بمسلم.

هل ترتفع- عن الصبى بحديث الرفع- الأحكام الفرعية التى هى كالأسباب بالنسبة إلى مسيبتها- كالنجاسة و الجنابة و نحوهما- أم لا. الظاهر أنها لا ترتفع بالحديث المزبور، لأن الحكم المرفوع بذلك لا بد و أن يكون مترتبا على فعل الصبى بما هو فعله، و حينئذ فلا يشمل ذلك أمثال الأمور المذكورة، لأنها مترتبة على عنوان خاص. كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاة، و الجنابة المترتبة على عنوان الوطى.

و عليه فإذا لاقى بدن الإنسان جسما نجسا جهلا لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحية حديث الرفع، فان تنجس الملاقى لم يترتب على الملاقاة بما هو فعل الإنسان، لكى يرتفع ذلك بحديث الرفع، بل هو مترتب على نفس الملاقاة.

و من هنا لا يفرق فى تحقق النجاسة بين كون الملاقاة بالإرادة و الاختيار و بين كونها بالجهل، أو الغفلة، أو النسيان، أو بالقهر.

إشارة

العبادات إما واجبة أو مستحبة:

أما العبادات المستحبة

فلا شبهة في صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين، وهذا ظاهر لا شبهة فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٢

و إنما البحث في أنه هل - هنا - تناف بين أدلة المستحبات، و بين ما دل على رفع القلم عن الصبي لكي يقدم الثاني على الأول بالحكومة أم لا؟ الظاهر أنه لا - تناف بينهما. ضرورة أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف، و من اليبين أنه لا - تكليف في المستحبات حتى يرتفع بذلك.

و قد يتوهم: أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتابة و الجعل بمعنى:

أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعية، فالحكومة على حالها.

و لكنه توهم فاسد، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبي لأنه إنما ورد في مقام الامتنان، و من الظاهر أنه لا امتنان في رفع المستحبات

أما العبادات الواجبة

فربما يتوهم: أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبي إنما هو الإلزام فقط، و أما مطلوبيتها فهي باقية على حالها، و عليه فتصح عبادات الصبي.

و لكن يتوجه عليه: أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع، و من الواضح أن المجمعول أمر بسيط غير قابل للتقسيت. و كذلك المرفوع.

بل قد ذكرنا في محله: أن صيغته الأمر و ما في معناها موضوعة لابرار اعتبار المادة على ذمة المكلف فقط، و أما الوجوب فإنه نشأ من ناحية العقل الحاكم بوجوب إطاعة المولى ما لم يرخص في الترك. فما هو قابل للرفع و الوضع شرعا هو نفس الاعتبار، دون الوجوب المترتب عليه.

و التحقيق: أن يستدل على مشروعية عبادات الصبي بالروايات [١]

[١] عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) عن أبيه، قال: إنا نأمر صبياننا بالصلاة إذا كانوا بنى خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بنى سبع سنين و نحن نأمر صبياننا بالصوم إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم إن كان الى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٣

الدالة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاة و الصوم، و قد ذكرنا في مبحث الأوامر من علم الأصول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقة، إذ الغرض منه ليس إلا - تحقق ذلك الفعل في الخارج، فيكون الأمر بالأمر طريقا اليه، إلا أن تكون هنا قرينة حالية أو مقالية تدل على الموضوعية، و لكنها منتفية في تلك الروايات.

و يضاف الى ذلك: أنه ورد في جملة أخرى من الروايات [١] تكليف

- و الغرث أظفروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمروا صبيانكم إذا كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما استطاعوا من صيام اليوم، فإذا غلبهم العطش أظفروا.

حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩ و الوسائل باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم، و باب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

و عن الراوندى بإسناده عن رسول الله (ص) انه قال: مروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء ست سنين.

و عن الجعفریات بإسناده عن النبي (ص) انه قال: مروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء عشر سنين. المستدرک ج ١ ص ١٧١.

[١] عن الفضل بن يسار، قال: كان على بن الحسين (ع) يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء. فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩.

و عن محمد بن مسلم، عن أحدهما فى الصبى متى يصلى: قال: إذا عقل الصلاة قلت: متى يعقل الصلاة و تجب عليه؟ قال: لست سنين. صحيحة.

هذه الرواية محمولة على الاستحباب لما دل على عدم وجوبها عليه.

و عن عبد الله بن فضالة عن الصادق أو الباقر (ع) فى حديث قال: سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفيك، فإذا غسلها قيل له: صل، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين، فإذا تمت له علم الوضوء و ضرب عليه، و أمر بالصلاة و ضرب عليها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٤

الصبيان بالصلاة و الصوم و الحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها، فتدل على مشروعيتها عباداته.

نعم قامت القرينة الخارجية على عدم إرادة الوجوب من تلك الروايات و هذه القرينة هى الأدلة الدالة على رفع التكليف عن الصبى حتى يحتلم. و إذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين، فتكون عباداته مشروعاً مستحبة.

بحث فى تصرفات الصبى مستقلاً

إشارة

يقع الكلام فى معاملات الصبى - أعم من العقود و الإيقاعات - فى أربع جهات:

الجهة الاولى - فى جواز تصرفاته فى أمواله مستقلاً على وجه الإطلاق

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يجوز للصبى الاستقلال فى

- و عن إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله (ع) قال: إذا اتى على الصبى ست سنين وجب عليه الصلاة، و إذا أطاق الصوم وجب عليه الصيام. الوسائل باب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

هذه الرواية - أيضاً محمولة على الاستحباب لما عرفته قريباً.

و عن ابان بن الحكم قال: سمعت أباً عبد الله (ع) يقول: الصبى إذا حج به فقد قضى حجة الإسلام حتى يكبر.

و عن زرارة عن أحدهما (ع) قال: إذا حج الرجل بابنه و هو صغير فإنه يأمره ان يلبى و يفرض الحج، فان لم يحسن ان يلبى لبوا عنه، و

يطاف به، و يصلى عنه. الوافى ج ٨ باب ٢٣ حج المملوك و الصبى ص ٥٢. و الى غير ذلك من الروايات المذكورة فى المصادر المزبورة و غيرها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٥

التصرفات فى أمواله بدون إذن الولى، و لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم، إلا الحنفية فإنهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبى فى بعض التصرفات. و قد ذكرنا رأيهم فى الحاشية آنفا.

و يدل على رأينا هذا قوله تعالى «وَأَبْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (١).

و وجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد فى جواز تصرفات الصبى فى أمواله مستقلا بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه، و من الواضح جدا أنه لو كان الرشد بوحده كافيا فى جوازها بدون إذن الولى لكان اعتبار البلوغ فى ذلك قبل الرشد لغوا محضا، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبى يتوقف على أمرين: البلوغ، و الرشد.

و إذن فالآية الكريمة دالة على المنع عن تصرفات الصبى قبل البلوغ و ان كان رشيدا.

و قد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الايروانى على خلاف الظاهر من الآية و إليك نصه: (لا يبعد استفادة أن المدار فى صحة معاملات الصبى على الرشد من الآية «وَأَبْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكا عن صدر الآية و أنه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أن اعتبار البلوغ طريقى اعتبر أمانة إلى الرشد بلا موضوعية له).

و قد استدلت بهذه الآية المباركة على نفوذ تصرفات الصبى قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى «وَأَبْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» يقتضى أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ، و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فى أنه هل له

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٦

تصرف صالح أم لا، و انما يحصل هذا المعنى بإعطاء شىء من المال ليتصرف فيه فىرى تصرفه كيف يكون، فإن أحسن فيه كان راشدا و إلا كان على سفهه.

و هذا الاختبار يحصل بأى تصرف من التصرفات السائغة فى نفسها بدليل صحة الاستثناء، ضرورة أنه يصح أن يقال: و ابتلوا اليتامى إلا فى التصرف الفلانى، و إذن فتدل الآية الشريفة على جواز تصرفات الصبى مستقلا على وجه الإطلاق.

و يرد عليه: أن اختبار الصبى لا يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه. بل يمكن ذلك بمباشرة البيع و الشراء بنظارة الولى، أو بنظارة شخص منصوب من قبله، أو بمباشرة مقدماتها ليتصدى الولى إيقاعهما بنفسه و بتعبير آخر: أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه، أما إعطاؤه طائفة من ماله لكى يتصرف فيها تحت مراقبة الولى و نظارته لأجل الاختبار و الابتلاء فلا منع فيه بوجه، بل هذا هو المأمور به فى هذه الآية المباركة.

و السر فى أن الاختبار لا بد و أن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم فى زمان الاختبار، و هو مناف لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، و سبب لمنع تصرف المالك فى ماله بلا موجب.

و تدل على ما ذكرناه- من عدم جواز تصرف الصبى فى ماله بدون إذن الولى- الروايات الآتية، فإنها تدل على أن أمر الصبى لا يجوز ما لم يبلغ الحلم.

ثم إن المذكور فى الآية المباركة و إن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه و رشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ، و عليه فيعم الحكم غير اليتيم- أيضا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٧
 على أن الآية الكريمة تشمل لمن كان له الجد و لكن مات أبوه.
 وكذلك يعم الحكم من كان أبوه حيا- أيضا- لعدم الفصل جزما.
 هل يجوز تصرف الصبي مستقلا بإذن الولي؟

الجهة الثانية- في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلا مع إذن الولي بذلك.

قد ظهر حكم هذه الجهة من الجهة الأولى، بديهته أن الولي لا- يجوز له أن يدفع مال الصبي اليه، و يأذن له في البيع و الشراء و أمثالهما، فإن جواز ذلك يتوقف على بلوغه و رشده و إلا فهو محجور عليه في التصرف في أمواله هل تجوز مباشرة الصبي اجراء العقود؟

الجهة الثالثة- في صحة مباشرة الصبي العقود أو الإيقاعات في أمواله بإذن الولي، أو يكون وكيلا من قبله في ذلك، و عدم صحتها.

إشارة

لا- إشكال في أن الآية المباركة لا- تدل على عدم جواز ذلك، فان الممنوع فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله، فلا تعم ما إذا باشر إنشاء عقد أو إيقاع في ماله باذن من الولي.

[في الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه]

إشارة

و مع ذلك فقد يقال: بأن الصبي مسلوب العبارة، للروايات الواردة في عدم نفوذ أمره، و في رفع القلم عنه، و في كون عمدته و خطأه واحدا.

و لكن لا دلالة في شيء من هذه الروايات على الرأي المذكور.

و توضيح ذلك: أن هذه الروايات على ثلاث طوائف:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٨

الطائفة الأولى: الروايات [١] الدالة على أن أمر الصبي لا ينفذ

و لكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل، لأنها صريحة في المنع

[١] عن حمران عن أبي جعفر (ع) انه قال: إن الجارية إذا تزوجت و دخل بها، و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في البيع و الشراء. و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع، و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنة. ضعيف بعد العزيز العبدى و غيره. فروع الكافي باب حد الغلام و الجارية ج ٧ من ط ٢ ص ١٩٧. و الوافي أبواب الحدود ج ٩ ص ٤٦ و الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات. و باب ١٤ من أبواب عقد البيع.

و عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: سأله أبي و انا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال: قلت: و ما أشده؟ قال: احتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة، أو أقل، أو أكثر، و لا يحتلم؟ قال: إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز

امره إلا ان يكون سفيها أو ضعيفا البحار ج ٢٣ ص ٣٩.

و عن محمد بن الحسين قال: قال أبو عبد الله (ع) إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها في مالها، و أقيمت الحدود التامة لها و عليها.

مرسل. الوسائل باب ٢ من أحكام الحجر.

و عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة، و دخل الأربع عشرة و جب عليه ما و جب على المحتملين.

و جاز له كل شيء في ماله إلا- ان يكون ضعيفا أو سفيها. حسن بالحسن بن علي المعروف بابن بنت إلياس. الوسائل باب ٤٤ من أحكام الوصايا. و المستدرک ج ١ باب ٤ من مقدمات العبادة ص ٧.

و عنه عن الصادق (ع) في حديث: انه إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، و كتبت عليه السيئات و جاز امره إلا ان يكون سفيها أو ضعيفا.

الوسائل باب ٢ من أحكام الحجر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٤٩

عن نفوذ أمر الصبي في البيع و الشراء و غيرهما، و من البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعاملة، و تسلطه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم و شؤونهم، إذ لا يقال لمجرى الصيغة فقط: إن أمر المعاملة تحت يده. و من هنا لا يجرى عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط و الأحكام و بتعبير آخر: أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة و إن كان بمفهومه اللغوي شاملا لأي فعل يصدر من الصبي، و لكن اسناد لفظ (يجوز)- الذي ذكر فيها- اليه و مناسبتة له يقتضى أن يراد منه سلطنة الصبي على أمواله، و تصرفه فيها كيف يشاء، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه، أو بدونه، و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغة.

و إذن فالطائفة المزبورة تمنع عن كون الصبي مستقلا في معاملاته و لو كان ذلك باذن وليه، و عليه فلا ظهور فيها- بوجه- في سلب عبارات الصبي.

بل المعاملة الصادرة من الصبي في أمواله إذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقا، لأنه غير مسلوب العبارة. فإذا أجازها الولي حكم بصحتها، لأن العقد المزبور و إن كان صادرا من الصبي حدوثا، و لكنه عقد للولي بقاء. و من الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورها من الصبي لا ينافي نفوذها من جهة إضافتها إلى الولي.

و إلى ذلك أشار المصنف، و إليك نصه:

(لكن الإنصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضى، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة. كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف).

و الذى يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٠

الاستثناء في جملة منها بقوله (ع): إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا.

و وجه الدلالة: هو أن السفيه ليس مسلوب العبارة، و إذن فيعلم من الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبي فيها إنما هو عدم استقلاله في التصرف.

الطائفة الثانية: ما دل [١] على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم.

و قال المصنف:

(و أما حديث رفع القلم ففيه أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الأحكام، و لذا بنينا- كالمشهور- على شرعية عبادات الصبي).

و يرد عليه: أن العقوبة و المؤاخذة- كالمثوبة و الأجرة- من الأمور التي لا صلة لها بعالم الجعل بوجه، بل هي مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل. نعم ترتفع العقوبة بارتفاع منشئها: أعنى به التكاليف الإلزامية. و لكنه غير رفع المؤاخذة ابتداء.

أما مشروعية عبادات الصبي فغريبة عن الحديث بالكلية، و إنما هي من جهة الروايات الخاصة، و قد عرفتها قريباً. و التحقيق في الجواب أن يقال: إن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الإلزامية المتوجهة إلى الصبيان كتوجهها إلى غيرهم، فان هذا هو الموافق للامتنان، و من الواضح أن مجرد إجراء الصيغة ليس من

[١] عن ابن ظبيان قال: أتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي (ع): أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ. مجهول بمحمد بن عبد الله الحضرمي و غيره. الوسائل باب ٤ من مقدمة العبادات. و البحار ج ٣ ص ٨٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥١

الأحكام الإلزامية، و لا موضوعاً لها لكي يرتفع بحديث الرفع، و إنما الموضوع لها هو نفس المعاملة التي أوجدها المتعاملان، و إذن فما هو موضوع للأحكام الإلزامية لم يصدر من الصبي لكي يشمل حديث الرفع، و ما هو صادر منه ليس بموضوع لها. و هذا ظاهر. و على الجملة: أن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا ينافي الالتزام بصحة العقود و الإيقاعات الصادرة منه، بل إن رفع القلم عن الصبي لا يدل على أزيد من رفع إزمائه بشخصه ما دام صبياً، فهو لا يدل على رفع إزماء البالغين بفعله أو على إزمائه بفعله بعد بلوغه، كما هو الحال في جنابته، أو في إتلاف مال غيره و إلى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته، و قال:

(لو سلّمنا اختصاص الأحكام- حتى الوضعية- بالبالغين، لكن لا- مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ).

و إذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معاملة الصبي فضلاً عن دلالته على سلب عبارته.

ثم ان المصنف قد ذكر في الجواب الثاني:

(أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف).

و لكنه يناقض ما قد بنى عليه في أصوله من أن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، و إذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشأ- هنا- لانتزاع الحكم الوضعي.

الطائفة الثالثة: ما دل على أن عمد الصبي و خطأه واحد،

و هذه الطائفة على ثلاثة أقسام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٢

١- ما دل [١] على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشيء.

٢- ما دل [٢] على الحكم المزبور مقيدا بكون دية الجناية الصادرة من الصبي خطأ على عاقلته.

٣- ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر، و هو رفع القلم عن الصبي، كرواية أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (ع): أنه كان يقول في المجنون المعتوه الذي لا يفیق، و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم [٣].
 قيل: إن القسم الأول من هذه الطائفة يدل على عدم الاعتناء بأقوال الصبي و أفعاله، ضرورة دلالة صحیحته محمد بن مسلم على نزول ذلك منزلة الخطأ

[١] عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) قال: عمد الصبي و خطأه واحد.

صحیحته. التهذيب ج ٢ ص ٥١١ و الوافی ج ٩ ص ٩٨.

[٢] عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): ان عليا (ع) كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمله العاقله. ضعيفه بغياث بن كلوب. التهذيب ج ٢ ص ٥١١. و الوافی ج ٩ ص ٩٨.

و عن علي (ع): ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ يكون فيه العقل مجهولة بموسى بن إسماعيل. الجعفریات ص ١٢٤. و المستدرک باب ٣٣ من كتاب القصاص.

و عن دعائم الإسلام عن علي (ع): انه ما قتل المجنون المغلوب على عقله.

و الصبي فعمدها خطأ على عاقلتهما. مرسله.

و عنه عن أبي جعفر (ع): انه قال: و ما جنى الصبي و المجنون على عاقلتهما.

مرسله. المستدرک باب ٣٣ من كتاب القصاص.

[٣] ضعيفه بأبي البختری. قرب الاسناد ص ٧٢. و الوسائل باب ٣٦ من كتاب القصاص.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٣

و عليه فلا يعتنى بصيغ العقود و الإيقاعات الصادرة منه، كما لا يترتب الأثر عليها إذا صدرت من البالغين نسيانا، أو غفلة، أو في حالة النوم، أو خطأ.

و لا- تنافى بين هذا القسم، و بين القسم الثاني و القسم الثالث لكي يحمل المطلق على المقيد، بديهه أنه لا تنافى بين أن يكون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في الجنایات، و بين كون عمدته بمنزلة الخطأ في غير موارد الجنایات، و إذن فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق، فإنه منحصر بالتنافى، كما قرر في محله.

نعم لا يبعد أن يستأنس - بما اشتمل على التقييد- اختصاص الحكم بالجنایة فيكون ذلك قرينه على انصراف المطلق إليها.

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد [١] في الأعمى من أن عمد الصبي خطأ و لكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذي هو مطلق.

و الجواب عن ذلك: أن دلالة الرواية على تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه من جميع الجهات إنما تتم إذا كان الظاهر منها هو نفى الحكم بلسان نفى الموضوع بأن يقول الامام (ع) عمد الصبي ليس بعمد أو كلا عمد.

نظير قوله (ع): ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد

[١] عن أبي عبيده، قال: سألت أبا جعفر (ع) عن أعمى فقأ عين رجل صحيح متعمدا؟ فقال: يا أبا عبيده: ان عمد الصبي مثل الخطأ،

هذا فيه الدية من ماله، فان لم يكن له مال فإن دية ذلك على الامام، و لا يبطل حق مسلم. موثق بعمار الساباطي.

و عن الحلبي عن الصادق (ع): الأعمى جنایته خطأ تلزم عاقلته، يؤخذون بها في ثلاث سنين، في كل سنة نجما، فان لم يكن للأعمى

عاقلة لزمته دية ما جنى في ماله. مهمل بمحمد بن عبد الله. التهذيب ج ٢ ص ٥١٠ و ص ٥١١ و الوافي ج ٩ ص ٩٨ و ٩٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٤

و عبده ربا «١».

و كقوله (ع): ليس على الامام سهو، و لا على من خلف الامام سهو و لا على السهو سهو «٢».

و كقوله (ع): لا ضرر و لا ضرار «٣» فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزل عليه في جميع الآثار، و عليه فيترتب على

عمد الصبي ما يترتب على خطأه.

و السر في ذلك: أن تنزيل شيء منزلة عدمه لا يقتضى وجود الأثر للمنزل عليه لكي يكون التنزيل باعتبار ذلك الأثر، بل التنزيل -

هنا- باعتبار عدم الأثر، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزلة العدم، و هذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزلة صاحبه، فان

ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود الأثر للمنزل عليه.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى.

أما وجود المانع فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضرورة المذهب، و موجب لتأسيس فقه جديد، بديهة أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا

يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

و أيضا لزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي إذا ترك عمدا أجزاءها التي لا يضر تركها خطأ بصلاة البالغين، و هكذا الكلام في

ناحية الزيادة العمديّة فيها.

(١) الوافي باب ٥٦ من يجوز له الرباج ١٠ ص ٥٤.

(٢) الوافي باب من لا يعتد بسهوه ص ١٥٠.

(٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٥

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنية و التكبير للإحرام و الركوع و السجدة الواحدة و السلام، فان ترك ما

سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاة البالغين، و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

بل يلزم من العمل بإطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلا، فإن صحتها متوقفة على صدورها من الفاعل بالإرادة و

الاختيار، و قد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادة صحيحة منه، و لا أظن أحدا أن يلتزم بشيء من هذه اللوازم.

و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية.

أما عدم المقتضى للإطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه على وجه الإطلاق يقتضى أن يكون - هنا- أثر خاص لكل منهما عند

صدورهما من البالغين، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه بلحاظ ذلك الأثر.

كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزلة الصلاة في قوله (ص) الطواف بالبيت صلاة [١].

و من الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنائيات، فإنها ان صدرت من الجاني عمدا فيقتص منه، و ان صدرت منه خطأ فديتها

على عاقلته، و على هذا فيصح تنزيل جنابة الصبي عمدا منزلة جنابته خطأ، فتكون ديتها مطلقا على عاقلته، أما في غير الجنائيات فلا

مورد لمثل هذا التنزيل أصلا.

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد و الخطأ في الصلاة و في تروك الإحرام، فإن من ترك جزء من صلاته عمدا فتبطل صلاته، و

ان تركه خطأ

[١] عن ابن عباس قال رسول الله «ص»: الطواف بالبيت صلاة و لكن الله أحل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق إلا بخير. سنن البيهقي ج ٥ ص ٨٧.

و مستدرک الحاكم ج ١ ص ٤٥٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٦

فتجب عليه سجدا السهو.

و أن المحرم إذا صاد حيوانا عمدا ثبتت عليه الكفارة زائدة على ما إذا صاده خطأ.

و لكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه، ضرورة أن الآثار المذكورة إنما تترتب على الخطأ- في تلك الموارد- إذا صدر من غير الصبي. أما إذا صدر من الصبي ارتفع أثره بحديث الرفع.

خوي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٣، ص: ٢٥٦

و بتعبير أوضح: أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه متقوم بأمرين:

(الأول) ثبوت الأثر لكل منهما.

(الثاني) أن يكون أثر الخطأ ثابتا لغير الفاعل. و لا ريب أنه لا مصداق لهذه الكبرى الا باب الجنائيات، و هذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهي.

و مما يدل على اختصاص تلك الروايات بباب الجنائيات قوله (ع) في بعضها: عمد الصبيان خطأ، تحمله العاقلة، إذ من المعلوم أن العاقلة لا- تحمل سجدي السهو، و لا- الكفارة في الحج، و إنما تحمل الدية في الجنائيات، و اذن فلا- دلالة في شيء من تلك المطلقات- أيضا- على كون الصبي مسلوب العبارة.

بحث في ذيل رواية أبي البختری

بقي الكلام في ذيل رواية أبي البختری، و هو قوله (ع): و قد رفع عنهما القلم. و قد استظهر المصنف (ره) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي مسلوب العبارة، و كون عقده و إيقاعه مع القصد كعقد الخاطي و الغالط و الهازل و ايقاعاتهم.

و حاصل كلامه: أن هذه القطعة من الرواية لا تتصل بسابقتها الا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٧

بأخذها علة لثبوت الدية على العاقلة، أو معلولا لقوله عليه السلام: عمدهما خطأ:

بمعنى: أن علة رفع القلم عن الصبي و المجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع، و من البين أن اتخاذها علة لثبوت الدية على العاقلة أو معلولا لتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذه عن الصبي و المجنون، سواء أ كانت المؤاخذه دنيوية أم كانت أخروية، و سواء أ تعلقت المؤاخذه الدنيوية بالنفس- كالقصاص- أم تعلقت بالمال- كغرامة الدية- و عليه فلا- يؤخذ الصبيان و المجانين بأفعالهم و أقوالهم- الصادرة حال الصبوة و الجنون- بعد البلوغ و الإفاقة، سواء أ كان صدور الأقوال و الأفعال منهم- في تلك الحال- بإذن الولي أم لم يكن كذلك.

و على الجملة: إن الرواية و إن وردت في باب الجنائيات، و لكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبي و المجنون منزلة عدمه. و أنه لا اعتبار بشيء مما يصدر منهما قولاً و فعلاً، بل هما مسلوبان- في عالم الاعتبار- من جهة الفعل و العبارة ضرورة أن ذكر العلة في مورد

خاص لا- يقتضى اختصاصها به. بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى. و إذن فلا محذور لنا فى الأخذ بعموم العلة فى سائر الموارد أيضا.

و يتوجه عليه: أنه لا- وجه لجعل رفع القلم علة لكون الديه على العاقله لعدم العليه بينهما لا- شرعا، و لا عرفا، و لا عقلا، بل نسبة أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان. و العجب من المصنف، فإنه قد التزم بثبوت العليه و المعلوليه بين رفع القلم عن الصبى، و بين ثبوت الديه على العاقله و لكن لم يستوضح المناسبه و السنخيه بينهما.

غايه الأمر: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه: أن دم المسلم لا يذهب هدرًا، و من الظاهر أن هذا الحكم- مع ما دل على أن عمد الصبى خطأ- يلزم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٨

ثبوت ديه الجنايه- الصادره من الصبى- على عاقلته.

و الصحيح: أنه لا- ملازمه بينهما- أيضا- لأن الحكمين المذكورين لا يدلان على ثبوت الديه على خصوص العاقله، إذ يمكن أن تكون الديه على جميع المسلمين أو من بيت المال، أو غير ذلك، كما أنه لا وجه لجعل رفع القلم معلولا لقوله عليه السلام عمدهما خطأ، فإن رفع القلم مقوم لتنزيل العمده بمنزله الخطأ. لا أنه معلول له.

و التحقيق: أن وجه المناسبه بين قوله عليه السلام: رفع عنهما القلم، و بين قوله عليه السلام: عمدهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبى منزله خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبى، و هو أنه لا يترتب عليه أحكام العمده، و لا يلزم الصبى بشىء من أفعاله.

ثانيهما: حكم إيجابى و هو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائى، و قد بين عليه السلام الأمر الثانى بقوله عليه السلام: تحمله العاقله، و بين الأمر الأول بقوله عليه السلام رفع عنهما القلم، و اذن فلا دلالة فى هذه الجملة على أزيد مما دل عليه قوله عليه السلام: رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم «١».

و يضاف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند بأبى البخترى، فلا يصح الاستدلال بها على شىء من المسائل الفقهيّه.

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا دليل على أن عبارة الصبى مسلوبه بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود و الإيقاعات أثر أصلا. هل يجوز كون الصبى و كيلا عن غيره؟

الجهه الرابعه: فى جواز كونه و كيلا عن غيره فى عقد أو إيقاع

و لو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أ كان الموكل وليا أم كان غيره. و حينئذ

(١) قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى ص ٢٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٥٩

فيوقع الصبى العقد أو الإيقاع و لو كان على نحو الاستقلال، و بدون إذن الولى فضلا عما إذا أوقعه بإذنه أو كان و كيلا فى إجراء الصيغه فقط.

و التحقيق: هو نفوذ تصرفات الصبى فى هذه الصوره، للعمومات و الإطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد، و ذلك لأن الآيه المتقدمه لا إشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلاله عليه ضروره أن قوله تعالى:

(فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ «١») كالصريح فى أن الآيه راجعه إلى تصرفات اليتامى فى أموال أنفسهم، لا فى أموال غيرهم.

و عليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي في مال غيره وكالته عنه فان المنع عن ذلك لا بد و أن يكون بدليل، و من المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه، و التصرف في مال غيره و إما الأخبار المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ:

أما دعوى عدم الفصل فعهدتها على مدعيها.

أما الأخبار فلا دلالة في شيء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة، إذ قد عرفت: أن ما دل على رفع القلم عن الصبي، أو أن عمدته خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو إيقاعه. و أنه مسلوب العبارة.

فإذا كان صدوره منه وكالته عن وليه، أو غير وليه و لو كان التوكيل بنحو التفويض و الاستقلال- فالعقد عقد للموكل حقيقة، و حيث إن المفروض أن ما وقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدلة صحة البيع و نحوه له.

أما ما دل على عدم نفوذ تصرف الصبي و أمره من الروايات المتقدمة فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ في هذه الصورة- أيضا- نظرا إلى الإطلاق

(١) سورة النساء الآية ٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٠

و لكن الصحيح هو عدم صحة ذلك أما أولا: فلا اختصاص تلك الروايات باليتيم، و أنه ما لم يذهب يتمه لا يجوز أمره، و لا يدفع اليه ماله، فهي لا تدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبي في ماله، دون ما إذا كان في مال غيره باذنه نعم قد علمنا أنه لا خصوصية لليتيم- في الحكم- و إنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله اليه. فتتعدى منه إلى غير اليتيم- أيضا- من الصغار، أما خصوصية أن موضوع المنع هو تصرف الصغير في مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها.

أما ثانيا فلاجل أنا لو سلمنا الإطلاق فغايته ما يستفاد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبي بما أنه عقده، و هذا لا ينافي نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل، سواء فيه الولي و غيره.

و من هنا أن الصبي إذا باع ماله، ثم أجازة الولي حكم بصحة البيع، لأنه بيع الولي بقاء.

نعم قد عرفت أنه لا يجوز أن يأذن الولي في تصرف الصبي استقلالا، و لا يكون تصرفه ماضيا للمنع عنه في الآية المباركة.

فالمتحصل مما ذكرناه: أنه لا مانع من مباشرة الصبي العقد و الإيقاع في مال نفسه إذا كان ذلك بإذن الولي، و كان الصبي و كيلا في إجراء الصيغة فقط كما لا مانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبي من ولي أو غيره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦١

هل يؤخذ الصبي بإتلافه مال الغير؟

قوله: (ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما).

أقول: إذا أتلّف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهده بعد بلوغه، لقاعدة من أتلّف.

و قد يتوهم عدم الضمان، لأن عمد الصبي خطأ.

و لأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتلم.

و لكن هذا التوهم فاسد. إذ لا شهادة في شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان:

أما الأول فلأن الظاهر: أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه إنما هو في الأفعال التي لا تكون موضوعا للأحكام الشرعية إلا إذا صدرت

من الفاعل بالإرادة و الاختيار، و مع القصد و العمد، لا فى الأفعال التى هى بنفسها موضوع للأحكام الشرعية من غير أن يعتبر فيها القصد و العمد:

كالجنابة فإنها توجب الغسل و ان تحققت حال النوم.

و كمباشرة النجاسات، فإنها توجب نجاسة البدن و إن كانت المباشرة بغير التفتات إلى النجاسة.

و كالأحداث الناقضة للطهارة و إن صدرت جهلا، أو غفلة، أو بغير اختيار، فإن شيئا من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالإرادة و الاختيار، و لا ريب فى أن إتلاف مال الغير من القبيل الثانى، فإنه يوجب الضمان و ان صدر حال الغفلة و الجهل، و بدون الإرادة و الاختيار، ضرورة أنه لم يؤخذ فى قاعده من أتلف عنوان آخر غير صدق الإتلاف.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه آنفا من اختصاص الحديث بما إذا كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٢

للفعل العمدى أثر، و للفعل الخطائى أثر آخر بالنسبة إلى غير الفاعل، فيحكم على فعل الصبى - عندئذ - بحكم الخطأ. و من الظاهر أن حكم العمد و الخطأ لا يختلف فى الإتلاف و اذن فلا يكون الإتلاف مشمولاً للحديث.

أما الوجه الثانى فقد عرفت آنفا: أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبى انما هو رفع الأحكام الإلزامية عنه منذ نعومته أظفاره إلى حد بلوغه.

و هذا لا ينافى توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ. و قد تقدم أن فعل الصبى قد يكون موضوعا لتوجه الأحكام الإلزامية عليه بعد بلوغه.

و السر فى ذلك: أن دليل رفع القلم و التكليف قد تعلق بالصبى، فيدور مدار صبوتة. و على هذا الضوء فإتلاف الصبى مال غيره سبب للضمان جزما و لكنه لا يستتبع الحكم الإلزامى إلا بعد بلوغه، و إذا بلغ توجه عليه التكليف و وجب عليه الخروج عن عهدته. لأنه - وقتئذ - يصدق عليه أنه أتلف مال غيره كما يتوجه عليه - عندئذ - وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابة منه قبل البلوغ.

قوله: (فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده. و عدم العبرة بإنشائه)

أقول: قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبى و ان كان غير نافذ و لو باذن وليه. و لكنه غير مربوط بسلب عباراته لكى يترتب عليه بطلان إنشائه، بديهى أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاته. و هذا لا ينافى جواز مباشرته إنشاء الصبيغ، إذ لا صلة بينهما بوجه.

هل ترتفع تعزيرات الصبيان بحديث الرفع؟

قوله: (ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير).

أقول: ان كان الغرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٣

من حديث رفع القلم عن الصبى هو رفع التكاليف الإلزامية الثابتة فى حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة فى حق الصبيان خارجة عن ذلك موضوعا فان تلك التعزيرات لم تثبت فى حق البالغين و إنما هى ثابتة فى حق الصبيان لحكمه خاصة، و هى تأديبهم على ارتكاب القبائح، و صيانتهم من اغواء المضلين، و سوقهم الى تهذيب الأخلاق. فإن تعود الأفعال الشنيعة داء عضال.

و ان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الإلزامية فيشمل عمومها لتعزيرات الصبيان أيضا. و لأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم.

و التحقيق: أن التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسة ان أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه. و ان أخذ في موضوعها الصباء فهي غير قابلة للارتفاع عن الصبيان، لأن المصلحة الملزومة قد اقتضت ثبوتها في حقهم بعنوان الصبوة، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع، و لعل تلك المصلحة ارتداعهم عن ركوب القبائح، و تجنبهم عن ارتكاب المنكرات. و حينئذ فيختص حديث الرفع بما إذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الإلزامية ثابتا للطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي فهي ترتفع عن الصبي

ما هو حكم فعل الصبي المعتبر فيه قصد الفاعل؟

قوله: (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي)

أقول: ملخص كلامه:

أن المتحصل من الأدلة المتقدمة- من الإجماع و غيره- هو عدم الاعتبار بما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٤

يصدر من الصبي من الأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها. كإنشاء العقود و الإيقاعات أصالة و وكالة، و التصدي للقبض و الإقباض، و كذلك كل ما يلتزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك.

ثم ساق عبارة العلامة في التذكرة تأييدا لمرامه.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه قريبا من أنه لا- دليل لنا على سقوط فعل الصبي و قوله عن الاعتبار، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله في التصرف في أمواله. و عليه فأى فعل من أفعاله لا يعد في العرف تصرفا في أمواله استقلالاً لا مانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيرها، و حيازته، و التقاطه و صيده، و إحيائه الموات، و ما شاكل ذلك.

و قد يتوهم أن الأمور المذكورة غير جائزة لأن عمد الصبي خطأ.

و لكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلغاء قصد الصبي، و أنه كعدمه على ما تقدم بيانه.

على أنه يتوقف على اعتبار القصد في هذه الأمور و هو لم يثبت.

بل إن مقتضى قوله عليه السلام- مثلا- أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هي لهم «١» هو ثبوت الملكية بنفس الاحياء، سواء أقصد المحيي التملك، أم لم يقصده.

هل يصح قبض الصبي؟

قد حكى عن العلامة في التذكرة: أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة.

(١) الوافي ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض الموات ص ١٣١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٥

و هذا المعنى يظهر من المصنف- أيضا- حيث انه نقل كلام العلامة تأييدا لمرامه و لم يناقش فيه أصلا.

و لكن الظاهر أن قبض الصبي يفيد الملكية في الهبة و غيرها، لقيام السيرة على ذلك.

بل مقتضى جملة من الروايات [١] الواردة في جواز إعطاء الصدقة و الكفارة للصبيان هو صيرورتهما ملكا بمجرد القبض.

[١] عن أبي بصير، قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يموت و يترك العيال ا يعطون من الزكاة؟ قال: نعم. حسن بإبراهيم بن هاشم. و عن أبي خديجة، عن أبي عبد الله (ع) قال: ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة و الفطرة كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا. ضعيف بمعلى بن محمد. الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٥٤٨. و الوافي ج ٦ ص ٢٦.

و فى قرب الاسناد عن محمد بن الوليد، عن يونس بن يعقوب، قال: قلت لأبي عبد الله (ع) عيال المسلمين أعطاهم من الزكاة فاشترى لهم منها ثيابا و طعاما و ارى ان ذلك خير لهم؟ قال: فقال: لا بأس. موثق بابن الوليد. قرب الاسناد ص ٢٤. و الوسائل باب ٧ من أبواب المستحقين للزكاة.

و عن البجلي، قال: قلت لأبي الحسن (ع) رجل مسلم مملوك، و مولاه رجل مسلم، و له مال يزكيه، و للمملوك ولد صغير حرا يجزى مولاه ان يعطى ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس. مجهول بمحمد بن إسماعيل النيسابورى.

الوافى ج ٦ ص ٢٦. و الوسائل باب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاة.

و عن يونس بن عبد الرحمن، عن أبي الحسن (ع) قال: سألته عن رجل عليه كفارة عشرة مساكين أ يعطى الصغار و الكبار سواء، و الرجال و النساء، أو يفضل الكبار على الصغار، و الرجال على النساء؟ فقال: كلهم سواء مجهول يب ج ٢ ص ٣٣١. الوافي ج ٧ باب ٧٥ كفارة اليمين ص ٩٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٦

هل تنفذ وصية الصبي؟

قد وقع الخلاف بين الأصحاب فى نفوذ أمر الصبي فى مواضع شتى:

١- الوصية.

قال العلامة فى القواعد: يشترط فى الموصى البلوغ و العقل و الحرية، فلا تنفذ وصية الصبي و إن كان مميزا فى المعروف و غيره. و هذا رأى هو المحكى عن السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرهم.

و عن ظاهر التذكرة و اللعة و النافع و الدروس: التوقف.

و عن المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و الغنية و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفاية و المفاتيح و أبى الصلاح و أبى على: أنه تجوز وصية من بلغ عشرة مميزا فى البر و المعروف.

و هذا هو الحق، للروايات [١] الدالة على أن الصبي إذا بلغ عشرة

[١] عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله (ع) إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته. موثق بابان بن عثمان.

و عن أبى بصير، عن أبى عبد الله (ع): انه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته. صحيح.

و عن محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فاوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام، و لم تجز للغرباء صحيح.

الكافي ج ٧ من ط ٢ باب وصية الغلام من كتاب الوصايا ص ٢٨. و الفقيه ج ٤ من طبعة النجف ص ١٤٥. و ج ٢ التهذيب ص ٣٨٤. و الوافي ج ١٣ ص ٢٥.

و عن زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: إذا اتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق و اوصى على حد معروف

و حق فهو جائز. ضعيف -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٧

تجوز وصيته. فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي. وهذا ظاهر. نعم في صحته وصيته للغرباء إشكال، و ذلك من جهة التصريح بعدم نفوذها في صححة محمد بن مسلم.

هل يتبع قول الصبي في الاذن بدخول الدار؟

الثاني: ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه: (لو فتح الصبي الباب، و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار، و أوصل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه).

و لكن لا وجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي أما الأول فلأن جواز الدخول في الدار مع إذن الصبي من جهة حصول الاطمئنان به نوعا، فلا صلة له باعتبار قول الصبي في ذلك. و الشاهد

- بموسى بن بكر. نفس المصادر غير التهذيب.

و عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله (ع) قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته. مجهول بعلي بن محمد بن الزبير.

و عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم. مجهول بابن الزبير. و رواه في الكافي في باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ بسندين آخرين: أحدهما ضعيف و الآخر موثق.

و عن أبي بصير و أبي أيوب عن أبي عبد الله (ع) في الغلام ابن عشر سنين يوصى؟ قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت مجهول بابن الزبير التهذيب ص ٣٨٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٨

على هذا انه: لو أذن البالغ في ذلك و لم يحصل منه الاطمئنان به حرم الدخول فيها أما الثاني فلأن إيصال الهدية الى المهدي اليه لا ربط له - أيضا - بما نحن فيه، فان الصبي آله في إيصالها إليه، كما يصل الهدية الى المهدي اليه بواسطة حيوان معلم.

و على الإجمال: أن أمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة عن نفوذ أمر الصبي خروجاً تخصيصاً لا تخصيصاً.

هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟

الثالث: ما عن صاحب المفاتيح، و إليك نصه: (الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعا للحرص في بعض الأحيان) [١] و قال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة: و يمكن أن يستأنس لذلك - مضافا الى السيرة المستمرة و قضاء الحاجة و الضرورة في كل من المعاملة و دفع العوض و أخذه منه - بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي و المملوك فقال: على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدون، و لا تجوز في الأمر الكثير. [٢].

[١] في فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦٠: اما الصبي المميز ينعقد بيعه و لكن لا ينفذ إلا بإذن الولي.

و عن الحنابلة: انه يصح بيع الصبي و شراؤه للشيء اليسير و لو كان دون التميز و لو لم يأذنه وليه، لما روى من ان أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فأرسله.

و عن الشافعية: انه لا ينعقد بيع الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز.

(٢) التهذيب ج ٢ باب البيئات ص ٧٧. و الوافي ج ٩ ص ١٤٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٦٩

و الجواب عن ذلك: أن استقرار السيرة على معاملات الصبي في الأمور الحقيرة و إن كان غير قابل للإنكار، و لكنه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم في ذلك استقلالاً، بل إنما هو من جهة ما ذكرناه في البيع المعاطاتي من جريان المعاطاة بين الناس في المحقرات بوضع الثمن في الموضع المعد له و أخذ المتاع بإذنه و مثلنا لذلك بأمثلة فراجع. و مقامنا من القبيل المذكور، و إذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبي، إذ لا صلة بينهما بوجه.

و أما الرواية المذكورة فهي غريبة عما نحن فيه، و إنما هي راجعة الى باب الشهادة و من الظاهر أنه لا ملازمة بين قبول شهادته في المحقرات و بين نفوذ معاملاته فيها.

و لو سلمنا قيام السيرة على نفوذ معاملات الصبي في الأمور اليسيرة، و سلمنا دلالة الرواية على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانعة عن معاملات الصبي.

و من هنا لا ينقضى العجب من المحقق التستري حيث قال بعد كلامه المتقدم:

(و هذا القول لا يخلو عن قوة إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أما السيرة و الضرورة فالتمسك بها في مقابل إطلاق الآيه و الرواية و فتوى الإمامية و غيرهم خروج عن جادة الصواب، و عدول عن طريق الاحتياط).

و الحاصل: أنه إن كان المراد من السيرة هو السيرة العقلائية فهي مردوعة بالروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي. و قد تقدمت هذه الروايات سابقاً، و إن كان المراد بها هو السيرة الشرعية فهي قائمة على كون الصبي آله لا على صحة معاملاته الصادرة منه استقلالاً و لا أقل من الشك في ذلك.

و إذن فلا وجه لنا للحكم بصحة معاملات الصبي و لو في الأمور المحقرة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٠

و ربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقاً أو في المحقرات برواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله (ص) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمه قد عرفت بصنعها يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعه بيده، فإنه إن لم يجد سرق (١).

و وجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهي في الرواية هو النهي التنزيهي، فيدل على نفوذ معاملات الصبي لا على فساده.

و الشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبي فاسدة لما حصل النقل و الانتقال بينه و بين غيره. و كان التصرف فيما بيده تصرفاً في مال غيره بدون إذنه، و عليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقة من الصبي لأن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضي.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الرواية ضعيفة السند بالنوفلى، و غير منجبره بشيء، فلا يمكن الاستناد إليها في الأحكام الشرعية. و يضاف الى ذلك: أن المراد من كلمة (كسب) المضافة إلى كلمة (الغلام) في الرواية إما المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر و على الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف: أعنى به مباشرة الصبي التجارة عند احتياج وليه الى ذلك، إلا أن هذه مباشرة ليست مباشرة استقلالياً، بل مباشرة تبعية، و أن الصبي - وقتئذ - بمنزلة الآلة لوليه في إيجاد المعاملة بينه و بين المشتري. و قد تعارف هذا المعنى في الخارج كثيراً، إلا - أن الامام عليه السلام قد نهى عنه تنزيها معللاً بأنه إذا لم يحصل من

تجارته شيء سرق خوفا من وليه.

(١) المروية في الوسائل في باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧١

و القرينة على هذه الدعوى: قوله (عليه السلام) في صدر الرواية: نهى رسول الله (ص) عن كسب الإماء، فإنها ان لم تجد زنت، مع انه لا شبهة في نفوذ كسب الأمة بإذن مولاها.

و يؤيد ما ذكرناه: أن النبي (ص) قد قيد النهي عن كسب الأمة و الغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد، فإنه مع العلم بذلك لا يقع الصبي على السرقة، و لا- أن الأمة تقع على الزناء، لأنه- وقتئذ- ينتفى ما يوجب السرقة و الزناء: أعنى به الفقر، ضرورة أنهما متمكانان من تحصيل المال.

و على الثاني فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط، أو الاستعطاء، أو الحيازة من المباحات الأصلية، كما أن المراد من كسب الأمة على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكورة.

و عليه فحكمه النهي عن كسب الغلام صيانته عن الاستراق من الناس كما أن حكمه النهي عن كسب الأمة محافظتها عن الفجور. و حينئذ فلا دلالة في تلك الرواية على نفوذ معاملات الصبي.

هل يصح طلاق الصبي المميز؟

الرابع: طلاق الصبي المميز.

قد وقع الخلاف في ذلك بين الخاصة و العامة [١].

[١] يشترط في المطلق ان يكون بالغاً، فلا يقع طلاق الصغير الذي لم يبلغ و لو مراهقاً مميزاً، و لا يحسب عليه طلاقه حال الصغر مطلقاً و لو كبر.

نعم الحنابلة قالوا: يقع طلاق المميز الذي يعرف معنى الطلاق و ما يترتب عليه من تحريم زوجته و لو كان دون عشر سنين، و يصح ان يوكل غيره بأن يطلق عنه، كما يصح للغير ان يوكله في الطلاق. فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٢

فذهب جمع من أصحابنا القدماء و المتأخرين إلى صحته.

و ذهب المشهور من متأخريهم إلى فساده.

و منشأ الخلاف في ذلك انما هو اختلاف الروايات.

و قد يقال: إن جملة منها تدل على نفوذ طلاقه، و جملة أخرى منها تدل على عدم نفوذه، و بعد تعارض كلتا الطائفتين و تساقطهما يرجع الى العمومات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتلم.

و التحقيق: أن الذي ظهر لي من النظر في الروايات أن الأخبار الواردة في طلاق الصبي على أربعة أنحاء:

منها ما دل [١] على نفوذ طلاق الصبي.

و منها ما دل [٢] على عدم نفوذه.

[١] عن سماعة قال: سألت عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال:

إذا طلق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقها فلا بأس و هو جائز. موثق بسماعة و غيره. الفقيه ج ٣ من طبعه النجف باب طلاق الغلام ص ٣٢٥. و الكافي باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤. و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٠.

[٢] عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله (ع) قال: ليس طلاق الصبي بشيء. صحيح.

و عن أبي بصير، عن أبي عبد الله (ع) قال: لا يجوز طلاق الصبي، و لا السكران موثق بابن سماعه و غيره. الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤.

و عن زكريا بن آدم، قال: سألت الرضا (ع) عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج بعد؟ فقال: لا يجوز. مجهول بمحمد ابن سهل. الوافي ج ١٢ باب طلاق الصبي ص ١٦٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٣

و منها ما دل [١] على نفوذه إذا عقل.

و منها ما دل [٢] على نفوذه إذا بلغ عشر سنين.

و حيث لا يحتمل أن يكون طلاق من بلغ عشا و لم يعقل صحيحا فلا بد من تقييد ما دل على نفوذ طلاق الصبي إذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشا و بذلك يقيد ما دل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشا، و عليه فيرتفع التعارض.

و لو سلمنا التعارض، و لكن لا بد من تقديم روايات النفوذ، لأنها مخالفة لأكثر العامة.

[١] عن ابن بكير عن أبي عبد الله (ع) قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. موثق بابن بكير. فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤. و الوافي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص ١٦٦.

[٢] عن ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله (ع) قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. مرسل. فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤. و الوافي ج ١٢ ص ١٦٦.

و عن محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، و محمد بن الحسين جميعا عن ابن فضال، عن ابن بكير عن أبي عبد الله (ع) قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. موثق بابن بكير. التهذيب ج ٢ باب طلاق الصبي ص ٢٧٠. و الوسائل باب ٣١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

قال سيدنا الأستاذ: إن هذه الرواية و إن كانت غير موجودة في نسخة الكافي، إلا انه يحتمل ان يكون السقط من النسخ، و قد أخرجها الشيخ، و صاحب الوسائل من النسخة التي كانت هي موجودة فيها. و لكن الظاهر ان هذه هي رواية ابن أبي عمير المتقدمة و ان هذا السند لحديث آخر المذكور قبلها، و كأن السقط من النسخ، كما يظهر من ملاحظة الكافي.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٤

ثم انه يظهر من روايتي السراد و الكناسي [١] أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين إذا أقر بذلك و أمضاه بعد البلوغ.

و لكن لا يمكن العمل بهما:

أما رواية السراد فهي رواية الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل، و هو لم يثبت توثيقه من القدماء، نعم وثقه العلامة في رجاله، إلا انه اجتهد منه و هذا ظاهر.

أضف الى ذلك: أنها مخالفة للإجماع القطعي، فإن الفقهاء بين قائل بالصحة، و بين قائل بالفساد، و اذن فلا واسطة بينهما.

[١] الحسن بن محبوب السراد، عن ابن رثاب، عن ابن مسكان، عن الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه

أبوه في صغره، ايجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: اما التزويج فصحيح، و اما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امرأته حتى

يدرك فيعلم انه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنه و هو خاطب من الخطاب، و إن أنكر ذلك و ابى ان يمضيه فهي امرأته. الحديث. الوافى ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبى ص ١٦٦.

و عن يزيد الكناسى، عن أبى جعفر (ع) - فى حديث تزويج الأب ابنته أو ابنه - قال: قلت له: جعلت فداك فان طلقها فى تلك الحال و لم يكن أدرك أ يجوز طلاقه؟ قال إن كان مسها فى الفرج فان طلاقه جائز عليها و عليه و إن لم يمسه فى الفرج و لم يلذ منها و لم تلذ منه فإنها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقربه حتى يدرك النساء، فيسأل و يقال إنك كنت طلقت امرأتك - فلانه فإن هو أقر بذلك و أجاز الطلاق كانت مطلقه بائنه و كان خاطبا من الخطاب التهذيب ج ٢ باب أولياء الصبيان ص ٢٢٢. و الوافى ج ١٢ ص ٦٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٥

أما رواية الكناسى المفصلة بين الدخول و عدمه فهي - مع أنها أيضا لا قائل بمضمونها - ضعيفه السند، لأن الكناسى لم يثبت توثيقه. هل يعتبر فى صحة العقد القصد الى مدلوله؟ قوله:

(مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به).

إشارة

أقول: قد اتفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقهية إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد. بل فى التذكرة ادعى الإجماع على ذلك.

و لا يخفى عليك: أن الفقهاء و إن أصابوا فى أصل اعتبار القصد فى العقد، إلا انهم قد أخطأوا فى أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل انما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد.

و توضيح ذلك إجمالا: أنا ذكرنا فى المباحث السابقة أن البيع - مثلا - ليس عبارة عن الإنشاء الساذج. سواء أ كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الأصوليين و غيرهم - أم كان عبارة عن إظهار أمر نفسانى بمرز - كما هو المختار عندنا.

و لا - أن البيع عبارة عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون إظهاره فى الخارج بمرز، و إلا - لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكية ماله لشخص آخر بإزاء الثمن و إن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجى و لا ريب أن كل ذلك بديهى البطلان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٦

بل حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفسانى المظهر بمرز خارجى، سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و سواء أ كان فى العالم شرع و عرف أم لا - و هكذا الكلام فى سائر الأمور الإنشائية برمتها من العقود و الإيقاعات و الأوامر و النواهي و غيرها، و إذن فلا يوجد أى عقد أو إيقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفسانى مع إظهاره بمرز خارجى، و إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه.

أما ما أفاده صاحب المسالك من عدم تحقق القصد فى العقد الصادر من المكره أو الفضولى فسيأتى فساده فى أول بيع المكره.

هل يعتبر تعيين المالك فى صحة البيع؟

إشارة

هل يعتبر في صحة البيع تعيين المالك، و هل يلزم ذلك على المتبايعين؟
تارة يقع الكلام في المعاملة بالأعيان الشخصية، و اخرى في المعاملة بالأموال الكلية: بأن يكون المبيع أو الثمن كلياً.

أما الجهة الأولى [المعاملة بالأعيان الشخصية]

فلا شبهة في أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع و لا من شرائطه، بدهة أن البيع اعتباراً بتبديل شيء بشيء في أفق النفس و إظهاره بمبرز خارجي من اللفظ و غيره. و لا ريب في أن هذا المعنى يتحقق بدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض و بالعكس، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن، أو تعيين مالك المثل، و لم يبق دليل تعبدى على ذلك.
و لا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين و بين صدوره من غيرهما - كالوكيل و الولي و الفضولي - و على هذا الضوء فالقصد الى العوض و تعيينه يغنى عن القصد الى المالك و تعيينه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٧

نعم يعتبر في مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس، و الا فلا يصدق عليه البيع، ضرورة أنه ليس الا بتبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، و عليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك موجبا لبطلان المعاملة. لكونه على خلاف مقتضى العقد.

نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبة على العقد لما كان الاشتراط، أو القصد المزبورين من الأمور اللاغية.
و مثال ذلك أن يشتري أحد من الخباز خبزا و يشترط عليه أن يعطيه للفقير، أو يتصدى هو بنفسه الإعطاء له، فان الخبز يدخل في ملك المشتري بالشراء و ان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهبة و نحوها.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد في صحة البيع انما يجرى في كل عقد لا يكون القصد الى المالك ركنا من أركان العقد، و الا يبطل العقد بعرائه عن ذلك. كالزوجين في عقد الزواج، فإنهما بمنزلة العوضين في البيع، ضرورة عدم حصول الغرض بصيرورة المرأة زوجا لرجل مبهم. و عدم صيرورة الرجل زوجا لامرأة مبهم. و كذلك الموقوف عليه و الموهوب له و الموصى له و الوكيل، فإنهم من الأركان في الوقف و الهبة و الوصية و الوكالة، فلا ينقصد شيء منها بدون القصد إلى هؤلاء و من غير تعيينهم

أما الجهة الثانية [المعاملة بالأموال الكلية]

فالكلية بما هو كلي لا يمكن بيعه في مقام الثبوت إلا بإضافته إلى ذمة خاصة من الذمم، إذ البيع - كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع - بتبديل شيء بشيء في جهة الإضافة. و من البين الذي لا ريب فيه أن الكلية بما هو كلي غير مضاف الى أحد لكي يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٨

أضف الى ذلك أن الكلية ما لم يضاف إلى ذمة شخص لا يكون مالا، و لا ملكا، و اذن فلا تقع المبادلة بين المالكين. و لا يقاس ذلك بطلاق زوج من الأزواج. أو بعثاق مملوك من المماليك، لصحة تعلق الطلاق و العتق بالجامع و هو عنوان احدى الزوجات، أو أحد العبيد، و عليه فيستخرج الواقع بالقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه. هذا كله في مقام الثبوت.

أما في مقام الإثبات فلا ريب في إضافة الكلية إلى البائع و انتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغته بعت، لانصراف الإطلاق إلى المنشئ انصرافاً عقلاً لأن فعل كل فاعل ينسب اليه، و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينته حالياً أو مقالياً على خلافه.

وقد اتضح لك مما تلوناه عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت و الإثبات فى كلام شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و أما إذا كان أحدهما كلياً فان كان الشخصى ملك شخصه و جب تعيين من يقع الكلى فى ذمته، و اما لو انعكس فلا يجب التعيين، و ذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلى بذمة نفسه، لأن ذمة الغير يحتاج الى التعيين، و الا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان و كلاً عن الغير).

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟

إشارة

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد إثباتاً بناء على اعتبار قصده ثبوتاً بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له و المشتري عالماً بالبائع؟.

يقع البحث هنا فى جهات شتى، و قد تعرض المصنف لبعضها و أغفل البعض الآخر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٧٩

الجهة الأولى: فى أنه إذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين، و لم يتعين فى مقام العقد للآخر

فالظاهر أن يحكم بصحة العقد، لأن قصد المالك لبا و ان كان ركناً فى العقد، كما هو المفروض، و لكن تعيينه للطرف فى المعاملة ليس بركن فيه، لحصول الغرض الأقصى مع إبهامه- أيضاً- فى مقام الإثبات و عليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل، و يخاطبه بقوله: بعثك منا من الحنطة بلا تصريح باسم من تكون الحنطة فى ذمته، و انما يصرح باسمه بعد تمامية العقد.

أو يقول: وهبت هذا المال لمن قصده، ثم يبين الموهوب له.

أو يقول: زوجتك المرأة المعهودة عندي، و يعينها بعد تمامية عقد الزواج. و هكذا الكلام فى ناحية القبول.

و الوجه فى ذلك هو أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين شيئين و حقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكية العين الموهوبة للمتهدب، و حقيقة الزواج عبارة عن اعتبار عدلية أحد الزوجين للآخر، و لا شبهة فى تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكورة، و لا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل و لا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب، بديهياً أن خصوصيات الأشخاص و ان كانت دخيلاً فى الأغراض الشخصية، و لكنها غير دخيل فى حقيقة العقود، و لا فى صحتها.

الجهة الثانية: أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد القابل وقوعه لغيره،

و الظاهر أنه لا ريب فى بطلان ذلك، لأن ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول، و ما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب، سواء فى ذلك أن يكون من له العقد ركناً فيه- كالنكاح و ما حذا حدوه، و ما لم يكن كذلك كالبيع و ما تلا تلوه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٠

و السر فى ذلك ما عرفته قريباً من أن العقود عبارة عن الاعتبار النفسانى المقرون بالمظهر الخارجى من اللفظ و غيره، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقة العقد.

ثم لا يخفى عليك: أن البحث فى هذه الجهة من صغريات البحث عن اعتبار التوافق بين الإيجاب و القبول، و قد تقدم فى محله أنه إذا لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعاً للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقدة بين المتعاقدين بل يكون- هنا- أمران لا يتصل أحدهما بالآخر.

الجهة الثالثة: هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب وقبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلك

أو إسناد الإيجاب إلى نفسه في ظاهر الكلام و قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلك، للمسألة صور.
الاولى: ان يعلم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال في غالب البيوع و الإجازات و نحوها، ففي مثل ذلك لا- يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعا، فلو قال بعتك هذه الدار بكذا ثم انكشف ان المشتري كان وكيلا لم يضر ذلك بالتطابق و بصحة العقد.

الثانية: ان يعلم من الخارج ارادة خصوص المخاطب، كما في النكاح و الوقف و الوصية و نحوها، ففي مثلها لا بد من اعتبار ذلك، فلو قال زوجتك فلانة و قبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال، لعدم المطابقة بين الإيجاب و القبول الثالثة: ان لا يعلم من الخارج لا ارادة الخصوصية، و لا ارادة عدمها، فالظاهر في هذه الصورة أنه لا بد من الاعتبار، كما اختاره المصنف قدس سره و ذلك لعدم إحراز التطابق المعترف في صحة العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصا آخر مع عدم اعلام ذلك لطرف العقد، فإذا لم يعلم ان الموجب- مثلا- قصد تملك ماله للأعم من المخاطب و غيره لم يجز للمخاطب قبول التملك لغيره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨١

بحث في عقد المكره

قوله:

(مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار).

إشارة

أقول: الفارق بين هذه المسألة و المسألة السابقة هو أن الكلام- هناك- مسوق لاعتبار قصد المعنى في العقود، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفا.

بخلاف المقام، فان البحث- هنا- في لزوم كون القصد ناشئا من الاختيار و إذن فالمسألان متغايران.

ثم إن المراد من الاختيار الذي نبحت عن اعتباره في العقد- هنا- هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء و طيب النفس مقابل الكراهة و عدم الرضاء لا- الاختيار مقابل الجبر و الإلجاء، و إلا لكان عقد المكره خارجا عن العقد موضوعا، لخلوه عن القصد المعترف في حقيقة العقد.

ثم إنه قد جرت عادة الفقهاء على البحث عن عقد المكره في كتاب الطلاق و لعله لورود الروايات الكثيرة على بطلان طلاق المكره. و إلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامة فلا يصح بيع المكره [١].

[١] الحنابلة- قالوا: يشترط في البيع ان يكون العاقدان مختارين ظاهرا و باطنا، فإذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فرارا من ظالم يريد اغتصابها. فان هذا البيع يقع باطلا، و لا ينعقد، لأنهما و إن تعاقدتا باختيارهما ظاهرا، و لكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع، و يسمى-

و لإطلاقه [١] على تفصيل في المذاهب.

- بيع التلجئة و الأمان.

اما إذا باع شيئاً فراراً من ظالم و نحوه من غير ان يتفق مع المشتري على ان هذا بيع تلجئة و امانه فان البيع يقع صحيحاً، لأنه صدر من غير إكراه في هذه الحالة.

الحنفية- قالوا: إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد، لأن القاعدة عندهم في المكره ان كل ما يكره على النطق به ينعقد. فإذا أكرهه ظالم على بيع ملكه، فان البيع ينعقد فاسداً، و يملكه المشتري ملكاً فاسداً و للمكره ان يجيز البيع بعد زوال إكراهه، و له ان يسترد العين حيث وجدها.

الشافعية- قالوا: بيع المكره لا ينعقد رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد و نواه حال الإكراه، فإنه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً.

المالكية- قالوا: الإكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦١.

[١] الحنفية- قالوا: طلاق المكره يقع خلافاً للأئمة الثلاثة، فلو أكره شخص آخر على تطليق زوجته بالضرب أو السجن أو أخذ المال وقع طلاقه.

المالكية- قالوا: لا يقع الطلاق على المكره. حتى لو أكره أن يطلق طلقه واحدة فأوقع أكثر فإنه لا يلزمه شيء، لأن المكره لا يملك نفسه كالمجنون الشافعية- قالوا: طلاق المكره لا يقع بشروط: أحدها ان يهدده بالإيذاء شخص قادر على تنفيذ ما هدد به عاجلاً.

ثانيها: ان يعجز المكره عن دفعه بهرب أو استغائه بمن يقدر على دفع الإيذاء عنه.

ثالثها: ان يظن المكره انه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الإيذاء الذي هددوه به-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٣

هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره في المسالك من أن المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ، لا إلى مدلوله. و قد أشرنا إليه في مطلع المسألة السابقة. و وعدنا لك- هناك- التعرض له في هذه المسألة- و هنا- موعده.

و ربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة- أيضاً- في التحرير من أنه لو أكره الزوج على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوعه، إذ لا إكراه على القصد.

و لكنه لا- وجه صحيح لهذا الاستظهار، فان الظاهر من العلامة هو التفصيل في المكره بالفتح بين المتمكن من التورية، و بين غير المتمكن منها بأنه إن كان

- رابعها: ان يكون الإكراه بحق، فإذا أكره على الطلاق بحق فإنه يقع.

خامسها: ان لا يظهر من المكره نوع اختيار، كما إذا أكره على ان يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة.

سادسها: ان لا ينوى الطلاق، فان نواه في قلبه وقع، أما التورية فإنها غير لازمة.

الحنابلة- قالوا: طلاق المكره لا يقع بشروط: أحدها ان يكون بغير حق ثانيها: ان يكون الإكراه بما يؤلم. ثالثها: ان يكون المهديد قادراً على فعل ما هدد به. رابعها: ان يغلب على ظن المكره انه ان لم يطلق يقع به الإيذاء.

خامسها: ان يكون عاجزاً عن دفعه، و عن الهرب منه. فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٤

الزوج قادرا على التوريه و طلق زوجته من غير أن يورى فى إنشائه فيحكم بصحة طلاقه، و إن لم يكن قادرا عليها و طلق زوجته- وقتئذ- فيحكم بفساد طلاقه. و من البين أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثانى فى المسالك. و كيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب و جوها فى توجيه ما فى المسالك و نقتطف منها ما يلى:

١- أن الصادر من المكروه و الفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا توجه إلى معناه. أما المكروه فلأنه لا يقصد وقوع النقل و الانتقال خارجا. و إنما غرضه الإنشاء الساذج دفعا للخوف المتوعد عليه من ناحية الجائر. أما الفضولى فلأنه يعلم جزما عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن إمضاء المالك، و عليه فيكون إنشاؤه خاليا عن قصد المعنى.

أما ما ذكر فى المكروه فيتوجه عليه: أن عقد المكروه كسائر أفعاله التكوينية الصادرة منه كرها، كالأكل و الشرب و القيام و القعود و نحوها، و لا نظن أن يتفوه أحد بصدورها من المكروه بغير قصد. و كذلك العقد. غاية الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء و طيب النفس.

على أن المكروه لا يقدر غالبا على قصد خصوص اللفظ دون المعنى، لعدم الالتفات اليه. و يضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقة العقد، لما عرفته فى المسألة السابقة من استحالة تحقق العقد بدون القصد، و معه لا مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه. لأن موضوع البحث فى عقد المكروه إنما هو العقد الجامع للشرايط غير الرضاء بالعقد. و لأجل ذلك يحكم عليه بالصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٥

إذا لحق به الرضاء و إذا كان خاليا عن القصد لم يكن قابلا للحكم عليه بالصحة أبدا لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد و إذا تحقق فى الخارج ما ليس بعقد لم يكن ذلك عقدا بالرضاء المتعقب- أيضا- لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه. مع أن المشهور حكموا بصحة عقد المكروه بالرضاء المتعقب.

نعم قد يتعلق قصد المكروه بخصوص اللفظ كما فى التوريه. و لكنه خارج عن مورد البحث.

أما ما ذكر فى الفضولى فيتوجه عليه: أن عقد الفضولى- أيضا- مقترن بالقصد و إلا لأستحال تأثيره بالإجازة- أيضا- على ما عرفته قريبا.

و مع الإغضاء عن ذلك: أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد انما يتم فى غير الفضولى المعتقد لمالكيه نفسه، أما فيما إذا اعتقد الفضولى أنه مالك فلا شبهة فى حصول القصد الى المعنى.

و على الجملة فلا إشكال فى تحقق القصد فى المكروه و الفضولى كتحققه فى غيرهما.

٢- ما ذكره المصنف و هذا نصه:

(المراد بعدم قصد المكروه عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج. و أن الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا أن كلامه الإنشائى مجرد عن المدلول).

و يرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفسانى فهو بديهى البطلان، لما عرفته قريبا من تحقق القصد فى المكروه. و أن عقده من هذه الناحية كسائر العقود الصادرة من المختارين.

و ان كان مراده من ذلك هو عدم القصد إلى إمضاء الشارع و حكمه بصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٦

العقد، لكى يترتب عليه الأثر. بل قصده إلى الحصه الفاسده.

فيتوجه عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، لأن المكره قد لا يلتفت الى فساد العقد شرعاً. بل يتخيل صحته. و عليه فهو قاصد لترتب الأثر الشرعى أيضاً.

ثانياً: أن ذلك لا- يضر بصحة العقد، فان قوام البيع- كما ذكرناه- انما هو باعتبار المبادلة بين المالين فى أفق النفس، و إظهاره فى الخارج بمظهر- سواء أمضاه الشارع، أم لم يمضه و سواء أ التفت المنشئ الى ذلك أم لم يلتفت اليه.

و على الجملة: ان الأحكام الشرعية المترتبة على العقود و الإيقاعات خارجة عن حقيقتها.

و لأجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده- كما إذا تعامل مع أبيه معاملته ربوية، ثم انكشف جواز ذلك- لم يحكم بفساده، و اذن فلا أثر لقصد الإمضاء الشرعى و عدمه.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ من (أن المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كل منشئ من رضائه بوقوع المدلول فى الخارج، كما أن الفضولى لم يقصد ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه).

و بتعبير آخر: ان ظاهر كلام العاقد هو وقوع إنشائه بالرضاء و طيب النفس، و أن ما أنشأه من العقد مستند الى نفسه. و لكن الأول منفى فى المكره و الثانى منفى فى الفضولى، لأنهما لم يقصدا ذلك.

و يرد عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، فان هذا لو سلم فإنما يسلم مع عدم التفات الناس الى حال المكره و الفضولى و الا لم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه ثانياً: أن عدم ظهور عقد المكره فى طيب نفسه، و عدم ظهور عقد الفضولى فى البيع لنفسه أجنبيان عن قصد العاقد للفظ دون معناه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٧

و على الجملة إنه: لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و هو (ره) أعرف بمقاله.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك: فساد ما ذكره النراقى فى المستند من أن الوجه فى بطلان البيع الإكراهى هو عدم وجود ما يدل على قصد البيع، حيث ان اجراء الصيغة مع الإكراه غير كاشف عن القصد، فلا- يكون من البيع العرفى، لأنه يعتبر فيه أن يكون- هناك- كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك و كونه مكرهاً قرينته على عدم ارادة ظاهر اللفظ.

ما استدل به على بطلان بيع المكره

إشارة

قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه: أن مقتضى القاعدة هو صحة بيع المكره فإنه عقد عرفى فيشملة ما دل على وجوب الوفاء بالعقد. و لكن استدل على فساد بوجوه و هى ما يلى:

الوجه الأول: الإجماع.

و يرد عليه: أن الإجماع و إن كان مسلماً و لكننا لا نظمن بكونه إجماعاً تعديداً، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الآتية.

الوجه الثانى: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَعَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾

و قد ذكرنا فى المباحث السالفة أن دخول الباء المفيدة للسببية فى كلمة الباطل، و مقابلتها فى الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على

أن الآية الشريفة في مقام تمييز الأسباب الصحيحة عن الأسباب الفاسدة. ثم إن المراد من الأكل في الآية المباركة ليس هو الازدراء - على ما هو

(١) سورة النساء الآية: ٢٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٨

معناه الحقيقي - وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعي.

سواء أ كان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها. وقد تعارف استعمال كلمة الأكل في التملك في الكتاب الكريم و في كلمات الفصحاء. بل و في غير العربية أيضا. و من ذلك قوله تعالى و لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ «١».

ثم إن الاستثناء في الآية المباركة سواء أ كان متصلا - كما هو الظاهر - أم كان منقطعا يفيد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض:

أما على الأول فواضح.

و أما على الثاني فلأن الاستثناء المنفصل و ان كان لا يفيد الحصر بنفسه و لكن الله تعالى حيث كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات - و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود - فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية.

و نتيجة ما ذكرناه حول الآية الكريمة: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجارة عن تراض و من الواضح الذي لا ريب فيه أن بيع المكره لا يعد من التجارة عن تراض، فيكون فاسدا.

ثم لا يخفى على الفطن العارف: أن المراد من الرضاء المذكور في الآية المتقدمة هو طيب النفس، لا الرضاء بمعنى القصد و الإرادة، أو الملازم لهما، فان ما هو شرط لصحة التجارة هو الأول. أما الثاني فإنه مقوم للعقد، فقد عرفت أن الله تعالى في مقام بيان الميز بين السبب الصحيح و السبب الباطل للمعاملات. و مع عدم تحقق العقد لا يبقى مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح و الفاسد.

(١) سورة البقرة الآية: ١٨٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٨٩

أضف الى ذلك: أن العقد من الأمور القصدية المظهرة بمظهر خارجي فلا يعقل صدوره من غير القاصد. و عليه فلو كان المراد من الرضاء في الآية القصد و الإرادة، أو ما يلازمهما لكان ذكره فيها مستدركا. لأن كلمة التجارة المذكورة فيها تغني عن ذكر كلمة الرضاء. تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علوا كبيرا. و عليه فالمراد من الرضاء في الآية الشريفة انما هو طيب النفس، لا القصد و الإرادة. و يحسن بنا توضيح ذلك إجمالا فنقول: ان الأفعال الاختيارية الصادرة من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طويلة كلها موجودة في أفق النفس: منها التصور. و منها التصديق بالفائدة. و منها الميل، و منها الشوق المؤكد المعبر عنه غالبا بالإرادة التي هي تأثير النفس في حركة العضلات. و لا شبهة في أن الفعل إذا عرى عن القصد و الاختيار لحق بالأفعال غير الاختيارية ثم ان الفائدة المترتبة على الفعل الاختياري على ثلاثة أقسام:

الأول: الفائدة الخالصة المترتبة على الفعل الخارجي. و ذلك كالربح المترتب على التكسب و الاتجار. و كالتلذذ المترتب على أكل المطعومات.

و كحرارة البدن المترتبة على لبس الألبسة، و الى غير ذلك من الأمثلة.

الثاني: أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجي المتوجه الى الشخص، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل

قضاء الضرورة من دون أن تكون هذه الضرورة من ناحية الظالم و نحوه.

و مثال ذلك: أن يضطر أحد إلى بيع داره لصرف ثمنها في علاج مريضه المشرف على الهلاك أو للإنفاق على عياله، أو لأداء الدين الواجب أو لدفع جريمة تثبت عليه في المحكمة الخاصة. و من هذا القبيل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا بيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٠

أشبه ذلك، فإن الإيجاب إنما يكون بالنسبة إلى دفع المال، لا بالنسبة إلى بيع ما ذكر.

الثالث: أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل دفعا لضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل - لا من الجهات الخارجية. و مثال ذلك أن يحمل الجائر أحدا على فعل خاص مع الإيعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما، فإن نفس الفعل - هنا - وان صدرت بمقدماته الاختيارية التي أشرنا إليها قريبا.

و لكن الفاعل لم يرض به.

و يتضح الفارق بين هذا القسم و بين سابقه بملاحظة ما يلي: و هو أن الظالم إذا أكره أحدا على بيع داره، و أوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر في صحة البيع. و هذا بخلاف ما إذا أكرهه براءة على إعطاء ألف دينار. و كان سبيل نجاته عن هذه الغرامة هو بيع داره فإنه حينئذ يحكم بصحة البيع لوقوعه برضا المالك و طيب نفسه. غاية الأمر أن الداعي إلى البيع إنما هو الاضطرار. و أيضا أن الفارق بينهما كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه و الا يهلكه. و بين من أجبره الجائر على قطع إصبعه، و إلا يقتله، فإن الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثاني. و هذا واضح.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، لأن البيع الصادر من المكره كرها كسائر أفعاله الاختيارية مسبوق بالمقدمات، من التصور و التصديق بالفائدة و الميل و الإرادة التي هي بمعنى الاختيار. و لكن هذا البيع الصادر من المكره فاقد للرضا و طيب النفس. و على هذا فعنوان التجارة لا يتحقق إلا بالإرادة و الاختيار. فبيع المكره تجارة غايته تجارة عن غير تراض.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩١

الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكره - الروايات «١» الدالة على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه،

و من الظاهر أنه لو كان بيع المكره نافذا لكان سببا لحلية ماله للمشتري بغير الرضاء و طيب النفس

الوجه الرابع: الروايات [٢] الدالة على بطلان طلاق المكره و عتاقه

فإنها و ان وردت في الطلاق و العتاق، و لكنها بضميمة عدم القول بالفصل بينهما و بين غيرهما من العقود و الإيقاعات تدل على المقصود.

الوجه الخامس: ما دل [٢] على رفع الإكراه في الشريعة المقدسة.

[٢] عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله «ع»، قال: سمعته يقول:

لو ان رجلا مسلما مر بقوم ليسوا بسلطان فقهره حتى يتخوف على نفسه ان يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء. مرسل.

و عن زرارة عن أبي جعفر «ع» قال: سألته عن طلاق المكره و عتقه؟

فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق. حسن بإبراهيم بن هاشم.

و عن يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله «ع» قال سمعته يقول لا يجوز الطلاق في استكراه، و لا يجوز عتق في استكراه. و انما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا اضطرار. ضعيف يحيى. الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق المكره ص ١٢٧. و الوافي ج ١٢ باب طلاق المكره ص ١٦٧

[٣] عن حريز بن عبد الله، عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله «ص»: رفع عن أمتي تسعة: الخطأ، و النسيان، و ما اكرهوا عليه، و ما لا يطيقون، و ما لا يعلمون، و ما اضطروا اليه، و الحسد، و الطيرة، و التفكير في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفه. مجهول بأحمد بن محمد بن يحيى العطار. توحيد الصدوق باب الاستطاعة ص ٣٦٤. و الخصال ج ٢ أبواب التسعة ص ٤٤. و البحار ج ١ ص ١٥٦. و الوسائل باب ٣٧ من قواطع الصلاة.

(١) قد تقدمت هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ١٣٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٢

و وجه الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو ما ذكرناه في علم الأصول من أنه لا اختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفية. بل يعم الأحكام الوضعية- أيضا- كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام، بل هو يجرى في الموضوعات أيضا، فإن فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له، و عليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم، كالإفطار في شهر رمضان، أو إنشاء بيع ارتفع حكمهما.

و على هذا فلا احتياج في الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق و العتاق [١]

و باب ٣٠ من أبواب الخلل في الصلاة. و باب ٥٦ من جهاد النفس. و الفقيه ج ١ من طبعه النجف ص ٣٦.

و عن احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن إسماعيل الجعفي عن أبي عبد الله «ع» قال: سمعته يقول: وضع عن هذه الأمة ست خصال: الخطأ، و النسيان و ما استكروها عليه، و ما لا يعلمون، و ما لا يطيقون، و ما اضطروا اليه.

و عنه عن الحلبي عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله «ص»:

وضع عن أمتي الخطأ و النسيان، و ما استكروها عليه.

و عنه عن ربي، عن أبي عبد الله «ع» قال: قال رسول الله «ص»:

عفى عن أمتي ثلاث: الخطأ، و النسيان، و الاستكراه، قال أبو عبد الله «ع» و هنا رابعة و هي ما لا يطيقون.

و عن احمد بن أبي عبد الله في المحاسن، عن أبيه، عن صفوان بن يحيى.

و احمد بن محمد بن أبي نصر جميعا عن أبي الحسن «ع» في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق. و صدقه ما يملك ا يلزمه ذلك؟ فقال: لا. قال رسول الله «ص»: وضع عن أمتي ما اكرهوا عليه. و ما لم يطيقوا. و ما أخطئوا صحيح. الوسائل باب ١٦ من كتاب الايمان.

[١] هذا المعنى مذكور في رواية البرقي المتقدمة في الحاشية السابقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٣

مع ضمنية عدم القول بالفصل- بينهما و بين سائر العقود و الإيقاعات- إلى الاستدلال المزبور.

كما لا- نحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم ببطلان العتاق و الطلاق بدءا الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد.

و لا احتياج إلى شيء منهما و إن كان كل منهما تاما في نفسه.
و على الجملة: إنه لا شبهة في دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكره
ما هو حكم المعاملة الصادرة من المضطر؟

بقي هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما:

الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهة حديث الرفع

فلا بد و أن يحكم بفساد العقود و الإيقاعات الصادرة من المضطر - لأجل الاضطرار - لعين ذلك الحديث، و قد تقدم مثاله قريبا.
و لكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد في مقام الامتتان، و من الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتتان، و عليه فلا
تكون المعاملة الاضطرارية مشمولة لحديث الرفع.
ما هو حكم المعاملة الصادرة من المكره بحق؟

الثاني: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما إذا كان المكره (بالكسر) من سنخ البشر.

أما إذا كان المكره (بالكسر) هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٤

اللّه تعالى بلسان سفرائه الطاهرين، فإنه - وقتئذ - لا يحكم بفساد العقد الواقع كرها، و لا يكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فان ذلك
اكراه بحق فلا - يمنع عن نفاذ البيع و إلا لزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الإكراهي لغوا محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً. و
قد تحقق هذا المعنى في موارد شتى، و نذكر منها ما يلي:

- ١- أن يحكم القاضي ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع، بل يقع معه صحيحاً نافذاً.
- ٢- الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في إجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيما إذا لم يوجد البازل. بل
عن المهذب البارع الإجماع عليه. و عن التنقيح عدم الخلاف في ذلك و قد وردت جملة من الروايات في ذم المحتكر، و حرمة
الاحتكار. و كونه من الجرائم الموبقة و يأتي البحث عن ذلك في أواخر كتاب البيع إنشاء الله.
- ٣- أن لا ينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب و الام و الأولاد و الأزواج و غيرهم، فإنه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك
على بيع أمواله و صرف ثمنها في نفقة هؤلاء. و لا يؤثر هذا الإكراه في بطلان بيعه، لما عرفته قريبا في المحتكر.
- ٤- أنه إذا امتنع الراهن من أداء دينه فإنه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونة و أداء دين المرتهن من ثمنها. فلا - يؤثر الإكراه في
فساد بيعه.

ثم انه بقي هنا شيء آخر لا - بأس بالتعرض له. و هو أن المحقق الايرواني قد استدلل على فساد عقد المكره بما حاصله: أن عنوان
المعاملة لا يتحقق عرفاً بإنشاء المكره، بداهة أنه و ان قصد المعنى قلباً، و تكلم باللفظ لساناً، إلا أنه لا رابطة بينهما لباً، ضرورة أنه لم
يأت باللفظ لأجل المقدمية و التوصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٥

الى المعنى لكي يكون ذلك وسيلة إلى تحقق عنوان المعاملة، بل انما أتى به بداع آخر. و عليه فقصد المكره للمعنى، كالقصد
السادج الخالي عن الإنشاء.

كما أن إنشاء كالإنشاء السادج الخالي عن القصد. و إذا لم يتحقق - هنا - عنوان المعاملة لم يترتب عليه أثر شرعى.

و لكن يتوجه عليه ما عرفته مرارا من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفسانى، و إبرازه بمبرز خارجى من اللفظ و غيره، و لا ريب فى أن هذا المعنى متحقق فى عقد المكره، غاية الأمر أنه فاقد لطيب النفس، إلا أنه غير دخيل فى عنوان العقد، و انما هو دخيل فى صحته.

و يضاف الى ذلك: أنه لو لم يكن إنشاء المكره مربوطا بالقصد و كان كل منهما غريبا عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسدا من ناحية انتفاء موضوع العقد، لا من ناحية الكره. و قد عرفت آنفا أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجدا لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس و الرضاء.

هل يعتبر فى الإكراه وجود حامل على المكره عليه؟

قوله: (إن حقيقة الإكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه).

أقول: هل يعتبر فى مفهوم الإكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان - هنا - إكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا يعتبر ذلك فى مفهومه، بل يكفى فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره (بالكسر) و ان كان الاعتقاد المزبور مخالفا للواقع؟. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٦

و يحسن بنا أولا: أن نقدم مقدمة فى طبيعة البحث عن ذلك و ملخصها:

أن النسبة بين عنوان الكراهة و عدم طيب النفس هى العموم المطلق، ضرورة أنه كلما تحقق - هنا - كره تحقق عدم طيب النفس. بخلاف العكس، فإنه قد لا يوجد الكره و لكن يتحقق عدم الرضاء و عدم طيب النفس - كما إذا تخيل أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجته أو عتاق عبده- و فعل ذلك ثم تبين أنه ليس هنا مكره (بالكسر)- فان عنوان الإكراه و ان كان غير متحقق فى المقام واقعا و لكن لم يوجد هنا رضاء أيضا بالمعاملة.

و قد يتوهم أن النسبة بين عنوان الإكراه و بين عدم الرضاء هى العموم من وجه، إذ قد يتحقق الإكراه و لا يتحقق عدم الرضاء، كما إذا باع أحد داره برضاء ثم علم بوجود المكره فى الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله.

و لكنه توهم فاسد بديهة أن حقيقة الإكراه متقومة بوجود المكره (بالكسر) واقعا، و علم المكره (بالفتح) به فإذا انتفى أحدهما انتفى عنوان الإكراه.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو حديث الرفع فلا مناص عن التكلم فى حقيقة الإكراه، و بيان ما يعتبر فيها من القيود و الشرائط، لكى يتضح ما هو المقصود من الحديث المزبور.

و ان كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو عدم اقترانها بالرضاء و طيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقة الإكراه فإن المدار فى صحة معاملات المكره و فسادها- وقتئذ- انما هو وجود طيب النفس و عدمه، و عليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص بتوهم أن الجائر قد أمره بذلك، و أوعدده على تركه بالضرب و القتل و نحوهما- و ان كان اعتقاده هذا موافقا للواقع- فان العقد المزبور فاقد لطيب النفس. نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٧

اجتمعت حقيقة الإكراه مع عدم طيب النفس.

و على الجملة: أن الميزان فى بطلان بيع المكره انما هو عراؤه عن طيب النفس، سواء أ استند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون - هنا - مخوف، أم استند الى جوف مستند إلى الجائر.

هل يعتبر في تحقق الإكراه الوعيد من الأمر؟

قوله: (و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه)

أقول: هل يعتبر في تحقق الإكراه الوعيد من الأمر، أم يكفي في ذلك توجه الضرر على المكروه (بالفتح) و لو من ناحية غير الأمر؟
الظاهر من المصنف هو الأول.

و قال السيد- عند قول المصنف: اقترانه بوعيد منه-: (فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقا من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضررا من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده. بل و كذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر.

و حينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أو صل إليه الضرر لا يعد من الإكراه).

و تبعهما في ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (يعتبر توعيد الطالب على الترك، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلاني على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضرر من شخص آخر غير الأمر).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٨

و لكن التحقيق: أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر و لو من ناحية غير الأمر، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفا من الضرر المتوجه إليه من ناحية السلطان إذا علم بمخالفة أمر ولده.

و لا يفرق في ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكروه هو حديث الرفع، و بين كونه عدم طيب النفس:
أما على الثاني فواضح.

أما على الأول فلما عرفته من أن حقيقة الإكراه حمل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه بالضرر سواء أ كان الضرر متوجها إليه من الأمر، أم كان متوجها إليه من غيره.

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السماوي، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصا خاصا ببيع داره، و إلا طلب من الله تعالى أن يمطر عليه حجارة من السماء، أو يرسل عليه ريحا عاصفة فباعها خوفا من الغضب الإلهي، فإن البيع المذكور يحكم بصحته، لما عرفته- قريبا- من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الإكراه من ناحية العباد، لا الإكراه من ناحية الله سبحانه. و هذا ظاهر.

هل يعتبر في الإكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكروه عليه؟

هل يعتبر في صدق الإكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكروه عليه، أم يكفي في ذلك مجرد الاحتمال؟

ذكر المصنف: أنه يعتبر في ذلك كون الضرر مضمون الترتب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل، أو بحال من يتعلق به، أو يضر بماله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٢٩٩

و قد اكتفى شيخنا الأستاذ في صدق الإكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكروه عليه، و قد عرفت عبارة مقرر بحثه آنفا.

و هذا هو الصحيح، لما عرفته- قريبا- من أن المدار- في فساد عقد المكروه- على انتفاء طيب النفس، و هو حاصل بمجرد الخوف النفساني الحاصل من وعيد الأمر، و معه لا دليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به، بل يكفي في ذلك مجرد الاحتمال العقلاني.

ثم ذكر السيد: (أنه لا- بد في صدق الإكراه من كون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه، فلو قال: افعل كذا و إلا قتلتك قصاصا.

أو و إلا طالتك بالدين الذي لى عليك و نحو ذلك لا يصدق عليه الإكراه).
و قد يناقش فيه بأن المعاملة- عندئذ- فاقد لطيب النفس و الرضاء.
فتكون فاسدة.

و لكن الظاهر: أن ما ذكره السيد هو الصحيح، و ذلك من جهة أن الإكراه ينصرف عرفا الى غير ذلك، و على فرض عدم الانصراف فالحديث لا يشملها، لأنه على خلاف الامتنان.

و توهم: أن المعاملة- حينئذ- فاقدة لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقيق الرضاء بالمعاملة، فإن الضرر إذا كان مستحقا عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع، أو دفعه عن نفسه باختياره و بالتراضى بينه و بين من يستحق عليه.
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٠

هل يعتبر في الإكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر؟

قوله: (ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن ذلك الضرر المتوقع بما لا يوجب ضررا آخر).
أقول: هل يعتبر في موضوع الإكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوقع به بتورية أو غيرها أم لا يعتبر ذلك في موضوعه، بل يعتبر في حكمه: أعنى به الأثر المترتب على الإكراه من بطلان المعاملة و غيره. أم يفصل بين المعاملات و غيرها، و يلتزم بعدم الاعتبار فى الأول دون الثانى، أم يفصل بين التورية و غيرها، و يلتزم- فى تحقق مفهوم الإكراه- باعتبار العجز عن غير التورية دونها، أم لا يعتبر شىء من المذكورات؟.

و قبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقة التورية: و هى فى اللغة بمعنى الستر و الإخفاء و إلقاء كلام ظاهر فى معنى و إرادة خلاف ظاهره. مع إخفاء القرينة على المراد، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره. و خيل إليه أنه أراد ظاهر كلامه.

و قد ذكر الطريحي فى مجمع البحرين وريت الخبر بالتشديد تورية إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر و تنطق به و تريد الخفى.

و فى القاموس: وراه تورية أخفاه.

و فى تلخيص المفتاح: و منه التورية و تسمى الإيهام- أيضا- و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد. إلخ.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠١

و لكن لا يخفى عليك: أن التورية كما تتحقق فى الأقوال كذلك تتحقق فى الأفعال- أيضا- و لا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها فى الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادرة منه فيقول: علم الله ما قلته، حيث يظهر كلمة الموصول على صورة أداة النفى.

و يخيل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان العلماء و المحققين فى حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن على عليه السلام و أبى بكر بأنه أيهما خليفة الرسول صلى الله عليه و آله فقال: من بنته فى بيته.

و منه قول عقيل عليه السلام: أمرنى معاوية أن ألعن عليا ألا فالعنوه.

و من القبيل المذكور ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال: أربعة أربعة أربعة، و قصد من ذلك الأئمة الاثني عشر، و زعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع.

ثم لا يخفى عليك: أن الكلام الذي يورى به قد يكون ظاهرا في بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب لغاوته و قصور فهمه لا يلتفت اليه، و لا-ريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التورية موضوعا. و إنما هو كسائر الخطابات الصادرة من المتكلم في محاوراته و محادثاته.

و منه ما نقل عن بعض الأجلة أن شخصا اقترح عليه أن يعطيه شيئا من الدراهم و يعينه بذلك، و كان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فلقى السبحة من يده على الأرض و قال: و الله ان يدي خالية، و تخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من إعطاء سؤله و قضاء حاجته.

أما جريان التورية في الأفعال فهو من الواضح بمكان و ان لم يتعرض له من فسر التورية و بين حقيقتها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٢

و مثال ذلك: أن يكره الجائر أحدا على شرب الخمر، فأخذها المكروه (بالفتح) و أهرقها على جيبه، و خيل إلى الجائر أنه شربها. و أن يكره أحدا على أخذ أموال الناس بالظلم و العدوان. فأخذ المكروه (بالفتح) مال الظالم سرا و دفعه اليه جهرا، و يخيل إليه أنه أخذه من الناس و أعطاه إياه.

و أن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوما في الليل المظلم، فيورى العامل في فعله بضرب سوطه على الجدار، و يأمر المظلوم بالنياحة و البكاء لكي يفهم الظالم أنه يضربه. و الى غير ذلك من الأمثلة.

و عليه فإذا قلنا بوجوب التورية في الكلام مع التمكن منها قلنا به في الأفعال- أيضا- فإن سبيلهما واحد. و هذا واضح لا ستار فيه.

ثم انه فصل المصنف- هنا- بين المعاملات و غيرها، حيث اعتبر العجز عن التفصي في حقيقة الإكراه في الثاني دون الأول.

و ملخص كلامه: أن المناط في الإكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعاملة. و لا ريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع إمكان التفصي.

و مثاله: أنه لو جلس أحد في مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره فان المكروه بالفتح و ان كان له في غير هذا المكان خدم يكفونه عن شر المكروه (بالكسر) إلا أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه و لا يتمكن في هذه الحالة من دفع ضرر الجائر عن نفسه، و عليه فالإكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا، و حينئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعاملة الصادرة من المكروه.

و هذا بخلاف الإكراه على أمر محرم كالكذب و شرب الخمر و الزناء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٣

و أشباهها فإن الشخص المزبور في المثال المذكور لا يعذر بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل فان المناط في الإكراه-المعتبر في تسويغ المحرمات- هو الإكراه بمعنى الجبر. و المناط في الإكراه-المعتبر في رفع الأثر عن المعاملات- هو عدم طيب النفس كما عرفته قريبا و كم فرق بينهما.

و يدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا يمين في غضب و لا في قطيعة رحم، و لا في جبر، و لا في إكراه قال: قلت أصلحك الله فما فرق بين الإكراه و الجبر؟ قال: الجبر من السلطان يكون، و الإكراه من الزوجة و الأب و الام و ليس ذلك بشيء «١» حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات إنما هو الإكراه بمعنى عدم طيب النفس و ان لم يتوجه على ترك المكروه عليه ضرر- كما في إكراه الأب و الام و الزوجة- فيكون أوسع دائرة من الإكراه المسوغ لسائر المحرمات.

و لكن يتوجه عليه أولا- أن معنى الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه. و لا-ريب أن هذا المعنى ينطبق على جميع موارد الإكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات و المحرمات. و عليه فمجرد مقابلة الإكراه مع الإكراه- في الرواية- لا

تدل على التفرقة بين المعاملات والمحرمات بل غاية ما يستفاد منها أن دائرة الإكراه الراجع لأثر المعاملات أوسع من دائرة الإكراه المسوغ للمحرمات، فإنه يتسامح في الأول بما لا يتسامح في الثاني. و يضاف الى ذلك: أنه لم يذكر في الرواية أن الإكراه يكون في

(١) الفقيه ج ٣ من طبعه النجف باب ٩٨ الايمان ص ٢٣٥. و فروع الكافي ج ٧ من ط ٢ باب ما لا- يلزم من الايمان ص ٤٤٢. و التهذيب ج ٢ كتاب الايمان ص ٣٢٨. و الوافي ج ٧ ص ٩٢. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٤

المحرمات فقط، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان. و بين الأب و الام و الزوجة و عليه فما ذكره المصنف- في المثال المزبور من بيان المائر بين المعاملات و بين المحرمات- لا- يبتنى على أساس صحيح، بل كما لا يسوغ مع الإكراه- المذكور في المثال- ارتكاب المحرمات كذلك يحكم- معه- بنفوذ المعاملات بديهته أن الإكراه إنما يؤثر في فساد المعاملة إذا كانت المعاملة المكروه عليها فاقده لطيب النفس من ناحية الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك، و لم يقدر المكروه (بالفتح) على دفعه عادة و من بين الذي لا ريب فيه أن طيب النفس متحقق في المثال، لتمكن البائع من عدم البيع، و لو بالاستنصار من خدمه و عشيرته لكي يدفعوا عنه الضرر.

ثانيا: أنه لا دلالة في الرواية المذكورة على التفرقة بين المقامين، ضرورة توجه الضرر على ترك المكروه عليه في الأمثلة التي ذكرت في الرواية كيف فان ترك ما يريده الأب أو الأم أو الزوجة قد يوجب اختلال العيش و اضطراب الفكر، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك، و إذن فتبعد الرواية عن إثبات صدق الإكراه بدون توجه الضرر على ترك المكروه عليه.

أضف الى ذلك: أن الرواية ضعيفة السند، فإن الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم، و هو اما مجهول أو ضعيف. ثم ان المصنف قد فصل- هنا- تفصيلا آخر و هو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتورية و غيرها، حيث اعتبر الثاني في مفهوم الإكراه دون الأول و حاصل كلامه: أن الظاهر من النصوص و الفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التورية في موضوع الإكراه أو حكمه، إذ من البعيد جزما أن يحمل عموم حديث الرفع، و خصوص النصوص- الواردة في طلاق المكروه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٥

و عتقه و الشهرة المدعاة في حكم المكروه- على صورة العجز عن التورية، لجهل أو دهشة، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور، كما يتضح ذلك لمن يراجعها.

و يضاف الى ذلك: أن القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا، بداهته أن الأصحاب- وفاقا للشيخ في المبسوط- جعلوا من شروط تحقق الإكراه علم المكروه أو ظنه بوقوعه في الضرر المتوقع به مع الامتناع عن إيجاد المكروه عليه، و من بين أنه لا شبهة في وجود الملازمة بين امتناع المكروه (بالفتح) عن الفعل المكروه عليه، و بين وقوعه في الضرر- الذي هو المعتبر في صدق الإكراه- مع التمكّن من التورية، كما لا شبهة في انتفاء هذه الملازمة مع التمكّن من غيرها. و إذن فموضوع الإكراه متحقق في الأول فيلحقه حكمه، دون الثاني مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في قضية عمار و أبويه [١].

و لكن يتوجه على ذلك: أنه لم يتضح لنا الفارق بين إمكان التفصى بالتورية و غيرها، فكما لا- يتحقق مفهوم الإكراه في الثاني، كذلك لا يتحقق مفهومه في الأول- أيضا.

[١] قصة عمار على ما رواها المفسرون في شأن نزول قوله تعالى «إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»- سورة النحل، الآية: ١٠٦- ان قريشا اكرهوه و أبويه ياسر و سمية على الارتداد فأبى أبواه فقتلوهما، و هما أول شهيدين في الإسلام، و أعطاهم عمار بلسانه ما أرادوا

مكرها فقيلا: يا رسول الله ان عمارا كفر فقال: كلا ان عمارا ملئ ايمانا من قرنه الى قدمه، و اختلط الايمان بلحمه و دمه، فاني عمار رسول الله (ص) و هو يبكي، فجعل النبي (ص) يمسح عينيه و قال: ما لك إن عادوا لك فعدهم بما قلت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٦

و من هنا لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته على جيبه حرم عليه شربها جزما و قد تقدم أن التورية كما تجرى في الأقوال تجرى في الأفعال- أيضا.

و كذا لو أكره الجائر أحدا على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت الى حاله. و أنه يفعل الفعل المكره عليه أو لا يفعله، فإن أحدا لم يتوهم تحقق الإكراه- هنا- مع أن الملازمة المزبورة متحققة- هنا- في مورد المثالين جزما.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه سابقا من أن المناط في بطلان معاملة المكره إنما هو انتفاء طيب النفس و الرضاء كما بنى عليه المصنف فيما سبق، و من الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصي بالتورية، و معه كيف يتحقق الإكراه.

أما ما ذكره من التمسك بإطلاق حديث الرفع و سائر الروايات الواردة في طلاق المكره، و عتاقه و النصوص الواردة في تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصي في حكم المكره عليه.

فيتوجه عليه: أن التمسك بذلك إنما هو بعد إحراز الموضوع:

أعني به تحقق الإكراه، و قد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصي.

أما ما ذكره من أن العجز عن التورية لو كان معتبرا في رفع الأثر عن الفعل المكره عليه لأشير إليه في قضية عمار و أبويه من جهة شفقة النبي صلى الله عليه و آله عليه.

فيتوجه عليه أولا: أن عظمة عمار و نبوغه في العلم و التقوى مانعة عن تكلمه بكلمة الكفر مع قصده الى معناها، بل هو لم يتكلم بكلمة الكفر إلا ظاهرا بلسانه، و كان قلبه مطمئنا بالايمان، و عليه فشان تكلمه بكلمة الكفر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٧

شأن تكلم الكفار بكلمة الشهادة عند الخوف و الدهشة من غير إرادة جديده، و إذن فلم تكن حاجة الى التنبيه.

ثانيا: أن الرسول صلى الله عليه و آله و ان لم ينه عمارا على التورية، و أغفل تعليمه إياها و لكنه من جهة عدم مشروعتها في أمثال المقام، فإن إظهار الكفر- و لو مع التورية- محرم في نفسه، لأنه هتك لله سبحانه و تجاسر لعظمته. و كذلك التكلم بكلمة الفحش و أشباهها. و من البديهي أنه لو جازت التورية في إظهار كلمة الكفر عند التقي لجازت مطلقا و لو في غير حال التقي.

و من العجب: أن المصنف ذكر أنه لو سلم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية في موضوع الإكراه و حقيقته كان مقتضى عموم حديث الرفع و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتاقه و معاهد الإجماعات و الشهرة المدعاة إلحاق القادر بالعاجز حكما، إذ من البعيد جدا حمل جميع ذلك على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بل لا يمكن الالتزام بهذا الحمل في بعضها من جهة المورد، كما لا يخفى على من راجعها.

و وجه العجب: أنا لم نجد رواية تدل على إلحاق غير المكره بالمكره حكما.

أما حديث الرفع و ما ورد في طلاق المكره فلم يذكر في هذه الروايات إلا مادة الكراهة و ما يقتطف منها، و لا تعرض فيها لبيان موضوع الإكراه و لا لتنزيل غير المكره منزلة المكره حكما.

و أعجب من الكل دعواه الإجماع على التنزيل مع أنا لم نر من ذلك في كلمات الفقهاء عينا و لا أثرا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٨

قوله: (أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق احدي زوجته فقد استشكل غير واحد)

أقول: تحقيق البحث- في المقام- أنه إذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الإكراه باختيار كل منهما، و يترتب عليه أثره أم لا؟

تحقيق ذلك يقع في ناحيتين:

الاولى في الأفراد العرضية.

و الثانية في الأفراد الطولية.

أما الناحية الأولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الإكراه فيما إذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو أمور كثيرة، بدهاء أن الفاعل مخير في اختيار أيهما، فيكون صدوره منه بطيب نفسه و رضاه، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة، و بحرمه الإتيان به إن كان من المحرمات.

و قد ناقش فيه المصنف بالنقض ب (أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا، إذ الموجود في الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى: أن وجوده الخارجي ناشئ عن إكراه و اختيار، و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصية).

و الجواب عن هذه المناقشة: أنه فرق بين وقوع الإكراه على بيع الدار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٠٩

و بين وقوعه على طلاق احدي الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، فان المكره عليه و إن كان كلياً في كلا الموردین، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص و لا في وقت معين، إلا أن خصوصية كل فرد من طلاق احدي الزوجتين أو عتاق أحد العبدین محط نظر المكره (بالكسر) و هذا بخلاف الخصوصية الموجودة في بيع الدار، فإنها عوارض فردية و خارجة عن مورد الإكراه، فالقياس مع الفارق.

و التحقيق في المقام: أنا قد ذكرنا- في مبحث الواجب التخييري من علم الأصول: أن الواجب- هنا- هو الجامع العنواني الانتزاعي، و هو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما، إذ لا ريب في إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الأفعال على البدل، ضرورة أنه لا يعتبر في متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصلة، بل يجوز أن يكون من الكليات الانتزاعية، و إذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين، أو الأفعال على البدل، فإنه لا بد و أن يكون متعلق الإيجاب- أيضا- كذلك.

أضف إلى ذلك: أنه لا- شبهة في إمكان تعلق الصفات الحقيقية ذوات الإضافة بأحد الأمرين أو الأمور، كما إذا علمنا بفسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر- أيضا- و كان كلاهما فاسقا في الواقع، فان متعلق العلم- هنا- هو أحد الفسقين على نحو الإبهام و الاجمال، لعدم تعيينه في الواقع.

و إذا أمكن تعلق الصفات الحقيقية ذوات الإضافة بأحد الأمرين أو الأمور أمكن ذلك في الأمور الاعتبارية- أيضا- جزما.

و مقامنا هذا نظير الواجب التخييري، فإنه إذا أكره أحد على الإتيان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الإكراه أو الاضطرار على الجامع، لا على خصوص كل فرد من الأفراد، و هذا المعنى لا ينافي وجود الطبيعة الكلية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٠

في ضمن كل فرد من الأفراد فإن لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لا أن يكون بنفسه مكرها عليه، للفرق الواضح بين تعلق الإكراه بشيء بداءة و بين تعلقه به بواسطة الكلي، فإن اختيار أي فرد من الأفراد بعد تعلق الإكراه بالكلي من باب الاضطرار.

و من هنا اتضح لك الفارق بين الإكراه على بيع الدار، و بين الإكراه على تطليق إحدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، بديهة أن الأول بنفسه مورد للإكراه دون الثاني، فإن مورد الإكراه فيه هو الجامع، و أما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الإكراه. و قد ظهر لك مما بيناه فساد ما ذكره المحقق الايرواني من أن الأشخاص تعد مكرها عليها بالإكراه على القدر المشترك. و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه إذا تعلق الإكراه بالقدر المشترك بين الفعلين، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفية أو يكون كلاهما عقدا أو يكون أحدهما عقدا و الآخر محرما، أو يكون أحدهما عقدا و الآخر مباحا أو يكون أحدهما محرما و الآخر مباحا.

فان كان كلا الأمرين حراما تكليفيا- و كانا متساويين في ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشد مبعوضية من الآخر في نظر الشارع- كان المكروه (بالفتح) مخيرا في اختيار أي منهما، ضرورة أن نسبة المكروه عليه- و هو الجامع- الى كل منهما على حد سواء. و إن اختلفت الأفراد و لم تكن متساوية الإقدام في ملاك التحريم، فإنه- وقتئذ- لا بد و أن يختار ما كان أقل مبعوضية. و مثال ذلك ما إذا أكره شخص على شرب أحد الإنائين، و كان أحدهما نجسا و الآخر نجسا و مغصوبا- معا- فإن الإكراه- هنا- انما يتعلق بشرب النجس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١١

فلا يجوز للمكروه (بالفتح) أن يشرب ما هو مغصوب و نجس.

و هكذا لو أكره شخص على شرب أحد المائعين، و كان أحدهما خمرا و الآخر متنجسا، فإنه لا يسوغ له أن يختار شرب الخمر، لعدم كونه بالخصوص موردا للإكراه، بل لا بد له من اختيار ما يكون ملاك المبعوضية فيه أقل و أخف و قد انجلى لك مما ذكرناه أنه إذا أكره شخص على أحد الفعلين و كان أحدهما مباحا و الآخر حراما لم يكن المكروه عليه مخيرا في الإتيان بأى منهما بل لا بد له من اختيار المباح، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين و كان أحدهما ماء و الآخر خمرا لم يجز له شرب الخمر- حينئذ- بزعم تعلق الإكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما.

و إن كان كلا الأمرين عقدا أو إيقاعا، أو كان أحدهما عقدا و الآخر إيقاعا فإن كان الأثر مترتبا على أحدهما دون الآخر- بأن أكره على البيع الصحيح أو الفاسد، و اختار المكروه (بالفتح) إنشاء البيع الصحيح- حكم بصحته، لأنه لم يصدر من المكروه كرها بل إنما صدر منه باختياره و طيب نفسه، فلا وجه لبطلانه.

و إن كان الأثر مترتبا على كل منهما- من غير أن يختص أحدهما بخصوصية زائدة- كان الجامع بالنسبة إليهما متساوي الأقدام،- و حينئذ- فيصير كل واحد من الأمرين مصداقا للمكروه عليه: أعنى به الجامع. و قد عرفت أن مجرد كون الشيء مصداقا للمكروه عليه و إن لم يوجب ارتفاع الحكم، و لكن حيث كان المكروه (بالفتح) مضطرا إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من من جهة الاضطرار. و بعبارة أخرى: أن الإكراه قد تعلق بداءة بالقدر المشترك بين الأمرين، و القدر المشترك لا يتحقق إلا في ضمن أحدهما، لاستحالة وجود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٢

الطبيعي في الخارج بدون أفراد و إذن فالمكروه مضطر إلى إيجاد أحد الأمرين لا على التعيين، لأن تركهما معا يستلزم توجه الضرر عليه، و من الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعي و التكليفي، كما أن الإكراه يوجب ذلك. لا- يقال: إن الاضطرار إلى إيقاع عقد أو معاملة لا- يوجب ارتفاع أثره- كما تقدم- فكيف يحكم بالبطلان في المقام من جهة الاضطرار.

فإنه يقال: فرق واضح بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم، حيث إن الاضطرار- هناك- انما نشأ من الجهات الخارجية، كالإنفاق للزوجة، و علاج المريض، و بنائه الدار، و خياطة الثوب، و أشباه ذلك، و بيع الدار- مثلا- وسيلة إلى دفع الاضطرار.

و هذا بخلاف المقام، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الإكراه، و هو متفرع عليه، و من ثم كان الحكم بالبطلان في المقام موافقا للامتنان بخلاف ما تقدم.

و إذا أكره على أحد الفعلين، و كان أحدهما مباحا- كشرب الماء- و الآخر معاملة- كبيع الدار- و اختار المكروه (بالفتح) المعاملة لم يحكم بطلانها بدهاءة أنها لم تكن بخصوصها موردا للاضطرار. و لا متعلقا للإكراه، إذ كان للمكروه أن يختار شرب الماء، فاخياره بيع الدار ناشئ من الرضاء و طيب النفس.

و من هنا اتضح لك حكم ما لو أكره على الجامع بين البيع الصحيح و البيع الفاسد، فان ما تعلق به الإكراه- أعنى به الجامع- لا أثر له لكى يرتفع بالإكراه و ماله الأثر- و هو الصحيح- لا إكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره و إن كان هو أو مقابله مما لا بد من تحققه، و لكنك قد عرفت أن مجرد اللابديه لا يوجب تحقق الإكراه، و إنما يوجب تحقق الاضطرار، و من الواضح أن الاضطرار مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٣

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضا.

و عليه فاخيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء و طيب النفس، فيحكم بصحته.

و قد اتضح لك مما ذكرناه: أنه لو أكره شخص على إيجاد أحد الأمرين، إما بيع شئ من أمواله، أو أداء مال مستحق عليه فاخيار المكروه (بالفتح) البيع لما حكم بطلانه.

و كذا لو أكره الراهن- عند حلول أجل الدين- على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن و اختار الراهن الثانى لحكم بصحته.

و من هنا علم انه لو أكره أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه فضولا فباع دار نفسه، فإنه لا يحكم بفساده، إذ لا محذور عليه- هنا- فى إنشاء البيع الفضولى، لأن هذا لا يعد تصرفا فى مال غيره لكى يكون من قبيل الإكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحا و الآخر محرما بل هو بمنزلة الإكراه إما على بيع الدار، أو على شرب الماء، فإذا اختار بيع الدار و ترك شرب الماء حكم بصحته، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء و طيب النفس لا من الجبر و الإكراه.

و إذا أكره على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معاملة- كبيع الدار- و الآخر حراما- كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة و نحوها- فالكلام فيه يقع فى جهتين: الاولى فى الحكم التكليفى. و الثانية فى الحكم الوضعى:

أما الجهة الاولى فلا شبهة فى حرمة الإقدام على الحرام و ترك المعاملة بدهاءة أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعية و من الواضح أنه لا يسوغ ترك المباح و الإقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب أحدهما، إذ الحرام ليس بنفسه موردا للاضطرار و لا متعلقا للإكراه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٤

بل يمكن التفصى عنه بفعل المباح، و قد عرفت ذلك فيما سبق.

أما الجهة الثانية فالظاهر أن يحكم بطلان البيع مع الإقدام عليه لصدوره من المكروه كرها، لا من الرضاء و طيب النفس فيشمله دليل رفع الإكراه.

و بعبارة اخرى أنه إذا أكره أحد إما على فعل الحرام أو على بيع داره- مثلا- و ترتب الضرر على ترك المكروه عليه- كان متعلق الإكراه هو البيع فقط، بدهاءة أن الإقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع، و اذن فيرتفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع. و الى هنا انتهى الكلام فى الأفراد العرضية

أما الناحية الثانية:- أي البحث في الأفراد الطولية- فهل يجرى فيها جميع ما أسلقناه في الأفراد العرضية أم كان حكم الإكراه و الاضطرار- هنا- منحصرًا بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات و المحرمات، فيحكم بحرمه المبادرة إلى فعل المحرمات و بجواز الاقدام على المعاملات؟.

ذهب شيخنا الأستاذ إلى الأخير و إليك نص مقرر بحثه: (و الظاهر في هذه الصورة (: أي في الإكراه على الافراد الطولية) الفرق بين المحرمات و المعاملات، فلو كان مكرها، أو مضطرا الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادرة إليه في أول الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لا- بد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لا مجوّز له. و أما لو كان مكرها في بيع داره موسعا فلو كان مأيوسا من التخلص عنه فإقدامه على البيع في أول الوقت لا يخرج عن الإكراه، و أما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار و الفرق واضح).

و قد ذكر في مبحث التراحم من علم الأصول: أنه إذا كانت القدرة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٥

كل من الواجبين شرطا عقليا و كان أحد الواجبين أهم من الآخر، فيقدم فيه الأهم على غيره.

و السر فيه أن الأهم بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزا مولويا للمكلف عن الطرف الآخر، دون العكس، فتكون نسبة الأهم إلى غيره كنسبة الواجب الى المستحب أو المباح، فكما لا- يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحما للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحما للأهم، و لا يفرق في ذلك بين كون المتراحمين عرضيين، و بين كونهما طوليين، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتراحمين طوليين فعليا و بين كون أحدهما فعليا، دون الآخر مع تمامية ملاكه.

أقول: أما ما أفاده من القاعدة الكلية في مزاحمة الأهم و المهم فهو متين جدا. و قد قرناه في المبحث المذكور من علم الأصول.

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات و غيرها فلا يرجع الى معنى محصل بداهه أن الإتيان بالفرد المتقدم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكره عليه و لا المضطر إليه لكي يرتفع حكمه، سواء أ كان ذلك من قبيل المعاملات، أم كان من قبيل الأمور المحرمة، فإن الذي يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأول، و عليه فلا ملزم له في فعله.

نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه.

و على هذا فلو أكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة، أو يوم السبت فبإدرا الى بيعها يوم الجمعة فإنه يحكم بصحة هذا البيع، لصدوره عن الرضاء و طيب النفس.

و كذا إذا أكره على فعل المحرم اما يوم الجمعة، أو يوم الخميس، فإنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٦

لا- تجوز المبادرة إلى فعل ذلك يوم الخميس، إذ لا مانع عن توجه النهي إلى المكره- عندئذ- و عليه فمتعلق الاضطرار في الأفراد الطولية انما هو الفرد المتأخر فقط، سواء في ذلك المعاملات و غيرها.

ما هو حكم الإكراه على ترك احد الواجبين؟

لا يخفى عليك: ان ما ذكرناه في الأفراد العرضية و الطولية جار في الواجبات أيضا.

و مثال ذلك: أنه إذا اضطر أحد إلى الإفطار، أو أكره عليه إما في اليوم الأول من شهر رمضان، أو في اليوم الثاني منه، فإنه لا تجوز له المبادرة إلى الإفطار في اليوم الأول منه لعدم كونه موردا للإكراه لكي يكون مشمولاً لحديث الرفع، إذ لا يترتب الضرر على تركه، و

انما يخاف من ترتب الضرر على ترك الإفطار في اليوم الثاني بعد فرض انه صام في اليوم الأول، فالصوم في اليوم الثاني هو الذى لا يقدر المكلف عليه، دون الصوم في اليوم الأول.

و بيان آخر: أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص، و وجوب مستقل لا- يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام، و من الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لا يرفع التكليف عن صوم يوم آخر، و عليه فلا بد في كل يوم من ملاحظة حال المكلف، فان تمكن من صومه و جب عليه ذلك، لفعليه الأمر بفعليه موضوعه، و الا فلا.

و من هنا إذا أكره أحد على الإفطار في شهر رمضان اما في العشرة الأولى أو في العشرة الثانية لم يقل أحد بكون المكلف مخيراً في ذلك، بل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٧

يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه إفطار يوم خاص.

ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلاً- عند دوران الأمر بين تركه و ترك الواجب المتأخر- يختص بالواجبات الاستقلالية.

أما الواجبات الضمنية فلا يجرى فيها ذلك.

و بيانه: أنه متى تعذر الإتيان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط أصل الواجب، لكون وجوب الأجزاء ارتباطياً، و عدم تمكن المكلف من الإتيان بالواجب بتمامه. و لا فرق في ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر متعيناً، أو مردداً بين أمرين أو أمور.

فإذا أكره المكلف على ترك جزء في الركعة الأولى، أو الركعة الثانية كان مقتضى القاعدة هو سقوط وجوب أصل الصلاة، لعدم التمكن من الإتيان بتمام اجزائها.

و لكن حيث علمنا بأن الصلاة لا تسقط بحال [١] فقد علمنا بوجوبها في الجملة، و عليه فيدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول، و بين أن يكون هو الجزء الثانى. و حينئذ فإن استفدنا من دليل الجزئية أن العبرة- في اعتباره في الواجب- بالقدرة عليه في ظرف اعتباره فلا بد من أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر، و ذلك كما إذا دار الأمر بين ترك القيام في الركعة الأولى، و تركه في الركعة الثانية، فإنه- عندئذ- يلزم القيام في الأولى لما ورد [٢] من أن المصلى إذا قوى فليقم.

[١] الأصل في ذلك ما رواه زرارة- في المستحاضة- عن الصادق «ع» من انها تصلى، و لا تدع الصلاة على حال، فإن النبي «ص» قال: الصلاة عماد دينكم.

صحيح. الوسائل باب ١ من أبواب الاستحاضة.

[٢] عن جميل بن دراج قال: سألت ابي عبد الله «ع» ما حد المرض-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٨

و إن لم يثبت ذلك وصلت التوبة الى الأصل العملى، و هو يقتضى التخيير لأننا نعلم باعتبار أحد الأمرين لا محالة، و لكن نشك في اعتبار خصوص الأول في دفع احتمال اعتباره بأصالة البراءة.

و هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء و ترك جزء آخر، و كذلك بين ترك جزء و ترك شرط، أو ترك شرط و ترك شرط آخر.

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعين الأخذ بأحدهما، و إلا لزم الأخذ به، و يسقط الآخر. و ذلك كما إذا دار الأمر بين الوقت و غيره، أو بين الطهور و غيره، فإنه حينئذ لا إشكال في أن الساقط يكون غير الوقت و الطهور.

كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور و الوقت كان الساقط هو الوقت و تمام الكلام في محله

ما هو حكم إكراه أحد الشخصين على فعل واحد؟

قد ذكر المصنف:

(أن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً).

تحقيق ذلك: أن الإكراه قد يتعلق بفعل محرم، و قد يتعلق بمعاملةً أما الأول فإكراه أحد الشخصين على فعل محرم و الإيعاد على تركه بالضرر، فان علم أحدهما أو اطمأن بأن الآخر لا يفعله - إما لتمكنه من دفع الضرر المتوجه عليه، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الإتيان بالمكره عليه لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالاً عقلاً بأن الآخر يفعله، فخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه. أما إذا

- الذى يصلى صاحبه قاعداً؟ فقال: إن الرجل ليعوك و يحرج، و لكنه إذا قوى فليقم. صحيح. الوسائل باب ٦ من أبواب القيام فى الصلاة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣١٩

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكره عليه إما لعدم مبالاته فى الدين أو لخوفه من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه. و السر فى ذلك أن الأحكام الشرعية و إن كانت مجعولةً على نحو الكلية و لكنها منحلّة إلى الأحكام الجزئية باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصية. و عليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين، و حينئذ ففى ما نحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع، و يحكم بإباحة الفعل الصادر منه و الا يكون مشمولاً للدليل التحريم، فيحكم بحرمة ما ارتكبه من الفعل.

أما الثانى فقد يكون متعلق الإكراه عقداً واحداً، و قد يكون متعلقه عقدين:

أما الأول فلا شبهة فى بطلانه - كما إذا أكره الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع خاص.

و وجه البطلان: أن الوكيل و الموكل و إن كانا متعددين خارجاً و لكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد، و هو الموكل، و عليه فمتعلق الإكراه أمر وحدانى غير متعدد بتعدد الأشخاص، و إذن فشأن ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد. و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم: أعنى به إكراه شخص واحد على أحد العقدين، بدهاه أن بطلان العقد - هناك - من جهة الاضطرار الى أحد البيعين بخلافه - هنا - فان البطلان فيه من جهة الإكراه و هذا واضح. أما الثانى فيأتى فيه ما ذكرناه فى إكراه أحد الشخصين على فعل محرم، و عليه فان علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٠

صدر منه، لعدم كونه مكرهاً فى فعله و ترتب عليه جميع آثاره الوضعية و التكليفية.

و إن علم أو اطمأن أو احتمل احتمالاً عقلاً بأن الآخر لا يفعله حكم ببطلانه، لأنه صدر منه كرهاً، فيكون مشمولاً لحديث الرفع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٣، ص: ٣٢٠

وقد ظهر لك مما ذكرناه: أنه لا وجه للأخذ بإطلاق كلام المصنف، والحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها، فلاحظ و تأمل.

بحث في بيان متعلق الإكراه

قوله: (و اعلم ان الإكراه قد يتعلق بالمالك).

أقول: قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد، وقد يتعلق بالمالك، دون العاقد، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك.

أما الأول فقد تقدم تفصيله - آتيا - وعرفت - أنه يحكم ببطان العقد الإكراهي، لحديث الرفع.

أما الثاني - كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته، و وقع الطلاق من الوكيل من غير إكراه - فلا شبهة في عدم استناد الطلاق - عندئذ - الى الزوج لحديث الرفع، و عليه فيكون التوكيل بمنزلة العدم، لتحققه بدون رضاء الموكل.

و على هذا فان لم تلحق الإجازة بالطلاق حكم بفساده جزما، و إن لحقت به الإجازة فإن قلنا بصحة الإيقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق، و إلا فلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢١

و لا - يفرق في ذلك بين لحوق الرضاء و الإجازة بالتوكيل الإكراهي و عدمه أما بناء على كون الإجازة ناقلة فواضح، بديهية أن التصرفات الصادرة من الوكيل قبل اجازة الموكل بمنزلة التصرفات الصادرة من الأجانب، غاية الأمر أنه بعد التحاق الإجازة بالوكالة حكم بصحة الوكالة، و لا تحتاج الى التوكيل ثانيا.

أما بناء على كون الإجازة كاشفة فإن الطلاق و ان لم يكن فضوليا بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولي حقيقته، فإنه قد صدر ممن تتوقف وكالته على الإجازة، و قد فرضنا أن الإيقاع لا يصح بالإجازة.

و على الجملة: أن صدور العقد أو الإيقاع من الوكيل بالرضاء و طيب النفس لا يكفي في صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهيا.

أما الثالث - و هو إكراه العاقد - فقد ذكر المصنف رحمه الله: أن

(الأقوى - هنا - الصحة لأن العقد - هنا - من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقدا، و الرضاء المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا).

و التحقيق: أن - هنا - صورا:

الأولى: أن يكون الإكراه من المالك، و كان العاقد مكرها عليه في إنشائه. و الظاهر أنه لا إشكال في صحة العقد - حينئذ - فإن المعتبر في صحة العقد أن يصدق عليه أنه تجارة عن تراض من المالكين، كما يدل عليه قوله تعالى:

«لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (١) فلا أثر لرضاء الأجنبي و عدمه و العاقد غير المالك أجنبي، فلا أثر لعدم رضاه، و كونه مكرها

في إنشاء العقد و قد يتوهم: أن حديث الرفع يدل على عدم ترتب الأثر على هذا العقد

(١) سورة النساء الآية ٢٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٢

و لكنه توهم فاسد، ضرورة أنه ليس - هنا - أثر مترتب على فعل المكره عليه بالإضافة إليه حتى يرتفع بحديث الرفع. أما بالنسبة إلى المالك فلا إكراه على أن رفع الأثر بالإضافة إلى المكره عليه خلاف الامتنان.

الثانية: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك، و العقد في هذه الصورة فضولي، فتتوقف صحته على الإجازة و الوجه فيه ظاهر.

الثالثة: أن يكون الإكراه من غير المالك، و لكن المكره يكون وكيلا مفوضا من قبل المالك، و الظاهر: أن يحكم ببطلان المعاملة في هذه الصورة فيما إذا لم يعلم رضاء المالك بالعقد، و ذلك لأن المعتبر في صحة العقد هو استناده الى المالك، فلو لم يكن الوكيل مكرها كان رضاه بمنزلة رضاه المالك و انتسب العقد اليه. أما إذا كان الوكيل مكرها فهو غير راض بالعقد، و المفروض أنه لا كاشف آخر عن رضاه المالك.

نعم إذا علم رضاه المالك حكم بصحة العقد، لأن رضاه الوكيل انما يعتبر بما أنه طريق و كاشف عن رضاه الموكل من جهة توكيله، فلو علم رضاه الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته.

و من هنا اتضح لك: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون، لأن المجنون مسلوب العبارة، فلا تأثير في عقده، و هذا بخلاف المكره، فإنه ليس بمسلوب العبارة

بحث في الإكراه على بيع عبد من عبيد

قوله: (فرع و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة إشكال).

أقول: العقد الصادر من المكره (بالفتح) قد يكون متحدا مع ما تعلق به الإكراه، و قد يباينه، و قد يزيد عليه، و قد ينقص منه فهنا صور مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٣

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه.

أما الصورة الثانية فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد فيها لأن ما تعلق به الإكراه لم يتحقق في الخارج، و ما تحقق فيه ليس بمكره عليه، و ذلك كما إذا أكرهه على بيع داره فباعه كتابه.

نعم إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن إكراهه كان باطلا لا محالة، و ذلك لفقدانه طيب النفس، و أنه من جهة الاضطرار.

و بعبارة أخرى: أنه إذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الإكراه على بيع الدار تعيينا- و رضى ببيع أحد الأمرين من الدار و الكتاب، و قد رضى المكره (بالكسر)- أيضا- بذلك- كان البيع- الواقع- بغير طيب النفس لا محالة، فيحكم بفساده.

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجا- كما إذا أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما، ثم باع الآخر- و قد يقع دفعا، كما إذا باعها دفعة واحدة:

أما إذا باعها تدريجا فلا شبهة في بطلان البيع الواقع أولا، ضرورة أن المكره عليه انما هو عنوان أحدهما، و من الواضح أن انطباقه على أول أمر قهري.

أما البيع الثاني فيحكم بصحته جزما، إذ الإكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثاني برضاء المالك، و طيب نفسه. و هذا ظاهر.

و لكن احتمال المصنف: أنه يرجع الى البائع في استيضاح المكره عليه و ميزه عن غيره، سواء أ ادعى البائع العكس أم لا.

و يتوجه عليه: أنه لم يبق موضوع للإكراه بعد تحقق العقد الأول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٤

لكي يحتمل وقوع العقد الثاني عن كره حتى يرجع الى البائع في التعيين، بل لا يبعد صحة البيع الثاني حتى فيما إذا كان يبيعه متفرعا

على الإكراه، و من تبعات البيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعي الباب فباعه، ثم باع المصراع الثاني فإن بيع المصراع

الثاني و ان كان لأجل عدم الانتفاع به وحده، و من تبعات البيع الأول، لكنه حيث وقع عن الرضاء، و بغير الكره فيحكم بصحته. أما إذا باع المكره عليه و غيره دفعةً - كما إذا باع العبدین مرةً واحدةً- فان لم يكن البيع من جهة الإكراه، بل كان من جهة طيب النفس - كما إذا فرضنا أنه كان راغباً الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصة فباعهما - فلا إشكال في صحة البيع. أما إذا كان البيع من جهة الإكراه، و لولاه لم يكن يقدم عليه ففي صحته أو فساده مطلقاً، أو الصحة في غير المقدار المكره عليه وجوه. قد ذهب المصنف إلى صحة البيع في المجموع بدعوى أن ما تعلق به الإكراه لم يقع في الخارج، و ما وقع فيه لم يتعلق به الإكراه. و لكنه يندفع بأن بيع المجموع و ان لم يقع عن إكراه إلا أن بيع أحدهما وقع عن إكراه لا محالة، و لولاه لم يقدم على البيع أصلاً - كما هو المفروض - فلا وجه لصحة البيع في الجميع.

أما وجه الفساد مطلقاً فهو أن المكره عليه لا- تعين له في الواقع، و أن نسبته الى كل من الفردين على حد سواء، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و لكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبة إلى المقدار المكره عليه و يحكم بصحته بالنسبة إلى المقدار الزائد عليه، و يتعين الفساد بالقرعة.

قيل: إن القرعة انما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٥

ظاهراً، و من الواضح أن المكره عليه مردد بين الأمرين ظاهراً و واقعا من غير أن يكون له تعين في مرحلة من المرحلتين. و الجواب عن ذلك: أن مورد القرعة غير منحصر فيما ذكر، بل هي تجرى في كل أمر مشكل أو مشتبه، لإطلاق أدلتها، و من هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعة فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين، مع أن المطلقة لا تعين لها، لا واقعا، و لا ظاهراً، و مقامنا من القبيل المذكور.

و نظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع في المحرمات أيضا، كما إذا أكره الجائر أحدا على أن يشرب اما الخمر، أو البول فشربهما، فإنه يعاقب على أحد الشرين جزما لوقوعه بالإرادة و الاختيار.

أما الصورة الرابعة - و هي بيع ما يكون أنقص من المكره عليه - فالتحقيق فيها: أن البيع المزبور قد يكون مستندا الى الرضاء و طيب النفس بحيث لو لم يكن في البين إكراه - أيضا - لكان راضيا ببيعه، و لا شبهة في صحة ذلك.

و قد يكون بيع النصف لرجاء أن المكره (بالكسر) يكتفى بذلك، و لا- يكرهه على بيع مجموع الدار، و لا- شبهة في بطلان البيع - و قشذ - لحديث الرفع، بدهاءة أن الإكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق، و عليه فيكون الإكراه على بيع مجموع الدار اكرهاها على بيع نصفها.

نظير ما لو أكره أحد على بيع دارين فباع أحدهما، فإنه لا شبهة في الحكم بوقوعه عن إكراه. و لا وجه للفرق بينه و بين ما لو اكره على بيع دار واحدة فباع نصف تلك الدار.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٦

و قال المصنف:

(و في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر).

و لعل وجه النظر هو أن ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه.

و من أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الإكراه و لكنك قد عرفت: أن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا و الإكراه بنفسه أمانة على عدم وقوع البيع عن الرضاء و طيب النفس.

و نظير ذلك: ما إذا أكره الجائر أحدا على شرب كمية خاصة من الخمر فشرب نصفه برجاء أن يقتنع المكره، و يرفع اليد عن إكراهه.

بحث فيما ذكره العلامة في التحرير

قوله: (بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير: لو اكره على الطلاق، فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى.)

أقول: قبل التعرض لشرح كلام العلامة، وبيان صحته أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسألة، وإليك ما يلي:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكره (بالفتح) مقترنا بالرضاء و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه، بل يقترن الطلاق بالإكراه زمانا فقط. وذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق زوجته و أكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فإنه لا شبهة- حينئذ- في صحة طلاقه لوقوعه عن الرضاء ٢- أن يستند صدور الطلاق الى الكره، و أوقعه المكره (بالفتح) خوفا من الضرر المتوقع عليه. ولكن مع ذلك ليس قصد المكره إلا إيقاع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٧

الطلاق حقيقة. إما من ناحية الجهل ببطلان طلاق المكره، أو من جهة الاعتقاد بصحة طلاقه «١».

وقد تردد المصنف في الحكم بصحته و فساده، ثم قال: إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

والظاهر أن يحكم ببطلان الطلاق- هنا أيضا- لأن المناط في صحة العقود و الإيقاعات صدورها عن الرضاء و طيب النفس، و من الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك.

و تدل على ما ذكرناه صحيحة البنظي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك، فقال:

لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه «٢».

و وجه الدلالة هو أن الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقة. و إن كان باطلا عندنا مع الاختيار- أيضا- إلا أن استشهاد الامام عليه السلام- على عدم وقوع الأمور المذكورة- بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الإكراهي. و هذا ظاهر.

ثم انه لا يفرق في بطلان الطلاق عن كره بين أن يرجع الضرر المتوقع عليه الى نفس المكره (بالفتح)، أو الى عرضه و شرفه، أو الى ماله، أو الى من يهيم أمره من عشيرته و أقاربه و نحو ذلك، كأن يقول الجائر لأحد: طلق زوجك، و الاقتلتك، أو قتلت ابنك، أو عشيرتك أو أخذت أموالك، أو يخوفه بأشبه ذلك مما يضر المكره (بالفتح).

أما إذا لم يكن الضرر راجعا الى المكره (بالفتح) كما إذا قال له الأجنبي:

(١) كما عن الحنفية- وقد ذكرنا رأيهم في ص ٢٨٢.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٨

بمعنى دارك، و الاقتلت نفسي، أو ارتكب معصية فلا يتحقق في مثله الإكراه جزما.

ثم إن بطلان الطلاق- في هذه الصورة- يختص بما إذا لم يتمكن من التورية، و إلا فالأقرب وقوعه على ما عرفته من اعتبار العجز عن التورية في تحقق الإكراه موضوعا و حكما، و لعل هذه الصورة هي مراد العلامة رحمه الله، حيث قرب وقوع الطلاق إذا كان المكره ناويا.

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التورية في موضوع الإكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق - أيضا - ٣ - أن يكون الإكراه مقتضيا لوقوع الطلاق، و جزء سبب لتحققه في الخارج، و يكون جزؤه الآخر الرضاء، و عليه فيكون صدور الطلاق من المكروه (بالفتح) مستندا إلى أمرين: أحدهما الرضاء، و الآخر الإكراه و بانتفاء أحدهما ينتفى الطلاق.

و لكن الظاهر هو بطلان الطلاق في هذه الصورة - أيضا - لأن المناط في بطلان عقود المكروه و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحة لأن الأدلة الدالة على اعتبار الرضاء في العقود و الإيقاعات ظاهرة في كون الرضاء سببا مستقلا لصدورها، لا جزءا لذلك و عليه فإذا اقترن الرضاء بالإكراه، و اجتمع معه استند الفعل إليهما، لا إلى الرضاء فقط. و حينئذ - فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، إلا أن ما يقتض الصحة - أيضا - غير متحقق. لعدم صدور الطلاق عن الإرادة و الرضاء.

٤- أن يكون كل واحد من الرضاء و الإكراه علة تامة و سببا مستقلا في نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن - هنا - إكراه لوقع الطلاق - أيضا - و هكذا العكس.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٢٩

و الظاهر أنه لا شبهة في صحة الطلاق - عندئذ - لوجود المقتضى: أعنى به الرضاء و طيب النفس، و لا تقاس هذه الصورة: بالصورة السابقة في الحكم ببطلانه، لما عرفته من عدم المقتضى للصحة في الصورة السابقة، بخلاف هذه الصورة، فإن ما يقتضى الصحة فيها موجود كما عرفته قريبا.

و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه: (حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحدة إذا اجتمعتا جزء السبب و الفعل يستند إليهما معا. و كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع، فلا يؤثر كل منهما إلخ).

و وجه الظهور أن الإكراه لا يقتضى الفساد لكي يكون المقام من قبيل توارد علتين المستقلتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه يندم ما يقتضى الصحة، و إذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحة، و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشيء مع ما لا يقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضيين.

و يضاف إلى ذلك: أن الحكم ببطلان الطلاق - هنا - على خلاف الامتنان، لكون المطلق راضيا به و غير مهجور عن فعله، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع.

٥- أن يكون الإكراه داعيا إلى وقوع الطلاق، لا علة تامة لذلك، و لا جزء سبب له: بأن استند الطلاق إلى الإكراه طويلا، كما إذا أكره على الطلاق، و لكن وطن نفسه عليه، و رضى به من جهة الإكراه تكوينيا.

ففي هذه الصورة يحتمل الصحة، لأن الطلاق وقع عن إرادة و رضاء.

و يحتمل البطلان، لأن الشيء يستند إلى أسبق علله، فالطلاق مستند إلى الإكراه بالأخرة. و مع الإغماض عنه فلا شك في الصدق العرفي، و أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٠

الطلاق وقع مكرها عليه، و هذا الاحتمال هو الأقرب. و لعل هذه الصورة هي مراد العلامة، حيث حكم بصحة الطلاق ناويا. و الله العالم.

هل يصح عقد المكروه بالرضاء المتأخر؟

قوله: (ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكروه بما فعله صح العقد)

أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام في أن الرضاء اللاحق بالعقد الإكراهي يوجب صحته أم لا.

فذهب بعضهم إلى الأول، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاق العلماء، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع وهو طيب النفس. وذهب بعضهم إلى بطلان ذلك لوجوه.

١- أن الرضاء بالعقد مأخوذ في مفهومه. فإذا فقد الرضاء لم يكن - هنا - عقد ليحكم بصحته.

و يرد عليه: أنه لا- شاهد لهذه الدعوى من العرف واللغة. على أن لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولي و عقد المكره بحق من العقود حقيقة مع أنها من العقود بالحمل الشائع.

٢- اعتبار رضاء العاقد فى تأثير عقده.

و يرد عليه: أن لازمه أن لا يصح عقد المكره بحق، مع أنه صحيح جزماً. كما إذا أكرهه الحاكم الشرعى على بيع أمواله ليعطى الناس حقه، أو أكره المحتكر على بيع ما احتكره عند المجاعة، فإن الإكراه فى أمثال ذلك إكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع.

٣- أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذة فى صحته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣١

و يرد عليه: أن هذا و إن كان ممكناً فى مقام الثبوت، و لكن لا شاهد عليه فى مقام الإثبات، لأن ما يمكن أن يستدل به على ذلك، و تقيد به المطلقات الدالة على صحة العقود إما الإجماع أو العقل، أو آية التجارة عن تراض، أو الروايات الدالة على حرمة التصرف فى مال المسلم بدون اذنه و رضاه، أو حديث الرفع.

و لكن لا دلالة فى شىء منها على ما يرومه المستدل:

أما الإجماع و العقل فلأنهما من الأدلة اللبئية، و من الواضح أن القدر المتيقن منهما إنما هو اعتبار مطلق الرضاء فى صحة العقد أعم من المقارن و اللاحق أما الآية المباركة- أو الروايات الدالة على حرمة أكل مال المسلم من دون رضاه- فلأنها تدل على توقف حلية المال و نقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالك. و من الظاهر أننا نلتزم بذلك بحيث لا نحكم بالحلية إلا بعد الرضاء و طيب النفس، غاية الأمر أنا لا- نخصص الرضاء بالرضاء المقارن، بل نعممه الى الرضاء اللاحق- أيضاً- بديهياً أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدلة الدالة على اعتبار الرضاء فى حلية المال و نقله الى غيره.

و على الجملة: ان الظاهر من تلك الأدلة هو أن الرضاء معتبر فى أصل حلية المال و نقله الى غيره، سواء فيه الرضاء المقارن و اللاحق، لا أنها مختصة بخصوص الرضاء المقارن، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا مقيد.

قيل: ان ظاهر الآية المباركة أن التجارة لا بد و أن تكون مسببة عن الرضاء، و ناشئة منه، و عليه فلا بد من اقترانه بالعقد، و لا يكفى لحوقه به، لأنه إذا انعقد فاسداً ابتداء لم ينقلب بعد ذلك عما هو عليه.

و من هنا يظهر أنه لا- وجه لقياس المقام بالعقد الفضولى المتعقب بالرضاء و الإجازة من المالك، فان العقد الفضولى لا ينتسب الى المالك الا حين أجازته

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٢

فهو حين ما ينتسب الى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و هذا بخلاف عقد المكره، فإنه حين صدوره من المالك و انتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانياً، و انما رضى بالعقد السابق، و هو لا ينقلب عما هو عليه.

و لكن الصحيح هو تأثير الإجازة اللاحقة و الرضاء المتأخر فى المقام أيضاً بيان ذلك: أن التجارة بالمعنى المصدرى و ان كان أمراً يحدث و يفنى الا أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء، و بهذا المعنى أمرنا بانتهاء العقد و إتمامه، و عليه فالتجارة الصادرة من المكره إذا تعقبها الرضاء و الإجازة يصدق عليها أنها تجارة عن تراض.

و مما يدل على ذلك: أن الآية المباركة واضحة الدلالة على أن سبب أكل مال الغير منحصر فى أمرين: الأسباب الباطلة، و التجارة عن

تراض، و لا ريب في أنه لا يكون الأكل في محل الكلام أكلا بالباطل، فيكون من جهة التجارة عن تراض.

ثم إن المصنف قد التزم بعدم اعتبار مقارنة الرضاء للعقد بأن دلالة آية التجارة على ذلك إما بمفهوم الحصر، أو بمفهوم الوصف: أما الأول فهو منفي في المقام، بدهاءة أن الدلالة على الحصر انما يكون إذا كان الاستثناء في تلك الآية متصلا. و من الواضح أن الاستثناء فيها منقطع إذ التجارة عن تراض ليست داخله تحت الأسباب الباطلة للتجارة لكي يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل.

أما الثاني فالأذن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب، و الا فلا مفهوم له. و من الواضح أن الوصف في الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب، لا للاحتراز. انتهى ملخص كلامه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٣

و يرد عليه أولا: أن إنكار مفهوم الحصر - هنا - مناف لما استدل هو رحمه الله بالآية المذكورة على لزوم العقود، و من المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا يتم الا على فرض دلالتها على الحصر، لأن الأكل بفسخ العقد لا يحرم الا بعدم كونه تجارة عن تراض، و اذن فالأكل المحلل منحصر بالتجارة عن تراض.

ثانيا: أنا ذكرنا مرارا أن دخول باء السببية على كلمة الباطل و مقابلتها - في الآية - مع التجارة عن تراض قرينتان على توجه الآية إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها، كما أن المراد من كلمة الأكل في الآية ليس هو الازدراء الذي هو معناه الحقيقي، و انما هي كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق، و عليه فان كان الاستثناء في الآية المباركة متصلا - كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية - يكون مفاد الآية هو المنع عن تملك أموال الناس بشيء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، فإن الأكل بغيره باطل، و بغير حق، فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض.

و ان كان الاستثناء منقطعا فالآية - وقتئذ - و ان لم تكن ظاهرة في الحصر ابتداء، الا أنه تعالى لما كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية الكريمة بالقرينة المقامية، و اذن فالآية الشريفة تدل على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض، سواء أ كان الاستثناء متصلا، أم كان منقطعا، و أما غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

و من هنا يظهر أنه لا يتوقف الاستدلال بالآية على اعتبار مقارنة الرضاء للعقد على كون الاستثناء متصلا - كما هو الظاهر - و لا على الالتزام بمفهوم الوصف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٤

و أن الحكم المذكور في القضية لم يثبت للجامع بين واجد الوصف و فاقده، - كما هو الصحيح - و اذن فلا يبقى لمناقشة المصنف مجال، و عليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لا دلالة في الآية الا على عدم جواز الأكل ما دام التراضي غير موجود، فإذا وجد الرضاء من المكروه انقلبت التجارة إلى التجارة عن تراض، فلا يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل.

أما حديث الرفع فلا يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكروه - مثلا - ما دام الإكراه، فإذا ارتفع الإكراه، و تبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الدالة على صحة العقود من بيع أو غيره، فانا حققنا في محله: أنه إذا ورد عام ثم خصص بمخصص في زمان خاص لم نرفع اليد عن ذلك العام الا - بمقدار دلالة المخصص. و عليه ففي ما نحن فيه أن عمومات صحة المعاملات قد خصصت بحديث الرفع، و من الظاهر أن نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الإكراه، و يبقى الباقي تحت العام.

و مع الإغماض عن ذلك نقول: إن حديث الرفع حيث ورد في مقام الامتنان فلا يدل الا على رفع حكم يكون جعله مخالفا للامتنان، و يكون رفعه موافقا له.

أما إذا كان رفع الحكم مخالفا للامتنان، و كان جعله موافقا له كصحة البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع - وقتئذ - مخالف للامتنان،

و وضعه موافق له، فهو لا يكون مشمولاً لحديث الرفع.

و من هنا يظهر أنه إذا كان الحكم لا يعد في نفسه و طبعه موافقاً للامتنان و لا مخالفاً له، بل كانت مخالفته للامتنان و موافقته له باعتبار حصصه و أفراده فلا محالة كان المجعول ما هو موافق للامتنان، و يرفع ما هو مخالف له.

و لا شبهة في أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، بديهة أن الحكم بترتب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٥

الأثر على العقد المكروه عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع. و لكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء: أي بعد لحوق الرضاء به موافق للامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع.

و بعبارة أخرى: الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضاء، و لا الملحق به مخالف للامتنان، فهو غير مجعول، لحديث الرفع.

أما العقد المكروه عليه الملحق بالرضاء فلا امتنان في رفع أثره، و الحكم بعدم صحته من حين ما رضى المالك به، فلا يشمل حديث الرفع الوارد في مورد الامتنان.

ثم أجاب المصنف - عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضاء المقارن في صحة العقد - بوجهين:

الوجه الأول: أن حديث الرفع إنما يرفع المؤاخذه، لأنه وارد في مقام الامتنان، و رفع المؤاخذه عن المكلف منه عليه، فترتفع بحديث الرفع أما الحكم بوقوف عقد المكروه على الرضاء راجع الى أن له أن يرضى بذلك فيكون هذا حقاً له، لا عليه، و حينئذ فرغ الأثر عن

عقده بعد تعقبه بالرضاء على خلاف الامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع، انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول.

و يرد عليه: أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعي المتعلق بالمكروه عليه، أو المترتب عليه من الحكم التكليفي، أو الوضعي.

و عليه فدعوى: أن المرفوع هو المؤاخذه و إلزام المكروه بما صدر منه، دعوى غير صحيحة.

و إن شئت قلت: ان المرفوع بحديث الرفع في العقد الإكراهي هو صحة العقد، لكنه لا على الإطلاق، لأنه على خلاف الامتنان، بل ما دام الإكراه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٦

باقياً، فإذا تعقب بالرضاء كان مشمولاً للإطلاقات.

أما توقف عقد المكروه على الرضاء المتأخر فهو لم يكن مجعولاً حتى يقال انه حكم له، لا عليه، فلا يشمل حديث الرفع، لأن المرفوع به المؤاخذه و الأحكام المتضمنة لإلزام المكروه بشيء.

الوجه الثاني: أن أدلة صحة المعاملات تقتضي بإطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه في الخارج، و حكومته حديث الرفع على الأدلة المذكورة تقتضي رفع السببية المستقلة عن العقد المجرد عن الرضاء، و ترتيب هذه السببية على العقد الصادر لا عن إكراه، و لا

ينافي ذلك كون العقد جزء السبب، و وقوف تأثيره على الرضاء المتأخر. انتهى ملخص كلامه في الوجه الثاني.

و لكنه ناقش في ذلك بما حاصله: أن المطلقات الدالة على السببية المستقلة إذا قيدت بما إذا صدر العقد من غير إكراه لم يبق - هنا - ما يدل على صحة عقد المكروه فيما إذا تعقبه الرضاء، و عليه فالمرجع - عندئذ - هو الأصل و هو يقتضي الفساد.

ثم ذكر: أن حديث الرفع لا يمكن أن يكون حاكماً على المطلقات، فلا مانع من التمسك بها لصحة عقد المكروه المتعقب بالرضاء.

و بيان ذلك: أن المطلقات قد قيدت بالأدلة الأربعة - المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل، و مع عدم طيب النفس - بما إذا كان العقد مرضياً به سابقاً أو لاحقاً، و الا كان الأكل أكلاً للمال بالباطل و إذا كان كذلك فتستحيل حكومته حديث الرفع عليها، و ذلك لأن

العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الإكراه عليه، و العقد الملحق بالرضاء قد حكم عليه بالصحة بما أنه مكروه عليه، و مثل ذلك غير قابل لأن يشمل حديث الرفع، فإنه يختص بما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٧

إذا كان الأثر مترتباً على ذات الشيء من غير دخل للاختيار والإكراه فيه، فيرتفع أثره عند الإكراه، و ذات العقد في المقام لا أثر له، إلا أنه جزء السبب المؤثر. ولا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع، هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

أقول: أما ما أفاده أولاً فيرد عليه: أن مقتضى الإطلاقات هو سبب العقد مطلقاً، لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع يقتضى عدمه فيما إذا لم يكن العاقد راضياً به لا سابقاً ولا لاحقاً على ما عرفته، فيبقى ما لحقه الرضاء تحت المطلقات، لا أن المرجع هو الأصل الذي يقتضى الفساد.

أما ما أفاده أخيراً فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولاً بما دل على حرمة أكل المال بالباطل، ثم ملاحظة النسبة بينها، وبين حديث الرفع.

ولكن هذا غير صحيح، فإن حديث الرفع في عرض سائر المقيدات و نتيجة الكل: أن العقد إذا لم يكن مرضياً به، لا سابقاً، ولا لاحقاً لم يؤثر أثره.

أما إذا كان مكرهاً عليه حدوثاً، ولكن رضى به المالك بعد ذلك فلا دلالة في شيء من المقيدات على بطلانه، فيحكم بصحته بمقتضى الإطلاقات

بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل

قوله: (بقي الكلام في أن الرضاء المتأخر ناقل، أو كاشف)

أقول:

بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحة بيع المكره قد وقع الكلام بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٨

الأعلام في أنه كاشف عن صحة العقد من أول الأمر، أو ناقل من حين تحقق الرضاء؟.

مقتضى الأصل هو القول بالنقل، فإنه يشك في حصول الملكية إلى زمان الرضاء، فالأصل يقتضى عدمه.

أما بحسب الدليل الاجتهادي فقد ذهب المصنف إلى القول بالكشف من جهة ما ورد في تزويج الصغيرين [١] حيث حكم الامام (ع) بالتوارث

[١] عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر (ع) عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين؟ فقال: النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أ ترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر. صحيح. الكافي ج ٥ من ط ٢ باب تزويج الصبيان ص ٤٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣. و الوافي ج ١٢ باب ٦٨ ولى العقد على الصغار ص ٦٥.

و رواه الشيخ في باب توارث الأزواج من الصبيان من كتاب الميراث في ص ٤٤٠. عن علي بن فضال، عن محمد بن علي، عن السراد، عن ابن رثاب عن أبي جعفر (ع).

و لكن الظاهر: ان ابن رثاب يروى عن الحذاء، و هو يروى عن أبي جعفر (ع) - كما عرفته في المصادر المتقدمة - لأن ابن رثاب من أصحاب الصادق (ع) لا الباقر (ع) فالسقط انما هو من قلم النساخ.

و عن الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره ا يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال فقال: اما التزويج فصحيح و اما طلاقه. قلت فان ماتت، أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى ثم يحلف بالله ما دعاه الى أخذ الميراث إلا الرضاء بالنكاح، و يدفع اليه-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٣٩

بينهما إذا مات أحدهما، و لكن بعد إحلاف الحي على أن إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحية الطمع في المال، بل من جهة رغبته في النكاح.

و لكن يرد عليه: أن الرواية قد وردت في النكاح الفضولي، و التعدى منه الى سائر المعاملات الفضولية و ان كان جائزا، لعدم الفارق بينها و بين النكاح من ناحية الفضولية، الا أنه لا يمكن التعدى منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل، و ذلك للفرق الواضح بينه و بين البيع الفضولي، فإن بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر، و قد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء، و أما البيع الفضولي فهو يستند الى المالك من حين أجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر. هذا.

و الصحيح: هو القول بالكشف في كلا المقامين، و ذلك لأن الإجازة و ان كانت متأخرة عن العقد، الا أنها متعلقة بالعقد، و إمضاء له، و لازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر، و سيأتي توضيح ذلك في بحث البيع الفضولي.

و نزيد على ذلك في المقام بأن مقتضى العمومات و الإطلاقات هو صحة العقد، و تأثيره من حين حدوثه. لكن حديث الرفع و غيره دل على اعتبار الرضاء الأعم من المقارن و المتأخر في ذلك. و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة و ترتب الأثر عليه من أول الأمر.

فإن قلت: إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل- و أكل المال- التجارة لا عن تراض، و قد فرضنا انحصاره بالتجارة عن تراض قلت: الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء. و لكن متعلق الحكم إنما هو

- الميراث، مجهول بمحمد بن موسى المتوكل. الوافي ج ١٢ باب ١٧٥ ص ١٦٧.

و قد تقدم صدره في ص ٢٧٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٠

الصحة من حين العقد، فمن اكره على بيع داره- مثلا- ثم رضى بما فعله يحكم عليه من حين رضاه بأنه مالك للثمن من حين العقد، كما أن المشتري مالك للدار. و سيجيء في البحث عن البيع الفضولي بيان ذلك إنشاء الله تعالى، و أنه غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف قدس سره.

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد، بدعوى: أن الفسخ و إن كان حلا للعقد السابق، و جعله كأن لم يكن، إلا أنه لا ترفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان حدوث متعلقة.

و يتوجه عليه: أن هذا قياس باطل، لوجود الفارق بين الفسخ و بين ما نحن فيه: بدهاء أن الفسخ عبارة عن حل العقد، و يقابله إقراره و إمضائه و أما إجازة العقد فيقابله رده، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه- كما هو ظاهر أدلته- و أن يكون أثر الإجازة ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره؟.

فيه كلام سيأتي في بحث العقد الفضولي. فإن الملاك مشترك فيه بين البابين.

و الى هنا جف القلم في بيع المكره و توابعه. و الحمد لله أولا و آخرا.

بحث في معاملات العبد

قوله: (مسألة):

و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده

إشارة

أقول: لا شبهة في أن العبد ليس كالحرة العاقل بحيث يكون مستقلا في التصرف، ولا أنه مثل المجانين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤١

بحيث لا يترتب على فعله و عبارته أثر بوجه، وإنما هو برزخ بينهم وبين الحر العاقل.

ثم إن الأقوال في تصرفات العبد ثلاثة:

١- أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التي بها عيشه.

٢- أن جميع تصرفاته نافذة، إلا ما يكون تصرفا في سلطنة المولى،- و حينئذ- فلا بأس في نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى، كأن

يتوكل عن غيره في معاملته أو إيقاع، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب الدين بعد انعقائه، أو أشباه ذلك.

٣- أنه لا يجوز تصرفه في كلما يعد شيئا معتادا به بحسب العرف و العادة من غير فرق في ذلك بين ما يتعلق بأموال سيده و ما يتعلق

بنفسه من عقد أو إيقاع و ما يتعلق بأمواله- بناء على كونه مالكا شرعا- و ما يتعلق بسائر الناس من التصرف في أموالهم أو أنفسهم

بعقد أو إيقاع فإن صحة جميع ذلك يتوقف على اذن المالك و أجازته و على الجملة يحكم بلغوئه كل تصرف يستقل العبد فيه من

دون أن يتقيد بقسم خاص و اذن فلا تصح وكالة العبد عن غيره أيضا حتى في إجراء الصيغة فضلا عن كونه وكيلا مفوضا ما لم يكن

ذلك بإذن سيده.

ذهب المصنف الى الوجه الأخير، حيث حكم بأنه لا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده، سواء أ كان لنفسه في ذمته، أو بما

في يده أم كان لغيره.

و استدل على رأيه هذا بقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٢

عَلَى شَيْءٍ «(١)».

و بصحيح زرارة عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام قال: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فان كان

السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد. «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» فشىء الطلاق «٢».

و وجه الاستدلال بهما: أنه كلما صدق عليه أنه شىء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعا من دون اذن مولاه. و عليه فلا

يجوز للعبد أن يكون وكيلا عن غيره في إجراء الصيغة فضلا عن كونه وكيلا مفوضا، و لا على إيجاد الملكية أو الزوجية لنفسه، و لا

على طلاق زوجته، و لا على الالتزام بشىء و التعهد بدين- و ان اشترط أداءه بعد حرثته- لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشىء، فلا

يقدر عليه العبد شرعا بدون إذن سيده.

و على الجملة: ان الظاهر من الآية و الرواية هو أن العبد غير مستقل في جميع تصرفاته، سواء أ كانت راجعة إلى نفسه حال عبوديته، أم

تعلقت برقبته، كأن يضمن الشىء لشخص بشرط أن يعطيه إياه بعد حرثته، و سواء أ كانت راجعة إلى سيده، أم كانت راجعة إلى

الأشخاص الآخرين- و ان لم يكن- هناك- ما يزاحم حق المولى، كأن يتوكل عن غيره في عقد أو إيقاع.

و السر في ذلك: هو أن عدم قدرته على شىء ليس الا عدم تمكنه من التصرف فيه، و أنه يحتاج في ذلك الى الاستعانة من غيره، و

من الواضح أن المحتاج الى غيره في فعل لا يكون قادرا على التصرف فيه استقلالا، و عليه

(١) سورة النحل الآية: ٧٥.

(٢) الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب طلاق العبد ص ٣٥٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٣

فشأن العبد شأن الصبي، فكما أن الصبي لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بإذن وليه، كذلك المملوك، فإنه لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بإذن سيده. انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الإجمالي. و تبعه - في ذلك - شيخنا الأستاذ.

و التحقيق: أنه لا دلالة في الآية، و لا في الرواية على ما ذهب اليه.

و بيان ذلك: أنه ليس المراد من عدم القدرة - في الآية - هو عدم القدرة عقلا، و لا - أن المراد من الشيء هو الشيء التكويني الخارجي، بدهاه أن العبد مثل الحر في قدرته على الأمور الخارجية.

و أيضا ليس المراد من نفي القدرة هو نفي القدرة الشرعية التكليفية، ضرورة أن ما هو مباح للأحرار - في الشريعة المقدسة الإسلامية من المأكولات و الملابس و المشروبات - مباح للعبيد - أيضا - و ليس لإذن المولى دخل في ذلك بوجه.

بل المراد من قوله تعالى [□] لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ هو عدم نفوذ تصرفات العبد في شيء، و على هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن قوله تعالى:

[□] لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ قيد توضيحي، لأن العبد لا ينقسم الى القادر و العاجز، بل المملوكية مساوقة للعجز.

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدرة هو عدم نفوذ التصرف. و لا شبهة في أن هذا حكم وضعي، فلا معنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.

ثم ان لفظ (مملوكا) في الآية الكريمة بمنزلة العلة لقوله تعالى [□] لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، فكأنه تعالى قال: ان العبد لا ينفذ تصرفه، لكونه مملوكا.

و عليه فمناسبة الحكم و الموضوع تقتضى أن يراد من عدم قدرة العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه و أمواله من حيث عبوديته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٤

أما عدم نفوذ تصرفه في أموال سيده، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهة كونه عبدا مملوكا، بل من جهة الأدلة الدالة على حرمة التصرف في أموال الناس بدون إذنهم، و لا ريب في أن هذا المعنى لا تقتضيه العبودية، بل هو مشترك فيه بين العبد و الحر.

و لو سلمنا أن الآية ليست بظاهرة في هذا المعنى، الا أنه لا سبيل إلى إنكار كونه محتملا منها، و عليه فتكون الآية مجملة، و اذن فلا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى سيده أو الى شخص آخر غير سيده و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا

وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل لفظ (مملوكا) في الآية قيدا توضيحيا، بدعوى أن العبد لا ينقسم الى مملوك و غير مملوك.

و قد ظهر لك مما ذكرناه أيضا: أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد وكيلا عن غيره في إنشاء عقد أو إيقاع، و بين توكيله غيره في ذلك. أما الأول فيجوز له ذلك، لأنه لا يعد تصرفا فيما يرجع الى نفسه لكي يحكم بفساده بدون اذن مولاه، بدهاه أن كون العبد

مملوكا لمولاه لا يلزم سقوط ألفاظه و عباراته و العقد أو الإيقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته.

أما الثاني فلا يجوز له ذلك، إذ ليس للعبد أن يستقل في التصرف فيما يرجع الى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده، فإذا لم يجز له ذلك لم يجز له توكيل غيره فيه. هذا ما يرجع الى الآية المباركة.

أما رواية زرارة فإنها ظاهرة - أيضا - في عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع الى نفسه، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفا على اذن سيده و القرينة على هذه الدعوى من نفس الرواية هي قوله عليه السلام: المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده.

قلت: فان كان السيد زوجة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٥

بيد من الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد سيده.

ثم إنا إذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى - أيضا - إلا بإذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق، و لكن لحقته الإجازة من المولى فهل يحكم بصحته؟. فيه خلاف بين الأعلام.

قد احتمل المصنف أولا عدم نفوذه، و حاصل كلامه: أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد: أعنى به انتقال المال بعوض، و لا ريب فى أن هذا المعنى - فيما نحن فيه - ليس منوطا برضاء المولى، إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبد، و من الواضح أن الإنشاء إذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و بتعبير آخر: أن ما ترتبط به إجازة المولى: أعنى به الإنشاء لا- يعقل أن تلحقه الإجازة، فيكون صادرا من قبل المولى، لاستلزامه الانقلاب المحال، و ما لا يستلزم المحال من تعلق الإجازة به- و هو مضمون العقد- غير مرتبط بالمولى. و سيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريبا.

ثم إنه رحمه الله قوى صحة تصرفات العبد بالإجازة اللاحقة بوجوه:

و حاصل الوجه الأول: أن العمومات و المطلقات قد دلت على صحة العقود و الإيقاعات، سواء أ كانت صادرة من الأحرار، أم كانت صادرة من المماليك، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده إلى اذن المولى أصلا، لا سابقا، و لا لاحقا، و يبقى الباقي تحت العمومات و المطلقات و بيان أوضح: أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقا، أو إجازته لاحقا، و ليس مفاد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٦

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط فى تصرفات العبد.

و لو أغمضنا عن ذلك، و شككنا فى أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول، أو المعنى الثانى و جب الأخذ بالمعنى الأول، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملا:- بان كان مرددا بين الأقل و الأكثر- أخذنا بالقدر المتيقن منه، و هو فى المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق، و لا إجازة لاحقة و فى غير ذلك متمسك بالعمومات.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن دليل اعتبار الاذن فى تصرف العبد ظاهر فى الاذن السابق، فلا يشمل الإجازة اللاحقة لأن الإجازة غير الاذن و عليه فلا إجمال فى المخصص لكى يتمسك بالعموم و يحكم بنفوذ تصرف العبد مع الإجازة اللاحقة أيضا.

و يرد عليه: أن دليل اعتبار الاذن فى تصرفات العبد لا ظهور له فى إرادة الإذن السابق.

أما الآية فواضح، لأن الاستفادة منها- كما عرفته سابقا- هو عدم نفوذ تصرف العبد، لكونه مملوكا لا يقدر على شيء، فلا بد فى نفوذه من دخل إذن المولى فيه، و لكن لا- يستفاد منها أن دخله فيه بأية كيفية، أو هو بالاذن السابق، أم كان ذلك أعم منه و من الإجازة اللاحقة، و عليه فيدور الأمر بين الأقل و الأكثر، فمقتضى القاعدة فى أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل، لكونه متيقن الإرادة.

أما صحیحته زرارة فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد و طلاقه من دون اذن سيده بأن يكون مستقلا فى تصرفه.

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الإجازة فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن فى الاذن السابق، و هو أول الكلام.

و حاصل الوجه الثانى: أن صحیحته زرارة المتقدمة قد دلت على صحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٧

النكاح و الطلاق بالاذن، و حيث ثبتت بالأخبار الخاصة صحة النكاح بالإجازة اللاحقة فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن فى

الصحيحة أعم من السابق واللاحق،- وحينئذ- فلتتزم بصحة سائر العقود- أيضا- بالإجازة اللاحقة، لعدم الفارق بين النكاح و بين بقية العقود، و لازم هذا التعميم و إن كان يقتضى الالتزام بصحة الطلاق- أيضا- بالإجازة اللاحقة، إلا أنه خرج ذلك بالدليل الخارجى. و توهم أنه يلزم- وقتئذ- تأخير البيان عن وقت الحاجة توهم فاسد، لأن المقصود من الصحيحة هو نفى استقلال العبد فى الطلاق و أنه يبطل بدون إذن سيده، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبرة فى طلاق العبد، و عليه فكفاية الإذن اللاحق فيه و عدمها أمر خارج عن مقام البيان.

و يتوجه عليه: أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحة بأن يقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق- الذى لا يصح بالإجازة اللاحقة- استكشفتنا بذلك أن المراد من كلمة الإذن فيها إنما هو الإذن السابق فقط، لا الأعم منه و من الإجازة اللاحقة، و عليه فصحة النكاح بالإجازة اللاحقة إنما ثبت بالدليل الخارجى، و لا يلزم- عندئذ- تأخير البيان عن وقت الحاجة، لأن الإمام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجملة، لا مطلقا، و عليه فلا بد من ملاحظة الصحيحة فى نفسها، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد من الإذن هل هو الإذن السابق، أو الأعم منه و من الإجازة اللاحقة، فتبقى الصحيحة على إجمالها.

الوجه الثالث: استفادة ذلك مما دل [١] على أن إجازة المولى توجب

[١] عن زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: سألت عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه؟ فقال: ذلك الى مولاه إن شاء فرق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما، فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا أن-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٨

صحة نكاح العبد الواقع بدون إذنه: و ذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن مقتضى هذه الأخبار هو صحة ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال، و على هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكى يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك و يدخل تحت عنوان عقد الفضولى الذى لا ربط لصحته- بالإجازة اللاحقة- بصحة عقد العبد بإجازة المولى. و إذا صح نكاح العبد صحت بقية العقود الصادرة منه بالأولوية.

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صحة معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أ كان المباشر للصيغة هو العبد، أم كان غيره، و سواء أ كانت العقود للعبد، أم كانت لغيره، و إنما باشرها العبد وكالته. و كل ذلك من ناحية ترك الاستفصال.

الوجه الثانى. أن قوله عليه السلام: «إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا

- يكون اعتدى فأصدقها صدقا كثيرا فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول.

فقلت لأبى جعفر «ع» فإنه فى أصل النكاح كان عاصيا؟ فقال أبو جعفر «ع»:

إنما اتى شيئا حلالا و ليس بعاص لله، و إنما عصى سيده. و لم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيانه ما حرم الله تعالى عليه من نكاح فى عدة و أشباهه. ضعيف بموسى بن بكر.

و عنه عن أبى جعفر «ع» قال: سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عتيبة و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل له إجازة السيد له. فقال أبو جعفر «ع»: إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا اجازه فهو له جائز. حسن بإبراهيم بن هاشم. الكافى ج ٥ من ط ٢ ص ٤٧٨. الوافى ج ١٢ باب تزويج الإماء ص ٨٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٤٩

أجازته فهو له جائز» علة لصحة العقد الصادر من العبد، و مفاد هذه العلة هو أن المعيار فى صحة معاملة العبد بعد عدم كونها مخالفة

لله- كالمعاملة على الخمر و الخنزير و الميتة و نحوها- إنما هو وقوعها برضاء المولى، سواء فيه الرضاء السابق و اللاحق. و عليه فإذا أوقع عقدا بدون رضاء سيده- الذى هو معنى عصيانه- ثم رضى به سيده صح العقد، لأن معاملة العبد- عندئذ- ليست معصية لله حتى يحكم بفسادها، بل هى معصية لسيده. فيحتاج إلى إجازته، و قد فرضنا تحققها. و اذن فالرواية فى مقام بيان الضابطة الكلية و هى أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد، كالعقد على المحارم، و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غاية الأمر أنه يحتاج إلى إجازة سيده هذا.

و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الوجه الأول، و حاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد: أعنى به المنشأ متوقفا على الإجازة أما الإنشاء الذى- هو جهة الإصدار- فهو معنى حرفى و ملحوظ تبعى و إذا عقد لغيره فضولا، أو وكاله كان مضمون العقد راجعا الى غير المولى، فلا- يرتبط بإجازته، بل المربوط بإجازته انما هو جهة الإصدار: أعنى به الإنشاء و عليه فجهة الإصدار معنى اسمى، و ملحوظ استقلالى،- و حينئذ- فإذا قام الدليل على اجازة المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلا على إجازة جهة الإصدار فيه- أيضا- لكونها ملحوظة تبعا.

و لكن لا يمكن التعدى من ذلك الدليل إلى جهة الإصدار فى القسم الثانى- أيضا- لكونه معنى اسميا، و من الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحرفى قياس مع الفارق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٥٠

و لكن لا وجه لهذه المناقشة، بديهة أن كون متعلق الإجازة ملحوظا للمحيز استقلالا تارة و تبعا اخرى لا يرتبط بجهة الاستدلال. بيان ذلك: أن العقد الواقع على ملك السيد توقف صحته على أجازته و اذنه- و لو كان صادرا من غير عبده- كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك و لو تعلق بمال غيره و عليه فإذا أوقع العبد عقدا على مال المولى- كما فى النكاح- كان ذلك مجمعا للعنوانين، و إذا ثبت صحة ذلك- فيما إذا تعقبته اجازة المولى- ثبتت صحة عقده بمال غير المولى إذا تعقبته الإجازة أيضا.

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لإثبات صحة تصرفات العبد بالإجازة اللاحقة إنما يفيد فى مرحلة الإثبات بعد فرض الإمكان فى مرحلة الثبوت. و إذا حكمنا بالاستحالة ثبوتا من ناحية الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها إثباتا. و عليه فلا يجتمع ما احتمله المصنف فى مطلع كلامه- بدءا- من الاستحالة فى مقام الثبوت، مع حكمه بصحة تصرفات العبد بالإجازة اللاحقة من ناحية الوجوه المتقدمة. و إليك لفظه:

(و كيف كان فانشاءات العبد لا- يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى: أما مع الاذن السابق فلا إشكال. و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعا).

«ثم انتقل الى مقام الإثبات، و قال:»

الا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى

(الخ).

إلا أن يقال: ان غرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكورة- فى مقام الإثبات- هو ان الأدلة الدالة على اعتبار رضاء المولى فى تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق و اللاحق، و عليه فإذا صدر عقد من العبد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٥١

من دون رضاء سيده لم يتصف ذلك- بمجرد صدوره بدون اذن المولى- بالاستقلال لكى يلزم من لحوق الإجازة به الانقلاب المحال.

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم لحوق الرضاء، و إذا اقتضت العمومات و الإطلاقات صحة عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمنا بها

من دون استلزامه الانقلاب المحال.

و كيف كان يمكن الجواب عن المناقشة المذكورة: بأن العقد الصادر من العبد له جهتان: جهة الإنشاء، و جهة المنشأ، و من الواضح ان المحتاج إلى إذن المولى إنما هو المنشأ: أعني به الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي، دون الإنشاء: أعني به إبراز ذلك الاعتبار النفساني.

و يدل على صحة ذلك قوله عليه السلام في صحيحة زرارة المتقدمة: (المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده). و وجه الدلالة: هو أن الطلاق و النكاح ليسا مجرد الإنشاء. بل الطلاق عبارة عن اعتبار حل العلقه المبرز بمظهر خاص خارجي. و النكاح عبارة عن اعتبار العلقه الزوجية في صقع الذهن المبرز بمظهر خارجي.

و عليه فشان ما نحن فيه شأن ما ثبت في محله من أن صحة نكاح بنت الأخ و بنت الأخت متوقفة على إجازة العمه و الخاله، فإن المتوقف على إجازتهما ليس هو صحة الإنشاء فقط، بل صحة ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع و لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه- من الجواب عن المناقشة المتقدمة- مبني على كون صحة إنشاء العبد لغيره و كاله أو فضولا متوقفة على إجازة المولى أما بناء على ما ذكرناه- عند التعرض للاية المتقدمة من عدم كون المولى مالكا لإنشاء العبد- فإنه لا شبهة في صحة إنشائه لغيره و كاله أو فضولا، سواء رضى به المولى، أم لم يرض به، إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد و ألفاظه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٥٢

لتتوقف صحتها على أجازته.

ثم إنه بقي - هنا - شيء لم يتعرض له المصنف، و هو أن إجازة المولى لعقد العبد هل هي كاشفة، أو ناقلة؟.

مقتضى القاعدة أنها ناقلة، لأصالة عدم تحقق الأثر إلى زمان الإجازة، و لم يرد - هنا - دليل على الكاشفية لكي يخرج به عن القاعدة المزبورة، كما ورد في الفضولي.

نعم إذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعدة - سيأتي الكلام في ذلك في البحث عن البيع الفضولي - الترتما - هنا - بالكشف أيضا، قوله:

(فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم)

بناء على كفاية رضاء المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن الضمني). و لكن نوقش فيه بوجهين:

الوجه الأول: أن عبارة العبد متحدة مع عبارة سيده، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب و القابل. و هذا يوجب بطلان العقد. و يتوجه عليه ما ذكره المصنف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يقتضى المنع - أيضا - عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقا، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه لا دليل على اعتبار التغير بين الإيجاب و القبول بل يكفي التغير بينهما اعتبارا.

على أنه لا اتحاد في المقام، لأن كون العبد مملوكا لمولاه لا يقتضى ذلك.

الوجه الثاني: أنه تعتبر - في صحة العقد - قابلية كل من المتبايعين للإنشاء عند تحقق الإيجاب و القبول كليهما، و عليه فلو كان المشتري عند إيجاب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٣، ص: ٣٥٣

البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية إيجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما، لأنه - وقتئذ - لا يرتبط عهد

أحدهما بعهد الآخر، فلا- تتحقق المعاهدة و المعاهدة بينهما بوجه، و حيث إن العبد- فيما نحن فيه- غير قابل للقبول في زمان الإيجاب- لعدم كونه مأذونا في ذلك من قبل المولى- فيحكم- حينئذ- بفساد العقد. و يتوجه عليه أنه لا- أساس صحيح لهذا الشرط- على ما ذكرناه في محله- لأن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري- و عليه فإذا تحقق إنشاء البائع- حال كون المشتري نائما أو غافلا أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري الى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع- صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للأدلة الدالة على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الإنشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشتري.

هذا كله فيما إذا و كل المشتري العبد في الاثراء من سيده.

أما لو و كله في الاثراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا مفوضا فلا شبهة في أن شأنه شأن المولى، فيعود النزاع المتقدم. و ان كان الوكيل وكيلا في خصوص إجراء الصيغة فلا شبهة في احتياج الاثراء إلى الإجازة من المولى. هذا تمام الكلام في البحث عن معاملات العبد.

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات، و يليه الجزء الرابع إنشاء الله، و أوله مبحث البيع الفضولي، و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين. قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هـ.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء الرابع

[تتمة كتاب البيع]

[تتمة الكلام في شروط المتعاقدين]

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قوله مسألة: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

إشارة

فعقد الفضولي «١» لا يصح اي لا يترتب

(١) الفضولي لغة هو الاشتغال بما لا يعني قال في المصباح:

و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل أى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد و سمي

بالواحد و في أقرب الموارد: الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول العمل الفضولي و هو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا يعنيه.

أقول: لو لا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبة فضلى لا فضولى.

اما فى الاصطلاح فعن الشهيد: هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا، و فى شرح فتح القدير الفضول: جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولاية له فيه و كيف كان الفضولى صفة للعاقد و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشىء بحال متعلقه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

أقول

قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لأمرين

الأول: إذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم بصحة الإيقاعات الفضولية أم لا؟

إذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضولية انما هو على خلاف القاعدة أعنى بها أصالة الفساد، و ان الإطلاقات و العمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود و الإيقاعات- الفضولية إلا- ما خرج بالدليل قيل: ان مقتضى القاعدة و ان كان هو الحكم بصحة العقود و الإيقاعات، و لكن قام الإجماع على عدم جريان الفضولية فى الطلاق و العتاق بل فى مطلق الإيقاعات.

و إذا قلنا بأن صحة العقود الفضولية موافقة لمقتضى القاعدة حكمنا بصحة الإيقاعات الفضولية أيضا إلا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضولية كذلك تشمل الإيقاعات الفضولية أيضا و عليه فما ورد بالخصوص فى صحة العقود الفضولية يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع هنا، و لكن لا نسلم كونه إجماعا تعبديا إذ من المحتمل ان القائلين ببطان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطان طلاق المكره يقتضى بطان طلاق الفضولى بالأولوية أو الى الروايات الدالة على ان الطلاق لا ينفذ إلا- إذا صدر من الزوج أو ممن هو مأذون من قبله أو من قبل الشارع، و ان القائلين ببطان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الدالة على انه لا عتق إلا فى ملك و ان القائلين ببطان مطلق الإيقاعات الفضولية قد استندوا فى ذلك الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥

عدم قابلية الإيقاع للتعلق واقعا، أو الى غير ذلك عن الوجوه الاعتبارية، و اذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه. فلا يكون هذا إجماع تعبدى أما الوجوه المزبورة فهي أيضا ليست بتامة فلا تدل على بطان الإيقاعات الفضولية اما بطان طلاق المكره كبطان بيعه فإنما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الإجازة، و يدل على عدم تحقق الإجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى صحة عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك أو الإجازة، و ذهب بعضهم إلى صحة عتق المرتهن عن الراهن مع أجازته ذلك و اما الروايات الواردة فى المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الإنسان ليس له ان يطلق زوجته غيره مستقلا و بغير اذنه و أجازته و هذا لا- ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الإجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغة، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطان العتاق الفضولى بالروايات المانعة عن العتق الصادر من غير المالك و يضاف الى ذلك ان أمثال هذه الروايات واردة فى البيع أيضا كقوله عليه السلام لا بيع إلا فى ملك فلو التزمنا بظاها فلا بد من الالتزام- ببطان البيع الفضولى أيضا.

و اما دعوى ان التعليق فى الإيقاعات أمر مستحيل دعوى جزافية ضرورة أن المعانى الإيقاعات كالمعانى العقدية فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا- دليل على بطلان الإيقاعات الفضولية و إذا قلنا بكون الوصية من الإيقاعات كانت الوصية بما زاد على الثلث من الإيقاعات الفضولية و لا إشكال فى صحتها مع اجازة الورثة و على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦ الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الإجماع التعبدى على بطلان الإيقاعات الفضولية مطلقا أو فى الجملة.

الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟

ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة اللاحقة

إشارة

سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد أم لم يعلم به حين ذلك و سواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه أم لم ينكشف له ذلك أصلا.

و استدل على رايه هذا بوجوه:

الأول: ان هذه المعاملة مشموله لآتى وجوب الوفاء بالعقد و التجارة عن تراض،

و لكن لا دلالة فى الآيتين على ذلك اما آية وجوب الوفاء بالعقد، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه، و من الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لا يخرج العقد الصادر من الأجنبى عن الفضولية و لا يجعله عقدا للمالك، بل العقد انما يصير عقدا للمالك، و يستند اليه اما بمباشرة نفسه أو بنيابة الغير عنه بالإذن، أو بالإجازة اللاحقة- كما فى الفضولى- و شىء من ذلك لم يتحقق فى المقام، و اذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآية التجارة عن تراض، إذ لا- تتحقق التجارة عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا- و لا يقال للمالك انه اتجر بماله.

و قد ظهر لك مما بيناه، انه لا يمكن الاستدلال على ذلك بقوله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧

تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فأن مفاده أحل الله بيوعكم و عليه فالمضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لا مطلق البيع و ان لم ينسب اليه

الوجه الثانى: ما دل على حرمة مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه،

و من الواضح ان المالك فى الصورة المفروضة راض بالتصرف فى ماله، فيكون خارجا عن الفضولية و الا لم يجز التصرف فيه. و فيه: ان المراد من حلية البيع ان كانت هى الحلية التكليفية كحرمة الأكل و الشرب، فالروايات المزبورة خارجة عن محل الكلام لان البحث، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك، و ان كان المراد هو الأعم من الحلية الوضعية و التكليفية فهو و ان كان لا بأس به، و لكن لا دلالة فيها على ان المعتبر فى حلية المال انما هو خصوص رضاء المالك و طيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فى حلية المال، و هذا لا ينافى اعتبار شىء آخر فيها كإظهار الرضاء بمرز خارجى من الاذن، أو الإجازة و السر فى ذلك هو ان أمثال هذه الجمل و المركبات كقوله عليه السلام لا صلاة إلا بطهور أو بفتحها الكتاب و لا عمل إلا بنية لا تدل على الحصر، و أن الصلاة مثلا- لا- تتحقق الا- بالطهور أو بفتحها الكتاب و ان العمل لا يتحقق إلا بنية، فإنه لا يستفاد منها الا اعتبار كون

الفعل مقرونا بالتية أو الطهور أو بفاتحة الكتاب لا ان الفعل لا يوجد إلا بالأمور المذكورة، و كذلك الأمر فيما نحن فيه بل الاستفادة منها إنما هو اعتبار المستثنى في المستثنى منه سواء اعتبر فيه شيء آخر أم لا.

[الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك]

الوجه الثالث: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨

و سكوته إقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة [١] هو كفاية الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية.

و يرد عليه أولاً: ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد، و مورد بحثنا ما إذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك.

و ثانياً: أن مجرد رضاء المولى باطنا بنكاح عبده يكفى فى صحته، لما سيأتى من التفضيل بين كون الإجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له، و بين

[١] عن معاوية ابن وهب قال: جاء رجل الى ابي عبد الله عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأة حرة بغير إذن مولاي ثم أعتقونى بعد ذلك فأجدد نكاح إياها حين اعتقت فقال له أ كانوا علموا انك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم فقال: نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا على فقال سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول و نحوه خبره الآخر عنه عليه السلام فى حديث المكاتب و كذا خبر الحسن بن زياد الطائى الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و عن عروة بن أبى الجعد البارقى قال عرض للنبي (ص) جلب فأعطانى ديناراً و قال اى عروة أنت الجلب فاشتر لنا شاء قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدينار فبعت أسوقهما أو قال أقودهما، فلقينى رجل فساومنى، فأبيعه شاء بدينار فبعت بالدينار فقلت يا رسول الله هذا دينار كم و هذه شاتكم قال كيف صنعت قال فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه فلقد رأيتنى أقف بكناسة الكوفة فأريح أربعين ألفاً قبل أصل إلى أهلى و كان يشتري الجوارى و يبيع مسند احمد ج ٤ ص ٣٧٦- المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنز العمال و هناك خبران آخران سيأتى إنشاء الله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩

كونها بمجرد تعلق حق الغير، حيث نلتزم بكفاية الرضاء الباطنى فى الثانى دون الأول، و من الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزماً و انما الاحتياج إلى - اجازة المولى من جهة ان فعل العبد متعلق حقه فقط.

الوجه الرابع: رواية عروة، فإنها ظاهرة فى جواز الاكتفاء فى صحة العقد بالرضاء الباطنى و ان لم يقترن بالكاشف.

و يتوجه عليه أولاً: ان الرواية غير مذكور فى أصول الشيعة مسندا و انما هى مذكورة فى كتب العامة بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد إليها فى شيء فى الأحكام الشرعية.

و ثانياً: انه يمكن ان البارقى كان و كيلاً مفوضاً عن النبي (ص) فى أمر شراء الشاة و بيعها و اذن فتكون الرواية بعيدة عن محل بحثنا.

و ثالثاً: أن إقباض عروة المبيع، و قبضه للثمن مع تقرير النبي (ص) ذلك لا- يدل الا- على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) بأصل البيع أيضاً ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز القبض و الإقباض و بين صحة البيع إذ قد يكون البيع صحيحاً و لا يجوز القبض و الإقباض كبيع الوكيل الذى هو وكيل فى أصل المعاملة فقط، و قد يجوز القبض و الإقباض مع فساد المعاملة كما إذا كان أحد مأذونا

فيهما من قبل المالك لا فى أصل المعاملة و اذن فرضاء النبي (ص) بالقبض و الإقباض لا يدل على صحة ما أنشأه عروة من البيع.

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضولية وعد توفقه على الإجازة اللاحقة من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠

كقولهم في مقام الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصله الا رضاء المالك و قولهم ان الإجازة لا يكفي فيها السكوت لأنه أعم من الرضاء و الى غير ذلك من كلماتهم.
و يتوجه عليه أولا: انه لا حجية في كلماتهم فان رأى فقيه لا يكون حجة على فقيه آخر.

و ثانيا: انه لا- ظهور في كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور في كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابلة الكراهة و الاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار و ليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا ربط لها بما نحن فيه و لا أقل من الاحتمال، فتكون كلماتهم مجملة.

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقة.
و يتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لأننا إذا قلنا باحتياج المعاملات الفضولية إلى الإجازة اللاحقة كان ما نحن فيه من صغرياتها، فحتاج صحته إلى الإجازة اللاحقة و لا- يكفي فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى، و ان قلنا بعدم احتياجها إلى الإجازة اللاحقة، لكونها مشمولة للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها فليكن المقام كذلك و اذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضولية ثم الحكم بعدم احتياجه إلى الإجازة اللاحقة.

ثم قال: مع انه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاء لا ينفك عن ذلك مع الالتفات و يرد عليه انه إذا قلنا بكفاية الرضاء الباطنى المتأخر و لو آنا ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١

فى صحة البيع و إخراجة عن الفضولية قلنا بذلك فى الرضاء المقارن أيضا بالأولوية، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر.

ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضولية بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهة الباطنية موجبة لفساد البيع مع انها لا توجب بطلانه و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبة مع كراهة المغصوب منه ذلك، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهة- الباطنية لا تؤثر فى فساد المعاملة و كذلك الرضاء الباطنى لا يكفي فى صحتهما لان سييلهما واحد.

ثم قال: انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا- ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصية التى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف.

و يرد عليه: انه لا وجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضولياً من ناحية كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونة مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكرة بدون اذن الولي و النكاح على بنت الأخ أو الأخت بدون اذن العمه و الخالة فإن الرضاء الباطنى يكفي صحة العقد فيها و فى أمثالها و سيأتى ذلك تفصيلا.

ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضولية مطلقا

سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك أم كانت فضوليته من ناحية صدوره من غير المالك و إليك لفظ مقرّر بحثه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢

و الحق عدم صحة العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتها كان أو مولى و ذلك لانه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهة الباطنية رد و لا الرضاء الباطنى إجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الإجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشائع و بينما كانت الإجازة لأجل كون المبيع متعلقا لحق الغير، فكل مورد تعتبر الإجازة فى العقد لأجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لا يصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الإجازة، لا لتلك الجهة بل لجهة أخرى لا شبهة فى كفاية الرضاء الباطنى فى ذلك، و على الأول، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران برضاء المالك لا يخرج العقد عن الفضولية ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مشمولاً لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بديهية ان العقد لا يكون مشمولاً لتلك الآية إلا باستناده الى المالك لأن مقارنته الجمع بالجمع فى الآية الكريمة يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى أوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لا يكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣

أوجده بنفسه أو بالتسيب كما إذا أوجده وكيله أو بالإضافة إليه كما إذا رضى بالعقد الفضولى مع إظهاره ذلك بمظهر خارجى و من الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى أجنبى عن ذلك كله و على الثانى فيكفى فى صحة العقد مطلق الرضاء و إن كان باطنياً و غير منكشف بكاشف و ذلك كالأمثلة التالية.

١- انه إذا باع الراهن العين المرهونة فإن اعتبار اجازة- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحية لزوم استناد العقد اليه بل من ناحية أن العين وثيقة عنده، فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن، فإذا رضى به المرتهن و لو باطنا صح البيع، و بعبارة اخرى: ان المناط فى صحة العقد هو كونه مشمولاً- للإطلاقات و العمومات الدالة على صحة العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غاية الأمر ان التصرف فى العين المرهونة موقوف برضاء المرتهن فإذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف أيضاً.

٢- بيع المفلس فإنه مستند اليه و مشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر إذنهم فى ذلك من هذه الناحية ٣- العقد على بنت الأخ و بنت الأخت فإن صحة ذلك موقوفة على إجازة العمه و الخالة لا من جهة عدم استناد العقد الى الزوجين إلا بإذنها بل من جهة أخرى.

٤- عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحاً كان أو غير نكاح فان احتياجه إلى إجازة السيد ليس من ناحية كون العقد عقدا للسيد و هو لا يتحقق إلا بإجازته بل من جهة انه ليس للعبد الاستقلال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤

فى التصرف فى قبال سيده.

٥- الوصية بما زاد على الثلث فإنها تحتاج إلى اجازة الورثة لكن لا من جهة عدم استنادها الى الموصى بل لأجل نفوذ الوصية ٦- عقد الباكرة بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهة النفوذ لا من جهة الاستناد.

و على الجملة ان فى كل مورد كانت الإجازة لأجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لا يكفى فيها الرضاء الباطنى، و فى كل مورد كانت الإجازة لأجل نفوذ العقد لا للجهة المزبورة يكفى فيها الرضاء الباطنى لأنه يكفى فى النفوذ و لا- دليل على إظهاره بمظهر خارجى، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فإنه ما لم يظهر فى الخارج لا يصدق على ما أوجده الفضولى انه عقد للمالك، و لا انه يبيعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك وضحاً بمراجعة العرف و اللغة، و اذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الإطلاق و لا ما ذكره شيخنا الأستاذ (و أظن ان كلام المصنف لا ينافى التفصيل المذكور لانه ذكر فى آخر كلامه ثم انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد إلخ) خصوصاً إذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه

بعيدا من ناحية التعليل في كلامه بقوله لعدم تحقق المعصية.

فما ذكره شيخنا الأستاذ من: (ان الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل)، انما يتم في الاستناد فقط لا في التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما أفاد شيخنا الأستاذ في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥

آخر كلامه من انه ثبت من الأدلة الخارجية عدم استقلال العبد و الراهن و الباكرة و كل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث في عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاه ذى الحق فإن به لا يسند العقد اليه. ثم انه ربما يستدل على كفاية الاقتران بالرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية بصحيفة محمد بن مسلم [١] و رواية الحميرى [٢] فإنهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

[١] عن ابى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أهل الذمة فقال لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون قال: و سألته عن رجل من أهل النيل عن ارض - اشتراها بغم النيل و أهل الأرض يقولون هي أرضهم و أهل الأستان يقولون هي من أرضنا قال لا تشتريها الا برضا أهلها صحيحة الوافى ج ١٠ ص ١٣٣ قال فى الوافى الأستان بالضم اربع كور ببغداد و فى أقرب الموارد: الكورة بالضم المدينة و الصقع و فى المفردات: و قيل لكل مصر كورة و هي البقعة التي يجتمع فيها قري و محال ج كور و قد ذكرنا سابقا ما هو المراد من النيل فى - ج ٣ ص ١٨٠

[٢] ٢- انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصه و أكرته ربما زرعوها و تنازعوا فى حدودها و تؤذنها عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعته و ليس لها قيمة لخرابها و انما هي باثرة منذ عشرين سنة و هو يتحرج من شرائها لأنه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شرائها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عمارة لضيعة و انه يزعم هذه من القرية البائرة يفضل ما ضيعته العامرة و يتحم عن طمع أولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره إنشاء الله فأجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكةا أو بأمره أو رضاه منه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦

ان المناط فى صحة البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من أمثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمة (لا) كقوله عليه السلام لا صلاة إلا بطهور لا ان حقيقة مدخول كلمة (لا) منحصرة بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الإطلاق، فيكون شأنهما شأن بقية الأدلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهة و قد تقدم اعتباره فى العقود الإيقاعات

قوله ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك.

أقول

يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:

إشارة

الاولى: ان يبيع الفضولى للمالك.

الثانية: ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثة: ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

أما المسألة الأولى [ان يبيع الفضولي للمالك]

إشارة

فيقع البحث فيها من جهة انه هل يعتبر في صحة العقود صدور إنشائها من المالك بالمباشرة أو ممن يقوم مقامه كالوكيل والمأذون أم لا- يعتبر في صحتها ذلك؟ بل المناط في صحة العقود هو استنادها الى من له العقد، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشرة و التسبيب كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقة أيضا.

و لا يخفى عليك انا إذا قلنا بصحة العقد الفضولي في هذه المسألة، فيقع الكلام في صحته و فساده في المسألتين الآتيتين و إذا قلنا بفساده هنا فلا شبهة بفساده في المسألتين الآتيتين لان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧

ما يبحث عنه في المسألة الأولى هو المتيقن من العقد الفضولي فإذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه في المسألتين الآتيتين بالأولوية القطعية.

ثم انه وقع الكلام في صحته و فساده فالمحكى عن الأكثر هو صحته- كالمقنعة و النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و العلامة في جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و الروضة و المسالك و غيرها- و حكى المصنف عن غايه المراد حكاية القول بالصحة عن جمع من المذكورين و غيرهم ثم قال: و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين- كالأردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخر المحدثين- و قال في التذكرة: مسألة يشترط ان يكون البائع مالكا أو من له ولاية كالأب و الجد له و الحاكم و امينه و الوكيل فلو باع الفضولي صح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و إسحاق و أبو حنيفة و الشافعي في القديم و احمد في إحدى الروايتين و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعي في الجديد و احمد في الرواية الأخرى يبطل البيع و هو قول لنا و قال- بعد أسطر-: لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان و الوقف على الإجازة الا أن أبا حنيفة، قال: يقع للمشتري بكل حال و ان كان في الذمة لغيره و أطلق اللفظ قال: علماؤنا يقف على الإجازة إلخ و عن الحدائق: ان القول بالصحة كاد يكون إجماعا و ذهب جمع آخر إلى فساده فعن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا و في الخلاف ج ١ ص ٢٢٢: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على اجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا دليلنا إجماع الفرقة و من خالف منهم لا يعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع و عن الغنية نحوه من الصراحة و حكى القول بالبطلان أيضا عن الإيضاح و اختاره في الحدائق و أظن فيه الكلام و لكنه لم يأت بشيء تركز اليه النفس و يطمئن به القلب و ذكر جملة من النصوص محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها و ستأتى الإشارة إليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلالة بعضها على خلاف مقصوده و في شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد و قال الشافعي: لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالمالك أو بإذن المالك و قد فقدا و لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية و صار كبيع الآبق و الطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم و في الفقه على المذاهب الأربع ج ٢ ص ١٦٦- عن الشافعية-: و من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقد عليه ولاية فلا يصح بيع الفضولي و في ص ٢٤٠- عن الحنيفة-: اما بيع ملك الغير بوكالة منه فإنه صحيح نافذ و يبيعه بدون وكالة فهو صحيح موقوف على اجازة المالك و هذا هو بيع الفضولي و في ص ٢٢٤: و

اما الموقوف و هو بيع ما يتعلق به حق للغير فإنه من أقسام الصحيح و انه يعتقد بدون ان يتوقف على القبض و فى ص ١٦٨: و من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩

شروط العاقد، ان يكون مالكا أو وكلا عن مالك فلا يلزم بيع الفضولى و فى شرح العناية بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣١٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد فى رواية و قال الشافعى فى الجديد و هو رواية عن احمد لم يعتقد.

و هنا قول ثالث و هو صحة البيع و بطلان الشراء و هو القول الآخر للشيخ فى الخلاف قال فى كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على أجازته و كان باطلا ثم قال: و عندنا ان البيع يقف على اجازة مالكة.

و فى المسألة وجهان آخران: أحدهما انه ان وثق برضاء المالك فأجاز صح و الا فلا. ثانيهما: انه ان لم يسبق منه منع و لم يظهر كراهة صح و إلا بطل.

و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على الإجازة بوجوده:

الأول العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها

و بيان ذلك انه لا شبهة فى ان صدق عنوان العقد أو- التجارة عن تراض أو البيع أو صدق أى اسم من اسما أئمة معاملة كانت لا يتوقف على مباشرة المالك بنفسه للعقد، بل يكفى فى ذلك النيابة بأن يكون المباشر لذلك غير المالك غاية الأمر لا بد و ان تكون هذه المباشرة بإذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشرة نفس المالك أو بمباشرة غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقة من المالك و حينئذ فيصدق مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك أو تجارته أو بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات و المطلقات المزبورة و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** هو **أَوْفُوا** بعقودكم لا ما عقدتم و المراد من **أحل الله البيع** هو حلية بيوعكم و المراد من التجارة عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك، و من الظاهر انها تستند إليه بالإجازة كاستنادها اليه بالمباشرة أو بالإذن فتشملها العمومات غاية الأمر انا نشك فى اعتبار مباشرة المالك شرعا أو اقتران رضاؤه بالعقد أو وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه بأصالة الإطلاق أو العموم و هذا هو مراد المصنف (ره)

من الأصل

فى المقام لا أصالة البراءة و ان احتمله- بعيدا- المحقق الايروانى بناء على جريان البراءة فى الأسباب و الأوضاع.

و قد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى إلى المالك بالإجازة اللاحقة لكن الإضافة لا تحصل بذلك بعد وضح ان المراد من عقودكم العقود الصادرة منكم، و لو بالتسبب لا العقود المنتسبة إليكم باية نسبة كانت و لو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخصى بإجازته له.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ لا- فارق فى انتساب العقد من الأجنبي إلى المالك بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقة فكما ان الاذن السابق كاف فى صحة العقد و استناده اليه كذلك الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١

اللاحقة لأنهما متساويان فى حصول الرضاء الذى هو الأصل فى ذلك و قد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به فى التمسك بالعمومات على صحة العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى أو الملك أو غيرهما و لا سبيل الى كل

منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا وهذا واضح، واما المالك فقبل أجازته كذلك و الا لوجبت عليه الإجازة و أما بعدها فهو مجيز لا عاقد، و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و قد عرفت ان العقد الصادر من الفضولي يكون عقدا للمالك بالإجازة اللاحقة و يستند اليه استنادا تاما، فيكون مشمولا للعمومات من حين الإجازة لا من حين العقد فزمان الإجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولي.

و من هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابة حيث قال: (ان التمسك بالعموم بعد الإجازة مبنى على ثبوت عموم أزمانى فى العمومات و ليس له وجود و قد اعترف به المصنف ره فى خيار الغبن)، و وجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول- العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الإجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الإجازة محتاجا الى ثبوت العموم الأزمانى للعمومات، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الإجازة انما هو أول زمان صار العقد الفضولى مصدقا للعمومات الدالة على صحة العقود.

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء- كما عن المختلف وغيره- على صحة البيع الفضولى بأنه عقل صدر مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢

من أهله فى محله، بدهة ان كون العاقد أهلا للعقد من حيث كونه بالغا عاقلا مع كون المبيع قابلا للبيع لا يثبتان الصحة إلا بضميمة مقدمه أخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من أهله فى محله و كل ما صدر من أهله فى محله صحيح شرعا للعمومات و المطلقات.

و ان أبيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غاية المراد: من كونه مصادرة ضروره ان تحقق الأهلية التامة عين الدعوى و جعلها دليلا- على المدعى صرف مصادرة و لا يمكن دفعها الا بما كرهناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان اشتراط تأثير العقد بالرضاء لا ربط له بأهلية العاقد و لا بكون المبيع قابلا لوقوع العقد عليه بل أهلية العاقد بما هو عاقد منوط بكونه عاقلا عقلا، و بكونه بالغا شرعا، و قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك، فلا تصور فى العاقد، و لا فيما وقع عليه العقد، و المفروض حصول الإجازة الكاشفة عن الرضاء و المحققة للانتساب، فلا مصادرة و كون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن أهلية العاقديّة و لا- المحل عن قبول وقوع العقد عليه، فما افاده المصنف فى توجيه المصادرة و أجاب عنها بإثباتها بالعموم خال عن الوجه، و الوجه فى ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلا بالغا، و كون المحل مما يتمول، و حصول الرضاء بالإجازة اللاحقة الكاشفة، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنته الرضاء أو سبق الإذن فإنه مع هذا الاحتمال لا تتم الأهلية التامة للعاقد، فلا يمكن نفيه إلا بأصالة العموم أو الإطلاق و بذلك تثبت الأهلية التامة للعاقد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣

و قد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولى صحيح على القاعدة بمقتضى العمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و لزومها و عليه، فلا نحتاج الى الاستدلال على صحته و نفوذه بالأدلة الخاصة إلا لمزيد الوضوح و من جهة التأييد و عليه فلو ناقشنا فى الأدلة الخاصة اما من حيث السند أو من حيث الدلالة فلا يضر هذه المناقشة بصحة عقد الفضولى و نفوذه بوجه.

الوجه الثانى رواية عروة [١]

و وجه الاستدلال هو ان عروة قد باع احدى الشاتين بدينار من غير إذن النبى (ص) و أقره (ص) و أظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا لم يقره النبى (ص) بل كان عليه (ص) زجر عروة و الأمر برد الدينار و أخذه الشاء أو تجديد المعاملة بعد تحصيل الاذن من النبى (ص) مع انه ص لم- بفعل شيئا من ذلك، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالرواية من ناحية بيع عروة احدى الشاتين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاة بدينار الظاهرة فى الشاء لواحدة فذكر المصنف

[١] (فله روایتان قد تقدمت إحداهما و اما الأخرى فهي انه ان رسول الله ص بعث معه بدينار يشتري له أضحية و قال مرة أو شاة فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار و أتاه بالأخرى فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه مسند احمد ج ٤ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال ص ٣٧٥ و عن حكيم بن حزام ان النبي ص بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية - بدينار و جاء بدينار إلى النبي ص فتصدق به النبي ص و دعا ان يبارك له في تجارته البحار ج ٢٣ ص ٣٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولية، و لكن لم يبين الوجه في ذلك و لعل نظره في ذلك الى ان قول النبي (ص) لعروة اشتر به شاة يمكن ان يراد به كون الشراء الشاة الواحدة بدينار، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاة بدينار و على الثاني فلا شبهة في عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثني و على الأول فإن كان الظاهر في بادي النظر هو كون الشراء فضوليا أيضا و لكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص إذا كان مأذونا في شراء شاة واحدة بدينار فيكون مأذونا في شراء شاتين بدينار بالأولوية القطعية، و عليه فأذن النبي (ص) لعروة في شراء الشاة الواحدة بدينار اذن له في شراء شاتين أيضا بدينار، فيكون الشراء خارجا عن الفضولية على كل حال.

و قد ناقش المصنف في الاستدلال بالرواية المزبورة على صحة البيع الفضولي: بان

ذلك متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضاء المالك في بيع الفضولي، و قد عرفت انها خارجة عنه، و بيان ذلك أن عروة كان عالما ظاهرا برضاء النبي (ص) بما فعله من البيع و الا لما اقبض المبيع و لم يقبض الثمن لان ذلك تصرف في مال غيره بدون رضاه و هو حرام عقلا- و نقلا، و عليه فلا بد اما من الالتزام بأن عروة فعل الحرام بقبضه الثمن و إقباضه المثل، و هو مناف لتقرير النبي (ص) و تبريكه (ص)، و اما من القول بجواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بتعقبه لها.

و سيأتي ضعفه و اذن، فيدور الأمر بين القول بخروج المعاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولية، و بين القول بعروة برضاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥

النبي (ص) بإقباضه ماله للمشتري حتى يستأذن من النبي (ص) مع علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن إلى البائع على وجه الامانة و الا فلا يستحق الفضولي قبض المال لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عنه و لكن الظاهر هو الوجه الأول أعنى به خروج البيع الصادر من عروة عن المعاملة الفضولية إذ من المستبعد جدا علم المشتري بكون بيع عروة فضوليا، و يتضح ذلك بملاحظة ان الظاهر هو عدم كون المعاملة فضولية في مورد الرواية، بل وقعت بعنوان المعاطاة لأنها وقعت بين النبي (ص) و بين مشتري الشاة و يكون عروة آله محضا في إيصال العوضين و قد عرفت في مبحث البيع- المعاطاتي انه يكفي في صحة المعاطاة مجرد رضا المالكين بالنقل و الانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين و لو كان الوصول بإطاره ربح أو بفعل صبي أو بواسطة حيوان و من الظاهر انه يتسامح في المعاطاة بما لا يتسامح به في العقود اللفظية.

و يرد على ما ذكره المصنف أولا- ما ذكرناه أنفا من أن اقتتان العقد الصادر من الأجنبي بالرضا الباطني من المالك لا يخرج عن الفضولية.

و ثانيا: ان كون الصادر من عروة فضوليا أو مندرجا تحت الكبرى المتقدمة متوقف على عدم كونه وكيلا مطلقا و مفوضا من النبي (ص) في أمر شراء الشاة أو مطلقا الذي سمي في لغة فارس بكلمة (وكيل خرج) و من المحتمل ان يكون هو كذلك و عليه، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولي إذ لا قرينة في الرواية و لا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضوليا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦

و على الجملة ان ما صدر من عروء قضيت شخصية واقعة في مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى و ان أصرّ عليه جمع من الفقهاء و لا حملها على الكبرى المتقدمة و ثالثا: ان تحقق القبض و الإقباض بين عروء و بين المشتري لا يكون قرينه على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن و المثلن بالقبض و الإقباض حراما و ذلك لما ذكرناه أنفا من عدم الملازمة بين كون البيع فضوليا و بين حرمة التصرف فى الثمن أو المثلن، ضرورة ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لا جوازه و ضعا.

و رابعا: انا لو سلمنا صحة المعاطاء الفضولية لكن لا نسلم كون فعل عروء ظاهرا فى المعاطاء لعدم القرينه على ذلك. و دعوى ان القرينه على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى أمثال ذلك هو البناء على المعاطاء، دعوى جزافية، لأننا لو سلمنا وجود الغلبة و لكنها لا تفيد الا الظن و هو لا يغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله: لم افهم هذه الدعوى و لم أدر من اين هذا الظهور.

و خامسا: انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الأمثلة التى ذكروها لتحقيق المعاطاء بمجرد إيصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهرة فى ذلك بل هى من أمثلة المعاطاء المتعارفة راجع ج ٢ ص ١٦٩.

و سادسا: ما ذكره المحقق الايروانى و إليك نصه ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاء و الرضا الحاصل فى المقام فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧

الرضا الكافى فى المعاطاء عن القصد إلى إنشاء البيع بإيصال المبيع بأى وجه اتفق و بواسطة أى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالبيع من أى بائع تحقق بلا قصد إلى إيجاد البيع فى الخارج. و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الرواية ضعيفة السند و قد عرفته قريبا.

الوجه الثالث: صحیحة محمد بن قيس

إشارة

عن ابى جعفر (ع) قال قضى أمير المؤمنين [١] لأن قوله عليه السلام فيها فى معالجة فك الولد بعد المناشدة: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالإجازة اللاحقة إذ لو كانت الإجازة فاسدة و غير مؤثرة فى العبد الفضولى لما أمر الإمام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الأب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها.

و قد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:

إشارة

[١] عن ابى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتي باعها ابني بغير اذنى فقال الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينقد (فى يب ينفذ) لك البيع فلما أخذه قال له أبوه أرسل ابني قال لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه صحیحة الكافى ج ٥ ص ٢١١ و التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ و ٢٥٠ و الاستبصار ج ٣ من طبعه النجف ص ٨٥ و الفقيه ج ٣ من طبعه النجف ص ١٤٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨

و بقاءه على حاله موقوفا على اجازة المالك فان اجازته لزم و ان فسخه انفسخ و إذا انفسخ لم تؤثر فيه الإجازة إجماعا مع ان الصحيحه ظاهره في نفوذ الإجازة بعد الرد من نواحي شتى:

١- قوله: الحكم ان تأخذ الوليدة و ابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد.

٢- قول السائل: ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال: وليدتى باعها ابني بغير اذني و من الظاهر ان المخاصمة ظاهره في الرد، إذ لولاه لما وقعت المخاصمة بين السيد الأول و السيد الثاني بل كانت الوليدة و ابنها للسيد الثاني من دون ان تكون هناك مخاصمة و مرافة.

٣- مناشدة المشتري للإمام عليه السلام و الحاجة إليه في علاج فكاك ولده، و من الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الأول: لم يكن وجه لهذه المناشدة و الحاجة إليها.

٤- قول الامام عليه السلام- في مقام تعليم علاج فك الولد للمشتري-: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع إذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الأول إلى أخذ الوليدة و ابنها فهذه القطعة من الرواية صريحة في أخذ السيد الأول ابن الوليدة و أخذ الابن ظاهر في رد البيع من حيث ان أخذ الابن لأجل كونه نماء للوليدة التي هي مملوكة له.

فتحصل ان الرواية ظاهره فيما هو مخالف للإجماع و اذن فلا بد اما من طرحها و إرجاع علمها إلى أهلها، و اما من رفع اليد عن-
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩

ظهور كون الإجازة بعد الرد أو يراد من الإجازة البيع الجديد أو حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسي (ره) في مرآت العقول ص ٤٠٧ ج ٣ قال: (الظاهر ان هذا من حيلة التي كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) و لا بأس بتعليم هذه الحيلة لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع و اقتضاء المصلحة لذلك مثل ان عليا عليه السلام كان عالما- في مورد الرواية- بكون الابن وكيلا في بيع وليده أبيه و أنكر الأب و كاله ابنه و ادعى عدم الاذن في ذلك فاحتال على عليه السلام حيلة لكي يصل بها الحق الى صاحبه أو تحمل الصحيحه على غير ذلك من المحامل.

و على الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولي و هو عدم كون الإجازة مسبوقة بالرد، فالرواية أجنبية عنه و ما اشتملت عليه الرواية من تأثير الإجازة بعد الرد مخالف للإجماع و ان التزم السيد بظاهرها و قال: (فالإنيصاف ان الرواية لا مانع من العمل بها و تكون دليلا على صحة الإجازة حتى بعد الرد)، و لكن الظاهر انه لا إشعار في الرواية بكون الإجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فلا- دلالة فيه على ما يرومه الخصم، و ذلك لان الرواية خالية عن تعرض المالك لفسخ العقد أو إمضائه بل غاية ما يظهر منها هو عدم رضاه بإقباض ابنه و لذا استرد الوليدة و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولي ان يتصرف في المبيع حتى على القول بالكشف غاية الأمر أنه إذا أجاز العقد الفضولي انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه في ماله تكليفا قبل الإجازة و لا شبهة في ان تصرفه هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠

قبل الإجازة لا- يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة ترده بين الفسخ و الإمضاء و لا- يشترط في تأثير الإجازة وقوعها عقب عرض البيع على المالك من دون أن يفصل بينهما: التردد بين الفسخ و الإمضاء أو التوقف في ذلك، بل العبرة في تأثير الإجازة بكونها قبل الفسخ و يدل على ما ذكرناه ما ذهب إليه الأصحاب من الحكم بصحة إجازة المكره بعد زوال إكراهه، فيعلم من ذلك ان الكراهة الباطنية لا توجب فسخ المعاملة فضلا عن التردد بين الفسخ و الإمضاء اما مناشدة المشتري للإمام عليه السلام في فكاك ولده فلا تدل أيضا على ان المالك قد رد البيع و أخذ ابن الوليدة لكونه مملوكا له لان الولد لا يملك على تقدير الإجازة و الفسخ لكونه حرًا كما سيأتي بل المناشدة من حيث ان المشتري طلب من الامام عليه السلام علاجاً لفك الولد و اجازة البيع فعلمه

الامام (ع) طريقا لذلك و هو قوله (ع) أخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع.

و من هنا اتضح لك انه لا دلالة فى قول المشتري: حتى ترسل ابني على تحقق الرد قبل الإجازة نعم له ظهور فى عدم الإجازة و هو أعم من الرد كما اتضح لك انه لا دلالة فى قوله (ع):

خذ ابنه إلى. أخره على تحقق الرد قبل الإجازة بل هو طريق علمه الامام (ع) للمشتري لكي يتثبت به فى فكاك ولده اجازة البيع و اما المخاصمة، فلا دلالة فيها أيضا على رد البيع غاية الأمر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع و عدم اذنه فيه و هذا ظاهر. و على الجملة انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمة على تحقق الرد قبل الإجازة بل هى أعم منه و من التردد بين الإجازة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١ و الرد أو التوقف فيهما.

المناقشة الثانية: ان الامام (ع) قد حكم للسيد الأول بأخذ الوليدة و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهة.

إشارة

و ذلك لان المشتري لم يعلم بكون الوليدة لغير البائع إذ لو كان عالما بذلك لكان الوطى حراما و صار الولد رقا لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشتري لم يكن عالما بالحال و ان الولد انما تولد من الشبهة و قد حقق فى محله ان ولد الشبهة ملحق بأبيه، فيكون حرا و معه كيف يجوز للسيد الأول ان يأخذه.

و قد أجب عن هذه المناقشة بوجهين

الوجه الأول، انه لا مانع عن كون المشتري عالما بالحال،

و عليه فيكون الولد من الزنا فيصير رقا للسيد الأول لو لا الإجازة.

و يرد عليه انه لو كان الأمر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام بأخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشتري حد الزنا.

الوجه الثانى: ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد الأول لاستحصال قيمة يوم الولادة

لأنه و ان لم يكن مالكا للولد لكونه حرا و متولدا من الشبهة و لكن له ان يطالب قيمته يوم الولادة لكونه نماء لمملوكه و هو الوليدة و قد حمل الرواية على هذا الشيخ (ره) فى الاستبصار و إليك لفظه: فالوجه فى هذا الخبر انما يأخذ وليدته و ابنها إذا لم يرد عليه قيمة الولد فاما إذا بذل قيمة الولد فلا يجوز أخذ ولد الحرج ٣ ص ٨٥ و تبعه المحقق التستري فى مقابسه و جعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال فى خلال كلامه: (و ذكر فى جملة من الاخبار ان للمالك قيمة الولد و فى بعضها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل إلى أخذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات و هذه الروايات مروية فى ج ٣ ص ٢١٣ و الظاهر انه لا بأس بهذا الوجه بعد مساعدة الروايات عليه فراجع المقابيس. و يرد عليه ان المطالب (بالفتح) هنا انما هو المشتري فلو جاز حبس المديون لاستحصال الدين، فلا بد و ان يحبس المشتري دون ولده غير المقصر.

و التحقيق أن يجاب عن المناقشة بأنه لا شبهة فى ظهور الرواية فى صحة بيع الفضولى بالإجازة المتأخرة و قد عرفته قريبا غاية الأمر انها اشتملت على حكم آخر لا نعرف سرّه و لا ربط له بجهة الاستدلال و من الظاهر ان اشتمالها على جهة مجهولة لا يسقطها عن الحجية

من سائر الجهات غير المجهولة.

المناقشة الثالثة: أنه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري بأخذ ابن السيد

مع ان ذلك لا يجوز لأن غاية الأمر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك.

و أوجب عنه بأنه يمكن ان يكون ذلك لمطالبته المشتري الثمن الذى دفعه اليه و من الظاهر انه لا بأس بحبس المديون لاستحصال الدين.

و يتوجه عليه ان هذا الحكم و ان كان صحيحا فى نفسه لأن الغرامة المتوجهة على المشتري متوجهة على البائع لأنه الذى عزّ المشتري و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص و الفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار، و لكن هذا الوجه لا يناسب ذيل الرواية أعنى به مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣

قول المشتري للسيد الأول: لا و الله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك أجاز البيع، فان الظاهر من هذه القطعة من الرواية هو ان حبس المشتري ابن السيد الأول لم يكن لأجل استحصال الثمن بل لأجل فكاك ولده. و التحقيق ان يجاب عن هذه المناقشة أيضا مثل ما أجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لا نعرف ربطه بجهة الاستدلال من الرواية على ما نحن فيه.

و يؤيد ما ذكرناه ان القضايا التى صدرت من أمير المؤمنين عليه السلام لم تصل إلينا بجميع خصوصياتها الخارجية الواقعة بين المترافعين و كذلك هذه القضية التى بين أيدينا فإن غرض الإمام أبى جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان أمير المؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للإجازة و ليس غرضه بيان خصوصيات القضية بأجمعها. ثم اننا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحة ظاهرة فى صحة بيع الفضولى بالإجازة المتأخرة و قلنا بظهورها فى صحته بالإجازة المسبوقه بالرد الذى هو مخالف للإجماع فهل يستفاد منها تأثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا أم لا؟ ذكر المصنف ره

(ان الانصاف ان ظهور الرواية فى أن الإجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة و هى الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد). و ملخص كلامه ان الصحيحة و ان وردت فى قضية شخصية التى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤

لا- يمكن التعدى منها الى مثلها إجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا فى غير مورد الإجماع.

و يتوجه عليه: ان هذا انما يتم فيما إذا كان للرواية عموم أو إطلاق، فان فى مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصية المورد و يؤخذ بالعموم أو الإطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من رواية على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكلية و نظير ذلك كثير فى الروايات [١] و اما إذا لم يكن للرواية إطلاق أو عموم- كما فى المقام حيث ان الصحيحة تحكى قضية شخصية فى مورد خاص لا نعرف كيفية وقوعها من جميع الجهات- فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره.

[١] منها صحيحة أبى نصر البنظى عن ابى الحسن (ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما بملك أ يلزمه ذلك فقال لا- قال رسول الله (ص) وضع عن أمتى ما اكره عليه و ما لم يطيقوا و ما اخطئوا الوسائل ج ١٦ باب ١٦ من كتاب الايمان ج ٦ فان هذه الصحيحة و ان تنطبق على موردها إذ لا يلزم الحلف بالأمر المذكورة فى الرواية فى غير حال الإكراه أيضا عند

الإمامية و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك بإطلاق حديث الرفع في غير مورد الرواية و هذا ظاهر و منها موثقه ابن بكير قال سأل زارة أبا عبد الله (ع) عن الصلاة في الثعالب و الفنك و السنجاب إلى آخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥

الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعبر و الإجماعات المحكية على صحة الزواج الفضولي [١]

و إذا صح الزواج الفضولي صح سائر العقود الفضولية بالأولوية و ذلك لان المليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به في الفروج ضرورة ان النكاح مبني على الاحتياط و

[١] عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن مملوكه بين رجلين زوجها أحدهما و الآخر غائب هل يجوز النكاح قال إذا كره الغائب لم يجز النكاح، و عن عبيد بن زارة عن ابي عبد الله عليه اللام في عبد بين رجلين زوجه أحدهما و الآخر لا يعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهما قال: للذي لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما و ان شاء تركه على نكاحه الوافي ج ١٢ ص ٨٩ و عن ابن بزيق قال: سأله رجل مات و ترك أخوين و ابنة و الابنة صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج فلما ان مات قال الآخر أخى لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية أى الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر قالت الآخر ثم ان الأخ الثانى مات و للأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجارية اختارى أيهما أحب إليك الزوج الأول أو الزوج الآخر فقال الرواية فيها انها للزوج الآخر و ذلك انها قد كانت أدركت حين زوجها و ليس لها ان تنقضى ما عقدته بعد إدراكها (يب ج ٧ ص ٣٨٧ الوافي ج ١٢ ص ٦٧ و فى رواية البقباق إذا زوج الرجل ابنه فذلك إلى أبيه موثقة. الوافي ج ١٢ ص ٦٥ يب ج ٢ ص ٢٢٤ و رواه الشيخ بسند آخر فى ص ٢٢٥ و عن محمد بن الحسن الأشعري قال كتب بعض بنى عمى الى ابي جعفر الثانى عليه السلم ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك و الأمر أمرها الوافي ج ١٢ ص ٦٦ يب ج ٢ ص ٢٢٣ و عن الكاهلى عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه- سأله رجل زوجته أمه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لامه الوافي ج ١٢ ص ٦٨ يب ج ٢ ص ٢٢٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦

فى غير واحد من الروايات «١» ما يدل على شدة الاهتمام بأمر النكاح و الاحتياط فيه و علل ذلك فى بعضها بأنه يكون منه الولد و من الظاهر انه إذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق اولى و قد تمسك بهذا الوجه جماعة من الفقهاء بل قال فى الرياض: (و لعمري انها من أقوى الأدلة و لولاها لا شكل المصير الى هذا القول لحكاية الإجماعين الآتين-).

و يتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بأمر النكاح و شدة احتياطه فيه لا يقتضى الاهتمام بسببه و الاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه أسهل لثلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف و الضيق مثلا إذا اعتبرت العربية فى مادة الصيغة و هيئتها و لهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن أكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيرا، فالاهتمام بأمر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون- الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا- يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا يعتبر فى عقد النكاح كالتقايض فى المجلس فإنه معتبر فى الصرف و السلم و لكنه غير معتبر فى عقد النكاح و كثيرا ترى التوسعة فى أسباب النكاح من تشريع المتعة و ملك اليمين و التحليل و جواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت و غير ذلك و اذن، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعة فى أسبابه

(١) ج ٧ يب ص ٦٧ و الوسائل باب ٢ من أبواب الوكالة و رواية أخرى في ج ١٦ وافي ص ٥٢ و رواية شعيب الحداد و في ج ٢ يب ص ٢٤٥.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧

لا يدل بالفحوى على التوسعة في أسباب سائر العقود و عليه فلا دلالة في الروايات الواردة في صحة عقد النكاح الفضولي مع ضميمته ما دل على شدة الاحتياط في النكاح على صحة سائر العقود الفضولية لا بالأولية و لا غيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الأولية ظنية و الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

ثم انه ناقش المصنف في الاستدلال بالفحوى على صحة البيع الفضولي،

و حاصل مناقشته ان الأولية المزبورة و ان كانت ثابتة في بادى النظر و لكنها مردودة بالنص الوارد في الرد على العامة في فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان في الأول لأن البضع ليس له عوض و بالصحة في الثانى لأن المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبهم برمى رأيهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استدموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام: ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاج فيه لانه الفرج و منه يكون الولد «١» و عليه، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحة النكاح الواقع اولى من الحكم بصحة البيع الواقع و اذن فتدل الرواية على كبرى كليه و هى ان الحكم بصحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام يستلزم الحكم بصحة النكاح بالأولية دون العكس كما زعمه أهل السنة و الجماعة، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع لان الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب

(١) يب ج ٢ ص ٦٧ ووسائل باب ٢ من أبواب الوكالة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨

الأولية و الا لم تتحقق الأولية و اذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

ثم انه ما هو الوجه في ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط في إبقاء النكاح لا في إبطاله؟ مستدلاً بأنه يكون منه الولد مع ان الأمر في الاعراض كالأموال دائر بين المحذورين ضرورة ان إبقاء النكاح الذى أوقعه الوكيل قبل وصول عزله إليه أحد المحذورين و إبطاله هو المحذور الآخر و عليه فلا يكون احتياط في البين.

و لعل الوجه في ذلك: هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى: درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الأخذ بالجانب الأهم و بيان ذلك: ان الحكم بإبطال النكاح في موارد الاشتباه التى منها مورد الرواية أعنى به مسألة عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحة النكاح واقعا فتتزوج المرأة بزواج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح و إبقائه فإنه حينئذ لو كان باطلا في الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا أهون من الزنا بذات البعل فالإمام عليه السلام قد جعل الأخذ بأخف المحذورين احتياطاً في الموارد المشتبهة من الاعراض انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق ان الرواية أجنبية عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا- في البيع و لا- في النكاح لا من حيث- الفتوى و لا من حيث العمل، بل الرواية ناظرة إلى جهة أخرى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم

يستندوا فيه الى الاحتياط لكي يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط، فيكون أولى بالصحة بل استندوا في ذلك الى الاستحسان الذي يقتضى الصحة في البيع و البطلان في النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان في مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير، و من الواضح ان- الفتوى بلا علم حرام بالأدلة الأربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل، فلا شبهة في ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا احتياط في البين و هكذا الحال في النكاح أيضا طابق النعل بالنعل، ضرورة ان حكمهم ببطلانه غير مبني على الاحتياط بل انما هو مبني على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا علم و انه في نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون في مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا- من موارد الاحتياط، نعم يمكن الاحتياط في النكاح بأحاء شتى:

١- طلاق المرأة، لأنها لو كانت مزوجة في الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢- اجزاء العقد عليها ثانيا.

٣- الإجازة مع عدم رد المرأة العقد الذي أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠

و اما معنى الخبر ففرض الامام (ع) منه- و الله العالم- انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين أفتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين في ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا أمر الدين أصولا و فروعاً في غير محله و لم يرجعوه إلى اهله و لم يستندوا فيه الى آية صريحة و لا سنة معتبرة و لا عقل سليم بل استبدوا بأرائهم الواهية و عقولهم الناقصة و انقطعوا بذلك عن العترة الطاهرة و استظهروا بالمعصية على الطاعة و بالفرقة على الاجتماع و بالشتات على الألفة و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العز حتى تمزق الاجتماع و تفرق المسلمون مثل أيادي سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و أضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الأدلة و البراهين و التعبد بسنة سيد المرسلين قد أخذ الأعناق إلى الأخذ بمذهب الأئمة الطاهرين و الانقطاع إليهم في فروع الدين و عقائده و أصول الفقه و قواعده و معارف السنة و الكتاب و علوم الأخلاق و السلوك و الآداب فالإمام (ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا في المالية و أفتوا بصحة البيع الفضولي و استندوا في رأيهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا في الاعراض أيضا حيث أفتوا ببطلان النكاح الفضولي مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا و كان الاحتياط فيه أجدر و أحرى لأن تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيلة إلى تولد الفراعنة و الجبارة فيفسدون في الأرض و يسفكون الدماء و قد أشار الإمام عليه السلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه.

و على الجملة ان الامام عليه السلام و بخهم و وجه الإزرء عليهم من جهة إقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى و عدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الرواية بعيدة عن المعنى الذي ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر- كما في المقاييس و غيره- و حاصله انه إذا صح تملكك البضع بالإجازة مع انه لا عوض له صح التملك المال المتضمن للعوض بالأولوية.

و يرد عليه ان عدم مقابله بالمال لا يدل على الأولوية المزبورة إذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهمية البضع و يضاف الى ذلك ان البضع أيضا له عوض غاية الأمر انه لا يلزم ذكره في العقد بل في الجواهر (انه لا خلاف في ان ذكر المهر ليس شرطا في صحة العقد بل الإجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آية لا جناح و التصوص المستفيضة أو المتواترة).

على ان هذه الأولوية ظنية لأن مصالح الأحكام خفية و من الظاهر ان الأدلة الظنية لا تصلح لإثبات الأحكام الشرعية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٢

الوجه الخامس الروايات [١] الدالة على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه

إشارة

وقد علل هذا الحكم في بعضها بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فقد استدل بها على صحة بيع الفضولي و تقرب ذلك بوجهين:

الأول من ناحية الفحوى و الأولوية المستفاد من مجموع تلك الاخبار

و بيان ذلك انه إذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالإجازة اللاحقة مع كونه فضولياً لتصرفه في مملوك مولاه و كونه محجوراً عليه إذ لا سلطان له في مقابل سلطته مولاه صح العقد

[١] عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: انه أتاه رجل بعبد فقال: ان عبدى تزوج بغير ادنى فقال عليه السلام: فرق بينهما فقال السيد لعبد: يا عدوا لله طلق فقال (ع) كيف قلت له قال: قلت له: طلق فقال للعبد أما الان فإن شئت فأمسك حيث قلت له طلق أقررت له بالنكاح يب ج ٢ ص ٢١٤ الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و البحار ج ٢٣ ص ٨٠ و عن معاوية بن وهب عن الصادق (ع) انه قال فى رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمه و قد شرط عليه ان لا يتزوج فأعتق الأمة و تزوجها فقال لا يصلح له ان يحدث فى ماله إلا الأكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود قيل فان سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئاً قال إذا صحت حين يعلم بذلك فقد أقر الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ و الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و عن زرارة عن ابى جعفر (ع) قال سألت عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال: ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما و ان شاء أجاز نكاحهما فقلت لأبى جعفر (ع) فإنه فى أصل النكاح كان عاصياً فقال (ع) و ليس بعاص لله و انما عصى سيده و فى رواية أخرى لزرارة عنه (ع) انه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا أجازه فهو له جائز الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ و الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و يب ج ٢ ص ٢١٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٣

المتمرض فى الفضولية بالأولوية.

و فيه ما عرفته آنفاً من ان الأولوية ليست بقطعية لكى يمكن الأخذ بها فى الأحكام الشرعية بل هى ظنية فلا يجوز الاستناد إليها لأن مصالح الاحكام غير معلومة لنا.

الثانى: من ناحية عموم التعليل المذكور فى الخبرين

فقد استدل بذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله و انما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و اما إذا كان مشروعاً من قبله سبحانه و لكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط بإجازته، فإذا أجاز فقولته (ع) فإذا أجاز بغيره كبرى كليه و خصوصية كون العاقد عبداً و كون ذى حق سيداً ملغى قطعاً، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فأمراً هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء أجازه و على هذا، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال، لان المناط فى صحة الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان جهة الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلقاً لحق الغير كتعلق حق الرهانة أو حق الغرماء و الديان أو حق السادات و الفقراء و نحو ذلك).

و ملخص كلامه: ان الاستدلال بتلك الروايات على صحة بيع الفضولى لا يتوقف إلى إثبات الأولوية لکی يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العلة المنصوصة في الخبرين المستفادة من مقابلة عصيان الله بعصيان السيد بدعوى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٤

ان العبد لم يعص الله في نكاحه لکی يكون قابلا للزوال بالإجازة اللاحقة كالعقد في العدة و أشباهه كما في أحد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهة السيد فإذا رضى به صح و عليه، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالإجازة اللاحقة إذ لا خصوصية لنكاح العبد لنفسه و اذن فالإمام (ع) فى مقام بيان الضابطة الكلية و هى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى، فهو فاسد كالعقد فى العدة و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غاية الأمر انه محتاج إلى إجازة سيده.

و قال المصنف ما هذا لفظه

(و ربما يؤيد المطالب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده، أن المانع من صحة العقد إذا كان لا-يرجى زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا- و هو عصيان الله تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه.

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحة بيع الفضولى بالإجازة اللاحقة للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولى ضرورة إذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا إذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٥

هو معتبر فى صحته و هو رضا السيد و اذن، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليها نعم يمكن التعدى منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الأخ، فإن صحته متوقفة على رضا العممة و كعقد بنت الأخت فإن صحتها متوقفة على رضا الخالة على ما فى بعض الروايات «١» و عليه فإذا تزوج الرجل ببنت الأخ بدون رضا العممة أو ببنت الأخت بدون رضا الخالة حكم بصحة ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهة تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لا يزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا و عليه فتدل الرواية على كبرى كلية و هى ان كل عقد صدر من اهله و وقع فى محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالإجازة بمقتضى التعليل المذكور فى تلك الأخبار، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف أصل انعقاده على اجازة الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولى أيضا و لكن الواقع فى الرواية ليس كذلك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحة بيع الفضولى بالإجماع على نفوذ بيع المفلس مع اجازة الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لأن شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه.

ثم إذا سلمنا دلالة الأخبار المذكورة على صحة عقد الفضولى لم يصح ما نسب الى ابن حمزة ره من ان نكاح العبد و كذا نكاح

(١) راجع الوافى ج ١٢ ص ٣٧ و يب ج ٢ ص ٢٠٨ و الكافى ج ٥ ص ٤٢٤ و الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٦

الحر لغيره فضولا- كنكاح الولي الشرعى و العرفى انما يصح بالإجازة لخصوصية خاصة فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضولية و ذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضولية لو حدة المناط

في الجميع و لكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

الوجه السادس: الروايات [١] الواردة في إباحة المناكح

و

[١] عن علي بن إبراهيم في تفسير قوله تعالى إِذَا جَاءُوهَا وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا قال أمير المؤمنين عليه السلام ان فلانا و فلانا غصبونا حقنا و اشتروا به الإمام و تزوجوا به النساء الا و انا قد جعلنا شيعتنا من ذلك في حل لتطيب مواليدهم. و عن غوالي اللثالي سئل الصادق (ع) فقيل يا ابن رسول الله ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به إذا غاب غائبكم إلخ مستدرک ج ٢ ص ٥٥٥، و عن علبة الأسدی قال دخلت على ابي جعفر (ع) فقلت له: انى وليت البحرين فأصبت بها مالا كثيرا و اشتريت متاعا و اشتريت رقيقا و اشتريت أمهات أولاد و ولد لى و أنفقت و هذا خمس ذلك المال و هؤلاء أمهات أولادى و نسائى و قد أتيتك به فقال: اما انه كله لنا و قد قبلت ما جئت به و حللتك من أمهات أولادك و نسائك رجال الكشى.

و عن الحسن بن على العسكري (ع) عن آباءه (ع) عن أمير المؤمنين (ع) انه قال لرسول الله (ص): قد علمت يا رسول الله انه سيكون بعدك ملك غضوض و جبر فيستولى على خمس من السبى و الغنائم و يبيعونه فلا يحل لمشتريه لأن نصيبى فيه فقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك شيئا من ذلك من شيعتى لتحل لهم منافعهم من مأكلا و مشرب و لتطيب مواليدهم و لا يكون أولادهم أولاد حرام مجهول.

الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال ج ٢٠.

و عن سالم بن مكرم عن أبى عبد الله (ع) قال رجل و انا حاضر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٧

المساكين و المتاجر للشيعه و ان كان ذلك بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل على ان الأئمة عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم على أموالهم فتدل على تأثير الإجازة اللاحقة.

أقول لا يخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى على تقدير و لا يمكن ذلك على تقدير آخر و بيانه انك قد عرفت فى طبيعة البحث عن العقد الفضولى ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الأجنبي لا يخرج عن عنوان الفضولى إلا إذا أظهره بمظهر خارجى و هذا لا شبهة فيه.

و انما البحث فى ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولية أم لا؟ كما إذا اذن المالك فى بيع شىء من ماله فباعه المأذون قبل وصول الإذن إليه فإن قلنا بتأثير الاذن الغير الواصل فى خروج العقد عن الفضولية، فالإجازة المزبورة أجنبية عن بحث الفضولى بالكلية، ضرورة أن الأئمة (ع) قد أذنوا لشيعتهم فى المعاملة على ما فيه حق الامام (ع) غاية الأمران المشتري لم يطلع على ذلك الاذن و عليه، فتكون تلك المعاملة مستندة الى الأئمة

حلل لى الفروج ففزع أبو عبد الله (ع) فقال له: رجل ليس يسألك أن يعترض الطريق انما يسألك خادما يشتريها أو امرأة يتزوجها أو ميراثا يصيبه أو تجارة أو شيئا أعطيه فقال هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم و الغائب و الميت منهم و الحى و ما يولد منهم الى يوم القيامة الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال ج ٤ ضعيف بسالم بن مكرم و حديث الأول من باب ٤ أيضا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٨

(ع) لأجل ذلك الاذن الموجود حين العقد، و ان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعاملة الصادرة من الأجنبي عن

عنوان الفضولي ما لم يصل اليه، بل الاذن المزبور انما يؤثر في خروجها عن الفضولية حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروايات المذكورة تدل على صحة العقود الفضولية وهذا هو الحق لأن الأئمة وان أذنوا في المعاملة على أموالهم ولكنه لم يصل الى المشتري ومن الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولية باستناده الى المالك ولا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه وان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل ويكون عندئذ مشمولاً للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ونفوذها واذن فتدل تلك الروايات أيضاً على صحة العقود الفضولية بالإجازة اللاحقة.

ودعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعي لا يجب تطبيقه على القواعد، ولا يمكن التعدي من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسدة، لأن الظاهر منها هو ان الامام (ع) انما يمضي معاملات شيعتهم الواقعة على أمواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعدة كلية وهي ان كل مالك يجوز له إمضاء المعاملة الفضولية الواقعة على ماله وعلى هذا فإذا اشترى أحد شيئاً ثم علم ان البائع لم يؤد خمسة كان البيع بالنسبة إلى مقدار الخمس فضولياً ويحكم بصحته من ناحية إجازة الإمام (ع) فلا يحتاج إلى إجازة الحاكم وعليه، فيتعلق الخمس بالثمن ولو كان ذلك جارية بل يصح النقل بلا عوض أيضاً وحينئذ فيتعلق الخمس بذمة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٩

الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروايات وقد ذكرنا في كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها ومقيدها محمولة على هذه الجهة وان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغولة بحق الامام (ع) وانما التزمنا بذلك جمعاً بين الاخبار الدالة على طيب المناكح والمساكين والمتاجر للشيعه وبين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كرواية الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبي جعفر (ع) إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل الخ، الوسائل باب ٣ من أبواب الأنفال ولو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) ولما جاز التصرف ولما جاز وطى الأئمة التي هي للإمام (ع) مع انها جائزة وأيضاً يلزم ان يكون المتولد من تلك الجارية ولد زنا مع انه ليس كذلك وجميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلاً منه على شيعتهم وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحه وطى الجارية التي جعلت ثمناً لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز ووجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل وتفصيل الكلام في محله.

الوجه السابع: الروايات [١] الواردة في عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه

من تعيين سلعة مخصوصة فاشترى غيرها أو المنع عن السفر إلى أرض معلومة فاسافر إليها فإنها تدل على انه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٠

يضمن مال المضاربة مع التلف ولكن الربح مشترك بينهما على الشرط وهذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضولية وتأثير الإجازة اللاحقة فيها، فإنه على هذا تكون المعاملة الصادرة من العامل فضولية وتصح بالإجازة اللاحقة والا فمقتضى القاعدة ان يكون مجموع الربح للمالك.

[١] يب عن جميل عن ابي عبد الله (ع) في رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضرباً من المتاع فاشترى به غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط و روى الكليني والشيخ بإسناد هما عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه قال في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال: فان تجاوزها وهلك المال، فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم. كافي عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى ان يخرج به فخرج قال: يضمن المال والربح بينهما. تهذيب عن ابي بصير عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يعطى الرجل ما لا

مضاربة و ينهائه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه فقال هو له ضامن و الربح بينهما إذا شرطه و عصاه. فقيه عن الكنانى قال سألت أبا عبد الله (ع) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الأرض و نهى أن يخرج به الى أرض غيرها فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال فقال هو ضامن فإن أسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق (ع) فى المضاربة إذا اعطى الرجل المال و نهى ان يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الربح بينهما الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ و الفقيه طبعه النجف ص ١٤٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥١

قال المصنف- و هذا نصه:-

(فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب الى ظاهر الأصحاب و عدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك و غيره كان فيها استيناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و أم حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل [١] اندرجت المعاملة فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمال كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الدالة على صحة المعاملة الصادرة من عامل القراض تدور على احتمالين أحدهما: عدم لزوم الإجازة فى المعاملة المزبورة، و الثانى: دلالتها على صحة تلك المعاملة مع الإجازة اللاحقة ضرورة ان المالك و ان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الأول، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشترائه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال، و على الثانى، فتدل على صحة بيع الفضولى.

أقول: اما الاحتمال الأول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحة بيع الفضولى، فإنه لا يفيد الا الظن فهو لا يغنى

[١] كآية التجارة عن تراض و الروايات الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و رضائه و قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ١٣٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٢

من الحق شيئا بل لا استيناس هنا أيضا بديهى ان الحكم بصحة عقد الفضولى بلا احتياجه إلى الإجازة اللاحقة فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعاملة الفضولى مع الإجازة و ذلك لان النص قد دل على عدم اعتبار اذن المالك فى الأول بخلاف الثانى فإنه تعتبر فى صحته اجازة المالك- كما هو المفروض- و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضولية فى عدم اقتران العقد باذن المالك لا- يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لا سابقا و لا لاحقا إذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معاملة العامل إلى اجازة المالك، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الإطلاق.

فتحصل ان هذه الروايات أجنبية عن بيع الفضولية بالكلية فى مورد فلا استيناس بها لصحة بيع الفضولى بوجه، و اما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الإجازة من المالك بالمعاملة التى أوقعها العامل و لكنها لا يتفق و مورد الروايات، بدهاه ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك و العامل و مقتضى لحوق الإجازة بها هو كون الربح بأجمعه للمالك و ان العامل لاستحق منه شيئا.

و دعوى ان المالك انما أجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربة و من الظاهر ان مقتضى عقد المضاربة هو اشتراك الربح بينهما، دعوى فاسدة، لأنها تكلف فى تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لا- على العامل مع انه مخالف لصريح تلك

الروايات على ان حملها على صورة لحوق الإجازة من المالك دعوى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٣

فاسدة إذ لا شاهد عليه في شيء من تلك الاخبار ولا في غيرها فيكون الحمل تبرعيا محضا. و على الجملة ان الروايات المذكورة و ان كانت تنطبق على البيع الفضولي بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثاني و لكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل و المالك، ضرورة ان ما وقع عليه عقد المضاربة لم يوجد العامل و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربة بل انما هو عقد آخر فضولي، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربة و مشتركا بينه و بين العامل و ان لم يجزه بطل من أصله و العجب من المصنف فإنه كيف حمل تلك الروايات على الفضولي بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا في نقل الأموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة بها من ناحية تلك الاخبار يعد من الغرائب و انها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف.

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعدة أو انها محمولة على التبعيد المحض؟ فربما يقال بالأول بدعوى ان غرض الامام (ع) من تلك الروايات انما هو التنبيه على ما تقتضيه القاعدة و بيان ذلك ان غرض المالك من إيقاع عقد المضاربة ليس الا الاسترباح و تحصيل المنفعة بأى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعة خاصة أو عن المسافرة إلى محل معين لأجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك أو تلف المال عندئذ، فيكون نهيه عن المعاملة الخاصة أو عن المسافرة إلى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعة أيضا، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناك مصلحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٤

خفية لا يعلمها العامل و لا انه مستند الى العناد و اللجاج و اذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربة غاية الأمر ان المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربة لأجل ذلك الخيال، و حينئذ فلو رأى العامل ربحا في البيع الذى نهى عنه المالك و أقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربة، و ان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضرورة ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا في التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا، فاشتراكهما فى الربح من جهة عقد المضاربة لا للإجازة اللاحقة لكى يستدل بذلك على صحة العقود الفضولية كما ان كون الخسران على العامل من جهة الاشتراط، فإنه يؤثر فى كون الوضعية عليه و به تخرج المعاملة عن المضاربة فى صورة الخسران و تدل على ذلك قصة عباس [١] عم النبى (ص) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى و الا فالضرر عليهم، فيعلم من هذه القضية انه لا بأس باشتراط كون الوضعية على عامل المضاربة فى فرض المخالفة.

و يرد عليه أولا: انه لا يمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى

[١] عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شيء الا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبة قال (ع) فان خالفت شيئا مما أمرتك به فانت ضامن للمال يب ج ٢ ص ١٦٩ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ قوله ذا كبد كناية عن الحيوان و انما منع عنه لكونه فى معرض الآفات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٥

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من إيقاع عقد المضاربة إلا الاسترباح بأى وجه اتفق فإنه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربة فى صورة المخالفة عند ظهور الربح فيها.

و اما إذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا يمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى صورة المخالفة مثلا إذا اشترط المالك على العامل فى عقد

المضاربة ان يبيع إلا الأكفان فان في مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربة ليس الا تحصيل الربح. و ثانيا: انه لا دليل على اتباع غرض المالك في العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجي و الا يصح ذلك في جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلا- إذا و كل احد غيره في بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابة الموكل أيضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل في بيع داره ليس الا- الاتجار بماله بأى وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لأجل تخيله ان غير الدار لا يتبع بالقيمة المناسبة و كذلك إذا و كلت المرأة أحدا في تزويجها بالعالم الفلاني لم يجز للوكيل ان يزوجه بعالم آخر أفضل منه بتخيل ان غرض المرأة إنما التزويج بالعالم و ان تعين شخص خاص من جهة عدم التفاتها الى من هو أفضل منه و الى غير ذلك من الأمثلة.

و ثالثا: ان تطبيق تلك الروايات على القاعدة على الوجه المذكور لا يتم في جميع الموارد لكون ذلك أخص من المدعى لانه ربما تكون المعاملة مريضة في صورة المخالفة كما هو مورد الاخبار، و لكنها لا تكون موافقة لغرض المالك كما إذا نهى عن المعاملة مريضة كان ربحها في كل عشرة اثنان و رخص في المعاملة مريضة كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٦

ربحها في كل عشرة ثمانية فإنه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحة المعاملة الأدنى بقانون ان غرض المالك من المضاربة هو الاسترباح و ان النهى عن معاملة خاصة لأجل الخطأ في التطبيق، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد.

و اما كون الخسران على العامل في مورد الروايات فليس ذلك من ناحية الاشتراط و الا لكان تخلفه موجبا للخيار لا كون الوضعية على العامل بل هو من قبيل اشتراط كون الوضعية على العامل في صورة المخالفة و هذا المعنى و إن كان يتفق أحيانا كما اتفق في معاملات عباس عم النبي (ص) و لكن لا كليه له قطعا و من الظاهر ان الأمور الاتفاقيه لا تكون ضابطة كليه لكي تؤخذ بها في جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا- يمكن حمل النصوص المذكورة على الفضولي مع تقييدها بالإجازة اللاحقة و لا- حملها على القواعد بل هي محمولة على التعبد المحض الذي يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدي عن موردها بل يجب الاقتصار عليه.

مع ان ورودها على طبق القاعدة يقتضى ذكر ذلك في غير باب المضاربة أيضا لأن الحركة على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربة بل تجرى في الوكالة و غيرها أيضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف في مضمونها مع ان الفقهاء قد أفتوا على طبقها بلا خلاف في ذلك من احد.

قال العلامة في القواعد: و لو امره بالسفر إلى جهة فسافر الى غيرها أو باتباع شيء معين، فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على شرط و حكي التصريح بذلك كله عن النهاية و الشرائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٧

و النافع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و قضية الإطلاق جمع آخر بل حكي الإجماع عن الغنية و السرائر، على أنه يضمن فيما إذا خالف في السفر و ابتاع المعين و عن جامع المقاصد انه لا بحث فيه بل نسبه الى الأصحاب بل في الرياض انه لا خلاف فيه و عن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما إذا خالف في هذين الأمرين و عن إيضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و في آخر ان الخلاف فيه غير معلوم.

و على الجملة انه لا شبهة و لا خلاف في حمل الروايات المتقدمة على التعبد المحض و تفصيل الكلام في محله.

ثم ان شيخنا الأستاذ بعد ما حكم بصحة المعاملة التي فيها ربح و دخولها تحت المضاربة و خروجها عنها في صورة الخسران قال (ثم ان كون الوضعية عليه مع ان في صورة البطلان لا وضعية محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران).

و يرد عليه ان كون الوضعية على العامل من جهة بطلان العقد و عدم إمكان استرداد المبيع، و ان كان ممكنا في الجملة الا ان هذا لا يجرى في جميع الروايات، لانه حكم الإمام في بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعاملة فيه كما يظهر ذلك لمن

يلاحظها.

الوجه الثامن: الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم

قال المصنف - وهذا نصه -

(و من هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربة الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم و ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٨

الربح لليتيم فإنها إن حملت على صورة اجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد الثاني كان من افراد المسألة و ان عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم و ربما احتمل دخولها في المسألة من حيث ان الحكم بالمضى إجازة إلهية لاحقة للمعاملة فتأمل).

و قال في البلغة (منها ما ورد مستفيضاً و فيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفاً بحرف).

و يرد عليه أولاً: جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشيء منها لصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة فضلاً عن الدلالة عليها.

و ثانياً: انا لم نعثر على خبر يكون نصاً أو ظاهراً في كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولي بل الروايات الواردة في الاتجار بماله كلها على طائفتين. الطائفة الأولى صريحة في تجارة نفس الولي بذلك [١] الثالثة [٢] مطلقة و غير مقيدة بالولي و لا بغيره و من

[١] عن أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله (ع) كان لي أخ هلك فاوصى الى أخ أكبر مني و أدخلني معه في الوصية و ترك ابناً له صغيراً و له مال أفيض به أخى فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمن له ماله فقال ان كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس به و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم مجهولة باين سالم الوسائل باب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به و عن ابي الربيع قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يكون في يده مال لأخ له يتيم و هو وصيه أ يصح له ان يعمل به قال نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا إذا كان ناظراً له. مجهولة بابي الربيع الشامي الوافي ج ١٠ ص ٤٥ و الوسائل باب ٢ من تجب عليه الزكاة.

[٢] عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) في مال اليتيم قال العامل به ضامن و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال و قال ان عطب أداه حسنة بابن إبراهيم و عن ربيع بن عبد الله عن ابي عبد الله (ع) قال في رجل عنده مال اليتيم و هو ضامن وسائل - أبواب نا يكتسب به باب ٧٥ ج ٣ و غيرها من الروايات المذكورة في باب الزكاة من ثل باب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة و من لا تجب عليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٩

الظاهر انه لا دلالة في كلتا الطائفتين على ما نحن فيه و لا استيناس بهما لذلك، اما الطائفة الاولى فلان التاجر الولي بمال اليتيم تارة يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم و يتجر به لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلك في رواية الصيقل و مفضل بأنه ان كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى أخذته قرضاً و لكن الرواية - ضعيفة، و اخرى لليتيم و على الأول فالمعاملة مختصة بالولي فلا حظ فيها لليتيم بوجه و عليه، فيكون ربح التجارة له و خسرتها عليه و اذن فلا ربط لها بالمعاملة الفضولية بل شأنها شأن سائر تجاراته بمال نفسه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٠

و هذا واضح لا شبهة فيه و على هذا تحميل الروايات [١] الدالة على جواز أخذ مال اليتيم مع الضمان و الشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولي و لو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن و ليه مع ان المذكور فى هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه. على ان بعضها مقيد بخصوص الولي كما يظهر ذلك لمن - يلاحظها و على الثانى، فلا- ربط للمعاملة الفضولى أيضا إذ لو كانت فضولية لاحتاجت إلى اذن الولي فتخرج بذلك عن الفضولية، و اما إذا كان المتصدى لها هو شخص الولي، فلا تحتاج صحتها إلى اذن احد ضرورة ان صحة تصرفات غير الولي متوقفة على اذن الولي فلو كانت صحة تصرفات الولي أيضا متوقفة على اذن غيره فاما يدور أو يتسلسل و كلاهما باطل.

نعم يعتبر فى اتجار الولي بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فإنه حينئذ يكون الربح لليتيم و الخسران أيضا عليه. أقول لا دليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفة الاولى، و اما الطائفة الثانية، فهي ظاهرة فى كون الربح لليتيم و

[١] عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله (ع) فى رجل ولى مال يتيم استقرض منه فقال: ان على بن الحسين (ع) قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره فلا بأس بذلك.

و عن ابي نصر قال سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوى أن يرده فقال لا ينبغي له ان يأكل إلا- القصد و لا- يسرف و ان كان عن نيته ان لا- يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦١

الوضعية على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولي و غيره لمكان الإطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقة مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفة السند كما ذكرناه فى الحاشية.

و اما إذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتيم و الخسران على الولي المتجر به كما فى رواية الصيقل و غيرها، و هذا أيضا غير مربوط بالفضولى لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعاملة بالإجازة هو كون النفع لليتيم و الوضعية عليه، و مقتضى عدم إمضائها هو بطلانها من أصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتيم تعبدا و لعل الحكمة فيه هو مراعاة حال اليتيم كما سيأتى قريبا الإشارة اليه على ما فى الرواية كما أن الأمر كذلك فى اتجار غير الولي بمال اليتيم و سيأتى قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفة السند و اما الطائفة الثانية التى تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا، فهي ناظرة إلى رعايته حال اليتيم و واردة فى مقام التوسعة له و- الامتنان عليه لأنه تعالى قد رخص فى الاتجار بماله لآى أحد مع كون ربح التجارة له و وضعتها على التاجر و لعل النكتة فى ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن و لا شبهة فى ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى أصلا و لا تنطبق عليه القواعد، و لا أن صحة المعاملة المزبورة متوقفة على اجازة الولي لو كان التاجر غيره حتى يتوهم أنها كيف تكون صحيحة مع عدم لحوق الإجازة بها؟ إذ لو كانت هى فضولية و موقوفة على اجازة الولي لاختصت باليتيم فى صورة الإجازة و كانت الوضعية عليه و الربح له و كانت باطله من أصلها فى صورة الرد و على كل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٢

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضعية على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محمولة على التعبد الصرف. و قد يقال: ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولي بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا و مجازا من قبل الله تعالى و قد وصلت إلينا هذه الإجازة بواسطة سفرائه الكرام. و عليه، فتحمل الروايات المتقدمة على هذه الناحية.

و يرد عليه أن إدخال التجارة بمال اليتيم فى الفضولية بالإجازة الإلهية يوجب خروجها عن ذلك جزما، ضرورة ان تلك الإجازة

موجودة حال العقد لا انها تلحق به لكي توجب اندراج مورد- الروايات في عقد الفضولي و لعله لأجل هذا أمر المصنف بالتأمل. وهذا المطلب ظاهرا ينافي لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضولية و ان كان الاذن موجود أحال العقد. فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم أجنبية عما نحن فيه بالكلية.

الوجه التاسع: رواية موسى بن أشيم [١]

حيث ان الامام

[١] عن ابي جعفر (ع) في عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع اليه رجل ألف درهم فقال اشتر منها نسمة و أعتقها عني و حج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي في الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت فاجتمعوا، فاختصموا جميعا في الألف درهم فقال: موالى المعتق انما اشترت أباك بمالنا فقال أبو جعفر (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد و اما مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٣

عليه السلام قد اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازة المالك لو لم تكن كافية في صحة الفضولي لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص أيضا. و لا يخفى عليك أن صريح الرواية هو أن المدعى لملكية الأب ثلاث طوائف:

١- موالى الأب المعتق فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٢- موالى العبد المأذون، فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٣- ورثة الميت فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

و على الأول، فالمعاملة باطلة من أصلها لأننا ذكرنا في محله ان البيع عبارة عن اعتبار التبدل بين المالين في جهة الإضافة و لا شبهة في ان هذا المعنى لا- يتحقق الا- بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البائع إضافته القائمة بالمتاع و يجعلها قائمة بالثمن و يفك المشتري إضافته القائمة بالثمن و يجعلها قائمة بالمتاع لان كلاً من المتعاملين يبذل ماله- عند المبايعة بمال شخص آخر في جهة الإضافة و عليه، فإذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبائع و لو صار ملكا لشخص آخر لما

المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه و اى الفريقين أقام البينة ان العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا ضعيف بابن أشيم الكافي ج ٧ باب النوادر من الوصية ص ٦٢ و يب ج ٢ زيادات الإجازات ص ١٨١ و العتق ص ٣١٨ و زيادات ص ١٦٨ الوصايا ص ٤٠١ و الوافي ج ٩ باب قضايا غريبة من القضاء ص ١٦٨.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٤

صدق عليه مفهوم البيع لان الثمن لم يدخل في ملك من خرج المثلث عن ملكه كما أنه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع أيضا لعدم تحقق التبدل في جهة الإضافة مثلا إذا ملك احد ماله لنفسه بإزاء ماله الأخر أو ملكه لزيد بإزاء تملكك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع و اذن فلا ربط للرواية على هذا الوجه بالبيع الفضولي بوجه بل نسبته إليها كوضع الحجر في جنب الإنسان.

و على الثاني فالمعاملة و ان كانت صحيحة و لكنها بعيدة عن بيع الفضولي إذ المفروض أن العبد مأذون في التجارة من قبل مواليه، فيكون مأذونا في شراء أبيه و عليه فالرواية أيضا أجنبية عن عقد الفضولي الا أن يقال: أن موالى المأذون و ان أذنوا له في التجارة و

لكن الظاهر ان المراد منها هو التجارة التي فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها، فيكون فضوليا، فلا تكون الرواية أجنبية عنه فتأمل. و على الثالث فقد يقال بدخول المعاملة في العقد الفضولي لأن الظاهر من الرواية أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال إلى الورثة و حينئذ فتكون المعاملة فضولية لعدم كون العبد مأذونا في ذلك من قبلهم، فتكون مطالبة المبيع اجازة و اذن - فتدل الرواية على صحة بيع الفضولي، ضرورة أنه لو لم تكن الإجازة المتأخرة كافية في صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و اقامة البينة عليه كافيا في تملك المبيع و لكن كون البيع فضوليا في هذه الصورة - متوقف على إنكار الورثة و صيئة مورثهم بما فعله العبد المأذون مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٥

و دعواهم و كالتة في ذلك من المورث فإنه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل و تصح المعاملة فضولية لما عرفته من ان الظاهر من الرواية هو كون الشراء بعد موت المورث و هذا المعنى و ان كان متينا في نفسه و لكن يحتمل أن يستند شراء العبد إلى اذن الورثة إذ المفروض هو كون المشتري مأذونا في التجارة و لو كانت لغير مولاه كما هو مقتضى الإطلاق و على هذا، فلا تكون المعاملة فضولية حتى مع إنكار الوصيئة.

و دعوى أن هذا مخالف لظاهر الرواية و إطلاقها لأن الظاهر كون العبد مأذونا في التجارة لمولاه فقط و الا لوقع التعرض له في الرواية، دعوى فاسدة لما ذكرناه من ان مقتضى الإطلاق هو كون العبد مأذونا في مطلق التجارة و يضاف الى ذلك ان الرواية مسوقة لبيان حكم المخاصمة بين المدعين و ليس فيها تعرض لهذه الناحية كما لا تعرض فيها لشرائط التجارة.

و لا يخفى عليك انه بناء على نقل المصنف فالرواية ظاهرة في كون الشراء قبل موت الدافع و عليه فلا تكون المعاملة فضولية لانه عندئذ فالرواية ظاهرة بل صريحة في كون المشتري مأذونا من قبل مولاه و مولى أبيه و من قبل أب الورثة و اذن فتبعد الرواية عن عقد الفضولي، و لكن المصنف لم ينقل الرواية بعينها و الا فلا شبهة في ظهورها في كون الشراء بعد موت المورث.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد استظهر من الرواية ثبوت الوصيئة بما فعله العبد المأذون و إليك لفظ مقرر بحثه.

(ان الظاهر من الرواية أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصيئة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٦

فورثته يدعون الشراء بالالف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله (ع) اما الحجفة فقد مضت بما فيها لا ترد فالورثة لا ينكرون الوصيئة حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافي ذلك قوله (ع) اي الفريقين بعد أقاموا البينة على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا لإمكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس، و كيف كان فظهور الرواية في مسألة الفضولي ممنوع فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليها فتدبر). و يرد عليه أولا: انه ليس في الرواية ما يدل على صدور الوصيئة من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثة لأن المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل و كالتة بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (ع) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لا يصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحي في الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات «١» العديدة بل في الحج الواجب أيضا إذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار «٢» الكثيرة و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسماع دعوى الورثة بعد إقامة البينة و من الظاهر انه لو كانت هناك وصيئة لم يحكم به الامام (ع).

و ثانيا: أن ورثة صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالههم و من بين الذي لا ريب فيه أن مقتضى هذه

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب وجوب الحج و شرائطه و باب ٢٥ من أبواب النيابة في الحج.

(٢) الوسائل باب ٤٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٧

الدعوى هو ان يكون أباه رقا لا حرا و عليه فلا يكون الغرض من- دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم.

و ثالثا: ان الحكم بمضى الحج في الرواية لا يتفق مع القواعد و سيأتى قريبا.

ثم انه نوقش في الرواية بأمر فعمدتها أمران.

الأول: الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه و مطالبة البيئه من الفريقين الآخرين مع الأول يدعى فساد البيع كما عرفته قريبا، و الآخران يدعيان صحة البيع و قد ثبت في محله أن مدعى الصحة في باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد.

و قد يتوهم أن تقديم قول مولى الأب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحة لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهة الاستصحاب لأن الأصل بقاء الأب في ملك مولاه.

و لكنه توهم فاسد إذ لا يجرى الاستصحاب في المقام لان- الظاهر من الرواية هو أن العبد المأذون في التجارة كان عنده المال من جميع الفرق و الخصماء و كان مأذونا في التجارة لمولاه و مولى أبيه و كان وكيلا أيضا من قبل صاحب المال في شراء عبد و عتقه و تجهيزه للحج حتى يحج عن الميت، و عليه، فينفذ إقرار- العبد على جميع الفرق لان من ملك الشئ ملك الإقرار به و من الواضح أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء أبيه بمال الدافع فيكون عندئذ اعترافه أو عمله الخارجى حجة على مولى الأب و اذن، فمقتضى القاعدة هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٨

رقا لمولاه من جهة الاستصحاب مخالف للقاعدة فلا يجرى الاستصحاب هنا.

و يرد عليه أولا: أن مدعى الصحة و ان كان يقدم على مدعى الفساد في باب المعاملات الا ان ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا ذكرنا في محله ان السيرة قائمة على صحة العمل فيما إذا أحرز أصل وجوده الجامع بين الصحيح و الفساد و شك في صحته و فساده من النواحي الأخر و اما إذا شك في أصل وجود العمل لم تجر أصالة الصحة لكون الشك حينئذ في تحقق العمل في الخارج لا في صحته و فساده بعد إحراز وجوده، بل ذكرنا هناك انها لا تجرى مع عدم إحراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصديّة كالطهارة الخبيثة مثلا إذا شاهدنا أحدا يصب الماء على ثوب تنجس و لكنها لم نحز انه قصد تطهيره أم لا لم تجر فيه أصالة الصحة و هكذا لكلام في قاعدة الفراغ فإنها لا تجرى مع الشك في أصل وجود العمل أو في قصد عنوانه بل إنما تجرى مع الشك في صحته و فساده من ناحية الشرائط أو الموانع بعد إحراز أصل وجوده.

و لا شبهة في أن هذه الكبرى لا تنطبق على ما نحن فيه لانه بناء على دعوى مولى الأب لم يتحقق في الخارج معاملة حقيقية أصلا بل انما تحققت معاملة صورية و عليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصورية كبيع الهازل و الساهى و الغالط و النائم و أشباهها و اذن، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفا لأصالة الصحة لكى يلزم منه تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد.

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعدة من ملك شيئا ملك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٩

الإقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لأن القاعدة المذكورة لم ترد في آية و لا في الرواية و لا انعقد عليها إجماع تعبدى لكى يؤخذ بها في جميع الموارد، بل هي قاعدة خاصة فقهية مختصة بما إذا كان المالك باقيا على حالة الإقرار بالشئ لو لا الإقرار به مثلا إذا أقر زيد بكون ما في يده من المال لبكر فهو باق على ملكيته للمقر به لو لا الإقرار و لا شبهة أن ما نحن فيه ليس كذلك بدهاه أن العبد المأذون في التجارة ليس مالكا- وقت الإقرار- بشراء أبيه بمال الورثة لأنهم لم يأذنوا في ذلك و عليه فلا اعتبار بإقراره رأسا و ثانيا: أن العبد الذى اشتراه المأذون و أعتقه و جهزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه أو لمولى المأذون أو لصاحب المال، و لا شبهة في انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الأولين فظاهر لانه عبد، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه، و على الثالث فالبيع فضولى و من الظاهر ان العاقد فضولا- لا- يجوز له التصرف في الثمن و لا في المثلن بالقبض و الإقباض و عليه فكيف

يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الأب و عتقه عن- الميت و إرساله إلى الحج ليحج عن ذلك الميت؟ و لا ريب في أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهية المسلمة و الظاهر انه لا جواب عن هذه المناقشة و لكن الذي يهون الخطب أن الرواية ضعيفة السند و غير منجبره بعمل الأصحاب لا صغرى لعدم فتوى الأصحاب على طبقها و لا كبرى لأننا ذكرنا في علم الأصول أن عمل المشهور برواية ضعيفة غير جابر لضعف سنده كما أن إعراضهم عن العمل برواية صحيحة لا يوجب وهنها بل لا بد و ان تلاحظ الرواية في نفسها مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٠

فان كانت صحيحة أخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجة إلى مثلها لا يوجب الحجية.

الوجه العاشر: حسنة الحلبي [١]

الواردة في رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمته، ثم باعه بأزيد من ثمنه فإنه يجب عليه أن يرد الزائد إلى المشتري الأول فإن الحكم برد الزيادة عليه الظاهر في الاستحقاق مبنى على صحة بيع الفضولي لنفسه مع الإجازة اللاحقة و الا، فلا شيء للمشتري من الزيادة، لبطان البيع إذ لم يكن البائع مأذونا في بيع الثوب لكي يصح بدون الإجازة و على هذا فالرواية منزلة على الغالب من لحوق الإجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا بأس بدالاتها على ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن الرواية غريبة عن بيع الفضولي إذ البيع- الواقع بالزيادة ليس بفضولي لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الإقالة انما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الأول، و عليه فان تحققت

[١] عن ابى عبد الله قال: سألته عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال: لا- يصلح له ان يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه و باعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد. حسنة إبراهيم بن هاشم الكافى ج ٥ باب بيع المتاع و شرائه ص ١٩٥ و يب ج ٢ باب النقد و النسبة ص ١٣٣ و الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧١

الإقالة في مورد الرواية انفسخ العقد بالمره و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا، و حيث ان المفروض في مورد الرواية هو بقاء الثوب على ملك المشتري لبطان الإقالة بالوضيعة أو الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع في فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشتري في فرض الزيادة.

و على هذا الضوء لو أخذ البائع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من أصله لا بالنسبة إلى الزائد على الثمن المطلوب للمشتري و عليه فان اجازته المشتري حكم بصحته و الا فيحكم بفساده.

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشتري غرض خاص من الاستقالة فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض و اذن فلا تؤثر إقالته بعد مدة طويلة خصوصا مع ترق القيمة السوقية.

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالرواية على صحة بيع- الفضولي و اما معناها فهو ان المشتري قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا- بوضيعة فحكم الامام (ع) بعدم جواز الإقالة بالوضيعة و أما إذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالإقالة، و ان كانت فاسدة واقعا و لكن يستكشف منها أن المشتري قد أذن للبائع في بيع الثوب سواء أ كان أقل من الثمن الأول أم كان مساويا له أم زائدا عليه غاية الأمر أنه إعطائه للبائع بعنوان الإقالة مع الجهل ببطانها مع الوضيعة فباعه

البائع لنفسه متخيلا انه ملكه، فتكون ذلك من قبيل الخطا في التطبيق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٢

و دعوى أن البائع لم يقصد كون البيع للمشتري فيبطل من هذه الناحية، دعوى فاسدة لما ذكرناه في الجزء الثالث أن حقيقة البيع انما هي اعتبار تبادل شىء بشىء في جهة الإضافة و إظهاره بمظهر خارجي من اللفظ و غيره و لا شبهة في تحقق هذا المعنى بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا- احتياج الى تعيين مالك الثمن أو تعيين مالك المثلن إذ لم يتم عليه دليل عقلي أو نقلي و عليه فتعيين العوض و القصد إليه يغني عن تعيين المالك و القصد اليه و لا يفرق في ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره.

و بتعبير آخر: ان اقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضولية كما عرفت آنفا و لكن وجود الاذن السابق على العقد يخرجها عن الفضولية و لا- شبهة في وجوده في مورد الرواية للقرينة عليها منها و هي: أن الرواية قد دلت مطابقة على أن المشتري قد اذن لشخص البائع في أخذ الثوب بالوضعية و دلت بالدلالة الالتزامية على جواز الأخذ لغير البائع أيضا إذ لا فارق بينهما في ذلك جزما بل قد يكون يبعه من غير البائع أولى و ارضى لأن المشتري لما رضى رده على البائع بوضعية رضى يبعه من غيره بأكثر من ثمنه الأول بالأولوية القطعية و المفروض في مورد الرواية أن البائع قد باع الثوب بأكثر من ثمنه، فيكون هذا البيع مرضيا للمشتري قطعا. فتحصل أن الرواية غير مربوط بالبيع الفضولي بوجه.

ثم احتمل شيخنا الأستاذ ثانيا بأنه: (يحتمل أن يكون البائع قد اشتراه من المشتري ثانيا، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٣

لهذا قوله (ع) صاحبه الأول فإن التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا).

و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو إرجاع الضمير في كلمة (صاحبه) الى لفظ (الثوب)، فيكون معنى الرواية حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب، و عليه فتدل الرواية على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه بإزيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الأول.

و لكن يتوجه عليه أولا أن الظاهر من سياق الرواية هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذي ذكر في السؤال مرتين و أريد منه البائع و المراد من لفظ صاحبه الذي في الجواب هو المشتري و- عليه فمعنى الرواية هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه و قرينه الذي هو المشتري.

و ثانيا: أن الثوب لو كان للبائع من ناحية البيع الثاني لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضعية فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد)، إذا- المفروض أن الثوب ملك للبائع و قد اشتراه من المشتري الأول ثانيا بأقل من الثمن الذي باعه منه أولا و لا شبهة في صحة هذه المعاملة لأنها ليست بإقالة، لكي لا تجوز بالوضعية مع العلم و يرد الزائد لو أخذه جهلا و باعه بأزيد من الثمن الأول.

و ثالثا: أن إرجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغوية بل يستلزمها إذ بناء على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان أحدهما المشتري الأول، و ثانيهما البائع، و حيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٤

نفسه، فيكون ذلك قرينة على ان المراد من قوله (ع) و يرد على صاحبه هو المشتري و حينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ- الأول و الا فيكون لغوا و اما إذا أرجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور في السؤال و أريد منه البائع فإنه حينئذ لا تلزم اللغوية، لأن الثوب له صاحبان صاحب الأول، و هو الذي اشترى الثوب من البائع أولا و صاحب الثاني و هو الذي اشترى الثوب منه ثانيا، فإذا قيد لفظ صاحبه بكلمة الأول أريد منه المشتري الأول و عليه فتكون هذه الجملة قرينة على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الأستاذ.

الوجه الحادى عشر: رواية «١» عبد الرحمن بن أبى عبد الله

إشارة

قال سألت أبا عبد الله (ع) عن السمسار ا يشتري بالأجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس و قد جعلها المصنف مؤيدة لصحة بيع الفضولى

و حاصل كلامه أن فى الرواية احتمالات شتى:

الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،

فيكون أخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الأمتعة ما يرضى به و يوفيه دينه و لا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تأت بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

(١) الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ و الفقيه و الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٥

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالأجر و فرضه فى الرواية ممن يشتري به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ أصل حرفته و صناعته لا بملاحظة هذه القضية الشخصية و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا.

الثانى: أن يكون الشراء لصاحب الورق

بان يكون الدلال وكيلا عنه فى ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بائع الأمتعة بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه.

الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله فى ذلك

بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد إذنا فى الشراء و لا توكيلا فيه إذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء أو يكون ذلك بعنوان الأمانة أو حصول الاطمئنان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائدة الشرط عليه من أخذ ما يريد و ترك ما يكرهه عدم مطالبه الأجر منه على عمله أو حذرا من إباطه و امتناعه عن ذلك.

و على هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد و الإمضاء فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الإجمال فى السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التى منها- احتمال كون الشراء فضوليا.

و يرد عليه: أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم إذا كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٦

مورد السؤال ذا شقوق شتى فأجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا استفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق فى الحكم و الا فيلزم منه الإغراء بالجهل و اما إذا لم يكن السؤال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك أن الرواية ظاهرة فى الاحتمال الثانى و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غاية الأمر انه جعل لنفسه الخيار على

صاحب المتاع وقد عرفته آنفاً واذن فلا إشعار في الرواية بصحة بيع الفضولي فضلاً عن دلالتها عليها أو تأييدها لها. و هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغة وجعله أظهر الاحتمالات وهو وقوع الاشتراء بالمساومة وإطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار انتهى. وهذا الاحتمال أيضاً لا بأس به على ان الرواية غير نقيّة-السند.

الوجه الثاني عشر: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع

فمن مسمع أبي سيار قال:

قلت لأبي عبد الله (ع) اني كنت استودعت رجلاً مالا، فجدني و حلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال هذا مالك فخذته وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حل فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح و أوقفت المال الذي كنت استودعته و أتيت حتى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٧

أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين و الرواية «١» ضعيفة بالحسن بن عماره.

و وجه الاستدلال هو ان أخذ الربح الظاهر في الاستحقاق لا يصح الا على صحة بيع الفضولي مع الإجازة اللاحقة و الا فلا شيء للمالك من الربح فكان الرواية منزلة على الغالب من لحوق الإجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح.

و فيه أولاً: أن الرواية ضعيفة السند كما مر فلا يمكن الاستناد إليها في الحكم الشرعي.

و ثانياً: أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعاملة على عين الوديعة اما بنحو المعاوضة أو بالعقد اللفظي و لكن لا قرينة في الرواية على ذلك.

الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصديق بمجهول المالك و اللقطة

من أنه إذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له و الا ضمنه المتصدق.

و فيه: أنه لا شبهة في صحة التصديق هناك للإذن الشرعي و ان لم يرض به المالك و انما الرضاء يؤثر في عدم الضمان تعبداً كما أن عدمه يؤثر في عدمه كذلك.

و اما ما ورد من نفوذ الوصية بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازة الورثة، فأيضاً غير مربوط بالبيع الفضولي و انما الإجازة هناك

(١) الوسائل باب ١٠ من الوديعة و الوافي ج ١٠ ص ١١٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ و الفقيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٨

شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر.

هذه هي الوجوه التي استدلت بها على صحة بيع الفضولي و قد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لا يتم شيء منها و انما العمدة هي العمومات و المطلقات و سيتضح لك قريباً بطلان ما استدلت به على فساد بيع الفضولي و انه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات و اذن، فالحكم بصحة بيع الفضولي انما هو من ناحية العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها على النحو الذي عرفته سابقاً.

و قد استدلت على بطلان بيع الفضولي و عدم صحته بالإجازة اللاحقة بوجوه عديدة من الأدلة الأربعة

اما الكتاب فقوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

و وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين.

الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجارة عن تراض

فالمعنى أنه لا يتصرف بعضهم في أموال بعضهم الآخر بوجه من الوجوه فإنه باطل الا بوجه التجارة عن تراض فإنه جائز ولا شبهة في انه لو لم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قلة- الارتباط بين المستثنى والمستثنى منه و من الظاهر ان بيع الفضولى ليس تجارة عن تراض فيكون أكل المال به الكلاله بالباطل.

و دعوى أن لحوق الإجازة به يدرجه في التجارة عن تراض، دعوى فاسدة لأنه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الإجازة بها لا يجعله مصداقا لها.

الوجه الثانى: سياق التحديد

فان كل وصف ورد في مقام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٩

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف و ان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد و الا فلا شبهة فى ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد- التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

اما الوجه الأول فقد ناقش فيه المصنف بأن

دلالة الآية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع إذ لا يصح استثناء التجارة الصحيحة من التجارة الفاسدة، فلا يستفاد حصر أكل المال بالتجارة عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى.

و فيه أولا: أن الاستثناء المنقطع من أوضح الاغلاط إذ لا يصح أن يقال ما رأيت عالما الا الجاهل و ما اتجرت تجارة فاسدة إلا تجارة صحيحة فإنهما و أشباههما من الأغلاط الواضحة التى لا تصدر من الأخصائين فى الفصاحة و المدرسين فى البلاغة بل هى لا تصدر ممن دونهم و لا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورهما من الله العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبى (ص) من جميع البشر و الأمم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى و تحداهم الى الإتيان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه أيضا ثم تنزل عن ذلك و طالبهم أن يأتوا بسورة واحدة مثله و أمرهم أن يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل قُلْ لئن اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ لَخ لِيُخِرُنَّ مَا كَانُوا مَقْرِنِينَ و مع ذلك كله كيف يرض المصنف بوجود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٠

الغلط فى مثل هذا الكتاب الذى لَا يَأْتِيهِ بِالْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ، تعالى كلامه عز و جل عن ذلك علوا كبيرا و اذن فليس الاستثناء الا قسما واحدا و هو الاستثناء المتصل و عليه فالاستثناء فى الآية- الشريفة استثناء متصل و لو كان ذلك بالعناية. و ثانيا: لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين و لكن الموجود فى آية التجارة عن تراض استثناء متصل و ذلك لانه الألفاظ المذكورة ليست إلا الأكل و الأموال و الباطل و التجارة و التراضى اما اللفظ الآخر فهو المستثنى و اما البواقي فلا يصلح شىء منها لان يكون مستثنى منه و هذا ظاهر.

و اذن فلا مناص الا عن تقديره فى الكلام و قد ذكرنا غير مرة ان دخول الباء السببية على كلمة الباطل و مقابلتها فى الآية مع التجارة

عن تراض قرينتان على كون الآية ناظرة إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة كما أن المراد من الأكل ليس معناه الحقيقي أعني به الازدراء بل هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق، واذن فيكون المستثنى منه محذوفاً في الآية المباركة وهو أسباب التجارة، وقد حذف وأقيم لفظ بالباطل مقامه ونظير ذلك كثير في القرآن وغيره ومن ذلك قوله تعالى **إِنْ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ**، حيث حذف الجزاء وأقيمت العلة مقامه وحينئذ، فمفاد الآية المباركة أنه لا تملكوا أموالكم بينكم بشيء من الأسباب الا- أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل و عليه فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلاً.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨١

ومن هنا ظهر ما في كلام المحقق الايرواني من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تأكلوا لا تأكلوا أموال الغير و بعد التجارة عن تراض ليس الأكل أكلاً لمال الغير.

و ثالثاً: لو سلمنا كون الاستثناء في الآية منقطعاً و سوق الآية بحسب ظهورها البدوي إلى بيان القاعدة الكلية لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجارة عن تراض و تظهر ثمرة ذلك فيما لا- يعد في نظر العرف من التجارة عن تراض و لا من الأسباب الباطلة فيكون مجملاً- ولكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية و تحصل أن الآية- المباركة مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعاً، فدلالة الآية على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجارة عن غير تراض و منها البيع الفضولي اما الوجه الثاني، فقد ناقش فيه المصنف:

بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف في الآية الشريف قد ورد مورد الغالب كما في قوله تعالى **وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ** لا للاحتراز لكي يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خيراً، ثانياً لتكون بناء على نصب تجارة كما هو المنقول عن قراءة الكوفيين، لا قيماً للتجارة و حينئذ فيلزم وقوع الأكل و التصرف بعد التراضي سواء تقدم على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٢

التجارة أم تأخر عنها إذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الأكل تجارة و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه على الوجه الأول، أنه لا- شبهة في ثبوت مفهوم- الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائدة القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هي الدلالة على عدم ثبوت الحكم للطبيعة السارية مثلاً- إذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه إثبات وجوب الإكرام للعالم و نفيه عن غيره، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الإكرام للإنسان العالم لا لطبيعة الإنسان و أضف الى ذلك اننا لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينة على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهة في ثبوته كما إذا ذكر الوصف في مقام التحديد لان وقوعه في مقام التحديد قرينة مقامية على اختصاص الحكم بمورد الوصف و لو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له.

و الوجه في ذلك هو أن الحد لا بد و أن يكون جامعاً للأفراد و مانعاً عن الأعيان و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام **كر من الماء في جواب السائل عن الماء الذي لا ينجسه «١» شيء**، فان الإمام (ع) ذكره في مقام تحديد الماء الذي لا ينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و ذكر التراضي في الآية الكريمة من القبيل المذكور لما عرفته آنفاً من انها متوجه الى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها و حصر أسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض و

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب الماء المطلق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٣

اذن فلا شبهة في قيام القرينة على كون قيد التراضي مسوقا الى تحديد الأسباب الصحيحة للتجارة و حصرها بالتجارة عن تراض. و يتوجه على الوجه الثاني، انه لا- يفرق في دلالة الآية على اعتبار التراضي في التجارة و تقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيذا للتجارة و بين كونه خبر ثانيا لتكون، فإنه على كل تقدير تدل الآية الشريفة على بطلان التجارة غير الناشئة من الرضا و طيب النفس. نعم إذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائرة مفهوم الوصف إذ المفروض أن التجارة حينئذ لم تتصف بالتراضي و لكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآية على اعتبار الرضاء في أسباب النقل و الانتقال على النحو الذي ذكرناه. على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد في نفسه و مخالف لظاهر الآية.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقاييس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا (أن تكون تجارة كاملة عن تراض أو ممضاء عن تراض فيندرج عقد الفضولي في الآية لأن كماله و إمضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى في المجمع عن مذهب الإمامية و الشافعية و عن غيرهم من ان معنى التراضي - بالتجارة إمضاء البيع بالتفرق أو التخاير بعد العقد) فان هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآية و الترام بالتقدير بلا ملزم.

و التحقيق في الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولي ما أشار إليه المحقق صاحب المقاييس و تبعه المصنف من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٤

أن الخطاب في الآية الشريفة لملاك الأموال فيشترط وقوعها أي التجارة برضاءهم و من الين الذي لا ريب فيه أن التجارة الصادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنه تجارة المالك الا بعد إجازته فإذا أجازها صارت تجارة عن تراض.

و بتعبير آخر انا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع و التجارة ليست إنشاء خالصا و الا- لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و أشباههما، و لا أنها عبارة عن الاعتبار النفساني المحض و الا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني الصرف من دون إظهاره بمظهر خارجي، بل حقيقة البيع و التجارة هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي و عليه فلو اعتبر أحد في أفق نفسه تبديل ماله بمال غيره و أظهره بمظهر خارجي صدق عليه مفهوم البيع و التجارة.

و من البديهي أن هذا المعنى لا يصدر الا من المالك أو ممن هو بمنزلة كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولي قبل اجازة المالك، فهو ليس ببيع حقيقة بل صورة بيع الفضولي فلم يصدر منه الا- الإنشاء و الصيغة و لا- شبهة في انه لا- يطلق البيع و التجارة على الإنشاء المحض كما عرفته و لا يقال أن الفضولي قد اتجر بالمال الفلاني و باعه بمجرد إجراء الصيغة، الا بالعناية و المجاز فإذا اجازه المالك كان يباع و تجارة حقيقة للمالك لا للفضولي، فالبيع الفضولي بما انه بيع فضولي خارج عن الآية و عن سائر العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها خروجا تخصيصا فلا دلالة في الآية لا على صحته و لا على فساد و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآية و بقية العمومات و لا تنافي بين خروج بيع الفضولي عنها قبل الإجازة و بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٥

اتصافه بالصحة التأهيلية.

و يمكن الجواب عن ذلك، بأن الآية قد دلت على كون المدار على وقوع التجارة عن رضاء المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان اللذان لم يأذن لهما المالك و لا أجاز عقدهما و بقي الباقي. و كيف كان فلا دلالة في الآية على بطلان بيع الفضولي.

و اما السنة فهي اخبار كثيرة،

منها النبوي المروي مستفيضا من الخاصة و العامة

و هو قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك [١] و وجه

[١] عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول الله (ص) عن بيع ما ليس عندك ضعيف بسليمان بن صالح و عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه في مناهي النبي (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندك ضعيف بشعيب بن واقد و غيره الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود و عن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله (ص) يا يأتيني رجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيع ثم أبيع من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك و عنه في رواية أخرى قال قلت: يا رسول الله (ص) الرجل يسألني البيع و ليس عندي أأبيعه؟ قال لا تبع ما ليس عندك و عنه في رواية أخرى قال قلت يا رسول الله اني اشترى بيوعا فما يحل لي منها و ما يحرم علي؟ قال فإذا اشتريت بيوعا فلا- تبعه حتى تقبضه و عنه أيضا عن رسول الله (ص) لا تبع طعاما حتى تشتريه و تستوفيه سنن احمد ج (٣) المطبوع بمصر و بها بهامشه منتخب كنز العمال ص ٤٠٢ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول الله (ص) لا عتق قبل ملك و عن ابن علوان عن الصادق (ع) عن أبيه (ع) قال قال لا طلاق لمن لا ينكح و لا عتاق لمن لا يملك بحارج ٢٣ ص ١٣٩ و ١٤١ عن الصفار انه كتب الى ابي محمد الحسن العسكري (ع) مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٦

الاستدلال به على فساد بيع الفضولي هو ان النهى فيه إرشاد الى عدم نفوذ البيع لأننا ذكرنا مرارا أن النهى عن معاملة إرشاد إلى بطلانها و المراد من عدم حضور المبيع عند البائع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و ارادة اللانزوم و عليه فيدل النبوي المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البائع لنفسه أم باعه لمالكه و عليه فشان النبوي شأن قوله (ع) لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لا بيع إلا فيما يملك بناء على قراءة لفظ (يملك) بصيغته الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لأنه إزالة علقه- الزوجية فقبل تحققها لا يتوجه القصد إلى إزالتها و كذلك العتق و عليه فالمراد من الرواية هو طلاق زوجة الغير و عتق مملوكه و بيع

في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة و القرية بمراحل من منزله فوقع (ع) لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع و عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) أنه قال لا طلاق إلا- فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لا بيع إلا فيما يملك الخلاف ج (١) مسألة ٢٧٥ ص ٢٢٢ و رواه في المستدرک ج ٢ ص ٤٦٠ بأدنى تفاوت كافي و عن أبي بصير عن ابي عبد الله (ع) قال كان الذين من قبلنا يقولون لا عتاق الا بعد ما يملك الرجل و عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) فقال لا يطلق الا ما يملك و لا يعتق الا ما يملك و لا يتصدق الا بما يملك و عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) لا طلاق إلا بعد- نكاح و لا عتق الا بعد ملك الوافي ج ١٢ باب ١٦٤ من أبواب الطلاق ص ١٥٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٧

ماله فضولا، فالمعنى أنه لا بيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للأخبار المستفيضة الدالة على عدم وقوع الطلاق و العتاق الا بعد الملك و قد ذكرناها في الحاشية.

و اما بناء على قرائته بصيغته المفعول- كما توهم- فالرواية خارجة عن المقام بل هي ناظرة إلى المنع عن بيع ما ليس بملك كبيع السمك في الماء و الطير في الهواء و كبيع الخمر و الخنزير و كلب الهراش و طلاق الأجنبية و عتاق الحر.

و يتوجه عليه أولا: ان النبوي المزبور غير نقي السند و لا انه منجبر بشيء فلا يمكن الاستدلال به في المقام.

و ثانيا: أن المراد من الموصول من قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، انما هو بيع العين الشخصية عن نفسه ثم يشتريها البائع من مالكةا و يسلمها إلى المشتري و ذلك لقيام الإجماع و الضرورة على بيع الكلي في الذمة عن نفسه سلفا أو حالا و الشاهد على ذلك من

الرواية ما ذكره في التذكرة من ان النبي (ص) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشيء ثم يمضى و يشتره و يسلمه و عليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد أخطأ العامة فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمة حالا. و ثالثا: انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول و ارادة المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البائع سواء أ كان مملوكا له أم لا و سواء أ كان كليا فى الذمة أم كان جزئيا خارجيا و سواء أ كان مقدور التسليم أم لا، و لكن لا بد من تخصيصه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٨

بالنصوص [١] الظاهرة فى جواز بيع الكلى الذى ليس عنده المعتبرة عن كون المنع عنه مذهب العامة حيث ناقضهم الامام (ع) ببيع السلف و أن صاحبه باع ما ليس عنده و عليه فيكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات [٢] المانعة عن بيع العين الشخصية قبل تملكها و من هنا

[١] عن 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 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 فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود (أحق به) ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و الى أجل فقال لا يسمى له أجلا الا ان يكون يباع لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا- صحيح و عنه قال قلت لأبى عبد الله (ع) الرجل يجيئنى يطلب المتاع فأقاله على ثم أشتريه فأبيعه منه فقال أ ليس إنشاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده. ان أبى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه حسنة بإبراهيم بن هاشم و عن ابى الصباح الكنانى عن الصادق (ع) فى رجل اشترى من رجل مائة من صفرا بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه قال لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه و رواه- بسند آخر فى باب ٥ من أبواب السلف الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود و عن هشام بن سالم عن ابى عبد الله (ع) قال سألت عن رجل باع يباع ليس عنده إلى أجل و ضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ٥ من أبواب السلف.

[٢] عن خالد بن الحجاج قال قلت لأبى عبد الله (ع) الرجل يجىء فيقول اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا قال أ ليس إنشاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام، مجهول بيحيى و عن معاوية بن عمار قال قلت لأبى عبد الله (ع) يجيئنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٩

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أ كان المبيع كليا أم كان شخصا انما هو مذهب العامة [١] و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان بيع الكلى سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الأستاذ أو من قلم مقرر بحثه و انما العصمة لأهلها.

و رابعا: أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

الرجل يطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه إليه فقال أ رأيت أن وجد يباع هو أحب إليه مما عندك ا يستطيع ان ينصرف اليه و تدعه؟ قلت:

نعم قال فلا بأس صحيح و عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينه قال ليس عندى هذه دراهم فخذها فأشترتها فأخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ا يشتره منه؟ فقال أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى أعطاه الدراهم؟

قلت بلى قال إنشاء اشترى و ان شاء لم يشتر؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود.

[١] قال فى شرح الهداية: ج ٥ ص ٣٢٤ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنة و هو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص فى السلم و القياس و ان كان ياباه. و لكننا تركناه بما روينا، و وجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه انتهى. و فى شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٩١ منع عن بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه و فى ص ١٩٢ منع عن بيع الطير فى الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ و فى الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٣٤ و حكم السلم الجواز فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه و دليل جوازه الكتاب و السنة؟ و الإجماع و فى ص (٢٤٠) عن الحنفية و من البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لأنه إنما يبيع شيئا معدوما لا يقدر على تسليمه و هو باطل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٠

على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه، فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك و بقاءه على أهليته لتعقب الإجازة منه، و بعبارة اخرى: ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الإقباض لا عدم الصحة التأهيلية الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى.

ثم ان بيع العين الشخصية على قسمين الأول أن يكون المبيع شيئا معينا و مالا مشخصا عند شخص معلوم، فباعه البائع لنفسه ثم يضى ليشتره منه و يسلمه إلى المشتري.

الثانى: أن يكون المبيع مشخصا عند شخص معلوم كالقسم الأول- و لكن باعه البائع لمالكة فضولا.

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البائع انما هو القسم الأول لأن إرادة القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى، هو الإنشاء الساذج مع انه مخالف لظاهرة، فيحتاج ارادته الى العناية و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن إيجاد حقيقة البيع التى يتوقف حصولها على النقل و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الإنشاء الصادر من الأجنبى فلا يكون يباع إلا بالإجازة اللاحقة.

و بتعبير آخر: أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك و السلطنة لمن له البيع لا للعاقد عنه، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا: بعدم ظهوره فى القسم الأول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى أيضا، فيرجع فيه الى العمومات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩١

الدالة على صحة العقود، و اما القسم الأول فيرجع فيه الى الروايات الدالة على المنع عن بيع الشخصى الذى هو غير موجود عند البائع. و مع الإغماض عن ذلك، فلا دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلك لان الظاهر من منع البائع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه و كونه له كما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحة بيع الفضولى صحة تأهيلية بحيث يستند إليه بالإجازة اللاحقة.

و لو أغمضنا عن ذلك أيضا و لكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالة عليه انما هو بالإطلاق فنقيده بالأدلة الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى و عمدتها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة و اذن فيختص النبوى بالقسم الأول فقط.

و لو تنزلنا عن ذلك أيضا و قلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضة بينه و بين ما دل على صحة بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب و مع عدم المرجح فى البين- فيتساقطان و يرجع الى العمومات، و قد عرفت فى أول المسألة أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحية.

و قد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الدالة على المنع عن بيع مالا يملك بناء على قراءة يملك بصيغة الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحة الصفار المتقدمة قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك عدم استناد

البيع الى العاقد غير المالك و هذا لا ينافي استناده الى المالك بالإجازة اللاحقة فلا وجه لما ذكره في الحدائق عند التعرض لصحيحة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٢

الصفار من ان (الأصحاب قد أفتوا في هذه المسألة التي هي مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى انه صحيح، لكونه فضوليا موقوفا في لزومه على اجازة المالك و الرواية كما ترى تنادى بأنه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكة) إذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعي كما فهمه الأصحاب فان ارادة النفوذ من الجواز شائع و إذا احتمل هذا المعنى، فلا يبقى في الصحيحة ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا يجوز بأعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفي.

و قال شيخنا الأستاذ: (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها، فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحة الفضولي لأن تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق، بتقريب أن مفاد الأدلة المانعة هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجر و مفاد الأدلة المجوزة صحة البيع للمالك إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين فإنه لو سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولي البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال في شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الاقسام).

و لكن يتوجه عليه: أن تخصيص الأدلة المجوزة بصورة كون البيع للمالك مع حقوق الإجازة ان التخصيص لأجل ما ذكر انما يصح فيما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٣

إذا لم يتعارف في الخارج بين الإنسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا في زمان الجاهلية بل في جميع الأزمنة، و قد جرت عليه سيرة الجهال و الفساق و غير المباليين في أمر الدين حيث انهم يرون الأسباب غير المشروعة مملكة كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانة و أشباهها بل ربما يستملكون أموال الناس بلا مملك شرعي و لا عرفي و يعاملون معها معاملة أموالهم. و قد يقال: ان النسبة بين ما دل على صحة بيع الفضولي و بين ما دل على فساده هي العموم من وجه- كما في حاشية المحقق الايرواني- و إليك نصه: (أن المنفى في هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار أخص من هذه الجهة و ان كانت أعم من حيث اجازة المالك، فتكون النسبة عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و ان أجاز المالك كما قالوه في بيع الغاصب).

و فيه أن الاستدلال بالأخبار المانعة على بطلان بيع الفضولي انما هو مبنى على كون مفادها أعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لأنها لو كانت مختصة بالبيع للمالك لكانت خارجة عما نحن فيه- بالكلية- و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك.

و قد عرفت قبل الشروع بذكر أدلة القولين أن هنا ثلاث مسائل:

الاولى أن يبيع للمالك الثانية ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثة ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

و كلامنا فعلا في حول المسألة الاولى و اما البيع لنفسه الذي هو المسألة الثالثة فسيأتى البحث عنه قريبا، و كيف كان فلا وجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٤

لتخصيص الأدلة المانعة بصورة البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر في الاخبار المانعة و لا في الاخبار المجوزة كون البيع- للمالك مع حقوق الإجازة أو كونه للبائع و لم يصرح فيهما بشيء من ذلك و اذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصة بل الظاهر منهما هو كون الطائفة المجوزة أخص من الطائفة المانعة لأن الأولى مختصة بصورة لحقوق الإجازة من المالك و الثانية أعم من ذلك.

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقط و الرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الآخر.

و منها صحيحة محمد بن القاسم بن 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 فليقل له ليمنعها أشد- المنع فإنها باعت ما لم تملكه «١» حيث انها تدل على المنع عن بيع الإنسان ما لا تملكه، فتشمل الفضولى أيضا.
و فيه ان الصحيحة تدل على انه لا يجوز لبائع الفضولى ان يقبض الثمن، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال: انها مشعرة بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بأنه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لو كان البيع فاسدا لعله بذلك لان التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر

(١) التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ و التهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ و للوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٥ العرض.

و منها رواية «١» الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضبعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكا أو بأمره أو رضى منه

فإنها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لأنه لم يصدر من المالك و لا بأمره و لا برضاء منه.
و فيه أولا: ان الرواية ضعيفة السند من جهة الإرسال.

و ثانيا: انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الأصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقة واحدة حيث بنوا على النفوذ فى الأول و توقفه على اجازة المالك فى الثانى و لا ريب ان إطلاق الجواز و عدمه على النفوذ و عدمه شائع بين الفقهاء رضوان الله عليهم، و من ذلك قولهم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ و اذن، فالرواية تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و عدم نفوذه منه و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقة بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا يطلقان على الإنشاء الساذج و عليه فالمراد من قوله (ع) لا يجوز ابتياعها إلخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقة لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من أصله بل ربما يقال:

بدلالتها على صحته، و ذلك لان الإمام عليه السلام قد تفصل بان ابتياع الأرض لا يصح الا بمباشرة المالك أو بوكالة منه أو برضائه به على سبيل مانعة الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و قد ذكرنا مجموع الرواية سابقا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٦

الرضاء السابق على العقد لكنائيه قوله (ع) و بأمر منه فى ذلك، و لا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحة البيع و قد عرفته فيما سبق، فيكون المراد منه الرضاء المتأخر، و ان أبيت عن ظهور الرواية فى ذلك فلا أقل من الاحتمال فتكون الرواية- مجملة. و كيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى.

و منها صحيحة محمد بن مسلم

عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بغم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا فقال لا تشتريها الا برضاء أهلها [١] حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الأرض الا- برضاء أهلها، فيكون الشراء من الفضولى فاسدا

و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافى استناد البيع الى المالك بإجازته إذ لا دلالة فى هذه الرواية على اعتبار الرضاء المقارن فى صحة العقد و كون الإجازة اللاحقة لاغية، فلا وجه لما ذكره فى الحدائق، من صراحة الرواية فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال: و دعوى قيام الإجازة- المتأخرة مقام الرضاء السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء.

[١] فى حديث المناهى قال من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذى خانها، و فى رواية سماعة قال سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال إذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشترت من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٧

و منها الروايات «١» الدالة على عدم جواز شراء السرقة و الخيانة

و قد استدلل بها و غيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى و قال فى جملة ما ساقه من الكلام و إليك لفظ بعضه و هذه جملة من الاخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع- الفضولى و عدم صحته، و لو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الإجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو أشير اليه و لاجابوا بالصحة و ان كان اللزوم موقوفا على الإجازة فى بعض هذه الاخبار ان لم يكن فى كلها مع انه لا أثر فيها لذلك و لو بالإشارة فضلا عن صريح العبارة، و قال فى موضع آخر- بعد نقل خبر سماعة- و هذا نصه: (و قد نهى عن الشراء و النهى دليل التحريم و ليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا و التصرف فى- المغصوب قبيح عقلا و نقلا و الأصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو الا رد لهذا الخبر و نحوه؟ و لكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبار الا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الأدلة من مظانها و الاخبار المذكورة فى كتب الأخبار المتداولة فى أيديهم مسطورة) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخالية عن التعريض و إساءة الأدب

العامل، و عن جراح المدائنى عن الصادق (ع) قال لا يصلح شراء السرقة و الخيانة إذا عرفت، و فى رواية أخرى من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك فى إثمها، و فى رواية قرب الاسناد عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل و ان لم يعلم فلا بأس الوسائل باب (١) من أبواب عقد البيع و شرائه.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شرائه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٨

مع الأصحاب.

ثم قال فى آخر كلامه: و بالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الاخبار على انا لا نحتاج فى الإبطال إلى دليل بل المدعى للصحة عليه الدليل كما هو القاعدة المعلومة بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان أدلتهم لا تسمن و لا تغنى من جوع كما لا يخفى.

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهرة في إرادة التملك من الابتاع المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتاع من المالك، فلا إشعار في شيء منها بطلان بيع الفضولي فضلا عن الدلالة عليه و من نظر إليها بعين الانصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تحره في الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الوضوح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولي تصرفا في المغصوب ابتهج على ما يرومه كأنه عثر على ما لم يعثر عليه غيره، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الأصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار، و كونهم غير معذورين في ذلك لوجود كتب الاخبار بين أيديهم و لنصب عيونهم، و لكنه غفل عن انهم سمعوا و دعوا الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقفوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه.

و من هنا قال في الجواهر و هذه عبارته: (بل أطب فيه المحدث البحراني الا أنه لم يأت بشيء بل مقتضى جملة من كلماته مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٩

التي أساء الأدب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع و تخيل أن القائل بالصحة يريد حصول أثرها من المالك و التملك و جواز التصرف، و غير ذلك عدا اللزوم، فأبرق و أرعد ثم ترنم و غرد و ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها.

فتحصل: انه لا دلالة في شيء من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولي و لو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولي، و على تقدير التعارض و التساقط يرجع الى العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و قد عرفت ذلك كله فيما تقدم.

قوله: اما الروايتان.

أقول: المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآيتين في بيع- الفضولي لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اي توقيع الصفار و توقيع الحميري.

و منها ما رواه الشيخ في المجالس

بإسناده عن زريق قال:

كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجلان الى ان قال:

فقال أحدهما: أنه كان على مال لرجل من بنى عمار و له بذلك ذكر حق و شهود، فأخذ المال و لم استرجع منه ذكر الحق و لا كتبت عليه كتابا. و وارثه حاكموني. فبياع على قاضي الكوفة معيشة لي و قبض القوم المال. فقال: المشتري كيف اصنع فقال: تصنع ان ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها الحديث الحدائق ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث: ان هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٠

الخبر و ان تضمن ان البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر بناء على ما ورد عنهم (ع) من الأخذ بأحكامهم في زمان الهدنة و التقية الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولي و هو كما سيأتي على قسمين: أحدهما: ما يكون المشتري عالما بالغصب و انه ليس ملكا للبائع.

و ثانيهما: ان يكون جاهلا و ادعى البائع الاذن من المالك و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثاني.

و لكن يتوجه عليه ان الرواية أجنبية عن بطلان بيع الفضولي فإنها ليست مسوقة لبيان بطلان البيع حتى مع الإجازة اللاحقة، بل هي ناظرة إلى بيان حكم الواقعة و أنه بعد كشف الخلاف، فلا بد و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حق الى صاحبه.

قوله: الثالث الإجماع على البطلان.

أقول: قد ادعاه الشيخ في الخلاف كما عرفت في أول المسألة و مع ذلك قد اعترف بأن الصحة مذهب جماعة من أصحابنا ولكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم و هو محكى عن ابن زهرة أيضا في الغنية و عن الحلبي في مضاربه السرائر عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

و يرد عليه أولا: ان دعوى الإجماع على البطلان في هذه المسألة موهونة جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الإجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفة الشيخ في النهاية التي قيل انها آخر كتبه و من هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠١

الإجماع منقولاً لا محصلاً و اذن، فلا نظن وجود الإجماع في المقام بل نطمئن بعدمه.

و يضاف الى ذلك انه ليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في ذلك الى بعض الوجوه المتقدمة أو جميعها على ان الإجماع لا يكافؤ ما تقدم من أدلة الصحة.

قوله: الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، التصرف في مال الغير إلا بإذنه.**إشارة**

أقول: قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلي

و بيانه يحتاج الى مقدمات:**الاولى**

(و الظاهر انه لا احتياج الى هذه المقدمة) ان التصرف في مال الغير قبيح عقلا و نقلا و هذا ظاهر لا شبهة فيه.

الثانية: ان الفضولى متصرف في مال الغير بالعقد عليه بدون إذنه

لأنه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان أنشأ لغوا محضا و ساقطا عن درجة الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال حقيقة و لا ريب في كون ذلك تصرفا.

الثالثة: أن التصرف في مال الغير حرام

لروايات الدالة على حرمة التصرف فيها بدون اذن مالكيها

فنتيجة هذه المقدمات هي بطلان عقد الفضولى لأن النهى يقتضى الفساد كما حقق في محله.

و فيه أولا: أن مجرد إنشاء البيع لا يعد تصرفا في المبيع عند العرف لا تصرفا خارجيا و لا تصرفا اعتباريا سواء أ كان ذلك باذن المالك كالوكيل في اجزاء الصيغة، أم كان بدون إذنه كالفضولى و ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٢

لان التصرف في المال عبارة عن إيجاد ما هو من شؤون المالك سواء أ كان ذلك تصرفا خارجيا كالأكل و الشرب و الاستغلال تحت الخيمة أم كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الإجارة و نحوهما.

و هذا بخلاف الفضولى، فإنه و ان لم يكن هازلا في إنشائه و لا غالطا و لا ساهيا و لا لاغيا و لا لاهيا و لا مستهزئا و لا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لإجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على إنشائه صدقا حقيقيا

الا بعد الإجازة التي بها يتحقق التصرف الاعتباري في المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالإنشاء الساذج الفضولي. و ثانيا انا لو سلمنا كون الإنشاء الخالص تصرفا في المبيع ولكنه لا دليل على حرمة التصرف في مال الغير على وجه الإطلاق بقيام السيرة العقلانية على جواز الاستئصال بحائظ الغير و الاستضاء بضياته و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله و أشباهها و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما أدله حرمة التصرف في أموال الناس فهي منصرفه عنها قطعا.

ثالثا انا لو سلمنا كون الإنشاء تصرفا في المبيع و سلمنا حرمة أيضا، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرائن الحالية أو المقالية و الا فلا- شبهة في جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضولية كما هو كذلك لأن الاذن قد تعلق- بالإنشاء لا بالمنشأ و الذي يخرج العقد عن الفضولية انما هو الثاني دون الأول و عليه، فيكون الدليل أخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولي في هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٣

و بطلانه في سائر الموارد، و لكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلي و حينئذ فيكفي في نقضه الإيجاب الجزئي. و رابعا: أنا لو سلمنا جميع ما ذكر و لكن انما يحرم الإنشاء من الأجنبي مع العلم و العمد و اما مع الجهل بذلك أو مع الغفلة عنه، فلا وجه لحرمة و من الظاهر أن مورد بحثنا أعم من ذلك و اذن، فيكون الدليل أيضا أخص من المدعى. و خامسا: انا لو سلمنا ذلك أيضا و لكن النهي عن المعاملات لا يوجب الفساد و ان أصر عليه شيخنا الأستاذ و تفصيل ذلك في محله نعم لو كان النهي إرشادا إلى فساد المعاملة سواء أ كان- تحريما أم كان تنزيها فلا شبهة في دلالة على فسادها قد تقدم ما يمس بالمقام. ص ٧٥ و سادسا: أن الفساد من قبل الفضولي و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك، و لا ينافي الصحة التأهيلية و جواز استناده الى المالك بالإجازة اللاحقة.

و قد يستدل على بطلان بيع الفضولي بأنه انما حكم ببطلان البيع الأبق من ناحية تعذر التسليم

الذي هو شرط في صحة البيع و من الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب و الشرط معا. و فيه: انا نعتبر الملك و القدرة على التسليم بالنسبة إلى المالك المجيز لا العاقد و الا لم يصح عقد الوكيل في إجراء الصيغة فقط لانه ليس بمالك و لا قادر على التسليم و لا فارق بينه و بين الفضولي من هذه الناحية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٤

و قد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولي مشتمل على الغرر للجهل بحصول أثره و قد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر. و فيه أولا- أنه انما يلزم ذلك إذا حكمنا بلزومه و لكنه ليس يلزم و عليه، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ و ثانيا: أن عمدة الدليل على بطلان بيع الغرري انما هو الإجماع لأن النبوي ضعيف السند و غير منجبر بشيء و المتيقن منه غير ما نحن فيه. ثم انه ذكر السيد في حاشيته عند قول المصنف (و الجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولي إنما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا هزلا و لا معلقا على الإجازة و الا لم يكن صحيحا مع الإجازة أيضا و حينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب إلخ.

و يرد عليه أولا- ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذي يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه و اين هذا من الفضولي.

و ثانيا: ان قوله و لا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته في مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل في صحة العقد لا يوجب بطلانه لأن صحة العقد متوقفة واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا أمور لبطلان بيع الفضولي و لكن قد أغمضنا عنها إذ لا يهمنا- التعرض لها.

حكم بيع الفضولي مع سبق منع المالك

قوله (المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك).**إشارة**

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ١٠٤

أقول: المعروف و المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولي مطلقا و حكي عن بعض التفصيل في ذلك بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٥

سبق المنع و عدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثاني في بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هي الغصب و يشير إليه أيضا ما حكي عن فخر الإسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولي عدم مسبوقيه الصيغه بنهي المالك و يظهر هذا فيما حكي عن العلامة في نكاح التذكرة من حمل النبوى أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه و كراهته له فإنه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها في النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح و غيره، فيلزم أن يقول بمثله في البيع أيضا.

و يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولي لا- عن الفضولي المسبوق بالمنع فقط و عليه فلا بد من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولي.

و ثانيا: انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا- بد من تقديم أدلة الصحة لضعف النبوى سندا و مع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات.

و ثالثا: أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجية بلا استيذان و لا استجازة من مولاه و لا شبهة في كونه زانيا و هذا لا ربط له بالفضولي المسبوق بالمنع.

ثم انه يقع البحث هنا في جهتين**إشارة**

الاولى: في أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولي مع سبق المنع عنه من المالك؟

الثاني: في أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة؟

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٦

اما الجهة الأولى، [أى وجود المقتضى على صحة عقد الفضولي]

فإن كان الدليل على صحة بيع الفضولي هو العمومات فلا يفرق في ذلك بينما يكون مسبوفا بمنع المالك و عدمه فإنه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات في كلتا صورتين و الا فلا، و ان كان الدليل على صحته هو خبر البارقي المتقدم، فلا شبهة في اختصاصه بصورة عدم المنع عن البيع إذ المفروض فيه ان النبى (ص) قد امره باشتراء الشاء من دون نهى عن بيعها و لذا دعاه بالخير و البركة و قال: بارك الله في صفقة يمينك، و ان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتي باعها ابني بغير اذني)، هو عدم سبق المنع عن البيع و الا لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و أقرب من الاحتجاج عليه

بعدم الاذن في البيع و على هذا، فلا يبقى مجال لاستفادة العموم من الصحيحة من ناحية ترك الاستفصال.

و دعوى أن قوله: باعها بغير إذني أعم من المنع و عدم الاذن، دعوى فاسدة للفرق الواضح بين أن يقول الإنسان لأحد ما أذنت لك في الفعل الفلاني و بين أن يقول له نهيتك عن ذلك و لا ريب في أن الثاني أقوى للاحتجاج في مقام المخالفة و ان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة في الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا اجازته فهو جائز، فدلالته على صحة بيع الفضولي هنا بوجهين الأول من ناحية الفحوى و بيان ذلك أن السيد و ان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهة شديدة و لكن حيث لم يكن الزواج معصية لله بل كان عصيانا للسيد فقط، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهيلية لرجاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٧

زوال العصيان بالإجازة المتأخرة، و إذا صح الزواج بالإجازة اللاحقة مع كونه مسبقا بكراهة السيد صح مع كونه مسبقا بالمنع أيضا لأن ما هو مناط العصيان أعني به مبغوضية الزواج موجود فيهما بلا فرق بين إظهارها بمظهر خارجي و عدمه و إذا صح الزواج صح غيره بالأولوية القطعية. و يتوجه عليه: أن الروايات المزبورة خالية عن كون الزواج مسبقا بالنهي إذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيًا عنه و المراد بالعصيان ليس هو مخالفة نهى المولى لكي يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه في النكاح بمقتضى قانون العبودية على ما هو صريح الرواية و اذن، فلا دلالة في تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولي المتعقب بالإجازة مع المنع السابق.

و دعوى استفادة المنع منها و لو بشاهد الحال بين المولى و العبيد، دعوى فاسدة لأن حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا- بالاستجازة و الاستيذان و الا- فيكون خارجا عن زى الرقية و العبودية و هذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال في الفعل- بمنع صريح.

و يضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايرواني من أنه مع وجود شهادة الحال على المنع خرج عن محل البحث إذ شهادة الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الإجازة.

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبورة على صحة زواج العبد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٨

مع المنع السابق و لكنها بعيدة عن الفضولى المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح في مورد الروايات مستند الى العبد و أنه بنفسه طرف للمعاقدة و المعاهدة غاية الأمر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لا- شبهة في ان هذا غير ما هو مورد البحث في مبحث الفضولى و اذن فلا وجه لدعوى الفحوى المتقدمة.

الوجه الثانى من ناحية عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام (ع) قد علل فيها صحته نكاحه بالإجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصية لله تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعية نكاح العبد و عدم كونه معصية لله و نفوذه بإجازة المولى بين كونه مسبقا بالنهى و عدمه، فإذا صح النكاح صح كل - معاملة مشروعته بذاته، فان كونه معصية للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما إذ كان ذلك معصية لله فإنها غير قابلة للزوال.

و لكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه و عقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونة بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الأخ و بنت الأخت بدون اذن العمه و الخالة و اذن، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقیة الوجوه، فقد عرفت انها لم تدل على صحة بيع الفضولى مع عدم سبق المنع، فكيف إذا كان مسبقا به و كذلك المؤيدات المتقدمة فلا وجه لاطالة البحث عن ذلك.

فذكر المصنف:

(أن العقد إذا وقع منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف في الرد فلا ينفع الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٩

اللاحقة بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه اماره عدم الرضا).

و فيه أولا: أن الباقي بعد العقد ليس إلا الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد و لكن ذلك أجنبي عن الرد بديهة أن معنى الرد انما هو حل العقد و ابطال ما حصل به من الربط و لا شبهة في أن هذا لا يتحقق إلا بالإنشاء الذي هو مفقود في المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد إلا بالإنشاء لأن الكراهة الباطنية كالرضا الباطني لا يؤثر ان في الرد و الإجازة و لا في الفسخ و الإمضاء و ثانيا: أن الرد لم يثبت بدليل لفظي لكي يتمسك بإطلاقه و يحكم بتحقيقه بالكراهة الباطنية الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالإجماع و من الواضح أنه دليل لثبي، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن و هو إنشاء الكراهة و عدم الرضا بمظهر خارجي من اللفظ و غيره و من هنا التزم الفقيه الطباطبائي بجواز تأثير الإجازة بعد الرد و هذا نصه: (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك و لا يوجب الفسخ. اما ظهور الإجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجته ما لم يصل حد القطع بل أقول: لا يصح دعوى الإجماع القطعي على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الإيجاب و القبول، نعم لا- يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩).

اما الفرع الذي حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن الخ،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٠

فتارة نفرضه في غير زمان الخيار و اخرى في زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن في اشتراء الوكيل، لو سلم انما هو لأماریة الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكالة فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع).

و ان كان في زمان الخيار فينفسخ العقد بإنكار الوكالة بلا احتياج الى الحلف على نفى الاذن في اشتراء الوكيل، و ذلك لان الموكل إذا أنكر وكالة المشتري فقد أقر بكون المبتاع للغير و لا شبهة أن هذا إقرار على نفسه، فيكون نافذا و هذا نظير إنكار الطلاق في العدة الرجعية، فإنه يكفي في الرجوع الى المطلقة بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضرورة أن إنكار الطلاق إقرار على الزوجية و لوازمها من الإنفاق و غيره، فيكون إقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا- يكشف الا- عن الكراهة الباطنية و عدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفي في الرد بل لا بد فيه من الإنشاء و قد عرفته آنفا.

و من هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه

(و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة الإقدام على الحلف على ما أنكره في رد البيع و عدم تسليمه له).

و أن كان ذلك في غير العقد الخيارى، فهو بحسب طبعه على نحوين لأنه تارة ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكالة أيضا و يحلف على ما أنكره و اخرى ينكر الوكالة فقط و يحلف على ما أنكره من دون أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١١

ينكر التزامه بالعقد و على الأول، فيحكم ببطلان المعاملة إذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدي أصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ إذ لم يتحقق هنا عقد لكي يحكم بانفساخه و على الثاني فيحكم ببطلان الوكالة فقط دون

العقد، إذ لا تحتاج صحته إلى صحة الوكالة وقد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد إنكار الوكالة لا يكفي في بطلان ما أنشأه الوكيل من العقد بل لا بد في الحكم ببطلانه من وجود القرينة الخارجية على إرادة الصورة الأولى و أن المنكر انما ينكر الوكالة و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحة العقد و بطلان الوكالة فقط.
(بحث في بيع الفضولي لنفسه)

قوله: المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه

إشارة

و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة و الأقوى فيه الصحة أيضا وفاقا للمشهور.

أقول: المعروف و المشهور بين الأصحاب هو صحة بيع الفضولي لنفسه و هذا هو الغالب في بيع الغاصب و قد حكي عن كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازة كسائر البيوع الفضولية و منهم العلامة في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيوري و الصيمري و الكركي و حكي عن فخر الإسلام أنه اختاره بناء على صحة الفضولي و هذا مقتضى إطلاق الباقي بل هو لازم فتوى الأصحاب في ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٢

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا- تتم هذه الفتوى بإطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولي لنفسه و عن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولي فبيع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة فالأكثر على أنه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري إلخ.

ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين

إشارة

حذو المسألة السابقة.

الأولى: في وجود المقتضى لصحة البيع و عدمه،

و الثانية في وجود المانع عن ذلك و عدمه أما الجهة الأولى فلا- شبهة في أن بيع الفضولي لنفسه مع لحوق الإجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها و هذا ظاهر.

و يضاف الى ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة في المسألة الأولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبوقا بالمنع و بضميمة ترك الاستفصال نعم هذه المسألة أيضا ضرورة أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام (ع) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال امارة العموم و اذن فتدل الصحيحة على صحة بيع الفضولي في كلتا المسألتين و ان ناقشنا في دلالتها على صحته في المسألة الثانية لأجل خصوصية فيها.

و اما الاخبار الواردة في صحة نكاح العبد لنفسه بلا اذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسألة الأولى و كذلك في المسألة الثانية، فعدم دلالتها على صحته هنا أولى إذ المفروض أن البيع في المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فإنه للبائع لأنه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٣

بها هناك.

و أما بقية الوجوه التي استدلت بها على صحة بيع الفضولي فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها في هذه المسألة.

اما الجهة الثانية، [أى وجود المانع لصحة البيع و عدمه]

إشارة

فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولي لنفسه و لكن عمدتها وجهان:

الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد البيع لنفسه

لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين في ملك من خرج المعوض عن ملكه و حينئذ فالصادر من الفضول ليس يباع حقيقيا بل انما هو صورة بيع نظير بيع الهازل و الغالط و الساهى.

و على لجملة ان حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول احد العوضين في ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقد و ما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضة بين المالكين و انما هو معاوضة صورية و اذن، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولي لنفسه. و يتوجه عليه.

أولا: أن الدليل المذكور أخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبيته المبيع فلا يجرى في الجاهل بغصبيته و لا في الغافل عن ذلك.

و ثانيا: أن العلم بالغصبيته إنما يمنع عن قصد التبدل بين المالكين في نظر الشارع دائما و في نظر العرف أحيانا كبيع السرقة و الخيانة على رؤس الاشهاد و بمراى من الناس و مسمع منهم لا في نظر المتبايعين لأننا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٤

النفسانى المظهر بمبرز خارجى، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و ان لم يكن فى العالم شىء من الشرع و أهل العرف و اما كونه مضمى للعقلاء و الشرع، فهو أمر خارج عن حقيقة البيع و انما هو من الأحكام اللاحقة له و على هذا فالبايع الغاصب مثلا، و ان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره و لكن الإخلال بذلك لا يوجب الإخلال بحقيقة البيع لان قصد حقيقته، لما كان مستلزما لقصد دخول احد العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة و ان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزلة المالك، لان تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد الى العوض و تعيينه يغنى عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و الا فلا يصدق عليه البيع و عليه، فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الأجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضرورة أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد و قد تقدم تفصيل ذلك فى الجزء الثالث.

و الذى يكشف عن صحة ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل أنه سرقة أو خيانة فبأن أنه مال نفسه حكم بصحة البيع و كذلك إذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لأبيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك و أوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأة بتخيل أنها خامسة أو ذات بعل أو أخت زوجته فبان انها ليست بأخت زوجته و لا انها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٥

ذات بعل ولا انها خامسة بل هي امرأة خلية يجوز تزويجها حكم بصحة الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد. فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البائع الغاصب كون البيع لنفسه لا يؤثر في فساده و هذا ظاهر و قد أشار المصنف الى ما ذكرناه بقوله: ان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقية نظير المجاز إلا دعائي في الأصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلثن و لا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة.

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايرواني و هذا عبارته:

كيف تكون المعاوضة المبنية على أمر غير حقيقي حقيقية و هل يزيد الفرع على أصله و لعمري أن هذه الدعوى من المصنف (ره) في غير محلها، لان غرض المصنف من قوله لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقية، إنما حقيقة المعاوضة مقصودة للبائع بتبع الأمر إلا دعائي و في الحقيقة ان المقصود انما هو الأمر الواقعي.

الوجه الثاني: ان الفضولي لم يقصد الا البيع لنفسه

و عليه فان تعلقت اجازة المالك بما قصده الفضولي كان ذلك منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن بإجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولي كانت عقدا مستأنفا لا إمضاء لنقل الفضولي فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعبارة اخرى ان ما قصده الفضولي من المبيع لنفسه ليس قابلا للإجازة لما عرفته من أن دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ في مفهوم البيع و مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٦

ما هو قابل للإجازة لم ينشئه الفضولي و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز. و قد ظهر جوابه مما ذكرناه في الجواب عن الإشكال الأول من أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار تبادل مال بمال في جهة الإضافة و إظهاره بمظهر خارجي سواء علم به المالك أم لا و سواء أقصده العاقد أم لا، فان كل ذلك خارج عن حقيقة البيع و من الظاهر أن الفضولي قد قصد هذا المعنى غاية الأمر أنه قصد كونه لنفسه من جهة الخطأ في التطبيق و ذلك لأنه إنما قصد المعاوضة بين ملكي المالين مع اعتقاده أو بناءه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحة العقد بالإجازة اللاحقة و اذن، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لأن الإجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكي المالين إذ المنشئ لم ينشأ إلا أصل التبادل الذي - ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البائع خطابه الى غير المشتري اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهة في صحة البيع حينئذ ضرورة أن اقتران الإيجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحية الخطأ في التطبيق فلا يضر بصحة البيع.

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه إذا اعطى أحد دينارا لشخص و و كله في شراء متاع و اشتبه الوكيل، فقصد الاثراء لنفسه ثم التفت بذلك فإنه لا شبهة في كون البيع للموكل، و أوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعا من عمرو لموكله، فتخيل عمرو أنه اشتراه لنفسه فوجه الإنشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد، ثم انكشف انه قد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٧

اشتراه لموكله فان ما قصده البائع من كون الاثراء لعمرو لا يضر بحقيقة البيع. و على الجملة أن المقصود للبائع في مرحلة الإنشاء أمران أحدهما حقيقة البيع المبرزة بمبرز خارجي و ثانيهما إضافته إلى نفسه و هذه الإضافة ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغية.

ثم لا- يخفى عليك أن ما ذكرناه جار في ناحية المشتري أيضا حذو النعل بالنعل فإنه إذا قبل الإيجاب و اضافته الى نفسه فقال- مثلا- قبلت فان كان هذه الإضافة مطابقة للواقع فهو و الا كانت فاسدة و لكن فسادها لا يضر بصحة البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن و قد حكم المصنف بصحة الشراء حينئذ بوجه آخر و هذه عبارته:

ان نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن إلخ.

و يتوجه عليه أن الثابت للشيء من حيثية تقييدية و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثية و لكن لا على وجه الإطلاق بل لخصوص الحصه الحاصلة من تلك الحيثية في ضمن ذلك الشيء سواء كانت هذه الحصه حقيقية كما إذا كان المتبايعان مالكين حقيقه أم كانت ادعائية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٨

كما فيما نحن فيه و عليه، فاجازة المعاملة الخاصة لا تقتضى إلا وقوع المعاملة لمن أنشأت له المعاملة لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الإنشاء و هو منفي هذا ما ذكرناه في وجه الصحة.

و قد أجاب عنه المحقق القمي على ما حكى عنه في بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه الخل و عليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

و فيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم اليه القبول المتقدم من المشتري و حينئذ، فيلغو الإيجاب الصادر من الفضولي فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الإيجاب المتأخر.

و يرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الإيجاب و سلمنا أيضا جواز الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول و أغمضنا عن مخالفة هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا يمكن أن تكون الإجازة اللاحقة إيجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما أنشأه الفضولي، و الإجازة المتأخرة على تقدير كونها إيجابا لا يمكن أن يكون إيجابا لذلك القبول لعدم المطابقة بينهما بل لا- بد و ان يكون له قبول آخر و قد ذكرنا في الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية البائع و المشتري من الأمور الواضحة و اذن فلا يمكن أن تجعل الإجازة اللاحقة مع القبول المتقدم عقدا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٩

مستأنفا و معاملة جديدة.

و قد يراد من كلامه أن للإجازة جهتان جهة إيجاب و جهة قبول فالمالك المجيز من جهة الإيجاب غير أصيل و من جهة القبول اما- وكيل المشتري أو وليه.

و يرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز وكيلا للمشتري و لا وليا له أضف الى ذلك أن الإجازة اللاحقة ليست الا رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة إيجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاها المصنف عن الشيخ الكبير في شرحه على القواعد من (أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي)، ثم قال (و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم في ذلك وجهين).

الأول أن قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحة ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحالة دخول احد العوضين في ملك غير مالك الآخر نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٠

الثانى: انه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله اليه، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: بع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري و كذا ملك المثلث فى الصورة الثانية، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقد.

[بقى هنا أمران]

[الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى]

إشارة

قوله (ره) الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى الذمة. أقول: انّ البائع تارة يبيع مال شخصه فى ذمة الغير كالدین فهو خارج عن الفضولى فإنه نظير بيع عين ماله الشخصى. و اخرى يبيع مال غيره فى ذمة نفسه، فالظاهر خروجه أيضا عن الفضولى فإنه لا ميز لمال الغير فى ذمة نفسه. و ثالثه يبيع ما فى ذمة شخص لآخر أو يشتري كذلك، فهذا لا شبهة فى كونه فضوليا و يتصور ذلك فى كل من البيع و الشراء على ثلثة أنحاء.

الأول ان يصرح البائع أو المشتري (تذكرة أنه قد وقع فى بعض الموارد فيما إذا تكون الإجازة باطلة و غير مفيدة انّ العقد يبطل و هذا مسامحة بل المراد بطلان الإجازة و الـ فلو انضم إليه إجازة أخرى نحكم بصحة العقد فانّ الرّد لا يخرج العقد عن قابلية انضمام الإجازة إليه فكيف ببطلان الإجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الأثر لعدم تحقق الإجازة فيه) الفضوليين بالذمة بأن يقول بعتك كذا من الطعام مثلا فى ذمة عمرو أو اشتريته بخمسة دراهم فى ذمة بكر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢١

الثانى: ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع أو الثمن فى ذمة الغير كان يصنف البيع إليه، فإن ظاهر الإضافة كونه للغير و حينئذ، فيكون الثمن أو المثلث أيضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه.

الثالث: ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، و على هذا، فلو أضاف الكلى إلى ذمة الغير أو قصد هذا المعنى، ثم أضاف البيع الى نفسه و لم يظهر ما قصده بمرز فى الخارج أو قصد هذا المعنى و أضاف البيع الى الغير و لكن أضاف الكلى إلى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى أو اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان يقع التنافى كما أنه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمة نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى ذمة غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا.

و هنا مستلтан

اشارة

الاولى: فى وقوع البيع للعاقده مطلقا على تقدير ردّ الغير و عدم وقوعه له مطلقا أو يفصل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة الثانية: فى صحة تلك المعاملة مطلقا و عدم صحتها كذلك أو يفصل كما تقدم.

اما المسألة الاولى، [فى وقوع البيع للعاقده مطلقا]

فالظاهر من صدر عبارة العلامة أنه لو اشترى بما فى ذمّة الغير و أطلق اللفظ يقف على أجازته و إذا ردّ يقع للمباشر، بل نسب ذلك الى العلماء.

و لكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء أنما هو بما فى ذمّة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٢

نفسه للغير حيث علّل صحة الشراء بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير.

و بالجملة يظهر منه التفصيل بين المثالين و ان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابي حنيفة حتى فى الأعيان الشخصية.

و التزم شيخنا الأستاذ أيضا بذلك و كونه واقعا للعاقده مطلقا.

و لكن حكم العلامة الأنصارى (ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم يساعد بذيله.

و الوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرد و عدم وقوعه للعاقده أنه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع و حقيقته متقوم بالمبادلة بين المالكين بحيث يدخل كلّ من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك أو لم يعلم فإن معرفته غير دخيلة فى حقيقة البيع و صحته هذا فى بيع الأعيان الشخصية، و اما فى بيع الكلى أو شرائه فحيث ان الكلى بما هو كلى ليس فيه شائبة المالىة من جهة و أنما يكون متصفا بالمالية إذا أضيف إلى ذمّة معيّنة لأن الذمّة الغير المعينة أيضا كلى، فإضافة الكلى إلى كلى آخر لا يوجب التعيين و التشخص.

اذن فكون الكلى ثمنا أو ثمنا متقوم بإضافة إلى شخص معين لا من جهة لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمة لاتصاف الكلى بالمالية، حتى يكون قابلا للمعاوضة عليه لأنّ العوضين فى البيع بمنزلة الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين.

و على هذا، فلو قصد الفضولى كون المعاملة لغيره و ان لم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٣

يظهر فلا يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك، فان تحقق المعاملة و ظهورها فى صفحة الوجود كان معلقا على إضافة الكلى إلى ذمّة الغير و مع عدم وقوعها للغير لأجل رده، و عدم إمضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقده؟ و الا، فيلزم كون ما يكون مقوما للبيع و الشراء غير مقوم لهما فهل هذا الا-التناقض الواضح؟ و بعبارة أخرى اتصاف الكلى بالمالية و كونها طرفا للمبادلة أنما هو بالإضافة إلى الذمّة و لو فى عالم القصد، فإذا أزاله صاحب الذمّة عن ذمته، فتنعزل عن المالية، فهذه الإزالة لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلى أيضا بمالية أخرى ليكون قابلا للمعاوضة عليه، لأن إزالة إضافة عن ذمّة ليس إضافة أخرى لذمّة شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بأنّه إذا ردّ الغير الذى كانت المعاملة له تقع ذلك للعاقده؟ فهل كان رده سببا لإضافة الكلى إلى العاقده أو اتصف الكلى بالمالية بغير إضافة؟ فكلاهما غير معقول.

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامة الأنصارى حيث أفاد فى وجه البطلان بما حاصله انّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكة

الأصلي و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين ان يدخل في ملك الفضولي أو ملك من وقع له العقد. و وجه انحلال: أنه بعد انحصار البيع أو الشراء بمن وقع له العقد، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولي، بل هو دائر بين ان يبقى في ملك مالكة الأصلي و ان يدخل في ملك من له العقد على تقدير أجازته العقد.

هذا كله في مقام الثبوت و اما في مقام الإثبات فظاهر الكلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٤

كون العقد للمباشر الا ان يثبت بينه و نحوها كونه للغير.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تصدى الى تصحيح العقد في كلا المثاليين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه أو العكس.

و حاصل كلامه: أنه إذا اشترى مالا- لنفسه بمال الغير أو اشترى مالا للغير بمال نفسه، فإن أجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر و حمل على ذلك كلام العلامة و فسره بصورة الشراء في ذمته نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه و الوجه في ذلك: ان الفضولي إذا اشترى مالا للغير بمال نفسه في الذمته فقد أنشأ بيعين: الأول اشتراؤه لنفسه من الغير، و الثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحة و وضيعه كما هو كذلك في بيع التولية، فيكون ذلك من مصاديقه، فكون البيع للفضولي ليس خارجا عن القاعدة مع رد من له العقد فان رده يوجب انحلال- البيع الثانى دون الأول.

و على ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يرد اشكال المصنف أيضا فإنه على تقدير صحته أنما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائرا بين كونه للفضولي أو من له العقد و اما بناء على ما ذكره الأستاذ فهنا بيعان أحدهما للمباشر، و الثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الأول.

و لكنه ليس بتمام، لأنه أولا لا يتم في البيع فان بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى في البيع.

و ثانيا أنه على هذا يكون الإجازة اللاحقة قبولاً للإيجاب الذى تحقق في ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن إخلال الفصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٥

البعيد بين الإيجاب و القبول، و عن الإشكالات الأخرى، ان هذا مع الإجازة يكون عقدا مركبا من الإيجاب و القبول الحاصلين من الاصيلين فلا- يكونان مربوطين بالعقد الفضولى الذى هو محط كلا- منا مع أنه ليس الأمر كذلك لأنه لو مات الفضولى، ثم أجاز المالك بيعه أو شرائه فلا شبهة في صحته، و اما لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهة فيعلم من ذلك أنه ليس هنا عقدان و بيعان بل عقد واحد على أنه خلاف الظاهر من كلام الفضولى.

و أوضح من ذلك في البطلان البيع للغير فإنه لا يجرى فيه ما ذكره الأستاذ من إرجاعه إلى بيعين و عقدين كما ذكرنا.

و بالجملة ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولى، و على خلاف الظاهر بمكان.

و اما تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة، فأیضا لا وجه له لأنه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير رد الغير يكون الضمان عليه طولا، فإنه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزلة الغير في إيجاب العقد فكأنه شخص تنزىلى للغير و حينئذ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من أصله لكونه راجعا اليه فلا- يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فإن النائب ليس له موضوعية بل هو قنطرة إلى المنوب عنه فالمناطق في الصحة و البطلان إمضائه و رده.

و اما المسألة الثانية أعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،

فحكم شيخنا الأستاذ بكونه للعاقد أيضا و قد أفاد في وجه ذلك وجوها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٦

الأول: ان الأمور البنائية و الأغراض المنوية لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من الفعل أو القول.

الثاني: ان الالتزامات العقدية يملكها كل من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلها كما في غير النكاح أو بالجعل الشرعي فحينئذ يثبت له الخيار.

الثالث: عدم اعتبار تعيين المالك في البيع و أنه ليس دخيلا في حقيقة البيع فينتج من تلك الأمور ان العقد مع رد من له العقد يقع للعاقده، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما ان الآخر يملك التزامه.

ثم قال: و اما وقوعها له لو أجاز أو أقر بالوكالة فلان العقد و ان لم يؤثر في صرف الالتزامات الى الغير الا- أنه لا ينفك عن أثره التكويني، فيجعل المعاملة كالمادة الهيولانية القابلة لصرفها الى الغير بإجازته أو إقراره، فيكون القصد كجعل التولية للغير و يكون الإجازة أو الإقرار بمنزلة قبول التولية فالقول بأن المعاملة تقع لنفس المباشر واقعا إذا رد من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق.

و فيه اما ما أفاده في وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير تولية في العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما أفاده في وقوعه للغير من المقدمات ففيه: اما عدم لزوم تعيين المالك، فإنما هو في الأعيان الشخصية و اما في بيع الكلي، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام المايه التي بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادئه.

و اما المقدمة الثانية ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٧

و ان كان في محلّه الا أنه فيما يكون العقد واقعا لهما، و اما فيما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كل منهما التزام الآخر؟ فالعقد الفضولي نسبه الى العقد ليس إلا كنسبه الأجنب إليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر.

و بعبارة اخرى: ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا، فهو متين، و ان كان المقصود كون العاقده مالكا لالتزام الآخر سواء كان أصيلا أو فضوليا فهو غير مسلّم.

و اما المقدمة الثالثة:

ان القصد بلا- إظهاره بمظهر و ان كان ليس له أثر الا- أنه فيما يكون الإظهار و الإبراز من المقومات بحيث لا يتحقق العنوان الذي يترتب عليه الأثر إلا- بالإظهار كعنوان البيع و الهبة و الصلح و الإجازة و غيرها من العناوين العقودية و الإيقاعية، و اما فيما لا يكون إظهاره دخيلا في التأثير، فإظهاره و عدمه سياتي، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقومات العقد و من هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما و اكتفى العاقده بمجرد بيع و اشترت لكان كافيا على أنه قد أظهر ذلك بقوله اشترت هذا بخمسة دراهم في ذمه فلان.

و بالجملة لم يتحصّل لنا شيء مما أفاده بل لا بد في صورة الجمع بين المتنافيين من الحكم بالإلغاء و قيد كونه للغير و الحكم بكونه للعاقده لأنه من قبيل الخطاء و الاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخيل أنه ماله أو بتخيل رضايته بذلك كما إذا وعد شخص على آخر عشرة أمان من الحنطة و تخيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٨

الموعود له ملكيته بمجرد ذلك، فباعه من شخص فانّ في أمثال ذلك يقع البيع للعاقده فافهم.

[الأمر الثاني] (جريان الفضولي في المعاطة).

إشارة

و قد عرفت ان بيع الفضولي حسب دلالة الأدلة عليه لا اشكال فيه، و أمّا الكلام في أنه هل يجري في المعاطة مطلقا أو لا يجري فيها مطلقا أو فرق بين القول بالإباحة فلا يجري و القول بالملك- فيجري أو فرق بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا يجري مطلقا

و بين كونه على وفقها فيجربى مطلقاً؟ وجوه.

[الوجه الأول في جريان بيع الفضولى في المعاطة مطلقاً]

قوله (ره) الثانى: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاتى. أقول ذكر العلامة الأنصارى أنه على القول بصحة البيع الفضولى لا- يفرق فيه بين البيع اللفظى و البيع المعاطاتى لإطلاق الأدلة و عمومها، و عن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى أن الإقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفاً فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر. و فيه:

أولاً: أن الإقباض و التصرف يمكن ان يكون مباحاً كما إذا اشتبه المقبض و تخيل انّ المال لنفسه و اقبضه للمشتري بالبيع المعاطاتى فإنّ هذا التصرف ليس بمحرّم و هكذا فى جميع موارد السهو و النسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء، و الوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الائتمانية ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع و نفس الأمر بمقتضى أدلة الرفع و اذن عدم رضائه المالك بالتصرف لا يدل على حرمة الإقباض.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٩

و ثانياً: يمكن ان يكون المالك أيضاً راضياً بالتصرف كما إذا أذن للفضولى قبل البيع ان يتصرف فى ماله و يقبضه لشخص خاص أو يعطى الفضولى مال المالك لو كيله أو وليه أو من يقوم مقامه- بعنوان البيع، فإنّ الإقباض شىء من ذلك ليس بمحرّم و أنّما يقصد الفضولى فى ضمن ذلك الإعطاء المباح البيع المعاطاتى و هكذا الأمر لو اعطى أحد و كلائه ماله لو كيله الأخر بعنوان البيع من غير ان يكونا و كيلين فى البيع و الشراء.

و ثالثاً: يمكن ان يكون المالك أيضاً راضياً بالبيع و لكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن، فلا يكون البيع الا واقعا برضائه المالك و قد تقدم ان الرضا المقارن لا يخرج العقد الفضولى عن الفضولى ما لم يظهره المالك فى الظاهر بمظهر قولى أو فعلى. و رابعاً: على تقدير كون الإقباض و الإعطاء تصرفاً فى مال الغير و حراماً و لكنه حرام تكليفى يعاقب المتصرف فيه لأجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعية الذى هو محط كلامنا.

و خامساً: على تقدير التسليم انّ الحرمة التكليفية تدل على الفساد فلا نسلم أيضاً بطلان ذلك العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولى و عدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساداً عن المالك و عمن له العقد بل ينتسب الى المالك إذا اجازته. و بالجملة انّ هذا الاشكال لو هونه لا يصلح لمنع جريان الفضولى فى المعاطة. قوله و ربّما يستدل على ذلك.

أقول

الوجه الثانى الذى استدل به على عدم جريان الفضولية فى المعاطة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٠

انّ المعاطة منوطه بالتراضى و قصد الإباحة أو التمليك و هما من وظائف المالك و شئونه و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثانى انّ المكره و الفضولى قاصدان اللفظ دون المعنى و ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك. و فيه: انّ هذا الاشكال لو تمّ أنّما يعمّ جميع أقسام الفضولى و لا يختص بالمعاطة و بعبارة اخرى أنّه إشكال لأصل الفضولى. أمّا الحلّ انّ الرضاية من المالك تحصل بإجازته المتأخره فلا يكون البيع خالياً عن التراضى و هكذا قصد التمليك و الإباحة و بعبارة

اخرى ان الفضولي ليس له الا إيجاد المعاملة وإنشائها وبقية الجهات التي لا بد من صدورهما ممن نسب العقد اليه، أما تصدر من المالك، فلا ربط لها بالفضولي، واما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته وتماميته. قوله الا ان يقال ان مقتضى الدليل. أقول

الوجه الثالث ان العقد الفضولي إنما ثبت جوازه على خلاف القاعدة فيختص بالعقد القولي

وقد أجاب عنه المصنف بأنه طبق القواعد للعمومات الدالة على صحته. وهذا الجواب منه وان كان متينا الا ان ظاهرا أنه لو لم يكن الفضولي على طبق القواعد لما كان جاريا في المعاطاة ولكن الأمر ليس كذلك بل مع هذا يجري في العقد الفعلي كجريانه في العقد القولي بمقتضى إطلاق صحيحة محمد بن قيس وقضية عروة البارقي وغير ذلك بناء على تماميتها فإنها غير مختصة بالعقد القولي بل إطلاقها محكم بالنسبة إلى المعاطاة أيضا. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣١

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ واختاره.

وحاصله: ان فعل الفضولي ليس قابلا للإيجاب في باب المعاطاة سواء قلنا بإفادتها الإباحة أو بإفادتها الملك الجائر أو اللازم. اما على القول بكونها مفيدة للإباحة، فمن جهة ان مجرد قصد اباحة التصرف بالإعطاء وان كان بلا مئونة للفضولي الا ان الإباحة التي تكون مؤثرة في باب المعاطاة هي الإباحة الحاصلة من تسليط غيره، فيكون تسليط غيره لغوا محضا. واما اجازة المالك، فهو وان كان تفيد الإباحة الا أنه بنفسها تكون مؤثرة في الإباحة من غير ربط بفعل الفضولي، واما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولي لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء والتبديل، واما افادة الملكية التي عبارة عن تبديل طرفي الإضافة فلا، بل هي متوقفة اما على إيجاد المادة بالهيئة واما على فعل المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقا للبيع. وفيه ان انحصار إفادة الملكية في البيع اما بإيجاد المادة أو بفعل المكلف وان كان له وجه على المذاهب المعروفة في الإنشاء ولو كان مع ذلك قابلا للمناقشة، الا أنه لا وجه له بناء على ما ذكرنا من ان الإنشاء ليس الا اعتبار النفساني وإظهاره بمبرز في الخارج، لأن الفضولي أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونة وخفيف الاعتبار ويبرزه في الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا أو قولاً، فإنه على كل حال يكون مصداقا للبيع وقد تقدم ذلك منه في المعاطاة مع جوابه. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٢

نعم بناء على إفادتها الإباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للإباحة على خلاف القاعدة ومن هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديدة على القول بالإباحة وان أجاب عنها الشيخ الأنصاري بأنها ليست بمبعدات إذا اقتضاه الجمع بين الأدلة، وقد عرفت ذلك مفصلا واذن فلا بد من الاقتصار على صورة تعاطى المالكين في المعاطاة. على أنه لا يعقل حصول الإباحة قبل الإجازة بفعل الفضولين والذي ينبغي ان يقال: ان الكشف الحقيقي وان كان يمكن جريانه في المعاطاة الفضولية بناء على إفادتها الإباحة- لإمكان الالتزام بالإباحة قبل الإجازة وكون الإجازة كاشفة عنها الا ان الكشف الحقيقي في الفضولي مع إمكانه في مقام الثبوت لا- دليل عليه في مقام الإثبات ويكون الأمر دائرا بين النقل والكشف الحكمي اما الثاني فهو مستحيل لأن التصرف في مال الغير قبل الإجازة بعقد فضولي حرام، فإنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا باذنه وبعد الإجازة تحصل الإباحة من حينها ولا يمكن الحكم بإباحة التصريفات التي قبل الإجازة بالإباحة الحكمية فإن الشيء لا ينقلب عما هو عليه وعن وقوعه فالتصرف الذي كان محرما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحة وهذا واضح جدا.

و اما على النقل فجريان الفضولي في المعاطاة بناء على - إفادتها الإباحة أيضا بمكان من الإمكان فإن حصول الإباحة بعد الإجازة لا نرى فيه محظورا أصلا.

و اذن يتوقف حصول الملكية على التصرفات المتوقفة على الملك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٣

فتحصل بها الملكية آنا ما قبل التصرف.

هذا كله فيما إذا قصدت الملكية و حصلت الإباحة الشرعية بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك في باب المعاطاة.

و اما لو قصد الفضوليان الإباحة من الأول فلا شبهة في عدم جريان ذلك في المعاطاة فإنه لا معنى لحصول الإباحة قبل الإجازة لتكون الإجازة كاشفة عنها بل هي تحصل بنفس الإجازة و لا يعقل ان ما وقع قبل الإجازة من التصرفات المحرمة أن تكون مباحة بالإجازة كما تقدم.

(الإجازة و الرد في المعاملة الفضولية)

قوله (ره) اما الكلام في الإجازة.

إشارة

أقول: أساس القول بالكشف في العقد الفضولي هو فرض الإجازة المتأخرة متصلة بالعقد و إلغاء الفصل الواقع بين العقد و الإجازة كما ان أساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالإجازة بقاء و ان حصل بينهما الفصل حدوثا فكأنه وقع في زمان الإجازة. إذا عرفت ذلك، فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم: ان الإجازة كاشفة عن تمامية السبب و هو العقد

و أما الكلام في طريق الكشف الحقيقي و كفيته و هو على أنحاء.

الأول: ان يقال بالكشف الحقيقي بمعنى ان الملكية إنما حصلت حين العقد و أثر العقد فيها

إشارة

من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الإجازة و هذا يتصور على وجوه:

الأول: ان يقال: ان المؤثر التام في المعاملة الفضولية ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٤

و أما الإجازة معرفة لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفة عنه من غير ان تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكية و الزوجية و نحوهما، و الا يلزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر و هذا الوجه هو الذى أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان- على ما حكى المصنف فى المتن- و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الإمكان و ان كان متصورا و ممكننا لإمكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شيء و لو كان ذلك الشيء رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخصصة فإنه أيضا لا يكون راضيا مع انه صحيح، الا أنه لا دليل عليه بحسب مقام الإثبات، كيف؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخالة الرضا فى تأثير العقد و سمي ذلك بالتجارة عن تراض و من الواضح جدا ان العقد الفضولى قبل الإمضاء و الإجازة ليس معاملة و تجارة عن

تراض.

و بالجملة: مضافا الى عدم الدليل فى مقام الإثبات بصحة مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آية التجارة و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد أنما فيما يكون صادرا عن له العقد أو باذنه و الا يلزم الوفاء بكل ما يكون فى صورة العقد.

و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جملة شرائط العقد كالإيجاب و القبول

بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه و هذا المعنى أى تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم يتصور على نحوين فإن ما يكون دخيلا فى الأمر المتقدم و شرطا فى تحققه تارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٥

يكون من اجزائه و اخرى من شرائطه. اما الأول: فكالمركات الاعتبارية كالصلاة مثلا بان يكون الجزء المتأخر دخيلا فى صحة الجزء المتقدم بحيث أن المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار و كان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقة فى الصلاة دخيلة فى صحتها و اما الثانى فككون الأمر المتأخر من شرائط الأمر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخاله أغسال المستحاضة فى صحته صومها، فإن صحته صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر- كما هو الحق- و صحة الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحة صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الأولين فان فى جميع ذلك قد أثر الأمر المتأخر فى صحة المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين، فإنه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مدة و ليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التمامية و الصحة عدم دخالة شىء فيه من الأمور المتقدمة و المتأخرة و معنى دخالته عدم تمامية المشروط و تحققه على وجهه بتمامه و كماله و هل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الأكابر: ان الالتزام بدخالة الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحالة التناقض فى الشرعيات و اما الأمثلة المذكورة، فشىء منها لا يكون دليلا على صحة ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٦

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها و عدم ارتباطها لهذا الوجه.

الثالث: ان يكون المؤثر فى الأمر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا

و يكون الأمر المتأخر كاشفا عن تحقق الأمر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير فى الأمر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الأمثلة المتقدمة من الصلاة و أغسال المستحاضة فى صحة الصوم، فإن الدخيل فى صحة الصلاة و وصف تعقب كل جزء السابق بالجزء اللاحق و فى صحة الصوم تعقب كل جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضة و يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فتكون تعقب العقد بالإجازة دخيلا فى صحة العقد.

و هذا المعنى و ان كان له وجه و وجه فى دخالة الأجزاء- اللاحقة فى الأجزاء السابقة فى الصلاة كما حقق ذلك فى محله، و لكنه لا دليل على جريانه فى المقام، فإنه لا دليل على دخالة الرضا المتأخر فى صحة العقد المتقدم بعنوان التعقب، فإن مقتضى عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكية قبل الإمضاء و الإجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فىكون ذلك تصرفا فى مال الغير بدون الرضا فىكون حراما.

على ان مقتضى قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض، عدم حصول الملكية و التجارة إلا بالتراضى و الرضا، فلا شبهة ان العقد

الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضائه حتى يحصل الملكية بذلك.

و بالجملة: ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيلة ثبوتا و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٧

إثباتا، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق إثباتا.

ثم ان هنا وجها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتي من ان الإجازة كاشفة عن الرضا التقديرى

بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرضا المعتبر فى العقد هو الأعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى.

و فيه: ان هذا من عجائب الكلام، فإنه مضافا الى ما تقدم من ان الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولية فكيف بالرضا التقديرى؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضائه المالك على البيع أو الشراء، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليا فإنه ربما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسدة عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الإجازة، فيكون العقد عنده ذا مصلحة فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الإجازة كاشفة عن الرضا التقديرى؟

على أنه لا دليل على كون الإجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل. فتحصل: ان الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكية مثلا- موجودة قبل الإجازة و تكون الإجازة مؤثرة فيه اما بنحو الشرطية أو بنحو- التعقب أو لا تكون مؤثرة فيها بل معرّفة محضة لا وجه له بوجه.

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان

إشارة

على ما حكى عنهما- من ان الإجازة متعلقة بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه و محصل ذلك ان الرضا من الأوصاف التعليقية و الصفات النفسانية ذات الإضافة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٨

و لها تحقق و تكون فى صقع النفس و لها بحسب نفسها فى ذلك العالم ماهية و وجود و توجد بخالقية النفس و مع ذلك لا بد و ان تضاف إلى شىء و يتعلق به حتى يكون ذلك الشىء متعلقة نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسانية ذات اضافة و الا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضة اذن فاصل الملكية التى متعلق الرضا قد تحققت و وجدت بواسطة العقد و الرضا إنما تعلق حين- الإجازة و الإمضاء من المالك بتلك الملكية الموجودة فى زمان العقد و الا فيلزم ان لا يكون للإجازة و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الأوصاف التعليقية.

و قد أورد عليه العلامة الأنصارى و تبعه جملة من الاعلام و منهم شيخنا الأستاذ بوجهين:

الأول: ان المنشأ عبارة عن مضمون العقد من الملكية فى باب البيع و الزوجية فى باب النكاح وهكذا

و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكية الحاصلة بالعقد مقيدة بزمان العقد و حاصلة من حينه بل مضمونه عبارة عن طبيعى النقل، فبالإجازة تقع الملكية فى زمان النقل، نعم حيث ان المنشأ و الإنشاء من الأمور الزمانية فيكون التقييد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالإيجاب فى العقود فإنه ليس إلا إيجاب أصل الإيجاد دون الإيجاد المقيّد بزمانه و الا يلزم حصول الملكية مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الإيقاعات بل هى كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقيّد مضمون العقد

بزمان الإيجاب.

و بالجمله أنّ مضمون العقد ليس مقيداً بزمان و أنّما الزمان ظرف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٩

له لكون ذلك المضمون من الزمانيات فيكون الملكية بعد الإجازة.

و فيه: أنّه لو كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه، بدعوى أنّ المنشئ أنّما ينشئ مضمون العقد و يوجدّه على نحو اللابشرطية من غير تقيده بقيد من الزمان و غيره و اما بناء على ما حققناه و اخترناه في معنى الإنشاء من أنّه عبارة عن الاعتبار النفسانية و إظهاره بمبرز من المبرزات فعلياً أو قولياً فلا وجه لذلك الاشكال بوجه.

و ذلك لما حققناه في الأصول من ان الإهمال في الواقعيّات من المستحيلات الأولى، و أنّ الأمور الواقعية لا يعقل ان تكون عارية عن الإطلاق أو التقييد بل لا بدّ أنّها و ان تكون في موطنها اما مطلقاً أو مقيدة، فالذي يوجد امراً و يعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه مطلقاً أو مقيداً، اذن، فالمعتبر لمضمون العقد في عالم نفسه امّا ان يعتبره مطلقاً و غير مقيدة بقيد و شرط أو مقيدة بهما، فحيث لم يكن مقيداً فقهاً يكون مطلقاً من غير ان يكون مقيداً بحصوله بعد الإجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكية المطلقة الدائمة كما هو واضح فتكون الإجازة متعلقة بتلك الملكية المستمرة فيكون اعتبار الملكية من الأول.

و اما النقض بالقبول، فهو باطل من أصله، و غير مربوط بالمقام فإنّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا يحصل بالإنشاء و الإيجاب المحض و أنّما هو بالقبول و الا- فلا- يتحقق عنوان العقد الذي قوامه بالإيجاب و القبول، و من هنا قلنا: أنّ الإيجاب أنّما يتحقق على تقدير القبول و التعليق مما لا بدّ منه و ان لم يصرّح به و قلنا في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٠

أحكام الصيغة أنّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقد لكونه راجعاً الى ما يتوقف صحته العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تمّ بالإيجاب و القبول الفضوليين و أنّما يتوقف نفوذه و مضيئه على اجازة المالك، فلا يقاس ذلك بالإيجاب المحض. و الذي يوضح ذلك أنّه لو آجر الفضولي دار احد للغير إلى سنة فاجازة المالك بعد شهرين فلا شبهة في صحته ذلك مع أنّ متعلق الإجازة مقيد و هكذا العقد المنقطع، فيعلم من ذلك أنّ المنشأ في العقد الفضولي ليس مهملاً فيكون المقام على عكس باب الوصية، فإنّه تحصل الملكية بعد الموت مع أنّ الإنشاء متقدم عليه فلو كان المنشأ مطلقاً لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت، و على هذا فلا- محذور في المقام للالتزام بحصول الملكية قبل الإجازة فإنّ باب الوصية مع ما نحن فيه من هذه الجهة مشتركة.

الإشكال الثاني: أنّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لا بمعنى انّ وقوعه في الحين جزء لمدلوله

حتى يقال ليس معنى بعت، أو جدت البيع في الحال بل بمعنى انّ وقوع الإنشاء في الحال يقتضى تحقق منشأه حالا و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه، و ذلك لأنّه لم يدل دليل على إمضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكية حاصله قبل الإجازة لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقد أو بمنزلة الا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها، و من المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤١

الحكم الشرعي فما دام لا يجب الوفاء، فلا ملك كما أنّه ما لم يتحقق القبول لا يتحقق مضمون العقد بالإيجاب المجرد. و بعبارة أخرى لو سلّمنا حصول الملكية من زمان العقد و تحقق النقل به الا أنّ الملكية الشرعية لا تحصل إلا بالإجازة فيكون النقل المالكى الشرعي من زمان الإجازة اذن، فلا معنى للكشف لحصول الملكية بتمام المعنى من حين الإجازة.

وفيه: انّ الإجازة تكشف عن تحقق الإعتبار حين العقد و ان الشارع يمضى بالإجازة أيضا من الأول كما هو مقتضى الإطلاقات و- العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وغيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقي أو الحكمي فإنّ النقل انما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت في الجواب الأول لا مهملا كما قد يكون حاصلًا مقيدا أيضا كما في الإجازة و النكاح المنقطع و ليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فإنّه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لا كشفا حكميًا- كما التزم به المصنف- من الحكم بحصول النقل حكما و تنزيلا فإنّه و ان كان صحيحا الا أنّه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكية و النقل الصحيح قبل الإجازة غاية الأمر يكون حصولها بالإجازة و اما مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للأخذ بما ذهب اليه المصنف.

و توضيح ذلك أنّه ذكرنا في الأصول انّ الأمور الاعتبارية لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعبر من الأمور الخارجية أو لم يكن كذلك مثلا لو اعتبر أحد ملكية داره لشخص، فيكون وجوده في عالم الاعتبار فقط و هكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا في عالم الاعتبار و قائما به و لو كان ذلك المعبر من الأمور الخارجية فإنّ الوجود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٢

الاعتباري سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجية لأنّ الموجود الخارجي ليس واردا بعالم الاعتبار فإنّ الوجود الذهني غير الوجود الخارجي كما حقق في محله.

و بالجملة فوعاء الوجودات الاعتبارية ليس الا عالم الاعتبار فتوجد بمجرد الاعتبار لكونها خفيف المثونة من غير احتياج إلى مبادئ الوجود الخارجية.

إذا عرفت ذلك:

فنقول: انّ الاعتبار تارة يتعلق بالأمر الحالى فيعتبر المعبر ملكية داره مثلا لشخص في الحال الحاضر كما إذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لأنّ الاعتبار و المعبر كلاهما فعليّ، و اخرى يتعلق بأمر استقبالي كاعتبار الملكية لشخص بعد مدة كما في باب الوصية حيث يعتبر الموصى ملكية الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعبر استقبالي، و ثالثة يتعلق بالأمر الماضى بأن يعتبر ملكية ماله لزيد من أمس فلو لم تكن الارتكازات العرفية على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع أيضا و كان المال ملك المشتري من أمس فإنّه ليس في ذلك محذور عقلي أو شرعى بوجه.

فإذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الأمور الثلاثة الحالية و الاستقبالية و الماضية فلا محذور للالتزام بتعلّق اعتبار الملكية في باب الفضولى بأمر متقدم فيكون الإجازة اعتبارا للملكية من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الإجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالأمر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضولين فاصل اعتبار الملكية فعليّ و لكن المعبر تحقق بعد الإجازة و لا يضر التعليق على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٣

صحته.

و بعبارة أخرى فحيث جاز تعلّق الاعتبار بأمر متقدم في عالم الاعتبار كبيع الدار من أمس مثلا فجاز اعتبار الملكية لأحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه في البيع و الشراء فلا نقول بذلك فيهما و اما في الإجازة، فلا محذور فيه بوجه و في باب الفضولى حصل الاعتبار من البائع و المشتري و تحقق البيع بالحمل الشائع في الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالبيع أو الثمن ملك لمالكهما و بالإجازة كشفنا حصول الملكية لكل من البائع و المشتري من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كلّ منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان، و في هذا الزمان صار ملكا للآخر بالإجازة من أول الأمر حقيقة فإنّ بالإجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضولين بالمالك، فصار البيع بيعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الدالة على صحة البيع من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَبِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ.

و بالجملة بعد القول بتحقيق الاعتبار قبل الإجازة فمقتضى العمومات نحكم بالصحة و كونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه إليه

بالإجازة لا ان الإجازة كشف عن ان الملكية كانت حاصله من الأول بل الإجازة أوجبت حصول الملكية فعلا اذن فيترتب عليه آثار الملكية من الأول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث أنه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى إنشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فان الموجود فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٤

المقام ليس الا الاعتبار و اما الملكية فتحصل بعد الإجازة فيكون نظير التعليق غاية الأمر انه باطل فى العقود لا من جهة الإجازة. وقد أشكل على ذلك شيخنا الأستاذ بأنه لا يعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فإنه لا يعقل ان يكون المال الواحد فى زمان واحد ملكا لشخصين و ان كان زمان الحكم بملكية أحدهما مغاير الزمان الحكم بملكية الآخر و ليس ذلك إلا مناقضة واضحة و قد ذكر ذلك أيضا فى الخروج عن الأرض المغصوبة من أنه لا يعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضة و لو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك فى حق غير العالم بالغيب ممن يجرى فى حقه البدء و اما فى حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه.

وفيه: ان هذا متين فى الأحكام التكليفية لكونه لغوا محضا دون الأحكام الوضعية فإن قوامها باعتبار المعبر فهو خفيف المئونة فلا مانع من اعتبار ملكية المبيع مثلا- لمالكة الأصل إلى زمان الإجازة و باعتبار ملكيته للمشتري من زمان العقد أيضا بالإجازة و الرضا فإنه أيضا اعتبار الملكية من المالك للبائع أو المشتري و لا مانع من ذلك بوجه و ان كان نفس ذلك موضوعا للأحكام التكليفية أيضا فإنه لا بأس به و انما المحذور فى نفس الأحكام التكليفية من اللغوية و المناقضة لكونها ناشئة عن المصالح و المفسد فى متعلقها على المعروف أو عن المصالح فى الأغراض فلا يمكن ان يكون هنا فى شىء واحد مصلحة و مفسدة يستدعيان الحكم المتناقضين أو غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٥

و بعبارة اخرى ان الامورات الوجودية على أقسام ثلاثة:

الأول: ما يكون من قبيل الجواهر التى لا تحتاج فى وجودها الى موضوع.

و الثانى: ما يكون من قبيل الأعراض التى إذا وجدت تحتاج فى ذلك الى الموضوع فهذه القسمين وجودات تاصيلية فجميع أحكام الوجود التأصيلى و آثارها يترتب عليهما فلا- يمكن مع تحققها و تأصلها فى الخارج طرو العدم عليها بالاعتبار و الا- يلزم اجتماع النقيضين.

الثالث: الوجودات الاعتبارية فقوامها و تحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شىء من آثار الوجودات الخارجيه و كما وجودها بالاعتبار و هكذا عدمها و كما يمكن فرضها و اعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها فى زمان آخر فى ذلك الوقت الخاص الذى اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شىء من اجتماع النقيضين أو الضدين و هذا بخلاف الوجودات المتأصلة فإنه بعد تحققها و تكونها فى الخارج على طبق ما عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم أو باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم اجتماع النقيضين أو الضدين أو المثليين.

و السر فى ذلك ان الامورات التاصيلية لا تختلف بالاعتبار و هذا بخلاف الاعتباريات فان قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غاية الأمر ان يكون الاعتبار فيه مصلحة لئلا يلزم اللغوية.

إذا عرفت ذلك.

فقول: ان الملكية ليست من الوجودات المتأصلة جوهرها كان أو عرضا بل هى من الأمور الاعتبارية اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٦

فلا يلزم شيء من المحذورات غير اللغوية إذا لم يكن الاعتبار عن مصلحة و على هذا ففي باب الفضولى ان الفضوليين إذا عاملا معاملة فاعتبرا مالكية كل من العوضين الذين لغيرهما لمالكة الأخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيته فى العرف و الشرع بالفعل مع مالكهما الأصلية لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضائه مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجارة عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الإجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فإنه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الأول على حاله فيلغو العقد الذى أوقعه الفضوليان و ان أجاز المالك ذلك فيكون حين الإجازة و الإمضاء معتبرا لملكه ماله لشخص آخر من الأول و حين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليان بحيث لم يكن ذلك الغير إلى الابن مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشتري ان كان أصيلا أو من له الشرى ان كان فضوليا مالكا من الأول فلا مانع فى ذلك ان كان فيه مصلحة فكانت المصلحة تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكية للمالك الأصلى و من الآن للمشتري مثلا من الأول فإن الاعتبار بعد ما كان خفيفة المئونة و لم يكن لغوا صحح تعلقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين فى زمانين و بعد ذلك الإمضاء يتوجه أدلته صحة البيع من الأول فإن موضوع تلك الأدلة كانت متحققة إلا من جهة انتفاع الإجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون أدلة الصحة محكمة.

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان اجتماع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٧

حكيمين متنافيين فى متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل - المناط فى صحة الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك أيضا فى الخروج عن الأرض المغصوبة.

و وجه الاندفاع أنه فى باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئة من المصالح و المفاسد عن المتعلق أو الغرض بخلافه هنا فان قوام الأحكام الوضعية ليس الا باعتبار المعبر فلا محذور فى توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى، و بهذا تم الكشف الذى نقول به فى باب الفضولى و هذا المعنى أوضح فى باب الإجازة و النكاح المنقطع فإنه إذا أجاز المالك أو الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الإجازة الواقعة على الدار مثلا سنة أو النكاح إلى سنة صحيحا من الأول فإنه بناء على صحة الفضولى لم يستشكل أحد فى صحة ذلك مع أنه لم يتحقق هنا بالإجازة عقد إجازة أو عقد نكاح.

و ربما يشكل على ما ذكرنا بأنه أنما يتم ذلك فى القضايا الخارجية سواء كانت صادرة من المولى العرفية أو من المولى الحقيقى و أما فى القضايا الحقيقية التى على نسقها الأحكام الشرعية، فإن جميع المجعولات الشرعية أو جلها على نحو القضايا الحقيقية فلا يتم هذا البيان و ذلك فإن كلامنا فى حصول الملكية و اعتبارها ليس إلا فى الملكية الشرعية فإنه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من أنه حاصله أم لا- و الا فالملكية فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا. و اذن فإن كان المراد من اعتبار الملكية الشرعية اعتباره من حين العقد فقد حصل من الأول قطعا و ذلك لأنه بعد فرض كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٨

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية، فهى حاصله قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الأمة أو الخلق فان علمه عند الله فلا يتوقف ذلك الا- على تحقق الموضوع كما فى سائر القضايا الحقيقية الشرعية و غيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الأول لكل من يكون مستطيعا فالمكلف أنما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا أنه يجعل الحكم له بالفعل و كذلك جعل الحكم بنجاسة البول بالقضية الحقيقية، فإذا وجد البول فيحكم بنجاسته و لا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف و ان كان فيه اجزاء البول أيضا و هكذا فى المقام فإذا فرضنا كون موضوع الملكية الشرعية هو العقد فقط من أى شخص تحقق مع رضائه المالك و ان كان ذلك متأخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكية حاصله حين العقد متوقفا على الإجازة المتأخرة، و ان كان المراد من حصولها أى الملكية بعد الإجازة فإن بالإجازة يتم موضوع الملكية فتكون حاصله من حين الإجازة دون قبلها فعلى الأول يكون كشفا و على الثانى

يكون نقلا فلا واسطة في البين ليكون وجها آخر.

و فيه أولا انه لا دليل لنا لإثبات الملكية الشرعية حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعاملة و تحققها في نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف و لا- شبهة انّ العرف يرى البيع الفضولي معاملة صحيحة فبالإمضاء و الرضا من المجيز المالك يتحقق الملكية من أول الأمر نعم في بعض الموارد يحكم الشارع على الملكية و ان لم يفهم العرف ذلك كما في باب الإرث فإن الوارث يرث لما تركه مورثه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٩

و بالجملة لا حكم للشارع في باب المعاملات تأسيسيا بحيث- يعتبر الملكية عند البيع للبائع أو المشتري كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع أنما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملين على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكية و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكية أيضا إلا في مقام التخطئة كبيع المنابذة و الملامسة و الحصاة و بيع الربوي، فحيث انّ العرف لا يرى بأسا في إمضاء المجيز و اعتباره الملكية من زمان العقد فيكون الشارع أيضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحة البيع و إطلاقاته عليه لكونها ناضرة على ما يرويه العرف معاملة، فلا شبهة في كون بيع الفضولي مع تلك الإجازة معاملة و تجارة عن تراض عند العرف.

و بالجملة لا محذور في ما ذكرنا إثباتا و ثبوتا.

و ثانيا سلّمنا انّ الشارع قد حكم بالملكية و له حكم في ذلك و لكنه حكم بالملكية المجيز الثمن إذا كان بائعا و المثلن إذا كان مشتريا من زمان الإجازة على النحو الذي ذكرنا فإنه بعد البناء على صحة الفضولي و إثبات عدم تمامية الكشف الحقيقي بغير الذي ذكرنا من المعرضة المحضه و تأثير الأمر المتأخر في الأمر المتقدم أو عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها أو لعدم تمامية دليل الإثبات الذي هي نتيجة القول بالكشف الحكمي فلا بدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم- بالكشف الحكمي على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصي عن العجز من توجيه ما ظهوره في الكشف صونا له من اللغوية مع أنّه أيضا تمام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فإنه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه إثباتا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٠

بل أدلة صحة البيع الفضولي ظاهرة في الكشف كرواية قيس و غيرها و يأتي بيان ذلك في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل في ضمن ردّ كلام شيخنا الأستاذ بناء على تماميتها خصوصا الروايات الواردة في التزويج من أنّه إذا مات احد الزوجين الذي عقد عليهما فضولة سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين أو كبيرين فمات أحدهما فيستحلف أحدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الآخر ثم يرث فان ذلك صريح في صحة النكاح الفضولي على الكشف غاية الأمر أنّها مطلقة بالنسبة إلى أقسام الكشف و لكن حيث عرفت انّ المعرضة المحضه و عدم دخالة الإجازة في صحة العقد باطل لصراحة الآية في اشتراط صحة التجارة بالرضاية من المالك و الالتزام بتأثير الإجازة المتأخرة في الملكية المتقدمة مستحيل و الالتزام بالتعقب لا وجه له و لا دليل عليه فالكشف الحكمي في نفسه غير معقول كما سيأتي فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الرواية مع ان أصالة عدم الإجازة جارية هنا فأى شيء أوجب الخروج من هذا الأصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى في حال الموت كما هو واضح.

ثم بقي هنا شيء و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الواردة في النكاح الفضولي في الكشف الحقيقي، فإنه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الأول و انتظار الإجازة الى ان يستحلف بأنه لو لم يمت الزوج الآخر أيضا لكان راضيا بالعقد- فعزل النصيب قبل الإجازة ظاهر في الكشف الحقيقي الذي فرضتم ذلك غير معقول.

و فيه: انّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥١

فى باب الأموال فىكون ذلك مانعا عن جريان الأصل كما أشار إليه فى المتن و له نظير فى باب الإرث من غير ان يكون مختصا بهذا المورد كما إذا مات احد و كانت زوجية حاملة، فإنه عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الأموال مع أنه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بأن الزوجة تلد ذكرين.

و بالجملة الاحتياط الشديد فى باب الأموال لثلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى و أهميته الشارع بذلك، أوجب عزل النصيب فيما ذكر و هذا لا يوجب إثبات الكشف الحقيقى فافهم.

و الحاصل أنك قد عرفت ان الكشف الحقيقى على أقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل أولا دليل على صحته فى مقام الإثبات. ثم ان فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى ان العقد حال الإجازة معدوم، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير أمر المعدوم اعنى العقد فى الأمر الموجود أعنى الملكية و قد طبق ذلك بالفلسفة كما هو دأبه فى بعض الفروع الفقهية.

وفيه: أولا- ان ما نحن فيه ليس من قبيل العلة و المعلول التأمين بل من قبيل جزء السبب، فيجوز فى ذلك تأثير الأمر المعدوم فى الموجود فى التكوينات فان الأسباب و المعدات للشىء توجد تدريجا و تنعدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فان أسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد مدة و هكذا غيره فإذا كان فى التكوينات كذلك فكيف لك إنكاره فى التشريعات؟ نعم فى العلية و المعلولية التامتين لا- يمكن الانفكاك كا التحريك بالنسبة إلى تحرك المفتاح فان الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على أنه يرد عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٢

النقض بالإيجاب و القبول فان الإيجاب قد يتحقق و يندم الى زمان القبول و بالوصية فإنها تنعدم عند الموت مع أنه لم يستشكل أحد فى تأثيرهما فى الملكية بل لازم ذلك إنكار شرطية القبض لصحة بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور. و الحل فى الكل ان العقد لا يندم بل يبقى اعتبار المتعاقدين إلى الأبد ما لم يطرئه مزيل فإنه ليس عبارة عن اللفظ المجرد- لينعدم بمجرد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما و عند العرف.

و اما الكشف الحكيمى

الذى ذكره المصنف و قلنا إذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلا بد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكيمى فمعناه كما فى المتن إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعد الإجازة بحيث يحكم بإثبات آثار الكشف من أول الأمر و حين العقد و لازم ذلك إثبات آثار الملكية من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من أستاذه شريف العلماء.

أقول: ان تنزيل شىء مقام شىء آخر يكون على أنحاء.

الأول: ان ينزل الأمر الواقعى التكوينى مقام أمر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزلة الخمر و تنزيل الطواف منزلة الصلاة و نحوهما إلخ فيوجب التنزيل ترتيب آثار الصلاة على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فإنه لا يلزم منه تشريع الحكم.

الثانى: ان يكون التنزيل فى بعض الآثار مع كون المنزل و المنزل عليه كليهما امرا تعبديا كتنزيل من يراد زوجته فى جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٣

النظر إليها، فان كل منهما أمر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الآثار.

الثالث: ان يكون المنزل عليه امرا تعبديا مع كون التنزيل فى جميع الآثار نظير المقام حيث ان أصل الملكية بعد اجازة المالك أمر تعبدى، فقد يحكم الشارع بإجراء آثار الملكية عليه بعد العقد و كون جميع آثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث ان الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكية الحقيقية و جعل الملكية فلا معنى لتسميته باسم التنزيل و هذا نظير تنزيل-

إمساك الاعتكاف منزلة الصوم في جميع الآثار مع عدم تسميته صوماً وهكذا فافهم وتأمل.

(في ثمره النقل و الكشف)

إشارة

قوله بقى الكلام في بيان ثمره بين الكشف إلخ.

أقول: وقد ذكر المصنف في ضمن أسطر ما لم نفهم معناه و لا ندري ما ذا فهمنا منه سابقاً فإنه ذكر أولاً- على ما هو ظاهر كلامه-: أنه على القول بالكشف الحقيقي على نحو التعقب لو علم المشتري بإجازة مالك المبيع العقد يجوز له التصرف في المبيع لحصول شرطه في الواقع و في علم الله و قد صرح بذلك قبل نصف صحيفة ناقلاً في البعض و قال: و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيها بعدا. و فيه: أنه بناء على القول بالكشف الحقيقي لا معنى للفرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٤

بين الالتزام بالتعقب أو تأثير الإجازة المتأخرة في المتقدم أو العرفية المحضة فإنه على جميع التقادير تحصل الملكية من الأول كما هو معنى الكشف الحقيقي، و بعد حصولها فلا وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقاً كما هو واضح لا يخفى ثم ذكر و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً فيظهر في مثل ما إذا وطى المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز فإن الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطى في الملك انتهى.

و هذا الذي لا ندري ماذا أراد منه المصنف فإنه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل أسطر على القول بالكشف الحقيقي إلا- في صورة التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلالاً واقعا فهل هذا إلا التناقض؟ و لعل و الله العالم ان هذا من سهو- القلم.

و التحقيق ان يقال: أنه بناء على الكشف الحقيقي على جميع أقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف في المبيع و الثمن إذا علم ان المجيز يجيز العقد لتحقيق شرطه واقعا فلا يجري هنا أصالة عدم- الإجازة فيحكم بالجواز ظاهراً و واقعا و مع توليد الأمة فتكون أم ولد و مع عدم العلم بالإجازة فيحرم التصرف في الظاهر و يجوز في الواقع و يكون حلالاً على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم في الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي فلا يجوز التصرف في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٥

الظاهر و الواقع حتى مع العلم بالإجازة فإن الفرض ان الملكية تحصل بالإجازة فلا معنى لجواز التصرف قبله في مال الغير بل يكون حراماً و مع وطى الأمة فيكون زناً فيحد و لا تكون الأمة أم ولد و لو مع تحقق الإجازة فإنها لا يوجب انقلاب و أوقع حراماً من واقعه و الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و اما على الكشف الحكمي فأيضاً لا- يحكم بترتب آثار الملكية إلا- بعد الإجازة فإن ما وقع من التصرفات قبل الإجازة وإنما هي تصرفات غير مشروعة فلا ينقلب عما هو عليه بعد الإجازة حتى يحكم بترتب آثار الملكية عليه قبل الإجازة أيضاً.

و الحاصل ان الكلام في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل يقع في جهات.

إشارة

الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.

الثانيه فى حكم تصرفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضوله.

الثالثه فى تصرفاته فى نماء تلك العين.

الرابعه فى تصرفات ما انتقلت العين اليه.

اما الجهه الاولى [فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.]

فإذا تصرف المشتري أو الأجنبي فى تلك العين فهل يترتب أحكام المملكيه على تصرف المشتري و أحكام العقد على تصرف الأجنبي أم لا أو يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب؟ مثلا إذا اشترى امه فضوله فاستولدها أو زنى الأجنبي بها فهل تصير الأمه على الأول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٦

أم ولد و زنى الأجنبي زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك أحكامهما أم لا؟ فاما على النقل فلا شبهه فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها أم ولد بل كان وطى المشتري أيضا حراما تكليفا فإنّ- الإجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا و الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاء المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيرورة الأمه المستولده أم ولد كما لا شبهه فى أنّه على الكشف الحقيقى على أنحائه غير ما ذكرنا تكون الأمه بالاستيلاء عن وطى المشتري قبل الإجازة أم ولد و ان كان الواطى جاهلا- بوقوع الإجازة عن المالك المجيز فإنّ التصرف أنّما وقع فى ملكه، فيكون نظير ما وقع الوطى على الأمه بزعم أنّها أجنبيّه فبانت مملوكه فإنّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك و على هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤيدّه و هكذا الكلام فيما إذا عقد على امرأه فضوله فزنى بها احد قبل الإجازة، فإنّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل و اما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجة الكشف الحكمى و على الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختر بناء على الكشف الحكمى صيرورة الأمه باستيلاء المشتري قبل الإجازة أم ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك و مع ذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا و على هذا، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا بمجرد فتحرم عليه مؤيدّه.

ثم احتمال تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٧

الولد فى الملك و ان حكم بمملكته للمشتري بعد ذلك و أنكر ذلك شيخنا الأستاذ عليه، فحكم بتحقيق الاستيلاء بذلك.

و الذى ينبغى ان يقال: أنّه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاء بوطى المشتري قبل الإجازة كما انّ الواطى كان محرّما كما عليه المصنف أيضا، فلا يتحقق بذلك الاستيلاء أيضا و ان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل.

و توضيح ذلك أنّه و كان بحسب الثبوت و الواقع ممكنا و ليس من المستحيلات العقليه و لكن لا دليل على تحقق الاستيلاء بوطى المشتري أو كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الإثبات فإنّ ظاهر أدلتها ان يكون المرأة حال الوطى مملوكه للواطى لتصير بذلك أم ولد و حال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه أحكام الزنا بذات بعل و الأمر هنا ليس كذلك، بل أنّما هى مملوكه للغير حقيقه بالفعل كما هو المفروض، فيكون الزنا بغير ذات بعل و الاستيلاء عن وطى واقع على غير مملوكه و ان كانت تصير مملوكه بعد الإجازة حقيقه من زمان العقد على ما ذكرنا أو فى حكم المملوكه على الكشف الحكمى، و السرّ فى ذلك انّ الاستيلاء لم يحدث فى الملك فإنّ الوطى كان وقوعه و حدوثه فى ملك الغير و ان كانت الأمه ملكا للمشتري بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم أحد أنّه لو زنا رجل بامرئته خليه ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل أو يكون

الولد المتولد منها ولده أو تصير المرأة أمّ ولد لو كانت مملوكة فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٨

وقد نزل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذي يبيعه الإنسان عن جزم ثم اشترى الحديدية فإنّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالآخر كما لا يخفى، و مقامنا نظير ما ذكرنا في كتاب الصلاة في معنى الزيادة في الفريضة و قلنا أنّ ظاهر الأدلة الدالة على ان الزيادة في الفريضة توجب البطلان هو ان تكون الزيادة واقعة بعنوان الزيادة حين الإتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها و تحققها و يكون ذلك في ذلك الوقت و صفا عنوائيا زائدا لها لا ما يكون متصفاً بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه أدلة المبطلية مثلا إذا أراد المصلى ان يقول إياك فبدا له و قال أيا فسكت ثم قال إياك فإنّ أيا و ان وقعت زيادة الا أنّه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فإنّ أدلة الزيادة في الفريضة منصرفه عن ذلك و كك فيما نحن فيه فإنّ الوطى الواقع على الأمة قبل الإجازة أنّها هو متّصف بكونه على غير ملكه و أنّها صار بعد الإجازة متصفاً بكونه في ملكه أو ذات بعل فأدلة صيرورة الأمة مستفاداً بملك المالك أو كون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها في فعليّة الاتصاف و كونهما كك حال الوطى لا بعده.

واما الجهة الثانية فهي في حكم تصرفات مالك المجيز في نفس العين

فلو باع احد مال غيره فضولاً و تصرف فيه المالك قبل الإجازة و العلم بذلك أو مع العلم فهل يكون تصرفه هذا رداً فعلياً أو لم يكن رداً أو يفصل بين الكشف الحقيقي فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمي فيحكم بنفوذ تصرفاته؟ و قد قرّب شيخنا الأستاذ نفوذ تصرفات المالك المجيز في العين مطلقاً حتى على الكشف-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٩

الحقيقي بأقسامه و لو كانت الإجازة بعنوان المعرضية حتى مع العلم بصدور الإجازة منه و مع ذلك لا يبقى مجال لإجازة العقد الفضولي مثلاً- لو باع العين التي بيعت فضولاً أو أعتق العبد أو غير ذلك من التصرفات أو زوجت المرأة نفسها للغير أصالة فإنّ في جميع ذلك لا يبقى موضوع للإجازة فإنّها إنّما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجة نفسها من الغير أصالة أو نقل المالك العين عن ملكه لا يبقى مجال لها فإنّ ما هو متعلق بالإجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فإنّ هذه الإجازة ليست إلا كإجازة الأجنبي فهل يتوهم احد انّ اجازة الأجنبي العقد الفضولي الذي صدر من الغير يكون إمضاء من قبل المالك؟ فكك هنا فإنّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازاله علقه سلطنته صار كالأجانب فلا تكون إجازته مؤثرة في ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لانه متعلق بالعقد و اما الإجازة فهي متعلقة بالعين فإذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ.

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخة لو باع أمّ الولد كما اختار كونها كذلك و اما بناء على سقوط أمّ و كون النسخة لو باع الولد فلا يمكن نسبة ذلك الى الشيخ فإنّ بيع الولد لا ينافي مع إمضاء عقد الفضولي الواقع على الام.

و فيه: انّ ما أفاده أنّما يتم في الزوجة فإنّه بعد ما زوجت المرأة نفسها لغير الذي زوجها الفضولي إياه، فلا شبهة في بطلان العقد الأول و كون العقد الثاني رداً عملياً للعقد الأول و السير في ذلك انه بعد تزويج المرأة نفسها من الزوج الآخر لا يبقى موضوع لإجازة العقد الأول و لا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٠

لانتفاء ركن العقد و قوامه و انعدام ما ينسب اليه العقد و ينضم به بحيث يكون العقد عقده و يكون منسوباً اليه.

و بعبارة أخرى: قد حققنا في الأصول في وجه تقدم الامارات على الأصول انّ موضوع الأصول معلق على عدم وجود الامارات فإذا تحققت الامارات و صارت منجزّة لا يبقى مع ذلك موضوع للأصول و هكذا الأمر في كل أمرين يكون الحكم في أحدهما تنجزياً و

في الآخر تعليقياً، فإنّ موضوع التعليق يرتفع بوجود التنجيزي وفي المقام كذلك فإنّ موضوع صحة العقد الأول الفضولي معلق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظر عن الإجازة مالكا للعقد والمعاملة و يقدر على الإجازة فإذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلق عليه الذي يتوقف على عدمه صحة العقد الأول فلا يبقى مجال لصحته بالإجازة فحيث انّ صحة العقد الأول متوقفة على بقاء المجيز على حالته الأولية و كونه مالكا للإجازة و قد انعدم في المقام فيحكم ببطان العقد الأول بلا شبهة.

وبعبارة ثالثة: انّ العقد الفضولي إنّما يحكم بصحته مقتضى العمومات أو الأدلة الخاصة إذا انتسب ذلك العقد الى المالك - ليحكم عليه بأنّه يجب عليك الوفاء به و اما إذا انعدم، فلا تشمل الإطلاقات و العمومات ذلك العقد، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص أن يفي بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفي بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فإذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد و غيره من الأدلة الخاصة أو العامة بل هذا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦١

الذي ذكرنا هو من جملة المرتكزات الشرعية حيث انّ من البديهيات في عالم الشريعة أنّه لو زوج احد امرأة فضولة و لم تكن المرأة عالمة بذلك فتزوج نفسها بزواج آخر و عرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيرة الأولاد و أجاز العقد الأول، فهل يتوهم احد انّ جميع هذه الأولاد و الاستمتاع وقعت شبهة؟ و ليس كذلك قطعاً هذا ما يرجع الى الزوجية. و اما في غير الزوجية فلا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و ذلك لانّ تصرف المالك في المبيع من عتق الأمة أو العبد أو بيعهما للغير أو غير ذلك من التصرفات لا ينافي العقد الأول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المجيز على قابليته أن يجيز العقد الأول و مالكا لذلك قبل الإجازة فإن قوام العقد الفضولي و بقاءه لم يكن بقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقومات العقد.

و السّر في ذلك انّ الإجازة و الرّد كالامضاء و الفسخ في باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجية كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و جعله وجه الفرق بين الإجازة و الفسخ.

غاية الأمر انّ الفسخ رفع و الرّد دفع و الإجازة تنجيز و الإمضاء و عدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمره ذلك فيما بعد و على هذا فاننتقال العين من ملك المالك المجيز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازة و انتفاء قابلية المجيز بل هو باق على قابليته الأولية اذن، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه في العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازة و الإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٢

وبعبارة أخرى: انّ ما ذكره الأستاذ يرجع الى إبداع المانع و انّ المانع من تأثير العقد الفضولي هو عدم تأثير اجازة المالك لسقوطها عن التأثير بمانعية انتقال العين من المالك الى غيره و هذا بخلاف ما ذكرنا فإنّه يرجع الى منع المقتضى فإنّه لا مقتضى لحصول الملكية قبل الإجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكية على القول بالكشف بالمعاني التي ذكرها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الأدلة على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعني أدلة الصحة منعدم في المقام.

و بعبارة أخرى نحن نقول: بصحة الفضولي على طريقه الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة أدلة الفضولي فحيث انّ المتيقن منها صورة عدم التصرف فلا تبقى أدلة صحة الفضولي شاملة للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى.

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولي بعد تلك التصرفات و ان لم تكن موجبة لانتفاء قابلية المجيز عن مجيزيته و ذلك لانّ صحة ما ذكرنا متوقفة على القول بالكشف الحقيقي على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الأدلة لأنّ أدلة صحة العقد الفضولي لا تساعد على كون الملكية مثلا حاصلة من الأول فتكون الإجازة المتأخرة دخيلة في ذلك بعنوان التعقب أو معرّفا صرفاً فإن أخذ الإجازة و الرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا في كونه شرطا مقارنا لحصول التجارة و الملكية و الزوجية و نحوها كما لا يخفى و مع ذلك لا يمكن صرف أدلة صحة الفضولي إلى مثل هذا النحو من خلاف

الظاهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٣

هنا ما وعدناك في بيان طرق الكشف.

وبعبارة أخرى أنّ أدلة صحة العقد الفضولي و ان قلنا انها ظاهرة في الكشف الا أنّها تدل على صحة العقد الذي يكون متعارفا و على وفق مذاق العرف و الشرع و الذي يفهم العرف من لسان الأدلة الشرعية هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك و مثل ذلك العقد يكون مؤثرا في النقل و الملكية و الزوجية و حيث ان العقد الفضولي حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان مؤثرا في الملكية من زمان العقد.

و على هذا، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمرة بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الأستاذ في الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بالمعنى الذي ذكرنا الذي هو نتيجة الكشف الحكمي.

بيان ذلك أنّه على الكشف الحقيقي بما ذكرنا و الكشف الحكمي فيكون الإمضاء المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقة على ما ذكرنا أو حكما على الكشف الحكمي و هذا بحسب القواعد فإن القاعدة تقتضى بعد تحقق الإجازة و شمول أدلة الصحة عليه لكونه عقد بالحمل الشائع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فإن دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الإجازة و هو يصير عقدا للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فإن فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهة أنّه لم يكن لادلتها إطلاقا لتشمل مثل هذه الموارد أيضا و لم يكن المقتضى تاما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فإن القاعدة تقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٤

ان يكون العقد صحيحا بعد الإجازة بمقتضى أو فوّا بالعقود كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالإجازة كانتسابه إليه في غير موارد الفضولي بدليل الوفاء و هذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الأستاذ فإنه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الإمضاء مؤثرا في النقل بوجه كما هو واضح.

(الجهة الثالثة في حكم التصرف)

الجهة الثالثة في حكم تصرف المالك سواء كان مالك الثمن أو مالك المثل في نماء المبيع، فنقول: لا إشكال في جواز تصرفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لأنه تصرف في ملكه و لا مانع من تصرف المالك فيه و أنّما ينتقل العين عنه الى غيره بالإجازة و الفرض أنّه قبل الإجازة و يكون يبعه لو باعه المالك من غير و عتقه لو كان النماء عبدا لو امة نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الإجازة أيضا.

و اما على القول بالكشف الحقيقي فربما يقال ان تصرفه في - النماء ليس ألا تصرفا جائزا فلزام ذلك كونه في ملكه و لازم كون النماء في الملك كون الأصل في ملكه، فيدل تصرفه في النماء بالدلالة الالتزامية على رد البيع الفضولي فيحكم ببطلانه و قد احتمل المصنف ذلك بناء على كون النسخة (و لو نقل المالك الولد) على خلاف ما قربه شيخنا الأستاذ حيث قال مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد و اما بناء على كون النسخة لو نقل المالك أمّ الولد فلا ميل إليه في كلامه.

و فيه: ان ردّ العقد الفضولي كإجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا ان مجرد صدور الفعل لا يدل على الرد ما لم يكن بنفسه إنشاء الرد فإن تحققه يحتاج إلى الإنشاء كما ان تحقق الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٥

يحتاج إلى الإنشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا- يمكن الا بالقصد اذن، فيكون الفعل بحسب نفسه أعم من الرد

لكون صدوره أعم من ان يكون بقصد الرّد أولاً فالأعم لا يدل على الأخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد أو بقصد عدواني مع علمه بأنّه يجيز كتصرف الغاصب و السارق و نحو ذلك.

و على هذا فلا يكون تصرّف من انتقل عنه المال في نمائه قبل الإجازة ردا فلا بد له من إعطاء بدله على تقدير الإلتلاف و مع البقاء و انتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الأيدي، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما [من انتقل اليه أو الى ما انتقل اليه ابتداء.

و اما على الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بمعنى الذي ذكرنا الذي في حكم الكشف الحكمي فلا شبهة في كون تصرف المالك في نماء العين تصرفاً في ملكه لان الفرض أنّه يحكم بملكيّة العين كما انتقل اليه بعد الإجازة فيكون النماء أيضاً ملكاً لما انتقل اليه العين بالتبع و حين تصرفه لم تصدر منه الإجازة ليكون التصرف في ملك الغير و هذا لا شبهة فيه و أنّما الكلام في أنّه يحكم بعد الإجازة يكون ذلك النماء ملكاً لما انتقل اليه العين بالتبع حتى في صورة كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهده أم لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان أو مثمنا بالإجازة مع النماءات الموجودة حال الإجازة متصله كانت أو منفصلة.

و قد حكم شيخنا الأستاذ بالثاني من جهة أنّ الإجازة أنّما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٦

ما انتقل اليه العين، و اما إذا كانت العين معدومة فقد تقدم أنّه لا مجال للإجازة مع ذلك و ان كان النماء معدوما فلا شيء يكون ملكاً لما انتقل اليه و التبعية أنّما يتحقق في صورة وجود النماء لا في صورة عدمه.

و بعبارة اخرى: ان العين الى زمان الإجازة ملك للمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرّف فيها كيف يشاء و في زمان الإجازة لو انتفت العين فلا- موضوع للإجازة أصلا و ان بقيت العين و نماءاتها، فتكون بالإجازة منتقلة إلى الطرف الآخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم، فتكون العين وحدها منتقلة إلى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الأصل إلى الغير ليحكم بضمانه، فما يكون مانعا عن تحقق الملكيّة بالإجازة في صورة نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكيّة بالنماءات أيضا فلا تؤثر الإجازة في ثبوت الملكيّة بالنسبة إلى النماءات المستوفاه.

و فيه: أنّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو زمان الإجازة و لكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكيّة من ذلك الزمان تنزيلا- على الكشف الحكمي و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي و اذن، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت في الكشف الحقيقي و هذا واضح جدا.

ثم أنّ شيخنا الأستاذ قرب كون النسخة و لو نقل المالك أمّ الولد و لكن الظاهر أنّها الولد بدون لفظ الأم لأنه يصرح بعد أسطر في ذيل الضابط للكشف الحكمي أنّه يحكم بملكيّة المشتري من حين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٧

العقد فإنّ ترتب شيء من آثار ملكيّة المالك قبل إجازته كإلتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمعا بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع الى البدل.

الجهة الرابعة في ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال فضولة،

اما على النقل فلا شبهة في عدم جواز تصرفه قبل الإجازة و ضعا و تكليفا لكونه تصرفا في مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك، ثم أجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكلية من باع شياء ثم ملك و سيأتي الكلام فيه.

و اما على الكشف الحقيقي على أنحاء الثلاثة فلا شبهة في جواز تصرفه فيه تكليفا و نفوذه و ضعا لو كانت الإجازة متحققه واقعا غاية

الأمر مع عدم العلم بتحقيق الإجازة يكون متجريا فقط في الظاهر و الافى الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا. و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفي و الحكم الوضعى و الحكم بحرمة التصرفات قبل الإجازة واقعا و ظاهرا لكونه تصرفا في مال الغير حقيقة فهو حرام لانه لا يجوز التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا.

و اما الأحكام الوضعية فهي نافذة بعد الإجازة فإنه بعدها يكشف كونه واقعا في ملكه فلو باع قبل الإجازة فيكون صحيحا نافذا و لو أعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الأحكام الوضعية على طبق القاعدة فإنه بعد تحقق الملكية بالإجازة من حين العقد، فمقتضى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٨

القاعدة ترتب أحكام الملكية أيضا بأجمعها كما هو من المرتكزات العرفية أيضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاء و تحقق الزنا بذات البعل فإنه تقدم ان الظاهر من دليلهما ان الاستيلاء و الزنا بذات البعل انما يتحققان من المملوك و الزوجة الفعلين دون ما يكون مملوكا أو زوجة بعد ذلك الوطى.

و بعبارة اخرى: أنه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الأحكام الوضعية إمكانا و إثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما في تحقق أم الولد و الزنا بذات البعل فان ترتب الأحكام الوضعية بأجمعها بحسب القاعدة كيف فإنه بعد الحكم بحصول الملكية من حين العقد فيترتب أحكام الملكية أيضا عليه.

و اما عدم ترتب الحكم التكليفي فمن جهة ان الشيء لا- ينقلب عتيا هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الإجازة كانت محرمة فلا ينقلب إلى الحلية.

[في بيان ما ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل]

إشارة

قوله

منها النماء

فإنه على الكشف.

أقول: و قد تقدم ان النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلًا في ملكه و اما على النقل فللمالك لكونه أيضا حاصلًا في ملكه و تكراره انما هو توطئة لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضة حيث قال: ان النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبائع و نماء المبيع للمشتري و اما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز.

و قد وجّه كلامه بعض محشى الروضة حيث قال: يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن و مالك المثلثين مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٩

اي نماء الثمن للمشتري لكونه مالكا له و نماء المثلثين للبائع لكونه مالكا له.

و وجهه آخر بتوجيه آخر، بدعوى ارادة جنس المالك فيكون أعم من مالك الثمن و مالك المثلثين و على كلا- التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه.

و لكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فان ظاهر المقابلة كون النماء على النقل للبائع فإنه قال: و على النقل فهما للمجيز، فظاهره كون كلا النماءين لشخص واحد و وجّه بعض بتوجيه بارد و هو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعدة لكونه حاصلًا في ملكه و اما كون الثمن له فلان المشتري بنفسه قد أقدم على ذلك و سلط البائع على ماله الذى مالك العين على ماله فيكون نمائه أيضا له.

و فيه: أنه قد يكون العقد من طرف المشتري أيضا فضوليا فكيف يصح الحكم بأنه قد أقدم على تسليط البائع على ماله؟ وقد يكون غير ملتفت على كون البائع فضوليا و لو كان المشتري بنفسه مباشرة للعقد على أن ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى و صغرى اما الوجه في بطلان الكبرى فلان الاقدام ليس من جملة المملكات و لم يعهد من الشرع المقدس ذلك المعنى إلا إذا كان بعنوان الهبة فإنها مملكة في الشرع المقدس و ان كان يجوز الرجوع إليها أيضا.

و كيف كان لا يمكن الالتزام بهذا التوجيه اذن فلا بدّ اما من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشريف لكون العصمة لصاحبها و اما ان يكون نظره ما تقدم من التوجيهين الأولين و انما كان غرضه من إغلاق العبارة تجربة الأفهام و الله العالم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٠

قوله

ومنها انّ فسخ الأصل لإنشائه قبل اجازة الآخر.

اشارة

أقول: إذا كان أحد طرفي العقد فضوليا و الآخر أصيلا فهل يجوز ان يفسخ الأصل قبل اجازة الآخر مطلقا أو لا يجوز كك أو يفصل بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فيحكم بجواز فسخه؟.

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الأصل للعقد قبل اجازة الآخر.

و قد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف.

أما على القول بالكشف فسيأتى الكلام فيه.

و اما على القول بالنقل

فمن جهة أنه لم يحصل النقل بمجرد العقد و إنما يكون ذلك مؤثرا في زمان النقل و قبل زمانه، فيكون العقد بالنسبة إلى الأصل كنسبته الإيجاب إلى الموجب، فيكون فسخه كفسخ الموجب إيجابه فكما أنه لا محذور في فسخ الإيجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الأصل للعقد قبل تحقق الاجازة.

و بعبارة آخر أنّما يجب إتمام العقد و لا يجوز حلّه من جهة أو فوّا بالعقود و هو أنّما يتوجه بعد الاجازة و قبلها ليس هناك شيء بوجه و لا يشمل دليل وجوب الوفاء فيكون الأصل مختارا في فسخه و عدمه.

و اما على القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه ان مقتضى قوله تعالى أو فوّا بالعقود و جوب الوفاء بالعقد الذي عبارة عن المعاهدة و جوبا تكليفيا و لا شبهة في تحقق العقد و عدمه بالنسبة إلى الأصل و أنّما الموقوف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧١

على الاجازة ليس الا- حصول النقل الحقيقي و اما نفس العقد و المعاهدة فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول أو فوّا بالعقود عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكية فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البائع أو المشتري فسخ العقد فإنّه بعد التحقق لا يجوز إلا إذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لا يقاس المقام بالإيجاب المجرد قبل مجيء القبول، فإنّه لم يتم المعاهدة بدون القبول حتى يشمل أو فوّا بالعقود و هذا بخلاف المقام كما عرفت.

و بعبارة اخرى: انّ دليل الوفاء بالعقد تارة يكون ناظرا الى اسم المصدر اي ما يحصل من العقد أعنى الملكية أو الزوجية أو نحوها.

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى أعنى نفس العقد و المعاهدة فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الإجازة، فلا يشمله دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازة الا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و على الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاهدة.

نعم الملكية موقوفة على الإجازة و ذلك غير مربوط بالمقام.

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه و إنهائه بعد تحقق العقد و المعاهدة و هذا واضح جدا فافهم.

و فيه: أما على الكشف فسيأتى الكلام فيه عن قريب، و أما على النقل فكلامه هذا مبنى على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفيا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٢

فإنه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و لكنه غير ممكن إذ كون الأمر بالوفاء تكليفيا أو حرمة نقضه كك يقتضى ان يكون متعلقه امرا مقدورا بحيث يكون مختارا فى فسحه و إمضائه فإن التكليف لا يتعلق بغير المقدور و لا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال أنه أمر ممكن و معنى كونه مختارا فى ذلك ليس الا كون العقد جائزا فيكون ذلك خلف الفرض مع أن مقتضى كون العقد جائزا و كون الوجوب تكليفيا أنه يفسخ بالفسخ غاية الأمر أنه فعل حراما مع أنه لا يفسخ قطعا بل عدمه بل الأمر هنا إرشاد إلى الحكم الوضعى نظير (إرشاد) النهى فى قوله (ع) نهى النبى عن بيع الغرر إرشادا إلى الفساد و معنى الوفاء به عبارة عن إتمامه و إنهائه كما يقال الدرهم الوافى للدرهم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد أنه لا يفسخ هذا العقد بالفسخ و على هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد إمكان تحقق الحكم الوضعى بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازة المالك لأنه المفروض اذن، فما ذكره العلامة الأنصارى من جواز فسخ الأصل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه.

و بعبارة أخرى: وجوب الوفاء بالعقد من ناحية الأصيل على القول بالنقل قبل الإجازة متوقف على أخذ العقد بمعنى المصدرى أى مجرد المعاهدة فإذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفا على أخذ الوجوب تكليفيا و هو غير جائز فلا بد من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى و هو لا يحصل إلا بالإجازة، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الإجازة دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو أيضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما أيضا بقوله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٣

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بعدها، لم يمكن شموله على العقد الا- بعد حصول الاسم المصدرى فلا- يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البائع و المشتري فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح.

و بعبارة اخرى: ان الأمر بالوفاء إرشاد الى عدم انفساخ العقد بالفسخ و ان الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع إلا- بالإقالة و معنى الوفاء به إنهائه إلى الآخر و إتمامه و حيث ان الالتزام و المعاهدة على أساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فإن متعلقه أنما هو الملكية و حصول الملكية موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفاء بالعقد فيكون نظير الإيجاب قبل تمامية القبول نعم فى مثل النذر لا- بأس من الالتزام بالوجوب التكليفى لا من جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصية المورد فإن متعلق الوفاء فى باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه فى باب العقود فإن متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاهدة و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لا غرو من الالتزام بالوجوب التكليفى فى النذر و نحوه و بالوجوب الإرشادى فى باب العقود.

و بالجملة ان الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديدة حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه إتمام العقد و إنهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب إتمامه تكليفا لا وضعيا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفى.

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهة فى أنه أنما يتم بعد تحقق العقد و هو على أساس القول بالنقل لا يتم الا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٤

بعد الإجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد إنما يحصل بالإجازة و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفي فلا يتوجه الا بعد الإجازة لتحقق موضوعه في ذلك الوقت. و بعبارة أخرى: مع الغمض عن بطلان أخذ الوجوب إرشاديا و الجواب على وفقه ان موضوع الوجوب التكليفي لم يتم بعد، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع؟

فتحصل أنه على القول بالنقل يجوز للأصيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة،

و اما على القول بالكشف،

إشارة

فهنا جهات للكلام:

الاولى في جواز فسخ الأصيل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم تأثيره على الكشف.

و الذى ينبغى ان يقال: أنه لا- يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فإنّ أساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانيين و بعد تحققه لا معنى لفسخ الأصيل ذلك فإن أدلة وجوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا يفسخ بأجمعها، شاملة للمقام فإن عمدتها على ما تقدم فى المعاطاة قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، فلا شبهة انّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجارة عن تراض بل يكون أكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الإجازة، فأیضا لا يحتاج الى الفسخ بتحقيقه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه.

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٥

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه أدلة اللزوم.

الجهة الثانية: فى أنه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه وضعاً فهل يجوز للأصيل التصرفات فى ماله قبل اجازة طرف الآخر أم لا؟

فهذه الجهة فيها جهتان. الاولى فى جوازها و عدمها ظاهراً، و الثانية فى جوازها و عدمها واقعا، فقد ادعى العلامة الأنصارى عدم جوازه ظاهراً و واقعا على تقدير عدم الإجازة بدعوى انّ المال بواسطة المعاقدة خرجت عن موضوع جواز تصرف المالك فى ملكه و دخل تحت أدلة حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف فى ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهراً و واقعا و الا فيكون حراما فى الظاهر فقط، و لا يجرى هنا أصالة عدم الإجازة لأنه انما يجرى فى فرض عدم المنع عن جريانه و الفرض انّ دليل وجوب الوفاء قد جرى و أوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الأصيل فى ماله و معه كيف تجرى أصالة عدم الإجازة.

و فيه: انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكية لا- حصول نفس الملكية و موضوع عدم جواز التصرف فى المال تكليفاً نفس الملكية و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف فى مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الأصيل بالعقد بحرمة تصرفه فى العين فإنّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للأصيل التصرف فى ماله نعم لو تحقق الإمضاء، فينكشف منه انّ التصرف كان حراما فى الواقع و هذا من عجائب الكلام، فإنه مع عدم الإجازة فبأى دليل نحكم بحرمة تصرفه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٦

فى ماله مع كون الناس مسلطون عليه، و بعبارة اخرى ان قلنا أنه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس إلا مناقضة فى مفهوم الناس مسلطون على أموالهم فافهم.

و بالجملة ان الثمرة ثمرة صحيحة فإنه على النقل بجوز للأصيل أن يتصرف فى ماله و على القول بالكشف لا يجوز فسحبه و يجوز تصرفه ظاهرا ثم ان تحققت الإجازة بعد ذلك، فيكشف أنه كان حراما واقعا و على تقدير عدم الإجازة ينكشف أنه لم يكن حراما فى الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقيق الإجازة فلا يجوز، و العجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فى صورة العلم بعدم الإجازة مع أنه على هذا لم يكن منع منه بوجه لتصرفه فى ماله قطعا و عدم احتمال تصرفه فى مال الغير.

و الحاصل ان الكلام فى جواز تصرف الأصيل فى ماله قبل اجازة الآخر و قلنا أنه لا شبهة فى جوازه مع الجهل بتحقيق الإجازة مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقى و لو بمعنى أخذ الإجازة معروفة لحصول النقل من زمن العقد فإنه مع ذلك أيضا يشك فى انه مما يتم به النقل أو يكون معرّفا لذلك يتحقق أولا يتحقق فيتمسك بأصالة عدم تحقق الإجازة فيحكم بجواز التصرفات مطلقا فان مقتضى جريان ذلك الأصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما أنه فى صورة العلم بعدم الإجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صورة العلم بعدم الإجازة، فعجيب منه مع أنه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرفا فى مال الغير فلا ندرى ما المانع من كونه أى الأصيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٧

مسلطا على ماله؟ فانّ قوله بعت مع العلم بعدم الإجازة ليس الا كاللاغى و الساهى.

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمدا على أصالة عدم الإجازة أى القطع التعبدى أو على العلم بعدم الإجازة و القطع الوجدانى فأجاز الطرف الآخر فيكون تصرف الأصيل فى المبيع فضوليا، فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليا من قبله فيبطل من قبل الأصيل و لا يكون العقد عقده و أنما يكون راجعا الى المميز فان شاء أجاز و ان شاء لم يجز. ثم ذكرنا أيضا أنه لا وجه فى عدم جواز تصرفه أى الأصيل بأية وجوب الوفاء بالعقد - كما تمسك به شيخنا الأستاذ - على تقدير كونه وجوبا تكليفيا، فإنه يرد عليه أولا ان الأمر بوجود الوفاء بالعقد إرشاد إلى تمام الالتزام و إنهائه كما هو معنى الوفاء بالشىء لغة فليس ذلك وجوبا تكليفيا كما هو الظاهر.

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا ترتيب آثار الملكية و الزوجية و غيرها عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا، فهو لا يحصل قبل الإجازة فإن معنى ترتيب الآثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للأصيل فلا شبهة ان أدلة حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكية كما هو واضح.

و ثالثا مع الإغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفية، فإنما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لا قبله.

و بعبارة اخرى: ان الاحكام التكليفية انما تكون فعلية بفعليتها موضوعها فما لم تصر موضوعها فعلية فلا معنى لفعلية الحكم اذن فموضوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٨

وجوب الوفاء انما هو العقد ففعليتها ذلك الحكم يحتاج إلى تمامية العقد فحيث ان العقد عبارة عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقدة بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازة المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبة يتحقق التملك بالتزام طرف واحد فان حقيقتها عبارة عن التملك المجانى و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فان الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد - الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضم أحدهما بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا - يخفى فإن الأصيل لا - يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز أو لا - يجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الإجازة بل يجوز التصرف لكل من البائع و المشتري فى بيع الصرف و المشتري فى الثمن فى بيع السلم

قبل القبض فيهما فإنه ما لم يحصل القبض لم يحصل الملكية و وجوب الوفاء بالعقد إنما هو باعتبار الملتزم به أعنى الملكية نعم فى صورة العلم بأن المالك يجوز العقد لا يجوز للأصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف و لكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابلة فى ملكه متلازمان فان قوام البيع عبارة عن المبادلة بين المالكين فى طرف الإضافة و حقيقة الإضافة ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لا يجوز للأصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمة و ما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه و الوجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٩

فى ذلك هو ثبوت الملازمة بينهما وجودا و عدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فان الوفاء لا بد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكية دون الالتزام. ثم انه لا يفرق فيما ذكرنا بين اقسام العقود الفضولية نكاحا كان أو غيره فإنه فى باب النكاح أيضا يجوز للأصيل ترتيب آثار عدم الزوجية قبل إجازة المرأة التى كان العقد من قبلها فضولية من تزويج أمها أو أختها أو تزويج الخامسة لو كانت عنده زوجات ثلثة غير الزوجة- الفضولية الى غير ذلك من آثار عدم الزوجية معتمدا بأصالة عدم الإجازة فإنها محكمة ما لم يكن دليل على خلافها. نعم تقدم أنه زوج الصغير فضولة فمات فيعزل نصيب الزوجة فبعد البلوغ عرض إليها العقد فإن أجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الإرث و الا فلا.

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء بأصالة عدم الإجازة فى باب النكاح بالملازمة.

و فيه ان مقتضى جريان أصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجية من قبله فضولية الزوجية هو عدم ترتيب آثار الزوجية قبل الإجازة فيترتب عليه عدم التوارث فإنه مع جريان أصل السببى لا يبقى موضوع للمسبب و بعبارة اخرى ان قضية الإرث هنا و إن كان راجعا الى المال و الى ورثة الوارث و ليس مربوطا بالمعاملة الفضولية و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليا فيجرى فيه أصالة عدم الإجازة الذى هو أصل سببى بالنسبة إلى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٠

من التوارث و غيره و بذلك الملازمة فيكون التوارث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعاملة الفضولية. و لكن حيث و رد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجة هنا- بالملازمة القطعية يبقى جريان أصالة عدم الإجازة و ترتيب الآثار عليها فان نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم الا ان ورود النص فى مورد خاص مبنيًا على الاحتياط فى الأموال كما تقدم لا يوجب التعدى الى غير مورده و الحكم بعدم جريان أصالة عدم الإجازة فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى. و قلنا سابقا انه ورد نظير ذلك فى المرأة الحبلية حال و فات زوجها فإنه يعزل نصيب ذكرين مع ان أصالة عدم التولد أو عدم كون الولد أكثر من واحد أو عدم كونه ذكورا بناء على جريان الأصل فى الاعدام الأزلية كما هو الحق جارية فإن المتيقن فى الصورة الأخيرة هو كون الأقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزيادة التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالأصل و بالجملة تحصل أنه يجوز- للأصيل أن يتصرف فى ماله قبل اجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه و على القول بالنقل و على القول بالكشف الحكمى فإن أصالة عدم الإجازة محكمة و ما ذهب اليه المصنف من أصالة عدم الإجازة و التمسك بأوفوا بالعقود فى إثبات لزوم العقد و تبعه بعض الآخر و كك ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من الحكم بلزوم العقد من الأصيل لا وجه له.

[فى عدم جواز إعدام المنذور]

قوله كالنذر المعلق على شرط.

أقول: تفصيل الكلام هنا أنه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨١

أو بالنتيجة و سواء كان متعلقاً امرأ اختيارياً أو غير اختياري على انما

تارة يقع الكلام فى الحكم التكليفي

و اخرى فى الحكم الوضعي اما.

الأول: فتارة يكون متعلق النذر مطلقاً من غير ان يعلقه بشيء بأن كان قصده حين النذر لتنجز التكليف بالوفاء عليه لأنه على وجه الإطلاق كما إذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقاً و على هذا فلا إشكال فى عدم جواز إعدام المنذور و اخرى يكون معلقاً و عليه تارة يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعلياً و متعلقاً امرأ استقبالياً كما يكون الوجوب فعلياً و الواجب استقبالياً فى الواجب المعلق و هذا مثل الأول لفعلياً الوجوب.

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لأنه تارة يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الأول- أيضاً لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب إعدامه لما حققناه فى محلّه ان تمامية ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدرة لإتيانه و حفظ مقدماته و تهيئته وسائل إتيانه لو علم أو احتمال عجزه عنها فى ظرف الإتيان و يحرم إعدام المقدمات المفوتة لذلك الملاك و لو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف أو لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم أنه لو لم يحفظه يموت بعد ساعة عطشا أو لا يجد الماء للوضوء و تسمى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوتة.

و بالجملة و ان كان النذر معلقاً مثل الواجب المشروط الا ان العلم بانقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٢

ملاك التكليف فى نظر العقلاء و الشارع و لو كان التكليف استقبالياً كما ان الأمر كك فى الواجب المشروط أيضاً.

و ان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلق النذر بالإبقاء كتعلقه بأصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهة أيضاً فى وجوب حفظ المنذور كما إذا نذر بصدقة شاة على تقدير براء مرض ابنه و مع ذلك تعلق نذره بإبقاء ذلك الشاة أيضاً.

و ان لم يكن نذره متعلقاً على صدقة الشاة مطلقاً و لا على صدقتها على نحو الواجب المعلق و لا على نحو الواجب المشروط- بحيث يعلم بحصول متعلقه و لا- ان يكون متعلقاً بإبقائه أيضاً فلا يجب الإبقاء بل يجوز إعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه أصلاً فضلاً عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلقه.

ثم أنه لا يفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل أو بالنتيجة و سواء كان اختيارياً أو كان غير اختياري.

و اما الحكم الوضعي أعنى صحة التصرفات فى المنذور.

فنقول:

اما فيما يجوز التصرف و إعدام موضوع النذر كما فى الصورة الأخيرة فلا شبهة فى صحة التصرف و نفوذه فلو باع فيحكم بصحته و اما فيما يحرم التصرف فى المنذور كأكل الشاة المنذورة مثلاً فأيضاً يصح التصرف فى المنذور وضعا و ينفذ ذلك لأنه لا ملازمة بين حرمة التصرف تكليفاً و بين صحته وضعا.

و ما يمكن ان يكون وجهها فى عدم صحة ذلك أمران.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٣

الأول أنه يشترط في المبيع ان يكون طلقاً فلا يصح بيع غير الطلق و ما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق حق الغير به. وفيه: أنه ممنوع كبرى و صغرى، اما الصغرى فواضح لانه لا- يكون المال بمجرد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير و من هنا لو اجتمع المنذور إليهم و أسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك في المنذور شيئاً و لا يصيره عن الحالة الأولية التي لم يتعلق به الا- الحكم التكليفي و لا- يرتفع به الحكم الشرعي التكليفي أعني عدم جواز التصرف فيه مع ان الحق امتيازاه عن الحكم ليس إلا بالإسقاط كما مرّ في أول البيع و الا فكلّ حكم يصح إطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك أنه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفي أعني حرمة التصرف فيه و اما الحكم الوضعي فلا فلم يتم الصغرى و اما الوجه في منع الكبرى فلأنه لا دليل على اشتراط كون المبيع طلقاً بهذا العنوان بل هو أمر منتزع من الموارد الخاصة ففي كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه و لا يصح و في كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقاً.

الأمر الثاني ما اعتمد به شيخنا الأستاذ من ان المنع الشرعي كالمنع العقلي فحيث ان التصرف في المنذور محرم شرعاً فيكون ممنوعاً من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكويناً فحيث ان المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفاً فيكون ممنوعاً من ذلك وضعا أيضاً و بهذا استند في ان النواهي تدل على الفساد في المعاملات و بنى على ذلك دلالة النهي على الفساد في باب المعاملات.

وفيه: ان كان المراد من ان المنع الشرعي كالمنع العقلي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٤

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلم و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو أول الكلام إذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهي و حكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم ببطلانه كما هو واضح. اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الأستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف في المنذور مستنداً على هذا الوجه الغير الوجه فإنه لا ملازمة بين حرمة التصرف تكليفاً و بين حرمة وضعاً و ما اعتمد عليه في دلالة النهي على الفساد في باب المعاملات قبلاً ووجه قوله

ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.

إشارة

أقول: ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف أو النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الأنصاري.

الأول: أنه لو مات أحد طرفي العقد من البائع أو المشتري

سواء كان العقد من قبل كليهما فضولياً أو من قبل أحدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضولياً من جانب و احد فمات الأصيل قبل الإجازة الآخر فحاصل ما قاله (ره) أنه لو مات الأصيل قبل الإجازة فيبطل العقد بناء على النقل فإنه حين تحقق الملكية غير موجود و الفرض ان العقد لم ينعقد قبل الإجازة فيبطل.

و بعبارة أخرى: ان المالك الأصيل حين ما كان موجوداً لم ينعقد العقد الموجب للملكية و حين انعقاد العقد و تمامية الملكية لم يكن موجوداً فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فإنه يحكم بصحته فإن الملكية قد تحققت على الفرض فلم يبقى في البين إلا إجازة المجيز فهي قد حصلت فيحكم بصحته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٥

و قد أورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف مع قطع النظر عن

الإجازة فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الإجازة و مراده ان صحة العقد الفضولي متوقفة على بقاء مالكي العقد و من يستند العقد اليه و يكون العقد عقده باقيا على قابلية ذلك المعنى و بالموت يخرجان عن ذلك القابلية و لا يمكن استناد العقد اليه و هذا واضح جدًا.

و أشكل عليه شيخنا الأنصاري بالنقض و الحلّ اما النقص بالعقود المتعددة الواقعة على مال واحد بنحو تعاقب الأيدي فضولا حيث ان تلك العقود قد وقعت فضولة و قبل تحقق الإجازة انتقل الملك الى الآخر و لم يبق المالك مستمرا على مالكيته و على تلك القابلية الأولية إلى زمان الإجازة فيكشف من ذلك ان بقاء المالك على قابلية المالكية إلى زمان الإجازة غير لازمة.

و فيه: ان هذا عجيب من المصنف حيث أنه فرّق بين ما نحن فيه و بينما ذكره المصنف نقضا لأنّ في فرض تعاقب الأيدي المالكية مستمرة مع قطع النظر عن الإجازة و انما الإجازة أوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن و مالك المثلث عن المثلث كما ان الرد يوجب انهدام العقد و بقاء كل منهما في ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنه مع قطع النظر عن الإجازة و الرد ينقطع الملك بالموت كما أفاده الأستاذ اذن فلا ينبغي لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك و ثانيا بالحل و حاصله ان بعض الاخبار المتقدمة من أدلة صحة المعاملة الفضولية ظاهرة في صحتها حتى مع موت أحدهما الأصيل أو من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٦

كان العقد من قبله فضوليا كالأخبار الدالة على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربة حيث انها أعم من ان يكون المالك حيا أو ميتا مع جريان العادة بموته في مدة مديدة يتجر العامل بالمال و لم يستفصل الامام (ع) في ذلك فيكون إطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحة في ذلك كالرواية التي تضمن ان شخصا اوصى بالعبد المأذون في التجارة ان يشتري عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترفع كلّ من مولى المأذون و العبد المعتق و الورثة في كونه من مالهم فإنها صريحة في المطلوب حيث ان المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد المأذون ذلك العقد فيكون صريحة في المورد.

و فيه: قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحة البيع الفضولي بل هي خارجة عن المقصد بل الشيخ أيضا لم يستدل بها على ذلك و انما ذكرها تأييدا لمرامه فلا يمكن الاستناد إليهما في هذا المقام أيضا.

و الذي ينبغي ان يقال أنه لو كان النظر إلى الأدلة الخاصة للمعاملة الفضولية كرواية عروة البارقي و صحيحة محمد بن قيس فلا شبهة لظهورها في كون المالك المجيز أو الطرف الآخر حيا فلا أقل من أخذ المتيقن منها فإنه ليس لها إطلاق يؤخذ به انما سرى فلا يكون الأدلة الخاصة للفضولية دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفاية منها بحال حياة الطرفين من المالكين الفضوليين أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيلا.

و ان كان النظر إلى الأدلة العامة أعنى العمومات و الإطلاقات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٧

الدالة على صحة المعاملة كقوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و **أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و غيرها فلا شبهة في صحة المعاملة مع موت الأصيل أو المجيز مطلقا على القول بالكشف و على القول بالنقل و ذلك اما على القول بالكشف فواضح لأنّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحية اجازة من كان العقد من قبله فضوليا فإذا حصلت الإجازة فلا معنى للحكم بالبطان لصحة العقد من جميع الجهات و عدم نقصانه من جهة.

و السر في ذلك أنه قد تقدم مرارا ان قوام المعاملة بالمبادلة بين المالكين و لا خصوصية للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص أو ذلك الشخص بحيث ان المبادلة و الملكية قد حصلت بالعقد فلم يبق في البين إلا الإجازة من المجيز فيها يتم جميع جهات المعاملة غاية الأمر أنه إلى زمان موت الأصيل كان المالك للثمن أو المثلث هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضولة

و تبادل المالك لا يضّر بصحة المعاملة بوجه و كك انقلابه الفضولية لا يضر بالمطلب و لزوم كون البائع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم و ان تقدم الالتزام به من التسترى الا أنه بلا مدرك لإمكانه فى المالك المتجدد بالإرث و نحوه و اما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الإجازة معلقاً فى الهواء حتى يجيزه المجيز فإذا أجاز يستند اليه العقد و موت الأصيل أو غيره من أحد طرفى العقد لا يضّر بالعقد- الواقع فإنّ الشىء لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات و المطلقات و بعبارة اخرى: انّ العقد بعد وقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحة غير جهة الإجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٨

يخرج عن الجهة التى وقع عليها كما هو بديهي الوضوح.

نعم لو كان الميت هو الأصيل لصار العقد من قبل وراثته أيضا فضوليا فتوقف صحته على إجازتهم أيضا كتوقفها على اجازة المجيز الآخر.

و بالجملة لا نعرف وجها صحيحا لدفع العمومات أو المطلقات عن شمولها لهذه المعاملة.

غاية الأمر أنه على الكشف ينتقل المال بموت الأصيل إلى الورثة من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله أيضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضولاً و بإجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمرة ثمرة البحث فإنه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة العقد و ان لم تكن الأدلة الخاصة للفضولى جارية هنا لعدم إطلاقها أو عمومها.

الثمرة الثانية ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما

سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيل حيث ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمرة هنا بين القول بالكشف أو النقل. و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تارة يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيا و اخرى يكون كلياً فى الذمة فعلى الأول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الأول فإنه على القول بالكشف ينتقل الثمن أو المثلن الى الوارث بمجرد ارتداد أحدهما ينتقل العين الشخصية إلى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضولاً فيتوقف صحة العقد على إجازته أيضا و على القول بالنقل فينتقل المال أيضا الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٩

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الإجازة فإن أجاز يقع و الا فلا على النحو الذى تقدم. و على الثانى فلا بد و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما أو مصحفاً فإنه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا يظهر ثمرة بين القولين إذ المرتد الفطرى يملك على الأقوى و ان كان ينتقل أمواله الموجودة بالارتداد إلى الورثة و تبين عنه الزوجة و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبة إلى الأموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازة أو بالكسب بعمله أو بالمعاملة على الذمة أو يبذل شخص آخر و غير ذلك فإنه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابلية التملك بالكليّة بواسطة ارتداده و أنّما- الدليل دل على ثبوت الأمور المذكورة.

و توهم انّ تملكه غير معقول فإنه أمواله الموجودة تنتقل إلى الورثة و بالنسبة إلى الأموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل.

و لكنه فاسد فإنه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم أو لعدم بسط يد الحاكم عليه أو غير ذلك كما هو واضح. إذا عرفت ذلك فنقول إذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما أو مصحفاً ثم ارتد أحدهما أى الأصيل أو الفضولى فتظهر الثمرة حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فإنه على الأول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فإنّ الفرض انّ الملكيّة قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما.

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الإجازة و-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٠

بالإجازة كانت الملكية حاصله و الفرض ان المشتري الأصيل مثلا ارتد و سقط عن قابلية تملك المسلم أو القرآن فيحكم ببطلان المعاملة كما هو واضح.

و توضيح الكلام بعبارة اخرى ان يقال أنه لا فرق بين موت احد المالكين أو كلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فان الارتداد الفطرى أيضا موت شرعى و بيان ذلك أنه لو كان المبيع أو الثمن مالا شخصا فكما أنه بموت الأصيل ينتقل إلى الورثة فتكون الورثة طرفا للمعاملة و هكذا فى فرض الارتداد و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو الرد كما تقدم غاية الأمر يكون العقد بالنسبة إلى الورثة أيضا فضولية و اما لو كان دينا فى الذمة فعلى القول بالكشف فأیضا يحكم بالصحة بالإجازة و يلزم الورثة بإعطاء الثمن أو المثمن إذ التوريث بعد إخراج الوصية و الديون و من بعد وصية يوصى بها أو دين و على هذا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحة أيضا مطلقا فان العقد كان مراعى الى زمان الإجازة و زمان الإجازة هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت فى الميت مطلقا و فى المرتد إذا كان المبيع مسلما أو مصحفا بناء على شمول نفي السبيل فى الآية بتملك الكافر المسلم أو مطلقا إذا قلنا بعدم مالكية المرتد و كونه قابلا- لذلك و هنا أيضا لا- يفرق بين الموت و الارتداد فان عدم قابلية التملك مشترك بينهما و اما إذا قلنا بالكشف و كان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمرة حينئذ بين المرتد و الموت حيث أنه فى صورة الموت قد حكمنا بانتقال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩١

الثمن إلى الورثة فى العين الشخصى و بلزوم أدائهم فى الدين و اما فى صورة كونه عملا يبطل العقد فى صورة الموت لعدم إمكان دفعه منه الا- على احتمال انتقاله إلى القيمة و اما هنا فلا يبطل فان المرتد غير قابل للتملك لا أنه غير قابل بإعطاء ما ملكه للآخر من العمل مع إمكانه كما لا يخفى.

الثمرة الثالثة ما انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه

كما إذا كان المبيع خلا ثم صار خمرًا.

و هذا يتصور على نحوين الأول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضوله و قبل إقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابلية للتملك فيحكم حينئذ ببطلان العقد على القول بالكشف و النقل فان تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد و هذا معنى ان التلف قبل القبض من مال مالكة كما سيأتى أى يفسخ العقد بذلك لا ان المالك يجبر بدفع الغرامة كما لا- يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمرة فإنه مع البطلان لا تصل التوبة الى ذلك بل الأمر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد- اصيلين فان البطلان مستند إلى جهة تلف احد العوضين قبل القبض و البطلان من هذه الجهة غير مربوط بجهة أخرى.

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري بالإيجار و نحوه و تلف بعد البيع أو كان أمواله تحت يد الوكيل فى غير جهة البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضوله ثم تلف المبيع قبل الإجازة فإنه حينئذ لا شبهة فى ظهور الثمرة بين القولين فإنه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٢

انتقل اليه المال فبالإجازة يكشف تلفه منه.

و اما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فإنه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض و فى زمان الإجازة قد انعدم المال فلا يكون

المعدوم قابلاً للانتقال الى المنقول إليه بالإجازة كما لا يصح ذلك ابتداءً.

و من هنا ظهر أنّ ما أشكل به شيخنا الأستاذ وغيره من رد هذه الثمرة على إطلاقه غير تمام إذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض أو بعده و لعل نظر هؤلاء الأعظم إلى صورة كون التلف قبل القبض و لكنّه غير مختص بالمعاملة الفضوليّة كما عرفت. قوله أو عروض نجاسة له مع ميعانه.

أقول: نحتمل أنّ هذا صدر من سهو القلم فإنّه بناء على مانعيّة النجاسة و تسريه مانعيّتها الى المنتجس أيضا فهي انما تمنع عن التملك و البيع و لا يوجب سقوط المنتجس الغير القابل للتطهر كالدهن و نحوه عن الملكيّة فإنّ كلامنا في سقوط المنقول عن قابليّة الملكيّة عن قابليّة التملك و البيع و من هنا لا يوجب التنجس سقوط المنتجس عن الملكيّة و لذا يضمنه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابليّة إلى الشروط بالمثل بان كان مراده أنّه تارة يكون المنقول عنه أو المنقول إليه ساقطا عن قابليّة التملك كما تقدم و اخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابليّة كما إذا تلف أو كان خلا و صار خمرا.

و ثالثه تسقط عن قابليّة استيفاء المنقول بالشروط فإنّه بناء على مانعيّة النجاسة عن التملك و البيع فيكون المبيع بعروض النجاسة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٣

الغير القابلة للتطهر خارجا عن تلك القابليّة اي قابليّة التملك و التملك بالبيع و الشرى و على هذا فلا يرد عليه شيء.

ثم أنّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث أنّه اعتبر بقاء القابليّة لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول و حكم بطلان العقد بخروج واحد منها عن القابليّة و بعدم استمرارها الى زمان الإجازة لكونها على خلاف مقتضى أدلّة صحّة الفضولي فإنّ المتيقن منها صورة بقاء قابليّة تلك الأمور و استمرارها الى زمان الإجازة كما هو واضح و قد أجبنا عن ذلك بأنّه ان كان نظره في أخذ المتيقن إلى الأدلّة الخاصّة لصحّة الفضولي فهو كما (كما هو كك) افاده فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الإطلاقات الدالّة على صحّة الفضولي فهو ممنوع إذ لا وجه لمنع تلك الإطلاقات بوجه و قد أجاب عنه شيخنا الأنصاري بوجوه الأول بالنقض بالعقود المتتابعه و فيه ما تقدم من أنّ الناقل فيها الإجازة و تفصيله في تقرير بحث شيخنا الأستاذ. الثاني بالروايات الظاهرة في ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجارة بمال المضاربة و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العادة جرت بموت المالك في مدة طويلة غاب عنه العامل.

و فيه: أنّ تلك الروايات و ان كانت ظاهرة في ذلك و ظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحّة بيع الفضولي.

الثالث أشكل عليه بصراحة بعض الروايات الأخرى في ذلك و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٤

أنّه لا فرق في صحّة البيع الفضولي بين موت أحد طرفي المعاملة من المالكين و عدمه.

و فيه: لم نجد في الروايات المتقدمة ما يكون صريحا في ذلك إلا رواية علي بن أشيم المتضمنة لشراء العبد المأذون في التجارة و عتقه و إرساله الحج مع موت المالك قبل اجازة مالك العبد فعل عبده الا انها غير مربوط بالمقام حيث انّ المشتري انما كان هو- الوكيل من قبل المالك و لم يكن فضوليا حتى يكون دليلا على المقام و من هنا منعنا دلالتها على صحّة المعاملة الفضوليّة.

الرابع بما يدل على صحّة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحي من الميت مع الحلف كما تقدم و حيث انّ الزوجين في النكاح بمنزلة المالكين في البيع في الركنية فإذا صح العقد فيما يكون من أهم الأمور أعنى النكاح فإنّه من الاعراض و الفروج و اهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الأهم صحيحا بطريق اولي فيكون الاستدلال بالفحوى و فيه على تقدير صحّة الاستدلال بها فيما تقدم على صحّة المعاملة الفضوليّة بالفحوى و الأولوية بدعوى أنّه إذا قلنا بصحّة- الفضوليّة فيما فيه وطى مع كونه من أهم الأمور و فيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالأولوية و أغمضنا النظر عمّا قلناه من منع الاستدلال بذلك.

الا- أنه لا- يمكن التمسك بها في المقام حيث أنّ الرواية تعرضت في صورة موت احد الزوجين بقضية الإرث و ليس فيه وطى حتى يتوهم صحة غير النكاح بفحوى ذلك بل هو أيضا من قبيل الأموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٥

التعدى لإقياسا و نحن لا نقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة المعاملة الفضولية في غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم. الخامس أنه قد استدل على عدم اشتراط القابلية في المنقول برواية عروة البارقي حيث أنّ رسول الله (ص) لم يستفصل بين موت الشاة و بقائها عند الإجازة بل أجاز البيع بقوله بارك الله في صفقة يمينك. و فيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان ببقاء الشاة و عدم موتها.

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاة و اما ذبحها فمع العلم بها لا يضر أيضا فإنّ الذبح لا يخرج الشاة عن المالية و عن استمرار تلك القابلية غاية الأمر كانت المالية قبل الذبح قائمة بالشاة و بالذبح كانت قائمة باللحم كما هو واضح. و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابلية المائئة.

ثمّ أنّه يقع الكلام في عكس تلك الفروض المتقدمة بأن كان العاقد أو العوضين أو المالكين غير قابلين في حال العقد للعاقديّة و المالكية و العوضيّة فصار قابلا بعد العقد و قبل الإجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان في جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان نفضل في الشروط و توضيح ذلك أنّ الشرط تارة يكون شرطا للعاقد كما إذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصبي و عممنا قوله (ع) عمد الصبي خطأ الى ذلك أيضا فيكون عقد الصبي باطلا و لا ينعقد من الأول فإنّه يشترط في تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبي ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحة مثل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٦

هذا العقد فإنه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لا ينقلب (يقبّل) الباطل الى الصحيح فإنّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و اخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غرريا حيث أنّه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الأول و الا فيبطل من الأول و لا يتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة فلا يمكن الحكم بذلك أيضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من أنّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقبل الباطل إلى الصحة و الشيء لا ينقلب عما هو عليه و لا يفرق في ذلك أيضا بين النقل و الكشف.

و ثالثة يكون الشرط راجعا الى المال و هذا على قسمين فإنّه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالية و اخرى لا يكون اما الأول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا أو اشتراط وجود الثمرة و بدو صلاحها في بيع الاثمار فإنّه يلزم من انتفائها انتفاء المائئة مثلا لو باع خمرا من شخص فضولة و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الإجازة فانتهاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فإنّ في الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا و قابلا للبيع اما لاعتبار المالية و اما للنص و فى الزمان الذى كان مالا و واجدا لان يكون ميبعا لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: أنّ العقد وقع عليه فى الزمان الذى ألقى الشارع ماليته و قابليته كونه ميبعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٧

ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل أوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا لذلك لا يوجب صحة العقد فإنه حين زمان صدور العقد أوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد.

و هكذا الكلام فى بيع الثمرة قبل الظهور و الانعقاد فإنه أيضا لو باعه احد من شخص فضولة حين كونه زهرة ثم صار ثمرة لا يكون

ذلك البيع صحيحاً بما لا اعتبار المالية أو للنص فإنه حينما وقع عليه - العقد لم يكن مالا و قابلاً لأن يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلاً و غير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام في جميع الموارد التي يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق في ذلك كله بين القول بالنقل و الكشف بل الأمر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولي لا يزيد على الأصيل.

و اما الثاني فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ المائتة في صورتى الفقدان و الوجدان و كونه الشرط راجعاً الى جهة الأوصاف الكمالية دون ما يقوم بها المائتة و هذا كالمثال المتقدم من المائع المتنجس فإذا وقع على المائع الطاهر عقد فضولا و بين العقد و الإجازة عرضت له النجاسة فإنه بناء على مانعية النجاسة عن البيع بمقتضى رواية تحف العقول أو شىء من وجوه النجس أو اشتراط الطهارة في المبيع لا يكون هذا المائع الذى وقع عليه العقد واجدا لشرائط البيع و إذا طهر قبل الإجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل إذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا و غير ذلك المال مما وقع عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٨

الإجازة غاية الأمر كان حين العقد فاقدا للشرط و حين الإجازة واجدا له و لكن المائتة مالية و حدانية محفوظة في ذلك المال من البدو الى زمان الإجازة و لم يرد الشارع و لا العرف ما وقع عليه العقد مغايراً لما وقع عليه الإجازة و هذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغاير لما يرد عليه الإمضاء في نظر الشارع بل في نظر العرف في بعض الموارد و ما وقع عليه العقد ليس بمال في نظر الشارع و ما يرد عليه الاذن مال في نظره فكيف يتحدان و يحكم بالصحة و هكذا العين الموقوفة لأشخاص خاصة فإنه لا يجوز بيعها إلا في الموارد - المخصوصة فإذا باعها شخص فضولة ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالحلف بين أربابها فإنه لا مانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه و ان ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الإمضاء غاية الأمر كان حين وقوع العقد عليه فاقدا للشرط من شرائط البيع و حين الإمضاء واجدا لذلك و هكذا الكلام في بيع أم الولد ثم مات ولده.

و الوجه في صحة العقد في أمثال ذلك ان العقد قد تحقق و استند الى من له العقد بالإجازة فيشملة دليل صحة البيع عموماً و إطلاقاً. لا يقال أنه حين وقوع العقد على أمثال ذلك كان البيع فاقداً لذلك الشرط فيكون باطلاً و ما يكون موجوداً عند الإجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم في الشروط الراجعة إلى العاقد و نفس العقد و ما يكون به المائتة كما لا يخفى.

فإنه يقال كلامنا على طريقة النقل أخ لا يصدق البيع على ذلك العقد الا حين الإجازة فإنه زمان النقل و الانتقال و في ذلك الوقت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٩

فالعقد واجد لجميع الشرائط.

و أوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعاً الى المالكين كما إذا باع العبد المسلم أو المصحف من الكافر فضولة ثم أسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزهاد قبل ان يتحقق الإجازة فإنه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد.

و السرفيه ما كثرناه مرارا من ان حقيقة البيع هو التبديل بين المالين و خصوصية المالك ملغاة في ذلك بل اللازم وجود طبيعى المالك و هو أيضا لا من جهة الموضوعية بل يكون مقدمة للتبديل بين المالين و قنطرة لذلك فان التبديل في جهة الإضافة أى الإضافة الملكية لا يكون إلا في ملك مالك بل الأمر كك حتى على القول بالكشف فإنه سيأتى من المصنف ان معنى الكشف ليس كشف حصول الملكية و نحوها من زمان العقد بالإجازة المتأخرة بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الإجازة و لو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة في تلك الموارد على القول بالكشف أيضا فإن بالإجازة تكشف عن تحقق الملكية في بيع الوقف و المائع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين أرباب الوقف و عروض الطهارة للمائع و إسلام المشتري الكافر فتشمل العمومات و الإطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الأدلة الخاصة لعدم إطلاقها في صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد.

و بالجمله لا مانع من التمسك بالعمومات في تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا في صورة تجدد الشرط بعد العقد و قبل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٠

الإجازة بلا وجه نعم الأدلة الخاصة للفضولي لا تجرى في المقام فإنه ليس فيها تعرض لصورة تجدد الشروط بعد العقد و قبل الإجازة و لا ان في مورد احد هذه الأدلة ذلك المعنى موجود اذن فلا إطلاق لها نتمسك به هذا.

و قوله و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات.

أقول: اما ظهور الثمرة بين القول بالكشف أو النقل في خيار الحيوان فالظاهر أنه لا اشكال فيه فإنه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشتري من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنه يصدق من حين العقد على الكشف ان المشتري صاحب الحيوان فيشملة قوله (ع) (صاحب الحيوان المشتري أو المشتري بالخيار الى ثلثة أيام).

و اما خيار العيب فالظاهر أيضا أنه على الكشف يثبت من الأول و على النقل من حين الإجازة فإن دليل ثبوته سواء كان هو الشرط في ضمن العقد أو غير ذلك شامل عليه من الأول على الكشف تامية المعاملة على الفرض و ان وقف على الإجازة بخلافه على النقل فإن الفرض أنه لم يحصل النقل و الانتقال حتى يشترط في ضمنه الخيار و يكون للمشتري أو للبائع خيار الحيوان و نتيجة ثبوت الخيار له من الأول أنه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الأمر الثابت و قطعه بخلاف الرد فإنه دفع و مانع عن تحققه من الأول و اما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الأستاذ عدم ثبوته على النقل و الكشف و لا نعرف له وجهها صحيحا و الذي ينبغي ان يقال أنه انما يثبت على النقل و الكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠١

العقد لصدق البيع على طرفي العقد سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما أصيلا و الآخر فضوليا لفرض تامة المعاملة من جميع الجهات الا من ناحية الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الإجازة فإن الفضولين ليسا الا- مجرد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض ان الملكية إنما تحصل لهما بعد الإجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلا بد و ان يثبت من حين الإجازة لأن زمانها زمان انتساب العقد إليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الإجازة و لو كان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فإن لفظ المجلس لم يرد في روايه ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعة فهو ثابت لأحد الشريكين من جهة دفع الضرر ما إذا باع أحد حصة أحد الشريكين للأجنبي فضوله ثم باع الشريك الأخر حصته من شخص آخر أصالة فعلى القول بالكشف فحيث ان المشتري الأول ملك العين قبل المشتري الثاني فيثبت حق الشفعة له و يأخذ الحصة الأخر من المشتري الثاني بالشفعة و اما القول بالنقل فحق الشفعة للمشتري الثاني إذ الإجازة بعد البيع الثاني و الفرض ان زمان تحقق البيع و المعاملة و استنادهما الى المالك و عند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعة فهو مسبق بحق الشفعة للمشتري الثاني و ربما يقال بظهور الثمرة في صورة تعاقب الأيدي و سيأتي تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن أيضا.

و اما ظهور الثمرة في تعلق النذور و الأحماس و الزكوات عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٢

فالظاهر ان يفصل بينها لأنها ان كانت متعلقة بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجية كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا- إشكال في ثبوتها من الأول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهة أخرى كالزكوات حيث أنها تعلق بالملك مع لحاظ جواز التصرف في المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لا تجب الزكاة على القول بالكشف لا- على البائع و لا على المشتري اما البائع فلائذ قد خرج المال عن ملكه قبل تعلق الزكاة عليه فما ليس ملكه لا يجب

فيه الزكاة و اما المشتري فلائنه و ان كان المال ملكا له و لكنه لا يجوز له التصرف قبل الإجازة و شرط تعلق الزكوات جواز التصرف في المال.
و اما على القول بالنقل يتعلق الزكاة على المالك ليس الا كما هو واضح.
قوله (ره)

و ينبغي التنبيه على أمور.

إشارة

أقول:

الأول ان النزاع في باب الفضولي في أن الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس من جهة أخذ ذلك في مفهوم الإجازة لغة أو عرفا أو انصرافا

بل من جهة الحكم الشرعي حيث ان القائل بالكشف إنما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطة الإجازة فإن ما يسند الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف.
و القائل بالنقل يقول ان العقد مستند الى المالك حين الإجازة فلا بد من القول بانتقال الملك إليه أيضا في ذلك الوقت و هذان مختلفان في مقام الثبوت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٣

و اما في مقام الإثبات فلا بد من إثبات أن أوفوا بالعقود هل هو متكفل بوجود الوفاء على العقد من الأول و ان كان الاستناد في زمان الإجازة أو بوجود الوفاء من زمان الإجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على أن ذلك المعنى من ناحية الشرع.
ثم ان المالك المجيز لو أجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتي و مجتهده بأن بنى المقلد على الكشف فأمضى المالك من زمان النقل أو من الوسط أو كان المفتي بانبا على النقل فهو أجاز العقد من زمان العقد و على طريقة الكشف فهل يصح العقد حينئذ أو يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الإجازة على النقل و من حين العقد على الكشف أو يقع من زمان تعلق أجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الأول فيحكم بالبطان و على الثاني فلا و بيان ذلك اما وجه البطان على الأول فالذي استندنا إليه في إثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذي أوقعه الفضولي إلى المالك المجيز بالإجازة و- صيرورته عقدا له من حين صدوره و تحققه و لا قصور في إثبات ذلك في العمومات كما تقدم فإنه قلنا ان الإهمال في الواقع غير معقول فلا بد من الإطلاق أو التقييد و لا شبهة ان المنشأ بالعقد الفضولي هو الإطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الإجازة بل لا بد و ان يمضى على النحو الذي إنشائه المتعاقدان.

و بالجملة حيث ان الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولي مطلقا لعدم التقييد و عدم الإهمال في الواقعات فبالإجازة يستند

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٤

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الإطلاقات فيكون عقدا له.

و على هذا المنهج فلو أجاز المجيز من الوسط أو من زمان الإجازة فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لأن المنشأ عبارة عن- الملكية المطلقة و لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة لم تنشأ فيكون باطلا.
و بعبارة اخرى: ان المنشأ بالعقد الفضولي واجد لجميع للشرائط التي تعتبر فيه الا الرضا فلا بد من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذي قد أنشأت و الا فيحكم بطلانه.

و أساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقة بين الإيجاب و القبول فإن الإجازة و ان لم تكن قبولا حقيقة لتمايمية العقد بالفضولية

إيجابا وقبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

الا- ان ملاك لزوم المطابقة بين الإيجاب و القبول موجود هنا فإنه كما لو تخلف الإيجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الإيجاب مثلا بالزوجية الدائمة و قبل الزوج الزوجية المنقطعة أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول بملكية البستان أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول باستئجارها فإن في جميع ذلك يحكم بطلان العقد لتخلف الإيجاب عن القبول و ان ما أنشأه المنشئ غير ما قبله القابل بمقتضى القاعدة يكون العقد باطلا و كك الحال في قضية الإجازة، فإن روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد إنما هو توجد بالإيجاب و القبول على النحو الذي قد أنشأ بهما فلا بد في صحة ذلك من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٥

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحة شيء منهما اما المنشأ بالفضولي فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض و اما ما تعلق به الرضا فلفقدان الإنشاء لعدم كونه منشأ على الفرض و بالجملة ملاك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بعينه موجود هنا فلا بد من صحة العقد الفضولي على القول بالكشف من مطابقة الإجازة مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى و اما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفة الإجازة عن ما بنى عليه المفتى بأن أجاز من حين العقد أو من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شيء قبل سنه بحيث يكون نمائه من تلك السنه للمشتري فإن مثل ذلك لا يضر بالمطابقة فإن التخلف بين الإيجاب و القبول و لو بمقدار لا يكون فضلا طويلا مما لا بد منه مع ان الإيجاب هو إنشاء المنشأ من حين الإيجاب و القبول بعد دقيقة أو دقيقتين فلم يحصل المطابقة بينهما و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعاً للسيرة القطعية على عدم إضراره بالعقد.

نعم فيكون أجازته هذا مع قصد شرعية هذا العقد تشريعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنه أيضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفية و على خلاف المتعارف فلا تشمل الأدلة فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحة العقد و شمول أدلة الصحة على ذلك.

قوله

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ٢٠٥

الثاني: أنه يشترط في الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٦

أقول: المحتملات هنا أربعة.

الأول: اعتبار اللفظ الصريح في الإجازة فلا يكتفى بالكناية فضلا عن غير اللفظ.

الثاني: الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا و لو بالكناية.

الثالث: عدم الحاجة الى اللفظ أيضا و كفاية الإنشاء الفعلي نظير بيع المعاطاتي.

الرابع: إلغاء الإنشاء قولاً- و فعلاً- و الاكتفاء بمجرد الرضاء الباطني في طرف الإجازة و بالكراهة الباطنية في طرف الرد و ربما يقال باعتبار اللفظ الصريح في الإمضاء لأن الاستقراء و التفحص يدلنا على اعتبار اللفظ في الإيجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفاية غير اللفظ الصريح في الإجازة أيضا.

و فيه على تقدير قبول تمامية الاستقراء فإنما هو في الإيجاب و القبول فقط فلا يسرى بالإجازة حيث أن العقد قد تم و كون الإجازة مثل القبول في التطابق لا يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بأن الإمضاء مثل البيع فى استقرار الملك و قد نسبة المصنف إلى المصادرة و هو كك.

بل ظاهر رواية العروة البارقي كفاية الكناية فى الإجازة و لو كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فإن قوله (ص) بارك الله فى صفقه يمينك من لوازم إمضاء العقد لا انه بنفسه مصداق للإجازة اذن فيكفى فى الإمضاء مثل أحسنت و نحوه.

اذن فلا دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ أصلا و يكفى فيه مطلق ما يوجب إنشاء الإجازة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٧

و يكون مبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد و لو كان فعلا كتمكين الزوجة نفسها من الزوج و إعطاء المالك العين المبيعة للمشتري و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فإنه لا شبهة فى صدق الإنشاء و الإبراز، و الإظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل أو القول و لو كان بتحريك الرأس و إذا صدق عليه إنشاء الرضا الباطنى عرفا و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الإطلاقات فيحكم بصحته و لزومه و مع هذا أى شىء يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كما هو واضح.

و بالجملة لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى إذا انضم الى المالك المجيز عرفا بأى نحو كان الانضمام فإن المناط فى صحة العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لا يعتبر شىء آخر ورائه كما لا يخفى.

ثم ان العلامة الأنصارى (ره) قرب الاحتمال الرابع و كفاية مطلق الرضا الباطنى فى الإجازة فلو علم ذلك و لو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحة العقد الفضولى و استدل عليه بوجوه و قد تعرضنا لذلك فى أول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى إخراج العقد من الفضولية الى غير الفضولية حيث اكتفى المصنف بكفاية رضا المقارن فى ذلك فاكتمل بكفاية رضى الباطنى المتأخر فى الإمضاء أيضا.

الأول مما استدل به على مقصده لصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع فى امرأة زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم أفاقت و عرض لها النكاح فأقامت معها مقام الزوجة فقال (ع) إذا أقامت معه بعد ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٨

أفاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورة توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضولية و الا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشرة للعقد كما فى حاشية السيد.

و فيه: ان نفس الاقدام بذلك اجازة فعلية للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفاية الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك.

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما أحدث فيه المشتري حدثا قبل ثلثة أيام فذلك رضا منه و لا شرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل إلخ.

فاستدل بها بأن الظاهر من قوله فذلك رضا كفاية الرضا فى الإجازة و الإمضاء و كون المناط فى ذلك هو الرضا فقط.

و فيه: ان ذلك إشارة إلى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا- على كفاية الرضا المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك.

و منها الأخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث ان المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه و الاخبار الأخر- الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بأن سكوت سيده إقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيده الظاهرة فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفاية الرضا الباطنى فى

الإمضاء حيث أنّ صحه عقد العبد أيضا متوقف على اجازة المولى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٩

و فيه: مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات دالة على كفاية مجرد الرضا الباطنى أنه تقدم ان تلك الاخبار خارجة عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الإجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غاية الأمر انّ إجازته دخيلة فى صحه العقد كإجازة العمه و الخاله فى صحه عقد بنت الأخ و بنت الأخت فلو دلت هذه الروايات على كفاية الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه.

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الدالة على صحه عقد العبد بدون اذن سيده لأجل أنه عصى سيده و لن يعرض الله لا بأس من دلالتها على كفاية الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا.

و اما التمسك فى ذلك بالآيات من أوفوا بالعقود و نحوه فبديهى البطلان لأن العمومات غير شاملة لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون إلا بإنشاء الإجازة و إظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى أو قولى كما مر. و اما كلمات الفقهاء فأیضا بوجوه.

الأول: أنه ذكر بعضهم أنه يكفى فى إجازة البكر السكوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٠

فهذا يدل على كفاية مجرد الرضا الباطنى لا ان الرضا ليس بشرط فيه.

و فيه: قد عرفت من السكوت من جملة الأفعال فيكون مبرزا فعليا للرضا و الا فمن اين علم انّ البكر راض بذلك العقد. الثانى أنه علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فى كفاية الرضا الباطنى و الا كان حقه ان يقال السكوت لا يكفى فى الإجازة لعدم اللفظ.

و فيه: أنه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف و العجب منه كيف غفل عن ذلك فانّ قولهم انّ السكوت أعم من الرضا صريح فى انّ السكوت تارة يدل على الرضا و اخرى لا يدل فإن الإنسان تارة يسكت برضائه و اخرى يسكت بدون الرضا و ردهم كفاية السكوت من جهة عدم دلالة الأعم على الأخص كما هو قضيه منطقيه بديهيه و هذا صريح فى انّ السكوت غير الرضا و انما يدل عليه فى بعض الأحيان كما هو واضح لا يخفى.

الثالث أنه ذكر بعضهم أنه إذا أنكر الموكل الاذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها و فيه: انّ العقد تارة يكون خياريا و اخرى غير خيارى فعلى الأول فقيامه على مقام الحلف و إنكار الوكالة يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى و على الثانى فيإنكار الاذن و الوكالة يكون فضوليا فيكون أيضا قيامه مقام الحلف ردا فإنه أيضا من الافعال له و على اى حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره و على تقدير دلالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١١

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصريحهم على ذلك فأیضا لا يدل هذا على كفاية مجرد الرضا الباطنى فى الإمضاء فإنه لا دليل على حجيه قولهم لنا و انما هم أفتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروايات أو صدق العمومات بمجرّد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بين ما ذكرنا و ما ذكره المصنف ثمر يبين حيث أنه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك مضى بخلافه على ما ذكرنا فإنه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمبرز لا يفيد لنا عن الإجازة.

قوله

الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.

إشارة

أقول: وقد استدلل المصنف على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد عليها بوجوه.

الأول: قام الإجماع على ذلك.

وفيه: أنه مضافا الى منع حجية الإجماع المنقول ان تحققه ممنوع لأنه لا اشعار به في كلمات القدماء و المتأخرين إلا في كلام الشهيد في القواعد و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع عليه. على ان الإجماع انما يكون حجة إذا لم يكن له مدرك معلوم بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجة من باب التعبد المحض و مدركه هنا الوجهان الآخران و سنذكرهما فلا- أقل من احتمال ذلك فان حجيته مشروطة بالعلم بعدم ابتناؤه على مدرك معلوم و يكفي منع ذلك احتمال الابتناء بمدرك آخر.

الوجه الثاني: ان الرد مما يوجب انحلال العقد و انعدامه

إذ الرد الفاصل بين العقد و الإجازة بمنزلة ما يتخلل بين الإيجاب و القبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٢

ان قوام العقد و تحققه في وعائه انما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كل منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد. و بعبارة اخرى: ان من الأمور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب و القابل و الإيقاع عبارة عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الإيجاب و القبول ربط و عقدة لانقلب الى الإيقاع.

و على هذا فكما لو انفصل بين الإيجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط أحدهما بالآخر و اتصالهما بحيث يكون الإيجاب إيجابا لهذا العقد و القبول قبولاً لهذا و كك الرد فإن الإجازة في البيع الفضولي بمنزلة القبول.

وفيه: ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الإيجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن إيجابه و فسخه ما إنشائه من الإيجاب فهو متين فإن الإيجاب انما يؤثر في الملكية إذا بقى على حاله و لم يعتريه ما يوجب زواله و اذن فلو رجع على إيجابه فلا يفيد بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و رده على الموجب و عدم قبوله إيجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الإيجاب فإن رد القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابية بواسطة الأمور الأخر الموجبة لبطلانه و لا دليل على انه يهدمه برد القابل.

اذن فالمطلب ليس بتمام في المقيس عليه.

و اما المقيس فلو سلمنا كون رد القابل كرد الموجب موجبا لبطلان الإيجاب و عدم تأثيره في الملكية فلا نسلم ذلك في الإجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبة الى الإيجاب و بين الإجازة بالنسبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٣

إلى الإيجاب و القبول فان العقد كما عرفت تماميته انما هو بالإيجاب و القبول و لو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث ان الرد من ناحية الموجب أو من ناحية القابل أوجب رد الإيجاب فما نزل عن الإيجابية فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فان العقد قد تم بالإيجاب بتمامه و لم يبق في البين إلا رضائه المالك ليكون ذلك تجارة عن تراض و

منتسبا الى المالك و حينئذ ان ردّ الأصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه أصيلا ثم أجاز فقد تقدم الكلام فى تأثيره و عدمه. و ان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا و أجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابلية لحوق الإجازة به أولا. الظاهر هو الثانى لأنّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك و عن قابلية انتسابه الى المالك بالإجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته فى المقيس عليه مع كون الإيجاب من أحد أطراف العقد و كيف فى المقام حيث تم العقد و لم يبق الا- انتسابه الى المالك فردّ الفضولى لا يخرج عن قابلية الانتساب و لا دليل على تأثير ردّه فى انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الإجازة لصدق عنوان العقد على هذا و صدق انّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه. و بعبارة اخرى: انّ دليل الوفاء بالعقد سبق بعنوان القضية الحقيقية فإنما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشملة ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء و فى المقام حيث يصدق على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٤

العقد الفضولى مع تخلل الرد من الفضولى بين العقد و الإجازة أنّه عقد عرفا فيشملة أوفوا بالعقود فيحكم عليه بوجوب الوفاء.

الثالث: انّ دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على ماله

و مقتضى ذلك تأثير الرد فى العقد و كونه موجبا لقطع علاقة الطرف الآخر عمّا انتقل إليه. فإنّه قد حصل بواسطة البيع الفضولى شائئة كونه للطرف الأخر فى ذلك المال فلو لم يكن له ازالة تلك الشائئة للزم الخلف فى دليل السلطنة و عدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة. و فيه أولا: انّ دليل السلطنة نبوية مرسله فلا تكون حجة لعدم انجباره بشيء. و ثانيا: أنّه قد تقدم سابقا انّ دليل السلطنة ليس مشرعا فى مفاده و ناظرا إلى الأحكام الشرعية بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسك بدليل السلطنة كما إذا شككنا ان لبس السنجاب جائز فى الصلاة أو غير جائز فنتمسك بدليل السلطنة أو ان أكل شىء فلانى جائز أولا فنتمسك بذلك أو ان يبيع الميتة و نحوها جائز أم لا فنتمسك بدليل السلطنة و هكذا بل انما نتمسك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز و عدمه و الشك فى انّ للغير حق المنع عن ذلك كما فى المهجور و المجنون و الصبى و السفية أولا و بمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه و أنّه ليس للغير ذلك. و بالجملة انّ مقتضى تسلط الناس على أموالهم عدم جواز مزاحمة الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه و كان مفروغا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٥

عنه قبل شمول دليل السلطنة و انما دليل السلطنة ناظرة فقط الى منع الغير و حجه عن ذلك التصرف الجائز. و بعبارة اخرى: انّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفل لمنع الموانع الخارجية دائما و ليس له فى إثبات أصل الجواز مانع بوجه أصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلطا على أحكامهم بدليل السلطنة و يكون ذلك الدليل مشرعا. و ثالثا: لو سلمنا كون دليل السلطنة مشرعا و ناظرا إلى الاحكام أيضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا. اما النقض فلائّه لو كان دليل السلطنة متكفلا لإثبات كون الرد مزيلا لقابلية كون المال للغير بإجازة المالك و مانعا عن بقاء علاقة الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث و عن أصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقة الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنة المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فأولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال أنّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك أنّه غير مانع عن البقاء أيضا فلا يؤثر ردّه فى سقوط المبيع عن قابلية انتقاله الى الغير بالإجازة لو كانت تلك القابلية ثابتة بالمبيع. و اما الحل فبانّ تلك القابلية فى الأموال ثابت من الأول و قبل البيع الفضولى حيث ان لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق و علاقة غاية الأمر فى صورة بيع ذلك المالك فضوله تحقق

أحد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضائه المالك و أجازته بفعل الفضولى أعنى العقد و بقى الجزء الآخر أعنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٦

الإجازة و ذلك من الأحكام الشرعية للمالك فى أموالهم و ليس مربوطا بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنة هنا يمنع عن منع الغير من إيجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية و الإجازة الذى من الأحكام الشرعية. و بعبارة أخرى: جواز البيع و أجازته من الأحكام الشرعية الثابتة للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل السلطنة أم لم يكن نعم فى إجراء ذلك الحكم فى البيع الفضولى لا نحتاج الى العقد لتحققه بل إلى الإجازة فقط لتحقق الموضوع لانتقال المال الى الغير.

و أوضح من ذلك انّ الفضولى لم يرد شيئا فى ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنة المالك و يكون ذلك علاقة لطرف الآخر كما توهم و بنى عليه أساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة و يقال ان يدفع ذلك فلو لم يؤثر لزم ان لا يكون الإنسان مسلّطا على ماله و أنّما الفضولى قد أوجد موضوع الإجازة الذى عبارة عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار إيجاد و عدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد و الإجازة و كان ذلك ثابتا من الأول.

و لكن إذا أوجد الفضولى أحد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجد و له ان لا يوجد. و لو كان دليل السلطنة متكفلا لإثبات جواز الرّد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرّد موضوعا للإجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فإنّه عرفت انّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٧

حتى يدفع بدليل السلطنة بل أوجد موضوعا للإجازة فليس هنا للمالك المجيز إلا الإجازة و عدمه فالإجازة تثبت و عدمها تحليل و الا فالرّد ليس له اثر و ان كان مشوبا بسوء الخلق و ضيق النفس.

و بعبارة أخرى: أحد جزئى موضوع المعاملة و على هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم إعدام نفوذ الإجازة بدليل السلطنة و هذا ما قلنا من اللازم.

و بيان آخر انّ المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكة فى عمود الزمان لو أراد أحد التصرف فيه بغير إذن أهله يتوقف على اذنه و لو منع عن تصرفات مالكة بأنحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة و اما لو لم يمنع عن تصرفات المالك بوجه و لا أنّه تصرف فيه بغير اذنه بل فعل فعلا- فيه من دون تصرف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البائع فى إيجاد غرض من الأغراض بحيث لو كان بنفسه مباشر الإيجاد ذلك الغرض كان عليه إيجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعا لذلك بل فعله هذا مؤيد لذلك الدليل.

و لو أريد إثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تأثير الإجازة و سدّ بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله إعدام نفسه بنفسه و هذا من الواضح بمكان.

ثم انّ من العجائب قياس الأستاذ الرّد بالإجازة بأنّه كما ليس للمالك فسخ العقد بعد أجازته و كك ليس له إمضائه بعد رده. و وجه العجب انّ الإجازة تثبت العقد و تقريره فى مقرّه بخلاف الرّد فانّ كونه موجبا للفسخ أول الكلام كما عرفت فالصحيحة الظاهرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٨

فى صحة الإجازة بعد الرّد فعلى مقتضى القاعدة و تكون مؤيدة لما ذكرنا مع قطع النظر عمّا تقدم من عدم تحقق الرّد بذلك الأخذ. نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم ارادة ذلك التوجيه الذى ذكرناه و كك لا وجه لقياس الرّد بالفسخ من أنّه كما لا يجوز الإمضاء بعد الفسخ و كك لا يجوز الإجازة بعد الرّد و ذلك ان تأثير الفسخ فى العقود الخيارية أنّما ثبت بدليل شرعى و هذا بخلاف

الرّد فإنّك قد عرفت عدم تأثيره في العقد الفضولي بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا إلا الإجازة و عدم الإجازة كما عرفت.

ثم بقي هنا أمران.

الأول: أنه قيل ان إثبات جواز الرّد بدليل السلطنة يوجب تعارضه في مفهومه

فإنّه يوجب إثبات جواز الإجازة أيضا فيقع التعارض في مفهومه من حيث إثبات الرّد و إثبات الإجازة لأنّ إثبات كل منهما موجب لإسقاط الآخر.

و فيه: أنّه مع الإغماض عمّا ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنة على الرّد انّ هذا توهم فاسد إذ ليس شمول دليل السلطنة على الرّد في عرض شموله على الإجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما في طول الآخر و بأيّهما شمل أولا يوجب إعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لأنّ الشمول على نحو البدئية لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم.

الثاني: أنه ذكر شيخنا الأنصاري بعد دعوى ظهور الصحيحة فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ

و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٩

من الفسخ في العقود اللازمة و قد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع.

و فيه: أنّه لا- شبهة في كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا انّ جعله الأخذ غير كاف في الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال في تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز أخذ مال الغير بدون إذنه فإنّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز أخذ مال الغير بل هذا من أقوى ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقيق الرّد بالأخذ في باب الفضولي و ما توهم من الأولوية من أنّه يكفى الفسخ به في باب العقود و في الفضولي لا بدّ و ان يكون كافيا بالأولوية فبلا وجه بل المطلوب على عكسه و ذلك من جهة أنّ الفسخ و ان كان رفعا و الرّد دفعا الا انّ مجرّد ذلك لا يوجب كون مئونة الدفع أقل من الرّد حتى يثبت بالأولوية على الدفع كلّما يكون ثابتا على الرّد و لكن العقد بعد صدوره من الأصيل يكون مؤثرا في حصول الملكية للطرف الآخر و لو كان عقدا خياريا و يكون المبيع ملكا للمشتري فلا يجوز لأحد ان يتصرّف فيه أو يأخذه و مع ذلك لو أخذه البائع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسحا منه للعقد كما أنّه لو لم يكن ذي خيار لكان أخذه هذا حراما لكونه تصرّفا في مال الغير و السّر في ذلك ان المال بما أنّه مال للغير فيكون الأخذ ظاهرا في الفسخ مع كون الأخذ ذو خيار.

و هذا بخلاف أخذ المالك المجيز فإنّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف في ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكية على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٠

شئ أذن فأخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ بل فسخ أم لم يفسخ كان له ذلك و أنّما قلنا بتحقيق الفسخ به في الأول من جهة عدم جواز أخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا انّ ظهور الأخذ في الفسخ و اما في المقام فله ذلك فسخ أم لا فلا وجه للالتزام بتحقيق الفسخ به هناك فضلا عن تحقيقه به هنا بطريق اولي.

و من جهة هذه النكتة قلنا في صحيحة محمد بن قيس ان أخذه الوليدة لا يدل على الرّد لتكون الرواية شاهدة على جواز الإجازة بعد الرّد بل الأخذ على طبق القاعدة و من جهة أخذ المالك مال نفسه و كون ذلك من شئون مالكيته فافهم.

قوله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله.

أقول: حاصل كلامه هنا أنّ ثبوت حق الإجازة للمالك المجيز و تأثيرها في العقد الفضولي من الأحكام الشرعية الثابتة للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبة و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما أنّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشرة أو توكيلا فكك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا.

و بعبارة أخرى: أنّ من جملة الأحكام الشرعية المترتبة على المالك هو جواز بيع ماله و اجازة بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك- الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح في ضمن وجهين.

الأول أنّهم ذكروا في باب الإرث أنّ الزوجه لم ترث من العقار و أنّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميت من حق أو مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢١

و على هذا فلو باع الفضولي دار احد فضولاً و مات المالك قبل أجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الإجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغايرة المالك حال العقد و حال الإجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا و حين الإجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة إرث الإجازة فإن الفرض أنّه من الاحكام أو إذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها إلى الورثة اعنى المال فإنّ تلك الإجازة كانت قائمة بالمالك في ذلك المثلن أو الثمن فإذا تبدّل المالك لذلك المال فينتقل الحكم أيضا لكونه قائما بذلك الموضوع فإنّه ذكرنا أنّ لكل مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا- و اذن فليس للزوجه حق الإجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال و الفرض أنّ العقار لا تنتقل إلى الزوجه.

و إذا قلنا بكون الإجازة من الحقوق و قلنا بجواز انتقاله إلى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (ع) ما تركه الميت فلوارثه الا العقار و لا شبهة أنّ نفس حق الإجازة للعقد الفضولي ليس من العقار بل من غيرها التي ترثها الوارث زوجه كان أو غيرها. الوجه الثاني: أنّه ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم في باب الخيارات أنّه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار إلى الورثة فيكون الورثة ذى خيار.

فاختلفوا في طريق اعمال الخيار منهم إذا تعددوا فبنى شيخنا الأنصارى أنّه ثابت لطبيعي الورثة فأى منهم امضوا البيع فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٢

لازما و اى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعلم الآخرون خيارهم أم لا و قال بعض آخر أنّه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث أنّ إمضائهم أو فسخهم لا تؤثر إلا إذا اجتمعوا في الفسخ أو فى الإمضاء و هو الذى بنينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسيط و أنّه اى منهم أجاز أو فسخ يفسخ و يلزم بالنسبة إليه فقط لأنّ لكل من الورثة حق و حصه فى ذلك الخيار المنتقل من الورثة إليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمدة هنا الوجهان الأولان.

و لكن ذلك لا يثبت فى الإجازة حتى مع القول بانتقالها إلى الورثة بنفسها كحق الخيار.

و ذلك لأنّ الإجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا و لم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الإجازة أيضا و ان كانوا متعددين فلا بد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبة إلى المجيز فقط ليس الا و هذا نظير ما إذا جمع الفضولي أموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فإنّه هل يتوهم احد ان اجازة أحدهم يوجب لزوم المعاملة بالنسبة إلى الآخرين أيضا و هكذا المقام غاية الأمر أنّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال أنّما كان التعدد من الأول و هذا المقدار لا يكون فارقا.

و بالجملة أنه فرق بين انتقال الإجازة إلى الورثة و كون أمر الإجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار إليهم كما عرفت.
قوله

الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٣

أقول: لا- ريب في عدم الملازمة بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثلن و لا لإقباضهما و ذلك لأن كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الإقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الأمور الاعتبارية أو الخارجية الا- أن يكون بينهما احدي الدلالات من الإشارة أو الاقتضاء أو غيرهما، و على ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح. ثم أنه هل يكون نفس القبض قابلا- لانه يتعلق به الإجازة أم لا- و ربما يقال ان القبض أمر تكويني لا- يمكن ان يتعلق به الإجازة فإن ما وقع من الأفعال الخارجية لا- ينقلب عميا هو عليه و سيأتي ما فيه من الرهن و قد فصل المصنف بينما يكون الثمن أو المثلن شخصيا فحكم بصحة إجازة القبض و الإقباض و جريان الفضولي فيهما و بينما يكون كليتا في الذمة و إنما تعينه و تشخصه ليس الا بقبض الفضولي فقط و ذلك لأن مرجع اجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع و يتم ذلك بالإجازة الصريحة أو الاقضية في الثمن أو المثلن الشخصيين. و أما الكلي منهن فليس لنا دليل على جريان الفضولية فيهما لعدم تعين الكلي بأخذ الفضولي حتى يتعلق به اجازة المالك المجيز و يرجع الى إسقاط الثمن عن عهده المشتري و الى حصول المبيع في يد المشتري.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين كون الثمن أو المثلن شخصيا أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٤

كليتا في الذمة و ان صحّ تعلّق الإجازة بالقبض أو الإقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحّ في كليهما و الا فلا، و الظاهر هو الأول لا من جهة ما ذكره المصنف من ان مرجع اجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهده المشتري فإنه انما يتم إذا قلنا بانّ ضمان المشتري الثمن بحسب القاعدة و أنه بمقتضى الشرط الضمني اذن فاجازة البائع قبض الفضولي الثمن إسقاط لذلك الشرط الضمني. و اما إذا قلنا بأنه من باب التعبد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و انما أجروا ذلك في الثمن لأجل حمل المبيع على المثل فانّ من البعيد ان يختلف حكم المثلن مع الثمن في بيع واحد و ح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولي فإنّ معنى كون تلف المبيع من مال البائع أنه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهده بل معناه فساد البيع و كون تلف المبيع من مالكة و عدم حصول النقل و الانتقال به و لذا نقول ان الحكم يسرى الى الثمن أيضا و لهذا لا يمكن في حق الفضولي حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلّق الإجازة بالقبض من جهة التوكيل و ذلك لأن الإجازة مثل الوكالة فكما يصحّ التوكيل في القبض و كذلك يصحّ أجازته.

و أوضح من ذلك ان الأفعال على قسمين قسم يصحّ تعلّق النيابة و الوكالة بها و قسم لا يصحّ فالأول كالعقود و الإيقاعات و أمثالهما فإنه يصحّ التوكيل و النيابة فيهما و الثاني كالأكل و النوم و القيام و الجلوس و أمثالهما من سائر الأفعال التكوينية فإنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابة و الوكالة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٥

و القبض من قبيل الأول فإنه ممّا يقبل النيابة و الوكالة فيقبل الإجازة أيضا لأنّ الإجازة عين الوكالة غاية الأمر انّ الوكالة من الأول و الإجازة ليس من الأول و انما تقع على الفعل الواقع.

بل على ذلك السيرة العقلانية فإنه لم يشك أحد في أنه لو استقرض شخص من الآخر ديننا فاستوفى أخ الدائن ذلك الدين من

المديون لصح ذلك لو أجازته الدائن.

اذن فلا وجه لتوهم أنّ القبض من الأمور التكوينية فلا تنقلب بالإجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى في الآثار الماضية دون الآثار الباقية كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثلثن كلياً أو شخصياً.

ثم أنّ ما ذكرنا من عدم الملازمة بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذاً في صحة البيع كبيع الصرف و السلم و الهبة و الا فإجازتها ملازم لإجازة القبض صوتنا لكلامه عن اللغوية و كذلك فيما إذا صرح بإجازة القبض عند اجازة البيع و هذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبة فإنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد أيضاً فإنّ من الواضح أنّه لا يشترط المباشرة في القبض فيما يكون القبض شرطاً لصحة المعاملة بل المناط استناد القبض الى المالك و لو كان بقبض و كيله و لو عامل شخص كبير يبيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصديق القبض بالنسبة اليه و هذا كله إذا كان المجيز عالماً بالملازمة و اما مع الجهل فلا ملازمة أيضاً لعدم تمامية دلالة الاقتضاء ح ثم أنّ التقابض في المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين في مجلس واحد عرفي بل معناه ان يكون التقابض في مكان العقد و لو كان بينهما بعد كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٦

تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس.

بقي الكلام في أنّه هل يجرى نزاع الكشف و النقل في القبض و الإقباض أولاً، الظاهر أنّه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الإجازة بوجودها المتقدم فإنّ الإجازة من الأمور التعليقية و الأوصاف الحقيقية ذات الإضافة يصح ان تتعلق بالأمور الماضية كما يصح ان تتعلق بالأمور الحالية و المستقبلية.

و هي مع احتوائها بالحقيقة الكذائية مأخوذة في العقود جزء أو شرطاً.

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضولية من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره في النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لا بعد في بيع مال في الحال قبل يوم أو شهر أو سنة غاية الأمر أنّه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات في الاصيلين و لكن لا مانع من شمولها على العقود الفضولية و جعلها صحيحة و مستندة الى المالك بالإجازة حين الإجازة من الأوّل كما عرفت و هذا بخلاف القبض فإنه أمر تكويني غير تعلقى فلا- يمكن ان يستند الى المالك بالإجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الإجازة لأنّ ما تحقق بتمام حقيقته في الخارج و صار فعليّ الوجود من جميع الجهات لا- ينقلب عمّا هو عليه و لا- يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يؤخذ شيء في حقيقته من الأمور التعليقية حتى يمكن تعلقه بالأمر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالإجازة، اذن فلا معنى للقول بالكشف في إجازة القبض و الإقباض و أنّما يكونان مستنديين الى المجيز من حين الإجازة و عنده يكون قبضاً للمجيز فقهاً يثبت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٧

النقل و لا- يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحة تعلق الإجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس في مقام الثبوت بل من جهة عدم وجود المقتضى و الدليل عليه في مقام الإثبات.

قوله

السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات.

أقول: ان الإجازة في العقد الفضولي ليست على الفور للعمومات و صحيحة محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الإجازة بعد الكراهة و هذا ممّا لا شبهة فيه.

و أنّما الكلام في انه إذا لم يجز العقد و تضرّ الأصيل بتأخيره الإجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على

القول بالكشف.

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولي أو إجبار المالك المجيز بالإجازة أو الردّ أولاً شىء عليه بل لا بد و ان يتحمل بالضرر لإقدامه عليه بنفسه و قد قوى المصنف الأول و لكن الظاهر أنّه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتم في جميع الموارد فإنّ النكاح ممّا لم يثبت فيه الخيار لينجبر الضرر بالخيار إلا- في الموارد المنصوصة و كذلك لا يمكن الإجبار في جميع الموارد كما إذا كان مالك العقد ممن لا يمكن إجباره أمّا لعلو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل أنّ امرأة زوجت نفسها للحجة المنتظر عليه و على آباءه آلاف التحية و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولي من ظرف الأصيل.

و الظاهر أنّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الردّ و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٨

لا- ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أما الأول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلّط الناس على أموالهم عقلا و شرعا فلم ان يفعل فيه ما يشاء فإن الإجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار في بيع ماله و عدمه و ليس لأحد أن يجبره على ذلك و هكذا الإجازة و تضرر الآخر من عدم اجازة المالك أو رده لا يجوز الإجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر.

و اما ثبوت الخيار فهو أيضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس في البين الا تضرر مالك الأصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفى الضرر و فيه أنّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار أنّما يكون في مورد يكون حادثا لا موجودا من الأول فإنّ إقدام الأصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الأول غاية الأمر يختلف ذلك قلّه و كثرة بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق أنّه لا مناص من القول باللزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الإجازة غاية الأمر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فإنّ أوّفوا بالعقود قد أسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف رضى القول باللزوم للأصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه.

قوله

السابع هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٩

أقول: تارة تكون الإجازة مطابقة للعقد الواقع فضولا بحيث يكون المجاز عين ما صدر من الفضوليين و قد تقدم الكلام في ذلك مفصلا مع الاختلاف فيه بالكشف و النقل.

و اخرى لا- يكون العقد المجاز مطابقا للعقد الفضولي بل يباينه كما إذا وقع العقد الفضولي مثلا على الدار و تعلقت اجازة المالك بالإجازة على البستان فهذا باطل بلا إشكال لأن ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الإجازة فالعقد الفضولي لم تعلق به الإجازة و ما أجزى لم يقع عليه العقد.

و ثالثة يكون المجاز مغايرا للعقد الفضولي لا مغايرة مباينة بل بالإطلاق و التقييد أو بالكلية و الجزئية كما إذا وقع العقد الفضولي على مالين لشخصين أو لشخص واحد فأجاز أحدهما دون الآخر أو أجاز البيع في أحد المالين دون الآخر فإن المجاز مغاير لما وقع عليه العقد بالكلية و الجزئية و كما إذا وقع العقد على الدار مثلا مقارنا مع الشرط فأجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغايرا كما وقع عليه العقد الفضولي بالإطلاق و التقييد.

و هل يصحّ العقد الفضولي مع هذا الاختلاف بين المجاز و ما وقع عليه العقد أم لا يصح و قد فصل المصنف و قال فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر البعض يجيز بالخيار و لو

أوقع العقد على شرط بإجازة المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز و ما افاده هو المتعین أما صحته عند الاختلاف بالجزئية و الكلية كما عليه الأستاذ فلأن البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء أنما ينحل الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٠

بيوع عديدة فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداء فكذلك يجوز اجازة البيع في واحد منها دون الآخر لأنك قد عرفت ان الإجازة المتأخرة من المالك ليست الا كالبائع الابتدائي فكما له بيع ماله على النحو الذي يريد ابتداء مباشرة أو توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غاية الأمر ان في البيع الابتدائي يوجد العقد مع الاذن و في الإجازة المتأخرة حصل موضوع الإجازة أعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقة البيع و تمامية ماهيته عند تحقق الإجازة لكونها من مقوماتها و اجزائها.

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقة فينجر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأن المشتري يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضا و الا فليس المشتري ملزما بقيامه على التزامه و بالجملة لا نعرف وجها لبطلان البيع في هذه الصورة بل جرى على هذا المنهج- كلمات الفقهاء في بيع ما يملك و ما لا يملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح في ما له و يبطل في الآخر كما يصح في ما يملك و يبطل في الآخر كما إذا وقع العقد على الشاء مع الخنزير بل الأمر كذلك في بيع شىء واحد كما إذا باع دارا فضولة فأجاز المالك البيع في نصفه دون النصف الآخر لكونه لشخص آخر و السير في ذلك هو ما أشرنا إليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعددة كالعموم- الاستغراقى لا كالعموم المجموعى و كون الإجازة مثل البيع.

و أما إذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الإطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تارة يقع في ضمن العقد و اخرى في ضمن الإجازة و على الأول فتارة يكون للمالك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣١

على الأصيل و اخرى للأصيل على المالك. فلو كان للمالك على الأصيل و أجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهة في صحة الإجازة و صحة استناد البيع اليه و تحقق حقيقته في وعائه فإن المالك مسلط على ماله و كلما يرجع إليه أمره فله إسقاط ما يريد إذا كان موجودا في ذمة أشخاص آخرين مثلا- إذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط في ضمن العقد ان يخيط الأصيل ثوبا للمالك فأجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله إسقاطه.

و بعبارة اخرى: ان اجازة المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضة و عدم اجازته التزامه بالشرط على نفس الأصيل تجاوز عن حقه الذى التزم به الأصيل على نفسه فلا وجه لتوهم البطلان الأمن جهة التعليق فهو أيضا منفى كما سيأتى و اما لو كان من الأصيل على المالك الفضولى فأجازه بلا شرط فقد حكم العلامة الأنصارى (ره) بالبطلان و شيخنا الأستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للأصيل و أفاد في وجه ذلك بان المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذى يكون ضميمة لأحد العوضين فكما ان تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنه و ان لم يتعدّر خارجا الا ان امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد و الإناطة و الحق عدمه و لذا نقول بان الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلا إذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه، فنقول لا- شبهة ان الشرط و المشروط إذا كانا من قبيل المعلق و المعلق عليه كالشرط و المشروط التكويني فلا شبهة في بطلان المشروط عند انتفاء الشرط اما نفسه أو لعدم حصول المعلق عليه كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٢

أنه إذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غير ان يكون بينهما ربط فلا شبهة في صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما إذا التزم عند بيع الدار بخياطة ثوب المشتري من غير أن يرتبط بالالتزام البيعى فإنه ح لا معنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما، بل لانتفاء حقيقة الشرط هنا فإنه لا يصدق الشرط و المشروط ما لم يكن بينهما ربط و التزام كما فى القاموس و جعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشيين بالآخر، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من ان الالتزام الشرطى فى ضمن

الالتزام العقدي و أنه لا يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع أنك عرفت أنه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد و على تقدير آخر فلا.

والذي ينبغي ان يقال ان معنى جعل الشرط في العقود عبارة أخرى عن جعل الخيار فيها و صيرورة العقد خياريا نظير جعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فإنّ البائع مثلا إذا اشترط في ضمن البيع على المشتري شيئا أو اشترط المشتري عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا أنّهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالآخر ليخرج عن معنى الشرطية بل معناه ان البائع إنّما باع متاعه و التزم به مطلقا من غير إيقافه على شيء آخر فأصل الالتزام البيعي غير معلق على شيء و غير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه و لكن اشترط على المشتري مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلاني على المشتري بحيث لو و في المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٣

بذلك الشرط للبايع أيضا ان يقف على التزامه البيعي و الا فلا فكما أنّ جعل الخيار فيه اي في الالتزام البيعي صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول انّ تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد و أنّما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه و جوبا تكليفيا و ليس للمشروط له إجباره على ذلك فإنّ التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما انّ الوفاء به ليس واجبا تكليفيا بل هو أمر أخلاقي فكذلك الالتزام الشرطي فإنّه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من انّ المقام نظير تعذر الشرط فكما أنّه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط و كذلك في المقام إذا أجاز المالك العقد بدون الشرط الذي وقع عليه من الفضولي و ليس نقص في ذلك المبني و لكن البنا ليس بصحيح.

و توضيح ذلك انّ العقد تارة يطلق و يراد منه اسم المصدر أي الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفساني و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدي أي المعنى المصدرى.

اما الأول: فهو مطلق و غير مقيد بشيء و لا متوقف عليه فإنّه بعد تحقّق ما يؤثر فيه لا معنى لوقوفه على شيء بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل و الا فلا، فلا يعقل توقفه على شيء بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه.

و اما الثاني: فهو تارة يوجد من المتعاقدين غير مقيد بشيء كما إذا كان العقد غير خيارى بشرط و غير مقيد بشيء و اخرى يكون مشروطا بشرط كما إذا كان في العقد شرط و اشتراط ففي هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعي و الثبوت مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٤

عليه متوقفا على الشرط و تحقّقه أصل الالتزام مقيد بالشرط في مقام الإنشاء فإنّ الإهمال فيه لا يعقل بل هو اما مطلق أو مقيد فحيث أنّه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحقّقه تحقق مقيدا و على هذا فلو أجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الإجازة عليه.

إذا فما ذكره المصنف صحيح و ان كان ما ذكره شيخنا الأستاذ من حيث المبني أيضا صحيحا الا انّ ما بنى عليه غير صحيح لأنّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت.

و بعبارة اخرى: انّ الإجازة من حيث نسبة العقد الى المجيز كالتقيد فكما انه لو وقع الاختلاف بين الإيجاب و القبول بالإطلاق و التقييد يبطل العقد كما إذا قال البائع بعث الدار بثمان كذا على ان تخيط لي ثوبا و قال المشتري قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا في الإجازة فإنّ الإجازة و ان كانت بعد تمامية العقد إيجابا و قبولا و ليست مثل القبول من جميع الجهات و الا لكان العقد الفضولي باطلا بالفصل بين العقد و الإجازة و لكن الإجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى نفسه و الأمر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولي.

و بالجمله العقد الواقع فضولاً على وجه خاص لا بدّ و ان تقع عليه الإجازة على ذلك الوجه و الا لحصل التخلف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٥

لا يتوهم أنّ تقييد العقد على النحو الذى قلتم عين التعليق فيكون باطلاً اما لعدم حصول المعلق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه. فإنّه توهم فاسد إذ معنى التعليق أنّ أصل الالتزام العقدي متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فإنّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود- المشروط و من عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيّد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار.

لا يقال أنّه اى فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الإجازة الموجب للبطلان.

قلت: فرق واضح بين الأمرين حيث العقد قد تحقق على الأول و لكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثانى فإنّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلاً نظير عدم قبول القابل بما أنشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل. و توضيح المقام أنّه هل يعتبر مطابقة الإجازة للعقد أم لا- و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الأصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى أم لا، و تفصيل ذلك ان الإجازة تارة تكون مطابقة للعقد و هذا لا شبهة فى صحته كما تقدّم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل.

و اخرى تباينه مباينة تامّة كما إذا باع الفضولى الدار فأجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و أجاز المالك دار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٦

الكبير و هذا لا شبهة فى بطلانه لأنّ الإجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجز و ما أجز لم يقع فيحكم بالبطلان. و ثالثه تكون الإجازة مخالفة للعقد الواقع من جهة و موافقة له من جهة أخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص و المطلق و المقيد، اما الأول كما إذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكلة بأن باع الفضولى دارين أو فرسين لزيد أو أحدهما لزيد و الآخر لعمرو فأجاز المجيز أحدهما دون الأخر، و اما الثانى كما إذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلا شرط سواء كان من المالك الأصيل أو العكس.

أما الأول: فلا شبهة فى صحته غاية الأمر انه يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة و ذلك لان البيع ح انما يكون منحللاً الى بيوع متعددة غاية الأمر يكون كل فيها مشروطاً بالآخر فالمجيز بإجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طبقاً للنحل بالنحل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشتري الخيار و هذا واضح.

و اما الثانى: فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمة فهى أنّه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان.

الأول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما إذا باع العبد على ان يكون كاتباً فان الكتابة متعلق بالالتزام الشرطى و يكون ملتزماً به و اخرى يطلق على نفس الالتزام.

اما الأول فلا شبهة فى عدم كون العقد معلقاً عليه و مقيداً به بان يقول بعثك العبد على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع بحيث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٧

يكون أصل البيع متوقفاً على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا يبيع أصلاً فهذا لا شبهة فى بطلانه اما مطلقاً كما هو الظاهر لبطلانه فى العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الأول بل معناه ان الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلق عليه بحيث لم يكن كاتباً لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خيارياً مثلاً لو باع

زيد داره من عمرو بشرط ان يخيط عمرو له ثوبا فقبل عمرو ذلك و لكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا فى جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات.

و اما الثانى فلا شبهة فى كونه قييدا للعقد فإنه لو باع احد داره بشرط كذا أو على ان يكون له الخيار فإن بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبائع من الأول باع بيعا مقيدا و أورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الأول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى و ح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطى فلم يقبل ما أنشأه البائع و لم يرد التزامه على التزام البائع فيكون باطلا و بالجملة ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة إليها مطلق و انما هى قيد للالتزام و الثبات على العقد، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد إذا لو لم يقبل المشتري ما أوجده البائع من العقد المقيد بالتزام خاص بأى نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الأول لأن ما أوجده

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٨

البائع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تارة يكون من المالك الأصيل بأن باع الفضولى دار زيد فضوله من عمرو فاشترط عليه ان يخيط ثوب عمرو فأجاز العمر و بدون ذلك الشرط و هذا لا إشكال فى صحته لأن المالك قد تجاوز عن حقه و أسقطه من الأصيل و العفو و التجاوز عن الحق لا يوجب البطلان.

و بعبارة اخرى: ان الالتزام البيعى و ان كان مطلقا و قد قبله المالك بإجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز بإجازته على التزام الفضولى و لكن أسقطه بعد قبوله غايه الأمر أن ذلك انى و تقديرى لا أن الاسقاط قبل القبول أو ان المالك لم يجز التزامه بل شيئا آخر و الا يلزم المحذور.

و اما إذا كان من الأصيل على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الإجازة باطله و ذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الأصيل فإن التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الإجازة و ما وقعت به الإجازة لم يقع فتكون الإجازة لغوا فلا يكون العقد مشمولا للعمومات إلا إذا انضم إليه إجازة أخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد.

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع أحدهما متاعا مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدالين و قبل الآخر بدون ذلك الشرط فإنه ح لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فإن ما أنشأه البائع غير ما قبله المشتري فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٩

فإذا لم يتم ذلك فى الاصيلين فكيف فى الفضولى و لا شبهة ان- الإجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المجيز كما ان القبول يوجب استناد الإيجاب إلى القابل.

و من هنا ظهر ان ما جعله شيخنا الأستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث ان فى صورة تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجيا أو عقليا قد توارد الالتزامين من البائع و المشتري على مورد واحد و لكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلا لو باع احد داره و اشترط على المشتري ان يحج عنه فقد تعذر ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لا يقدر على المشى أو هرما أو مات و هكذا فإن هذا و نظائره لا يوجب بطلان البيع فإن المشتري قد التزم على ما التزم به البائع و لكن قد أوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط فيكون البائع مخيرا فى الفسخ أو الرضايه حتى يتمكن المشتري من ذلك و اما التعذر الشرعى كالشروط المخالفة للكتاب و السنة فكما إذا باع متاعا و اشترط فى ضمنه ان يعطيه المشتري مقدار من الخمر فقبله المشتري و هذا أيضا ليس نظير ما نحن فيه إذا المشتري أيضا قبل التزام البائع على النحو الذى التزم و توارد الالتزامين على مورد واحد و لكن المنع الشرعى أوجب التعذر و

المنع فلا اشكال فيه أيضا من هذه الجهة و اما من جهة كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد أو أنه مثل التعذر العقلي يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر و سيأتي في محله.

لا يقال ما الفرق بين عدم مطابقة الإجازة مع العقد في بيع المجموع المركب و بين عدم المطابقة في صورة الاشتراط فاما لا بد من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٠

القول ببطان الإجازة فيهما أو عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى.

أقول الفرق بينهما بديهي و قد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه أنّ في صورة اختلاف الإجازة مع العقد بالجزئية و الكلية أنّ المجيز قد أجاز البيع على النحو الذي وقع و هذا بخلاف صورة الاختلاف بالإطلاق و التقييد بيان ذلك انه إذا باع فرسين من عمرو فضولته لمالك واحد أو لمالكين ففي الحقيقة أنّ هنا بيعان كليهما خيارى فإنّ كلا من -الفرسين بيع منضمما الى الآخر و بهذا الشرط فإذا أجاز المجيز أحدهما دون الآخر فليس معناه أنّ المجيز أجاز البيع الغير الخيارى بل أجاز البيع الخيارى و لذا لو سئل لأجاب هكذا فح يثبت للبائع الخيار و لا يلزم ورود الإجازة بما لم يقع و كون ما وقع خاليا عن الإجازة و هذا معنى خيار تبعض الصفقة و هذا بخلاف صورة عدم المطابقة في الشرط فإن الإجازة لم تقع على العقد كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلية نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى قبل المشتري أحدهما دون الآخر فهل يتوهم احد أنّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الإيجاب و القبول بمورد واحد و كذلك ما نحن فيه و هذا أمر واضح في الاصيلين و غيرهما و بذلك يبتنى خيار تبعض الصفقة.

فتحصل عدم بطلان الإجازة في صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلية دون عدم المطابقة بالإطلاق و التقييد مع كون الشرط من الأصيل على المالك و من هنا ظهر أنّه لا وجه لإدراج صورة عدم -المطابقة بالجزئية و الكلية تحت العقد في تعذر الشرط و جعل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤١

الاختلاف بالجزئية و الكلية و الإطلاق و التقييد و تعذر الشرط كلها من واد واحد.

ثم لو كان الشرط عند الإجازة و خارجا عن العقد و هذا أيضا تارة يكون من المالك على الأصيل و اخرى من الأصيل على المالك و اما لو كان من المالك على الأصيل بأن باع الفضولى داره من الأصيل خمسين دينارا و اجازه المالك مع اشتراط سكنى سنه في تلك الدار فذكر المصنف وجوها في ذلك الأول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازه الأصيل و الثالث البطلان بمعنى أنّ العقد الفضولى لا- يمكن الحكم بصحته بهذه الإجازة لأن ما وقع عليه العقد لم يجز و ما أجز غير الواقع فتكون تلك الإجازة باطله و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ في ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى أنّه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائية اما من جهة الإجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ و شئ آخر فما لم يرتبط أحدهما بالآخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال في القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه أحد الشئيين بالآخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجود الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا أيضا و لكن لا دليل عليه و أنّما هو خلاف الأخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلك فإنّه يكون ذلك الشرط بالإجازة شرطا في ضمن العقد و التزاما في التزام.

بيان ذلك أنّ الإجازة كما تقدم مثل القبول في استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٢

من الطرفين على الآخر و لكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط و حصوله و الا فلا يلتزم -بالإيجاب. و بعبارة اخرى: يلتزم بقبول الإيجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط و الا فلا يلتزم و ح لو لم يرض الموجب بهذا المشروط يبطل الإيجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد و عدم ارتباط أحدهما بالآخر فيكونان باطلين و اما إذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهة لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و أنّما الخارج منه

بالإجماع أو باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية واما غيرها فلا.

غاية الأمر لم يكن ذلك الشرط مذكورا عند الإيجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب في ذلك عن القابل و لا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط في الإيجاب بل المناط في لزومها و عدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه و هذا في غاية الوضوح فأمر الإجازة أمر القبول كما تقدم و أما لو كان من الأصل على المالك بأن أجاز المالك مع شرط للأصيل على نفسه و هذا لا شبهة في صحته بالدلالة الالتزامية الفحوائية فإنّ المالك قد أجاز البيع الذي كان الأصل ملتزما به مع إضافة شرط عليه على نفسه و قد كان الأصل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالأولوية نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذي مرجعه الى جعل الخيار و قد تقدم نظير ذلك في رواية البارقي و قلنا انّ رسول الله ص و ان كان قد وكله بشراء الشاة بدينارين الا أنّه بالأولوية قد وكله في شرائها بدينار أيضا فيكون شرائه الشاة بدينار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٣

من جهة التوكيل فتكون الرواية خارجة عن الفضولية فإن من وكل الغير شراء دار بخمسين دينارا فبالأولوية راض بشرائه بعشرين هذا و اغتتم.

قوله: و اما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور.

إشارة

أقول: الأول ذكر انه يشترط في المجيز ان يكون حين الإجازة جازئ التصرف فلا تجوز الإجازة ممن لا يجوز التصرف في حقه و هذه قضية قياسها معها فإنك عرفت مرارا انّ الإجازة من الأحكام الشرعية الثابتة للملاك بالنسبة إلى أموالهم نظير جواز البيع غاية الأمر انّ جواز البيع حكم ابتدائي و الإجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولي فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا- تجوز له الإجازة لكونها بيعا حقيقه فإنّ العقد قبلها لم يكن مستندا الى المالك و لم يكن بيعه و حين الإجازة ثار بيعا له كما أنّه باع من الأول مباشرة و لا يفرق في ذلك بين القول بالكشف أو النقل فإنّ هذا انما بعد الفراغ من صحة الإجازة و الفرض انّ الإجازة غير صحيحة و هكذا الأمر في كل مورد لا تصح الإجازة.

و بعبارة اخرى: انّ حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط في البيع و على هذا فلو باع الفضولي ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فإجازة المفلس أو الراهن بنفسها لا- تؤثر فيه بوجه و الأمر الثاني: انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد و الا فيبطل العقد الفضولي فصحته مشروطة بذلك الشرط و قد ذكروا في وجه ذلك وجهين، الأول، ما عن قواعد العلامة من انّ صحة العقد بدونه يمتنع فإذا امتنع في زمان فيمتنع في جميع الأزمنة لعدم الفرق في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٤

الامتناع بين قلة الزمان و كثرته.

الثاني بلزوم الضرر على الأصيل فإنه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الإطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الأصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه أن يجيز العقد لأنه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه فأدله نفي الضرر ينفي لزوم ذلك العقد و هذا يتصور على وجوه.

الأول: ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه أن يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا أو شرعا أو لم يكن و الا فيبطل و على هذا فلا موقع لذا الشرط في الأموال حتى عند العامة أيضا إذ ما من مال الأولي من يجوز تصديده بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولي أما عندنا فوجود ولي الأمر صاحب العصر عجل الله فرجه فإنه الولي المطلق فأى مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه و تصرفه فولته هو الامام (ع) و نعم ما ذكر البيضاوي انّ هذا الشرط لا موقع له عند العامة لقولهم بوجود

الامام (ع) في كل زمان و اما عند العامة فكذلك أيضا لأنهم أيضا قالوا بوجود ولي الأمر في كل زمان غايتهم يخطئون في تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود في كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصح في النكاح بناء على عدم ولاية أحد حتى الامام عليه السلام.

الثاني: ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا.

الثالث: ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا.

و بعبارة أخرى من الأول:

ان الكلام هنا أي في شرائط المجيز يقع في ضمن مسائل.

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٥

الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف حال الإجازة

فلا يجوز لمن لا يجوز له ذلك و قد تقدم هذا.

المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد

إشاره

و قد ذكر العلامة (ره) ان الممتنع في زمان ممتنع دائما و أضاف إليه الشيخ بكونه ضررا على الأصيل فإنه لا يجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و لا فيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالإجازة فلو بقي العقد الفضولي على النحو الذي وجد لكان ضررا على الأصيل.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه.

الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ذات المجيز

و من يكون من شأنه إجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما، و هذا الشرط أنما يتم على غير مذهب الإمامية و اما على مذهبهم القائلين بوجود الإمام في كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوي إذ لم يوجد عقد في العالم الا و له مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (ع) عندنا ولي الأمر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الإمامية يمكن ذلك و كذلك- عندهم إذ لم نقل بكونه وليا في جميع الأمور حتى النكاح مثلا

الثاني- ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازة عقلا

بان لا- يكون مانع عقلي من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك مما يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فإنه ح يحكم بفساد العقد و هذا الوجه أيضا لاحق بالأول فلا فائدة في البحث عنهما فإنه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالأولوية مضافا الى ورود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٦

الروايات في صحة نكاح الصغيرين مع عدم التمكّن من الإجازة الفعلية عند العقد و كذلك صحيحة محمد بن قيس و رواية البارقي فهذا ان الوجهان ليسا بمهمّ و العمدة هو الوجه الثالث.

الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمكّن الشرعي

بان لا يكون مانع شرعي من الإجازة حال العقد فلو باع الفضولي مال اليتيم من غير غبطة و مصلحة فيه مع حضور الولي ثم صار ذلك البيع ذا مصلحة كما إذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائة و لكن صار وقت الإجازة ذا مصلحة لكونها في شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فإنّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلي أيضا من الإجازة عنده الا انّ أجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطله و لو لم يكن يجيز حال العقد فإنه منهي عن التصرف في ماله الا بوجه حسن و هذه الإجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطله و يكون العقد باطلا و لكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الأولين و يظهر حكمه من عكس المسألة كما إذا فرضنا انّ الفضولي باع مال اليتيم مع مصلحة فيه فإذا أراد الولي ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحة في حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقي المال على أضعاف مقابل ما باعه الفضولي فلا شبهة في عدم صحة إجازته و نفوذه و كون البيع باطلا فإنّ البيع و ان كان ذا مصلحة حال العقد و لكن ليس فيه مصلحة حال الإجازة و المناط وجودها عندها لأنّ زمان الإجازة كان زمان البيع حقيقة و نقطة شمول أو فوا بالعقود عليه فحيث أنّه في هذا الزمان غير مصلحة في حق اليتيم فيكون باطلا و السر في ذلك هو ما تقدم انّ حكم الإجازة حكم البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٧

الابتدائي فكما لا يصح بيع مال اليتيم بلا مصلحة ابتداء فكذلك لا يصح اجازة بيعه لكون العقد بالإجازة مستندا إلى الولي. و بعبارة أخرى: قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن و اجازة الولي بيع مال اليتيم فضوله عند عدم الصلاح فيه حال الإجازة و لو كان فيه مصلحة حال العقد تقرب بغير وجه أحسن فلا تكون نافذة إذ المناط في كون البيع ذا مصلحة حال الإجازة. و من هنا يظهر حكم ما نحن فيه إذا البيع و لو كان خاليا عن المصلحة عند العقد و لكن حالها عند الإجازة فكما يصح البيع الابتدائي عند وجود المصلحة فيه فكذلك تصح الإجازة للبيع الفضولي فإنّ زمان الإجازة هو زمان تحقق البيع حقيقة و زمان شمول العمومات إذا- فاشتراط كون المجيز متمكنا من الإجازة حال العقد شرعا لا- موقع له بل المناط التمكّن حال الإجازة و من هنا لو كان فاقدا للتمكّن الشرعي حال العقد و صار واجدا له حال الإجازة فتصح أجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الأولين بالأولوية و كذلك اتضح انه لا- يفرق هنا بين القول بالكشف و النقل كما تقدم و اما ما ذكره العلامة (ره) من انّ الممتنع في زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتي فالكبرى أمر مسلم كالاتتماع الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التي مرجع كلّها الى اجتماع النقيضين و من هنا يسمّى مبدء المبادئ فإنّ أمثال ذلك انّ الشيء إذا امتنع في زمان فيكون ممتنعا دائما لأنه لا يحتمل انّ اجتماع النقيضين يكون محالا في زمان و غير مستحيل في زمان آخر بل هو محال بذاته و لكن الصغرى ليس بمسلم إذ الامتناع في أمثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٨

عقد الفضولي ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير و من جهة عدم العلمة و المصلحة و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيري فهو مسلم صغرى إذ عدم صحة عقد الفضولي حال العقد انما هو لأجل عدم المصلحة فيه عنده و لكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير في زمان لا- يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا في زمان لأجل عدم علته و ممكنا في زمان آخر بل واجبا لوجود علته و من هنا قال الشيخ الرئيس أنّ الممكن من ناحية علته أليس و من عدم علته ليس و- بالجملة الامتناع الغيري تابع لعدم علته فكما كانت معدومة فيعدم و إذا وجدت العلة يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندري ما ذا

أراد العلامة من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا على الأصيل لكونه ممنوعا من التصرف في ما انتقل عنه لاحتمال الإجازة و كونه مال الغير فيكون التصرف حراما و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و كونه أيضا تصرفا في مال الغير فيكون حراما.

و فيه أولا أنّ الضرر إنما ينشأ من لزوم اى من لزوم العقد و قد أثبتنا عدم لزومه من الأول و انما يكون لازما بالإجازة فإذا لم يتحمل الأصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا إلى أصالة عدم الإجازة فلم يشمل عليه من حين العقد أو قوا بالعقود حتى يمنع من التصرفات.

و ثانيا تقدم من المصنف أنّه لا يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الإجازة لعدم العلم بالإجازة و عدمها فإذا نقض ما ذكره هنا بما تقدم بأنه لو تضرر الأصيل إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٩

زمان الإجازة في غير المقام فبأى وجه أجبتم هناك فمثله يجب هنا أيضا من القول بجواز الفسخ أو أنّه أقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ أو غير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصية ليجب إنكار صحة الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحة أصل الفضولى و قد تقدم عدم تمامية الاستدلال بأدلة نفى الضرر هنا فراجع.

قوله الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.

إشارة

أقول: و هذه المسألة الثالثة تتصور على ثلاثة أنحاء الأول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحية عدم المقتضى كما إذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الإجازة باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرف المجيز حال العقد من جهة فقدان شرطه كما إذا باع الفضولى مال اليتيم أو السفية أو المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط فإنّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرف حال العقد من جهة عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد.

الثالث ان يكون ذلك من جهة وجود المانع

بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقترنان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التأثير و هذا كما إذا باع الفضولى مال الراهن فضولا فإنّ الراهن مالك حقيقة و شرائط التصرف موجود فيه و لكن اقترن ذلك بمانع أوجب منعه عن التأثير عن جواز التصرف.

فهل يحكم في هذه الصورة ببطلان البيع الفضولى أو بالصحة فللمجتز ان يجيز العقد بعد تجدد المقتض و احتوائه الشرائط و ارتفاع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٠

الموانع أو يفصل بينها فيحكم بالصحة فى بعضها و بالبطلان فى بعضها الآخر وجوه.

اما الصورة الأولى فالبحث فيها من جهات ثلاث الأولى ان لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثانى ان لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهرى فى حقه و حكم بعدم جواز التصرف فيه.

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيلا- و توهمًا من غير ان يكون كك واقعا أو يتم فى حقه الحكم الظاهرى فى مرحلة الشك فالجامع فى الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصورة بعينها هى مسألة من باع شيئا ثم ملك فهى مسألة معروفة و سيأتى الكلام فيها و اما الصورة الثانية فالظاهر أنّه لا شبهة فى صحة العقد و عدم اشتراطها بكون المجيز

جائز التصرف حال العقد بل يكفي في صحته كونه جائز التصرف حال الإجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد و غيره في صحيفه الوجود خلا استناده الى من له العقد و لا بد و ان يستند اليه و إذا كان المجيز حين أجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه و الحكم بصحته فذلك حين انعقاده و ان كان غير واجد لمجيز يجوز تصرفه الا غير شرط في صحته بل يكفينا الشك في ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحة تأهليه فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذي يوضح ذلك انه لو عقد صبي أو سفيه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فأجازته الولي أو أجازا بعد ارتفاع اليتيم و السفه-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥١

و صيرورة الصبي بالغا و السفه رشيدا فهل يتوهم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل.

نعم في المجنون إذا عقد بسفه ثم أفاق و أجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة و بالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفه و الصبي بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة أم كان المتصدى لذلك شخص فضوله ثم أجازا فلا شبهة في صحة ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الإجازة جائز التصرف بل يكفي كونهما واجدين للشرط حين الإجازة و ذلك لأن العقد تمام من جميع الجهات الا من جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الإجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه.

اما الصورة الثالثة فهي اقتران بالمانع كما إذا باع الراهن أو المرتهن أو الفضولي مال الرهانة ثم أجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث ان الراهن لم يكن جائز التصرف حال العقد و انما صار كك حين الإجازة فهل يصح هذا العقد أم لا أو يفصل الظاهر أنه لا مانع من الحكم بصحة العقد هنا أيضا لما تقدم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد بإجازته إذا كانت حين كون الراهن جائز التصرف خصوصا إذا كان البائع هو المرتهن فان تصديه بالبيع كاشف عن عدم كونه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فكما ان المناط في تماميته صحة البيع من جميع الجهات في البيع الابتدائي هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٢

زمان العقد فكك في البيع الفضولي هو زمان الإجازة في الشروط التي ترجع الى المالك دون العاقد و قد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده و حاصل الفارق ان بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولي فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات بإجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فإنه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونة لتعلق حق الغير بها و الغي بذلك استناد المبيع اليه فيكون يبعه هذا غير مستند اليه و ان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعى و معلقا من دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفه و البيع الفضولي فإن البيع في لجميع يستند الى المالك بالإجازة بعد البلوغ و الرشد في الأولين و الإجازة في الثالث لوالى من له العقد أعنى الولي فيتم العقد من جميع الجهات و لم يبلغ الشارع الاستناد بالكلية في أمثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فإنه الغي استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخالة حيث ان الشارع الغي استناد ذلك العقد الى الزوج من دون إذن العمه و الخالة فيكون فاسدا و بالجملة كان أساس المنع ان العقد الذي وقع له ينتسب الى المالك لإلغاء الشارع استناده اليه مع تعلق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد آخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا و لا توجب انفكاك الرهن صحته و لا ان أجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضوله فلا يكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر أنه لا فرق في الحكم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٣

بالصحة والاستناد بين بيع الراهن والمرتهن وغير البيوع الفضولية وكلها قابلة الاستناد الى المجيز ولها صحة تأهلية. وذلك فان اجازة المرتهن والعمه والخاله وان كانت دخيلة في صحة العقد ولكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهلية وعن قابلية الاستناد الى من له العقد بعد تمامية سائر الشرائط واجازة من لإجازته دخل في صحة العقد فإنه لا نرمانعا عن شمول أدلة صحة العقود على ذلك بوجه غاية الأمر لا بد من ملاحظة ما يدل على دخالة إجازة الغير في صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم وانما نحكم به بعد اجازة الغير واما المقدار الزائد فلا وليس في الأدلة الدالة على دخالة إجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن أو العمه والخاله كما لا يخفى.

فيكون ذلك تخصيصا لأدلة اللزوم من الأول نظير تخصيصها بالأدلة الدالة على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد وليس ذلك تخصيصا في الافراد حتى يتوهم عدم إمكان التمسك بالعمومات في مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلك الأخبار الواردة في نكاح الصغيرين حيث انّ الصغيرين ليسا ممن يستند إليهما العقد عنده. وكك يدل على ذلك الأدلة الواردة في صحة نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده ففي المقام أيضا انّ الراهن في بيعه هذا لم يعص الله وانما عصى المرتهن فيكون عقده وبيعه صحيحا ويتم من جميع الجهات بإجازة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٤

المرتهن فهذا لا شبهة فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى.

و يؤيد ذلك بيع الصرف والسلم حيث انّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشترطه به وانما ينتسب بعد تحقق شرطه وهو القبض ويكون مشمولا لافوا بالعقود ومقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستندا الى الراهن حين الصدور من جهة المانع وكان باطلا- بمعنى عدم ترتب الأثر عليه ولكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسبا الى المالك و مشمولا للعمومات كما هو واضح وبعبارة اخرى: انّ المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص والتقييد وقد تحقق في محلّه انّ التقييد مقدّم على التخصيص لكونه قدرا متيقنا مثلا إذا ورد أكرم العلماء و علمنا بخروج زيد العالم عنه في اليوم الأول يقينا ولكن نشك في خروجه إلى الأبد أو في اليوم الأول فحينئذ يدور الأمر بين تقييد العام باليوم الأول والالتزام به من جهة طرؤ حالة موجبة للتقييد و بين تخصيصه وإخراج الخاص من تحته إلى الأبد فيؤخذ القدر المتيقن لأنه المتيقن الخروج و تمسك بالعام في الأزمنة الأخرى ومقامنا كذلك حيث ورد التقييد قطعاً للعمومات ببيع الراهن حين تعلق حق الرهانة بالعين الموهونة و خرج ببيع هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس ولكن نشك انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حالة تعلق حق- المرتهن عليها ليكون الإخراج تقييدا أو أبدى ليكون الخروج تخصيصا فحيث انّ القدر المتيقن هو الأول فالمقدار الزائد منه مشكوك فنلتزم بالتقييد فنتمسك بالعمومات في المقدار الزائد وهذا واضح جدا.

وقد بقي هنا أمران الأول أنه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٥

و عدم منع تعلق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لإجازة المرتهن دخالة في صحة ذلك البيع الذي كان المالك غير جائز التصرف حين العقد و كان البيع واقعا فضوله أو أصالة من الراهن بعد فك الرهن باعتبار دخلتها قبل الفك و حين صدور العقد أم لا الظاهر عدم دخالة رضاه في صحة ذلك العقد فانّ عقد الراهن كان تمام الجهات واجدا للشروط من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهة الاستناد أيضا فيشملة العمومات و بعد ذلك تعليق صحته إلى شيء آخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و إذا- شكنا في دخلته في صحة العقد فنُدفعه بالعمومات. الأمر الثاني و هو المهم أنه هل هذا كسائر البيوع الفضولية في جريان نزاع

الكشف و النقل فيه أو أنّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازها عنها لأنّ الظاهر أنّه لا ملازمة بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعاً للمحقق الثانى و من تبعه فإنه (ره) مع إسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فإذا باع الراهن العين المرهونة فلا تكون الملكية حاصلةً من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك أنّ أساس قولنا بالكشف فى هناك هو أنّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط إلا جهة الانتساب فإذا انتسب إليه بالإجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الإجازة و تثبت صحة العقد و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٦

ترتب الأثر عليه من الأول لجواز تعلّق الإجازة بالأمر المتقدم كجواز تعلّقها بالأمر الحالى و الأمر المتأخر لكونها من الأمور التعلقية كما عرفت و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ عدم تمامية العقد على العين المرهونة حين العقد لم يكن مستندا إلى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لو كان الراهن هو البائع و على تقدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانية جهة تعلق حق الغير به و عدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط آخر و هو خلوه عن رضائه من رضايته شرط فى صحة العقد و هو حق المرتهن و لذا لو كان البائع هو الراهن أو غير الراهن فضوله و أجاز الراهن قبل أداء الدين و فك الرهن لا- يكون العقد أيضا مشمولاً للعمومات لاقتترانه بالمانع و هو حق المرتهن و على هذا فلو باع الفضولى العين المرهونة أو الراهن فى يوم السبت و انفك الرهن يوم الأحد و أجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما إذا كان البائع هو الفضولى و عدم وجدانه تمام الشرائط لو كان هو الراهن و فقدان رضائه المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فإنّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فإذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفك و انحصار المانع بعدم رضائه المالك.

و بعبارة أخرى: أنّ رضائه المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التى ترجع اليه و من ناحيته دون الموانع التى من ناحية الغير فإنّ الناس مسلطون على أموالهم و شؤونهم و حقوقهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٧

فليس لأحد التصرف فيما يكون موردا لسלטنة الغير و يكون ذلك موجبا لازالة حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو فى الحقيقة متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فإنّه لو باع احد مقداراً من الذهب فضوله ثم حصل القبض بعد ساعتين و أجاز المالك ذلك البيع بعد أربعة ساعات فهل يكشف ذلك الإجازة من حصول النقل من زمان العقد مع أنّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل أجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فإنّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضائه المالك فقط بل كان بعد القبض أيضا موجبا لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الأمر كك لو كان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم.

و بالجملة لا نعقل وجها للقول بالكشف من حين العقد فى بيع الفضولى العين المرهونة كما لا يمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف أيضا.

هذا كلّه فيما إذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط أو وجود المانع

و اما المسألة الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا الى عدم المقتضى

إشارة

فقد عرفت أنّ هذه المسألة منحلّة إلى ثلث- مسائل.

الاولى ان يبيع شخص ما لا- لنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه أو بالنواقل القهرية

كالإرث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد أم لا وقد نسب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٨

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسألة بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل إخراج الزكاة حيث التزم الشيخ الطوسى بصحة البيع و يلزم للمالك أداء الزكاة من ماله مع أنّ هذه المسألة من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شىء ليس للبائع مالكيه لها ثم ملكه فإنّ حق الفقراء قد تعلقّ بالمال و كانوا شركاء معهم بأى نحو كانت الشركة سواء كان بعنوان الشركة الحقيقية أو من باب الكلى فى المعين.

وفيه: أنّ الظاهر أنّ الشيخ لم يفت فى هذه المسألة بالجواز من جهة القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكاة و هى صحيحة عبد الرحمن البصرى قلت للصادق (ع) رجل لم يترك إبله و شأنه عامين فباعها على من أشتريها أن يتركها لما مضى قال نعم تؤخذ زكوتها و يتبع البائع أو يؤدى زكوتها البائع و العجب من المحقق كيف رضى القول بالإشكال على الشيخ مع ورد النص عليه و غفل عن النص كما أنّ العجب من المصنف حيث احتمل أنّه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحة البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان أو حق المرتهن و لم يحتمل كون الشيخ مستندا إلى الرواية و اذن لا وجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصة بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد.

و الحاصل أنّ الكلام فى عدم كون المميز جائز التصرف حال العقد من جهة المقتضى يقع فى ضمن مسائل.

الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٩

كما إذا باع الابن مال أبيه ثم ملكه بالقهر كالإرث أو بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى أنّه محتاج إلى الإجازة أم لا و قد ذكرنا أنّه لا ملازمة بين هذه المسألة و بين مسألة بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فإنّ أصل مسألة بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسألة بناء على تعلقّ الزكاة بالعين و كون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركة على نحو الإشاعة أو على نحو الكلى فى المعين و لكن المسألة منصوصة فجواز بيعها لا- يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فإنّه و رد النص على ما فى حاشية السيد انه لو باع المالك العين الزكوى فيكون البيع صحيحا فتكون الزكاة على البائع بأن يؤديها من ماله أو تتبع المال فيؤديها المشتري فهذا أمر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكلية فأرجاع الشيخ المسألة الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة فقد عرفت جوابه فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لا بد و ان يعلم أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة تلك المعاملة فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليجب تقيدها أو تخصيصها إذا عرفت ذلك.

اعلم أنّ المسألة ذات قولين قول بالصحة كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحة و عليه جماعة أخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد الله التستري

و قد استدلل على البطلان بوجوه قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.

الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثة

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٢

فيلزم ح كون ما تعلق به الإجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا إذا- الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع.
و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا أيضا إذ البائع لمال الغير لنفسه أنما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك
أنما هي بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازة المالك منشأ حتى يكون موردا
للإجازة.

الوجه الثالث: ان الاخبار تدل على ان بيع ما لا يملك حين العقد غير جائز

إشارة

و قد تقدمت الإشارة إليها و الى توجيهها و سيأتى الكلام فيها تفصيلا.

و الحاصل ان من جملة الإشكالات التى أشكل به التستري على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من عدم تحقق
قصد البائع إلى حقيقة المعاوضة و المبايعة فإن حقيقتها مبادلة مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوض منه لتحقيق
المبادلة بين المالكين فى جهة الإضافة.

أقول: و قبل الدخول بتوضيح ذلك لا بد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع
عليه فى العرف حقيقة فيكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات فإن ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تخصيصها أو تقيدها
فأخذ به و نقيده بذلك أو نخصيص الإطلاق و العمومات و الا فنحكم بصحة المعاملة و هكذا الأمر فى جميع الموارد إذا عرفت ذلك
فنقول أنه و ان أجبنا عن ذلك الإشكال أمس بما لا يضر ببيع الغاصب و لا ببيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٣

البائع مال الغير لنفسه و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه

و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين.

الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري منه بعد ذلك

أو يملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعاً أنه يملك.

و بعبارة أخرى يكون الإنشاء فعلياً و المنشأ استقبالياً بحيث ينشأ فعلاً ملكية مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه و لكن
ملكية متأخرة نظير بيع مال نفسه بعد خمسة أيام و هذا لا شبهة فى صدق حقيقة المبايعة عليه و تحقق القصد من البائع الى ذلك و
كونه مشمولاً للعمومات و الإطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهة التى نحن بصدددها بل لا يتوقف على الإجازة أصلاً لكونه
خارجاً عن البيع الفضولى و أنما باع مال نفسه.

نعم نتوقف فيه من جهة التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فإن الإنشاء هنا و ان كان حاليًا و لكن المنشأ عبارة عن ملكية مال زيد
للمشتري بعد خمسة أيام نظير باب الوصية و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له أو لغيره أو
قال بعتك هذا ان قبلته فإن أمثال هذه التعليقات التى هى راجعة إلى التعليق فى أركان العقد المكونة فى العقد حقيقة سواء صرح به
أم لا لا يضر بالصحة لكونها مما لا بد منه و خارجاً فى معقد الإجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام.

اللهم الا- ان يقال ان بطلان التعليق أنما هو بالإجماع كما سمعت و هو دليل لئى فلا بد من أخذ المتيقن من ذلك فهو فيما إذا كان

البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شيء فحكم ببطلانه-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٤

للتعليق للإجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق في بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا في معقد الإجماع.

الثاني من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين

من دون ان يكون في البين تعليق بان يكون المنشأ الملكية بعد خمسة أيام بل ينشأ ملكية مال زيد لعمرو في مقابل خمسة دنانير ليدخل الثمن في كيسه و يخرج المثل من كيس زيد من غير ان يكون غرضه إنشاء الملكية المتأخرة ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشتري و ان كان غرض التستري (ره) هذا الوجه الظاهر أنه لا مدفع له لانتفاع حقيقة المبيعة فإن حقيقة المبادلة بين المالكين و ذلك لا يتحقق الا بكون العوض داخلا على كيس من خرج المعوض من ذلك و من هنا قلنا سابقا ان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالكين في جهة الإضافة و بان يعقد العوض مكان المعوض و المعوض مكان العوض و الا- فليس المراد من التبديل التبديل المكاني و على هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد إلى حقيقة المبيعة و المبادلة و ما قلنا أمس من عدم دخالة خصوصية المالك في حقيقة البيع لكونها أمرا زائدا عنها و ان كان صحيحا و لكن المقام ليس كذلك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصية بل راجعا الى هدم حقيقة البيع فإنه انما لا يضر عدم التوجه الى الخصوصيات المالكية إذا كانت حقيقة البيع متحققة و انما كان الاشتباه في خصوصية المالك أنه هو أو غيره كما إذا باع مال غيره اشتباها أو بتخيل أنه له فإن القصد في أمثال ذلك انما تعلق بالمبادلة بين المالكين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوض و بالعكس غاية الأمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٥

ان الخطاء وقع في تطبيق المالك على غير المالك.

نعم هذا يجرى في بيع الغاصب حيث أنه نزل نفسه ادعاء منزلة المالك و جعل نفسه من مصاديق ذلك فإن المبادلة انما وقع بين المالكين بحيث يكون العوض داخلا في ملك طبيعي المالك و بالعكس و الخصوصيات الشخصية المالكية خارجة عن حقيقة المبادلة و إذا باع شخص مال غيره كما في الغاصب بدعوى أنه هو المالك نظير دعوى الحقيقة الادعائية في المجاز على ما سلكه السكاكي فقد حصلت المبادلة بين المالكين حقيقة و اما إذا لم يكن كذلك و لا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه و لا الى التخيل بل مع العلم بان المال الغير يبيع ذلك ليكون المعوض خارجا من كيس مالكة و يدخل العوض داخلا بكيس نفسه البائع دون المالك فقد عرفت في تعريف البيع أنه خارج عن حقيقة المبيعة و المبادلة و بالجملة ان الخصوصيات المالكية لا تضر بحقيقة المعاملة إذا لم توجب التزلزل في حقيقة المبادلة و الا فلا بد من اعتبارها على النحو الذي عرفت.

لا يقال ان من باع مال غيره لنفسه و ان لم يدعى كون نفسه مالكا تنزيلا و من مصاديق طبيعي المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مدة اما بالقهر أو بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد أيضا بالمجاز المشاركة.

فإنه يقال ان المجاز المشاركة لا يوجب تحقق البيع حقيقة و انما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صدر منه بيعا مجازا و لا يقاس ذلك- بالادعائي فإنه يوجب تحقق البيع حقيقة.

الإشكال الثاني على بطلان بيع مال الغير لنفسه

أنه لا بد و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٦

ان يكون بيع الفضولي واجد الجميع الشرائط و حاويا لها غير جهة رضائه المالك فإذا رضى المالك فتم من جميع الجهات و يستند

البيع اليه و يكون مشمولاً للعمومات و مقامنا هذا ليس ككك إذ البائع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضائه المالك ليس قادراً على تسليم المبيع حين العقد مع أنه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الأدلة و قد أجاب عنه المصنف بما حاصله انّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و انّ رضائه المتأخّرة هل توجب صحّة ذلك البيع أم لا فقد عرفت كفايتها فيها فانّ ما يدل على اعتبار رضائه المالك ليس إلا آية التجارة و التوقيع الشريف الدال على حرمة التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس و لا شبهة انّ البيع الفضولى بعد رضائه المالك تجارة عن تراض و أكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدواناً و غصباً أو نحو ذلك لثلا يصدق عليه التجارة عن تراض.

و اما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بأمر البيع الفضولى. و فى مقامنا هذا انّ هذا البيع باطل من جهة عدم قدرة البائع على التسليم لأننا لا نضائق من اعتباره حال العقد لأجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلاً لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادراً حين الإجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببائع فتفسد المعاملة.

أقول اما التزامه بكفاية رضائه المالك عند الإجازة و كون البيع الفضولى بالإجازة تجارة عن تراض و أكلا لمال الغير بطيب النفس مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٧

فمما لا شبهة فيه لعدم الدليل فى صدق التجارة عن تراض أزيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالإجازة. و اما اعتباره القدرة على التسليم حال العقد فتارة نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدرة عليه اما الأول فلا دليل على اعتباره فى صحّة العقد قطعاً غاية الأمر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشتري أو البائع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط- الضمنى لالتزام كل من البائع و المشتري ضمناً على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدرة على التسليم فليس عليه دليل إلا أحد الوجهين على سبيل منع الخلوّ فشىء منهما لا يدل على مقصد المصنف أحدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطرياً و غررياً و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلاً لذلك.

و فيه انّ الخطر و الخديعة الذى هو معنى الغرر أنّما يتوجه عند الإجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البائع حقيقة فإنّ وقت الإجازة وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتب آثاره و اما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقة ليرتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب أحكام البيع و آثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهة و لا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد أيضاً أم لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال أبيه فمات و انتقل اليه أو مال غيره فاشتره بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأً للأثر من جهات اخرى كما تقدم.

اذن فلا يكون ذلك دليلاً على اعتبار القدرة على التسليم حال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٨

العقد بل على اعتباره حال الإجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلاً من جهة عدم القدرة على التسليم أيضاً فلا يكون ذلك مانعاً من شمول العمومات و الإطلاقات على ذلك و بعبارة اخرى: انّ الدليل أنّما دلّ على اعتبار القدرة على التسليم للبائع بأن يكون هو قادراً على تسليم ما باعه و عنوان البائعية أنّما تحقق عند الإجازة فيكون المالك بإجازته بائعاً لأنّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببائع حقيقة فيكون اعتبار القدرة على التسليم من حين الإجازة للمالك لا قبله فيكون المناط قدرة المالك حال الإجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد أيضاً أم لا. الثانى قيام الإجماع على القدرة على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلاً فى المقام انّ البائع ليس بقادر عليه حال العقد.

و فيه على تقدير قبول الإجماع فهو دليل لئبى فالمتيقن منه صورة كون البائع بائعاً لمال نفسه فإنّه ح تعتبر القدرة على التسليم حال العقد.

و اما فى بيع مال الغير لنفسه فنشك فى دخول ذلك فى معقد الإجماع فىكون خارجا عنه لعدم الإطلاق للأدلة البينة ليشمل الموارد المشكوكه أيضا.

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحة البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص و لم يسلم ذلك قهرا عليه فلا يوجب ذلك بطلان المعاملة كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لأعداء الدين نعم ثبت للمشتري خيار الفسخ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٩

من جهة المخالفة بالشرط الضمنى حيث انّ البائع يستلزم و يشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع إلى المشتري و الا فله ان يفسخ المعاملة لأجل مخالفة هذا الشرط.

الاشكال الثالث من إشكالات التستري

أنه على القول بالكشف و كون الإجازة كاشفة عن الملكية السابقة كما هو الحق و أغمضنا النظر عن الإشكاليين الأولين من منع تحقق حقيقة البيع أو بطلانه من جهة عدم القدرة على التسليم أنه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه فانّ الفرض أنه باع مال غيره لنفسه و لم يملك بعد و قد ملك المشتري عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور. و قد أجاب شيخنا الأنصارى عن هذا الاشكال.

بما حاصله انّ دليل الكشف أنما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لا فى مورد غير قابل لذلك فإذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه أو باع مال غيره لغيره فضولا- ثم ملك الغير ذلك المال فأجاز البيع فىكون حصول الملكية على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابلية تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البائع أو من له البيع الفضولى إلى زمان الإجازة فيما احتاج إليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكية حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها.

و بعبارة اخرى: انّ كشف الإجازة عن الملكية أنما يترتب على وجود الملكية بحيث انّ الملكية بمنزلة الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزلة الحكم المترتب على الملكية و إذا لم يكن من له البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٠

مالكا فىكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالإجازة بل من نقطة من الزمان الذى يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطة ليس المورد قابلا لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل إلى المشتري و يتصور الكشف و على هذا فىكون المال خارجا من ملك البائع بعد دخوله فى ملكه لا قبل دخوله فيه.

و على هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فىكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلى أو شرعى ليكون موجبا لرفع اليد عنها.

و بالجملة من حين وجود القابلية ان يخرج المال من ملك البائع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك.

ثم قال

لا يقاس المقام بما تقدم فى الكشف و النقل أنه لو خصّ المالك على الكشف الإجازة بزمان متأخر عن العقد حيث قلنا بعدم صحة ذلك و وجه عدم القياس انّ القابلية للكشف هنا كموجود من الأول فتكون العمومات شاملة عليه من حين العقد بخلافه هنا فانّ العمومات كما عرفت شاملة عليه من زمان تكون القابلية لا قبله فىكون الإجازة فى الأول بعد العقد مع كون القابلية من حين العقد قادحة فى صحة العقد و غير موافقة للواقع.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولى و إسقاطه عن قابلية لحوق الإجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فىكون بيع المالك ذلك المال الذى باعه الفضولى رداً عمليا كالفسخ

العملى فى باب الخيار و كالرجوع العملى فى باب الطلاق اذن فلا يبق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧١

مجال لإجازة من له العقد ذلك العقد الفضولى لسقوطه عن قابلية لحوق الإجازة عليه.

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولى بمعنى إسقاطه عن قابلية لحوق الإجازة بها و أنّ ذلك أمر ثابت للمالك اما بالإجماع أو بدليل السلطنة لكون ذلك أيضا حقا ثابتا له فى ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه أولا أنّ مقتضى الناس مسلطون على أموالهم كونهم مسلطين على أموال أنفسهم لا على أموال غيرهم إذا بيع المالك ماله أو جب سقوط قابلية العقد عن لحوق الإجازة به فى ملك نفسه لا فى ملك غيره فإنّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله إلى الورثة فكما للورثة ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر فى جميع ذلك هو أنّ خصوصية المالك غير دخيلة فى صحة البيع بل هو مبادلة مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر.

و ثانيا أنّ الدليل أخصّ من المدعى فإنّ هذا أنّما يتم فيما إذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختيارية كالبيع و الهبة و نحوه و اما لو كان بالنواقل القهرية كالإرث و نحوه فلا عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الأول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الأستاذ حيث التزم أنّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورث فيكون الكشف هنا من الأول و من زمان العقد فإنّه بأى وجه يمكن الالتزام بأنّ الوارث قائم مقام المورث فيكون إجازته كاشفة عن الملكية من أول الأمر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين أيضا من هذا القبيل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٢

و اما ما افاده شيخنا الأنصارى من أنّ الكشف من زمان القبول و هو أول حدوث الملكية لمن له العقد و فيه أنّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث أنّ المنشأ هو الملكية من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الإجازة تعلقت على الملكية من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد إذا فلا- مقتضى لصحة العقد لأنّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات و بعبارة اخرى: أنّ العقد الفضولى بمنزلة الإيجاب و الإجازة بمنزلة القبول فيما هو واقع هنا فإيجاب ليس له قبول و ما تعلق به الإجازة فقبول ليس له إيجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولا للعمومات.

الاشكال الرابع: أنّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى و باع مال غيره لنفسه أنّما يتوقف على صحة البيع الثانى.

أعنى اشتراء البائع الأول المبيع الذى باعه من المشتري فضولة من مالكة الأصلى لأنّه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لا يصح بيعه الأول أيضا فإنّ البائع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل أنّما باع مال غيره فبيعه أنّما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشتري الأول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الأول أيضا و صحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الأول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فإنّ مقتضى صحة البيع الأول كون الملك للمشتري من زمان العقد الذى يكشف بإجازة من له العقد أو بدون الإجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البائع بائعا لنفسه و صحة البيع الثانى كونه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٣

للأصيل إلى زمان البيع.

فاجتماع المالين فى ملك واحد محال للتضاد على أنّ صحة البيع الأول متوقفه على تملك البائع المبيع فهو متوقف على ملك البائع الثانى لبيعه منه مع أنّه لو صحّ الأول يلزم منه عدم الثانى فإنّه مع صحة الأول يكون المبيع مالا للمشتري من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثانى و ملكية الأصيل و إذا لم يبق مجال للثانى فيعدم صحة البيع الأول و ملكية المشتري الأول أيضا لأنّ الفرض

أنه كان متوقفا على الثاني فيلزم من وجود البيع الثاني عدم الأول فيلزم من وجود الأول عدمه و كك الثاني فيلزم من وجوده عدمه في آن فهو محال.

وقد دفعه المصنف بمثل ما أجب به في الاشكال الثالث من ان الكشف من زمان القابلية لا من زمان العقد و لكن بناء على صحة جواب المصنف فهو أنما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لا يد دفعه في جميع موارد الفضولي على الكشف و في المقام من زمان القابلية كما أشار إليه التستري (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود في جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل في المقام فإن صحة البيع الفضولي على الكشف يقتضى حصول الملكية للمشتري من زمان العقد أو من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفة على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الأجانب فيلزم اجتماع المالين في ملك واحد و من وجود ملك المشتري الأصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فإن ملكية المشتري يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٤

اجازة المالك تقتضى عدم ملكية المشتري فملكية المشتري تقتضى عدمه و كك صحة الاجازة تقتضى وجود ملكية المشتري الأول فهو يقتضى عدم صحة الاجازة فصحة الاجازة تقتضى عدم صحتها فلا بد اما من القول ببطان البيع الفضولي بالكلية أو بطلان القول بالكشف.

وقد أجب عن ذلك الإشكال التستري بالالتزام بالملك الصوري بدعوى أنه يكفي في الاجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني لكونه بيعا و هو يقتضى الملكية الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب.

و أجب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلها صحيحة.

الأول ان الاستصحاب أنما يثبت الملك الظاهري للمالك الظاهري فتنفذ اجازته ما لم ينكشف الحال و بعد انكشاف الواقع و علم أنه ليس بمالك فلا تكون اجازته نافذة بل لا بد في صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعي كالبيع فإنهما من آثار المالك الواقعي دون المالك الظاهري و من هنا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته لأن الملكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

الثاني أنه لا وجه للفرق بين صورتى الاجازة و العقد بان يلتزم بكفاية الملك الصوري في الأول و بعدم كفايته في الثاني بل هما من واد واحد فلا يترتان الا على الملك الواقعي و المالك الواقعي كما عرفت و لا ينقضى تعجبي منه في وجه الفرق فإنه كيف حكم بأن الاجازة إسقاط للحق و رفع اليد عنه مع أنه لا يعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٥

قال شيخنا الأنصارى

و التحقيق ان الاشكال ناشئ من القول بالكاشفية على مسلك المشهور من القول بكون الاجازة شرطا متأخرا يؤثر في سببية العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمي فينزل بالاجازة غير المالك منزلة المالك في زمان العقد و هذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكة الأول حقيقة.

و هكذا الكلام في الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فإنه عليه ينكشف بالاجازة كون المشتري مالكا حقيقة من حين العقد و لكن من زمان الاجازة بحيث يحكم بترتب آثار الملك عليه حين الاجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمي و الظاهر من كلامه هذا أنه التزم بالإشكال على الكشف الحقيقي و كك الظاهر من شيخنا الأستاذ انه أيضا التزم بالإشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال ان اجتماع المالين في ملك واحد أنما يستحيل في الملكية العرضية لا في الملكية الطولية فقد ورد نظيره في الشريعة كمالكية العبد

فإنها في طول مالكية المولى فإن المولى مالك له و لما في يده و في طول ذلك فهو مالك لما في تحت يده و في المقام ان مالكية المشتري في طول مالكية المالك فإذا أجاز المالك البيع فيكون مالكية المشتري في طول ذلك فلا محذور فيه.

و فيه: ان الطولية في الملكية انما تكون متصورة إذا كان الثاني من شئون الأول و من فروعه و الا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا و نظير ذلك ما ورد في الشرع من المثال المتقدم من ملكية العبد فإن ملكيته من شئون ملكية المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك في طول مالكية المولى له و لما في يده و من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٦

شئون ذلك كونه مالكا لما في يده و كك نظيره في الملكية التكوينية نظير مالكية الخالق جميع الموجودات و من شئون ذلك مالكية العباد أموالهم بالملكية الاعتبارية و من هذا القبيل مالكية القائم مقام و سلطنته للبلد و مالكية المتصرف لها و لغيرها فإن الأول في طول الثاني و هكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فإنه سلطان جميعهم و في جميع ذلك المالكية الواقعة في طول المالكية الاولى ليس الا من شئون الاولى لا أنها ملكيتان مستقلتان و مالكيتهما مالكية مستقلة.

و هذا بخلاف المقام فإن مالكية المشتري و ان كانت في طول مالكية المجيز الا ان ذلك طولية العلية و المعلول و ان ملكية- المشتري معلولة لملكية المجيز و الا- لم تحدث الإجازة ملكية للمشتري مثلا بل تكون كإجازة سائر الأجانب أجنبي عن العقد و ليس ملكية المشتري من شئون ملكية المجيز بنحو بل كل منهما ملكية مستقلة فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و إذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكل منهما التصرف في ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الإشكال الى حاله على النحو الذي عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من قيام الورثة مكان المورث و وجه العجب أنه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج إلى ثبوته بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثة إجازة للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و انما الدليل على ان ما تركه الميت فلو إرثه و الذي ينبغي ان يقال ان المجيز مالك في حال الإجازة لو لا أجازته بمعنى ان اجازة كل احد لا تكون مؤثرة في العقد الفضولي حتى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٧

الأجانب بل انما تكون المؤثر فيه اجازة المالك أى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائي في حال الإجازة لا أنه مالك حقيقة يلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند أجازته مالكا حقيقة بل على تقدير عدم الإجازة فالى زمان الإجازة هو مالك حقيقة فبالإجازة- تكشف عن حصول الملكية من زمان العقد حقيقة.

و بعبارة أخرى: تارة نتكلم في مقام الإثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم أنه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم في إمكان ذلك و في مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الإمكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لا وجه لحمله على الاستحالة و الزد من هذه الجهة بل نأخذه و نبني عليه لتماميته ثبوتا و إثباتا.

الاشكال الخامس: أنه إذا كانت الإجازة المتأخرة كاشفة عن صحة العقد الأول فيكون المال ملكا للمشتري الأول

فح إذا وقع عليه العقد الثاني فيكون واقعا على ملك المشتري فيكون فضوليا فيتوقف على أجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعددة فأجاز المالك البيع الأول فإن صحة البيوع المتأخرة تتوقف على إجازة المشتري الأول و على هذا فيلزم توقف صحة إجازة المجيز على إجازة المشتري للبيع الثاني فإنه ما لم يجز المشتري البيع الثاني لا- يتحقق موضوع لإجازة المجيز فإن الفرض ان المبيع ملك للمشتري و صحة إجازة المشتري متوقفة على اجازة المجيز لأصل البيع فإنه بدون ذلك لا تحصل الملكية للمشتري أصلا اذن فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على الأخرى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٨

و أيضا يلزم ان تتوقف صحة العقد الثاني و اجازة العقد الأول على اجازة المشتري الأصيل كما هو واضح و هذا من الأعاجيب فإن ذلك يستلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلث و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه فالثلث له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن مثلا و توضيح ذلك اما العقد الأول فتوقفه على اجازة المشتري بالواسطة فإنه يتوقف على اجازة البائع المتوقفه على البيع الثاني المتوقف على اجازة المشتري و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلث اما الثمن فلأن المبيع ملك للمشتري فالبائع الفضولي يشتري منه حقيقة فلا بد من ان يسلمه إلى المشتري و اما المثلث فلأنه بالبيع الأول تملكه المشتري و هكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولي بعشرة ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصيل فيجب عليه رده الى المشتري و يلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأول كما لو اشتراه بعشرة و اشتراه البائع من الأصيل بخمسة و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الأول كما لو اشتراه بخمسة و اشتري البائع من الأصيل بعشرة ثم ان تلك الوجوه مذكورة في الإيضاح و جامع المقاصد.

الاشكال السادس: ان بيع الأصيل ما له من البائع الفضولي رد عملي لبطلان البيع الأول

فيكون باطلا غير قابل للإجازة.

و فيه قد تقدم أنه على تقدير كون الرد موجبا لإسقاط العقد في القابلية فهو اما بدليل السلطنة و فيه أنه يقتضى إسقاط العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٩

الأول عن القابلية فيكون موجبا لإسقاطه عن القابلية في ماله ما دام ماله فإذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه و اما بالإجماع فالمتيقن منه ان المالك له حق الرد من ماله لا من مال شخص آخر فالمبيع و ان تعلق به ذلك العقد و رده مالكة و لكن بعد ما خرج في ملكه فلا- نعلم تأثير رده عن البيع حتى إذا كان مال شخص آخر أيضا فلا ندرى كون ذلك داخلا في معقد الإجماع على تقدير تحققه.

الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك.

فهى على ثلثة طوائف الأولى ما دل على ذلك مطلقا في الأعيان الشخصية و البيع الكلى فتكون ظاهرة في بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (ع) لا تبع ما ليس عندك و أمثال ذلك.

الثانية ما يكون ظاهرا في حرمة بيع الأعيان الشخصية التي ليست عنده كروايتي ابني الحجاج في بيع الدابة فإنها ظاهرة بل صريحة في بطلان البيع الشخصي الذي ليس عنده و هذا يظهر من روايتين آخريتين اللتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذي ليس عنده فإن الظاهر من قول السائل اشترى متاعا ليس معناه المتاع الكلى الشامل لكل شيء لأنه لا يكون محط نظر بل المتاع الشخصي فيكون قوله (ع) بعدم الجواز إذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا في بطلان المعاملة على العين الخارجية التي ليست عنده.

الثالثة ما يكون ظاهرا في البيع الكلى مثل ما دل على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فإن الظاهر من الحرير هو الكلى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٠

اما الطائفة الثالثة فلا بد من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهة أو على التقيية إذ لا شبهة في جواز البيع الكلى في الذمة عندنا على ما نطق به الروايات و من هنا نقض الامام (ع) على - العامة القائلين بعدم جواز بيع الكلى للأخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه أيضا بيعا كليتا فلا بد من حمل ذلك على التقيية لقولهم بذلك أو على الكراهة و اما المطلقات فلا بد أيضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقه أو بتخصيصها ان قلنا بكونها عامة بما يدل على جواز البيع الكلى في الذمة و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصيص تلك المطلقات أو العمومات بالأعيان الشخصية اذن فيقع الكلام في بيع الأعيان الشخصية التي ليست عند

المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها إرشاده إلى بطلانها فهل تلك المطلقات أو العمومات بعد التقييد أو التخصيص مع تلك الأخبار الخاصة أى الطائفة الثانية تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الأعيان الشخصية أم لا ليكون ما نحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياته.

و من هنا يعلم أنّ حمل تلك الأخبار بأجمعها على التقييد أو الكراهة لا وجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لا تنفى الصحة الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الآثار عليه قبل الأخذ و الإعطاء و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للإجازة المستقبلية.

و فيه انّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بإرادة نفي الآثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحة خالد بن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨١

الحجاج حيث دلت على عدم البأس إذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود البأس إذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى. و بعبارة اخرى: أنّها تدل على وجود البأس فى ذلك البيع عند استناده إلى البائع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل انّ الإلزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من - المتعاملين بمعنى أنّه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعاملة الفضوليين أيضا غير لازم قبل الإجازة لأنّ العمومات تشمل عليها من زمان الإجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحة البيع لنفسه رواية الحسن بن زياد الطائر الدالة على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهة عدم جعلها دليلا ما ذكرناه سابقا من خروج أمثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال أنّه على هذا فتلك الأخبار شاملة لبيع الفضولى أيضا لكونه أيضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك.

فإنّه يقال لا يقاس المقام ببيع الفضولى إذ عرفت انّ زمان البيع من زمان الإجازة فيها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الإجازة لم يكن إلا صورة البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون يباع بالإجازة و كانت له صحة تأهليه لا صحة فعلية بحيث قبل زمان الإجازة لم يكن هنا بيع حقيقته و بالإجازة صار يباع حقيقته و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ بائع مال الغير لنفسه من الأول باع لنفسه و أسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الأول و ليس كبيع الفضولى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٢

ليكون يباع من زمان الإجازة إذا فقياس المقام بالبيع الفضولى فاسد من أصله.

و قد تحصل من مطاوى ما ذكرنا أنّ الاخبار المشار إليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه إيجابا و استيجابا من غير المالك. ثمّ انّ صور المسألة ثلثة الاولى يبيع مال الغير لنفسه منجرا الثاني يباع معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا اما بالاختيار أو بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشتري الخيار إذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هى الصورة الأولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما أنّه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا و عدم قدرة البائع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين.

و من هنا يحكم العلامة الأنصارى (ره) بصحة الصورتين الأخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبائع و ليس لها تعرض إلى جهة اجازة المالك.

و فيه انّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك و كك هو مورد تعليل العلامة الا انّ إطلاقها يشمل الصورتين الأخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فإنّ مقتضى التعليل فى قوله ع فى رواية ابن المسلم و ليس به بأس إنّما يشتره منه بعد ما يملكه و كك مقتضى الإطلاق فى قوله ع أ ليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ فى رواية خالد و كك قوله لا توجهها قبل ان تستوجبها و غيرها من الروايات ظاهرة فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجزا أو معلقا تعليقا من جهة البيع أو من جهة اللزوم و كون فرد متيقن الإرادة

من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٣

الدليل لا يوجب الانصراف ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه وبين ما نحن فيه.

المسألة الثانية ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل أجازته

فهل يجوز له اجازة ذلك البيع لنفسه أم لا و قد حكم العلامة الأنصاري بصحة ذلك أيضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولاً للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسألة بيع الغاصب لنفسه ثم يجيزه المالك فكما أنه صحيح و كك هذا.

و فيه أولاً أنه و ان لم يكن من بيع البائع لنفسه بأقسامه المتقدمة فإن الفرض أنه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا أنه كما لا بد و ان يكون البيع في ملك فلا بد في صحة الاشارة أيضا ان يشتري من المالك ليكون صحيحاً فان مقتضى التعليل أنما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشارة فلا بد في صحة اشارة المشتري من ان يكون البائع مالكا أو اشترى قبل بيعه بحيث يكون اشارة المشتري اشارة من المالك و الا- فيبطل الشرى فإنه لم يقع من المالك حين العقد و حين الإجازة لم يكن شراء ليكون من المالك و بعبارة اخرى: ان بعض الاخبار و ان لم يكن شاملاً لما نحن فيه كالروايات و العمومات الدالة على بطلان بيع البائع ما ليس عنده فان المفروض ان هذا الشخص لم يبيع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولاً لها و لكن في بعضها الآخر غنى و كفاية فإن مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال إلى البائع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل إلى البائع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحاً بإجازة البائع و بعبارة اخرى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٤

ان المتحصل و لو من بعض الروايات هو لزوم كون البائع الذي يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا- فلا- يمكن استناد البيع إليه بالإجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوط بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته و ثانياً أنه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فان البيع و ان كان عبارة عن مبادلة مال بمال و ليست الخصوصيات المالكية دخيلة في صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين أو ذاك الشخص المعين الا أنه فيما إذا كان النظر إلى كلى المالك و كون المبادلة بين مالى كلى المالك فإنه ح لا يلزم معرفته شخصى المالك بل يكفي حصول التبديل بين المالىين في ملك المالك الكلى و طبعى المالك و اما إذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل في مال الشخص المعين فح لا- بد و ان يكون اضافة باقية الى حين الإجازة و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارة اخرى لا بد و ان تكون الإضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الإضافة حين العقد محفوظة حال الإجازة و فى المقام ليس كك فان التبادل بين المالىين حين العقد حصل على الإضافة التى بين المالك و المشتري و خرج العوض من ملكية المشتري و دخل تحت اضافة المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت إضافة المشتري و تلك الحالة غير باقية حال الإجازة فإن إضافة العين الى المالك قد انقطع و أما تعلق بها الإضافة المالكية من البائع فهى غير الإضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما أجز غير الواقع و بعبارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٥

أخرى لا بد و ان يكون المجيز مالكا حال العقد و الا يلزم ان المقصود غير مجاز و المجاز غير مقصود لان تبديل مال بمال تحقق فى الإضافة المالكية الواقعة بين المال و مالكة الاولى و بين الثمن و تلك الإضافة التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الإجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فإنها بالنسبة الى التبديل كالموضوع بالنسبة الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لا مجال للحكم و على هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب و من هنا ظهر عدم تصحيح البيع فى

المسألة الثالثة أيضا فهي ما يكون الشراء لأجنبي باعتقاد أنه مالك و تحقق القصد لأجل هذا- الاعتقاد بحقيقة البيع فإنه أيضا ليس بصحيح أولا لشمول بعض تلك الاخبار عليه و لو لم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه و ثانيا من جهة عدم بقاء الإضافة التي كانت موضوعا للتبديل و محلا- له و ارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت و لا يقاس هذه المسألة و لا المسألة السابقة ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثال بين المسئلتين و ان كانا متعاكسين فإن الصحة في بيع الغاصب على حسب القواعد إذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادلة بين المالكين في جهة الإضافة المالكية و تحقق حقيقة المعاوضة التي عبارة عن المبادلة بين المالكين مع دخاله وجود طبيعي المالك فيها لتحقيق حقيقة التبادل في جهة الإضافة غاية الأمر أنه يجعل نفسه بحسب الادعاء و العناية مالكا كالمجاز على مسلك السكاكي فحقيقة البيع محقق حقيقة و لا كذب فيها و إنما الكذب في جعل نفسه مصداقا للمالكية فهو أمر لا واقع له و على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٦

فاجازة المالك بيع الغاصب توجب صحته و كونه له دون إجازة البائع الذي أوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فإن في الأول كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فإن الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فإن الإضافة التي كان تبديل المالكين فيها قد ارتفع فلم يبق الأمر الواقع حين الإجازة و الإضافة التي حدثت حين الإجازة لم يقع تبديل المالكين فيها ليكون موردا للإجازة و على تقدير وقوعه غير التبديل الذي كان حين العقد فإنك عرفت أنه ارتفع بارتفاع موضوعه أعنى الإضافة المالكية بين المالك الأول و المال و لعل الى هذا أشار المصنف بالأمر بالتأمل و لا يفرق في ما ذكرنا من عدم صحة البيع إذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكية المجيز و تجدد ملكه بالقهر أو بالاختيار فإن في جميع هذه الصور لا وجه لصحة مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الأستاذ من تصحيح ذلك في صورة الإرث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فإنه بحسب الفرض ممكن و لكن لا- يكفي مجرد الفرض في صحته بل لا- بد من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على ان الوارث يقوم مقام المورث بحيث إذا أجاز العقد فيصح من حين العقد بل الدليل دل على انتقال مال الميت إلى الورثة و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيهيا للمورث فلا- دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصورة الرابعة أيضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهرية أو اختيارية.

قوله ثم أنه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى و هي ما لو لم تجز المالك بعد تملكه أقول لو قلنا بالبطلان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٧

في المسألة المتقدمة ففي هذه المسألة نقول بالبطلان بطريق أولى فإنه إذا لم يكن وجه لصحة بيع مال الغير لنفسه مع أجازته ذلك البيع فيكون فيما لا- يجيز باطلا- بالأولية و انما الكلام فيما لو قلنا بالصحة في المسائل المتقدمة فهل يمكن الحكم بالصحة هنا بان نقول بصحة البيع بدون الإجازة فإنه كان بائعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الأول أولا بل لا بد من ان نقول بالبطلان هنا و لو قلنا بالصحة في المسألة السابقة و قد اختار المصنف البطلان و ان البيع الأول باطل للأخبار المتقدمة و لدليل السلطنة فإن الحكم- بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازة خلاف السلطنة و خلاف عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا أيضا فإن البائع الذي باع مال غيره لنفسه و التزم به في الحين الذي أنشأ العقد لم يكن مالكا ليطم التزمه و في الحين الذي ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحة البيع و كون المال للمشتري بدون اجازة منه على خلاف السلطنة فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحة ذلك الا ما ربما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الإنشاء فالعاقد ممن شمل عليه ذلك الدليل و إنما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقية تحت الدليل و أوجب عن ذلك بان المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فإن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام

الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام أو الخاص فإن محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولاً للعمومات ثم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٨

خصت في زمان فشك في زمان آخر في دخوله تحت العام أو يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأة بما يدل على التحريم في حال الحيض و نشك في جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من أنه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لأن المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقي تحته أو نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الأول فلا- وجه لهذا النزاع مثلا- لو ورد أكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصّصا ثم شكنا في أن ذلك الفرد الخارج بالتخصيص هل يكون- داخلا تحته حين الشك أو نستصحب فيه حكم المخصّص و مقامنا من قبيل الثاني فإنّ البائع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعي ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بائعا حقيقه و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففي الزمان الذي مالك ليس له التزام و في الزمان الذي له التزام فليس بمالك ففي أيّ نقطة شمل أو فوّا بالعقود نشك في بقاء حكمه أو حكم الخاص في نقطة اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من ان المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك أو استصحاب حكم المخصّص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الإكراه لكان لإجراء النزاع المعروف هنا وجها و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فتمسك به في الباقي نظير شموله بالبيع المكره و انما الخارج عنه زمان الإكراه فيكون الباقي داخلا تحت العام و لكن يكون آية التجارة مقيدة لها حيث ان الله تعالى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٩

قد حصر فيها جواز أكل مال الغير بالتجارة عن تراض و ان غيرها- باطل و من أكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجارة عن تراض حيث انّ البائع و ان كان بائعا لنفسه لكن كان بائعا مال الغير لنفسه و انما هو ملك بعد ذلك فليس ببائع فيكون أخذ ماله هذا بالبيع السابق أكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الأول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه أيضا.

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آية التجارة مقيدة لدليل الوفاء و لكن تكفي الروايات الواردة في المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبائع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان يبيعه الأول باطلا- لكونه يبيعا بما ليس عنده و إيجابا و استيجابا قبل التملك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بأن إنشاء البيع في الحال و كان المنشأ في المستقبل نظير الوصية و أغمضنا النظر عن بطلان التعليق بالإجماع و أغمضنا النظر عن الروايات الواردة في المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الإشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الأستاذ أنه التزم بصحة هذه المسألة و قال لا وجه للتفصيل في ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجر في كلا الصورتين نحكم بالفساد و أفاد في وجه الصحة هنا بأنّ الإجازة انما نحتاج إليها لأمرين الأول من جهة اعتبار الرضا في البيع بمقتضى آية التجارة و الثاني من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا- الأمرين متحقق هنا فان الفرض أنه باع لنفسه و الفرض أنه راض بذلك أيضا فيكون صحيحا و فيه انّ هذا يعد من عجائب شيخنا الأستاذ فإن-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٠

بائع مال الغير لنفسه انما هو رضى و أسند البيع لنفسه في بيع مال الغير فهو راض به و أسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بأنه أسند إلى نفسه أم لا فما أسنده إلى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المستلثين.

قوله المسألة الثالثة: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

إشارة

أقول لو باع مال الغير باعتقاد أنه غير جائز التصرف اما بتخيل أو باستصحاب أو نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان أنه جائز التصرف فهذه على أربعة صور كما أشار إليها في المتن فإن البائع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليا للمالك و اما لعدم الملك و كونه مالكا فانكشف أنه مالك و على كل تقدير فاما ان يبيع عن المالك و اما ان يبيع لنفسه فالصور أربع.

الصورة الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنه غير جائز التصرف فبان أنه جائز التصرف

لكونه وليا للمالك أو ممن كان أمره في يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع أم لا. الظاهر كونه صحيحا فإن الفرض ان البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممن لا بد و ان يصدر منه غاية الأمر أنه كان ناسيا للاذن - السابق و كونه وكيلا عن المالك أو عن كونه وليا أو غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الإجازة اللاحقة. وكذلك كونه وليا في الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم أحد في أنه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩١

و أصل إليه الكتاب و كان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لا يحتمل ذلك و مقامنا نظير ذلك فإن اعتقاد عدم كونه جائز التصرف لا موضوعية له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممن لا بد و ان يصدر منه و وقع في محله فلا وجه لتوهم البطلان بوجه.

بل لو قلنا ببطلان المعاملة الفضولية لا نقول بالبطلان هنا فإنه كما أشار إليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غاية الأمر ان العاقد لم يلتفت بذلك فهل يجب عدم التفاته الى ذلك كونه أخصر من البيع الفضولي نعم لا بد و ان الاذن موجودا في الخارج بان يكون مبرزا فإنه لا يكفي في صحة البيع الرضا الباطني للمالك ما لم يظهر بمظهر في الخارج و قد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولي بل لا- نحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال أنه لو اذن السيد لعبده في التجارة فهو باع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده و لا- علم به احد لم يكن مأذون في التجارة و لا يجوز شيء مما فعله فان علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الاذن و لم يجر ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما ان يعاملوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان يبيعه و شرائه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الاذن.

و قد ظهر بطلانه مّا ذكرنا فإن وصول الإذن اليه و عدمه لا موضوعية فيه و أنّما المناط أصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا أنه يكفي في نفوذ معاملة العبد بالتجارة للغير نفس رضى الباطني للمولى و ان لم يبرزه في الخارج فأنا و ان قلنا في أول الدخول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٢

بالباع الفضولي أنه لا يكفي فيه الرضا الباطني و لكنه غير مربوط - بمعاملة العبد كما تقدم سابقا فإن معاملته صحيح من جميع الجهات حتى من جهة الاستناد و أنّما المانع من نفوذها عصيان السيد فقط و هو يرتفع برضا الباطني و ان لم يكن مبرزا في الخارج.

قوله الثانية: ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا.

أقول المسألة الثانية إذا يبيع مال الغير لنفسه باعتقاد أنه غير جائز التصرف فانكشف كونه وليا فالظاهر هنا أيضا صحة البيع وفاقا

للمصنف و ذلك لما عرفت ان حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فقد تحققت مع جميع ما فيها من الشرائط غاية الأمر أنه قد انضم اليه قيد كون البيع لنفسه فيكون لغوا و الوجه في ذلك ان البائع مأذون في البيع و الشرى و غيرهما من التصرفات في مال المولى عليه فانّ الفرض انّ المولى كك فلا- يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق و عن الاذن الآخر الذى لا يلتفت اليه الا في جهة القصد و ان يكون البيع واقعا لنفسه و قد مرّ مرارا انّ القصد لا- يوجب تغييرا في حقيقة البيع بل هو بالنسبة إليها كالحجر في جنب الإنسان فبعد تحقق حقيقة البيع أعنى مبادلة المال بالمال و تحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك أو من قبل مالك المعلوم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا.

و ربّما يقال باحتياجه اى ذلك البيع على اجازة المولى البائع لنفسه غفلة كونه للمولى عليه بعد انكشاف الحال كما يميل اليه المصنف فإنّه لم يقع بعنوان أنّه للمولى عليه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لا- بدّ و ان يكون البيع مستندا إليه بالإجازة و الا فلا يستند اليه فيكون باطلا إذ البائع و لو كان مجازا واقعا في البيع الا ان-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٣

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البائع فما أوجده و قصده أنّما هو غير ما كان مأذونا فيه فيتوقف صحته كونه عن المولى عليه على اجازة جديدة.

و فيه أنّه لا- وجه لاحتياجه إلى الإجازة بوجه لا- قيد كونه لنفسه ان كان قيّدا للبيع فبانكشاف الخلاف يكون باطلا- لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقة البيع و ان لم يكن قيّدا فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع لكونه كالحجر في جنب الإنسان بالنسبة إلى حقيقة البيع و على كل تقدير لا تصور وجه لاحتياج البيع إلى الإجازة و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله (ره) الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

أقول المسألة الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا و قد مثلوا لذلك بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا فإنّه ح يكون المال مال نفسه و يكون البيع عن نفسه فهل يصح هذا البيع أولا يصح و على تقدير الصحة فهل يكون محتاجا إلى الإجازة أو يكون له الخيار في ذلك بحيث له ان يفسخ أولا- يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه و الفرق بين كونه محتاجا إلى الإجازة و بين كون المالك مختيرا بين الفسخ و الإمضاء هو أنّه لو لم يجز المالك على تقدير الاحتياج إلى الإجازة فيكون البيع باطلا و اما على تقدير كونه مختيرا بين الفسخ و الإمضاء فالعقد صحيح و لكن للمالك حق الفسخ فقط.

و اما أصل البيع فالمشهور صحته بل ربّما يدعى الإجماع في ذلك و فى المتن لم نعر على مخالف صريح الا عن الشهيد فى قواعده حيث احتمل إمكان البطلان و سبقه العلامة و ابنه لوجوه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٤

لا يمكن المساعدة على شىء منها كما ذكر المصنف فى المتن.

و اما الوجه فى صحة البيع فلما تقدم فى البيع لنفسه ان حقيقة البيع قد تحققت بجميع شرائطه و حقيقته التى عبارة عن مبادلة مال بمال فى طرف من الإضافة المالكية لمالك طبيعى و قصد كونه لنفسه كما فى المسألة المتقدمة أو كونه لمالك كما فى هذه المسألة أمر زائد عن حقيقة البيع و غير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع بوجه و اما الوجوه التى أشار إليها العلامة فالأول انّ الابن قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن فى الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقة البيع كما مرّ نظير ذلك الإشكال فى بيع الغاصب.

و فيه انه قد تقدم مرارا انّ القصد غير قادح لحقيقة البيع إذا لم يضرّ بها فى المقام و ان قصد البائع كونه عن المالك و هو الأب الا ان قصده ذلك من جهة كون الأب مالكا فى اعتقاده لا لخصوصية فى شخص الأب غاية الأمر أنّه أخطأ فى قصده و طبق المالك الى

شخص آخر فلا يكون مضراً.

الوجه الثاني ان هذا العقد باطلا من جهة التعليق فإنه و ان كان في الصورة منجزا و لكنّه في التقدير معلق فإنّ التقدير ان مات مورثي فقد بعثك فيكون باطلا من جهة التعليق.

و فيه الظاهر أنّه أمر وقع من سهو القلم من العلامة (ره) فإنّ التعليق أنّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الأب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق في صحة العقد و تكون متوقفة على موت الأب و ان كان المنشأ كالإنشاء امرا فعليا لا امرا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٥

استقباليا ليكون التعليق في المنشأ.

و بعبارة أخرى: هذا الذي ذكره في الوجه الثاني مع الوجه الأول في طرفي النقيض فإنّ مقتضى الوجه الأول انّ البيع عن الأب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثاني انّ البيع عن نفسه فليس عن الأب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول أحدهما متناقضا مع مدلول الآخر.

اللهم الا ان يقال ان القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صوري و قد تقدم نظير ذلك من المسالك في انّ الفضولي و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تمامية ذلك و انّ الفضولي و المكره قاصدان للمدلول أيضا و لو بهذا القصد الصوري فهو يكفي في صحة البيع الفضولي.

الوجه الثالث: انّ البائع كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده انّ المبيع لغيره.

و فيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولي قاصدا للمدلول أيضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه و بالجملة فاصل صحة البيع ممّا لا اشكال فيه و لا يعتنى بمثل تلك الوجوه في الحكم بالبطلان كما لا يخفى.

و اما احتياجه إلى الإجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه أوّلا بقوله الا ان يقال ان قصده إلى أصل البيع كاف و ذلك لان حصول النقل حين العقد أو بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٦

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يضمر قصده خلافه و أنّما هو من الأحكام الشرعية المعارضة للعقود فلا يكون مأخوذا في صحة العقد.

و ثانيا ان هذا الدليل أخص من المدعى فإنه قد يتحقق القصد الى ذلك لو كان البائع لذلك أي بائع مال نفسه للغير باعتقاد أنّه للغير و كيلا من قبله فباع ثم انكشف أنّه مال نفسه فإنّ القصد هنا متحقق إلى أصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الإجازة المتأخرة.

و ثالثا أنّ هذا ينافي مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد بل الوجه في الاحتياج إلى الإجازة هو الذي أشار إليه المصنف من عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم الا بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا

بالتجارة فإنّ الالتزام بصحة العقد بدون الإجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على أموالهم و كونه حلالا لهم بغير طيب أنفسهم و توضيح ذلك فإنّ مقتضى آية التجارة و قوله لا يحلّ مال امرؤ مسلم الا بطيب نفسه و ان كان كفاية رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده

بانّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبرا و لكن بمناسبة الحكم و الموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا و الطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فإنّ احترام ماله و توقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا في جواز التصرف و معلوم

ان الطيب بأصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى نعم ما نزل شيخنا- الأستاذ ذلك بما ان العمد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٧

عمدا بالتكلم في الصلاة و الأكل في نهار شهر رمضان و الأمر كك فإنّ الإنسان يتعمد إلى أصل الفعل و لكن يغفل عن كونه في الصلاة أو الصوم ثم أنّه يؤيد ذلك أنّه لو أعتق عبدا للغير بما أنّه له فبان أنّه لنفسه أو طلق امرأة للغير فبان أنّها لنفسه له ينعق العبد و لا

يطلق الزوجة و إنما جعلناهما مؤيدة من جهة أنهما إزالة الملك و الزوجية و كونهما عن المالك و الزوجة من الجهات المقومة فعدم وقوعها من الغير من تلك الجهة فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصرف عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحلَّ الله البيع فإنَّ الظاهر أنَّهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى أوقعه على ماله بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص آخر فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَنَّهُ يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه و معنى أحلَّ الله البيع أَنَّهُ حلَّ بيع أنفسكم و فى المقام ان البائع و ان كان مالكا واقعا الا- أَنَّهُ باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون البيع بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العمومات الأخر إلا بالإجازة ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الإجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه فى ماله فَإِنَّهُ و ان كان تصرف فى ماله و لكنه بعنوان أَنَّهُ مال الغير فلا يكون البيع مستندا اليه الا بالإجازة و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحة هذا البيع و كونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و إمضائه و استدلال عليه بدليل نفى الضرر بدعوى ان لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدلت بتلك الأدلة على ثبوت بعض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٨

الخيارات كخيار الغبن.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بتوضيح و اضافة إجمالية منّا و حاصله ان الضرر عبارة عن النقص فى المال أو العرض أو النفس و شئ منها غير موجود فى المقام بل أَنَّمَا هو فى انتقال المال إلى المشتري بدون رضائه المالك و اذنه فمقتضى شمول أدلة الضرر على ذلك هو نفى الانتقال و بطلان العقد لا ثبوت الخيار مع صحته.

و بعبارة أخرى: أَنَّهُ لو فرضنا من صحة العقد و كان النزاع فى لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحية اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الأمر ليس كذلك و أَنَّمَا الضرر فى أصل صحة العقد و انتقال المال الى الغير لا من ناحية اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفى الضرر لا بكونه خياريا.

بل لا مجال أصلا هنا للتمسك بأدلة نفى الضرر و لا موضوع لها هنا فَإِنَّهُ أَنَّمَا تكون شاملة لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته أَنَّمَا بواسطة شمول العمومات عليه فهى لا تشمل المورد ما لم تلحق عليه الإجازة اللاحقة من المالك فَإِنَّهُ عرفت أَنَّهُ مضافا الى كون صحة العقد بدون الإجازة منه أكلا لمال الغير بدون اذنه و كونه تصرفا فى مال الغير بغير طيب نفسه و كونه خلاف السلطنة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحلَّ الله البيع أَنَّمَا ينصرف الى بيع شخص المالك و ان كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا اذن فلا موضوع يكون ضرريا حتى يشملهُ أدلة نفى الضرر و بالجملة لا وجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفى الضرر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٩

ثم لو انعقد الإجماع على عدم جريان الفضولية فى الإيقاعات و اختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم إجازته أو عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد أَنَّهُ مال الغير ثم إجازته و ان لم يتم الإجماع و ناقشنا فيه فيصح فى الإيقاعات أيضا كما هو واضح ثم أَنَّهُ لا ملازمة بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد أَنَّهُ له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولى بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولى لقلنا ببطلان ذلك أيضا.

و ذلك لان عمده ما قيل فى بطلان البيع الفضولى كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل بالروايات المستفيضة النافية عن بيع ما ليس عنده و قد أجبنا عنه فيما تقدم ان ذلك فيما يكون بائعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فإنَّ البائع لم يبع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالإجازة فلا يكون مشمولا لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولى هو التصرف فى مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه

على تقدير قبوله في بيع الفضولي فلا- يجرى هنا لأنّ في البيع الفضولي كان تصرف في مال الغير بخلافه هنا فإنه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجري فهو قبيح في نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعية حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعية فساد المعاملة فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولي كما هو واضح.

قوله الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنه له.

أقول إذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٠

شخصي أو عقلائي ثم انكشف أنه مال نفسه كما إذا باع مالا أخذه من الغير بالقمار أو غيره من الأسباب الباطلة شرعا ثم باع لنفسه مع- اعتقاده بحسب تدبيرة بدين الإسلام أنه مال الغير ثم انكشف ان هذا بعينه المال الذي كان ذلك الغير أخذ منه أمس فالظاهر أنه لا شبهة في صحة هذا البيع لعدم قصور في الإنشاء و لا في المنشأ بل أنّما تحققت حقيقة البيع على النحو الذي لا بدّ و ان تتحقق فإنّ حقيقته المبادلة بين المالكين في علقه المالكية و قد حصل ذلك في نظر العرف و العقلاء فإنهم يرون التمسك بالقمار و نحوه من الأسباب الباطلة من المملكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشائع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشملة العمومات فيحكم بصحته شرعا أيضا غاية الأمر أنه لم يعلم بكونه مالكا واقعا و في نظر الشارع فهو لا يضرب بصحة البيع.

و بعبارة أخرى حكم الشارع بالمالكية من الأحكام الشرعية فصحة البيع لا يتوقف على العلم به و الا فلا بدّ من عدم تحقق البيع و صدقه على بيع من لا عقيدة له لشريعة من الكفار و الفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف و العقلاء و بالجملة انّ صحة مثل ذلك مع صدوره عن مالكة الواقعي و تحقق شرائطه ممّا لا شبهة فيه و هل يحتاج ذلك الى الإجازة أم لا فالظاهر أنه غير محتاج إلى الإجازة لكونه صادرا من مالك المبيع و واقعا لنفسه و مستندا اليه فالاحتياج إلى الإجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج إليها.

و بعبارة أخرى انّ العقد بعد تمامية أركانه و وقوعه عن مالكة بعد نفسه مالكا للمال بأي نحو كان و كونه مالكا أيضا واقعا غير أنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠١

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا إلى الإجازة ثانيا فإنّ مجرد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح و ذلك كما إذا باع مال نفسه لنفسه غفلة عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا.

قوله و اما القول في المجاز.

إشارة

أقول تحقيق الكلام فيه يقع في أمور

الأول انّ العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها

إشارة

و الا فلا يكون ممّا يترتب عليه الأثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لا ريب فيه فإنّ العقد الفضولي يعينه العقود الأخر غير أنه فاقد للإجازة فيحتاج إلى الإجازة المتأخّرة و هذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق أو من المالك فإنه كما إذا كان شيء منهما فاقدا لشروط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد أو ياذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكك العقد الفضولي لا بدّ و ان

يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكى فإنه يلحق بالإجازة المتأخرة فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا فى غير العقد الفضولى اذن فمقتضى أدلة صحة البيع مع أدلة الشروط المعتبرة فيه قاضية فى البيع الفضولى أيضا.

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ إلى أقسام أما شرائط العقد فلا شبهة فى اعتباره فى العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر العقود فلا بدّ من اعتبار شروطها فيه أيضا و جهة الفضولية لا توجب إلغاء تلك الشروط و ذلك كالماضوية و العربية و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فإنها كما تعتبر فى عقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٢

الأصيل و هكذا تعتبر فى العقد الفضولى و أمّا شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما إذا اعتبرنا صدوره من البائع العاقل فإنه يعتبر هنا أيضا فلا يصح عقد الصبى و المجنون لو كانا فضولين أيضا فإنه بعد عدم كفايته فيما إذا كان طرف المعاملة هو الأصيل و كان مجرى العقد هو الصبى أو المجنون فلا يكفى هنا أيضا لأنك عرفت أنّ العقد الفضولى لا يزيد على عقد الأصيل و معاملته و بالجملة لا يكفى فى صحة عقد الفضولى صدوره من الصبى و المجنون لو قلنا بعدم صحة عقدهما كما تقدّم.

و اما شرائط العوضين فهو أيضا ممّا لا ريب فى اعتبارها هنا فلا يصح بيع أم الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الأصيل أيضا فإنّ ما لا يجوز من الأصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الأصيل و بالجملة.

انّ تلك الشروط الثلاثة لا شبهة فى اعتبارها فى العقد الفضولى حين العقد فإنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى تعتبرها من زمان الإجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى و أنّما هى دخيلة فى تأثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور.

و اما الشروط التى تكون معتبرة فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبرة فى تأثير العقد أو الشروط الراجعة إلى المالك فلا يعتبر فيه اما الأول فكالقدرة على التسليم فإنّ اعتباره فى العقد ليس من جهة كونها شرطا للعقد أو للعوضين أو للمتعاقدين بل أمر خارج عن العقد فإنّما يكون معتبرا من جهة تمكين المشتري من المبيع أو البائع من الثمن و تسليطهما عليهما و هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٣

أنّما يلزم اعتباره حين التسليم فقط و ان كان البائع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه أصيلا ففى الفضولى أيضا لا يعتبر القدرة على التسليم لا حين العقد و لا حين الإجازة بل أنّما يلزم اعتباره- حين التسليم و التسلم فلو باع الفضولى عن المالك سلما فلا بدّ و ان يكون المالك متمكنا عن التسليم عند التسليم و فى الأجل المعين الذى يجب تسليمه فيه و لو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكنا من التسليم عند الإجازة لأنّ زمان الإجازة زمان التسليم و التسليم و بالجملة فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد و لا بالعوضين و لا بالمتعاقدين بل هو أمر خارج عن العقد و لا يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمنى و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنه على القول بالكشف أيضا و ان حصلت الملكية و لكن لم يحصل زمان التسليم و التسلم و لذا لا يجوز التصرف قبل الإجازة حتى على الكشف فزمان التسليم زمان الإجازة فإنه ليس معنى الكشف انّ الملكية قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل إليه معاملة ملكه بل أنّما ذلك بعد الإجازة غاية الأمر أنّها تكشف انّ الملكية من الأول.

و اما الثانى كاعتبار كون المشتري للمصحف أو العبد المسلم مسلما و لا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا أيضا لا يعتبر فى العقد الفضولى كون المشتري للمصحف أو- العبد المسلم مسلما حين العقد بل لا بدّ من كونه مسلما حين الإجازة فلو باع الفضولى المصحف أو العبد من الكافر فأسلم إلى زمان الإجازة فيكون البيع صحيحا و السر فى ذلك انّ عمدة دليل اعتبار كون المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٤

مسلما بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فَأَنْ يَبِعَ الْمُصْحَفَ وَ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ مِنَ الْكَافِرِ

استيلاء و سبيل على المسلمين بل من أعلى مراتب الاستيلاء و هذا المعنى لا- يتحقق بمجرد العقد حتى على القول بالكشف فإن الاستيلاء إنما يتم بتمامية العلقه الملكية و هي لا تتم إلا بتمامية السبب و تمامية السبب إنما بالإجازة حتى على القول بالكشف فإنه على القول بالكشف أيضا تكون الإجازة مؤثرة في الملكية السابق فنكشف بها حصولها من زمان العقد و بها يكون المشتري مسلطا على المبيع و اما قبل زمان الإجازة فليس له تسلط على المبيع غاية الأمر أنه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو أجاز المالك و الا فلا فإنما يحصل السبيل و التسلط في زمان الإجازة و في زمان تمامية السلطنة على المبيع لكون الإجازة مما تكون متممة للعلقه الملكية و قبله لا سلطنة للمشتري على المبيع بوجه و لذا لا يجوز له التصرف فيه.

نعم بناء على الكشف بمعنى كون الإجازة معرفة محضة مع العلم بأن المالك يجيز العقد قطعا نلتزم بعدم جواز البيع الفضولي أيضا لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقيق العلقه بتمامها عنده و لكن قد عرفت عن تمامية ذلك المذهب و اما توهم حصول السبيل بمجرد العقد توهم فاسد فإن مجرد تحقق ما يكون له تأهليه الصحة و كونه قابلا لان يترتب عليه تمامية العلقه الملكية للمشتري لا يوجب إثبات السبيل للكافر على المسلم.

و بالجملة ان فقدان الشرائط الخارجيه و شرائط المالك عند العقد في العقد الفضولي لا يضر بالصحة التأهليه التي كانت في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٥

العقد الفضولي بل هي تحصل بذلك مع وجدانه الشرائط الأخر الداخلة في العقد من شرائط العقد و شرائط العوضين و شرائط المتعاقدين بل الصحة التأهليه باقية الى زمان الإجازة و زمان وصول محل الشرط فإن حصل فيحكم بالصحة الجزميه و الا فيحكم بالبطان.

ثم هل يعتبر استمرار تلك الشروط التي لا بد من اعتبارها الى زمان العقد أم لا يعتبر اما الشروط الرجعة الى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابلية البقاء كالعربية و الماضوية و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها فإنها كقياسات غير قابلة للبقاء.

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها في صحة العقد كما إذا جنّ العاقد الفضولي أو مات فإن العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتبرة في العاقد فلا تصوّر وجهها لكونها دخيلا في صحته بحسب البقاء أيضا و إنما الظاهر من أدلة اعتبارها في العقود دخالتها في صحتها بحسب الحدوث فقط.

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفى البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمرة عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى زمان الإجازة على الكشف.

و تفصيل الكلام هنا ان الشروط تارة تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى أنه يشترط في انتقال المال الى الغير و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٦

تملكه بعض الشروط كالخمر فإن التملك و التمليك و انتقال المال من شخص الى آخر بأيّ عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرًا فمثل ذلك شرط التملك و غيره مربوط بالبيع أصلا و لذا لا يكون بغير البيع أيضا و لذا أمر رسول الله (ص) بإراقة الرواية من الخمر الذي أهدى اليه و هكذا كلما يكون شرطًا للتملك. و اخرى يكون الشرط شرطًا للبيع كعدم كون المبيع أم ولدا و من الأعيان النجسة أو المنتجسة بناء على عدم جواز بيعهما و هكذا فإن مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك أم الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من أتلّفها و قد تقدم في بيع الكلاب القول بالضمان على من أتلّف كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الأمور تنتقل الى وارثه و هكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهة في عدم اعتبار استمرارها اي تلك الشروط الى زمان الإجازة حتى على القول بالنقل فإنها كانت محققة في زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لأنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولي أمه الغير أو متاعه ثم صار ذلك أم ولد أو

متنجهه أو نجهه فعلى القول بالكشف لا شبهه فى صحه البيع لو اجازة المالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فانّ بالإجازة تنكشف انتقالها إلى المشتري من زمان العقد و كون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشتري فانّ ما لا يجوز انما هو بيع أم الولد أو النجس و الفرض هنا انهما حصلا فى ملك المشتري لا انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع انما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الإجازة إلا إجازة ذلك العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٧

لا أنّها عقد جديد و كك على القول بالنقل أيضا لا يبعد ذلك فإنّ الملكية و ان لم تحصل إلا فى زمان الإجازة و لكن الإجازة هنا أيضا ليس عقدا جديدا بل هى إجازة للعقد السابق المتحقق فضولة فيكون البيع حاصلا قبل ان تصير الأمة أم ولد أو يكون المبيع نجسا و أنّما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهه فى جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث و بالجملة انّ الإجازة ليست عقدا جديدا و أنّما هى إمضاء للعقد السابق الذى بيع أو نكاح فقد تحقق عنوانه و أنّما الاستناد يكون بالإجازة ليكون بيعا للمالك أو نكاحا له و هكذا و الا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقائه إلى زمان الإجازة.

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرًا ثم انقلب إلى الخليله فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع أم لا

اما على الكشف فلا شبهه فى صحة البيع لكون القلب و الانقلاب فى ملك الغير و اما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الإجازة فإنّ ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله و ما هو موجود فإنّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصورة النوعية فإنّ الخمر و الخل فى نظر الشارع من الصور النوعية المتخلفة كما إذا فرضنا أنّه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقة لا إنسانا فى صورة الكلب ثم تبدل إلى الإنسانية فإنّ الإنسان الثانى غير الإنسان الأول فلا يصح ذلك البيع بالإجازة لما ذكرناه إذا فلا بدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه و واجدا على شرائط الانتقال من حين العقد الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٨

حين الإجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد فى الحقيقة مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال أولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فإنّه إذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع أيضا كما هو واضح.

الأمر الثانى فى معرفة المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعيينه

إشارة

و يقع الكلام هنا فى جهتين

الاولى فى أنّه هل تصح – الإجازة على تقدير الوقوع أم لا

كما إذا يقول لو بيع مالى فضولة أو أوجرت دارى فقد أجزته و الثانى هل يمكن تعلق الإجازة بالأمر المبهم أم لا اما الجهة الأولى فقد حكم شيخنا الأنصارى ببطلان الإجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فإنّ الإجازة و ان لم تكن عقدا الا أنّه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد أيضا باطلا و أضاف إليه شيخنا الأستاذ انّ الإجازة من الإيقاعات فالتعليق فى الإيقاعات لا يعقل.

اما ما افاده شيخنا الأنصارى ففيه أولا لا دليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فإنّ عمدة الدليل على بطلانه هو الإجماع كما تقدم فالتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا أنّه تقدم فى السابق انّ التعليق فى العقد موجب للبطلان إذا كان بأمر خارج عن العقد و اما لو كان على أمر يكون مقوما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح

به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما إذا قال ان كنت زوجتي فأنت طالق أو ان كان هذا مالى فبعته فكك الإجازة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٩

و اما ما افاده شيخنا الأستاذ فلم نعقل له معنى محصلا حيث ان التعليق فى الإيقاع قد وقع فى الشريعة المقدسة فكيف له الحكم بكونه غير معقول فى الإيقاعات كالتدبير فإنه من الإيقاعات مع كونه معلقا على الموت و كالوصية بناء على كونها من الإيقاعات كما هو الحق فإنها متوقفة على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه أنما هو الإجماع فالمتيقن منه ليس الا- العقود فلا- علم لنا لدخول الإيقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

و اما الجهة الثانية أعنى إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم

فهى متفرعة على الجهة الاولى و لذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الإجازة منزلة الوكالة فما لم يبلغ الأمر فى ذلك الى مرتبة لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الإجازة.

و الظاهر جواز تعلقها بالأمر المبهم إذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرّا كما إذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره أو إجارته أو بيع الفرس أو غير ذلك فيقول أجزت ذلك الأمر الواقع ان كان إجارة- فأجزت الإجارة و ان كان بيعا فأجزت البيع و هكذا و هكذا و لا يلزم معرفة المجاز و لا يضرّ عدم المعرفة بصحة الإجازة و هذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بدلا فعلم ذلك و لكن لا يدرى أنه اى شىء فيقول أجزته فهل يتوهم احد عدم صحة ذلك بل هذا أوضح من الوكالة فانّ فى الوكالة و ان كان يصح تعلقها بالأمر المبهم و لكن يشترط فى صحة ذلك وجود جامع بين تلك الأفراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها و الا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد و هذا بخلافه هنا فإنّ الإجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيرة و ان لم يكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٠

بينها جامع فإنّ التردد لا يمنع عن ورود الإجازة إلى مورده و محله فى الواقع و هذا نظير إتيان أربعة ركعات من الصلاة الرباعية بقصد إتيان الواقع إذا علم بكون ذمته مشغولة بأربعة ركعات من الصلاة مع الجهل بخصوصياتها.

و من هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال انه لا يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكالة فإنها تصح على نحو الإطلاق و ان لم تصح على نحو الإبهام و اما الإجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق لأنّ عقد الفضولى وقع على شىء خاص و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد و وجه البطلان انّ ما تقع عليه الإجازة و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق لا كليا قابلا للإطلاق الا انّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للإطلاق بلا دليل بل أنما تكون الإجازة واقعة على موردها و ان كانت المحتملات كثيرة و بالغه الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكالة فإنه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديدة فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فأجزته و ان كان ذلك فأجزته و هكذا و بالجملة انّ الإجازة بعد صدورهما من أهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الإبهام بمكان فإنّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق فيقول المجيز أجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا.

الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١١

أو آخر عقد وقع على ماله أو أول عقد وقع على عوض ماله أو آخر عقد وقع على عوض ماله فهذه أربعة صور ثم أنه اما العقد الوسط

بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى أو وسط بين العقدين الواقعين على بدله أو على الاختلاف و على كل من هذه الأربعة فاما ان ذلك العقد الوسط واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازة الوسط ثمانية صور فيرتقى المجموع إلى اثني عشر صور و توضيح ذلك أنما يكون في ضمن مثال فلو باع الفضولي عبد المالك بفرس و باع مشتري ذلك الفرس بدرهم و باع الآخر العبد بكتاب ثم باع الآخر العبد بدينار و باع الآخر الدينار بجارية.

فهذه البيوع الخمسة حاوية لبيع واقع على مورد ابتداء و هو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلك البيع الأول وسطا و هو بيع العبد بكتاب و بيع واقع على ذلك المورد لاحق و هو بيع العبد بدينار و حاو أيضا على بيع وارد على بدل العبد و هو بيع الفرس الذي بدل العبد بدرهم و على بيع وارد على بدل العبد أيضا و لكن لاحق و هو بيع الدينار بجارية فهل تكون اجازة العقد الوسط الذي بيع العبد بكتاب الذي وقع قبله عقد على مورد و عقد على بدله و كذلك بعده اجازة السابق و اللاحق أو ليس اجازة لشيء منها أو نقول بالتفصيل فيتضح بذلك المثال حكم المقام فتارة نتكلم على الكشف و آخر على النقل اما على الكشف فلو أجاز مالك العبد بيع العبد بكتاب فيكشف ذلك ان العبد من حين العقد صار ملكا لمالك الكتاب و الكتاب صار ملكا لمالك العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيكون باطلا لكونه واقعا في مال الغير و لم تتعلق به

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٢

الإجازة من المالك فيقع باطلا.

و اما بيع الفرس بدرهم فهو أمر آخر أجنبي عن بيع العبد فيكون فضوليا و موقوفا على اجازة مالكة.

و اما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فإنه بعد كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له أيضا من حين العقد فإذا باعه بجارية فيصح بيع الجارية أيضا.

و اما على النقل فحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقة الكشف في كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم بطلان بيع العبد بفرس و بصحة بيع الفرس بدرهم مع الإجازة و اما العقود اللاحقة- فحيث ان الإجازة ناقله من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الإجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الإجازة و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادلة الواقعة بين العبد و الكتاب يباع لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته و عدمه مطلقا أو مع الإجازة و عدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع.

قوله الثالث المجاز اما العقد.

أقول و حكم المسألة في غاية السهولة و لكن تصويرها في غاية الصعوبة و قد ذكره المصنف و أوضحه بأمثلة و نحن أيضا نوضح المسألة بالمثال الذي ذكره المصنف و لكن نحله الى مثالين لأجل التوضيح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٣

و حاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الإجازة بالمجاز قبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير أو العقد الواقع على عوض مال الغير و على كلا التقديرين فاما ان يكون المجاز أول عقد وقع على مال الغير أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورد أو بدله أو بالاختلاف و محصله ان العقد المجاز تارة يكون أول عقد وقع على عين مال الغير و آخر يكون آخر عقد وقع على عين مال الغير و ثالثة يكون أول عقد وقع على بدل مال الغير و رابعة آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه أربعة صور و أيضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تارة يكون وسطا بين عقدين واقعا على مورد و اخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى و ثالثة يكون العقد السابق منه واقعا على مورد و اللاحق به واردا على بدل مورد و رابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذي يكون موردا للإجازة تارة يكون واقعا على عين مال الغير و اخرى على بدله

فتكون هذه على ثمانية أقسام و مع إضافة الأقسام الأربعة إليها ترتقى إلى اثني عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيم ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين و يجمع جميع ذلك مثالان بتقسيط الفرض إليهما ممّا مثله المصنف الأول يفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره أنّه لو باع شخص فضولة عبد المالك بفرس ثم باع البائع - الفرس بدرهم و باع المشتري العبد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبد بدينار و باع الدينار بجارية و قد وقع هنا عقود خمسة و الوسط منها مسبوق بعقدين وقع أحدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٤

الأخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق أيضا بعقدين أحدهما واقع على مورده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده و هو بيع الدينار بجارية و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الذى يكون ثمننا أو مئنا متحدا مع العقد الآخر فى هذه الجهة أى كما انه ثمن أو مئنا فى هذا العقد و كك هو أيضا ثمن أو مئنا فى ذلك العقد.

فلو أجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشتري أعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون يبيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجارية فإن جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط و كونه موجبا لحصول الملكية من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا فإنه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابلية لحق الإجارة به بإجارة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فإن مالكا العبد قد أجاز يبيعه بكتاب فاجازة يبيعه بكتاب لا يستلزم صحة يبيعه بفرس اعنى العقد السابق.

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمة ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقلة وقع على مال الغير فضولة فإن أجاز المالك صح و الا فلا. و اما على النقل فبالنسبة إلى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبة إلى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحة بيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٥

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الإجارة المتأخرة أو بدون الإجارة فيكونان أيضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم. و من هنا ظهر أنّه لو أجاز العقد الأول فإنه يستلزم صحة العقود المتأخرة بأجمعها و لو أجاز العقد الأخير فإنه لا يستلزم صحة العقود المتقدمة بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الإجارة.

بقى هنا أمران لا بدّ من التعرّض لهما الأول انّ اجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقة إذا أجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما إذا أجاز للبائع فيصح بذلك العقود السابقة أيضا و ذلك لأنّ صحة بيع العبد بكتاب و كونه للبائع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فإن صحة بيع العبد بكتاب متفرع على صحة بيع العبد بفرس فإنه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا إلى المشتري و لا يصح بيع المشتري ذلك العبد بكتاب صحيحا فإنّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البائع فى أحدهما هو الفضولى و فى الآخر هو المشتري و إذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحة بيع الفرس بدرهم أيضا من غير توقف على الإجارة فإن لازم صحة بيع العقد بفرس و كون العبد للمشتري ان يكون الفرس للبائع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و إذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحة بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته بإجارة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبائع فإذا كان له فيصح يبيعه بدرهم من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٦

غير توقف على الإجارة لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه.

ثم انّ هذا الذى ذكرناه انما هو على الكشف و اما على النقل فيتوقف أيضا على المسألة السابقة من توقف البيع على الملك و الا

فيطلان كما هو واضح.

الأمر الثاني أن مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود- صحة العقود اللاحقة العقود الطولية الرتيبة التفرعية أي يكون العقد اللاحق أو السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له أو ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه أو بايعه بائعا أو مشتريا للآخر الذي يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متأخرة عن رتبة العقد المجاز و ان لم يكن لا حقا له بحسب الزمان كما تقدم أن اجازة عقد الوسط يستلزم صحة العقود السابقة إذا كان ذلك للبائع.

و أمّا إذا لم يكن بينها ملازمة و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا- يستلزم أجازته صحة العقود اللاحقة كما إذا فرضنا أنه باع الفضولي العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد بيقر و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فأجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحة العقود السابقة أو اللاحقة لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها أجنبيّة عن العقد المجاز كما هو واضح.

و من هنا صح.

دعوى الكبرى الكليّة في المقام على استلزام اجازة العقد صحة الآخر و هي أنه كلما كان بين عقدين ملازمة اما بكون الأول لازما و الآخر ملزوما أو العكس فاجازة أحدهما مستلزم لإجازة الآخر و الا فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٧

فهذه كبرى كليّة مختصرة لضابطه ذلك و بعبارة أخرى أجاز عقد يوجب صحة كل عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا.

المثال الثاني ان يكون المجاز هو العقد الوسط أيضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك أيضا بما ذكره الشيخ كما إذا فرضنا أن الفضولي باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف أو اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير و هو الدرهم فإنه بدل الفرس الذي بدل العبد و قبله عقدان أحدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فإن الدرهم أيضا مورد العقد الوسط و الثاني بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان- أحدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثاني غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو أجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف أو اشترى الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحة العقود السابقة أيضا فإن صحة بيع الدرهم برغيف يستلزم صحة بيع الفرس بدرهم فإنه لو لم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحة بيع الفرس بدرهم يستلزم صحة بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليجيز بيع الدرهم برغيف أو- اشترى الرغيف بدرهم.

و اما على النقل فتكون البيوع السابقة واقعة في غير ملك المالك لعدم كون البائع مالكا فان قلنا بصحتها مع الإجازة أو بدونها فيها و الّا فتبطل. و اما العقود اللاحقة فبيع الدرهم بحمار الذي وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحة الوسط بالإجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشترى الحمار به

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٨

أو بيعه بحمار في ملك مالكة. و أمّا بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضوليا موقوفا على اجازة المالك لأنه غير ملازم لإجازة بيع الدرهم برغيف.

و بالجملة الحكم في هذا المثال على عكس المثال الأول كما عرفت.

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من أشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسحا لما قبله و اجازة لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و وجه البطلان أشار أن تعدد الأشخاص و انفرادهم ليس ميزانا في المقام بل المناط هي الملازمة بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الأشخاص العديدة و

مع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و إن كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعددة الفضولية على شىء واحد فأجاز المالك الوسط و هكذا من شخص واحد و كذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره فى الإيضاح و الدروس من انّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل .
قوله ثم ان هنا إشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود- لصورة علم المشتري بالغصب.

أقول و قد أشار العلامة الى ذلك الاشكال و أوضحه قطب الدين و الشهيد على ما فى المتن فحاصله ان المشتري مع العلم بكون البائع غاصبا يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البائع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض فى كلامهم هو الأول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه أى الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثمنا عن مبيع
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٩

اشتره لعدم بقاء الموضوع للعقد الأول. نعم لا يجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجانى .
و بالجملة انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمنا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجانا فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمنا أو مثمنا قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا يبقى موضوع للإجازة لبقاء المغصوب بلا عوض .
و هذا الاشكال مبنى على أن مال المسلط مع العلم بكون- البائع غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد إتلافه الغاصب ببيع و نحوه لأنه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير إياه فيكون عند التلف تالفا من كيسه.
نعم مع بقاء العين تصح اجازة المالك البيع الأول.

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الأول بإجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على أنه مسلط الغير على ماله مجانا فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا فى ملك الغاصب من الأول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحة تأهيلية لتكون فعليه بإجازة المالك المجيز و على هذا لا وجه للقول بانّ اجازة العقد الوسط الواقع على الثمن اجازة لما قبله أو إذا وقع العقود المترتبة من أشخاص متعددة صح اجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله أو ما ذكرناه من الميزان الكلى فى ذلك من انّ اجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم اجازة جميع ما يتعلق بها و الوجه فى ذلك كله يظهر بالتأمل - و لكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجوه قد أشار إليه الفخر رحمة الله عليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٠

الأول بفساد المبنى بأنه لا دليل على كون مال المسلط ملكا للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فإنه قد سلطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعدة اليد و قد تقدم فى ما لا يضمن انّ الملكية العقلانية القائمة باعتبارهم أو الملكية عند المتبايعين غير مربوطة بالملكية الشرعية فأقدام المسلط على المعاملة مع علمه بكون البائع غاصبا لا يقدم على تلك المعاملة مجانا بل يسلطه على ماله بعنوان المعاوضة و ان لم تكن حاصلة عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فإذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا.

و بالجملة بعد ملاحظة إقدام المشتري على المعاملة المعاوضة و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضة و لو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعدة اليد تخصيصا و كون ماله ملكا للغاصب مجانا.

الثانى ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فإن منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل التوبة إلى اجازة المجيز لعدم بقاء الصحة التأهيلية للعقد حتى تنضم إليه الإجازة لأنه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولى الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله

تسليط بعد تحقق البيع و لو بعدية رتيبة كما في المعاظة فيكون ذلك و فاء للثمن الذي لزم عليه بالمعاوضة لا انه تمليك مستقل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢١

ليوجب انعدام العقد الأول و سقوطه عن الصحة التأهلية و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الإغماض عن الجواب الأول فإنه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلطه عليه بتسليط المالك لا يبقى - موضوع للإجازة فإنها متفرعة على كون ما أخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضا عنه فيبقى المغصوب في ملك مالكة فيكون الثمن أيضا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول.

الثالث انه لا يتم على النقل أيضا و ذلك لأن الإجازة و ان كانت بعد التسليط و ان الملكية و الاستناد انما يحصلان عند الإجازة لا قبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشتري انما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالإجازة المتأخرة فيكون التسليط مقيدا بذلك لا- أنه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فإذا كان تسليط المشتري الغاصب على ماله بعنوان المعاوضة بحيث يكون مراعى على اجازة المالك تتم المعاوضة من جميع الجهات فلا- وجه لتوهم أن التسليط انما وقع مجانا و بالجملة أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو تبعية تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته و غير خفى أن قصد المشتري ان يكون المغصوب مالا- له في مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضة و حيث ان- الغاصب ليس مالكا على الثمن فيكون العقد من طرفه فضوليا فقها يكون التسليط مراعى على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضة فإن أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحا و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٢

الا- فيكون مالا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول و السير في ذلك ان الإجازة ليست بيعا ليكون التسليط الواقع من المالك أعنى المشتري تسليطا مجانيا لوقوعه على غير عنوان البيع و خارجا عنه بل انما هي من الأحكام الشرعية الثابتة على الملا- ككجواز البيع و جواز الأكل و جواز الشرب و غير ذلك اذن فيكون البيع حاصل من زمان العقد على النقل أيضا و ان كانت الملكية و الاستناد الى المالك و شمول العمومات من زمان الإجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الإجازة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب.

و بعبارة أوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولي الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشتري بكونه غير مالك و ان ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله في ذلك الفرض و بهذا العلم تسليطا مجانيا فلا يبقى موضوع للإجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب اما مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما أخذه من المشتري ابتداء أو بعد التلف بالنقل الى الغير في بيع أو هبة أو نحوهما و إذا منعنا ذلك المنشأ و قلنا ان التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التأهلية و لو بكون التسليط على هذا الفرض مراعى على الإجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى و هنا اشكال رابع قد أشار إليه في الإيضاح و حاصله ان المشتري و ان سلط الغاصب على ماله الا أنه متعلق حق الغير من جهة أن للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضوله فيكون مال المشتري ملكا له في مقابل ماله بإجازته لكونه أسبق من الغاصب و اولى منه فان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٣

و أخس الأطوار.

و فيه أنه لا منشأ لأخذ الغاصب بأشق الأحوال و أحسها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا و عدوانا و أما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل و اما توهم أن مال المشتري متعلق حق المالك المجيز فهي الإجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أن الإجازة من الأحكام الشرعية مثل جواز البيع و جواز الأكل و الشرب فكما أن للمالك أن يبيع و أن يأكل و أن يشرب

و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله و ليس ذلك من الحقوق و من هنا قلنا أن الإجازة لا تنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز و على هذا فيمكن ان يكون مال المشتري ملكا للغاصب بالتسليط قبل الإجازة فلا يبقى موضوع أصلا لإجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى أحكام الرد.

قوله رحمه الله مسألة فى أحكام الرد.

[القول فى تحقق الرد بالفعل و القول]

إشارة

أقول تحقيق المسألة فى ضمن جهات الاولى أن هذا البحث أتما له ثمر إذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما رده المالك لا تبقى له صحة تأهليّة لانضمام الإجازة إليها و الا فلا اثر له من هذه الجهة و قد تقدم أنه ليس للمالك إلغاء العقد عن ذلك و إسقاطه عن قابليته لحوق الإجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهة فإنّ العقد الفضولى بعد رده المالك فقابل لأن تتعلق به الإجازة و يكون صحيحا أيضا بعد الرد.

الجهة الثانية فى أنه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لا بدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامة الأنصارى رحمه الله يتحقق ذلك بالقول الصريح و بالفعل مثل الهبة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٤

و العتق و البيع و نحو ذلك من التصرفات الناقلة و المعدمة لعلامة الملكية و لكن شيخنا الأستاذ تقبل الكبرى و إمكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالقول فى ذلك الا أنه منع الصغرى و عدم إمكان تحققه بمثل العتق و الهبة و البيع و نحوها و الوجه فى ذلك أن هذه الأمور لا- دلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الأولوية و صحته التأهليّة بانضمام الإجازة اليه و لا يقاس ذلك بالفسخ بالخيار فإنه إزالة علاقة الملكية فتحقق بكل ما يكون منافيا لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرد إسقاط العقد عن قابليته لحوق الإجازة به فلا يتحقق الا بما يكون صريحا فى ذلك و فيه ان ما ذكره هو و المصنف من الافعال كالعق و الهبة و البيع و نحوها لا يتحقق بها الرد الا ان الافعال غير مضرّة بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالإشارة و الكتابة بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك أو يكتبه.

و بالجملة ان ردّ العقد كامضائه بل كإنشائه من الأمور المتوقفة على الإنشاء و الإبراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك. ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقلة فإذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضوله أو وهب أو كان عبدا فعتقه ثم أجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الإجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقلة باطلة أو يجب عليه أداء بدله أ تكون الإجازة باطلة و التصرفات صحيحة أو يفصل بين القول بالكشف فنقول بطلان التصرفات و بين القول بالنقل فنقول بطلان الإجازة وجوه و قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٥

فصل المصنف بين القول بالكشف الحقيقى و بين القول بالنقل.

و قال ان صحة الإجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحة لمنعت عن صحة الإجازة فاذن تكون صحة الإجازة مع صحة تلك التصرفات متناقضة فإنه لا يمكن الالتزام بصحة كليهما و الا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمنين بل لا بدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الإجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا إلى اذن المشتري لكونها واقعة على غير وجهها فأشار المصنف إلى الأول

بقوله أو البطلان

و الى الثاني

بقوله من امتناع الأخير

و الى الثالث

بقوله أو إيقاعه على غير وجه

فحيث أن الملكية حاصله من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطله و تكون الإجازة صحيحة و كاشفه عن وقوع تلك التصرفات في ملك الغير و أما على النقل أو الكشف الحكمي أو الكشف الذي ذكرناه فلا تصح الإجازة بل تصح التصرفات الصادرة من المالك المجيز و ذلك فإنها وقعت في ملكه و لم تبق موضوعا للإجازة فإنها إنما تصح من المالك لو لا الإجازة لا من كل أحد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفة.

و لكن الظاهر أن الإجازة تكون باطله مطلقا و إنما التصرفات تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقي بأخذ الإجازة معرفة محضه فإنك عرفت أن المؤثر في العقد الفضولي ليس هي الإجازة المطلقة و ان صدر من الأجانب بل إنما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الإجازة فإذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٦

على نحو أوجب ذلك خروجه عن الملكية و صار بالنسبة الى ذلك المال كأحد الأجانب فتكون إجازته ملغاه و تصح تصرفاته فإنها لا- تبقى مجالا- لكون الإجازة صادرة من المالك لو لا- الإجازة فإنه و ان قلنا بالكشف و لكن ذلك إنما هو بالإجازة المتأخرة و الإجازة المتأخرة إنما تصح مع بقاءه أي المالك على صفة الملكية على النحو الذي كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفة فتكون أجازته لغوا فإذا لغت الإجازة فلا تكشف عن الملكية من حين العقد بل يرتفع ما يكون مؤثرا فيها و يسقط عن الصحة التأهيلية و هذا هو السر في عدم صحة العقد الفضولي بإجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافية و بعبارة اخرى أنا نقول بالكشف من جهة أن أوفوا بالعقود يوجب اسناد البيع الواقع فضوله الى المالك من حين العقد و يكون البيع يبعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الإجازة في هذا المال بدليل الوفاء لا يبقى مجال لاستناد بيع آخر في هذا المال اليه بدليل الوفاء و غيره و ان قلنا ان الإجازة إنما هي يتعلق بالعقد كما هو كذلك و لكن يتعلق بالعقد في مورد قابل و فيما يكون العقد واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحالة إلى زمان الإجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا- يكون قابلا- لإسناد البيع الفضولي إلى نفسه بحيث يكون إسناده ذلك لنفسه بالإطلاقات موجبا للإسناد السابق عليه بتلك الإطلاقات.

و توهم ان الإجازة توجب عدم صحة تلك التصرفات المتخللة بين العقد و الإجازة و بقائها أي العين المبيعة في ملكه فاسد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٧

لكون ذلك دورا واضحا حيث الإجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكية على الإجازة و محققة بالإجازة فيلزم الدور.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ٣٢٧

و الحاصل ان التصرفات الواقعة بين الإجازة و العقد على أقسام الأول أن تكون منافية للبيع السابق الواقع على العين فضوله كما إذا باعها أو وهبها للغير أو عتق إذا كان عبدا أو أمه و هكذا فإنها منافية لصحة البيع الفضولي بالإجازة و هذا القسم لا شبهة في كونها موجبة لبطلان أجازته المتأخرة و ذلك مضافا الى ما تقدم أنك عرفت في بعض المباحث المتقدمة ان العمومات و الإطلاقات إنما

هي خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجها الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و ان المراد من حليّة البيع و تجارة عن تراض حليّة بيعهم و تجارتهم المراضاتية و على هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكة و يباع له لفرض صدوره من الغير فضولة و حينما يكون العقد الصادر من الغير فضولة متعلقا على ماله ليس عقدا له و يباع مستندا اليه و حينما يكون يباع له و مستندا إليه بالإجازة ليس عقدا للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقد كإجازة الأجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

و بالجملة لا- نعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد إجازته اذن لا نعقل وجها لصحة ذلك العقد و لا يفرق في ذلك بين الكشف بأقسامه حتى على معرفية الإجازة و النقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح و على الكشف الحكمي واضح و سلمنا شمول العمومات على ذلك بالإجازة و لكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فان مقتضى بعض الروايات المتقدمة هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكا عند البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٨

كقوله عليه السلام لا توجب قبل الاستيجاب و لا تبع قبل الشراء و غير ذلك من الروايات فان الظاهر منها ان من شرائط صحة البيع ان يكون البائع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء أو بالإجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالكا فلا يكون بيعه المستند إليه بالإجازة صحيحة فتكون تلك الروايات مخصّصة لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح و من قبيل تلك التصرفات الناقلة تزويج الأمة للغير من المالك فان هذا لا يبقى مجالا لإجازة تزويجها الواقع فضولة لأن المزوجة لا تكون زوجة و اما التصرفات الغير المنافية للعقد السابق الفضولي فهي كالاتيلا و الإجازة و تزويج الأمة فقال المصنف انها و ان لم تخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه الا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذ فرض وقوعها صحيحة منعت عن الإجازة فهذان لا يجتمعان.

أقول أما الاتيلا فالظاهر أنه لا حق بالقسم الأول حتى على الكشف فان زمان الإجازة هو زمان كون البيع يباع للمجيز و إذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الأدلة فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالإجازة صحيحا و إن كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فان البيع يقع في حال الاتيلا نعم لو كان عدم الاتيلا قيدا في المتعلق كعدم كونه خمرا مثلا- فيكون البيع صحيحا فان المجيز انما يجيز البيع الواقع من الفضولي من زمان وقوعه و لا ريب أن متعلقه في ذلك الزمان ليس بأم ولد و انما حصل الاتيلا بعده و ان كان المتعلق أم ولد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٩

في زمان الإجازة فإنه ليس بمناط.

و أما الإجازة فهي تارة تكون منافيا لما فعله الفضولي فلا يعد ذلك إجازة و أخرى لا تكون منافية فإنه تارة تكون الفضولي قد آجر داره من الغير من مبدء سنة الى منتهى السنة ثم آجرها المالك في تلك السنة كذلك أي من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولي فإنه لا يصح لمنافاة العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولي لأن الثاني لا يبقى موضوعا لإجازة الأول لعدم بقاء المورد على تملك المنفعة بالإجازة بعد تملكها لها ابتداء بعقد الإجازة فتكون أجازته العقد الأول كإجازة الأجانب فلا تشمله العمومات فإنه عند العقد لم يستند اليه و لم يكن العقد عقده و حين الإجازة لم يكن مالكا للمنفعة لتفويتها بالإجازة.

و بالجملة ان المالك و ان كان قد تصرف في العين بالمنفعة الغير المخرجة عن الملكية و لكن مع ذلك التصرف في المنفعة لم يبق موضوعا للعقد الأول فتكون اجازة ذلك باطله لعدم كون المجيز مالكا لو اجازة و ان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولي فلا تكون الإجازة باطله كما إذا باع الفضولي دار المالك و قبل ان يجيزها المالك يؤجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولي ففي هنا لا يتم كلام المصنف لعدم منافاة العقد الصادر من الفضولي مع العقد الصادر من المالك فإنه لو كان هو بنفسه يؤجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطله لعدم منافاة البيع مع الإجازة لكونه واقعا في محله و صادرا من اهله و هكذا إذا تحقق البيع بالإجازة أيضا فإنها

صادرة من أهلها و واقعة في محلها اعنى البيع فيكون صحيحا لصحة الإجازة من -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٠

أهلها غاية الأمر ان المشتري قد كان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة و قد صارت مسلوبة المنفعة في مدة فظهر العيب في العين المبيعة فيثبت له الخيار و أما البطلان فلا و هذا نظير سكون المالك في تلك الدار بين العقد و الإجازة فإنه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشتري و قد استوفاه المالك و فوتها عليه فلا- يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك و صيرورتها بالنسبة إليها كالأجانب فلا بد ان يخرج من عهده تلك المنافع و مع ذلك يثبت للمشتري الخيار فتحصل ان عقد الإجازة الواقعة من المالك فليس مطلقا على نحو لا تبقى مجالا للعقد الأول الفضولى و تكون منافية لصحة التأهلية و تكون موجبة لخروجها عن قابلية الإجازة به و كونه صحيحا بالإجازة كما لا يخفى و من هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولى امه المالك ثم زوجها المالك من الغير فان ذلك لا يوجب بطلان اجازة العقد الأول غاية الأمر يكون المشتري مختارا في الرضا بعقد البيع و فسخه و ذلك من جهة ان التزويج لا ينافى البيع حتى إذا صدر كلا الأمرين من شخصه لإمكان كونها ملكا لأحد و زوجة شخص آخر و أما المنافاة فيما يكون العقد الأول تزويجا مثل العقد الثانى فإنه حينئذ لا يبقى العقد الثانى موضوعا للأول لأن المزوجة لا يتزوج.

بقي الكلام في الرهن

فهل يمنع ذلك عن الإجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة فضولة أولا يمنع و قد اختار شيخنا الأستاذ الأوّل و قال ان رهن غير المديون انما يصح إذا رهنه نفس المالك بالمباشرة أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانة و أما الإجازة و المفروض صحة الرهن فلا محل للإجازة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣١

و لكن كلامه هذا مبنى على النبوى المعروف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فإنه بناء على هذا لا تصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة لكونها تصرفا فيكون الراهن ممنوعا من ذلك كما هو المشهور و من هنا قالوا أنّ من جملة شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين و أما إذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوى و عدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغير المنافية للرهن الغير الموجبة لزوالها جائزة و أما التصرفات الموجبة لزوالها فلا تجوز و حيث ان بيع الراهن العين المرهونة لا ينافى الرهانة لبقاء الوثيقة على حالها فلا مانع من اجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فإن غاية الأمر أنها تكون مالا للغير فلا مانع من رهن مال الغير بإجازته لجواز ذلك بلا شبهة اذن فلا مانع من اجازة الراهن البيع السابق الفضولى و صحته بها لكونها أى الإجازة صادرة من أهلها أعنى المالك لو لا الإجازة و يكون البيع بها واقعا في محله.

و بالجملة معنى الرهانة هو كون العين المرهونة وثيقة عند المرتهن و هذا المعنى حاصل فيما يكون الراهن من أموال غير الراهن أيضا فإن المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلك و يستوفى دينه و على هذا فلا مانع بعد الرهن اجازة العقد أيضا غاية الأمر يكون للمشتري الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو في معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الراهن على أداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفى دينه.

و الحاصل ان الفسخ انما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٢

على كون الرد موجبا لسقو العقد الفضولى عن قابلية لحوق الإجازة به و عن صحة التأهلية ثم ان الافعال على أقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت مالكة لكون تلك الافعال تصرفات ناقلة و ذلك كالتق و الهبة و البيع و تزويج الأمة بعد تزويجها فضولة و يلحق بذلك الاستيلاء كما عرفت و قد عرفت السير في ذلك بان الإجازة انما تؤثر في العقد إذا كانت صادرة ممن يكون مالكا لو لا

الإجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الإجازة لو لا الإجازة ولكن لا بدّ و ان يعلم أنّ معنى تحقق الرد بها ليس إسقاط العقد عن قابلية لحق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهيلية كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الإجازة فإنه ليس بمالك ان يجيز و الإجازة لا بدّ و ان تصدر من المالك لو لا الإجازة كما عرفت فإنها لا تدلّ على ردّ نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التأهيلية كما يدلّ الرد المتحقق باللفظ على ذلك.

و يترتب على ذلك أنّه إذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنّه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الإجازة مالكا حال العقد في العقد الفضولي كما تقدم اختياره من المصنف و ان لم يقبله فللمنتقل إليه أى من انتقل اليه المال من المالك أصالة ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشتري كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم في مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الإجازة لا يمكن بقاء العقد على قابلية التأهيلية فإنه - بالعتق يزول موضوع البيع الفضولي و متعلقة فلا تصح إجازة البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٣

العبد المعتق لا من المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه أصلا لأنّ الحرّ لا يصبر عبدا و لا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله إليه بالعتق مثل البيع و نحوه فإنّ العتق فك ملك لا نقله الى غيره و كونه مالا له ليتمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقهما يسقط العقد السابق أيضا عن قابلية لحق الإجازة بها.

لا يقال انّ العتق كغيره من التصرفات المنافية لا يوجب خروج العقد عن قابلية لحق الإجازة به و أنّما يوجب كون المعتق غير - قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابلية التأهيلية إذن فيمكن تعلق الإجازة به حينما صار الحرّ عبدا فيما إذا أمكن كما إذا ارتدّ ثم صار أسيرا للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث.

فإنه يقال و ان كان في الوارث أيضا ملك جديد و ليس اشكال من هذه الجهة و لكن العقد فيه لم يخرج في زمان عن القابلية التأهيلية للصحة و أنّما استمرت تلك القابلية في عمود الزمان لاستمرار الملكية و هذا بخلافه هنا فإنه لم تستمر الملكية هنا في زمان الحرّية و خرج العقد في هذه الزمان عن القابلية و بطلت لذلك و بعد صيرورة الحرّ عبدا يحتاج عود تلك القابلية على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا - بالإجازة و توهم شمول العمومات عليه و من هنا ظهر انه لا فرق في تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو في غير حال الالتفات فإنّ المناط في تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابلية الإجازة و كون القصور في ذلك من قبله و لا - يفرّق في ذلك بين الحالتين و لا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات في سقوط المالك عن قابلية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٤

الإجازة لأنّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل.

و اما الإجازة و الرهن فقد عرفت انهما لا - يمنعان عن بقاء قابلية العقد عن لحق الإجازة المالكية بها كما لا يمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيز عن إجازتهما لأنّ الرهن و الإجازة في بعض أقسامهما كما عرفت لا - ينافيان العقد السابق الفضولي ليوجب تحققها انعدام قابلية لحق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهيلية.

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد.

أقول و أما التصرفات الغير المنافية لإجازة البيع فقد فصل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل ذلك ردا للعقد السابق و بينما لا يكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات ردا للعقد السابق.

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالإجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا

يتحقق بفعله ذلك أيضا لعدم كونه هذا إنشاء للرد فلا- يكون منافيا للإجازة اللاحقة و بعبارة اخرى ان اللازم في تحقق الرد تحقق عنوانه و كون الفعل بالحمل الشائع ردا لا ان مجرد صدور الفعل يكون ردا كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق ليكون إنكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء و من إطلاق كلامهم فإن لازم معنى الإنكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعا و اما في صورة الائتفات فأفاد ان مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٥

للبيع أو المعاملة عليه بالبيع الفاسد أو غير ذلك مما يصد منه مع العلم بتحقيق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون ردا و استدلل عليه أولا بالأخبار المتقدمة من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غيرها مما ورد فى نكاح العبد و الأمة بدون اذن السيد الى غير ذلك ما يدل على ان للمالك الرد للعقد الفضولى فلا شبهة فى صدق الرد على مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متين جدا و حاصله أن غاية ما يستفاد منها هو ان من له العقد أو مالك العبد و الأمة له اجازة العقد و له رده و اما ان الرد بأى شىء يتحقق فليست فيها تعرض الى ذلك و دعوى صدق الرد على تلك التصرفات مصادرة و كذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير أجنبيا عن أحد طرفى العقد فلا يؤثر إجازته فى العقد السابق فإن هذا أيضا مصادرة و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرد القولى أيضا أول الكلام و مصادرة واضحة و العمدة ما يستدل به ثالثا من فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع و بعبارة اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخيارية رفع ورد العقد الفضولى دفع و لا ريب أن مثنونه الرفع أكثر من مثنونه الدفع فإذا كان أمثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى و فيه أنه قد تقدمت الإشارة إلى جوابه فى صحيحة محمد بن قيس و توضيح ذلك ان فى العقود الخيارية قد صار المبيع ملكا للمشتري و صار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غاية الأمر أن البائع بما ان له الخيار فيجوز له فسخ العقد و يتصرف فى ذلك بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٦

فسخه هذا فإذا تصرف فى ذلك المبيع تصرفا لا يجوز لغير المالك أو يكون فى نظر العرف مما يكون من آثار الملك فبالملازمة يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا فى محله و صادرا من اهله و هذا بخلاف المقام فإن المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا فى ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ فى العقود الخيارية فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرد بها بل تقدم أن التصرفات المنافية للعقد السابق الفضولى لا تدل على الرد بل على سقوط المالك عن القابلية لإجازة العقد و كيف بالتصرفات الغير المنافية لذلك العقد.

و بالجملة فمجرد كون الفسخ رفعا و الرد دفعا لا يدل على تحقق الرد بمثل تلك التصرفات فى باب رد العقود الفضولية بل بالتصرفات التى أقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدل حتى على الفسخ فى العقود الخيارية أيضا لإمكان كونه زنا منه فلا يدل على ذلك و حمل فعل المسلم على الصحة لا- يوجب كون الوطى موجبا لتحقيق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافيا لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فإنه مناف للبيع فإنه لا بد و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم و الحكم بالصحة راجع الى حكم الوطى و كذلك لا يدل على الرد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقة رجعية حتى مع قصد الزنا لكونها زوجة حقيقة.

بقى الكلام فى ان مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزة أم لا كما إذا أوصى شيئا من أمواله لأحد ثم عرضه الى البيع أو وكل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٧

أحدا فى بيع داره ثم أوقع عليه بيعا فاسدا أو عرضها على البيع فهل يوجب ذلك بطلان الوصية و فسخ عقد الوكالة أم لا فقد ظهر مما ذكرنا عدم دلالة شىء من ذلك على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شىء يقتضى ذلك الا ان يبقى موضوعا للوكالة و

الوصية كما إذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصاً في بيعه فإنه لا يبقى حينئذ موضوع للوكالة والوصية كما هو واضح.
قوله:
رحمه الله.

مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده

إشارة

أقول إذا عرض العقد الفضولي للمالك فإن أجاز فيأتي فيه ما تقدم من التفصيل وان رد فان كان العين عند مالكها فلا كلام لنا فيه و ان كانت عند البائع أو المشتري و كانت باقية فيرجع إليهما وهكذا الأمر في الأيدي المتعاقبة فله الرجوع بأى منها شاء و الافرعى البائع قيمتها كما هو مقتضى اليد و السيرة المستمرة و قد تقدم فى المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك يرجع على القابض و كذلك المغصوب على الغاصب بقيمة يوم الدفع بحسب القواعد و لكن مقتضى صحيحة أبى ولاد أن يرجع الى قيمة يوم الغصب و كذلك فى المقام سواء كان البائع الفضولى غاصباً أو غير غاصب ثم إذا قلنا بالضمان بأعلى القسيم فيكون مبدء أخذ ذلك بالنسبة الى كل ضامن زمان دخول العين تحت زمانه فيكون البائع الأول ضامناً من أول وضع يده عليها الى زمان دفع القيمة حتى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدي المتأخرة و هكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد الى زمان دفع القيمة و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٨

الوجه فى ذلك ان بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها الى مالكها و هذا المعنى مسمى الى زمان الدفع و منحل الى ضمانات عديدة فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات و أما الأشخاص المتأخرة لا يضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ فلو كانت العين فى يد البائع الأول يحاذى بخمسة و باعها من المشتري و صارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها الى أربعة و باعها من الآخر كذلك و ترقى قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت الى عشرة فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الأخير لا يضمن الا على العشرة لأنه لم يأخذ زائداً عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامناً عليه بمقتضى اليد أو بالسيرة و أما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فإنها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهدة و لو كان عند الأول بخمسين و عند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشرة و عند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين إلا الأول و لا خير بالخمسة و الثانى بالعشرين و الثالث بعشرة لعين ما عرفت و إذا رجع المالك على الأول فيها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقيه القيمة من البائع الأول و على ما ذكرناه قد أشار المصنف

بقوله و لو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه و كذلك يضمن البائع و المشتري الى أن ينتهى الى الآخر بالمنافع أيضاً كما هو مقتضى اليد و السيرة أما المستوفاه فبلا شبهة و أما المنافع الغير المستوفاه على اشكال

فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلاً و بالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٩

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين.

و أما الصفات التى تزول بعد وجودها كما إذا كانت العين وقت وجودها عند البائع فاقده لصفه و حدثت بعد انتقالها الى الثانى أو الثالث بان كانت مهزولة ثم صارت سميئه أو كانت عبداً غير كاتب ثم صار عبداً كاتباً و تعلم الكتابة فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامناً بها أيضاً كضمانه بأعلى القيم و لو فى يد اللاحق و بالمنافع المستوفاه و غيرها الجامع مطلق المنافع الفائته أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختر شيخنا الأستاذ الأول و ان كل سابق يضمن بالعين و بجميع

شئونها من المنافع و الصفات و لو كانت حاصلة في يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفة الكمال كانت في عهده الضامن الأول فيضمنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصلة و فائتة في يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق و لكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصلة في اليد التالية و انما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها و ذلك فان مقتضى اليد أو السيرة ليس الا ضمان البائع الأول سواء كان غاصبا أولا بالعين مع الحيثيات القائمة فيها فهذه الحيثية بالنسبة إلى المنافع موجودا في العين فإنها متصفة بالفعل بحيثية الانتفاع بها و قابلية استيفاء المنافع منها بالفعل و هذا بخلاف الأوصاف فإن العين و ان كانت لها قابلية السمن و قابلية تعلم الأوصاف الكمالية و لكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لأمكن غير موجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٠

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح.

و على هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابة ثم زالت عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات في تحت يده و تلفت عنده و لو انتقلت العين الى غير من حدثت الأوصاف عنده و تلفت لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الأوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا أيضا.

و بالجملة نحن نتبع في الحكم بالضمان بدليله فبأى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشتري و أما حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام فيه تارة في الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك

فهناك مسلتان

اشارة

كما في المتن

أما الأولى ان المشتري تارة يكون جاهلا بكون البائع الفضولي فضوليا أو غاصبا و - اخرى يكون عالما به

اشارة

أما الأول فتارة يعترف المشتري بكونه مالكا بالعين و أخرى لا يعترف و على الثاني فيرجع على الفضولي لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره إياه و على الأول تارة يكون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبيع مال البائع و عليه فلا شبهة في عدم رجوعه إلى البائع فإنه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينة التي إقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد إقامة تلك البينة فلا يرجع المشتري الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب أخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بإقامة المالك البينة على ان المال ماله لكونها مكذبة لليد و كاشفة في الظاهر عن كونها اي اليد يد عدوان و غضب و أنما استملكت مال الغير عن غير حق و ان كان في الواقع محقا و لو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤١

تردد اعترافه بين كونه مستندا إلى الأول أو الى الثاني فهل حكمه حكم الأول فيلحق به أو الثاني ذكر المصنف ذلك و لم يرجح أحد الطرفين و لكن الظاهر ان يلحق ذلك باليد فان الغالب بل الظاهر من المشتري يشترط و يستندون الى اليد و لذا لو سئلوا عن ذلك فيجبو بذلك و انه كان مال فلان لكونه في يده.

و الدليل على ذلك ان الحجج الشرعية لا موجب لرفع اليد عنها إلا بحجة اخرى فالبينة القائمة على أن المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعية و انما نرفع اليد عنها هنا بواسطة إقرار المشتري على ان المال للبائع مستندا في إقراره هذا الى العلم فإنه يؤخذ بإقرار

كما عرفت فلا يثبت له الرجوع الى البائع بمقتضى البيئه القائمه على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجة و أما فيما لم يثبت ذلك الإقرار و لا علم لنا فى كونه مستندا الى العلم الوجدانى لكون إقراره قابلا لأخذ مقرة به بل يمكن مستندا الى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البيئه و الا يلزم رفع اليد عن الحجة غيرها و يكفينا الشك فى ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحجة بأمر يحتمل كونه حجة قائمه على خلافها.

قوله و ان كان عالما بالفضولية.

أقول: لا- إشكال فى أنه مع بقاء العين لا- بدّ من ردها الى صاحبها و هو المشتري و لا- يفرق فى ذلك بين كون المشتري عالما بالفضولية أو لم يكن عالما بها فإنه إنما أعطى الثمن للبائع على ان يكون المثلن له و لو مع علمه بكونه غير مالك فإذا لم يترتب على ذلك الإعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا فى ملكه و توضيح ذلك يظهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٢

بذكر ما ذكره المصنف

و قد استدل على كون العين باقية فى ملك المشتري على تقدير البقاء بوجه

الأول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا

بيان ذلك ان النقل و الانتقال لا بدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك و هذا متين خصوصا بضميمة ما ذكره أخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا أنها نظرة إلى الأسباب و حصر أسباب التجارة بالتجارة عن تراض فان المراد من الأكل هو التملك دون الازدراد و ان أسباب ذلك الملك هى التجارة عن تراض كما هو واضح و بالجملة أكل البائع الفضولى الثمن و لو مع علم المشتري بعد مالكية بلا مقتضى و سبب و أكل للمال بالباطل

الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد

لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله

و فيه أنه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالعقد الفاسد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد و تأثيره فى النقل و الانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك و حصول الضمان الخاص المعاملى فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحية عدم إمضاء الشارع فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البائع و المشتري ضامنا لما أخذه من صاحبه و هذا بخلاف المقام فان دفع المال إلى البائع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا- كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٣

كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن أنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة

ثم أمر بالتأمل و فيه انه قد تقدم سابقا أنما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسقط المشتري البائع على ذلك فاما على الكشف فواضح إذ الملكية إنما حصلت من زمان العقد فالتسليط أنما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكية الحاصلة بالعقد من

حين العقد.

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعى بحصول الملكية بالإجازة المتأخرة من المالك فإن أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجز فيكون للبائع فيكون التسليط منجزا لا ان التسليط من الأول منجز و ان المشتري سلب البائع على ماله منجزا كما هو واضح.

و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على الهبة المجانية

فلا فرق بين صورة العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبة ما دامت باقية و كذلك كل من البائع و المشتري لو كان الثمن أو المثلن غصبا و فيه ان هذا أيضا لا كلية له فان- الواهب ليس له الرجوع على العين على الإطلاق لو كانت باقية فإنها لو كانت ثوبا فقصر أو شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها و كذلك لو كانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتتزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام.

و من هنا ظهر حكم الجهة الثانية أيضا أعنى جواز تصرف كل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٤

من البائع و المشتري فيما أخذه فى مقابل المغصوب و انه غير جائز و تصرف فى أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا يوجب الاذن فى التصرف لأنه إنما سلطه على ماله بعنوان المعاوضة و المعاملة بحيث يكون مالا له فيتصرف فى ماله لا أنه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضة لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف.

قوله رحمه الله اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانين و غيرهم الاتفاق عليه.

أقول قد بنى شيخنا الأنصارى تبعا لهؤلاء الأعاضم على عدم الضمان فى هذه الصورة أعنى بيع الغاصب لنفسه و أخذ الثمن من المشتري لنفسه و تلفه عنده و تبعه شيخنا الأستاذ و ان ناقش فى بعض خصوصيات كلماته و الوجه فى ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض.

و محصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لأحد الأمرين كما تقدم فى قاعدة ما لا يضمن اما دليل اليد و ان من وضع يده على مال غيره فلا بد له ان يخرج من عهده بجميع شئونه و خصوصياته كما تقدم و اما قاعدة الإقدام على الضمان كما استدلل بها شيخ الطائفة و غيره فى ما لا يضمن و اما قاعدة اليد فهى و ان كانت مسلمة و متسالما عليها بين الفقهاء و لكنها خصصت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه المال لحفظه كما فى الوديعة و الإجارة و العارية فإن دفع العين فى هذه الموارد ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٥

الا بعنوان الوديعة دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان و على هذا فإذا كان دفع المال و تسلط الغير عليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالباع بلا ثمن و الهبة الفاسدة و الإجارة بلا اجرة فلا يكون فيها ضمان و كذلك يكون مثلا- إعطائه إلى ثالث فان الجامع فى جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجاني كما لا يخفى و اما قاعدة الإقدام فهى أيضا غير جارية هنا إذ لم يقدم البائع على الضمان بالثمن لعلم المشتري بكونه غير مالك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البائع المالك فيكون إعطاء الثمن حينئذ فى مقابل ماله تضمينا له بالمال الذى هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد أيضا ثم أورد على نفسه بأنه أى فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذى تقدم فان تصحيحه انما كان بان البيع فيه حقيقة واقع عن المالك لأن معرفة المالك شخصه و خصوصية غير لازم و خصوصاته غير دخيلة فى صحة البيع بل يكفى فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادلة اعنى تبديل مال بمال فى الإضافة المالكية بحيث لو كان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى أيضا فليكن الأمر كذلك فى المقام أيضا

فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا- ذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضة أصلا فلا يصح مع الإجازة أيضا فإن البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لا ملك شخص آخر و بالجملة: ان كان بانيا على الملكية فلا شبهة في صحة معاملته فيكون كبيع- الغاصب فيكون يده و اقدمه مضمين و ان لم يكن بانيا على الملكية فلا يصح بيعه حتى مع الإجازة فيخرج عن المفروض.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٦

ثم: أجب عن ذلك بأنه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه و إذ لم يكن المبيع ملكا للبائع لا- حقيقة و لا- ادعاء مع علمها بالواقع و كون المال لغيره حقيقة فكيف يتحقق الضمان بإقدام البائع على أخذ مال المشتري باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالاغطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فإنه بادعائه مالك للمبيع مالكية بنائية فالخطاب ببعثك انما هو متوجه للمالك غاية الأمر توجه الى الغاصب من باب الخطاء في التطبيق فالمبادلة إنما وقعت حقيقة و في الواقع بين مالى المالين الحقيقيين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه.

ثم أورد على نفسه بأنه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكمتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فأجاب عنه بان التضمن الحقيقي حاصل فى البيع الفاسد لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر ان فاسد العقد من جهة عدم إمضاء الشارع مانع عن مضمي هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون أصل الضمان بالاقدام باقيا على حاله لقاعدة الاقدام أو لقاعدة اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا كتسليط ثالث عليه و إعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمرا أو خنزيرا أو أم ولد فإنه لا ضمان هناك أيضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علو مقامه).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٧

و فيه أنه و ان أتعب نفسه و أطال كلامه و لكن أسقط من كلامه ما هو نكتة المقام أى صورة بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشتري إنما سلط البائع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسدة فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسدة اذن فلا- وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فإنه ليس إلا هبة مجانية و لا بالإجازة بلا اجرة و بالعارية و بإعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانيا و هذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيا و لذا لو سئل عنه أنك وهبت مالك أو أعتت فيجب انى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك أنه لو كان التسليط مجانيا لم يكن وجه للحكم بكونه أى البائع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمة التصرف فى الثمن و بالجملة لا نعرف وجهها للفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الفاسدة و النكتة هى ما ذكرناه من ان التسليط و التسلّط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسدة و قد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعدة ما يضمن ليس له أساس و أن تكلف المصنف فى شرح ألفاظها و قد ذكرنا تطبيقها على القاعدة من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحة مبني على الضمان ففاسده أيضا كذلك بخلاف مثل الهبة و نحوها و ظهر لك أن المقام غير مربوطة بالبيع بلا ثمن ليكون هبة فاسدة حتى يتوهم أن فى صحيح الهبة لا ضمان و كذا فى فاسدها أيضا.

فتحصل ان قاعدة اليد لم تخصص فى المقام بما ذكره المصنف و اما ما ذكره من قاعدة الإقدام بالضمان فقد ذكرنا فى ما لا يضمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٨

ان الاقدام لا- موضوعية له و لا- ان له دليل فى كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فإنه لا ضمان لليد بدون الاقدام عليه كمورد الوديعة و العارية و العين المستأجرة و نحوها و الا فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح.

نعم لو كان المبيع مما لا- يملك في نفسه كالحزّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورة بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البائع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البائع ماله بلا ثمن فإنه ليس من مفهوم البيع بشيء ليكون بيعا فاسدا و يأتي فيه ما قلناه في البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابلية المتعلق لوقوع البيع عليه.

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق في نظر العرف من الأموال بل من الأموال المهمة كالخمر و الخنزير و انما الشارع- الغى ماليته و أسقطه عن المالية فيكون تسليم المشتري الثمن إلى البائع أيضا مبني على البيع الفاسد فيكون البائع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر أيضا ما في كلام المصنف من أنه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ قوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها للملك مع علم البائع بالحال فإنه يتوجه في صورة كون المعوض حرا لا في صورة كونه خمرا أو خنزيرا.

ثم بقى هنا أمور في كلام الشيخ قد ذكرها في ذيل المسألة

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٩

الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه

بل انما باع للمالك و انما دفع المشتري الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطة في الإيصال و تلف في يده إذا لم يسلطه عليه و لا إذن له في التصرف فيه فضلا عن إتلافه.

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فإنه ليس هنا شيء من- أسباب الضمان فإن البائع و ان أخذ الثمن من المشتري و تلف عنده و لكن ليست يده يد إتلاف هنا كما صرح به (و قال و تلف) مع ذكره الإتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البائع فلا موجب للضمان لكون البائع أمينا في إيصاله إلى البائع فقط و كان له ان يعكس الأمر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتري به و أخذ الثمن و تلف عنده أو أتلفه بنفسه كما قلنا به و لا- يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامنا فهو أمر آخر.

الأمر الثاني انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشتري عليه

فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان و لو كان الأخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما أفاده في المتن.

الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن

لو أخذ العين صاحبها فإنه أيضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البائع أيضا ضامنا.

الأمر الرابع أنه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كليا أو معينا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٠

فإن المشتري مع كون الثمن كليا قد طبق ذلك الكلى على الفرد و سَلَطَ البائع عليه بانيا على العقد فيكون البائع ضامنا عليه للمشتري و حيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان في كون الثمن شخصا فقد اختار عدمه هنا أيضا.

قوله المسألة الثانية ان المشتري إذا اغترم للمالك

أقول هذه هي الجهة الثالثة فهي ان المشتري لو اغترم للمالك غير الثمن من زيادة القيمة السوقية أو زيادة على أصل القيمة أو المنافع المستوفاة أو الغرامات التي صرفها للعين و لم يستوفى في عوضها منفعة فهل يضمن المالك بتلك الغرامات أو لا يضمن. توضيح الكلام في ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو أخذ زيادة القيمة على أصل الثمن بان اشترى على عشرة دنانير و كانت قيمة العين عشرين دينارا فهل للمشتري ان يرجع الى البائع في زيادة القيمة أم لا.

الثانية في انه إذا استوفى منفعة من العين كان اشترى الدار و آجرها من غيرها فأخذه المالك العين و إجارتهما الثمن فهل للمشتري ان يرجع الى البائع في تلك المنافع أيضا أم لا. الجهة الثالثة قيمة المنافع الغير المستوفاة.

الجهة الرابعة ان المشتري إذا اغترم للعين غرامة بأن صرف مقدارا من المال في إصلاح العين من دون أن يأخذ في قبالة منفعة فهل يضمن البائع بها و له الرجوع إليه أم لا و من هذا القبيل إنفاق العين المشتري.

اما الجهة الرابعة فقد استدل على الضمان هنا بقاعدة نفى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥١

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشتري الى البائع في تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفى الضرر.

و فيه أنه معارض بكون الرجوع ضررا للبائع فليس نفيه عن المشتري بدليله أرجح من نفيه عن البائع و قد حققناه في قاعدة لا ضرر. و قد استدل أيضا بأن البائع هو السبب في غرامات المشتري فيكون ضامنا لان من تسبب في وقوع أمر فهو اولى بانتساب المسبب اليه. و فيه ان التسبب تارة يكون على نحو يكون الواسطة ملغى عن الموضوعية و خارجا عن الاستقلالية و اخرى لا- يكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الأول فكمن تسبب في قتل أحد بإعطاء السكين لمن لا يعقل من الصبي و المجنون و السفية و إدخاله في جوفه أو حفر بئرا فوقه فيه أحد فإن الفعل يستند حقيقة إلى السبب و الوسائط في أمثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معاملة القاتل فيؤخذ منه الدية فإن الفعل حقيقة فعله و هو الفاعل في ذلك.

اما الثاني بان لا يكون تسبب حقيقة بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لأحد مع كونه عاقلا و كاملا اقتل فلانا أو اعطى سكيننا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمة ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معاملة الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البائع ليس سببا تاما لغرامة المشتري بل هو داعي لذلك فلا يستند الغرامات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٢

الى فعل البائع بعنوان التسبب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه إذا اغترم المشتري في العين المبيعة فهل يرجع الى البائع في ذلك أم لا- فهنا جهات ثلاث الاولى انه إذا اغترم زيادة القيمة مما أخذه المشتري بأن كان المشتري اشتراه بعشرة و كانت قيمته عشرين أو ترقى الى عشرين.

الجهة الثانية في المنافع المستوفاة كأن آجر الدار أو الدابة أو غير ذلك من المنافع المستوفاة.

الجهة الثالثة في المنافع الغير المستوفاة و المخارج التي صرفها للعين من كيسه و لم يستوفى من العين شيئا و من هذا القبيل إنفاق العين اما في صورة العلم بالحال فلا يرجع بشيء من ذلك اما في صورة الجهل فهل له ان يرجع في ذلك الى البائع أم لا.

اما الجهة الثالثة فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدلل فيها بالضمان بوجوه الأول قاعدة لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشتري و فيه انه على تقدير شمول قاعدة لا ضرر على ذلك- فهي متعارضة فإن الرجوع أيضا ضرر على البائع فلا وجه لتقديم المشتري عليه.

الثاني بقاعدة التسبب بدعوى ان السبب في تضرر المشتري هو البائع.

و فيه انها لم ترد في آية و لا في رواية و لا انها معقد إجماع اذن فلا بدّ من ملاحظة ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب أولا فإن كان مستندا الى السبب سواء كان مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٣

ذلك لفاعل الفعل اختيار أم لا و سواء كان التسبب امرا شرعيا أم لا فيحكم بالضمان مثلا إذا أمر صبيا ليفتح بابا فإذا فتح يطير الطير الموجودة في الدار أو أمره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل في أمثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الأولية أيضا تكون متوجهة عليه كما تقدم في بحث المكاسب المحرمة و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات أو نصب سكيننا في قعر البئر فقتله السكين أو غير ذلك من الموارد التي يستند الفعل الى السبب حقيقة و ان كان للواسطة اختيار كالصبي و من هذا القبيل ما يكون التسبب شرعيا كما إذا شهد بالشهادة الزور فأوجب ذلك غرامة المشهود عليه ثم رجع في شهادته فإنه تكون الغرامة على الشاهد لكونه سببا في غرامة المشهود عليه و اما في غير تلك الموارد بحيث لا يكون تسبب في البين فلا يضمن السبب بشيء لكونه داعيا محضا في صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه.

الثالث بقاعدة الغرور بان المغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعدة و ان كان لم يبعد ان تكون رواية نبوية و لكنها غير منجبرة بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليّة بأن الشهرة لا تكون جابرة لضعف السند و ذلك لخصوصية فيها التي تمنع عن الانجبار و هي ان المشهور لم يمكن ان يستند وافي عملهم و فتواهم هنا بالضمان لأجل التسبب و قاعدة الضرر أو الروايات الخاصة و عليه فلا ينجرر ضعفها بالشهرة بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فإنهم و ان ذهبوا الى الضمان في هذه المسألة و لكن مقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٤

العمل بالقاعدة أن يعملوا بها في جميع موارد الغرور و يفتون بطلبها أينما سرت و لم يخصوا الحكم بهذا المورد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم أحد بأنه لو غرّ أحدا في أكل مال الغير بأنه راضى بذلك أو غرّه في شراء شيء على ان يربحه كذا و كذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشيء بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر المغرور و هكذا سائر موارد- الغرور فإنه لم يفت المشهور في أمثال ما ذكرنا من الأمثلة بالضمان بل أفتوا في خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطة سندا و دلالة الا ان يكون هنا تسبب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا أمر آخر غير مربوط بقاعدة الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الأولية كما ان الاحكام التكليفية أيضا ثابتة له بتلك الخطابات.

الرابع الروايات الخاصة الواردة في باب النكاح التي تدلّ على ان من غرّ أحدا فزوجه امرأة برصا أو عوراء أو مجنونة أو امة بعنوان أنها بنت مهيبة فيكون على ذلك الغار مهر الأمرية فبالغاء المورد تكون دالة على الضمان بغير المهر و في غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات في حاشية السيد و فيه انها روايات خاصة قد وردت في باب النكاح في خصوص باب المهر و كون ضمانه على الولي فقط و التعدي عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدي من المهر الى غير المهر في خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كلية من ان المغرور يرجع الى الغار في جميع ما اغتره و لأجل مصلحة قد حكم الشارع في موارد تلك العيوب بضمان الغار الذي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٥

هو الولي لخصوص المهر و من هنا لو أوجب الغرور و صرف في ذلك مصارف كثيرة كالإطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل

في خصوص المهر الى المدلس كما في الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكلية منهما لمكان التعليل الوارد فيهما. الأولى رواية إسماعيل بن جابر حيث أراد أحد تزويج بنت أحد فزوجوه أمه فقال عليه السلام رد الوليدة على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوجه قيمة الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الدليل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعم غير مورد النكاح أيضا.

و فيه أيضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الرواية فإن فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا أقل من تعارض المعدل للجراح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامة بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره إذا فإذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فى ذكر الولد انه لو لا الذكر لحكمنا بضمان قيمة الولد فإنه من امه الغير فالنماء فيها كالحيوانات و الأشجار للمالك و من هنا حكموا عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامه الغير فولدت فهو لمالك الأمه و لكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهة فيكون الولد للواطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٦

الثانية رواية رفاعه فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة زوجها وليها و هى برضاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها و ان المهر على الذى زوجها و انما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده أيضا و فيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها أيضا لا تدل على الضمان فى غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعدى إلى الغرامات الواردة فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى إلى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصية يستدعى الضمان و ليس فى غيره فتكون هذه الرواية كغيرها من الروايات الخاصة نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصة المتقدمة و بعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتها على المقصود و تامة قاعدة الغرور فى جميع الموارد إذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد و المهر على الغار و كون التعليل مختصا بهما و قد علل كون المهر على المزوج بأنه مدلس فمقتضى العلية انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمة الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعدة.

على انه لو تمت دلالة الروايتين أيضا لا تنافيان بالمقصود إذ الدليل أخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما ان للمشتري ان يرجع الى البائع الذى غره و خدعه و دلّسه و لا شبهة انه لا يصدق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٧

الغرور عند جهل البائع بل قد صرح فى تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمان الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال أو جاهلا بها بتلك الروايات التى أخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائى من انه لا يفرق بين علم البائع و جهله لا نعرف له وجهها و اما رواية الجميل التى ذكرها المصنف عن 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 بثمن الجارية و قيمة الولد التى - أخذت منه و قد استدلت بها على تامة قاعدة الغرور بدعوى أن حريه ولد المشتري اما ان يعد نفعا عائدا إليه أولا و على التقديرين يثبت المطلوب مع ان فى توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعلية الحكم فيطرد فى سائر ما أخذت منه. أقول ان الرواية و ان كانت مطلقة من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشتري الى البائع مطلقا و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمة الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فإنه من منافع الأمه فتكون للمالك فالرواية وردت على طبق القاعدة فحينئذ إذا

رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع لأنه غزه و خدعه و لكون الوطى محرما يكون الولد حرا و على هذا فلا وجه لما في المتن من ان حرية الولد ان كانت من المنافع المستوفاه التي لا بد له من إعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البائع فتدل الرواية على الرجوع الى الغار في غيرها بطريق اولي قد عبر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حرية الولد من المنافع المستوفاه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٨

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلالية المنطوقية فيما هو محل الكلام الذي نتكلم فيه و بالجملة فلا تكون الرواية دالة على قاعدة الغرور و اما قوله بان توصيف قيمة الولد بالأخذ مشعر بالعلية فيتعدى الى غير موردها.

ففيه ان التعبير بالأخذ لأحد الجهتين الاولى ان المشتري انما يرجع الى البائع إذا رجع المالك الى المشتري و الا فليس له الرجوع الى البائع كما سيأتى ذلك في تعاقب الأيدي.

الثانية أن المشتري إنما له الرجوع الى البائع في القيمة التي أخذها المالك من المشتري و لو كانت أقل من القيمة السوقية فليس له ان يرجع الى البائع في الزائد عنها كما إذا أخذ المالك من المشتري عشرين فقيمة السوقية خمسين فيرجع الى البائع بخمسين أيضا و بالجملة ان التمسك في التعدى الى غير مورد الرواية بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاة للبقر السائمة بثبوتها في النص للغنم السائمة فإن البقر غير مربوط بالغنم و سند ذكر الوجه في عدم جواز رجوع المشتري الى البائع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع في المنافع الغير المستوفاه و في غيرها لا يرجع بالأولية على ما هو لازم كلامه بإطلاق روايتي زرارة و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشتري الى الغار الذي هو البائع اما الرواية الأولى اعنى رواية زرارة فإنها تدل على رد الجارية التي اشتراها المشتري من شخص الى مالكة المدعى بعد البينة ورد قيمة الولد المتولد منها و سائر منافعها المستوفاه فهي ساكنة عن الرجوع الى البائع بأن يرجع المشتري في غراماتها الى البائع فحيث كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٩

الامام عليه السلام في مقام البيان فكشف من الإطلاق عدم جواز رجوع المشتري الى البائع.

الثانية رواية زريق فإنها تدل على رجوع المالك الى المشتري و يأخذ منه ماله و جميع المنافع التي استوفى من ذلك من أى أقسام المنافع من الغرس و الزرع و اجرة البناء الذي بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم و له أخذ أجره الأرض نعم للمشتري قطع ذلك لكونه مالا له و الناس مسلطون على أموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الرواية أيضا تدل على رجوع المالك الى المشتري و ساكنة عن رجوع المشتري الى البائع مع كونه عليه السلام في مقام البيان فبمقتضى الإطلاق ندفع رجوع المشتري الى البائع.

و فيه ان الروايتين لا تدلان على ذلك اما رواية زرارة إلى جهة رجوع المالك الى المشتري دون رجوع المشتري الى البائع و اما رواية زريق فإنها ناظرة إلى بيان ان المالك يرجع الى المشتري و المشتري الى المالك فليست ناظرة الى ان المشتري يرجع الى البائع على ان البائع في الرواية الثانية انما هو القاضى فإن كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان الله جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البيئات و ان كان الحكم باطلا فالمشتري يعلم بفساد البيع و هو بنفسه أقدم على ذلك فلا يرجع إليه في غراماته كما في المتن و الحاصل ان المشتري إذا علم بالحال فلا يرجع الى البائع في غراماته لإقدامه على ذلك بنفسه و اما مع الجهل فربما قيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٠

برجوعه إليه بقاعدة الضرر و قد عرفت ان احد الضررين مما لا بد منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشتري دون البائع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون في جميع الموارد كما إذا استوفى المشتري بمقدار منفعة ما اغترمه للمالك و اما دعوى الضمان بقاعدة التسبب بأن البائع لتغيره المشتري فيضمن كما اغترمه المشتري في المنافع المستوفاه و في غيرها بطريق اولي.

وفيه انك عرفت أنه ان كان التسبب على نحو استند الفعل إليه بقوة السبب فلا إشكال في الضمان و الا فلا وجه له و اما قاعدة الغرور قد عرفت انها و ان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا- انه غير معمول بها في جميع الموارد بل في خصوص المقام فهينا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصة و قد عرفت أنها ناظرة إلى موارد خاصة فلا يمكن التعدى منها الى غير موارد كما لا يخفى و كذلك ما ورد في ضمان الشاهد على المشهود عليه في شهادة الزور و اما توهم عدم الضمان لأجل إطلاق روايتي زرارة و زريق و قد عرفت الحال فيها و لكن يمكن لنا التفصيل في المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشتري داخل تحت ضمان البائع فللمشتري ان يرجع في ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخل تحت- ضمان البائع فلا يرجع المشتري فيما اغتر به للمالك إلى البائع و توضيح ذلك أنه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير أو مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهة ان الغير يرجع الى الآكل و هو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء في ذلك و انما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦١

لا- بما انه مال الغير و هكذا لو ظهر انه مال الآكل أيضا كما لا يخفى و على هذا فليس للمسلط ان يرجع الى الآكل لو رجع المالك اليه بدعوى انه سلطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لا يفيد بوجه إذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخله تحت ضمان الغاصب كأجرة الدار و الثمار للأشجار و نحوها و قسم منها لا تكون داخله تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة إلى الحلمة أو الكربلاء مثلا ففي الأول إذا رجع المالك الى البائع فليس للبائع ان يرجع الى المشتري فإنه بعد اقدمه على ضمان مال الغير و إعطائه قيمته و قيمة منافعه صار مالكا للمغصوب بقاء فكما لا يرجع الى من سلطه على إتلاف ماله ابتداء فكذلك ليس له الرجوع الى من سلطه على إتلافه بقاء فإذا ليس له ذلك فى العين أو فى المنافع المستوفاة على تقدير بقاء العين ففي المنافع الغير المستوفاة بطريق أولى لا يرجع الى المشتري لأنه بنفسه سلطه على ذلك و اما لو رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع كما عرفت و اما المنافع التى لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الأول و من هذا القبيل الأوصاف الزائدة فلو رجع المالك إليها فليس للمشتري ان يرجع الى البائع فإن التسليط فى تفويت ذلك ليس من ناحية البائع و يأتي ذلك فى تعاقب الأيدي مفصلا و من هنا يظهر انه لا وجه للتفصيل بين المنافع المستوفاة و غيرها فإنها ان دخلت تحت ضمان البائع فلا يرجع فى المستوفاة إلى المشتري لو رجع اليه المالك ففي غير المستوفاة بطريق أولى و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الى المشتري ففي المستوفاة بطريق أولى و هذا واضح جدا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٢

و بالجملة حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك الابتدائي فكما ان المالك حدثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه لا بد و ان يفضل فى المقام بين المنافع التى دخلت تحت ضمان البائع و المشتري كليهما فحينئذ ليس للبائع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشتري بل يرجع المشتري الى البائع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها و كسكنى- الدار و ركوب الدابة التى تكون قائمة بالعين و تسلم إلى المشتري مع تسليم العين و اما المنافع المتجددة التى لا تدخل تحت ضمان البائع كالثمار و الأشجار و اللبن للحيوان و نحوها مما تجدد تحت يد المشتري فلا يكون ضامن لها إلا المشتري لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البائع.

بيان ذلك ان أحدا لو قدم طعاما لأحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فأخذه الآكل فأكله فإنه قد أخذه ذلك بعنوان أنه مجانى و لم يقدم على الضمان من الأول و كذلك ان المعطى قد سلطه على ذلك بما انه مال نفسه و لو كان فى الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فإذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فانى أعطيته لك

بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن أخذه إلا أخذًا مجانيًا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى أيضا لأنه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد أنه مال الأخذ فانكشف أنه مال نفسه فإنه ليس له ان يرجع الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٣

الأخذ بدعوى أنه كان فى عقيدتى انه مالك فان الأخذ ليس إلا أخذًا مجانيًا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعى مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير أيضا مثله فإنه مع رجوع الغير اليه فبخروجه عن عهدة الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه الى الغير فليس فى تسليط الغير على إتلاف ماله بين ما يكون ماله حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط العير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب الخروج عن عهدة الضمان فهذا الذى ذكرناه مما قامت به السيرة العقلانية و اما رجوع الأخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لأن السبب فى تفويته هو المعطى و أنما عزه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب الى المعطى فى التلف و ان كان المتلف بالمباشرة هو الأخذ الا ان العرف يستندون ذلك الإتلاف إلى المسبب لقوته و لاغراء الأخذ بذلك فمثل هذا الخديعة و التغيرير يوجب الضمان بلا شبهة و ان لم نقل بالضمان فى جميع موارد الغرور و كيف فهل يشك أحد فى انه لو قدم أحدا مالا كشخص هبة مجانية بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا إذا كان مال غيره فإن أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهي لا شبهة فيه و مما قامت به السيرة نعم فى المنافع المتجددة حيث لم يكن فيها تقديم مجاني من قبل المعطى فلا شبهة فى الضمان اى ضمان الأخذ بل الأمر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الأخذ له بعنوان مال شخص المعطى فإنه لا يشك أحد من أهل العرف فى ضمان المعطى لذلك أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٤

إذ المال و لو كان للأخذ و انه أتلف مال نفسه و لكن أتلفه بما انه مال المعطى و دخل تحت تصرفه مجانا فالإتلاف مستند إلى الأخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا- هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فيكون ضامنا له للغرور بمقتضى السيرة العقلانية فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال و علمه فإنه مع الجهل و الاشتباه أيضا يكون ضامنا للمالك فليس له ان يرجع الى الأخذ المجانى بوجه لما تقدم كما إذا كانت عنده وديعة فاشتبه فأعطاها للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجاني على إتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفا لمال الغير فكانت يده يد إتلاف لا يد وديعة إلا فى المنافع المتجددة لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الأول و أما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجانا ابتداء و قد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوثا و بينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع و المستوفاه غيرها هذا كله فيما يكون التقديم مجانيا و إذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فإنه تارة يكون فى مورد غرور بحيث يصدق الغرور بأنه غرّ البائع المشتري و اخرى لا يصدق اما الأول بأن يأخذ البائع مال غيره بالغصب أو السرقة و لو كان مال المشتري أيضا ثم يبيع ذلك من المشتري بقيمة قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى الله و يأخذ المشتري ذلك فإكله أو يشترط البائع فى البيع صرفه فى أكله أو فى إحسان الغير و بعد ما يتلف المال فيخبر المشتري بالحال أو هو بنفسه يلتفت بذلك و ان المال مال نفس المشتري أو مال شخص آخر فإنه لا شبهة هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٥

من المنافع المستوفاه و غيرها الا المنافع التى لم تدخل تحت ضمان البائع من المنافع المتجددة كالبيض و اللبن و الثمار و نحوها و كذلك الثمن الذى هو بنفسه كان مقدما بذلك و لم يصدق الغرور بالنسبة إليه فإن رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا إلى البائع فإن السيرة قائمة فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البائع و انه هو الذى غرّ و تسبب فى التلف و أن التلف يستند إليه فإنه لو لم يبيع ذلك منه و لم يشترط إتلافه لم يقدم المشتري بذلك و هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور و استناد التلف إلى البائع و اما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشتري الى البائع كما إذا سرق أحد مال غيره أو غصبه فباعه من شخص ثان بقيمة قليلة و

بشمن بخس و راح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمة أيضا بقصد الإحسان بأن يشترط ان يعطى الفقراء و يطعم المساكين فبعد ما صرف.

الثالث المال فى الإحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فأخذ منه جميع ما يترتب على ماله من المنافع و العين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى انه متسبب فى ذلك فإن السيرة قاطعة على انه لا يصدق التفويت فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى كما هو واضح لا يخفى و بالجمله أن هذا ليس إلا كسائر البيوع الفاسدة من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا بدّ و ان يخرج من عهدة الضمان بل المشتري بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد أو السيرة و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعة و نحوه ممّا لا يوجب مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٦

الضمان فالإقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقا فى بعض الأوصاف و قال و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التى يتفاوت بها القيمة كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بإيراد ظاهر بأن الأوصاف مطلقاً لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن لان معناه ان قيمة العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقداراً من الثمن فى الإنشاء العقدى يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد و الأرش فى العيب كما سيجىء فى باب العيب ان الأرش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا و جب ان يكون الأرش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت فى غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو فى موارد خيار العيب ليس على البائع إعطاء الأرش بدون المطالبة بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشتري الى الابد أو التفت و لم يطالب فليس على البائع شىء و هذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع فى مقابلها بحيث لو لم يعط البائع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلاً محرماً لكونه مال الغير و قد أخذ فى مقابله الثمن كما هو واضح.

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور.

أقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور فى مورد استناد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٧

التفويت اليه و انه لو رجع المالك الى المشتري فهو يرجع الى الغار و ان رجع الى البائع فهو لا- يرجع الى المشتري أما هو فى مورد يكون البيع صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البائع و تغريه و أمّا لو كان فاسداً من غير هذه الجهة فيكون المقام كسائر البيوع الفاسدة فلا يكون الضمان على البائع بل على المشتري بناء على ما ذكرناه من ان فاسد- البيع يضمن فيه كما يضمن فى صحيحه كما هو واضح.

[بحث فى تعاقب الأيدي]

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذكرنا ان كل ما يرجع المشتري به على البائع.

أقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا أيضاً ان الغرامات التى توجه إلى المشتري يرجع بها الى البائع مع الغرور و انه لو رجع المالك الى البائع حينئذ فلا يرجع هو الى المشتري و مع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البائع مع رجوع المالك إليه الى المشتري و لو تعاقبت الأيدي فيرجع كل سابق الى لا حقه الى ان ينتهى الأمر إلى الذى تلف العين عنده أو هو أتلفها فيعزم قيمة العين و المنافع التى فاتت تحت يدها دون المنافع الفائتة تحت الأيدي السابقة فإن قلت ان كلا من البائع و المشتري يتساويان فى ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الأيدي لاحقة و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العادية فكلهم مشتركون فى ذلك فلا وجه لرجوع البائع إلى

المشترى و هو لى لا- حقه و هكذا الى ان ينتهى الأمر الى من انتهى اليه الأمر الا- ان يستند الضمان إلى الإلتلاف فإنه حينئذ يستقر الضمان إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٨

ذمة من صار سببا للإلتلاف.

فقد أجاب العلامة الأنصارى بما حاصله ان الشىء الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذمم المتعددة عند تعاقب الأيدى بشىء واحد و لم يكن مقتضى على اليد الا شىء واحد.

فقال اشتغال الذمم المتعددة و كون ضمان العين الى العهديات العديدة معناه لزوم خروج كل منهم عن العهدة عند تلفها و حيث ان المضمون ليس إلا شيئاً واحداً فمعنا تسلط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن اى منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلط الرجوع الى الآخر و هذا نظير الواجب الكفائى فى الأحكام التكليفية فكما ان فى الواجب الكفائى ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعاً و لو اتى الواحد سقط عن الجميع و هكذا فى المقام ان الضامن للعين جميع من ثبتت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحداً طولب و عوقب الجميع و لو ادى واحد لسقط عن الباقين فللمالك ان يرجع الى أى منهم على البدل و بعد أخذه ماله ممن رجع اليه فهو يرجع الى اللاحق و هو الى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى إلى المتأخر الذى تلف المال عنده.

و هذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمة إلى ذمة أخرى لا- من ضمن كما عند الإمامية ليكون المال منتقلاً إلى ذمة الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك و ان من يكون ضامناً عن شخص فيضم ذمته إلى ذمة شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان و هكذا بحيث مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٩

تعدد الضامين يتعدد الذمم للضمان و يضمن كلهم العين فى- عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائى.

و انا و ان أنكرنا ذلك عليهم فى باب الضمان و لكنه من جهة عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل فى المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبيل من الضمان على البدل نظير الواجب الكفائى موارد كثيرة كما ذكر الفقهاء منها انه إذا لم يطمئن كل من البائع و المشتري على الآخر خوفاً من ان يظهر المثلث أو الثمن مستحقاً للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقاً للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين فى عرض ضمان البائع أو المشتري بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقاً للغير ان يرجع بأى منهما شاء فليس المال منتقلاً إلى ذمة الضامن ليكون عهدة المال الى الضامن فقط فان العين موجودة فى الخارج و منها الضمان بالأعيان الشخصية الخارجية المضمونة فإن فيها أيضاً ان الضمان من ضم ذمة إلى ذمة أخرى و لم ينقل الضمان من شخص الى آخر لوجود العين فى الخارج فيكون الضمانان فى عرض واحد بل عن أبى حمزة انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشيء واحد من دون ان يكون ضمان أحدهما متقدماً على ضمان الآخر كما عرفت و هكذا عن الشهيد و العلامة فى درسه انه نفى المنع من ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبة كفاية و منها أموال الغاصب من الغاصب و هكذا من الموارد الكثيرة هذا كله حال المالك بالنسبة إلى ذا الأيدى و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائى إنما يتصور فى-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٠

الواجبات التكليفية فإنه لو قلنا ان الأداء بنحو الواجب التكليفى لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الأداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخر فيتوجه الأمر بالأداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد و لكنه ليس الأمر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالأحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه فى عرض الضمان الآخر بل لا بد و ان يشتركا فى الضمان أو يكون على واحد فقط و الا لو قلنا بأن ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الآخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب

الطولى فهو غير مسلک العامة كما إذا أمر شخص بضمان لشخص عنه و هكذا فان كل منهم ضامن فى طول الآخر بحيث لو لم يؤدى المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامرهم و هكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان فى تصوير الضمان فى تعاقب الأيدى على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا بأنه فلما اذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور و أن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحدا فلا- يضمن المال الواحد الا- شخص واحد. و قد وجه شيخنا الأنصارى ذلك بتزيله منزلة الواجب الكفائى و انه كما أن الواجب فى الواجب الكفائى شىء واحد و ان كان- المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقيين و الا فعوقب الجميع و هكذا فى المقام فانّ المال مال واحد و ضمانه ضمان واحد و لكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧١

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقيين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدى لكان كلهم ضامين على ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائى غير معقول إذ مرجع وجوب الكفائى إلى أنه يجب لكل واحد من المكلفين إتيان الواجب لو لم يأت الآخر فيكون إتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم إتيان الآخر فإذا اتى فيسقط عن الباقيين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الأصول و هذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمرّة فإن معنى ان هذا ضامن ان لم يجب على الآخر و ذلك هنا من ان لم يؤد هذا انّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضم ذمّة إلى ذمّة أخرى فى الضمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركة أو بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى.

الا ان يقال بالضمان الطولى و الترتيبى لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أن كل واحد من الضامين فى طول الضامن الآخر و ان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق و هكذا كما فى الضمان الاختيارى و من هنا يرجع اللاحق على السابق فى الضمان الاختيارى لأمر السابق على ذلك فيه و بالجملة أن ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه و لو صح ذلك فلا بدّ و ان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم إمكان تعلق مال واحد بذمّة شخصين مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٢

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديدة و فيه ان ما افاده شيخنا الأستاذ ليس بصحيح من حيث البناء و المبنى اما من حيث المبنى فإنه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب و ان كان شيئا واحدا الا ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلا بدّ لكل واحد منهم إتيانه و لكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقيين. و توضيح ذلك أن فى الواجب التخيىرى قد تعلق الغرض بإتيان أحد الأمرين أو أمور عديدة بحيث يكون غرض المولى قائما بإتيان واحد منهما مع إلغاء الخصوصية و يكون إتيان كل من الأمرين وافيا لغرضه و مقصوده و حينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده بإتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحا بلا مرجح.

و كك الكلام فى الواجب الكفائى غاية أن التعدد فيه فى ناحية المكلف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقا بإتيان واجب و تحققه فى الخارج كصلاة الميت مثلا- فان غرض المولى انما تعلق بصدور الفعل من شخص واحد اى شخص كان بإلغاء الخصوصية و تعيين شخص خاص مع كون الواجب واحدا فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و عليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحا و موافقا لمبناه فى الأصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الأصول خارج عن- الواجب المشروط و الترتب بالكلية كما هو واضح.

و لو سلمنا مبناه فبناؤه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمه

عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان أما يلزم لو كان الضمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٣

مقيدا بعدم الضمان الآخر ووجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى في الواجب التكليفي أيضا فإنه يقال لو كان الواجب الكفائي كصلاة الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبة على الآخر وبالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا ولكن الأمر ليس كك فإنه ره التزم في الواجب الكفائي بناء على صحة المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبة على الآخر و الا فالمحذور موجود في المقامين و عن المقام إذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذي هو مثل عدم الوجوب على الآخر في التكليف فلا يلزم المحذور و لا ينافي بكون الواجب على كل مكلف و جميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبة على زيد مقيدة بعدم إتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله في التكليفين أيضا و ان كان مقيدا بعدم إتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حيثذ و هكذا في باب الضمان فإنه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال و أما الخروج عن العهدة مقيد أى لزوم ان يخرج هذا عن عهدة الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهده و الا فيسقط حق المالك بأداء واحد عن الباقيين كما لا يخفى.

و بالجملة ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل أحد باستحالة هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كل منهم استقلالاً بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٤

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديدة و الا فلا استحالة هنا بوجه و ما أنكرنا على العامة في باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهة الاستحالة بل من جهة عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بد من الالتزام به في بعض الموارد كما إذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فإنه أى المالك يرجع الى أى منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقة العامة من كونه ضم ذمة إلى ذمة أخرى فتحصل ان هنا ضمان متعددة لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيرة بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البدلية.

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى أى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائية فلما اذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائية كما إذا كان شخص عطشانا فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء و لو كانت قيمته ألف فإذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى أشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام أى خصوصية اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر.

و قد أجب عن هذا الاشكال بوجه منها ما فى حاشية السيد من انه كما ان فى صورة الإتلاف يكون المتلف سببا لتنجز الضمان على السابق فبقاعدة استناد الفعل الى السبب لكونه أقوى من المباشر ففى صورة التلف أيضا ان من عنده تلف المال فهو سبب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٥

لتنجز الضمان للسابق أيضا فإنه أى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يرد به اليه فيكون هو السبب لتنجز الضمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك أى لقاعدة استناد الفعل الى السبب ثم قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف.

و فيه ان هذا على تقدير تماميته فى الإتلاف بدعوى كون المتلف سببا لثبوت الضمان على سابقه فبمقتضى ان السبب أقوى من المباشر فيرجع السابق لو رجع اليه المالك الى لاحقه المتلف فهذا له وجه فى صورة الإتلاف مع وضوح المناقشة فيه أيضا إذ الإتلاف ليس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد فضمن المال المأخوذ السابق و اللاحق كليهما حتى يوديا المال الى

مالكه فلم يتوقف ذلك بشيء أصلا و انما الإتلاف أوجب الانتقال إلى الذمة فهو معنى آخر غير الضمان فلا يكون اللاحق سببا لضمان السابق بل سبب الضمان في كلهم أنما هو الأخذ باليد و الاستيلاء على مال الغير كما هو واضح.

و مع الغمض عن ذلك فلا- وجه لتسريه الحكم إلى صورة التلف أيضا فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبب و إتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبة ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال و لم يفعلوا شيئا يوجب إتلافه بل تلف ذلك ببلاء من الله فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالإتلاف لعدم التسبب هنا بوجه و ان كان هناك ما يوجب تصوير التسبب إجمالا فكون اللاحق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٦

مختارا في رد العين الى المالك فلم يرد فتلغ عنده لا- يكون سببا لثبوت الضمان اللاحق فإن اللاحق مع السابق سيان في ذلك المعنى لكون السابق أيضا مختارا في رد العين الى مالكة كما لا يخفى.

انتهى كلامنا إلى انه يرجع السابق الى اللاحق في صورة تعاقب الأيدي على المال المغصوب إلا في صورة الغرور و لا يرجع اللاحق الى السابق إلا في صورة الغرور مع ضمان كلهم على المال المأخوذ و قد أجيب عن ذلك بوجه.

منها ما أجاب به السيد في حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف و الإتلاف في صدق السبب الخ.

و منها ما أجاب به المصنف و حاصل كلامه على ما يظهر من ظاهر عبارته

أن الغاصب الأول أو من في حكم الغاصب أى بائع مال الغير مثلا بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك انما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثانى و من في حكمه أنما هو ضامن للعين و بدلها اما العين فلما لكها و اما البديل فللضامن الأول و هذا بخلاف الضامن الأول فان في زمان كون العين تحت يده لم تتلف ليضمن العين بمالها بدل بل كان ضمانه منحصر بالعين وحدها و اما الضامن الثانى حيث ان العين قد تلفت عنده فيكون ضمانه بها بما له البديل و هذا الضمان بالبديل ضمان لما استقر تداركه في ذمة الأول فالضامن الثانى لما ضامن لأحد الأمرين اما العين أو البديل على نحو البدلية بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد فتكون ذمته مشغولة بشيئين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٧

على سبيل البدلية اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الأول مع الثانى كحال الضمان مع المضمون عنه فإن الضامن لشخص عن دين بامر أنما يرجع الى المضمون عنه مع أداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فإذا رجع المغصوب منه الى الأول فأخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثانى فيأخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثانى على ذلك.

و بالجملة أن ظهور كلام الشيخ (ره) في الغاصب الثانى أنما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما في ذمة الغاصب الأول للاول و على هذا فيندفع اشكال عدم صحة رجوع السابق الى اللاحق في صورة عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع إليه في ذلك و هذا بخلاف ما إذا رجع المالك الى الثانى فإنه لا يرجع الى اللاحق في غير صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثانى كاشتغال ذمة الثانى للاول.

فما لم يرجع المالك الى الأول ليس له ان يرجع الى الثانى لأن الأول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثانى في البديل الذى حصل به التدارك و أنما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الأول.

و فيه أولا و قبل كل شيء ان الغاصب الأول و الثانى و هكذا لم يضمنوا الا العين بمجرد وضع اليد بها فلم يضمنوا بديلها قبل التلف فبالتلف أو الإتلاف ينتقل الضمان بالبديل لانتقال العين إلى الذمة و هذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المغصوبة من دون فرق بين الأول و الثانى فما ارتكبه المصنف لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٨

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجملة ان قبل التلف - كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين أو بدلها على البدل بحيث يكون مخيرا بين البدل و المبدل.

و قد أجاب السيد في حاشيته عن ذلك بوجه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمدة منها ثلثة الأول مما لا جواب عنه أن السابق أيضا يصدق عليه انه ضامن شيء له بدل فإنه و ان لم يكن حين حصول العين في يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك في استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل أنما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته.

و بالجملة حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى القيمة يصدق بالنسبة إلى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال.

الثاني أن مقتضى ذلك كون ضمان الأول أيضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذي في ذمة السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما في ذمة اللاحق أيضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق.

الثالث إذا فرضنا ان العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٩

حينئذ إذا رجع إليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلازم بيان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئا له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان أنما حدث بإثبات يده الأول و في ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلا إذا غضب عينا و ضمن فأعطاه غيره أو أخذ منه قهرا ثم رده ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية بل الضمان الحادث أو لا باقى و قرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود اليه و لازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثاني مع أنه لم يتلف في يده و قد ذكر الإشكالات الآخر أيضا.

ثم ان شيخنا الأستاذ لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره و أنما حمل كلامه على الضمان الطولى و قال ان الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول و حاصل ما قاله مع طول كلامه أن الإيرادات السبعة المذكورة في كلام السيد ره مبنية على ارادة المثل و القيمة من البدل ليكون بدلا لأصل المال من المنافع و علو القيمة و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه و اما لو كان المراد من البدل في كلام المصنف البدل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما في ذمة الأول و عهدته فالمال الواحد في ذم كثيرة بهذا النحو من الظرفية و هذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك و للسابق لان ذمته

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٠

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها في ذمة السابق و اما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضمانان للبدل.

و انما التزمنا بالزمان الطولى لاستحالة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمة كل منهما ظرفا لمال واحد فإنه نظير ثبوت شيء واحد في آن واحد في أمكنة المتعددة فيما يمكن هو التعهدات الطولية على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمة المديون إلى ذمة الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الإعطاء و بالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجهة و الضمان الطولى.

و فيه مع بعد ارادة ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا و فيما فهمه السيد ان هذا الذى أفاده الأستاذ و ان كان ممكنا فى مقام

الإثبات و الوقوع.

وما افاده من استحالة ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع الى محصل بل مما لا مناص عنه في بعض الموارد كما تقدم من انه إذا غضب احد مال شخص و غضب الآخر منه فتلف عنده فإن المالك له الرجوع بأى منهما شاء و ان كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى.

و كيف كان فيقى الاشكال بلا- جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى و لا ما ذكره السيّد ره بقاعدة استناد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨١

الفعل الى السبب لكونه أقوى و لا ما ذكر الأستاذ من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره.

و من الأجوبة ما أجاب به صاحب الجواهر من أن التكليف المتوجه الى الغاصب الأول تكليفى محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو القيمة و التكليف المتوجه الى الغاصب الثانى (أى الثانى هنا كالمعقول الثانى و ان تعددوا) تكليف وضعى مضافا الى التكليفى لكون المال تالفا عنده و بضميمة أن الغاصب الأول بأداء عوض- التالف يكون مالكا له بالمعاوضة القهرية و ان كان معدوما كملك المعدوم فى المعاملة الخيارية فان ذى الخيار بفسخه المعاملة يكون مالكا للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف و فى المقام أيضا يكون كذلك و على هذا فان رجوع المالك الى الثانى فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكليفى و ان رجوع الى الأول فباعطاء البدل من المثل أو القيمة يسقط عنه الحكم التكليفى فيرجع فى المال البدل الى الثانى فإنه هو الذى اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعى عليه و أو رد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجملة الأولى فبوجه ثلثة.

الأول انه راجع بمقام الثبوت و مبنى على ما أسسه فى باب الاستصحاب من ان الاحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية.

و حاصل ذلك ان الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف بأداء العين أو المثل أو القيمة ففى ذلك المورد أيضا حكم وضعى و الافلا.

و قد قلنا فى محلّه انه لا معنى لانتزاع الأحكام الوضعية من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٢

الأحكام التكليفية و الظاهر انه مما لا- خلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الإنفاق على من يجب إنفاقه عليه من الأب و الأم و الأولاد و الزوجة انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا يضمن بالأولاد و الأب و الام و لكن يضمن بالزوجة مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فأى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الآخران يرجعان الى مقام الإثبات.

الثانى انه لا دليل على عدم ضمان الأول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبة إليهما على حد سواء و كون التلف أو الإتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البدل إلى الذمة دون أصل الضمان كما لا يخفى.

الثالث أن لنا دليل على ضمان الأول فإن السيرة قائمة على اشتغال ذمة الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العادية أو بالبيع الفاسد و ان أعطاه إلى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جملة ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الأمور بل لو لم يدفع لا- جبر بذلك مع أنّه لا- وجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للأخذ من ماله أو إجباره على الدفع و غير ذلك من الأحكام المتعلقة على ما فى الذمة.

و اما ما يرجع الى الجملة الثانية من ان الغاصب الأول يملك بإعطاء البدل ذلك البدل فى ذمة الغاصب الثانى بلا وجه لوجهين الأول ان التملك لا يحصل الا بسبب إما اختيارى أو غير اختيارى كالإرث ففى المقام شىء منهما غير موجود فبأى سبب ملك الأول ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٣

فى ذمة الثانى ليكون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالك بمجرد أداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذى أفاده راجع

الى مقام الإثبات أيضا وانه لا دليل لتملك الأول لما فى الذمة الثانى و ان كان معقولا فى الواقع و مقام الثبوت. الثانى ان لازم ذلك ان لا يرجع الأول مع رجوع المالك اليه الا الى من تلف المال فى يده فإن بإعطائه البدل يسقط الأحكام التكليفية المتوجهة على الغاصبين لاداء البدل فلم يبق إلا الأخير لكون خطابه ذميا فلا يسقط بأداء الأول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذكروا أنه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الأخير فتم المطلب و ان رجع الى الوسط فيرجع - الوسط إلى الأخير فهذه الإيرادات غير الإيراد الأول لا بأس بها لتمايتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلكه صاحب الجواهر فبقى الاشكال على حاله من انه كيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالك إليه فى غير صورة الغرور و كذلك كيف لا يرجع الثانى إلى الأول فى غير صورة الغرور مع رجوع المالك اليه و إذا رجع المالك الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا- يرجع الى السابق فى غير صورة الغرور.

و لكن الذى ينبغى ان يقال ان لصاحب الجواهر أخذ الجملة الثانية و ترك الجملة الأولى بأن يقال أن الغاصب الأول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات و الذى يوضح ذلك أمران فالأول منهما أوضح من الثانى.

الأول أن فى موارد الضمانات بالإتلاف بأن غضب أحد أو سرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٤

مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهوا و نسيانا فان النسيان لا ينافى الضمان كما قرر فى حديث الرفع لا شبهة أن للمالك أن يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاخ و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاخ له مثلا لو أتلف أحد سيارة احد بالكسر أو ذبح فرس شخص أو أهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل أو القيمة فليس له أن يأخذ رضاخ السيارة أو جلد الفرس أو ميتة فإنه ذلك كله حق للضامن و الا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض و لو كان للأجنبى فهو خلاف البدهاءة فيكون للضامن و هذا الذى قامت عليه السيرة العقلانية بل سيرة المتشرعة من الزمن الفعلى إلى زمان المعصوم (ع) و على هذا فإذا أو الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضة القهرية إلا- إذا كان اعتبار الملكية هنا لغوا كما إذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكية التالف له لغوا لما قلنا من إمكان مالكية المعدوم فحيث أنه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجملة على هذا فرجوع السابق الى اللاحق أنما هو مقتضى السيرة العقلانية القطعية كما هو واضح. الوجه الثانى انه لا شبهة فى ان التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيرة العقلانية القطعية فيكون المقام مثله مثلا لو غضب احد مال شخص من الجواهر و الأحجار الثمينة أو سرقة أو بغير ذلك فألقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فأخذ منه مثله ان كان مثليا أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٥

قيمه ان كان قيميا فان قلنا ان ذلك الجواهر فى قعر البحر للمالك أيضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو ضرورى البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للأجنبى أو كالمباحات الأصلية فهو خلاف الضرورة من العقلاء و الفقه فلم يبق الا ان يكون للضامن بعد إعطاء عوضه و فى المقام أيضا كذلك و يتضح ذلك وضوحا بملاحظة موارد التلف الحقيقى و موارد التلف العرفى اذن فلا يلزم شىء من الاشكال فيندفع المحذور من أصله بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس.

و الحاصل ان الوجه فى رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق بإعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذى فى ذمه من تلف عنده بالمعاوضة القهرية فيعتبر الملكية فى ذمة المتلف لكون الاعتبار خفيف المثونة فبرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار فيرجع الى اللاحق لذلك و الذى يوضح ذلك أمران الأول أن فى موارد التلف الحقيقى لو بقيت اجزاء من العين التالفة فتكون تلك الاجزاء داخله فى ملك الغاصب بإعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه بالمعاوضة القهرية فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات

الأصلية فهو بديهي البطلان و اما كونها للمالك فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى مما قامت به السيرة- العقلانية كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلك.

الأمر الثاني ملاحظة موارد التلف العرفي كما إذا سرق السارق مال غيره أو غصبه أو أخذ بغير ذلك العنوان فألقاه في البحر فطالبه المالك و أخذ منه بدله فيكون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسيرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٦

العقلانية فإذا خرج من البحر أو وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب و ليس ذلك من المباحات الأصلية و لا انه للمالك الأول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيرة القطعية و ليس ذلك من قبيل البدل الحيلولة فإن موردها كما تقدم صورة تعذر الوصول الى المال و من هنا لو صاد أحد طيرا فجعله في قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فأعطى بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبندقه و نحوها فيكون ضامنا للثاني فإنه بإعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير و هكذا و هكذا فإن السيرة في أمثال جميع ذلك محكمة.

و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان الغاصب الأول و إذا أعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لذمة من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته في ذمته لعدم كونه لغوا.

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكية كما إذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكية له على التالف بحيث لم يبق منه شيء من الاجزاء و الرضاغ لغو محض هذا كله في وجه رجوع السابق الى اللاحق.

و اما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمة كلهم مشغولة بالتالف.

و قد أفاد السيد في وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه و على السابق و لكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاقه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٧

في غير صورة الغرور.

و فيه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحة استناد الضمان الى السبب في أمثال المقام لكونه أقوى و لم نستشكل في اقوائية مثل تلك التسيبات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثاني إلى المالك بل انما هو الأخذ باليد العادية فهي صارت سببا لضمان كل من السابق و اللاحق فهو اي هذا السبب مشترك بين السابق و اللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق و القول بأنه صار سببا للضمان كما هو واضح لا يخفى بل الوجه في ذلك أن الأخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ إلى المالك بمقتضى قوله (ع) على اليد ما أخذت حتى تؤدي فما لم يردّه الى مالكة اما بالعين مع البقاء أو بالمثل أو القيمة مع التلف لا يبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيرة العقلانية كما تقدم في ما لا يضمن.

و على هذا فالغاصب الأول حيث انه اعطى المال للثاني فباعطائه تحقق الأداء فهذا الأداء و ان كان قبل وصول المال بعينه أو بعوضه الى مالكة لا يفيد بوجه بل هو أداء غير مشروع و لكن بعد ما أداه الغاصب الثاني بعينه أو بمثله و قيمته الى مالكة فيكون مالكا للتالف ان كان لاعتبار الملكية هنا فائدة فإذا رجع هذا الثاني إلى الأول و ادعى منه ما ملكه بالمعاوضة القهرية فيقول في جوابه ادعى أدبته لك فردني ما أعطيتك فاعطى لك مالك بأداء المثل أو القيمة فيكون أدائه هذا مفيدا في المقام و بعبارة أخرى انك عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائي و عليه ان الواجب الكفائي و ان كان واجبا على كل مكلف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأتيا في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٨

الخارج و تشخص بوجوده الخارجي كما ان الأمر كذلك في الواجب التخييري و ان كان المأتي مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا أو ذاك فلا يخرج هذا الجامع عن جامعته و بعبارة أخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا في الخارج فهو

المتشخص المحط للآثار لا الأفراد الأخر الفرضية و على هذا ففي المقام ان الآثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لذمة من أخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان في أصله غير مشروع كما هو واضح. و من لا حق للاحق ان يرجع الى السابق.

ثم ان المالك لو تبرع حقه للاول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعا للواحق أيضا فهنا مقامان الأول في اختصاص التبرع بالأول أو عمومه للتتابع أيضا و الثاني أنه على تقدير كون الاسقاط عن الأول فقط فهل له أن يرجع الى الثاني أم لا.

اما المقام الأول فالظاهر أن إسقاط المالك حقه عن الأول إبراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثاني في ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمنا كثيرا فإذا أعرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شىء لتكون ذمم الضمنا الآخر مشغولة بذلك اذن فيكون إسقاطه عن الأول إسقاطا عن الثاني أيضا حتى مع التصريح بأنى أسقط من الأول فقط فإنه تصريح بلا فائدة و تناقض في الكلام فيكون غير معقول.

و اما المقام الثاني فعلى تقدير اختصاص الإبراء بالأول فقط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٩

فهل له ان يطالب من اللا-حقين أم لا- الظاهر لا فإنه إنما يجوز له ان يطالب إذا ملك ذمة الثاني ففي هنا لم يعط شيئا للثاني ليملك مطالبته غاية الأمر أسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الى الثاني إذا أد المال للثاني.

أو غضب الثاني المال منه و هنا ليس الأمر كذلك ثم إذا توقف ردّ المغصوب إلى المئونة فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن إيصاله إلى المالك و دفع ذلك بأنه ضرر على الغاصب معارض بكون عدم الصرف ضررا على المالك فلو لم يكن طريق الى الوصول الى المال إلا- بواسطة المالك كما إذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحة إلا المالك فحاله حال الأشخاص الآخرين فى مطالبته الأجرة فله أن يطالب الأجرة لإخراجه من البحر.

و الحاصل أن الرد إذا احتاج الى مئونة فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يردّ العين الى مالكة و توهم نفى لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا- وجه إذ عدم الصرف كك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه و دليل نفى الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضا.

فرع آخر إذا كان المالك مقدورا على الوصول الى ماله مع كونه محتاجا إلى المئونة فهل له مطالبته من الغاصب أم لا ففي هنا ثلثة فروع الأول فى جواز مطالبته أصل الأجرة على فعله من الغاصب الظاهر أن له ذلك فان حاله حال الأشخاص الأخر فكما ان لهم مطالبته الأجرة على تحصيل ذلك المال و رده الى مالكة و كك نفس المالك له ذلك و لا دليل على إلزامه على ذلك بلا اجرة كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٠

هو واضح.

الثاني أنه لو لم يرض المالك إلا بإحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع إمكانه لغيره أيضا فهل له ذلك أم لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه أو بغيره للأداء إلا مع رضائه المالك بذلك فان ذلك أيضا تصرف فى مال الغير فهو غير جائز إلا بإذن مالكة اذن فيباشر بنفسه فيأخذ الأجرة من الغاصب.

الثالث لو طلب أجرة زائدا من أجرة المثل مع انحصار الأداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله أو تكوينيا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و أدائه إلى مالكة بل الأداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبة بحيث يطلب من الغاصب أجرة زائدة على أجرة المثل إرغاما لأنفه كما إذا كان أجرة الأداء لمثل هذا المال عشرة فهو يريد خمسين الذى أزيد من قيمه العين أيضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك المطالبة الأجرة الزائدة على الرد من الأجرة

و لا يكون مانع عن شموله للمقام.
ثم إذا تعذر رد العين الى مالكة الا بعد مدة مديدة و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك أم لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تمامية أدلة بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج إلى الإعادة.

قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.

إشارة

أقول إذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩١

ذلك البيع مطلقاً أو ببطلانه كذلك أو يسقط الثمن بالنسبة الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحة في مال نفسه مطلقاً أو مع الخيار للمشتري و بالبطلان في مال غيره وجوه

و للكلام هنا جهات.

الأولى فى أصل صحة البيع

و الظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الأردبيلي ره و قد خالف فى المسألة و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام أنه تارة نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالأول فالظاهر ان البيع بالنسبة الى مال نفسه صحيح و بالنسبة الى مال الغير فاسد و لم نسمع الخلاف هنا من أحد الا من الأردبيلي فإنه ذهب الى الفساد و عمدة الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسألة الآتية أعنى بيع ما يملك مع ما لا يملك كالشاة مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط فى صورة القول ببطلان- الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك وجهان و قد ذهب الى الفساد أيضا بعض الشافعية بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعض.

الأول ان ما هو مقصود للبائع و مبرز حين الإنشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاة مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لا يملك و ما وقع اعنى بيع الشاة فقط أو بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الإنشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب إليه الأردبيلي و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصورة و الظاهر و فى عالم الإنشاء قد أنشأ بإنشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقة يبعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان كان بينهما فرق من جهة غاية الأمر قد ابرز و أنشأ بابرز واحد و إنشاء فارد غاية الأمر كل منهما منضم إلى الآخر و مشروط بهذا الانضمام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٢

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشتري بالنسبة فى بيع مال نفسه فيكون صحيحا خياريا.
الثانى انه باطل لجهالة الثمن إذ لا- يعلم أنه اى مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاة و فى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فيكون نظير ان يبيع ماله بما فى الكيس من الدراهم فيحكم بالفساد و فيه ان الجهالة من حيث هى ليست موجبة للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهة الغرر الذى نهى النبى (ص) عنه فى البيع فإذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان و فى المقام لا يلزم منها غرر إذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاة فى المسألة الآتية و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسألة و لو بالإجمال الغير الموجب للغرر نظير ان يشير إلى صبرة معينة و يقول بعت كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبرة و ان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فيكون معلوما بالإجمال الغير الموجب للغرر.

و في المقام يعلم ان مقداراً من الثمن المعلوم واقع في مقابل ما يملك و ان كانت النسبة غير معلومة حقيقة و لكن بالتقسيط يعلم تفصيلاً فاصل الثمن معلوم و ليس مثل بعثك هذا بما في الكيس الذي لا يعلم انه اى مقدار من المال كما لا يخفى.

و مما يدل على عدم كون الجهالة بما هي موجبة للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فإنه لم يفتوه احد ببطلان المعاملة هنا مع ان الثمن في كل منهما مجهول تفصيلاً بجهالة غير موجبة للغير فلو كانت الجهالة من حيث هي موجبة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٣

للبطلان مع قطع النظر عن كونها مستلزمة للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا أيضاً فنكشف من ذلك عدم كونها موجبة لذلك كما لا يخفى اذن فيبقى في المقام احتمال وجود الإجماع فقط على البطلان فهو مقطوع بعدم معرفته عدم الخلاف في الصحة إلا عن الأردبيلي فكيف يمكن دعوى الإجماع على البطلان بل الإجماع على الصحة كما هو واضح و كيف كان فمقتضى القاعدة في المقام هو الصحة و مع الغض عن ذلك و عدم القول بالصحة بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصفار من انه إذا باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل في مال الغير و وجب في مال نفسه فافهم.

و اما لو قلنا بصحة الفضولي فإن أجاز فلا كلام لنا فيه فان الإذن اللاحق لا يقصر عن الإذن السابق فاحتمال الفرق بين الإذن السابق و الإذن اللاحق مجازفة.

و ان رد المالك فيأتي فيه كلما تقدم في صورة القول بفساد العقد الفضولي من الوجهين.

قوله ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات

أقول قيد بعضهم صحة البيع في مال نفسه إذا لم يفض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا و عدم القدرة على التسليم و مثلوا للأول بأنه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهماً فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما إذا كان كليهما لنفسه و علل بعضهم ذلك بأن كل جنس يقع في مقابل الجنس الآخر الا أنه علل بعد الوقوع فلا بأس به فإذا رد المالك البيع في الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط في مقابل الدرهم أكثر منه فيلزم الربا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٤

و مثلوا للثاني ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغير الآبق فرد المالك البيع في مملوك نفسه فيكون بيع نفسه أيضاً باطلاً لتمخض البيع بالآبق فهو باطل للجهالة و لزوم الغرر فان بيع الآبق انما هو مخصوص بصورة الضميمة فقط فلا يصح في غير هذه الصورة و من هنا لا يصح اجارة الآبق مع الضميمة أيضاً.

و لنا في ذلك كلام حاصله أنك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصورة و الإنشاء لا يضرب بتعدد واقعا و عليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعاملة عن الربوية على تقدير الإمضاء أيضاً كما ان ضم عبد غيره بعد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا ضميمة لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربوياً من الأول و بيع آبق من الأول نعم ثبت جوازهما فيما إذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فإنه ثبت جوازه شرعاً بنص خاص و الا فمقتضى القاعدة كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجارة الآبق مع الضميمة كما تقدم و كذلك ثبت شرعاً جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين أكثر من ماله فان جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا يخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحللاً مثل العام الاستغراقى الى الأفراد العديدة و ان كان بينهما فرق من جهة يأتي في الجهة الثانية.

و بالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار أو العبدان لنفس البائع فيكون البيع منحللاً الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع و لو مع إمضاء الطرف الآخر في مال نفسه ربوياً من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٥

الأول و كذلك في بيع العبد الآبق فيكون باطل من الأول للجهالة فراجع الى تقرير ميرزا.

الجهة الثانية في ثبوت الخيار للمشتري و عدمه

لا شبهة في عدم ثبوت الخيار للمشتري في صورة العلم بالحال و بان المبيع ليس للبائع بمجموعه و أنّما بعضه للغير كما أنّه لا شبهة في عدم ثبوته للبائع في فرض العلم بذلك و اما مع جهل المشتري فلا شبهة في ثبوت الخيار له و الوجه في ذلك على ما يأتي في محلّه المسمى بخيار تبعض الصفقة مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعام الاستغراقي هو ان المشتري قد أقدم على اشتراء هذين المالين مشروطا على البائع في ضمن العقد و لو بمئونة القرائن العرفية و الانضمام العرفي ان ينضم أحدهما بالآخر فإذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشتري الخيار و هذا هو المتفاهم باذهان العرف و العقلاء فيكون مدرّك هذا الخيار هو تخلف الشرط الضمني كما هو واضح و من هنا تظهر جهة الفرق بين العام الاستغراقي المنحل الى افراده و بين المقام و بهذا يمكن أيضا دعوى ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له إذا ظهر أحدهما مستحقا للغير و لم يمض المعاملة فإن مقتضى الفهم العرفي هو أن يبيع كل واحد من المالين مشروط بالآخر و انه يبيعه بهذا العنوان كما إذا باع الثوب العتيق مع الجديد يبيع واحد و لكن يبيعه الجديد من جهة العتيق و ان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر ان العتيق مال الغير فيكون البائع مختارا في الفسخ و الإمضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمني فهو ان يبيعه هذا مشروط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٦

بكون الثوب العتيق له دون غيره.

و بهذا الملاك ظهر أنّه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد انه و كيل من الغير في يبيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنّه ليس بوكيل من قبله فإن يبيعه هذا كان بحسب الشرط الضمني مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابة و الا فلا يبيع فإذا ظهر أنّه ليس بوكيل من قبله و لم يمض أيضا يبيعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري في كل مورد تحصل فيه المخالفة بالشرط الضمني بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الاشرط و لا يكون من قبيل الإضرار في القلب كما هو واضح.

الجهة الثالثة في التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع رد المالك

و ربّما قيل في طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و للمعة و الشرائع من أنّهما يقومان جميعا من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد منهما ثم تنسب قيمة كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبة فيسترد الثمن من المشتري كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشره دنانير و المجموع أيضا بعشرين فنسبة قيمة كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف القيمة.

فأورد عليه المصنف بما حاصله

أن الأوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء و لا يقال ان ثمن الفرش الفلاني يقسط إلى اجزائه و أوصافه بل متمحض في مقابل الاجزاء فقط و أنّما الأوصاف قد توجب زيادة الثمن و انها دخيلة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٧

ذلك كما مرّ مرارا عديدة إذ من البديهي أن اجراء الفرش ليس لها إلا قيمة الصوف و أوصافها توجب زيادة تلك القيمة و لكن في مقام البيع لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء.

و على هذا فهذا الضابط الذي أفيد في المقام انما يستقيم فيما إذا لم تكن الهيئة الاجتماعية دخيلة في زيادة الثمن كما هو الغالب و لعله لأجل هذه الغلبة التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في الزيادة فلا يمكن التقسيط بهذا

الضابط كما إذا كان المبيع مصراعى باب أحدهما لنفسه و الآخر لغيره أو زوج خفّ أحدهما لنفسه و الآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئة الاجتماعية دخيلة في ازدياد القيمة فإنه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمة كلا المصراعين معا عشرة و قيمة كل منهما درهمين و كان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسة فإنه إذا رجع المشتري الى البائع بجزء من الثمن نسبة ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبة الاثنيين إلى العشرة فتكون النسبة بالخمس فيسترد من البائع بملاحظة هذه النسبة النسبة خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر أربعة دراهم فيكون ما أخذه من الثمن أزيد من حقه فإن الثمن متساوية بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد و المشتري واحدا فى مقابل مصراع الآخر الذى مال الغير.

و بعبارة اخرى ان البائع انما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الإجازة فلا شبهة ان ذلك بالنصف مع الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٨

فليكن كذلك مع الرد أيضا فما الموجب للازدياد فى صورة الرد.

نعم فى أغلب الصور التى لا تكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد القيمة فالضابط المذكور لا بأس به سواء كان قيمة كل منهما متساوية أو متفاوتة كما هو واضح.

ثم وجه المصنف هذا الوجه بأخذ النسبة للمشتري لثلا يرد عليه النقص بدخالة الهيئة الاجتماعية فى زيادة الثمن و حاصله أن يقوم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشتري تلك النسبة و باعتبارها يأخذ الثمن من البائع و فى المثال المتقدم يسترد الأربعة و يبقى للبائع واحد فلا توجب زيادة الثمن بالهيئة الاجتماعية نقصا فى المطلب كما هو واضح.

ثم أورد عليه بان هذا و ان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع و لكن ينتقض بكون الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة فإن هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جاريه مع أمها بثمانية و كانت قيمة كل واحدة منها بعشرة فإنه لا شبهة فى عدم ترتب النفع على صورة- الاجتماع الذى يترتب على غير صورة الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت و الام و من هنا نقل قيمة صورة الاجتماع فلو أخذت النسبة للمشتري فيلزم حينئذ للمشتري ان يجمع بين الثمن و المثلث فإنه يسترد من البائع على هذا تمام العشرة فيبقى الجارية الأخرى للمشتري بلا ثمن لكون قيمة أحدهما المنفردة إلى مجموع القيمتين نسبة الشيء إلى مماثله.

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجأ المصنف الى وجه آخر و حمل عليه كلام القواعد و اللعمه و الشرائع و هو ما اختاره فى الإرشاد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٩

و حاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثلا- إذا باع مجموع المالىين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدنانيرين فيرجع المشتري بثلى الثمن اذن فيسلم ذلك من إشكالى الزيادة و النقيصة.

و أشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة أو النقيصة بالسوية و اما لو أوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنف قده فيما إذا قوم أحدهما منفردا باثنين و منضمما بأربعة و الآخر منفردا بأربعة و منضمما باثنين ان يكون لمالك الأول ثلث الثمن و لمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمة مال الأول فى حال الانضمام ضعف قيمة مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان و للثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف. و من هنا اختار مذهبا آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الإشكالات فى جميع مراتب

الاختلاف من دون لزوم محذور في ذلك لا- في صورة زيادة القيمة بالاجتماع ولا- في صورة نقيصته بذلك و لو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسوية فإن تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زيادة و نقيصة فلا حظ ذلك بالأمثلة ثم احتمال رجوع ما
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٠

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد و هذا الذي أفاده السيد ره من الجودة بمكان كما هو واضح و اما المثلى فقد فضل المصنف فيه بين ما كانت الحصية مشاعة فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم أمر بالتفهم و فيه أنه لا- وجه لهذه الكيفية في التقسيط على وجه الإطلاق لا- في المشاع و لا في المفروض لإمكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمة حصة كل منهما بتفاوت الحصتين في المقدار كأن يكون لأحدهما تسعة أمان من الحنطة و للآخر من واحد- لبداهة تفاوت الأثمان بتفاوت العروض قلته و كثرة فإن المبيع كلما كثر رخص و كلما قل غلى و ان كان حصية كل منهما من صبرة واحدة و على نسق واحد في الجودة و الرداءة كما هو المفروض على الإشاعة و لإمكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيين من كومه واحدة و صبرة خاصة فيجب ان يقابل كل حصتي البائع و المشتري بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمي.

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

إشارة

أقول لو قال بعث نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع أو النصف المختص بعد العلم بعدم إرادة حصة الشريك و احتياجه إلى المئونة الزائدة.

تارة يعلم من القرائن الخارجية أو بتصريحه ان البائع أراد الشقص الخاص و النصف المعين من نصف نفسه أو نصف شريكه فلا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠١
كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه أو مال غيره.

و اخرى يقول اني أريد من كلامي هذا بعث نصف الدار ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لأنه تارة يكون المراد به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه و يكون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجية فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك و اخرى ما يكون ما تكلم به من الجملة المركبة ظاهرة فيه من بعث نصف الدار مع ملاحظة خصوصية النسبة و الإضافة إلى نفسه و التصرف فيه و قد خصّ السيد ره في حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم الثاني أى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا- توجه الى ما تقتضيه القرائن الخارجية و أورد عليه بأنه على هذا لا- يبقى مجال للتمسك بظهور المقام أو غيره من كون التصرف و اضافة البيع الى نفسه ظاهر ان في نصف نفسه في مقابل ظهور النصف في الإشاعة إذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات و المفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلا الإشاعة فإن المفروض انه لم يقصد خصوصية ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه.

و فيه ان السيد لم يتصور ظاهرا قسما آخر هنا و لذا جعل مورد كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجية و هو متين لو كان مراده هذا و كان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجية مناقضة واضحة إذ بعد كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضة و دعوى القرائن على خلافه و انما المراد معلوم بلا شك و لكن مراده ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٢

هو الشق الأول بل الوجه الثاني الذى هو الوجه الثالث و قوله ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص أو النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا لو كان مراده هو الأول لم يكن موردا لوجهين بل كان تمحضا لإرادة النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملا- لعدم جريان القرائن الخارجية فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم موردا للكلام كما فى حاشية السيد و على هذا فلا- يردّ عليه ما أورده السيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما يكون مراد البائع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو المشاع فى الحصتين و لم يعلم التعيين مع كونه معينا واقعا و فى علم البائع الا انه أجمله فيكون ظهور كلامه حجة هنا أيضا من ارادة الفرد المعين فيكون داخلا- فى الكلام فحينئذ يقع الكلام أيضا فى ان المراد من ذلك أى شىء هل هو نصفه المختص أو المشاع ليكون من كل منهما الربع أو نصف الشريك و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت ان محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه و ربما يقال بعدم إمكان جعل القسم الثالث موردا لمحط النزاع بل لا بدّ من تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره إذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا- يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو البائع أم الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٣

و فيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لا يضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع و ان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالكين فمعرفة المالك ليست بدخيلة فى صحة البيع إلا إذا كان تعيين المبيع محتاجا إلى معرفة المالك فبدونها لا تعيين للمبيع بل و لا تحقق له كما إذا كان المبيع كليا فى الذمة فإنه لا تعيين لذلك إلا بإضافة إلى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطة فى ذمة رجل لبطل البيع و اما فى غير تلك الصورة فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لا يخفى اذن فالقسم الثالث أيضا داخل فى محل النزاع لعدم إضرار الجهل بالمالك المبيع كما لا يخفى فافهم.

ثم ان المصنف فى مقام تعيين المراد فى مقام الإثبات قد احتمل الوجهين فى مثل هذا الكلام و قول البائع بعث نصف الدار من ارادة نصف المختص أو نصف المشاع و منشأ الاحتمالين اما- تعارض ظاهر النصف اعنى الحصّة المشاعة فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص و ان لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام أو تعارضه مع ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه امّا من نيّة الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و اما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا.

ثم ذكر انه

مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده ففاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى ظهور

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٤

البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمان عن المعارض فيقر بها إجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبتيا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد.

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجية بعد العلم بعدم ارادة نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و إرادته محتاجة إلى القرائن التى منتفية هنا.

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البائع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجية

أعنى ظهور الإنشاء اما ظهور الإنشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا في كون البيع للبائع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما أنه ظاهر في بيع مال نفسه و كذلك ظاهر في بيع مال غيره أيضا إلا في بيع الكلى حيث أنه لا يمكن إلا بإضافة البيع الى نفسه فيكون هذا قرينة على ارادة البيع لنفسه إذ لا- معنى لبيع الكلى في ذمة الغير لعدم التعيين كأن يقول بعث منّا من الحنطة في ذمة رجل و المفروض ان المبيع في المقام ليس كليا بل أمر معين كما هو واضح على أنه يكون قرينة موجبة لرفع اليد عن ظهور البيع في الإشاعة إذا لم يكن للكلام ظهور في مورده فسيأتي في الوجه الثاني من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره.

و اما ظهور التصرف في كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبائع.

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لا ينكر و أنه قرينة على ارادة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٥

مال نفسه و رفع اليد عن ظهور النصف الا انه لا يمكن الأخذ به و رفع اليد عن ظهور النصف في الإشاعة.

و ذلك لأنه أنما يكون إذا كان الكلام مجملا- و لم يكن له ظهور في مورده و الا فلا وجه لرفع اليد عنه و المصير الى ما تقتضيه القرائن و في المقام ان النصف له ظهور في الإشاعة الذي مقتضاه كون الربع من مال البائع و الربع الآخر من مال الغير ليكون محتاجا إلى الإجازة و بعد ما كان مورد البيع هو ذلك فلا وجه لرفع اليد عنه إذ هو كرفع اليد عن ظهور البيع في مال الغير ابتداء في سائر الموارد.

مثلا- لو كان للشيء معنى حقيقي و معنى مجازي و قال احد بعث الشيء الفلاني و كان ذلك الشيء بمعناه الحقيقي شخص آخر موجودا عند البائع و بمعناه المجازي كان لنفسه فهل يمكن رفع اليد عن ظهور كون البيع للغير و ارادة المعنى المجازي بدعوى أن ظاهر التصرف كون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد كون مورد البيع هو مال الغير و هكذا و هكذا.

و بالجملة أن النتيجة هو ان مقتضى كون النصف ظاهرا في النصف المشاع و واردا على المال المعين في الخارج هو ان المبيع هو النصف المشاع المشترك بين المالك الشريك و البائع فيكون ربع الدار مبيعا من حق البائع و ربعها مبيعا من الشريك و محتاجا إلى الإجازة لكونه فضوليا كما لا يخفى فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره الذي هو مورد البيع بالقرائن الخارجية و انما ذلك في صورة عدم ورود الكلام على مورد المعنى الحقيقية و الا فلا وجه لرفع اليد عنه كما هو واضح فلا يكون الكلام ظاهرا في النصف المختص كما ذهب اليه المشهور

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٦

هذا كله مع ملاحظة ظهور لفظ النصف في الإشاعة و اما إذا أنكرنا ذلك كما هو كك فيكون المقام مثل بعث الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد جاره.

و توضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع في اللغة للنصف- المشاع بل لمطلق النصف من الشيء و لا أنه منصرف الى النصف المشاع عند إطلاقه و عليه فلا- وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه في المقام هو الكلى و توهم ان البائع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما في حاشية السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلى يحتمل ان يكون النصف الذي يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع و الشريك و حينئذ فيكون ظهور كلامه في كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الاجمال بواسطة ظهور الكلام في بيع نصفه المختص.

و ذلك فإنه و ان صح بيع مال الغير فضولة و لكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أو فوا بالعقود للبائع و أنما يشمل المالك المحيز حين أجازته و في المقام بعد منع كون النصف ظاهرا في النصف المشاع لا- وضعا و لا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختص كما ان الأمر كك في بيع غانم المشترك بين عبده و عبد الغير فكما أنه لا- موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك في المقام لكون النصف هنا أيضا

مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكان ان ظهور البيع في بيع غانم في بيع نفسه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٧

برفع الاجمال فكك في المقام بلا زيادة و نقيصه فكما ان البائع في بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا أيضا فافهم.

و على هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا في النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك.

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسألة الإقرار بأن نصف الدار أزيد مع كونها مشتركة بالإشاعة بين المقر و شخص آخر حيث ان الإقرار اخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا في نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الإقرار بالنسبة إلى الربع في حقه و بالنسبة إلى الربع الآخر في حق الغير فيكون إقراره بالنسبة إلى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه.

و هذا بخلاف البيع فإنك عرفت أن النصف كلي يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى أو فوا بالعقود يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل ارادة النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتي و ربعا من حصه شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البائع و شريكه لا- نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالاغلاط من دون قرينه عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأة عينا معيننا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقي و قيمة النصف الموهوب و ان هذا من قبيل ما نحن فيه و أن النصف يصدق على النصف الباقي فيدخل تحت قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٨

تمليك الزوجه الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الآخر كما هو واضح و ان ارادة الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقي من خلاف الظهور بمكان.

و بالجملة أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقي حق للزوج فبحصر حق الزوجه بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّي بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقي و ارادة النصف المشترك بين الموهوب و الباقي خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له أو منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافاة بين هذه المسألة و ما نحن فيه.

و كان كلامنا في مسألة بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف في النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف في النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الآخر و لكن لا نسلم ظهور النصف في المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع أنما هو ظهور البيع في الحصه المختصة فيكون ظهور البيع في بيع مال نفسه كما هو الظاهر في جميع الموارد إذا لم تكن قرينه على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقة في النصف المشاع أيضا و لكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينه على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع في عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا- ينافي ذلك مسألة الإقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة أن الربع من مال المقرّ و ذلك إذ ظهور البيع كما عرفت أنه متعلق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٩

على ماله و هذا بخلاف الإقرار فإنه اخبار عن الواقع فمفاده أن نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصه نفسه و عن حصه الغير فيلزم له الربع لأن الإقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبة إلى الربع الآخر فإقرار في حق الغير فلا ينفذ الا ان تكون هناك قرينه على ارادته من النصف المختص فهو إقرار آخر و بالجملة هذه المسألة أجنبية عن المقام بتمام الجهة.

فهى عين محل الكلام و هى انه لو زوج احد امرأة فوهبت الزوجة نصف مهرها للغير ثم طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقي المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الإشاعة بمقتضى قوله تعالى فلكم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقي أعنى ربع الكل و قيمة نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسألة.

و اما مسألة الصلح

فلا- وجه لتوهم تنافيا لما ذكرناه أيضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو أقر من بيده المال بكون نصفه لأحد المدعين و كان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالأخوة مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحة إلا- فى الربع اعنى نصف المقر به فإن نتيجة ضم أحد الإقرارين بالآخر ان النصف المقر به مشترك بين المدعين فتكون المصالحة بالنسبة إلى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضولية فيحتاج إلى إجازة المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها.

و اما مسألة الإقرار بالشريك الآخر

كما إذا كان المال بين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٠

الشخصين بالنصف فأقر أحدهما بكون الثلث للثالث و كون التقسيم بينهم أثلاثا بالنصف و أنكر الشريك الآخر فحمل الإقرار على الثلث المشاع من العين كما فى المتن فيكون ثلث العين للثالث و حينئذ فإن تعدد المقر لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون إقرارهم هذا شهادة فيتبع به و ان لم يتعدد المقر و لم يكن عدولا فى صورة التعدد فيكون إقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا فى حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر و المقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له و ثلث الباقي لأن المنكر و ان كان معذورا فى عقيدته فى الظاهر و لو كان الواقع على خلاف عقيدته و لكنه غاصب بزعم المقر السدس و ظالم لذلك بتصرفه فى النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبتته الى المقر و المقر له على حد سواء فإنه قد تالف من العين المشتركة فوزع على الاستحقاق. و دعوى ان مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقر سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له فى يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبة الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقر به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بان ما فى يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره فى صورة الإفراز بل هو مقدار حصته المشاعة كحصية المقر و حصه المقر له بزعم المقر الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شىء مما فى يده فقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١١

تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده و هذا واضح جدا كما فى المتن و هذا بخلاف صورة الإقرار فإن كل من الشخصين وضع يده على مال معين فحق المقر له بالنسبة الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه بإقرار الشخص الآخر بثلث ما فى يد نفسه و ثلث ما فى يد الغير لا يوجب الإثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر و اما المنكر فمعذور على عقيدته اعتمادا أصالة عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له و لو عند الشك و المقر فقط بمقتضى إقراره ملزم على الأداء لكونه حجة عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم بكون ماله بل يكفى و لو مع دعوى الشك و عدم العلم على الواقع لكفاية يده و أصالة عدم كونه ملكا للمقر له فى كون ما بيده ملكا له.

و اما مسألة الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل من الوارث في يده

عين ما ذكرناه أيضا من كون ما في يده مشتركا بين المقر والمقر له وليس بينهما تنافى الا على الاحتمال ذكره السيد في حاشيته و لتعرض له فتكون موافقة للقاعدة و فتوى المشهور هنا بحمل ذلك على الإشاعة و عدم كون ما في يد المقر نصفًا بينهما بل يعطى الزائد من حقه فقط فتكون البقية على الوارث الآخر فيكون التلف باذن الشارع في الظاهر في تصرفهم في ذلك ما لم يثبت خلافه. و هذا انما هو من جهة بعض الروايات الضعيفة المنجبرة بعمل المشهور و الا فكان مقتضى القاعدة هو ما ذكرناه من كون ما هو في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٢

يد المقر مشتركا بين المقر والمقر له بالنصف مثلا و لكن يرد عليه أنه مضافا الى عدم جبر ضعف الرواية بالشهرة ان دلالتها أيضا غير تمام فان الموجود فيها أنه شريك في المال و يلزم ذلك في حقه أو حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله. فمن الواضح ان كون الآخر شريكا في المال أو ثبوت حقه في حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق في حصته مشاعا بل يمكن ان يكون على النحو الذي ذكرناه على طبق القاعدة كما لا يخفى فافهم.

فتحصل ممّا ذكرناه أنّ مقتضى القاعدة في المقامين ثبوت حق المقر والمقر له في ما بيد المقر على النصف و كون الفائت بالنسبة إليهما على حد سواء و في مسألة الإقرار بالنسب و ان أفتى المشهور على خلاف القاعدة و كون حق المقر له مشاعا بالنسبة إلى المقر و الطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لأجل الأخبار الخاصة و قد عرفت ضعفها سندا و دلالة.

ثم قد أبدى الفرق صاحب الجواهر بين المسئلتين و التزم بكون المقر والمقر له بالنسبة الى ما في يد المقر و الفائت على حد سواء في المسألة الاولى و بنحو المشاع في مسألة الإقرار بالنسب و قال في وجه ذلك على ما في حاشية السيد.

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة و الفرق بينهما أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر والمقر له فيكون محسوبا عليهما و في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٣

مسألة الإقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرد إنكار المنكر لخصوص حصّة المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركه للميت و لا يد لأحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلثة اخوة مثلا فلا بد ان يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك أشار في الجواهر حيث قال بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين أو يقال أن المأخوذ في الأول قد كان بسبب شرعي يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثاني فإنه قد أخذ بسبب يخصّ الأخ المنكر و هو إقراره بإخوة من أنكر و ذلك أمر يخصّ لأخ المنكر دون الأخ المقر الذي قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعي يعمه بل كان ذلك بأمر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الإقرار من أحدهما بالآخر و إنكار الآخر إياه و ذكر في باب الصلح أيضا ما يفيد ذلك و كذا في باب الإقرار بالنسب فراجع.

و محصل كلامه في مسألة الاولى قد استند التلف الى يد المقر و في الثانية إلى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا يكون هذا وجه الفرق بينهما بل في المقامين الأمر كما ذكر إذ المقر في كلتا المسئلتين قد أقرّ الثلثة باخوته و بالجملة لم يتحصّل من كلامه هذا شيء في وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه.

و قال شيخنا الأستاذ ان المقر لم يقرّ أزيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لأنه أقرّ بأنّ ثلث أصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا في النصف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٤

الذي تحت يد الطرف الآخر المنكر للشريك الثالث و لم يقرّ أن ما في يدي نصفه للثالث و الا فهو خلاف الإشاعة.

و فيه ان هذا و ان كان صحيحا و قد أشار إليه المصنف في كلامه

بقوله و دعوى أن مقتضى الإشاعة

إلخ و أجب عنه و لكن نكتة الكلام هو أن أصل المال على حسب إقرار المقر مشترك بين الثلثة أثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما في يده بمقدار حصته و يكون الزائد في ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهة أنها غير مشروعة إذ ليست برضائه الشركاء أجمع فيكون باطله اذن فليس النصف الموجود في يد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثة فحيث ان من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما في يده و ان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى أصالة عدم كون الثالث مالكا هو ذلك و ان لم يدع كونه مالكا قطعا بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه في الظاهر عن حجة شرعية ما لم يعم دليل على الخلاف و اما المقر الذى في يده نصف الآخر فهو مقربان الثلثة كلهم مشتركون في أصل المال فيكون ما في يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثة فبعد قطع يد الطرف الآخر بأخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركاً على الإشاعة بين المقر و المقر له و يكون الفاتئ عليهما و ليس ذلك الا نظير ما أخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقي في يد احد الشركاء إذ لا- يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقي و الفاتئ بين الشركاء على حدّ سواء غاية الأمر أن في المقام ان الطرف الآخر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٥

بزعمة ليس غاصبا بل انما يملك النصف مستندا إلى الحجة الشرعية من أصالة عدم كون الثالث شريكا لهم و في مسألة الإقرار بالنسب أن أصالة عدم كون الثالث ورثة و شريكا معهم كما هو واضح فلا شبهة فيه. و هذا النكتة قد سقط من كلام شيخنا الأستاذ و الا فلم ينكر احد أن المقر لم يقر بنصف ما في يده بل بثلث أصل المال ليكون بالنسبة الى ما في يده السدس.

هذا كله في النصف المشاع و اما النصف المفروض فقد ظهر حكمه من أول المسألة الى هنا فلو قال بعث نصف الدار المعين و كان حق كل من البائع و شريكه الآخر مفروضا فيحمل على نصف نفس البائع لا على نصف شريكه فيكون ذلك أيضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع في كونه لنفسه ما لم تقم قرينة على الخلاف.

ثم هذا كله فيما كان أجنبيا بالنسبة إلى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبة إلى النصف الآخر أيضا جائز التصرف كان يكون وكيلا من قبله أو وليا له فهل يحمل البيع هنا أيضا على نصف نفسه أو النصف الغير المختص و قال شيخنا الأنصارى ره انه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكة فهل هو كالأجنبى و جهان مبتيان على ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة الأقوى هو الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور في النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين إذ ظهور

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٦

البيع في بيع نفسه أو ظهور التمليك في الأصالة إنما يتقدم على ظهور النصف في المشاع إذا لم يرد على مال غيره و قد فرضنا أن له ظهور في وروده على مال الغير فلا يعارض شيء من الظهورين لذلك و ان لم نقل بظهور النصف في النصف المشاع و ان كان حقيقة فيه أيضا و لكنه من باب كونه مصداقا لكلى النصف الشامل له و للنصف المختص و للنصف المختص لشريكه و اما اختصاصه بالمشاع فلا لا وضعا و لا انصرافا.

و عليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع في بيع نفسه سواء كان جائز التصرف في النصف الآخر كما في صورة الولاية و الوكالة أو لم يكن جائز التصرف و بالجملة المثال في الأجنبى و غيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم

كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الأحد ٢ شهر شعبان سنة ١٣٧٤ و يتلوه أن شاء الله تعالى المجلد الخامس.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء الخامس

[تتمة كتاب البيع]

[تتمة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك]

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قوله: (مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بشمن واحد).

أقول: لو باع ما يملك و ما لا يملك قسط الثمن إليهما فيصح فيما يملك و لا يصح فيما لا يملك على المشهور لوجود المقتضى، و عدم المانع اما وجود المقتضى فلائنه و إن كان يباع واحدا و لكنّه منحلّ الى بيوع متعدّدة فيبطل بالنسبة إلى ما لا يملك فيصح فيما يملك للعمومات المقتضية لذلك من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَتِجَارَةٌ عَنِ الْبُرْأِضِ، وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، و يدلّ على الصحة مضافا الى ما ذكرناه من كون الصحة هو مقتضى القاعدة خبر الصفار المتقدم فإنه و ان ورد في ما يملك و ما لا يملك من القرية و ليس متعرضا الى بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبل التملك و لكن جواب الإمام (ع) عن السائل بقوله (لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب اشتراء من البائع على ما يملك) يشمل ما نحن فيه أيضا، فإن الظاهر منها ان اجتماع ما يصحّ بيعه مع ما لا يصحّ بيعه لا يوجب البطلان و أنّما ينحل البيع الى بيوع: عديدة فيبطل في بعضه و يصح في بعضه الأخر، فلا يسرى بطلان أحدهما إلى الأخر فكأنّ هنا يباع أحدهما صحيح الأخر باطل، فهل يتوهم أحد إضرار أحدهما بالأخر نعم انما تخلف عن الصحيح اشتراط الانضمام فقط فهو لا يوجب الّا الخيار فقط. و اما المانع فذكر بوجوه فكلاهما غير قابلة للمانعية الأولى: أن البيع الواحد و المعاملة الواحدة غير قابلة للتبعض فلا بد اما من القول بالصحة مطلقا فهو غير ممكن أو القول بالبطلان كذلك فهو المطلوب.

و فيه ان بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله كبيع ما يملك مع ما لا يملك و ان كان واحدا بحسب الصورة الّا ان منحلّ الى بيعين قد أبرزنا بمبرز واحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦

فهما متحدان في المبرز و المظهر فقط، و الّا فواقع ذلك هو التعدد فإبرازهما مبرز واحد لا يوجب انقلابهما إلى الواحدة. نعم، لا- ينكر اشتراط كل منهما بانضمامه الى الأخر في ضمن العقد، فيكون التخلف موجبا للخيار دون البطلان كما سيأتى في باب تخلف الشرط و قد عرفت نظيره في بيع ما يملك و ما لا يملك اعنى اجتماع الفضولى مع غيره.

الثانى: انّ العقد انما وقع بالمجموع من حيث المجموع فالاجزاء ليست بمقصودة فيبطل البيع فى الاجزاء لعدم القصد فيها. و فيه انه ظهر جوابه مما تقدم إذ بعد انحلاله الى بيوع متعددة و شمول العمومات لكل منها فيكون كل منها مقصودا أيضا غاية الأمر أنه مقصود بشرط الانضمام الى الآخر فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط الضمنى فقط كما لا يخفى.

الثالث: أنّ من شرائط البيع أن لا- يكون الثمن أو المثلن مجهولا- و إلّا فيبطل فى المقام لا يعلم أن ما وقع فى مقابل ما يقبل التملك

أى مقدار من الثمن فيفسد لذلك.

و فيه أن الجهالة من حيث هي لا تمنع عن صحة البيع لعدم الدليل عليه، و إنما تكون مانعة فيما تستلزم الغرر الذى نهى عنه فى البيع، و فى المقام ليس البيع غررًا لاقدام المشتري على ذلك، فينتفى عنه الغرر، بل ربما يقال بأن الجهالة و ان كان موجودة حال العقد أيضا مع العلم بعدم إمضاء الشارع ذلك العقد، و لكنها لا تكون مانعة بعد ما كانت بالتقسيط إذ المدار فى الصحة ان لا يكون البيع غرريا بجهالة الثمن أو المثلن حين التسليم و التسلم و على تسليم كونها مانعة عن صحة البيع بنفسها، فإنما تمنع حين انعقاد البيع و تحققه و ان من شرائط ان لا يكون الثمن أو المثلن فيه مجهولا و أما الجهالة الناشئة من عدم إمضاء الشارع فلا تكون مانعة عن صحة البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧

إذ لا دليل على مانعيتها إلاً النبوى المعروف، نهى النبى عن بيع الغرر أو الغرر كما فى مرسله العلامة، فقد عرفت ما فيه من عدم الغرر هنا.

و أما الإجماع فهو دليل لئبى فالمتيقن منه هى الجهالة عند البيع لا الجهالة الناشئة من عدم إمضاء الشارع كما هو واضح، ففى ما نحن فيه ان الخمر و الخنزير من الأموال العرفية و المعاملة عليهما صحيحة فى نظر العرف و لكن حيث الغى الشارع ماليتهما و لم يمتص بيعهما فنشأ الجهالة من ذلك فلا تكون مورد للإجماع و من هنا يعلم ان بطلان البيع فى الخمر و الخنزير يوجب جهالة ثمن الشاة و الخل واضح المنع.

و بالجملة فشىء من الوجوه المذكورة لا تصلح للمانعية عن صحة البيع فى الجزء الذى يقبل التملك.

نعم فى المقام شىء آخر و هو انه بناء على فساد البيع بفساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فيه، فالبيع يكون باطلا- فى ما يقبل التملك أيضا بيان ذلك ان جمع الشئين فى بيع واحد و ان كان بحسب الصورة واحدا و لكن بحسب الانحلال انهما بيعان كما عرفت و لكن كل منهما مشروط بانضمامه بالآخر، فبظهور بعض اجزاء المبيع خمرًا أو خنزيرا ينعدم ذلك الشرط و يتخلف لكونه فاسدا فكأن فى الحقيقة ان بيع الخل أو الشاة مشروط بانتقال الخمر أو الخنزير إلى المشتري نظير اشتراط شرب الخمر و نحوه من المحرمات فيكون البيع باطلا للشرط الفاسد كما هو واضح.

و لكن سيأتى فى باب الشرط ان فساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فى البيع لا- يوجب بطلانه بوجه، بل يوجب ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه.

و قد خالف شيخنا الأستاذ فى ذلك و قال بعدم جواز قياس فساد الجزء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨

بفساد الشرط و قال و لو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به إلاً أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بإزاء شىء من الثمن، بل يوجب زيادة قيمة المشروط فإذا قيد به و كان فساد موجباً لعدم إمكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق و أما الجزء الفاسد فحيث أن الثمن يوزع عليه و على الجزء الآخر ففساده لا يقتضى إلاً رد الثمن الذى وقع بإزائه أى يفسد العقد بالنسبة إليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله أو تحققه.

و لكنه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحل ذلك الى بيوع متعددة فلا يوجب الاجتماع إلاً فى اشتراط كل منهما بالآخر فيكون من صغريات الشرط الفاسد و لكن الذى يهون الخطب ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتى فى محله.

قوله: (نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري).

أقول: الذى يظهر من الشهيد هو أن فى صورة العلم يكون بعض اجزاء المبيع ممتا لا- يقبل التملك ان الثمن يقع فى مقابل المملوك فيكون مجموعه للبائع فليس للمشتري أن يرجع إليه بالنسبة الى ما وقع فى مقابل الخمر أو الخنزير.

و فيه انك عرفت ان مجموع الثمن أنما وقع بإزاء مجموع المثلن فابرز بمرز واحد و لكن بحسب الانحلال ينحل الى بيعين فيكون

ذلك نظير بيع الشاء والخنزير مستقلة اذن فلا- وجه لبطلان البيع في صورة الجهل و صحته في صورة العلم لوقوع الثمن كله بإزاء المملوك بل يقسط الثمن إليهما.

نعم بناء على ما تقدم في بيع الغاصب من ان المشتري مع علمه بالغصب يسقط البائع الغاصب على ماله مجاناً فليس له الرجوع إليه في صورة التلف، بل قيل بعدم الرجوع حتى في صورة عدم التلف فله وجه و لكن عرفت مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩

بطلانه و عدم صحه ذلك المبني أيضا و ان المشتري يرجع الى الغاصب مطلقا مع انك عرفت ان مقدار من الثمن انما وقع بإزاء ما لا يقبل التملك لما قلنا من صحه التقسيط.

نعم، بناء على ما ذكر في بيع الغاصب فيكون المقام نظيره لو باع الخنزير فقط مع العلم به إذ ليس هذا إلا تسليط الغير على ماله مجاناً و اما كفيته التقسيط فقد عرفت طريقه من ان كلا من المملوك و غير المملوك يقوم منضمًا إلى الآخر فيسترد من الثمن بنسبة قيمة غير المملوك الى المجموع من أصل الثمن فيرجع في تقويم الخمر و الخنزير هنا الى المستحل فهذا واضح، و انما الكلام في انه لو كان المبيع هي الشاء مع الخنزير أو الخل مع الخمر فالأمر كما ذكر و لكن لو باع الشاء و الخنزير ببيع واحد أو الخل و الخمر كك باعتقاد الخليه و الشاتيه فهل يقوم الخنزير بتلك الهيئه شاء و الخمر خلا أو يقومان بصورتها النوعيه، فقال شيخنا الأنصاري بالأول و هو كك لأنه إنما باع الخل و الشاء فظهورهما على خلاف ما قصده البائع و باع على ذلك القصد لا يكون مناطا في التقسيط.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن العناوين من قبيل الدواعي فلا يوجب تخلفها تبدل الموضوع بل يتقدم الإشارة الواقعة إلى الخارج على العنوان، فلا بد و ان يقدم الخنزير بعنوان الخنزيرية و هكذا الخمر بما انها خمر لا بعنوان الشاتيه و الخليه.

و هذا من عجائب الكلام، فإنه بعد ما كان المبيع هي الشاء أو الخل و لو كان الواقع على خلافه فلا وجه لتقويمهما على خلاف المقصود، بل يقوم كل من الخنزير و الخمر بعنوان الشاتيه و الخليه بما انهما شاء و خل كذلك.

بل ربما يوجب ذلك تضرر المشتري كما إذا كان قيمة الخنزير أقل من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠

قيمة الشاء و ربما يوجب تضرر البائع كما إذا كان أكثر، بل ربما يوجب الجمع بين الثمن و المثلن كما إذا كان قيمة الخنزير عند مستحله ضعفي قيمة الشاء فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و بالجملة لو باع ما يقبل التملك و ما لا- يقبل، فالوجه هنا هو الصحه بالنسبه الى ما يقبل التملك و الفساد في غيره فيقسط الثمن إليهما.

نعم، لو كان ما لا يقبل التملك خارجا عن حدود المالىة العرفية و لم يصدق عليه المال في نظر العرف أيضا كما لا يصدق عليه ذلك في نظر الشرع كبيع الشاء مع الخنفساء أو مع سائر الحشرات الأرضية توجه القول بالبطلان لغرر المذكور فيكون الثمن الواقع في مقابل المملوك مجهولا من الأول لعدم التقسيط حتى يعلم ذلك به، و لا يكون غرريا إذ ليس ببيع الخنفساء بيعا من الأول فإنه حتى بناء على النظر العرفي مبادلة مال بمال بناء على اعتبار المالىة فالخنفساء و نحوها ليس من الأموال حتى يتحقق عنوان المبادلة اذن فالوجه هو التفصيل في المسألة، فالقول بالصحه في ما يقبل التملك و البطلان فيما لا يقبله بالتقسيط لو كان ما لا يقبله أيضا من الأموال في نظر العرف و يكون التبادل عليه من مصاديق مبادلة مال بمال كالخمر و الخنزير إذ هما من الأموال العرفية و اما لو لم يكن ذلك من الأموال العرفية، فالوجه هو البطلان للجهالة و الغرر إذ لا- يعلم من الأول ان ما وقع في مقابل المملوك اى مقدار من الثمن فتكون المعاملة غرريا، و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عنه.

قوله (ره): يجوز للأب و الجدان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء.**إشارة**

أقول: قد عرفت ان من جملة شرائط المتعاقدين ان يكون مالكين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١

للعوضين أو من ينوب منابه و قد عرفت حكم بيع غير المالك فضولاً و تحقيق الحق فيه، و ان بيع المالك ماله عن نفسه مما لا اشكال فيه، و اما الوكيل فكك لاستناد فعله اليه و كك المأذون.

و بعبارة اخرى ان البيع اما تقع من المالك أو من غيره، أما الأول فلا شبهة في صحته، و اما الثاني فتارة يكون ذلك برضاء المالك أو لا، فعلى الأول فذلك الغير اما يكون و كيلا فيه من المالك، أو مأذونا فيه من قبله أو لا، اما الأولان فلا إشكال أيضا في صحة البيع لاستناده الى المالك خصوصا إذا صدر من الوكيل لكونه نائبا عنه و نازلا منزلته في فعله فإذا صحّ في المأذون ففي الوكيل يصحّ بالأولوية، اما غير الوكيل و المأذون فإن لحق به الاذن من المالك بالإجازة و رضى بفعله فهو الذى تقدم الكلام فيه مفصلا في البيع الفضولى، و قلنا بالصحة، و الأ فيحكم بالطلاق، و اما لا يكون فيه رضا المالك أو رضى و لكن لم يكن لرضائه تأثير في نظر الشارع فهو مورد الولاية فهى على أنحاء منها ولاية الأب و الجد و ثبوتها لهما في الجملة على الصغير من ضرورى الفقه و مورد الإجماع و السيرة المشتهرة القطعية كما يطلع عليه من تتبع الأبواب المتفرقة في الفقه كتاب النكاح لصراحة الأخبار فيه في ثبوت ولايتهما على تزوج أولادهما الصغير و كتاب المضاربة فإن فيه ما ورد على ولايتهما في جعل المضاربة في مال الولد و في باب الحجر قد ورد ما دلّ على حجر الطفل الصغير عن ماله دون الولي الى غير ذلك من أبواب الفقه و يؤيد ذلك ما ورد في باب الزكاة مما دلّ على ثبوتها في مال اليتيم إذ التجربة الولي و ربح إذ لو لم يكن له ولاية على ذلك لما جاز له التصرف في ماله بالتجارة بل هذا مما قامت به السيرة العقلانية إذ ليس ذلك مخصوصا بالشرعة الإسلامية بل جارية في غيره من الشرائع أيضا و استدلال المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢

على ذلك بفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح و الظاهر انه لا بأس بهذه الأولوية و ان ناقشنا فيها في البيع الفضولى و قلنا ان اهتمام الشارع المقدس بعدم وقوع الزنا و الصفاح يقتضى عكس ذلك الأولوية.

و الوجه في جهة الفرق بين المقامين هو ان الكلام في السابق من حيث نفس الفعل الخارجى الموجود فيه و قيل هنا ان أهمية الفروج تقتضى بطلان الفضولى في النكاح و ان كان صحيحا في البيع و سائر العقود لاحتمال ان لا يقع واقعا فيكون زنا، فالاحتياط يقتضى عدمه لئلا يقع الزنا و قلنا ان الاحتياط كان يقتضى عكس المطلب و ان كان فيه خلاف الاحتياط أيضا في نفسه، و لكن محذورة أقل من الأول فإنه يحتمل مع الحكم بالطلاق ان يقع النكاح واقعا فيكون الزنا بذات البعل بخلاف العكس فإنه مع عدم الوقوع فلا يكون زنا أما بغير ذات البعل، و بالجملة و جهة الكلام هناك كان مختصا في بيان عنوان الفعل الواقع و جهته، و هذا بخلاف المقام، فان الكلام هنا ليس في بيان وجهة الفعل الواقع، بل في كون الغير الأجنبى سببا في تحقق الفعل و إيجاده من الأول ففي مثل ذلك إذا صحّ ولاية الأب و الجد على الأولاد الصغار في النكاح و كونهم سببا في إيجاد التزويج بينهم مع كونه من أهم الأمور فلا شبهة في جواز ولايتهم و نفوذ أمرهم في سائر العقود أيضا بالأولى.

ثم انه يقع الكلام في جهات:

الاولى: هل يعتبر العدالة في الولي الأب و الجد،

فلو كانا فاسقين لا ينفذ تصرّفهما في حق الصغار كما ذهب اليه صاحب الوسيلة و الإيضاح أو لا تعتبر كما ذهب إليه المشهور، بل يظهر من التذكرة الإجماع على ذلك.

و استدل عليه المصنف بالأصل و الإطلاقات، فإن ظاهر عطف الثاني

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣

على الأول، هو ذلك لا ان المراد من الأصل هي الإطلاقات كما لا يخفى و لكن لا نعرف معنى لذلك الأصل إذ ليس المراد منه هي أصالة البراءة قطعاً لانه ليس هنا تكليف حتى ينفي بذلك، بل لو كان فالمراد به هو الاستصحاب فان كان المراد به هو الاستصحاب النعتي بأن يقال ان الولاية كانت في زمان و لم تكن مشروطة بالعدالة فكك الحال الاستصحاب فلا شبهة انه لم يكن لذلك حالة سابقة إذ ليس زمان تكون الولاية ثابتة و لم تكن مشروطة بالعدالة حتى نستصحابها فان كان المراد منه هو أصل عدم الأزلي المحمولي لسلم من اشكال عدم وجود الحالة السابقة إلا ان المصنف لا يقول به ليتمكن تطبيق كلامه به، بل لا يمكن الالتزام بجريانه هنا أيضا إذ لا شبهة ان الولاية بالنسبة الى عدم التقييد بالعدالة أو التقييد بها ضروري لاستحالة الإهمال في الواقعات فهما متضادان فجريان الاستصحاب في نفي التقييد المسمى بالعدم المحمولي ليس اولي من جريانه في الطرف الآخر بعد فرض تضاديهما وبالجملة فأصالة عدم النعتي غير جارية لعدم الحالة السابقة لعدم المحمولي و إن كان ليس عنه مانع بحسب نفسه على المذهب المختار و لكنه لا يجري للمعارضه.

اذن فلا يمكن الالتزام بثبوت الولاية المطلقة الغير المقيده بالعدالة بواسطة الأصل، بل مقتضى الأصل هو عدم ذلك اي عدم نفوذ تصرفاته فإنه ثبت بالأدلة القاطعة حرمة التصرف في مال الغير، إلا بإذنه فالخارج منه يقينا صورة كون الغير وليا عادلا فيبقى الباقي تحت الأصل.

نعم، ما ذكره من الإطلاقات في محلّه إذ هي غير مقيده بعدالة الولي بل الولاية الثابتة بها للأب و الجد مطلقة و ليس في المقام ما يصلح تقيده الا ما ذكره صاحب الوسيلة و الإيضاح حيث استدلا على عدم ثبوتها للأب و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤

الجد الفاسقين بالاية و استظهر المصنف ان المراد منها قوله تعالى «وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» و ضعفه. و وجه الضعف هو ان المراد من الركون فيها ليس الركون في الأمور الدنيوية، بل المراد به فيها هو الركون في الأمور الدينية و يدل على ذلك من الآية ذيلها من قوله تعالى «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» حيث ان ذلك نتيجة الركون الى الظالم في الأمور الدينية لا في الأمور الدنيوية و إلا فلازمه عدم جواز توكيل الفاسق في الأموال الشخصية للبالغين الراشدين و كونه من المحرّمات الشخصية فهو بديهى البطلان و لا انه يجوز تأمين الفاسق و جعل الوديعة عنده.

و يحتمل بعيدا أن تكون المراد من الآية قوله تعالى «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» كما يظهر ذلك من قوله و إخباراته عن غيره.

و فيه انه يظهر الجواب عنه من الآية السابقة و ان المراد من ذلك ليس ما يرجع الى الجهات الشخصية، بل ما يرجع الى الجهات النوعية الدينية كما يدل على ذلك أيضا ذيل الآية من قوله تعالى «أَنْ تُصَيَّبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصَيَّبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ» و ان لازمه عدم قبول إخبارات الشخص في حق نفسه من الإقرار و نحوه كما تقدم من عدم جواز ان يجعل الفاسق أمينا من أمواله مع انه لم يدل دليل على حرمة.

و من هنا يظهر انه لا وجه لتوهم استحالة أخذ قول الفاسق و جعله أمينا في أموره، و انما يحرم إرجاع الأمور الدينية إليه اذن فلا وجه لرفع اليد عن تلك المطلقات الكثيرة بمثل هذا الأمور الظنية و توهم الإيضاح ان ذلك خلاف حكمه الصانع، بل يجوز الإرجاع إلى الفاسق بديهى الفساد كما عرفت فإن ذلك له وجه في الأمور الدينية لا الأمور الدنيوية على انه و لو كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥

الأب و الجد فاسقين الا ان رافتهما على الأولاد أكثر بمراتب من رافة جميع العدول عليه إذ في الأب و الجد من الشفقة الذاتية و الرافة الطبيعية بالنسبة إلى أولادهم ما لا ينكر و لو كان فاسقا.

نعم، لو كان الأب و الجد من الفاسقين الظالمين على الطفل بحيث يقامرون بأموال الصغار و يشربون به الخمر و يشربون و غير ذلك من الإتلافات البيئية لخرج بذلك عن جواز التصرف فيها و نصب الحاكم الشرعي وليا آخر أو ناظرا لهم حفظا لهم لئلا يكون ظلما عليه، و لكن هذا أمر آخر غير ما نحن فيه.

على ان الظاهر من الآية ان الفاسق لا يقبل قوله من دون التبين و التفحص و هذا لا ينافي قبول قوله من جهة الولاية ما لم يعلم صدور الخيانة منه، فالولي و ان كان فاسقا يقبل قوله في حق الصغار لولايته.

و أما الجهة الثانية و هي اعتبار المصلحة في تصرفات الولي

فهل يعتبر ذلك كما ذهب اليه ابن إدريس و شيخ و بعض آخر أولهما الولاية مع اعتبار عدم المفسدة في التصرف و إن لم يكن فيه صلاح أصلا كتبديل ماله بمال آخر بلا صلاح، أو لا يعتبر شيء من ذلك، بل لهما الولاية عليه على وجه الإطلاق كما ذهب اليه المصنف في أول كلامه أو يفصل بين الأب و الجد بالالتزام بنفوذ أمر الجد مطلقا دون الأب كما يظهر من آخر كلام المصنف وجوه. و استدلل المصنف على عدم الاعتبار و ثبوت الولاية على الإطلاق بالأخبار الواردة في إثبات الولاية على الطفل للأب و الجد فإنها مطلقة و غير مقيدة بشيء مما ذكر.

و فيه أولا- ان إطلاقاتها غير تمام فان عمدتها ما دل على ان الابن ماله للأب و قد ذكر ذلك في جملة من الروايات و علل نفوذ أمر الأب على الولد بذلك في بعضها و لكن لا دلالة فيها بوجه على المدعى فانّ من البديهي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦

ان المراد بها ليس ما هو الظاهر منها من كون الابن و ما بيده من ممتلكات أبيه، و يكون الفرض من اللام هو الملك ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية، بحيث يجوز له بيعها و لو حجر يكون حقّ الغرماء متعلقا بمال الولد أيضا، و هذا المعنى مقطوع البطلان كيف مضافا إلى ما ذكرنا انه ورد في بعض الروايات ان الأب لو احتاجت إلى جارية الابن يقوم على نفسه بقيمة عادلة ثم تصرف فيها بما يشاء و انه يجوز له الاستقراض من مال الولد فلو كان الابن و ماله من الأموال ملكا للأب و الجد لما كان تقويم الجارية على نفسه بقيمة عادلة و الاستقراض من ماله وجه بوجه فإنه لا معنى لاستقراض المالك من ملكه أو تقويم ماله على نفسه.

و من هنا ظهر انه ليس المراد بتلك المطلقات كون أموال الولد للوالد حقيقة أو تنزيلا بحيث يفعل فيها ما يشاء ثم ليس المراد من تلك المطلقات ثبوت الولاية لهما على الولد كما توهم إذ مورد بعضها هو الولد الكبير، كالرواية المتضمنة لشكاية الولد إلى النبي (ص) من أبيه و ما تضمن تقديم تزويج الجد على الأب في البنت معللا بان الجد أب للأب و البنت و غيرها فلا شبهة في عدم ثبوت ولاية الأب و الجد على الولد الكبير، بل هو مستقل في التصرف في أمواله كيف يشاء و أيضا لا وجه لتوهم ان المراد منها ثبوت جواز الانتفاع للأب و الجد فإنه مضافا إلى مخالفته بثبوت جواز الاستقراض من مال الولد و تقويم الجارية للابن على نفسه ان جواز الانتفاع من أموال الأولاد لا يدل على ثبوت الولاية عليهم.

و الحق أنها أجنبيّة عن المقام و انما هي راجعة إلى بيان أمر أخلاقي ناشئ من أمر تكويني فإنّ الولد بحسب التكوين موهبة من الله تعالى للأب و مقتضى ذلك ان لا يعارض في تصرفاته و يكون منقادا بامر و نهيه و يؤيد ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧

ما في علل عن محمد بن سنان في تفسير قوله تعالى «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ إِنْ شَاءَ لِمَنْ يَشَاءُ الدُّكُورَ» ان الولد موهوب من الله و هبة للأب و على هذا ليس من الإنصاف أن يعارض ما هو هبة للإنسان للموهوب له، بل منقضى الأخلاق هو التحرك بتحريك الأب

لكونه له أى هبة له و تحفة من الله تعالى اليه و اذن فلا- دلالة فى إطلاقها على ما ذهب اليه المصنف من عدم اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى و ما ترى من جواز تصرف الجد و الأب فى مال الولد و أخذهما منه من جهة كون انفاقهما عليه مع الاحتياج فلا ربط لذلك إلى جهة الولاية بوجه، نعم لا ينكر الإطلاق لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز عقد الجد و الأب للابن بدون اذنه و للبت بدون اذنها إذ ليس فيه نقيذ بصورة وجود المصلحة فى التصرف و لكن سيأتى جوابه.

و ثانيا على تقدير وجود المطلق كما هو كك لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز تزويج الأب الابن بدون اذنه أو تمامية إطلاق الروايات المتقدمة كما زعمه المصنف (ره) فلا بد من تقييدها بصورة وجود المصلحة بصحيحة أبى حمزة الثمالى فإنها دلت على عدم جواز تصرفات الولى فى مال الطفل بدون المصلحة لقوله (ع) لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ثم استدلل (ع) بقوله تعالى «وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» فلا شبهة ان قوله (ع) لا نحب و ان كان لا يدل على الحرمة و لكن بضميمة استشهاده (ع) قوله تعالى «وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» يدل على الحرمة إذ لا شبهة ان الفساد ليس قسما منه مكروها و قسما منه حراما بل هو متمخص بالحرمة.

و نظير ذلك رواية الحسين بن ابى العلاء فى الدلالة على عدم جواز أخذ الزائد مما يحتاج اليه فيها تقييد تلك المطلقات، و لا شبهة أن مورد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨

الروايتين الخاصتين و إذن هو الأموال و لكن ثبوت التقييد فيها يدل على ثبوته فى باب النكاح أيضا بالأولوية إذ كما ان ثبوت الولاية فى باب النكاح للأب و الجد دل على ثبوته فى غير باب النكاح بالأولوية لكون النكاح أهم و هكذا ثبوت التقييد فى غير باب النكاح يدل على ثبوته فى باب النكاح أيضا إذ مع عدم نفوذ تصرفات الولى فيما لا- يكون فيه صلاح فى الأموال فى الاعراض بالأولى لكونها أهم و يؤيد ثبوت التقييد ما ورد فى تقويم الجارية على الولى بقیه عادله و جواز اقتراض الولى من مال الولد إذ لو كان تصرفات الولى نافذا فى حق الطفل مطلقا لم يكن وجه للتقويم بقيمة عادله، بل كانت القيمة النازلة أيضا وافيا و كذلك لم يكن وجه للقرض، بل كان يكفى أخذه بأى نحو شاء هذا مع انه يمكن منع تحقق الإطلاق فى باب النكاح بحسب نفسه أيضا إذ الولاية للأب و الجد على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات و توجههما إليهم، و اما لو أوجبت الولاية توجه الضرر إليهم فمن الأول يمكن القول بعدم جعل الولاية فيه و خروجه عن مورد الروايات تخصصا بل هذا هو المتعين إذ لا يمكن القول بولاية الأب و الجد على تزويج أولادهم كيف شائوا و ان كان فيه ضرر عظيم موجب لتضرره اذن فليس هنا إطلاق أصلا من الأول فضلا عن احتياجه الى المقيد.

و بالجملة أنها ناظرة إلى أصل جعل الولاية لهما مع ما فيهما من الرأفة للأولاد و ليس فيها إطلاق إلى سائر الجهات، و اما اعتبار المصلحة فى تصرفاتهم بان يلتزم بعدم كفاية مجرد عدم المفسدة فى ذلك، بل لا بد من وجود المصلحة فى تصرفاتهم و قبل بيان ذلك لا بد و أن يعلم انه يجوز تصرف الولى لأنفسهم فى مال الطفل و ان لم يكن فيه المصلحة و من هنا يجوز قرض الولى من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحة فى ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩

للطفل بوجه و هذا بالنسبة إلى نفس الأولياء مما لا شبهة فى جوازه و اما اعتبار المصلحة فى غير ما يرجع الى شؤونهم فاستدل عليه بقوله تعالى «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» حيث ان التقرب الى ماله بلا مصلحة فيه ليس بأحسن فلا يجوز.

و بالجملة كان كلامنا فى ولاية الأب و الجد و قد اختار المصنف عدم اعتبار شىء فى ولايتهما للأولاد و قربه شيخنا الأستاذ فى الدورة الأخيرة و تمسك المصنف فى ذلك بالإطلاقات الواردة فى خصوص الولاية و جعلها لهما فان الظاهر فيها ان أمر الأولاد و أمر أموالهم راجع إلى الجد و الأب و قد رئت أنها أجنبية عن المقام لان المذكور فى أكثرها ان الابن ماله للأب فلا شبهة فى عدم إمكان

إرادة المالكية الحقيقية منها ليكون اللام للملك بحيث يبيع للابن أو يؤجرها من الغير فيؤخذ أجرته و ثمنه أو يأخذ أمواله و يفعل فيها ما يشاء خصوصا مع ملاحظة ما في بعضها من كون موردها الابن الكبير الذى لا ولاية لهما عليه إجماعا و كيف و قد ورد فى بعض الروايات تقويم الجارية للابن على نفسه و التصرف فيها و فى بعضها الآخر أخذ القرض من مال الولد فلا شبهة فى عدم جريان ذلك فى أموال شخص المالك بالنسبة إلى نفسه و لا يجوز ان يراد من تلك الأخبار المالكية التنزيلية لما عرفت من عدم مالكية الأب و الجد على الأولاد و أموالهم بوجه، بل لا يجوز ولا يهتم على بعض ما فى تلك الروايات كالولد الكبير فلا معنى للتنزيل هنا أيضا كما لا يخفى بان ينزل أموال الأولاد بمنزلة ماله فى جواز التصرف فيها و فى أنفسهم بالإجارة و البيع و الشراء و أكل أموالهم و اجراء ما يجرى على ماله بحيث يكون مال الطفل و نفسه من جملة أمواله حقيقة أو حكما بلا وجه، و لم يفتوه به أحد فيما نعلم، بل هى ناظرة إلى جهة الاخلاقي كما عرفت لما ذكر فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠

بعض الروايات ان الولد هبة موهوبة للأب فلا ينبغى ان يعارضه فى التصرفات و ما ورد من جواز أخذ الأب و الجد من أموال الولد مع الاحتياج ليس من جهة الولاية، بل من جهة وجوب إنفاق الأب على الولد مع الاحتياج كعكسه كك.

فليس فى تلك الروايات بحسب نفسها إطلاق و على تقدير ثبوت الإطلاق فيها كما ثبت فى جملة من أخبار النكاح فى تزويج الأب و الجد الابن و البنت لكونها مطلقة من حيث ثبوت المصلحة و عدم ثبوتها فى النكاح فلا بد من تقييدها برواية الثمالي لأنها صريحة فى عدم الولاية مع الفساد كما هو مقتضى استدلاله (ع) بالاية و ان تصرفات الجد و الأب فى هذه الصورة محرمة و برواية الحسين بن ابى العلاء فإنها لا تدل على أخذ الأب من مال الطفل إلا بمقدار قوته و عدم جواز التصرفات المسرفة فيه فلو كان لهما ولاية على الطفل حتى مع المفسدة فى التصرف لما كان لهذا النهى وجه و عليه فنقيدهما بهما الروايات المطلقة حتى الواردة فى باب النكاح و لا يضر اختصاص موردهما بالأموال لأنه إذا ثبت التقييد فى ذلك فيثبت فى النكاح بالأولوية لكونه أهم فى نظر الشارع، بل يمكن منع تحقق الإطلاقات فى باب النكاح أيضا من جهة أنها ناظرة إلى جعل الولاية للأب و الجد و كون ولاية الثانى مقدمه على الأول بما لهما من الرأفة الطبيعى لأولادهم بان يعاملوا معاملة مال أنفسهم فى حفظه و عدم التصرفات المتلفة فيه فاصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر لهذه الحكمة و العلة و على هذا فتصرفاتهم الموجبة لتلف أموالهم و تضررهم بما لا ينبغى ينافى لذلك الحكمة و الملاك فتقلب على العكس.

و بالجملة ظاهر جعل الولاية للأب و الجد على الأولاد لرأفتهم على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١

الطفل لكونه هبة له و موهوبا عليهم من قبل الله تعالى كما أشير الى ذلك فى جملة من الروايات فلا تعرض فيها لصورة المفسدة لكونها على خلاف الرأفة فلا إطلاق فيها أيضا و قال بعض مشايخنا المحققين بوجود المقيد فى باب النكاح أيضا حيث ورد فى بعض روايات جعل الولاية لهما فى باب النكاح ان تزوج الجد يتقدم إذا لم يكن ضرر فان مفهومه يدل على عدم الولاية له مع الضرر فيكون مقيدا للمطلقات فيها.

و فيه ان المفهوم و ان كان موجودا و لكنه عدم الولاية مع الضرر، بل المراد به نفى أولوية الجد و تقديمه على الأب عند الضرر و هذا غير مربوط بالرواية فلا يكون ذلك مقيدا للإطلاقات فى باب النكاح.

الجهة الثالثة: فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولاية لهما فى صورة وجود المفسدة فى تصرفات الأب و الجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اعتبار المصلحة فى تصرفات

بحيث لا يجوز تصرفهم إذا خلا عنها و لو لم تكن فيه مفسدة أم لا يعتبر، و قد تقدم ان التصرفات الراجعة إلى نفس الولي و لو لم

تكن فيها مصلحة جائزة بلا اشكال و انما الكلام فى غيرها و قد استدل على الاعتبار بوجوه: - الأول: ان طبع المطلب و جعل الولاية لهما يقتض ذلك فان ذلك لأجل أن يتصرف فى أموالهم بما من المصلحة من التجارة و التبديل و إلا فمجرد التصرفات اللغو بلا وجود ثمره فيه فلا يجوز و بالجملة ان حكمه جعل الولاية للأب و الجد بحسب الطبع هى جلب المنافع له و دفع المضار عنه لكون الأب و الجد بحسب الطبع هكذا بنسبة إلى أولادهم و إلا فمجرد كون شىء ذى صلاح لغير الطفل و ان لم يكن فيه صلاح له لا يجوز التصرفات فى فعله و بالجملة ان جعل الولاية لهما عليه ليس إلا لحفظ الولد و ماله و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢

دفع المضار عنه و جلب المنفعة اليه و إلا فلا يجوز التصرف فى ماله و لو لم يكن فيه مفسدة.

و فيه ان هذا و ان كان بحسب نفسه تماما و لكن لا يتم فى جميع الموارد لإمكان ان يكون الصلاح فى ذلك الجعل راجعا إلى الولي. و بعبارة أخرى تارة يلاحظ فى جعل الولاية لهما صلاح المولى عليه فيجرى فيه ذلك الحكمة.

و اخرى يلاحظ حال الولي فلا شبهة انا نحتمل الثانى أيضا اذن فلا دافع للإطلاقات الدالة على جعل الولاية لهما عليه حتى فى صورة عدم المصلحة فى تصرفهم، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك أيضا و لا يلزم العلم بعدم اعتبار المصلحة فى ثبوت الولاية لهما عليه عند عدم المصلحة فى التصرف.

الثانى: دعوى الإجماع على الاعتبار و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجة لمخالفة جملة من الأعظم فى ذلك، بل نحتمل استناده الى الوجوه المذكورة هنا لعدم الجعل فى صورة عدم المصلحة فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى الحجة.

الثالثة: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» و هذه هى العمدة فى المقام بدعوى ان التصرف الخالى عن المصلحة فى مال اليتيم ليس تصرفا حسنا فيحرم للنهى عن التقرب إليه، فإن أطلق اليتيم على من مات امه كما ليس بعيد فتشمل الآية لكل من الأب و الجد، و إلا فتختص بالجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل اذن فرفع اليد عن الإطلاقات الدالة على ثبوت الولاية لهما مطلقا حتى مع المصلحة.

و فيه أن الآية عام لكل احد سواء كان أبا أو جدا أم غيرهما فإنها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣

تنهى عن التقرب بمال اليتيم لكل احد فنخصصها بالروايات الدالة على جعل الولاية للأب و الجد و لو مع عدم المصلحة فيه و ليس بينها عموما من وجه حتى يعمل بقواعده لانحصار الموضوع فى الروايات بالأب و الجد فقط و عمومها فى الآية و ان كان الأمر كك مع ملاحظة الحكم و لكن الحكم وارد على الموضوع الواحد فقط فى الرواية و على المتعدد فى الآية فافهم.

و من هنا يظهر الجواب عما ذهب اليه المصنف أخيرا من التفصيل بين الأب و الجد و القول بثبوتها للجد دون الأب لعدم إطلاق اليتيم على من مات امه لتشمل الآية لهما فإنه مضافا الى إطلاق اليتيم على من مات امه انك علمت سابقا ان ولايتهما ثابتة فى النكاح على الابن و البنت، و فى الأموال بالأولى فلا نحتاج إلى الاستدلال بالآية على ثبوت الولاية حتى يمنع عن شمولها للأب فتختص بالجد فقط و سيأتى الكلام فى هذه الجهة.

الجهة الرابعة: بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسدة فى تصرفات الأب و الجد فى مال الولد، فهل هذا شرط فى عالم الإحراز

إشارة

فلو أحرز فى مورد عدم المفسدة فباع مال الولد فبان وجود المفسدة فى ذلك فلا يبطل البيع و ينفذ التصرف أو هو شرط فى الواقع فلو كان مورد مفسدة واقعية فلم يحرز أو أحرز عدمها فقدمه فيكون باطلا أو انهما من الشرائط معا فلو أحرز المفسدة و مع ذلك

أقدم على التصرف فبان كونه صلاحاً إذ لو لم يباع لكان تلقاً أو أحرز الصلاح فأقدم فظهر عدم الصلاحية فيكون تصرفه هذا صحيحاً. نعم لو أحرز المفسدة في مورد فأقدم على التصرف فظهر كما أحرزه فيكون فاسداً. والظاهر هو الوجه الأخير وقبل بيان وجهه فلا بدّ و ان يعلم ان هذه الجهة لم يحرز في كلامهم، بل لم يذكر ألاً بنحو الرمز والإشارة فنقول قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤

علمت ان المقيد للإطلاقات كان خبر الثمالي، فإنه اعتبر عدم الفساد في تصرفات الأب و الجد في مال الطفل، و هو كالمعصية قائم بأمرين أحدهما الوجود الواقعي و ثانيهما إحرازه اى تنجزه لا- يقال ان فلانا أفسد أو فعل فعلا فاسداً، كما ان الأمر كك في عنوان المعصية حيث ذكرنا في سفر معصية في تحققها أمران أحدهما ان يكون ما سافر لأجل الغرض المعلوم معصية و الثاني علم المسافر بذلك و تنجز التكليف في حقه بحيث يكون المنجز هو الحكم الواقعي في حقه، فلو سافرت المرأة بدون رضائه الزوج فبان أنها مطلقة فلا يكون سفرها معصية أو سافرت بزعم أنها مطلقة فبان خلافها فليس سفرها معصية أيضاً و انما يكون سفر معصية مع اجتماع الأمرين.

و بالجملة فما لم يتحقق كلا الأمرين لا يتحقق المعصية كما انه مع عدم تحقق الفساد الواقعي و إحرازه في التصرف لا يقال ان تصرف الولي كان مفسداً.

و على هذا فيكون المقيد لتلك الإطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجد في خصوص كون تصرفهم مفسداً لمال اليتيم مع العلم به و ما لم يتنجز، فلا مانع من التمسك بالإطلاقات و الحكم بثبوت الولاية لهما.

و كان الكلام في الجهة الثانية فهي اعتبار المصلحة زائداً عن اعتبار عدم المفسدة في ولاية الأب و الجد.

إشارة

و قد استدل على ذلك بوجوه:-

الأول: دعوى الإجماع

على ذلك و فيه انه بعد ذهاب المتأخرين الى عدم اعتبار شيء فيها ألاً عدم المفسدة، بل ذهاب بعض آخر الى عدم اعتبار شيء فيها لا يبقى مجال لدعوى الاجمال ليكون إجماعاً اصطلاحياً تعدياً و كاشفاً عن قول المعصوم (ع)،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥

الثاني دعوى ان الحكمة في جعل الولاية للأب و الجد ليس ألاً جلب المنفعة للطفل و دفع الضرر عنه،

و ألاً فتكون لغوا.

و فيه ان هذا و ان كان تماماً في غير الأب و الجد و لكنه لا يتم فيهما لا مكان ان تكون الحكمة في جعل الولاية لهما ملاحظة حالهما من الشفقة الذاتية و الرأفة الطبيعية الموجودة فيهما بالنسبة إلى الأولاد، و انهما لا يقدمان على ضرره و ان كان في بعض الأحيان يفعلون في أموال الطفل ما يرجع الى نفعهم كما ثبت ذلك في النص أيضاً كالاقتراض من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه فإنه أى نفع في ذلك للولد، بل قد ورد جواز الأكل من مال الولد مع الاحتياج و ان كان هذا من جهة الاتفاق و لذا قيدنا هذه الجهة في أول المطلب بان المراد في اعتبار المصلحة في تصرفهما التصرفات الراجعة الى غير الأب و الجد و ألاً فيجوز لهما ان يتصرفا في أموال الطفل تصرفاً لا- صلاح و لا- فساد فيه للطفل، بل للولي فقط، كالاقتراض و تقويم جاريته على نفسه و التصرف فيها و كيف كان لا

يستفاد من حكمه الجعل ألا كون اعتبار المصلحة في التصرفات الراجعة الى غير الولي لا في التصرفات الراجعة إليهم، بل ثبت جواز أخذهما من مال الطفل بقدر الاحتياج.

الثالث: الآية المباركة «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»

التي هي العمدة في المقام وقلنا في الأمس تبعا للشيخ ان الروايات الدالة على ثبوت الولاية للأب و الجدة مقيدة للاية و مخصصة لها لكونها مطلقة من حيث اعتبار المصلحة فيها و عدم اعتبارها و انما الثابت اعتبار عدم المفسدة في ذلك كما تقدم فلا تدل الآية على المدعى.

و فيه ان لهذا الكلام مناقشة واضحة إذ الروايات المثبتة للولاية عليهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦

على طائفتين: - الأولى: ما دل على كون الأب مالكا للابن و ماله.

و الثانية: ما دل على ثبوت الولاية لهما في النكاح و جواز تزويجهما للولد.

اما الطائفة الأولى فبناء على دلالتها على مالكية الأب و الجدة للولد و ماله اما حقيقة أو تنزيلا بان يعامل معه و ماله معاملة مال نفسه، و ان لم يكن مالكا حقيقة و ان كان تاما و لكن يمنع دلالتها على هذا كما عرفت، إذ مورد بعضها الولد الكبير فلا شبهة في عدم ولايتهما عليهم و على مالهم و أيضا ثبت جواز اقتراض الولي من مال الولد و تقويم جاريته على نفسه مع انه لا- معنى لأن يقترض الإنسان من مال نفسه و ان يقوم مال نفسه على نفسه.

و بالجملة ان السيرة العقلانية و الشرعية و ان اقتضت ثبوت الولاية للأب و الجدة على الأولاد و لكن السيرة القطعية أيضا قامت على عدم جواز المعاملة مع مال الطفل معاملة مال نفسه خصوصا الكبار منهم.

و اما الطائفة الثانية فالإطلاق فيها تمام في باب النكاح بالمنطوق خصوصا في رواية الكافي يجوز أمر الأب و الجدة في النكاح من غير تقييد، بكونه صلاحا له فتعدى الى غير باب النكاح بالأولوية كما عرفت بل تلك الأولوية منصوصة فإنه عليه السلام بعد ما سئل عن تصرف الولي في مال الطفل فقال فهل يجوز نكاح الولي؟ قال السائل نعم، فقال عليه السلام: فكيف لا يجوز تصرفه في الأموال، و لكن مع ذلك لا يمكن تخصيص الآية بها لا من جهة الإشكال في الإطلاقات و منع تحققها، بل من جهة ان الكلام في مقدار ثبوت الولاية بها و جواز تصرفاتهم أي الأولياء في مال المولى عليه فان الظاهر من الآية أن التصرفات الغير الحسن ليست بجائزة و إطلاقات الروايات جوازها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧

مع عدم المفسدة فيها فيقع التعارض في مورد ليس فيه صلاح للولد و لا فيه مفسدة و ليس راجعا إلى الولي أيضا كالاقتراض و نحوه لما عرفت جوازه بالنسبة إلى الولي.

اذن فلا يمكن المساعدة على ما ذهب اليه المصنف من القول بالتخصيص و لكن للمناقشة في ذلك أيضا مجال واسع لمنع دلالة الآية على ثبوت الولاية و كونها أجنبية عن المقام نعم لو كانت دالة فالأمر كما ذكرناه من العموم من وجه.

و توضيح منع الدلالة بعد ما لم نجد رواية في تفسير الآية و لا تعرضا لها في آيات الاحكام ان الظاهر الآية هو النهي تكليفا في التسلط على مال اليتيم و تملكه و اكله بالباطل و ذلك لما ذكرنا في بحث التفسير ان النهي عن التقرب يختلف باختلاف الموارد فإذا تعلق بالافعال نظير «لَا تَقْرُبُوا الرِّزْنَ» و «لَا تَقْرُبُوا الْقَوَاحِشَ» و نحوهما يقيد حرمة الفعل و كونه بنفسه محرما و إذا تعلق بالأعيان يدل على عدم التسلط عليها و حرمة أكلها و مبعوضتها تملكها اذن فالنهي عن التقرب بمال اليتيم نهى تكليف لا نهى وضعي يقيد عدم نفوذ التصرف كالبيع و الشراء و المراد بالبلاء هو بقاء السببية نظير الباء الذي قلنا بالسببية فيه في آية «التجارة عن تراض» و المراد بالتي ليس هو التقرب

و ألا لما كان وجه للتأنيث، بل هي إشارة إلى الطريقة الوسطى الإسلامية أو الى الشريعة الواضحة المحمدية كما عتبر عن ذلك في آية أخرى بالمعروف و نهى عن أكل مال اليتيم ألا بالمعروف و عليه فتكون الآية نظير آية التجارة نهيا عن أكل المال بالباطل إلا بالطريقة الوسطى و بالأسباب الشرعية فلا تكون مربوطا بالبيع و الشرى و بجهة الولاية و انما ذكر اليتيم هنا لكون أكل المال بالباطل من مال اليتيم كثيرا لعدم الدافع عنه كما ذكر ذلك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨

في بعض التفاسير أيضا، بل لا بد من إحراز من يجوز له التصرف ليكون تصرفه بوجه حسن و بالطريقة الوسطى من الخارج فلا شبهة في دلالة المطلقات على ثبوت الصغرى و من له التصرف للأب و الجد فتكون تصرفاتهم من الطريقة الوسطى و بالشريعة الحسنة. و لو تنزلنا عن تخصيص الآية بالنهي عن التقرب التكليفى و أردنا من ذلك مطلق النهى أعم من التكليفى و الوضعى، بأن يكون المراد بها النهى عن التقرب بأموال اليتيم تكليفا و وضعيا و يكون ذلك التقرب حراما تكليفا و غير نافذ وضعيا أيضا تكون الآية خارجة عن صحة البيع من الولي مع المصلحة أو بدونها و تصرفات الولي لما ذكرناه من الوجه من كون المراد بالبلاء السببية و من التي الطريقة الوسطى و الشريعة دون التصرف الحسن في مال اليتيم فأى شخص يجوز له التصرف و أى شخص لا يجوز له ذلك، فلا بد و ان يحرز من الخارج اذن فالروايات محرزة لذلك كما عرفت.

و بالجملة فالاستدلال بالاية انما يتوقف على مقدمتين على سبيل منع الخلو كليهما ممنوعة:- الأولى: إرادة النهى التكليفى من النهى عن التقرب بمال اليتيم و قد عرفت ضعفه.

و الثانية: ان يراد بالتى هي أحسن التصرف الحسن ليدل على جواز التصرف للولي في مال الطفل عند وجود المصلحة له، و قد عرفت منعه أيضا اذن فلا يبقى للآية دلالة على المدعى فضلا عن القول بالتخصيص بالروايات أو إيقاع المعارضة بالعموم من وجه، بل هي أجنبيّة عن جهة الولاية بالمرّة فضلا عن تلك القيل و القال فافهم.

الجهة الخامسة: هل الحكم مختص بالجد الدانى أو يعم العالى أيضا؟

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩

فالظاهر الإطلاقات هو الثانى، إذ لم يفضل فيها بين العالى و الدانى بل مقتضى قوله (ع) في رواية الكافى يجوز أمر الأب و الجد و كذا غيره عدم الفرق بين الأجداد و ان الجد و ان علا يشارك الأب في الولاية عرضا على ان مقتضى الأخبار المتقدمة الدالة على ثبوت الولاية للأب معللا- بأنك و مالك لأبيك فإن الظاهر منها بحسب الاستغراق ان كل أب مالك لابنه و ماله انما سرى الحكم فكل أب عال مالك للأب النازل و ما فى يده، لكن الأب النازل مالك لابنه و ماله بالقياس استثنائى فيكون الأب العالى أيضا كك و بالجملة فالعمدة في المقام هو الإطلاقات و الزائد عن ذلك مؤيدات.

الجهة السادسة: فى انه إذا فقد الأب فهل الحكم بولاية الأجداد عرضى

إشارة

فلكل واحد منهم ولاية فى عرض الآخر أو طولى بمعنى ان الأقرب منهم يمنع ألا بعد ربما يتوهم الثانى لاية الإرت «أولوا الأرحام بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» فكما ان الجد الأقرب الى الميت يمنع عن الأبعد فى الإرت فكك هنا أيضا و لكن الظاهر ان الآية واردة لحكم الإرت و لا تشمل الولاية فكل منهما مقام غير مربوط بالآخر، بل مقتضى الإطلاقات فى باب النكاح أيضا عدم الفرق فى ذلك و كون كلهم مشتركين فى ثبوت الولاية لهم فى عرض الآخر مع وجود الأب و فقده خصوصا رواية الكافى يجوز أمر الجد و الأب فى النكاح و لم يوقف ولاية الجد على عدم الآخر مع عدم الأب أو مع وجوده و كك فى الإطلاقات الأخر و هذا مما لا اشكال فيه و إنما الكلام

فى نفوذ ولاية الجدة مع عدم الأب حيث انه ذكر ثبوت الولاية فى المطلقات للجد مع الأب فىمكن الحدس منها انه مع فقد الأب ليس للجد ولاية على الطفل أصلا.

و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثة:

الاولى: فى انه هل ثبت الولاية لغير الجد الأدنى من الأجداد

أو يختص الحكم بالجد الأدنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠

أو يعم الأجداد الأعلون أيضا مورد بعض الروايات الدالة على ثبوت الولاية للجد و ان كان هو الجد الأدنى كالرواية الدالة على تقديم تزويج الجدة على الأب و بعضها الآخر و لكن إطلاق جملة منها على مطلق الأجداد لا ينكر كرواية الكافى يجوز أمر الجدة و الأب الشامل لمطلق الأجداد و غيرها و ذكر الجدة مع الأب لا يكون قرينة لإرادة الجد الأدنى فقط، فى هذه الطائفة المطلقة غنى و كفاية، بل مقتضى التعليل لثبوت الولاية على الأب، بأن أنت و مالك لأبيك إذ هو شامل بنحو القضية الحقيقية و بعنوان الاستغراق على كل الأجداد، بل يتأكد الحكم كلما تتصاعد الأجداد.

و بالجمله مقتضى طائفة من المطلقات هو ثبوت الولاية للأجداد الأعلون كما ثبت للجد الأدنى أيضا، و ان كان مورد بعضها خصوص الجد الأدنى إلا ان فى غيره غنى و كفاية.

الجهة الثانية: هل يختص ولاية الجدة بحال حياة الأب أو ثبت له مطلقا

كما هو المشهور بين المتأخرين و لو فى حال الممات أيضا مقتضى الإطلاقات هو عدم الفرق بين حال الحيات و حال الممات، كرواية الكافى و غيرها، بل مقتضى التعليل بقوله أنت و مالك لأبيك هو ذلك أيضا فلا وجه لتخصيصها بصورة الحيات، نعم يظهر من رواية فضل بن عبد الملك تقيدها بصورة الحيات فقط، فان فيها سئل عن تزويج الجدة ابنة ابنه فقال عليه السلام إذا كان الأب حيا و الجدة مرضيا فلا بأس، فإن الظاهر منها انه اعتبر فى ولاية الجدة أمران الأول ان يكون الأب حيا و الثانى ان يكون مرضيا و ظاهر المرضى كونه مرضيا فى دينه و دنياه فتكون دالة على اعتبار العدالة فى ولاية الجدة و قد ورد هذا اللفظ فى إمام الجماعة أيضا و أريد منه العدالة فى الأولوية تثبت اعتبارها فى ولاية الأب أيضا و عليه فما تقدم منا من عدم اعتبار العدالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١

فى ولاية الأب و الجدة على الطفل بلا وجه لو صحّت الرواية حيث ورد اعتبارها هنا و ان عللوا الحكم هناك بوجه عقلى كما عن الإيضاح و غيره و انه ظاهر فى عدم وجود الرواية هنا و قد نقل المجلسى فى شرح الكافى عن بعضهم اعتبار العدالة فى ولاية الأب و الجدة اعتمادا على هذه الرواية.

و الكلام فى هذه الرواية يقع من جهتين:- الاولى: فى سندها.

و الثانية: فى دلالتها.

اما الاولى فسند الرواية من غير جهة جعفر بن سماعة بن موسى و ان كان تمام لكونهم ثقات و ان كان بعضهم واقفيا روى الرواية المجلسى إلى الضعف من جهة الوقف و اما جعفر بن سماعة فهو ضعيف فتكون ضعيفا من جهته و فى الرجال الكبير اتحاده مع جعفر بن محمد بن سماعة المسلم الوثاق و انما حذف لأجل الاختصار و عليه فتكون الرواية موثقة و قيد بها جميع المطلقات مع ثبوت دلالتها و تختص ولاية الجدة بصورة حياة الأب.

و لكن هذا فاسد فى كفى فى نفى الاتحاد و ضعف الرواية مجرد احتمال التعدد.

و بعبارة اخرى انما يجوز العمل بالرواية مع ثبوت وثاقته فبدون الإحراز لا يجوز العمل بها، فمجرد كون جعفر بن محمد بن سماعه ثقة لا يوجب كون جعفر بن سماعه أيضا ثقة للاتحاد لاحتمال ان يكون هنا جعفران أحدهما ابن السماعه و الآخر ابن ابنه، فهو ليس ببعيد اذن، فالرواية ضعيفة السند كما في المرات شرح الكافي.

الجهة الثانية: في دلالتها و قد وقع الخلاف في ان المفهوم في قوله عليه السلام إذا كان الأب حيا جاز، هل هو مفهوم الشرط أو هو مفهوم الوصف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢

فحكى الأول عن صاحب الجواهر و الثاني عن غيره، و ان كان الثاني بأن يكون ثبوت الولاية للجد بوصف الترويج لابنه، فإذا انتفى الوصف انتفى الولاية إذا القيد جاء لبيان تحقق الموضوع فليس من قبيل مفهوم الشرط فإنه مثل ان رزقت ولدا فاخنته فلا مفهوم في الرواية لتدل به على عدم الثبوت عند موت الأب و ان كان من قبيل مفهوم الشرط فتدل على ذلك و قد اختار شيخنا المحقق الأول و أشكال في المفهوم الشرط من جهة القيد جيء به لبيان تحقق الموضوع و ان نفوذ العقد و جوازه فيما إذا كان الجد يزوج و مع عدم الزواج فليس هنا عقد حتى ينفذ أو لا ينفذ فيكون سالبه بانتفاء الموضوع نظير ان رزقت ولدا فاخنته و ان ركب الأمير فخذ ركابه و أمثال ذلك و الظاهر ان المقام من قبيل مفهوم الشرط و مع ذلك لا يدل على المقصود و توضيح ذلك ان القيد في القضية الشرطية تارة يجيء لبيان تحقق الموضوع فقط كقولك ان ركب الأمير فخذ ركابه ان رزقت ولدا فاخنته فمع عدم الركوب و الارتزاق لا موضوع للحكم أصلا فضلا عن ثبوت المفهوم.

و اخرى يكون القيد موليا و جيء به بعنوان المولوية كقولك ان جاء زيد فأكرمه إذا المجيء قيد للإكرام و لكنه ليس بالتكوين، بل بالمولوية فهذا لا شبهة في ثبوت المفهوم فيه و دلالة انتفاء القيد على انتفاء الحكم.

و ثالثة تكون القضية الشرطية مركبة من أمرين أي يكون فيها قيدان أحدهما مولوي و الآخر تكويني كما إذا قال ان رزقت ولدت و كان متصفا بوصف كذا فتصدق بدرهم فان قيد الارتزاق تكويني و لكن قيد اتصافه بوصف كذا مولوي فبالنسبة إلى القيد الذي لبيان الموضوع فلا مفهوم لها، و اما بالنسبة إلى القيد المولوي فلقضية مفهوم و هذه كبرى كلية قد نقحناها في الأصول و المقام من هذا القبيل فان قوله عليه السلام ان زوج الجد ابنة ابنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣

و كان أبوه حيا بالنسبة إلى قيد الترويج، فالقضية سقت لبيان الموضوع فلا مفهوم لها مع انتفاء القيد و اما بالنسبة إلى القيد الآخر و هو كون الأب حيا و الجد وصيا فالقيد مولوي فتدل على المفهوم فينتفى الحكم عند انتفاء القيد اذن فلا وجه للإشكال على الرواية من ناحية مجيء القيد لبيان تحقق الموضوع.

بل الوجه في عدم دلالتها على المفهوم و على اعتبار حياة الأب في ثبوت الولاية للجد هو ان القيد أعنى كون أبوه حيا لم يذكر مولويا و لتقييد الولاية و تخصيصها بخصوص حياة الأب بل ذكر للتبني على خلاف العامة من تخصيصهم ولاية الجد بصورة موت الأب و انه مع وجود الأب لا تصل التوبة إلى الجد، فهذا الذي ذكرناه و ان كان في نفسه خلاف الظاهر من الرواية و لكن مع ملاحظة ما التزم به العامة و ملاحظة الروايات الأخر حيث صرح فيها بولاية الجد مع حياة الأب تكون الرواية واضحة الدالة على المدعى.

الجهة الثالثة: هل تختص الولاية بعد موت الأب بالجد الأدنى أو يعم الجد الأعلى أيضا،

الظاهر عدم الفرق في ذلك بين حياة الأب و مماته فان ثبت الحكم لجميع الأجداد ثبت مطلقا، و ألا فلا، الظاهر هو الأول لوجود المقتضى و عدم المانع، اما الأول فلان إطلاقات باب النكاح مع التعليل المذكور في الروايات من قوله عليه السلام أنت و مالك لأبيك عدم الفرق بين الأجداد في ذلك و اما عدم المانع فلأن ما توهم من المانع ليس إلا قوله تعالى و أولوا الأرحام بعضهم أولى

يَبْغُضُ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَعَمُومِ الْآيَةِ يَشْمَلُ الْوَلَايَةَ أَيْضًا فَتَثَبَتِ الْوَلَايَةُ عَلَى الْأَجْدَادِ عِنْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِالطُّوْلِ وَ إِنْ كَانَتْ ثَابِتَةً حَالِ الْحَيَاةِ بِالْعَرَضِ لِلْإِطْلَاقَاتِ الْمُقَيَّدَةِ لِعَمُومِ الْآيَةِ وَ لَكِنْ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا مُقَيَّدَ فَتَخْصُصُ الْحُكْمَ بِالْجَدِ الْأَدْنَى الدَّالَّةُ عَلَى ثُبُوتِهَا لِمَطْلُوقِ الْأَجْدَادِ مُطْلَقًا سِوَاءَ كَانِ الْأَبُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا، وَ فِيهِ أَنَّ الْآيَةَ وَرَدَتْ فِي الْإِرْثِ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤

فلا يجوز التمسك بها في المقام مع ما عرفت.

الكلام في ولاية الفقيه

إشارة

قوله (ره) من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف، أقول و قبل الخوض في المسألة لا- يخفى أن الإفتاء من مناصب الفقيه، بل يجب له الإفتاء مع الرجوع إليه و اجتماع شرائط الإفتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الإفتاء و هذا مما لا شبهة فيه، و انما الكلام في التكلم في مقامين على ما تكلم فيهما المصنف. و بعبارة أخرى

ان للفقيه ثلاثة مناصب،

أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليه الناس في عملهم

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية و هذا مما لا شبهة في وجوبه على الفقيه إذ للمكلف اما يجب ان يكون مجتهدا أو مقلدا أو عاملا- بالاحتياط، فإذا رجع المقلد الى الفقيه يجب عليه الإفتاء نعم بناء على عدم وجوب التقليد لا يجب الإفتاء و تفصيل الكلام موكول الى باب الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومة و القضاة

فلا شبهة في ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بين في بحث القضاة.

الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

إشارة

و يقع الكلام هنا في جهتين:

الاولى: استقلال الولي بالتصرف في مال المولى عليه أو في نفسه مع قطع النظر عن كون غيره أيضا مستقلا في التصرف في ذلك و عدمه و توقف تصرفات ذلك الغير على اذن الولي و عدمه.

الثانية: في عدم استقلال الغير في التصرف في أموال المولى عليه و أنفسهم و انما هو متوقف على اذن الولي من الحاكم أو غيره سواء كان الموقوف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥

عليه أيضا مستقلا في التصرف أو لم يكن، و المرجع في ذلك الى كون نظره شرطا في تصرفات الغير و ان لم يكن هو أيضا في نفسه مستقلا في التصرف في أمواله و نفسه و بين الجهتين عموم من وجه ثم لا- بأس بصرف عنان الكلام إلى ولاية النبي و أوصيائه تبعا

للعامة الأنصاري (ره) ويقع الكلام فيه في جهتين كما تقدم.

أما الكلام في الجهة الأولى وكونهم مستقلين في التصرف فالكلام فيها من جهات أربعة: - الأولى: في ولايتهم التكوينية.

الثانية: في ولايتهم التشريعية.

الثالثة: في نفوذ أوامرهم في الأحكام الشرعية الراجعة إلى التبليغ ووجوب تبعيتهم.

الرابعة: في وجوب اطاعة أوامرهم الشخصية.

أما الجهة الأولى [أى فى ولايتهم التكوينية.]

فالظاهر أنه لا شبهة في ولايتهم على المخلوق بأجمعهم كما يظهر من الاخبار لكونهم واسطة في الإيجاد و بهم الوجود، و هم السبب في الخلق، إذ لولاهم لما خلق الناس كلهم و انما خلقوا لأجلهم و بهم وجودهم و هم الواسطة في إفاضة، بل لهم الولاية التكوينية لما دون الخالق، فهذه الولاية نحو ولاية الله تعالى على الخلق ولاية إيجادية و ان كانت هي ضعيفة بالنسبة إلى ولاية الله تعالى على الخلق و هذه الجهة من الولاية خارجة عن حدود بحثنا و موكولة إلى محله.

و اما الجهة الثالثة أعنى وجوب إطاعتهم فى الأحكام الراجعة إلى التبليغ

فهى قضيه قياستها معها إذا بعد العلم بأن الأحكام الإلهية لا تصل الى كل احد بلا واسطة و ان النبى صادق انما نبأ عن الله تعالى فلا مناص من وجوب اطاعته و حرمة المعصية و جوبا شرعيا مولويا فهذه الجهة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦

أيضا غنية عن البيان،

أما الجهة الرابعة فالظاهر أيضا عدم الخلاف فى وجوب اطاعة اوامرهم الشخصية

التي ترجع الى جهات شخصهم كوجوب اطاعة الولد للوالد مضافا الى الإجماع و ان لم يكن تعديدا لاستناده الى الاخبار و الايات التي تدل عليه، اما الآية فقوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ.

إذ الظاهر منها كون كل منهم بعنوانه واجب الإطاعة و مفترض الطاعة و كون اطاعة كل منهم اطاعة لله لأمره تعالى على ذلك لا من جهة كون إطاعتهم متفرعة اطاعة الله ليكون الأمر للإرشاد و يخرج عن المولوية.

و الاستشكال هنا من جهة الآية و غيرها من الأدلة ناظرة إلى وجوب الإطاعة فى الجهات الراجعة إلى الإمامة دون شخصهم و شئونهم. و فيه ان الأدلة مطلقة من هذه الجهة فالتقييد بلا وجه نعم جهة الإمامة من الجهات التعليلية لا من الجهات التقييدية و ان كونهم اماما و نبيا أوجبت وجوب إطاعتهم فى جميع الجهات.

و بالجملة لا شبهة فى دلالة الأدلة على ذلك و عدم تقييدهم بجهة الإمامة هذا و لا بأس بالاستدلال بقوله تعالى أيضا إذ قَضَى اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْرًا فَلَيْسَ لَهُمْ خَيْرٌ إِذْ حَكَمَهُمْ (ع) و لو بما يرجع الى شخصهم من الجهات من جملة القضاء خصوصا بضميمة قوله تعالى فليس لهم الخيرة.

و اما الروايات فوق حد الإحصاء كما ورد فى وجوب إطاعتهم و فى عدّة موارد من زيارة الجامعة ذكر ذلك و قد استدل عليه بدليل العقل بدعوى انهم من جملة المنعمين و شكر المنعم واجب فاطاعتهم واجبة لكونها من جملة الشكر الواجب.

أقول: لا شبهة فى كونهم منعمًا لكونهم واسطة فى الإيجاد و الإفاضة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧

بل من أقوى المنعمين و ان شكرهم واجب و ان انعامهم من جملة إنعام الله و ان كان ضعيفة بالنسبة إلى (النعام الله تعالى) انعامهم و

لكن هذا الوجوب ليس وجوبا شرعياً، بل وجوب عقلي بمعنى ان العقل يدرك حسن ذلك و قبح تركه و اما ان تركه أى شىء يستتبع أ هو يستتبع العقاب فلا، بل غايته ان يستتبع منع النعمة و أخذها من المنعمين بصيغة المفعول. و قد قلنا فى وجوب معرفة الله ان وجوب المعرفة شرعا لا يستفاد من الدليل إذ ليس للعقل إلا الإدراك و ان تعظيمه لانعامه حسن و لكن لا يدل على كونه معاقبا إذا لم يشكر بل على حرمان النعمة فقط و ما يوجب العقاب و يستتبعه انما هو ترك الوجوب الشرعى و مخالفته.

و بالجملة لا يستفاد من الدليل وجوب المعرفة فكيف بوجوب اطاعة الأئمة فى اوامرهم الشخصية. و انما قلنا بوجوب المعرفة لأجل الضرر المحتمل و العقاب المحتمل و ليس هنا ذلك لقبح العقاب بلا بيان و لا يجرى ذلك فى وجوب المعرفة لعدم إمكان البيان قبل المعرفة و احتمال انه يعاقب بلا بيان ضعيفة و بالجملة العمدة فى المقام هى الآيات و الاخبار و ربما يقرر الدليل العقلي بوجه آخر غير مستقل و يتم بضمّ مقدمة أخرى اليه و حاصله ان الأبوة و النبوة تقتضى وجوب الطاعة على الابن فى الجملة و الإمامة تقتضى ذلك بالأولوية على الرعية لكون الحق هنا أعظم بمراتب و هذا نظير ان يقال ان الشىء الفلانى مقدمة للشىء الفلانى فمجرد ذلك لا يكفى فى الوجوب و يتم ذلك بضمّ مقدمة أخرى من ان المقدمة واجبة.

و فيه انه على تقدير تمامية ذلك كما لا يبعد ان يكون كذلك بل ورد فى الرواية ان الرسول (ص) سئل عن شخصى تحبني أكثر من أبيك أو تحب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨

أبيك أكثر منى، فقال أحبك أكثر من ابى الى ان قال تحبني أكثر من الله فقال إنما أحبك لله فاستحسنه الرسول (ص) إلا ان اطاعة الأب ليست بواجبة فى جميع الأمور فلا يثبت بذلك إلا وجوب الإطاعة فى الجملة، بل يمكن منع ذلك أيضا لاحتمال الخصوصية هنا لأجل قرب الخصوصية و من هنا لو أوجب احد إسلام شخص فلا يلزم من ذلك كونه واجب الإطاعة على المسلم مع انه أوجب حياته إلا بديه و الأب أوجب الحياة الجسدية فقط ليس إلا.

و بالجملة لا يدل هذا أيضا على كونهم (ع) واجب الإطاعة فى اوامرهم الشخصية فالعمدة هى ما عرفته من الايات و الروايات كما لا يخفى فراجع الى مظانها، بل عقد لذلك بابا فى الوافى و فيها انه (ص) قال ان الناس عبيد لنا بمعنى انهم عبيد فى الطاعة لا كعبيد آخر لبيع أو يشتري فراجع، و فيها ان الأئمة مفترض الطاعة و ظاهر الفرض الوجوب المولوى لا الوجوب الإرشادى.

الجهة الثانية فى ولايتهم التشريعية

بمعنى كونهم وليا فى التصرف على أموال الناس و أنفسهم مستقلا، فالظاهر أيضا لا خلاف فى ولايتهم على هذا النحو و كونهم اولى بالتصرف فى أموال الناس و رقابتهم بتطبيق زوجتهم و بيع أموالهم و غير ذلك من التصرفات و يدل على ذلك قوله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ فَإِنِ الظَّاهِرُ مِنَ الْأَوْلِيَةِ الْأَوْلِيَةُ فِي التَّصْرِيفِ وَ كُونَهُمْ وَلِيًّا لَهُمْ فِي ذَلِكَ لَا بِمَعْنَى آخَرَ، وَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ إِنَّمَا وَرِثَ اللَّهُ مَالَهُمْ وَ رَسُولُهُ وَ مَعْنَى الْأَوْلَىٰ بِالتَّصْرِيفِ لَيْسَ هُوَ جَوَازُ تَصْرِيفِهِمْ بِغَيْرِ الْأَسْبَابِ الْمَعْدَةِ لِذَلِكَ وَ مَبَاشَرَتِهِمْ عَلَىٰ غَيْرِ النَّسَقِ الَّذِي يَبَاشِرُ الْمَالِكُ عَلَىٰ هَذَا النَّسَقِ، بَلْ مَعْنَاهُ كُونَهُمْ أَوْلَىٰ فِي التَّصْرِيفِ بِالْأَسْبَابِ الْمَعْيَنَةِ وَ مَبَاشَرَتِهِمْ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩

بالأسباب التى يباشر بها الملاك بان يطلق الامام زوجة شخص ثم يزوجه بعقد النكاح اما لنفسه أو لغيره أو يتصرف فى دار الغير يبيعها لشخص آخر، أو تصرفه فيها بنفسه، بل هذا ثابت بالروايات المتواترة و فى خطبة حجة الوداع من كنت مولاه فهذا على مولاه الست أولى بالمؤمنين من أنفسهم قالوا بلى، بل فى صحيح الترمذى و روى عنه الجامع الصغير و فسره الذى للسيوطى فى فضائل على عليه السلام انه (ع) كان فى بعض الحروب أخذوا أسارى و كانت فيهنّ جارية حسناء فاخص بها على عليه السلام فوقع جماعة فى

الوسوسة و إذا رجعوا إلى النبي (ص) قبل ان ينزع الاولى لامة حربه مشى إلى النبي (ص) و كان رسمهم على المشى إليه (ص) قبل الذهاب الى بيوتهم إذا رجعوا عن الحرب فشكى عن عليّ (ع) ان الجارية كانت فينا للمسلمين فاختص بها عليّ (ع) فسكت النبي (ص) ثم جاء الثاني كأول، فسكت النبي (ص) ثم جاء الثالث فغضب النبي (ص) و قال ماذا تريدون من علي، فإنه ولي بعدى أى بعدية رتيبة فاني اولى بالناس من أنفسهم يدل على ولاية علي (ع) لجميع الناس نفسا و مالا و من هنا قال في جامع الصغير ان هذا أفضل منقبه لعلي عليه السلام.

و بالجملة لا شبهة في ولايتهم و استقلالهم في التصرف على أموال الناس و أنفسهم و توهم كون السيرة على خلاف ذلك و ان الأئمة لم يأخذوا مال الناس بغير المعاملات المتعارفة بينهم فلا يجوز ذلك للسيرة فاسد و ذلك من جهة ان غير الأمير المؤمنين عليه السلام لم يكن متمكنا من العمل بقوانين الإمامة بل كانوا تحت أستار التقيّة، بل الأمير أيضا في كثير من الموارد و كان في غير موارد التقيّة لم يفعل ذلك لأجل المصلحة و عدم الاحتياج الى مال الناس و ألا فلا يكشف عدم الفعل على عدم الولاية كما لا يخفى، هذا كله مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠ ما يرجع الى المقام الأول أعني الولاية بمعنى الاستقلال في التصرف.

و اما الجهة الثانية أعني الولاية بمعنى توقف تصرف الغير على اذن الامام عليه السلام

فنقول تارة دلّ الدليل على توقف جواز التصرف للغير على اذن الامام (ع) و عدم جوازه بدونه كباب الحدود و نحوها. و اخرى يكون هنا إطلاق يدلّ على اشتراطه باذنه كالقصاص و التقاص و قتل النفس للحد و اجراء الحدود و التعزيرات الى غير ذلك من التصرفات فإن إطلاق أدلة تلك الأمور يدل على حرمة إيذاء الغير و عدم جواز التصرف في مال الغير و نفسه و هكذا و هكذا فنتيجة ذلك هو الاشتراط بإذن الإمام عليه السلام و عدم جواز التصرف في أمثال ذلك إلا باذنه. و ثالثة: يقتضى الإطلاق عدم الاشتراط كما إذا شككنا في اشتراط صلاة الميت بإذن الإمام (ع) فان مقتضى الإطلاق هو وجوبها لكل أحد كفاية بلا اشتراط باذنه (ع) و ينفي الاشتراط بالإطلاق و لو مع التمكن منه و لا يدل على الاشتراط قوله السلطان أحق بذلك، فإنه فيما كان السلطان حاضرا و راء ان يصلى فليس لأحد ان يمنع من ذلك حتى الوارث لكونه أحق بذلك فلا دلالة فيه ان اقامة صلاة الميت مشروطة بإذن الإمام حتى مع التمكن من ذلك. و بالجملة لو كان هنا دليل دلّ بصراحته على الاشتراط أو دلّ بإطلاقه على ذلك أو على عدمه فيكون متبعا و الأجل ذلك فالترم المصنف (ره) بإجراء أصالة عدم الاشتراط و كون ذلك مخالفا للأصل و انه يقتضى عدم الاشتراط. و الذى ينبغى ان يقال ان كان هنا يمكن الوصول الى الامام (ع) و سؤال حكم القضيّة عنه (ع) أو عن نائبه الخاص لكون ذلك مما يسئل عنه لكونه من الأحكام الشرعية فيها و ألا فيكون الأصل بحسب الموارد مختلفا فإنه ان كان مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١

هنا تكليف مجمل مردد بين ان يكون واجبا منجزا أو واجبا مشروطا بإذن الإمام (ع) فمقتضى الأصل هنا عدم الوجوب لانه لا يعلم وجوبه فيدفع بالبراءة.

و ان كان الوجوب منجزا و لكن نشك في اعتبار اذنه (ع) في صحته كصلاة الميت مثلا للعلم بوجوبه على كل احد و لكن نشك في صحته بدون اذن الامام (عليه السلام) أو نائبه الخاص، فالأصل عدم الاشتراط فيكون واجبا مطلقا. و بالجملة ليس مفاد الأصل العملى في جميع الموارد على نسق واحد، بل نتيجته في بعض الموارد هو الاشتراط و في بعض الموارد عدم الاشتراط كما لا يخفى، فما ذكر المصنف من كونه على نسق واحد ليس على واقعه.

قوله انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين أقوله و الغرض الأقصى انما هو بيان ولاية الفقيه بأحد الوجهين

المتقدمين و قد عرفت ان الكلام في ولاية النبي (ص) و أوصيائه من جهات ثلاث من حيث وجوب طاعته في الأحكام الشرعية و تبليغها و من حيث وجوب طاعته في أوامره الشخصية و من حيث كونه وليا في أنفس الناس و أموالهم، و الظاهر انه لم يخالف أحد في انه لا يجب اطاعة الفقيه إلا فيما يرجع الى تبليغ الأحكام بالنسبة إلى مقلده، و لكل الناس لو كان اعلم و قلنا بوجوب تقليد الأعلّم و اما في غير ذلك بان يكون مستقلا في التصرف في أموال الناس و كانت له الولاية على الناس بان يبيع دار زيد أو زوج بنت احد على أحد أو غير ذلك من التصرفات المالية و النفسية فلم يثبت له من قبل الشارع المقدس مثل ذلك نعم نسب الى بعض معاصري صاحب الجواهر انه كان يقول بالولاية العامة للفقيه و كونه مستقلا في التصرف في أموال الناس و أنفسهم و اجتمع معه في مجلس و قال صاحب الجواهر زوجتك طالق، فقال المعاصر ان كنت متيقنا باجتهادك لاجتنبت من زوجتي و كيف كان فلا دليل لنا يدل على ثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢

الولاية المستقلة و الاستقلال في التصرف للفقيه الا ما توهم من بعض الروايات منها ما دلّ على ان العلماء ورثة الأنبياء و ان الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما، و لكن ورثوا احاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر بدعوى ان الولاية على أموال الناس و أنفسهم من جملة تركه الأنبياء للعلماء فكما لهم ذلك فللعلماء أيضا ذلك.

و فيه أولا ان الولاية انما تكون في أمور قابلة للانتقال فما لا يقبل الانتقال لا تقبل الولاية كالشجاعة و السخاوة و العدالة و غيرها من الأوصاف الغريزية و النفسية و ثانيا لم نحز كون الولاية من قبيل ما تقبل التوريث على ان الولاية العامة على القول بثبوتها للفقيه انما هي مجعولة له من قبل الأئمة لا- منتقلة إليهم بالتوريث فلا يمكن إثباتها للفقهاء بمثل هذه الروايات و ثالثا: ان الولاية خارجة عن حدودها تخصصا و ذلك من جهة أنها ناظرة إلى أن شأن الأنبياء ليس ان يجمعوا درهما و لا دينارا و ليس همهم و حرصهم الى ذلك و جمع الأموال بل حرصهم ان يتركوا الأحاديث و صرحوا (عليهم السلام) بذلك و ان المتروك أى شيء في بعض الروايات و قال لكن ورثوا الأحاديث و من أخذ منها فإنما أخذ بحظ وافر و ليست هي ناظرة إلى ان الأنبياء لم يتركوا شيئا أصلا من الدار و الثياب، بل لا ينافي بترك درهم و درهمين إذ ليس ذلك من قبيل الحرص بجمع المال و إلا فالأئمة عليهم السلام كانوا يملكون الدار و الثياب و يورثونها للورث.

و بالجملة ليست هذه الروايات ناظرة إلى جهة توريث الولاية، بل هي خارجة عنها تخصصا و انما هي ناظرة إلى توريث احاديث و الاخبار و من هنا ظهر ما في الاستدلال بقوله (ع) و العلماء أمناء الله في حلاله و حرامه فان الامانة و الاستيداع منهم لا يقتضى كونهم وليا من قبلهم في التصرف في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣

أموال الناس و أنفسهم.

بل يمكن ان يراد من تلك الاخبار كون المراد من العلماء هم الأئمة و الأوصياء عليهم السلام لكونهم هم العلماء بالمعنى الحقيقي، فمع دلالة تلك الاخبار على كون العلماء ورثة الأنبياء عن التصرف في أموال الناس و أنفسهم فلا دلالة فيها لكونها ثابتة للفقيه أيضا، فنعم الدليل الحاكم قوله عليه السلام نحن العلماء و شيعتنا المتعلمون، اذن فيمكن دعوى ان كلّما ورد في الروايات من ذكر العلماء فالمراد منهم الأئمة عليهم السلام إلا إذا كانت قرينة على الخلاف كما في الرواية التي سئل الفرق فيها بين علماء هذه الأئمة و علماء اليهود و غيرها مما قامت القرينة على المراد بان العلماء هم الشيعة و الفقهاء، و أظهر من جميع من ارادة الأئمة من العلماء قوله (ع) مجارى الأمور في يد العلماء بالله فان العلماء بالله ليس غير الأئمة (ع) بل غيرهم العلماء بالحلال و الحرام من الطرق الظاهرية و مع قبول شمول العلماء بالله للفقيه أيضا فلا دلالة فيها على المدعى، إذ المراد من ذلك كون جريان الأمر به لا يكون إلا في يد الفقيه بحيث لولاه تقف الأمر فهو لا تكون إلا في توقف الأمر بدونها الحلال و الحرام نعم قد يكون للفقيه التصرف في أموال الناس كاليتيم

و المجنون و نحوهما و هذا غير ما نحن فيه.

و أما الروايات الدالة على ان علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل، و فى الفقه الرضوى بمنزلة أنبياء بنى إسرائيل فهى ناظر الى وجوب تبعية الفقهاء فى التبليغ و التنزيل من هذه الجهة بعد القطع بأنه لم يرد التنزيل من جميع الجهات، بل فى الجهات الظاهرة فهى هذه كما فى زيد كالأسد إذ هو فى شجاعته لا فى جميع الجهات حتى فى أكله الميتة مثلا و النكتة فى ذلك واضحة إذ أنبياء بنى إسرائيل لم يكن كلهم نبيا لجميع الناس و رسولا عاما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤

بل كان بعضهم نبى بلده و بعضهم نبى محلته و بعضهم نبى مملكة نظيرهم فى ذلك العلماء و انه يجب لكل قوم ان يتبع عالمه كما كان الواجب لبنى إسرائيل أن يتبعوا نبيهم فى التبليغ و يمكن ان يكون التنزيل فى الشرافة و الثواب و الأجر و انهم مثلهم و هذا أمر واضح لو لاحظت التعليم و التعلّمات العرفية لجزمت بذلك مثلا فتلميذ المدرسة الثانية لعلو المدرسة أعلم من معلم المدرسة الابتدائية و هكذا فالفقهاء و ان كانوا فقهاء و تلامذة المدرسة المحمدية مثل معلم الأمة السابقة من الأنبياء لعلو هذه المدرسة، بل بعضهم أفضل من بعض هؤلاء الأنبياء و بالجملة و التنزيل فى هذه الرواية من هذه الجهة و هذا هو الظاهر.

و اما قوله (ص) اللهم ارحم خلفائى، قيل و من خلفائك يا رسول الله؟

قال: الذين يأتون بعدى، فإن الظاهر من ذلك خليفتهم فى نقل الرواية و الحديث كما قال (ص) و يروون حديثى و سنتى لا ان المراد من الخلافة، الخلافة فى التصرف فى أموال الناس و أنفسهم فهى أيضا خارجة عن المقام و الحاصل: ليست فى شىء من هذه الروايات دلالة على كون الفقيه مستقلا فى التصرف فى أموال الناس و ان كان له ذلك فى بعض الموارد، كالطفل و نحوه، و لكنه انما ثبت له بأدلة أخرى كما لا يخفى فافهم، و انه ليسوا ممن يجب إطاعتهم فى أوامره الشخصية.

و أما ما ذكره المصنف من قوله (ع)

فى النهج البلاغة أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جائوا ان أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه، إذ الظاهر من ذلك شموله بالولاية و استقلالهم فى التصرف فى أموال الناس و أنفسهم.

فالظاهر كونها أجنبية عن المقام إذ الأولوية لا تقتضى الولاية و ثبوت ما للمتبوع بأجمعه للتابع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥

و كذلك لا دلالة فى قوله عجل الله تعالى فرجه هم حجتى عليكم و انا حجة الله، إذ الظاهر من الحجية هى الحجية فى الاحكام، و اما الولاية فى التصرف فلا معنى للحجية فى ذلك، فلا ملازمة بين الحجية و الولاية بوجه.

و أما المقبولة قال فسألت أبا عبد الله (ع) عن رجلين من أصحابنا تنازعا فى دين أو ميراث، فتحاكما الى السلطان أو الى القاضى أ يحل ذلك الى أن قال قد جعلته عليكم حاكما و فى ذيله ينظر من كان منكم قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فيرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما، إلخ.

و قد استدل بها شيخنا الأستاذ على المدعى و كون الفقيه ولينا فى الأمور العامة بدعوى ان الظاهر من الحكومة هى الولاية العامة، فإن الحاكم هو الذى يحكم بين الناس بالسيف و السوط و ليس ذلك شأن القاضى و قد كان ذلك متعارف فى الزمان السابق و ان كان قد اتفق الاتحاد فى بعض الأزمنة بل الظاهر من صدرها هو كون القاضى مقابلا للسلطان و قد قرر الامام (ع) ذلك.

و فيه ان ما كان متعارفا فى الأزمنة السابقة، بل فيما يقرب الى زماننا هو تغاير الوالى و القاضى و ان القاضى من كان يصدر منه الحكم و الوالى هو المجرى لذلك الحكم، و اما القاضى و الحاكم فهما متحدان و من هنا قال (ع) فى بعض الروايات جعلته عليكم قاضيا، و يدل على اتحادهما بما فى ذيل الرواية من قوله (ع) فانى قد جعلته حاكما، إذ لو كان القاضى غير الحاكم لم يقل انى قد جعلته حاكما، مع كون المذكور فى صدر الرواية لفظ القاضى، و العجب منه (ره) حيث أيد مدّعا بكون القاضى مقابلا للسلطان فى صدر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦

الرواية مع انه ليس كك، إذ المذكور في الصدر انه تحاكما الى السلطان أو القاضي و من البديهي ان السلطان غير القاضي و الحاكم و ان المرافعات قد ترفع إلى القاضي و قد ترفع الى السلطان. و لأجل ذلك ذكر في صدر الرواية السلطان و القاضي. فتحصّل من جميع ما ذكرناه انه ليس للفقهاء ولاية على أموال الناس و أنفسهم على الوجه الأول، بمعنى استقلاله في التصرف فيهما، و من هنا اتضح انه ليس له إجبار الناس على جباية الخمس و الزكاة و سائر الحقوق الواجبة كما هو واضح. و اما ولايته على الوجه الثاني بمعنى اعتبار نظره في جواز التصرفات فيما كان منوطا بإذن الإمام (ع) و ان تصرفات الغير بدون اذنه غير جائز.

و قد استدل المصنف على ذلك و ولايته على هذا الوجه بالروايات المتقدمة و قد عرفت جوابها و ما أريد منها. و استدل عليه أيضا بالتوقيع المروي في إكمال الدين و احتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التي ذكر إني سألت العمري أن يوصل لي إلى الصاحب (عج) كتابا يذكر فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام في أجوبتها و فيها: و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و انا حجة الله، و هذه الرواية و ان كان مسبوقة و ملحوقا بجمالات لم تذكر، و لكن ظاهرها عدم ارتباطها بسابقتها و لاحقها بوجه و كيف استدل المصنف بذلك على ولاية الفقيه على الوجه الثاني بقرائن فيها تدلّ على ذلك و بعد ارادة خصوص المسائل الشرعية فيها ان الرواية دالة على إرجاع نفس الحادثة إليه (ع) لياشر أمرها مباشرة أو استنابة لا الرجوع في حكمها اليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧

و فيه أنه لو كان المراد بالرواية هو ذلك لقال (ع) فارجعوا الى رواة حديثنا و لم يقل فارجعوا فيها و من الظاهر ان الظاهر من الموجود في الرواية أعني هو الثاني، ليس الّا الرجوع إليهم في الحكم، فان المناسب للرجوع إليه في الشيء ليس الّا الرجوع إليه في حكمه بل هذا هو المناسب للرجوع إلى الرواة فإنهم لا يدرون الّا حكم الواقعة و اما اعتبار إذنه في التصرف فلا. و منها التعليل بكونهم حجتي عليكم و انا حجة الله، فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأي و النظر فكان هذا منصب ولاية الامام من قبل نفسه لا- انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام عليه السلام و الّا كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم كما وصفهم في مقام آخر بأنهم أمناء الله على الحلال و الحرام. و بالجملة لو كان المراد من ذلك هو ما يكون راجعا الى الحكم لقال (ع) انهم حجج الله لكون الحكم له و لكن لم يكن كك، بل النصب في جهة ترجع الى نفس الإمام فهي الولاية.

و فيه ما عرفت سابقا من ان الحجية تناسب تبليغ الأحكام الشرعية كما في قوله تعالى **فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ بِالْإِغْتَةِ** و اما الولاية فلا ملازمة بينها و بين الحجية و عدم نسبة حجيتهم الى الله من جهة ان الأئمة واسطة في ذلك لعدم وصول الحكم من الله الى العباد بلا واسطة و ان ما يفعلون انما يفعلونه بحكم الله تعالى فيكون ما يكون حجّة من قبلهم حجة من قبل الله فلا يكون في هذه أيضا قرينة على المدعى. و منها ان وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء الذي هو من بديهيات الإسلام من السلف الى الخلف مما لم يكن يخفى على أحد فضلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨

على مثل إسحاق بن يعقوب حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأى أحد و نظره، فإنه يحتمل أن يكون الامام قد وكله في غيبته الى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان و الحاصل ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشبه حكمه و لا بالمنازعات.

و فيه ان الظاهر من الحوادث هي الفروع المتجددة التي ارجع الامام فيها الى رواة كما يقتضى ذلك الإرجاع إلى الرواة فإنّ بعض

الفروع قد تكون متجددة و مستحدثة صرفه فهى من المهام المسائل التى لا بدّ و ان يسئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك و مثل هذه الفروع ليس من شؤونها جهة نقص من كل شخص، و لذا سئل إسحاق بن يعقوب و ان كان من أجالا العلماء بواسطة محمد بن عثمان العمري الذى هو من السفراء الامام عن الحوادثه التى هى متجددة، فأجاب بإرجاعه إلى السفراء و العلماء. و بالجملة ان الحوادثه المتجددة و الفروع المستحدثة مما يشكل الأمر فيها، فلا بداهة فى لزوم السؤال عنها عن الامام عليه السلام ليكون السؤال عنه لغوا كما هو واضح، فافهم.

و بعبارة اخرى انه ليس كل مسألة فرعية تقضى البداهة لزوم الرجوع فيها الى الامام فى زمانه و الى الفقهاء فى زمان الغيبة، بل منها الفروع المستحدثة التى يشك فى ان المرجع فيها من هو، فلذا يسأل الراوى عن حكم ذلك فى زمان غيبة الكبرى، إذ فى زمان غيبة الصغرى يسئل عن نفس الامام بواسطة السفراء و اما فى زمان غيبة الكبرى فلا، و لذا ارجع الإمام فى ذلك الزمان الى الفقهاء بالنيابة العامة و انهم و ان لم تصل إليهم فى رواية و لكن يصلون الى حكمها و لو من الأصول و ذلك ككثير من الفروع المتجددة فى زماننا منها مسألة اللقاح بواسطة التلقيح و ان الولد بمن يلحق و ممن يرث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩

و قد استدل على ذلك بان السلطان ولى ما لا ولى له، و فيه ان هذا لم يثبت من طرقنا كونه رواية أو قاعدة مسلمة كبعض القواعد الفقهية، و اما من طرق العامة فعلى تقدير ثبوته فلم ينجر ضعفها بعمل المشهور و على تقدير الانجبار فلا دلالة فيه على المقصود إذ المراد بذلك ان السلطان أولى بالتصرف من غيره، و انه ولى من لا-ولى له فى التصرف فى ماله و نفسه و هذا غير مربوط بولاية الفقيه، بوجه اذن فلا دلالة فى شىء من الروايات على ولاية الفقيه بوجه من الوجهين من معنى الولاية.

و ربما يستدل على ثبوت الولاية للفقيه بوجهين بتقريبين آخرين الأول ان الولاية فى الأمور العامة بحسب الكبرى ثابتة عند العامة بالسيرة القطعية و ان اشتبهوا فى صغرى ذلك و تطبيقها على غير صغرياتها إلا ان ذلك لا يضرّ بقطعية الكبرى الثابتة بالسيرة. و اما الصغرى فهى ثابتة بالعلم الوجدانى إذ بعد ثبوت الكبرى، فالأمر يدور بين تصدى غير الفقيه على التصرف فى الأمور العامة و بين تصدى الفقيه بذلك فيكون مقدما على غيره.

و بالجملة ثبتت الكبرى بالسيرة القطعية و الصغرى بالعلم الوجدانى.

و فيه ان اشتباههم فى الصغرى و ان كان مسلما و لكن نحتمل ان يكون ذلك فى الكبرى أيضا كسائر مبتدعاتهم فى الدين فلم تقم سيرة قطعية متصلة إلى زمان النبى (ص) على ذلك، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك فإنه لا بدّ من دليل قطعى يدل على جواز التصرف فى أموال الناس و اعراضهم و أنفسهم.

و التقريب الثانى ما عن بعض المعاصرين ان يقال ان ما هو مسلم عند العامة من القول بالولاية العامة مذکور بحسب الكبرى فى التوقيع الشريف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٠

فان المذكور فيه انه تحاكما الى السلطان أو القاضى فهو بصراحته يدل على ذلك فنحكم بثبوت تلك الكبرى للفقيه الجامع للشرائط فى زمان الغيبة، إذ لا نحتمل ان يكون غيره و لئنا فى ذلك فى عرضه، بل لو كان فهو ولى لذلك.

و فيه انه لا يمكن المساعدة الى ما ذهب اليه هذا المعاصر فإنه و ان ذكر السلطان و القاضى فى الرواية و ذكر الامام عليه السلام بان من عرف حلالنا و حرامنا أتى جعلته قاضيا فى رواية ابن خديجة و جعلته حاكما فى المقبولة، و لكننى الذى أرجع الإمام إليه ليس إلا فى المرافعة و المنازعة كما قال فى الصدر تنازعا فى دين أو ميراث الى السلطان أو القاضى و اما أزيد من ذلك فلا اذن فالمسلم من الرواية هو ثبوت الولاية له فى المنازعات و المرافعات و منصب القضاة و ثبت له منصب التقليد و كونه مرجعا فى الأحكام بالأدلة الخارجية و اما فى غير هذين الموردین فلا.

هذا كله بحسب الروايات.

و أما بحسب الأصل: فقد تقدم سابقا ان بعض الأمور لا يجوز لغير الفقيه ان يتصدى اليه و يتصرف فيه إلا باذنه و لعل من هذا القبيل باب الحدود و التعزيرات إذ لا يجوز لأحد ان يظلم أحدا إلا فيما ثبت جوازه بدليل فلا شبهة في كون الحدود من أعظم مصاديق الظلم لولا تجويز الشارع، نعم لو كان في باب الحدود و التعزيرات و كذلك في باب الأموال و أمثال ذلك مما فيه حق للغير إطلاق ما دل على جواز أمثال ذلك من كل أحد فتمسكك به فنحكم بجواز تصدى غير الفقيه أيضا بذلك و لكن ليس الأمر كك. نعم يمكن دعوى الإطلاق في مثل الزنا لقوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ و لكنه قيد بالروايات و بالجملة في أمثال الموارد لا يجوز لغير الامام و نائبه أن يتصدى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥١

بالتصرف إلا بإذنه إذ قد ثبت بالأدلة القاطعة عدم جواز التصرف في أموال الناس و أنفسهم و اعراضهم بلا اذن و رضائه من المالك للتصرف.

و إذا شكنا في اعتبار اذن الامام عليه أو الفقيه في صحة شيء لا في وجوبه كصلاة الميت إذ هو واجب لكل مكلف فلا نشك ان يكون اذن الفقيه من شرائط الوجوب فندفع ذلك بالإطلاق ان كان هنا إطلاق و بأصالة البراءة لو لم يكن في البين إطلاق فتثبت نتيجة الإطلاق.

و ان كان وجوب شيء كصلاة الجمعة مثلا مشروطا باذن الفقيه كما ذهب بعض الى ذلك و ان صلاة الجمعة لا تكون واجبة عينية إلا بإذن الفقيه و شكنا في ذلك فمع عدم الدليل ندفع وجوب ذلك بالأصل، بل لا يجب الاستئذان أيضا لأن تحصيل شرط الواجب ليس من الواجبات و انما الواجب هو إتيان الواجب بعد تحقق موضوعه و شرائطه بأجمعها.

و ان كان الشك في جواز التصرف بدون اذن الفقيه من غير أن يكون هنا احتمال الوجوب كالتصرف في الأوقاف العامة فلا يجوز التصرف فيه و لا يشرع إلا بإذن الفقيه إذ من المسلم الضروري أنه لا يجوز التصرف في مال الغير بدون إذنه ففي مثل الأوقاف دار الأمر بين جواز التصرف مطلقا و بدون إذن أحد في ذلك.

و بين جوازه باذن الفقيه فلا شبهة أن المتيقن هو صورة الاذن من الفقيه فيكفي في عدم جواز غير هذه الصورة مجرد الشك في الجواز إذ المورد مورد التصرف في الأموال و من هذا القبيل اشتراط اذن الفقيه في صرف مال الامام عليه السلام في موارد إذ من الضروري بطلان احتمال دفن ذلك مع وجود المستحقين و الموارد المحتاجة إليه خصوصا في مثل القراطيس و كك إلقائه في البحر فان ذلك ليس إلا مثل الإحراق و الإتلاف و كك الإيضاء الى ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٢

يصل الى الامام عليه السلام فإنه بعد تبدل يد أو يدين يكون تالفا مثل الإلقاء في البحر اذن فنقطع برضاء الامام عليه السلام في صرفه في مصالح الدين فاهمها في تحصيل العلوم.

و عليه فيدور الأمر بين ان يتصرف في ذلك المال كل احد بدون رضائه الفقيه و بين ان يتصرف باذن الفقيه فالمتيقن هو جواز التصرف باذن الفقيه اذن فالنتيجة ثبوت ولاية الفقيه على مال الامام (ع) على الوجه الثاني، أي بمعنى شروط التصرف باذنه.

و ان اجتمع الأمران بأن كان وجوب شيء و جواز التصرف فيه مشروطا باذن الفقيه كالأموال الحسينية من التصرف في أموال القاصرين و المجانين و مجهول المالك و أموال الصغار و غير ذلك فهنا أيضا بالنسبة إلى الوجوب نجرى الأصالة البرائية، بل ليس تحصيل الإذن أيضا من الواجبات لعدم وجوب تحصيل شرط الوجوب و بالنسبة إلى جواز التصرف نحكم بعدم جوازه بدون اذن الفقيه لأن المقدار المتيقن هو التصرف باذن الفقيه كما عرفت في مثل الأوقاف.

فتحصّل انه ليس للفقيه ولاية بكلا الوجهين على أموال الناس و أنفسهم فليس له ان يروج بنتا صغيرة لابن صغير أو كبير و لا تزويج

ابن صغير ولا يجوز له بيع داره و هكذا و هكذا إلا ان يكون الصغير بدون ذلك في معرض التلف فيدخل تحت الأمور الحسبية. نعم، لو الولاية في بعض الموارد لكن لا بدليل لفظي، بل بمقتضى الأصل العملي كما عرفت. ثم ان ثمره ثبوت الولاية بالأصل أو بالدليل هو انه إذا كان شيء واجباً و شك في كون صحته مشروطاً باذن الفقيه فبناء على ثبوت ولايته

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٣

بالدليل لا- يجوز لغيره ان يمثل بدون اذنه لعموم الدليل عليه لكونه مثلاً- من الحوادث الواقعة فلا- بد فيه و أن يرجع الى الفقيه أو يتصدى به باذنه و ذلك كصلاة الميت إذا شك في اعتبار اذن الفقيه فيه. و ان كان ثابتاً بمقتضى الأصل فلا بد ان ينفي احتمال اعتبار اذنه بأصل البراءة. و أما في الأمور الأخر التي نشك في أصل وجوبها بدون اذن الفقيه أو في مشروعيتها أو في كليهما كما تقدم فلا يفرق الحال فيها بين ما كان ولاية الفقيه ثابتةً بدليل أو بأصل، بل في كلا الفرعين لا يجوز التصرف في الأوقاف و سهم الامام عليه السلام و أموال الصغار حسبة إلا باذن الفقيه سواء كان ولاية الفقيه ثابتةً بالأصل أو بالدليل.

في ولاية عدول المؤمنين

إشارة

قوله: مسألة: في ولاية العدول المؤمنين.

أقول: إذا قلنا بولاية الفقيه و أمكنت الإجازة منه في الموارد التي لا يجوز لغيره التصرف فيها إلا بإذنه أو لم يمكن الاستيذان منه لعدم الوصول اليه و ان كان موجوداً فحال غير الفقيه هنا حال الفقيه مع الإمام في صورتى الاستيذان و عدمه أما في فرض إمكان تحصيل الاذن منه فلا كلام فيه فلا بد من تحصيله منه و أما في فرض عدم إمكان الوصول اليه فيقع الكلام هنا في جهتين: الاولى:

في جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها بالعدل الإمامي و بيان وظيفته في نفسه

إشارة

، الثاني: في بيان وظيفته من عامل مع هذا الولي فهل يكون مالكا لما اشتراه أم لا؟

أما الكلام في الجهة الأولى:

فمقتضى الأصل

بالنسبة إلى الأمور التي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٤

واجبة مطلقاً و لكن يشك في اعتبار اذن الفقيه في صحته كصلاة الميت، فلا إشكال في صحته من أحد و لو من الفساق من المؤمنين و لا يجب تحصيل الاذن من عدول المؤمنين و لو في فرض التمكن من التحصيل.

و اما في الأمور التي يشك في أصل وجوبها إلا- بإذن الفقيه كالتكاليف التي نحتمل ان يكون أصل وجوبها مشروطاً به أو مطلقاً فتجرى فيها البراءة فيحكم بعدم الوجوب.

و أما فيما كان الشك في أصل المشروعية فلا يجوز لأحد أن يتصرف في ذلك لا وضعا و لا تكليفاً إلا باذن عدول المؤمنين، مثلاً لو

مات أحد و ترك أموالا- و أولادا صغارا فأحتاج الى بيع تلك الأموال من اثمار و نحوها مما تلتف ليومه أو فى يومين فجواز هذا التصرف بالوضع مع إمكان الفقيه يحتاج الى اذنه فبدونه يتصرف فيه عدول المؤمنين أو غيرهم باذن منهم، و اما بدون إذنهم فلا يجوز و كك التصرف التكليفى كحفظ دراهمه و أمواله المحتاجة إلى الحفظ من دون احتياج الى التصرف الوضعى أو كان محتاجا بكلا التصرفين، بان يبيع و يحفظ لثمنه ففى جميع ذلك لا يجوز لغير العدول أن يتصد بذلك بدون اذن منهم.

و الوجه فى ذلك هو ما تقدم فى ولاية الفقيه من أنه ثبت بالأدلة القاطعة عدم جواز التصرف فى مال الغير إلّا بإذنه مع احتياج ذلك المال الى التصرف فدار الأمر بين الأعم و الأخص بأن يتصرف فيه كل شخص أعم من الفاسق و العادل أو خصوص العادل و غيره باذنه فالمتيقن هو الثانى فيكفى مجرد الشك فى عدم جواز تصرف غيره وضعاً و تكليفاً لإطباق الأدلة على عدم جواز فالخارج منها قطعاً هى صورة الاذن من العدول أو تصديهم بنفسهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٥

على التصرف و من هذا القبيل الأوقاف العامة و سهم الامام عليه السلام من الخمس على التقريب الذى تقدم.

و قد مثل المصنف بما كان أصل مشروعته مشكوكا ببعض مراتب النهى عن المنكر كما إذا وصل الى حد الجرح فإنه لا يجوز ذلك بمقتضى الأصل، لكونه ظلماً و إيلا ما فهو غير جائز بالأدلة الخاصة فلا إطلاق لأدلة النهى عن المنكر حتى يتمسك بها لإثبات مشروعية ذلك إلّا إذا كان منجر الى حد يخاف من اضمحلال الإسلام فهو كلام آخر، و التمسك فى ذلك بان كل معروف صدقة واضح الفساد إذ الكبرى و ان كانت مسلمة و انما الكلام فى الصغرى و إثبات ان هذه المرتبة من النهى عن المنكر من المعروف الصدقة و ليس كك.

و هكذا الكلام إذا كان الشك فى أصل المطلوبية و المشروعية إلّا بإذن الفقيه أو بالإطلاق فبالنسبة إلى المطلوبية تجرى البراءة و بالنسبة إلى المشروعية نجرى أصالة عدم المشروعية.

و بالجملة فحال غير الفقيه من عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه حال الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام عليه السلام بلا زيادة و نقيصة، كما أن هذه النسبة محفوظة بالنسبة الى ما دون العدول مع تعذرهم بحفظ الاحتياط بأخذ المتيقن من كل مرتبة، فافهم. و حاصل الكلام: إذا قلنا بثبوت الولاية للفقيه و أمكن الوصول اليه فلا بد من الاذن منه.

و ان تعذر الوصول إليه و كان موجودا فى بلاد لا يمكن الاستيذان منه و لو بالمكاتبة فح فهل يجوز لكل احد ان يتصرف فيما تصرف فيه الفقيه، و لو كان عاما فاسقا أو تصل النوبة إلى عدول المؤمنين الظاهر انه لا يجوز لأحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٦

أن يتصرف فيما تصرف فيه الفقيه بعد تعذر الوصول اليه إلّا بإذن من عدول المؤمنين لا وضعاً و لا تكليفاً إذ قد يكون الاحتياج الى التصرف الوضعى كما إذا مات احد و ترك ثمارا له فإنه لو لم يبع لكان فاسدا فحفظاً لمال الصغير لا بد من بيعها.

و أخرى يكون الاحتياج الى التصرف التكليفى كحفظ دراهم الغير و أخرى إلى كلا الأمرين.

ثم قد يكون شىء مفروض المطلوبية للشارع غير مضاف الى أحد و اعتبار نظائره الفقيه فيه ساقط له بفرض التعذر و كونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط فيكون اذن الفقيه ساقطا بلا شبهة إذ نشك فى اعتباره مطلقا أو فى حال الاختيار فنتمسك بإطلاق الواجب فندفع اعتبار الشرط و هذا كصلاة الميت، بل فى مثل ذلك لا يجب الاستيذان من عدول المؤمنين و لو مع التمكن فيصديه كل من تصدى به و لو كان فاسقا إماميا.

و أخرى يكون الأمر مرددا بين أن يكون واجبا باذن الفقيه أو واجبا مطلقا، ففى هنا نجرى البراءة عن أصل الوجوب.

و قد يكون الشك فى أصل مشروعية شىء بدون اذن الفقيه كبيع مراتب النهى عن المنكر على مثله فى المتن فان كان هنا إطلاق لأدلة النهى عن المنكر يكون متبعا و يدفع به احتمال دخالة اذن الفقيه فيه و ان لم يكن فيه إطلاق فمقتضى الأصل عدم الجواز لكونه

تصرفا في نفس الغير و ظلما و يلاما له فهو لا يجوز.

و ان كان الاحتياج الى التصرف مما لا بد منه مع كون الشك في أصل مشروعية التصرف بدون اذن الفقيه كالتصرف في الأوقاف العامة و سهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٧

الامام عليه السلام على النحو الذي تقدم و تعذر الوصول الى الفقيه، فح يدور الأمر بين التصرف المطلق و بين التصرف مع الاذن من العدول المؤمنين فحيث ان التصرف مالى فلا يجوز بغير إذن أهله فالمتيقن من ذلك هو التصرف باذن العدول و ان كان الشك في أصل المشروعية مع احتمال كونه واجبا تكليفا باذن الفقيه أو مطلقا كالتصرف في أموال الصغار حسبة بالنسبة إلى الوجوب تجرى البراءة و بالنسبة إلى أصل التصرف الوضعي يستأذن من العدول لكونه هو المتيقن و هكذا في التصرف التكليفي كحفظ ماله مثلا. و بالجملة مكان عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه مكان الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام (ع) بمقتضى الأصل و مفاد يختلف كما عرفت بحسب الموارد. هذا كله ما تقتضيه الأصل

و لكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات

إشارة

فلا بد من قراءة الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك.

منها صحيحة محمد بن إسماعيل

رجل مات من أصحابنا بغير وصية، فرجع أمره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان رجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير اليه وصية و كان قيامه بهذا بأمر القاضي لأنهن فروج، قال فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام و قلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى الى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضي رجلا- مئا لبيعهن، أو قال يقوم بذلك رجل فضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى في ذلك، قال: إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس بالخير.

و محل الكلام هنا جهة المماثلة و انها في أى شىء فجعل المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٨

مورد الاحتمال فيها أربعة اما المماثلة في التشيع أو في الوثاقفة في ملاحظة مصلحة اليتيم و ان لم يكن شيعيا أو في الفقاهة بأن يكون من نواب الامام عليه السلام عموما في القضاء بين المسلمين أو في العدالة.

و أبعد المصنف الاحتمال الثالث و تبعه شيخنا الأستاذ بدعوى انه لو كان المراد بها المماثلة في الفقاهة لكان مفهوم الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها ففيه الباس و هذا ينافى كون التصرف في مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التي لا تسقط بتعذر اذن الفقيه في دور الأمر بين الاحتمالين الأخيرين و النسبة بين الوثاقفة و العدالة و ان كان عموما من وجه الا انه لا شبهة ان العدل أيضا لا بد من ان يتصرف فيما هو مصلحة اليتيم، فالعدالة في هذا الباب هي الأخص من الوثاقفة و في الدوران بين الخاص و العام الخاص هو المتيقن و اذن فلا بد و ان يكون المتصدى عادلا و المماثلة تحمل على هذا.

و يرد عليه ان الإطلاق يكون متبعا إذا شك في تعين المراد، فيكون بمقتضى ظهور الكلام متعينا و اما إذا كان المراد معلوما بالعلم الخارجي فكان الشك في كيفية المراد فلا يمكن إثبات ذلك بأصالة عدم التقييد، كما في المقام.

و بعبارة أخرى قد حققنا في المفاهيم و في غيرها ان إطلاق المفهوم كسائر الإطلاقات من الحجج الشرعية و متبع بالنسبة إلى تعيين المراد من المتكلم فالعلم بعدم إرادة الإطلاق من الخارج لا يضرّ بالإطلاق و لا يوجب عدم وجوده ففي المقام و ان كان ثبوت الولاية لغير الفقيه عند تعذر الوصول اليه مسلما و لكنه بالعلم الخارجى فهو لا- يضرّ بثبوت المفهوم على الإطلاق و انه إذا لم يكن فقيه لا يجوز القيام بأمر الصغير كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٩

على انه ينتقض بجعل المماثلة في العدالة أيضا إذ لا شبهة في ثبوت الولاية لغير العادل عند تعذر العدول و تعذر تحصيل الاذن منه، فالإشكال المذكور من هذا الجهة مشترك.

و الانصاف أن كل من المحتملات قابل الإرادة اذن فتكون الرواية مجملة فالمتيقن من المماثلة هو اجتماع جميع الجهات في الولي للصغير فلا تكون الرواية شاهدة لما نحن فيه، فافهم.

و حاصل الكلام: انه استدلال على ولاية عدول المؤمنين مع الوصول الى الفقيه بروايات.

منها: صحیحة محمد بن إسماعيل

المذكورة و قد عرفت ان المحتملات فيها أربعة المماثلة في التشيع و المماثلة في الفقاهة و المماثلة في العدالة و المماثلة في الوثاقه، و قد عرفت ان الشيخ و شيخنا الأستاذ قد اشكلا في إرادة الفقاهة من المماثلة للعلم بولاية عدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه مع ان مفهوم ذلك ينفي وصول النوبة إليهم لكونه انه إذا لم يكن القيم فقيها فلا يجوز، فإطلاقه ينفي جواز ولاية عدول المؤمنين أمكن الوصول الى الفقيه أو لم يمكن فاعتبر العدالة فيه في صورة التعذر إذ لم يكن القاضى المذكور في الرواية فقيها و لا عادلا و لا شيعيا حتى يتوهم انه لم يكن الوصول الى الفقيه متعذرا.

فنقول: اما احتمال التماثل في التشيع فبعيد جدا إذ الظاهر من الرواية ان الشيعية مفروض الوجود و مفروغ عنه، و انما السؤال من جهة أخرى و ان نصب القاضى يجوز جواز التصرف للقيم أم لا؟ مع عدم كون القاضى شيعيا و لا فقيها في مذهبنا و لا عادلا، بل و لا ثقة على الظاهر و لو مع الشك.

و ذلك لان فرض السائل كون الرجل من أصحابنا و جعل القاضى العبد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٠

الحميد فيما مع جريان العادة بجعل القيم من الأصدقاء و من المقربين المطلعين على خصوصيات أحوال الميت يساعد كونه شيعيا.

و أما ما أورد المصنف و الأستاذ بإرادة

المماثلة في الفقاهة

ففيه أولا النقض بإرادة المماثلة في العدالة إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضا للعلم بوصول النوبة إلى المؤمنين الفاسقين مع تعذر العدل منهم العياد بالله مع ان المفهوم ينتفى جواز توليتهم على ذلك.

و ثانيا: انه قد حقق في المفاهيم و غيرها ان أصالة عدم التقييد و ظهور الإطلاق انما يتبع فيما إذا كان الشك في أصل المراد فمقتضى ظهور الكلام و إطلاقه نستكشف مراد المتكلم و ينتج به له و عليه و هذا بخلاف ما لو علم المراد من الخارج و كان الشك في كيفية المراد فح لا يمكن التمسك بأصالة عدم التقييد ففي المقام قد علم المراد من الخارج بأنه مع تعذر الفقيه تصل النوبة إلى العدول من المؤمنين في الولاية على الصغار، و كان الشك في كيفية ذلك المراد من المفهوم فلا يجوز، ح التمسك بأصالة عدم التقييد لإطلاق مفهوم في بيان كيفية المراد حتى يتوهم ان إطلاق المفهوم ينفي وصول النوبة إلى المؤمنين العادلين فليس المورد مورد للتمسك بأصالة عدم التقييد أصلا، كما هو واضح، اذن فلا مجال لإشكال المصنف إذ هو مفروض التمسك بأصالة عدم التقييد و قد عرفت

عدم وصول النوبة إليها.

والتحقيق ان الظاهر إرادة المماثلة من الرواية من جميع الجهات حتى في العربية والكوفية و لكن نرفع اليد عن ذلك في الأمور التي نقطع بعدم مدخلتها في الحكم بنحو كالعربية والكوفية ونحوهما و يبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلما نشك في خروجه و دخوله من جهة مدخلته و عدمه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦١

و انما الخارج ما نعلم بعدم دخالته في الحكم، اذن فلا وجه لاعتبار العدالة فقط من جهة أخذ القدر المتيقن.

و عليه فلا بد من اعتبار الفقاهة و الوثاقفة و العدالة و جميع الخصوصيات للمحسنه التي نحتمل دخالتها في الحكم في الولاية المجعولة في الرواية فافهم.

نعم، ربما يقال ان عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين أحدهما ثقة لم تثبت فقاوته، و هو ابن سالم، و الآخر فقيه و لم يثبت وثاقته و هو ابن سعيد، فح تكون الرواية مجملته من حيث اعتبار الفقاهة و لكن الظاهر ان المراد منه هو عبد الحميد ابن سالم كما صرح به في الرواية حيث قال و جعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما في التهذيب في باب الزيادة من الوصية و أن توثيقه لم ينحصر بهذه الرواية، بل ظاهر عبارة النجاشي في ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع إثبات كتاب له فيكون فقيها فلاحظ، بل يكفي في اعتبار المماثلة مجزء الاحتمال في كونه فقيها فإنهم على انه لا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه لتوهم ورودها في خصوص عدول المؤمنين إذ محل كلامنا في ولاية عدول المؤمنين و اعتبار العدالة فيهم بعد تعذر الوصول الى الفقيه و لكن مقتضى الرواية بحسب الإطلاق ساكت عن صورة التعذر بالوصول اليه عن صورة الوصول بالإمام عليه السلام لإمكانه أيضا لهم و ان كان بعد أيام فإن الظاهر ان بيع جميع مال الصغار لم يكن ضروريا حتى لا يمكن الرجوع اليه (ع) كما ترك بيع الجوارى حتى سئل عن الامام (ع).

نعم، بإطلاقها تدل على اعتبار العدالة في صورة التعذر أيضا، بل بالأولوية و لكن هذا غير ورودها في خصوص صورة التعذر و اعتبار العدالة في المؤمنين إذا كانوا وليا، بل مع قطع نظر عن الشبهة المذكورة فلا بد من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٢

اعتبار الفقاهة أيضا بمقتضى المماثلة كما عرفت، و بالجملة لا نفهم من الرواية ما يوجب اعتبار العدالة في الولي بعد تعذر الوصول الى الفقيه.

و منها موثقة سماعه

في رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك، قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا بأس، و استفاد المصنف من ذلك اعتبار الوثاقفة فيه و ان لم يكن فيه ملكة العدالة و حمل على ذلك رواية محمد بن إسماعيل المتقدمة إذ كان اعتبار العدالة في الولي المؤمن اعتمادا عليها من جهة الأخذ بالقدر المتيقن فهذه الرواية يبين المراد و كون المناط هي الوثاقفة و ان لم يكن عدلا و لا إماميا.

و لكن الظاهر ان المراد من الثقة بالرواية غير ما فهمه المصنف إذا المعنى الذي ذكره ناشئ من الارتكاز بما ذكره أهل الرجال من معنى الوثاقفة و ألما فالوثاقفة في الروايات ليس هي العدالة، بل أخص منها إذ ربما يكون العادل غير ثقة في فعله لعدم التفاته بمزايا التصرف لبله و نحوه، و قد ورد في بعض الروايات الدالة على اعتبار العدالة في إمام الجماعة بأنه إذا كان ثقة ترضون دينه و في بعض الروايات ان فلانا ثقة في دينه و دنياه، و هذه الرواية أيضا ساكتة عن صورة التعذر من الفقيه بل من الامام أيضا

و منها صحيحة إسماعيل بن سعد

فإنها تدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة حيث قال عليه السلام إذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك فهي أيضا أعم من صورة التعذر من الوصول الى الفقيه، بل الى الامام، و عدمه فيعتبر نفس العدالة في ذلك.

و الظاهر ان الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولاية عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعة و لو مع التمكن الاذن من الامام أو الفقيه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٣

إذ العادة جارية بعدم التمكن فى جميع النقاط حتى القرى، و اما فى غير التصرف فى مال اليتيم بالبيع فلا حتى الشرى لهم و لو كان مصلحة و هذه المدعى فى غاية الوضوح خصوصا على الشبهة المذكورة فى عدم اعتبار الفقاهة من جهة المماثلة فلا دلالة فيها على اعتبار العدالة فى الولي عند التعذر من الفقيه الذى هو محل الكلام ألى على الإطلاق.

قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لأعلى وجه النيابة من حاكم الشرع.

أقول: ربما يقال ان من ثبت الولاية له فى زمان الغيبة على غيرهم كالوكلاء المتعديدين فى آن بناء واحد عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول فأجاب عنه المصنف بان الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مآذونا فى تصرف مغاير و ان بنى عليه الأول و دخل فيه، اما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم فى الأمر كدخوله و فرضنا أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الاذن فى مخالفة نفس الموكل و التعدى عمّا بنى هو عليه مباشرة أو استنباهة كان حكمه حكم ما نحن فيه.

و فيه ان المقدمات ليست من الأمور التى تقبل النيابة و الوكالة بل مورد الوكالة هى الأمور الاعتبارية كالتزويج و البيع و سائر المعاملات و اما المقدمات كسائر الأفعال التكوينية مثل الأكل و الشرب فغير قابلة للوكالة.

و الذى ينبغى ان يقال هو ان الظاهر ان ينظر الى دليل الوكالة فإن كان فيه إطلاق حتى يشمل صورة وضع الآخر يده على المال أو أكثر من ذلك فيجوز، بل مع الإطلاق و الشمول يجوز للوكيل الثانى ان يتصرف فيه على خلاف تصرف نفس الموكل فضلا عن وكيله و ان لم يكن لدليل الوكالة إطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٤

فلا يجوز للثانى ان يتصرف فى غير ما علم دخوله تحت وكالته و ان يضع الآخر يده عليه لقصور ما دل على جواز التصرف فيه و من هنا ظهر حكم الوصاية أيضا.

و اما الأب و الجد فكل منهما ان يتصرف فى مال اليتيم حتى مع تصرف الآخر بان ينقض تصرفه فضلا إذا وضع يده عليه و لم يتصرف بعد، فكل منهما ان يفسخ بيع الآخر الذى باعه خياريا و هكذا.

ثم انه فرق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولاية لهم

حيث منع من مزاحمة الفقيه الآخر عن الفقيه الذى وضع يده على مال اليتيم و جوزها فى عدول المؤمنين و محصل كلامه فى وجههما ان الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست ألى على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكلفى، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام فمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الآخر عن تصرفاته نظير الأب و الجد حيث يجوز لكل منهما ان يتصرف فيما وضع الآخر يده عليه.

و أما حكام الشرع فان استندنا فى ولايتهم الى مثل التوقيع المتقدم و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة أحاديثنا جازت المزاحمة لكل منهم عن تصرف الآخر قبل تصرفه إذ الخطاب فيه مختص بالعوام فلا يجوز لهم مزاحمة الفقيه فى تصرفاته، و اما

الفقهاء فكل منهم حجة يجوز أن يتصرف في مال المولى عليه.

و أما لو استندنا فيها الى عمومات النيابة و تنزيل الفقيه منزلة الامام عليه السلام، فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى وضع يده عليه إذ دخوله عليه كدخول الامام عليه، فلا يجوز مزاحمة الإمام فيما يريد الاقدام عليه على انه يلزم من جواز المزاحمة اختلال النظام سيما فى مثل هذا الزمان الذى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٥

شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومة.

و يرد على الثانى أولا- انه لا- دليل على النيابة كما تقدم حتى يقال أن مقتضاه هو تنزيل الفقيه منزلة الامام عليه السلام فلا يجوز مزاحمته و انما الولاية ثبت لهم و لغيرهم من المؤمنين على تقدير فقدانهم بمقتضى الأصل و ألا فليس هنا دليل لفظى يؤخذ بعمومه. و ثانيا: انه على تقدير وجود الدليل اللفظى فعمومه يقتضى ثبوت الولاية لكل فقيه فى عرض ولاية الأخر و كون كل منهم نازلا منزلة الإمام (ع) فلا- يلزم من تصرف الثانى مزاحمة الإمام أو من هو فى منزلته، اذن فيجوز لكل منهم مزاحمة الأخر، بل التصرف فيما تصرف فيه الأخر بالفسخ و نحوه إذا كان تصرف الأول بمثل بيع الخيارى و اما كونه مستلزما لاختلال النظام من جهة كثرة المدعين لذلك، ففيه ان المدعى لذلك ان كان على وجه صحيح فلا يلزم فيه اختلال النظام فإن أحدهم يرى مصلحة فيبيع مال اليتيم و الأخر يرى مصلحة فيفسخ فأى اختلال نظام يترتب عليه، فإنه يكون مثل تصرفات الأب و الجد حيث يتصرف أحدهما فى مال المولى عليه على وجه و يتصرف الأخر على خلافه، بل ينقضه بان يفسخ بيعه مثلا فهل يتوهم أحد لزوم اختلال النظام من ذلك.

و يرد على الأول انه لا نفهم معنى لكون ولايتهم على وجه التكليفى الوجوبى أو الندبى إذ لا شبهة فى نفوذ تصرفهم من البيع و الشراء و غيرهما من أقسام التصرفات عند فقد الحكام و ليس معنى الولاية إلا ذلك التى ثبت من قبل الإمام و ألا فمجرد الحكم التكليفى فهو من الأمور الحسيية الغير المربوضة باب الولاية إذن فولاية العدول كولاية الفقيه فلا وجه للتفريق.

على ان الدليل الدال على ثبوت الولاية لهم لو تم فإنما هى كولاية الثابتة للفقيه و انهم مع فقدانهم كالفقيه مع فقد الامام عليه السلام، فالفرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٦

بينهما بلا وجه.

و توهم اختلال النظام فى الثانى دون ولاية العدول مع كونهم أكثر فاسد، و التحقيق هنا هو ما تقدم سابقا من ان الولاية الثابتة للفقهاء و لعدول المؤمنين انما هى بحسب الأصل و أخذ القدر المتيقن من جواز التصرف فى مال الغير فنتيجته عدم جواز تصرف الفقهاء الأخر فى مال المولى عليه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه لكونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام إذ لم نحرز جوازه إلا للأول لكونه هو المتيقن و هكذا الكلام فى عدول المؤمنين فما ذكره المصنف فى الحكام و ان كان متينا من حيث المدعى و لكنه لا يتم من جهة الدليل الذى ذكره.

و بالجملة فالأصل الاولى يقتضى عدم جواز التصرف لأحد فى مال غيره و بعد القطع بجوازه فى مال اليتيم للحكام و لعدول المؤمنين فى الجملة فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرف الثانى فيه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه.

قوله: اما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق.

أقول

ذكر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشارة إليها: -

الأول: انه هل يجوز مباشرة الفاسق فى مال اليتيم مثلا أم لا؟

فحكم المصنف (ره) هنا بالجواز، و عدم اعتبار العدالة في منصب المباشر بدعوى شمول عموم أدلة فعل المعروف و ان كانت الأدلة الخاصة قاصرة و تلك العموم كقوله (ع) عون الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** و نحو ذلك.

و فيه الظاهر ان ما افاده ليس بتمام، بل لا بد من العمل بمقتضى الأصل الذى كان مفاده عدم جواز تصرف غير العادل فى مال الصغير عند

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٧

فقد الفقيه لكونه هو القدر المتيقن فى ذلك الخارج عن أصالة عدم جواز التصرف فى مال الغير.

و أما عموم عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير صحة الحديث فهو ناظر الى الكبرى و ان كلما كان عوننا للضعيف فهى صدقة و أما الصغرى فلا بد و ان تكون محرزة من الخارج فلا تكون الكبرى متكلفة لإثبات الصغرى إذ لا نسلم ان تكون تصرف الفاسق فى مال اليتيم من مصاديق الصدقة فضلا عن كونه من أفضلها و من هنا ظهر الجواب عن عموم قوله تعالى **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** فإن الكبرى و ان كان مسلما و لكن لا نسلم ان تصرف الفاسق فى مال اليتيم من القرب الحسن بأى معنى أخذ القرب و الحسن على ما ذكره المصنف من معانيهما حتى فى صور كون التصرف صلاحا أو لم يكن الترك أصلح من الفعل، بل كان الفعل أصلح من الترك إذ التصرف حرام فلا يجوز بمثل تلك الاحتمالات ما لم تثبت الولاية للمتصرف فى مال اليتيم كما لا يخفى، بل تدل على عدم جواز بيعه و تصرفه فيه، الأخبار المتقدمة الدالة على عدم جواز البشر من الفاسق الذى تصدى الى التصرف فى مال اليتيم فإنه إذا لم يجز الشرى لم يجز البيع أيضا فإنه لا معنى لصحة البيع من طرف البائع و بطلانه من طرف المشتري، بل بطلان من أحد الطرفين يستلزم البطلان من الطرف الآخر أيضا.

و بالجملة لا وجه لتصرف الفاسق فى مال اليتيم بوجه و انه طريق غير حسن لعدم الدليل على جواز تصرفه و عدم شمول العمومات المتقدمة عليه كما عرفت.

الثانى: فى حكم الشراء من الفاسق

إشارة

فالظاهر أيضا اشتراط العدالة فيه فلا يجوز الشراء منه و ان ادعى كون الفعل مصلحة، بل يجب أخذ المال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٨

من يده حسبة لدلالة الروايات المتقدمة على اعتبار العدالة فيمن تصدى لبيع مال اليتيم ليكون الشرى منه كقوله عليه السلام فى رواية زراعة و قام عدل فى ذلك و غيره فقد فرق المصنف بين هذه المسألة و بين المسألة السابقة من انه لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق و الوجه فى ذلك هو ان الموضوع فى المسألة السابقة هو إصلاح المال و مراعاة الحال و التصرف معنون بذلك العنوان و هو لا يحرز باخباره قولاً أو عملاً، و لا بأصالة الصحة إذ مورد أصالة الصحة انما هو فيما تحقق الفعل فى الخارج و شك فى صحته و فساده من ناحية بعض الشروط، ففى المقام لم يتحقق الفعل ليحمل على الصحة حين الشك فى الصحة و الفساد، بل يريد المشتري أن يشتري من الفاسق فأصالة الصحة لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسألة السابقة فإن الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثلن فأصالة صحة المعاملة يحكم بكونه هو الأول.

و لكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا تجرى أصالة الصحة لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسألة السابقة فإن الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثلن فأصالة صحة المعاملة يحكم

بكونه هو الأول.

ولكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا تجرى أصالة الصحة في كلتا المسألتين فإن مقتضى الروايات المتقدمة هو لزوم إحراز الشراء من العادل ولذا قال عليه السلام و قام عدل و ان التصرف الصادر من غير العادل فاسد و ان كان فيه غبطة الصغير لعدم كونه وليا. و عليه و ان كان الثمن في يد الفاسق و تحققت المعاملة بتصرفه و لكن هذا التصرف باطل لعدم صدوره عن أهله لعدم كونه وليا ففعله هذا فاسد قطعا، فكيف يحمل على الصحة بأصالة الصحة فإن مورد أصالة الصحة انما هو فيما كان للفعل صحة تأهليه بعد وقوعه في الخارج فالفعل الواقع هنا فاسد قطعا لعدم صدوره عن أهله فكيف يحمل على الصحة بأصالة الصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٦٩

فما ذكره من عدم جريان أصالة الصحة في الفرع الثاني و عدم قياسه بصلاة الميت جار هنا بلا زيادة و نقيصة. و بالجملة بعد ما ثبت انه لا ولاية للفاسق على مال الصغير و ان تصرفاته ليست بنافذة في حقه فلا يفرق في عدم ترتيب الأثر على فعله بين الحدوث و البقاء ففي كلتا المسألتين يحمل فعله على الفساد كيف فإن أصالة الصحة لا يجعل الفاسق الذي ليس له التصدي بأمور الصغير جزما وليا له و لا ينقض تعجبي من المصنف كيف رضى بجرانها هنا و تصحيح عمله بها بعد العلم بعدم كونه أهلا للتصرف و هذا نظير ان يحمل بيع غير المالك، كالمغصب على الصحة بأصالة الصحة مع العلم بكونه غاصبا فهي توجب كونه مالكا و كك هنا ان أصالة الصحة لا تعجل غير الولي وليا و لا تجعل الفعل الذي ليس له صحة تأهليه، بل فاسد جزما كما هو واضح.

و توهم كون الثمن في يد الفاسق يدل على الصحة بمقتضى قاعدة اليد توهم فاسد فإن قاعدة اليد انما تصلح المعاملة من جهة الشك في المالك ففي المقام انها لا تثبت الولاية لمن ليس بولي قطعا، نعم لو صدر الفعل ممن لا ندري أنه عادل أم لا فسيأتي حمل الفعل فيه على الصحة فكم فرق بين المسألتين.

نعم لو صدر البيع من شخص و شككنا في صحته و فساده من جهة الشك في كونه عادلا أو غير عادل من اعتبار العدالة في الولي أو شككنا في كونه وليا أو غير ولي و لو كان عادلا فيحمل على الصحة فإن المناط في أصالة الصحة الذي هو تحقق الفعل في الخارج و الشك في صحته و فساده موجود هنا، فمقتضى أصالة الصحة يحمل بيعه على الصحة و هذا غير ما تقدم من صدور الفعل من غير أهله قطعا بحيث لا مجال لأصالة الصحة بوجه فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٠

ثم لو أردنا اشتراء مال الصغير ممن نشك في انه عادل ليكون وليا عنه و كان تصرفه نافذا أو فاسق لا ينفذ تصرفه فلا يمكن حمله على الصحة بأصالة الصحة، فإنها إنما تجرى في مورد تحقق الفعل في الخارج و شك في صحته و فساده كما عرفت، ففي هنا لم يتحقق الفعل بعد، فكيف يحمل على الصحة فأصالة الصحة لا يتكفل على إثبات أن المتصدي بالفعل الذي يريد إيجاده في الخارج ولي للصغير كما هو واضح.

و لا تجرى هنا قاعدة اليد أيضا لأنها لا تجعل ممن لا ندري ولايته على الصغير وليا و يتضح ما ذكرناه بملاحظة ما تقدم من لزوم إحراز ان الشراء لا بد و ان يكون من العادل بمقتضى قوله عليه السلام و قام عدل على ذلك و الأ فلا يجوز الشراء و هذا غير ما ذكرناه من حمل فعله على الصحة مع الشك في الصحة و الفساد إذ هو بعد تحقق الفعل و كان فيه موضوع أصالة الصحة تماما.

و ربما يقال بقياس ذلك بالشك في تصرف الولي من انه عادل أم لا؟

فكما يحمل فعله على الصحة فكك هنا.

ولكنه من العجائب و جوابه يظهر من كلامه إذ توقفنا في حمل الشراء ممن لا نعلم انه عادل أم لا، من جهة عدم العلم بعدالته و ولايته إذا الولي على مال الصغير انما هو العادل فما لم نحرز ذلك ان الفعل صدر من الولي و ان شرائنا ممن له التصرف في ماله فلا يجوز الاقدام عليه قبل الإحراز و هذا بخلاف ما صدر الفعل عن الولي مع العلم بكونه وليا جزما و شككنا في عدالته و فسقه فإن الولاية و

نفوذ التصرف فيه محرز قطعاً و إنما الشك في أمر آخر غير مربوط بالولاية و بنفوذ التصرف فكم فرق بينهما.

ثم لو أخبر الفاسق على وقوع الفعل كإخباره على وقوع الصلاة على الميت أو بوقوع التصرف من العادل مثلاً، لا يسمع إخباره إذ لا دليل على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧١

حجية خبر الفاسق و لا- دليل على الاعتبار في خصوص المقام، بل يسمع قول المخبر بوقوع الفعل و ان لم يكن عادلاً- بناء على اختصاص أدلة اعتبار الخبر بالأحكام و عدم شموله على الموضوعات و ما نحن فيه أيضاً كك فلا بد من ترتيب الأثر عليه من قيام البيئة على ذلك كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و الحاصل: انه يقع الكلام في جهتين:-

الاولى: في اعتبار العدالة في تصرف المتصرف و عدم اعتبارها فيه.

و الثانية: في مشروعية معاملته الغير مع المباشر، و انه هل يعتبر عدالة المباشر أم لا؟ و انما لم نعتبر اعتبارها في جهة الاولى.

أما الجهة الأولى: فقد عرفت ان المصنف لم نعتبر العدالة في تصرف المتصرف في مال الصغير مع فقدان الولي و تمسك في ذلك بقوله عليه السلام عون الضعيف من أفضل الصدقة، و قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فيجوز ان يتصرف الفاسق في مال الصغير و لو لم يستأذن من الحاكم.

و فيه انك قد عرفت عدم جواز تصرف الفاسق في مال الصغير إلا مع الاستيذان من الولي أو الحاكم، و أما عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير قبول الصحة فلا دلالة فيه على المقصود إذ هو ناظر إلى مطلوبة الكبرى فلا يشمل ما يشك في كونه عوناً إذ لا يتكفل الكبرى على إيجاد الصغرى، و كك قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إذ هو لا يثبت ان تصرف الفاسق من القرب الحسن مضافاً الى دلالة الروايات المتقدمة على اعتبار العدالة كما عرفت، اذن فلا يجوز لغير العادل التصرف في مال الصغير بمقتضى الأصل الذي عرفته.

و أما الجهة الثانية: أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل

فقد اعتبر المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٢

العدالة هنا للرواية المتقدمة، بل حكم بوجوب أخذ المال من يده، و لا يمكن تصحيحه بحمل فعل المسلم على الصحيح بأصالة الصحة إذ الموضوع هنا عنوان بسيط أعنى إصلاح مال الصغير فنشك في تحققه و عدمه فلا يحرز بأصالة الصحة و ليس ذلك مثلاً إتيان صلاة الميت فإنها بعد تحققها في الخارج فنحمل على الصحة إذا الواجب هنا هي الصلاة الصحيحة و قد علم صدور أصلها من الفاسق و إذا شك في صحتها أحرزت بأصالة الصحة بخلافه هنا إذ عرفت ان الواجب هو العنوان البسيط فلم يتحقق في الخارج و هو كإخبار الفاسق بوقوع الصلاة على الميت ثم نزله منزلة بلوغ البائع فإنه لا يحرز بأصالة الصحة ثم حكم بجريانها فيما إذا وجد الثمن في يد الفاسق من مال الصغير و تردد الأمر بين كون الثمن ملكاً للصغير أو المثلث بأصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بكون الثمن من مال الصغير ثم أمر بالتدبر.

و يرد عليه أولاً: انه ليس في الأدلة السابقة ما يدل على ان الموضوع في المقام هو إصلاح مال و مراعاة الحال ليكون الشك فيه شكا في أصل تحققه فلا يمكن إحرازه بأصالة الصحة، بل الظاهر منها عدم جواز التصرف في ماله إلا بوجه عينه الشارع، و ذلك الوجه هو الوجه الحسن على ما ذكر في الآيه، فالموضوع في المقام هو عنوان القرب المشروط بكون على وجه حسن، فأصل القرب محرز

بالوجدان فشرطه فهو كونه بوجه حسن بأصالة الصحة.

و بالجمله انه لا وجه للمنع عن جريان أصالة الصحة بوجه و لو كانت الآية إلّا بالتى هى أصلح فإنه ح تكون الأصلحية شرطا للقرب لا موضوعا للحكم.

و ثانيا: على تقدير كون الموضوع هو إصلاح المال فلا وجه لإجراء أصالة الصحة فيما إذا تردد الأمر بين كون مال الصغير هو الثمن أو المثلث، إذ مجرد التردد لا يوجب إجراء أصالة الصحة فاصل عنوان إصلاح المال مشكوك الوجود فلا يحرز بأصالة الصحة فلا وجه له ان يفرق بين المسألتين بل يشكل الأمر ح لو كان المتصدى هو العادل و شككنا فى كونه إصلاحا فى حق الصغير مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٣

و مراعاة له أم لا؟ فيكون أصل عنوان الإصلاح مشكوكا فلا يحرز بأصالة الصحة و لعل الى ما ذكرناه أشار بالأمر بالتدبير، فافهم. و الذى ينبغى ان يقال انه ليس لنا دليل لفظى دل على حجية أصالة الصحة و كونها من الأصول المعترية و اما قوله «ضع فعل أخيك المسلم على أحسنه» فقد قرر فى محله انه خارج عن حدود أصالة الصحة التى من الأصول المعترية فى الفقه، فان مورد ضع فعل أخيك على أحسنه هو عدم حمل فعل الأخ على الحرام، مثلا لو علم أنه تكلم بشىء فيحمل على أحسنه من انه لم يفحش لا انه حمل على أنه سلم ليكون رده واجبا و كك عامل معاملة فتحمل على انها ليست ربوية لا أنها معاملة صحيحة، فالمقصود أنه حكم أخلاقى نظير صدق أخيك و لو يجيئك خمسون قسامة فكذبهم فمعناه لا ترتب الأثر على قولهم فاحمل كلامه على أحسنه لا انه كذبهم و احملهم على الكذب.

و انما الدليل على اعتبارها السيرة القطعية المستمرة فى بعض الموارد و الظاهر ان الضابطة فيها هو ما كان الفاعل الذى يحمل فعله على الصحة مسلطا على التصرف و مالكا له و بعد إحراز سلطنته عليه فإذا شك فى بعض الشرائط فيكون فعله محمولا على الصحة و الوجه فيه هو ان السيرة دليل لبي لا يؤخذ بها إلّا بالمقدار المتيقن و عليه فلا يجوز لأن يحمل الفعل الصادر من الفاعل الذى لا ندرى كونه مالكا على التصرف و عدم كونه مالكا عليه على الصحة فلا يمكن الحكم بصحة المعاملة إذا صدر الفعل من الفاسق و شك فى ان الثمن هو مال الصغير أو المثلث و هكذا لا يمكن الحكم بالصحة بأصالة الصحة إذا صدر الفعل من الفاسق و لكن نحتمل أنه استأذن من العادل أو من الولي أم لا- لعدم إحراز مالكيته على التصرف فلا يكون موردا للسيرة و هكذا و من هنا لا يمكن إجراء أصالة الصحة و تصحيح عقد الوكالة بها إذا شك فى كون البائع وكيلا من قبل المالك أو فضوليا فى بيعه، هذا إذ لم يحرز انه مالكا للتصرف حتى يحمل فعله على الصحة و بكونه بعنوان الوكالة و من هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٤

القبيل الشك فى البلوغ و هكذا كل ما كان من هذا القبيل، و الوجه هى كلمة واحدة و هو كون الدليل على أصالة الصحة هى السيرة فهى لبيّة فيؤخذ بالمقدار المتيقن فلا يشمل الموارد المشكوكة فالمورد المتيقن لها هو ما ذكرناه.

لا يقال انه إذا اعتبر فى جريان أصالة الصحة مالكية المتصرف على التصرف فبماذا تحملون على الصحة فما إذا تردد البيع الصادر من البائع بين كونه بيعا صحيحا أو بيعا ربويا مع عدم كونه مالكا على إيجاد البيع الربوى.

فإنه يقال انه يكفى فى ذلك مالكيته على الطرف الذى تحمل فعله عليه بأصالة الصحة فلا يلزم كونه مالكا على جميع أطراف المحتملات كما لا- يخفى فيكفى فى المثال المذكور كونه مالكا على إيجاد البيع الصحيح فيحمل عليه مع التردد بينه و بين البيع الفاسد هذا كله فيما إذا لم يكن المال فى يد المتصرف، و اما إذا كان ذو اليد على المال و كان المال تحت يده فادعى كونه مالكا للتصرف بكونه وليا أو مستأذنا منه مع إمكان ما ادعاه فهل يمكن حمل فعله على الصحة هنا أم لا؟

الظاهر أنه لا يمكن حمله على الصحة هنا أيضا لعدم السيرة على ذلك بل لا بد و ان تؤخذ المال منه فضلا عن نفوذ تصرفه فإنه مع العلم بكونه غير مالكا و ان ما بيده مال الصغير فمجرد احتمال كونه مالكا على التصرف بالاستيذان أو الوكالة من وليه أو كونه وليا لا

يجوز حمل فعله على الصحة، لعدم العلم بجريان السيرة فيه، بل يكفي الشك في عدم الجريان لما عرفت من كونها دليلاً لبيئاً فيؤخذ القدر المتيقن منه فما لم يكن عالم بالسيرة فلا يمكن حمل فعله على الصحة.

نعم، يمكن الحمل فعله على الصحة لو كان ظاهر الحال تقتضى مالكيته و اعترف بعدم كونه مالكا، بل وكيلا من قبله أو مأذون منه بحيث لولا الاعتراف لعومل معه معاملة المالك كما إذا أردنا أن نشترى شيئا من البقال فقلنا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٥

أعطه بسر كذا، فقال انه مال الغير أو مال اليتيم لا اعطى إلا بضمن كذا، فليس لنا ان نأخذه و نقول فقد اعترفت بكونه مال الغير فاثبت وكالتك عنه، بل يصدق قوله فيحمل معاملاته على الصحة إذ السيرة قائمة على ذلك في أمثاله فلم يتوقف أحد في المعاملة عليه. وبالجملة فموارد الاطمئنانات الشخصية خارجة عما ذكرناه من عدم حمل فعل الغير على الصحة، إذ يحمل فيها فعل الغير على الصحة، و اما لو علمنا انه استولى على مال الغير فلا ندري انه و كيل في التصرف أو لا فيدعى الوكالة و يتصرف فيه، فلا يكون تصرفه هذا نافذا فلا يمكن ترتيب الأثر عليه.

ثم من قبيل ما ذكرناه من اشتراط حمل فعل المسلم على الصحة بكونه مالكا على التصرف ترتيب الأثر بقول الحكام الشرعية، أو مدعى التولية على وقف و نحوه، فإنه إذا شككنا في عدم مالكيته على التصرف من جهة الشك في اجتهاده أو عدالته أو في الجهات الأخرى فلا يجوز أن يحمل فعله على الصحة لعدم شمول السيرة عليه. نعم، لو أحرزنا مالكيته على التصرف و شككنا في الشرائط الأخرى، فأصالة الصحة في فعله و قوله و حكمه جارية بلا اشكال، فافهم.

قوله: ثم انه هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟

أقول: المشهور اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، بل عن بعضهم الإجماع على ذلك بل عن التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين و استدل عليه المصنف بقوله تعالى و لَّا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و ذكر حيث ان توضيح الآية لم يذكر على ما ينبغي في كلام أحد من المعترضين لبيان آيات الاحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٦

و محصل كلامه ان القرب في الآية يحتمل معاني أربعة: - الأول: مطلق التقلب و التقلب و لو من مكان الى مكان فلا يشمل ما ليس فيه تقلب كابقائه عند أحد أو على حاله.

و الثاني: وضع اليد عليه بعد كونه بعيدا عنه فيكون النهي نهيا عن ذلك، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعد في العرف تصرفا كالاقتراض و البيع و الإجارة و شبهها.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك فالمعنى لا- تختاروا في مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره.

و أما لفظ الأحسن في الآية يحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد منه الحسن نظير قوله تعالى أولوا الأرحام بغضهم أولي بغض و على الأول فيمكن أن يؤخذ التفضيل المطلق أى لا- يجوز التصرف في مال اليتيم إلا بوجه يكون أصلح من غيره من التصرفات، أو يكون المراد به الأفضلية على الترك أى قريبا يكون أحسن تركه و على الثاني فيمكن أن يراد بالأحسن ما يكون فيه صلاح فلا- يجوز التصرف إذا لم يكن فيه صلاح و يمكن أن يراد به ما لا- مفسدة فيه، و ان لم يكن فيه صلاح أيضا ثم اختار من احتمالات القرب الاحتمال الثالث و من احتمالات الأحسن الاحتمال الأول أى ما يكون بمعنى التفضيل المطلق، و عليه فإذا كان بيع مال الصغير أصلح، فبعناه بعشرة دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت إبقاء الدراهم لليتيم أو تبديله بالدينار فأراد الولي أن يجعله دينارا، فلا يجوز بعد كونه أصلح من تركه، بل هما سياتان و أن كان يجوز ذلك من الأول إذا كانت المصلحة في الابتداء في تبديل المال بالنقد

من غير فرق في تبديله بالدينار أو الدراهم و أما لو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٧

جعلنا الحسن بمعنى لا- مفسدة فيه فيجوز ذلك كما يجوز لو أخذ بالاحتمال الرابع للقرب إذ كما ان الولي مخير في الأول بين جعله دينارا أو درهما فكك له التخيير بقاء إذ ليس لأحد الفردين مزية على الآخر لا في الابتداء و لا في الاستدامة فيكون القدر المشترك بينهما هو الحسن فيكون مخيرا ابتداء و استدامة.

ثم قال ان الانصاف هو أن مرجوحية المعنى الرابع في نظر العرف ثم استظهر من بعض الروايات ان المناطق في جواز التصرف في مال اليتيم هو عدم الضرر عليه كما ان المناطق في الحرمة وجود الضرر عليه.

والذى ينبغي ان يقال ان شيئا من المعاني الأربعة لا يرتبط بالقرب اما الاحتمال الثالث فلأن مثل البيع و الاقتراض و الإجارة و نحوها مما يعد في العرف تصرفا ليس قريبا فإنه هو الإتيان و ليس في أمثال ذلك قرب و إتيان بوجه و اما المعنى الرابع فهو ليس بتمام في نفسه، بل يعد جعله من معاني القرب من العجائب إذ لا يصدق القرب على الترك و على الاعدام فهل يقال لمن ترك شيئا انه قرب منه.

و أما المعنى الثاني فلا وجه له أيضا إذ لا وجه لتخصيص القرب بالابتداء و عدم شموله للاستدامة فإنه تخصيص بلا مخصص و كك لا وجه للرابع و تخصيصه بالتقليب و التقلب و عدم شموله لا بقاءه في حاله أو عند احد مع انه يمكن أن يكون نفس الإبقاء عند أحد استيلاء عليه، بل معنى القرب هو الإتيان إلى الشيء خارجا و الاستيلاء فتارة ينسب إلى الأفعال كقوله تعالى و **لَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ** و الأخرى إلى الأعيان كقوله تعالى و **لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ** فالمعنى هنا و الله العالم انه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم و تملكه إلا بوجه يكون حسنا و مصلحة و عليه فيكون النهى متمحضا للتكليف لعدم ارتباط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٨

الآية بالمعاملات بوجه ليكون النهى إرشادا إلى الفساد كما ذكرنا مرارا من كون النهى في باب المعاملات إرشاد إلى الفساد. و بالجملة ان الآية خارجة عن المعاملات و ليست لها تماس بها لكي يباحث في فسادها و عدمها، بل هي مسوقة للنهى عن أكل ماله و الاستيلاء عليه فهي نظير على اليد ما أخذت حتى تؤدى.

ثم انه لا يفرق في ذلك بين كون الاستيلاء حدثا أو بقاء فلو كان مال زيد الصغير وديعة عند عمرو فالى سنة أحرزه، ثم استولى عليه و تملكه و تصرف فيه تصرفا الملاك فتشمله الآية أيضا إذا النهى منحل إلى نواهي عديدة على نحو العموم الاستغراقى.

ثم اختلف في ان المراد بالتى أى شىء فقيل انها كناية عن النية أى لا تقربوا مال اليتيم إلا بنية حسن، فيكون الباء صلة زائدة. و قيل ان المراد منها الكيفية أى لا تقربوا مال اليتيم إلا بكيفية حسن و ذكرنا سابقا ان المراد منها الطريقة و يكون الباء للسببية و ليس هو وصفا للقرب كما توهم و الا كان الصحيح ان يقال إلا بالذى هو أحسن، ثم لا شغل لنا في انه أى شىء أريد منها أو من الأحسن بعد مما علمت خروج الآية عن باب المعاملات و كونها ناهية عن أكل مال اليتيم و الاستيلاء عليه بأى نحو من أنحاء التصرفات كما انه لا شغل لنا للبحث في أنه أى طريق ليجوز التصرف في مال اليتيم على هذا الوجه بعد ما عرفت انه لا ولاية لأحد على الصغير و التصرف في ماله من الفقيه و الحاكم الشرع فضلا عن عدول المؤمنين و كيف بفساقهم حتى التصرفات التى كانت على مصلحة الصغير فضلا عما لا مصلحة فيه أو فيه، مفسدة لماله إلا في مورد خاص فهو صورة موت الشخص فأريد بيع ماله فدلت الرواية على قيام العدل بذلك و بيعه من قبلهم و انما التصرف يجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٧٩

في ماله حسبة و ان نظر الشارع تعلق بحفظه و حفظ ماله من كل أحد فإذا شوهده ان داره تخرب أو ماله يتلف أو هو نفسه في معرف التلف فيجب لكل أحد على مراتبهم حسبة يحفظوا ماله و نفسه و اما في غير تلك الموارد فلا يجوز لأحد ان يتصرف و لو كان على

مصلحة الصغير فكيف ما إذا لم يكن فيه صلاح، فافهم.

قوله: نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان مناط حرمة التصرف هو الضرر.

أقول: قد عرفت عدم دلالة الآية على الولاية فضلا عن اعتبار المصلحة في تصرفهم بل لا بد من العمل بمقتضى الأصل حيث علمنا جواز التصرف في مال اليتيم في بعض الموارد حسب ما إذا كان في شرف الخراب فإنه يجوز بل يجب البيع و تبديله بالأحسن و اما بيع ماله ابتداء و لو كان أصلح فلا يجوز للفقهاء فكيف بغيره إلا في موارد القسمة قد ورد النص بقيام العدل عليها و على هذا فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن من التصرف فهو صورة اختيار الأصلح فلو كان هنا مشتريان فيشترى أحدهما بخمسين و الآخر بمائة فلا يجوز بيعه بخمسين إلا إذا كان في بيعه بمائة ما يوجب التشويش و الاضطراب لكون المشتري شخصا متقلبا بجعل الخيانة في معاملاته.

و ربما قيل ان المناط عدم الضرر فقط و ان لم يكن فيه نفع لروايتين: - إحداهما: رواية الكاهلي عن الدخول على اليتامى فقال عليه السلام ان كان في دخولهم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا، و استظهر منها المصنف ان المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين الصدر و الدليل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٠

و زعم بعضهم ان الرواية إنما تعرضت لحكم صورتين إحداهما صورة وجود المنفعة لليتامى و الثانية صورة الضرر منهم، و اما الصورة التي يوازي النفع مع الضرر بحيث لم يبق في البين لا نفع و لا ضرر فسكوت عنها و قوله عليه السلام في الدليل ان فيه ضرر عليه فلا يجوز بيان لأحد شقى المفهوم لكونه أغلب فتكون الرواية أجنبية عن اعتبار عدم الضرر فقط في تصرفات الولي و لكن الظاهر ان ما فهم المصنف من الرواية هو الوجوه و ذلك من جهة ان طبع الدخول على اليتامى لا يخلو عن الضرر لكونه مستلزما لاستخدام دارهم و الأكل من طعامهم و الجلوس على بساطهم الى غير ذلك من التصرفات التي لا شبهة في كونها في نفسها ضررا عليهم فدخولهم على اليتيم بحسب الطبع ضرر عليهم و على هذا فنظر الامام عليه السلام من التجوز فيما إذا كان دخولهم عليهم منفعة ملاحظة الموارد بين ما يصل إليهم من الداخلين و بين ما يقع عليهم من الضرر فيحكم بالجواز مع وجود النفع لهم و بعدمه مع كونه ضررا عليهم و عليه فلا يكون في البين شق ثالث.

و لكن الظاهر ان الرواية خارجة عما نحن فيه إذ هي ليست متعرضة لجواز بيع مال الصغير و التصرف فيه و ان كان أصلح لهم، بل قلنا لا يجوز التصرف الا بالمقدار المتيقن الذي تقتضيه الحسبة إلا في مورد القسمة، بل هي معترضه لبيان جواز الدخول عليهم و الأكل من أموالهم إذا لم يكن فيه ضرر بأن يصل منهم إليهم في مقابل ما ورد عليهم من الضرر و لو كان النفع امرا اعتباريا كدخول الشخص التشخيص عليهم بحيث يوجب ذلك عدم جرئة الناس عليهم، بل هذا المقدار الذي تعرض له الرواية أمر وجداني، بل مما يحكم به العقلاء إذ لو لم يدخل عليهم أحد و لم يصل الى أمورهم لملاحظة الأصلح فالأصلح لم تحفظ كيانهم و وقعوا في معرض التلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨١

الثانية: رواية ابن مغيرة قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان لي ابنة أخ يتمة فربما اهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول يا رب هذا بهذا قال لا بأس فقد ظهر جوابها من الرواية الأولى أيضا، فإن غرض الامام عليه السلام ملاحظة مصلحة اليتيم في الدخول عليه و الأكل مما اهدى إليهم فإن المهدي إليهم عادة يكون أكثر مما يكفيهم من الغذاء فالزائد عنه يكون فاسدا و اما إذا ورد عليهم شخص آخر و أكل ذلك فأعطى إياهم مالا آخر في بدله فيكون أصلح لهم بلا شبهة فهي خارجة عن حدود المعاملات، كما لا يخفى.

و بالجملة مورد الروايتين غير المعاملات من الأمور التي قد حكم العقلاء على جوازه و رضى به الوجدان كما هو واضح، هذا تمام الكلام في الولاية.

الكلام في بيع العبد المسلم على الكافر

إشارة

قوله: مسألة: يشترط فمّن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان يكون مسلما.

أقول: من جملة شرائط المتعاقدين أن يكون المشتري مسلما إذا كان المبيع عبد مسلما فلا يجوز نقل العبد المسلم الى الكافر و هذا الحكم لا يختص بالبيع، بل يجرى في جميع ما يوجب تملك الكافر المسلم و لو كان بغير البيع إذ الغرض عدم تملك الكافر على المسلم بناء على عدم جوازه لا حرمة البيع منهم و استدل على ذلك بوجوه: - الأول: التسالم بين الفقهاء على عدم الجواز و دعوى الإجماع عليه، فعهدته على مدعيه فيكون ذلك حجة لمن يطمئن به.

الثاني: الروايات الواردة في عدم استقرار ملك الكافر على المسلم و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٢

استدامته بأنه لو ملكه قهرا بارث بان كان العبد المسلم تحت يد الكافر فأجبر على البيع فمات و انتقل الى وارثه فيبيع على الوارث فيعطى ثمنه منهم لا- ان العبد المسلم كان للكافر من غير أن يجبر بالبيع فمات و انتقل الى الوارث و الاخبار الواردة في إسلام العبد الكافر في ملك سيده فإنه يبيع عليه أو كانا مسلمين فارتد المولى و كفر فإنه يبيع العبد عليه و هكذا فيستفاد منها عدم استدامة ملك الكافر على المسلم و انه لا يستقر بقاء فيدل على عدم الملك حدودا أيضا إذ لا يفرق فيه بين حدوث و البقاء فإذا لم يرض الشارع بذلك بقاء لم يرض به حدودا أيضا و نزلوا ذلك بمنزلة استفادة حرمة تنجيس المسجد من الأمر بالإزالة إذ لو لم تكن التنجيس محرّما لم يكن وجه لوجوب الإزالة و أيضا نظير ذلك ما إذا أمر بإخراج أحد من الدار، فإنه يستفاد منه حرمة إدخاله الدار فان غرض المولى عدم وجوده فيها و كونه مبغوضا له لا مجرد إخراج و إدخاله ثانيا.

و فيه ما أجاب به المصنف

ان الأمر بإزالة ملك الكافر عن المسلم بقاء حكم تكليفي بحيث يحرم إبقائه في ملكه و يجب إخراج عنه فلا يدل على عدم ملكه ابتداء الذي هو من الأحكام الوضعية نعم يدل على عدم كون ملكه مستقرا حدودا كما دلّ على ذلك بقاء.

و بعبارة أخرى لا دلالة فيها على أزيد مما تدل على حكم البقاء فهي تدل على وجوب إزالة ملك الكافر عن العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفا فيدل على حرمة تملك الكافر العبد المسلم أيضا تكليفا، و اما انه لا يملك بالشراء أو بالصلح أو بالهبه فلا يستفاد منها.

نعم، لو دلت تلك الروايات على اعتناق العبد المسلم في ملك الكافر بقاء لدلت على عدم ملكه له حدودا أيضا و ليس الأمر كك و

انما هي متعرضة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٣

لجهة الحكم التكليفي فقط من جهة البقاء كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عن النص الوارد في عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين عليه السلام اذهبوا فبيعوا من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده.

و وجه الظهور ان التخصيص بالمسلمين انما هو من جهة ان الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر و النهي عن إبقائه عنده فلا يحصل ذلك الغرض بنقله الى كافر آخر فلا يدل ذلك على فساد بيعه من الكافر ابتداء و عدم صحته و ان الكافر لا يملكه من الأول.

و لا- وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان أمر الأمير المؤمنين عليه السلام بالبيع من المسلم و نهيه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمة العقلية على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهي نظير ما لو قيل أزل النجاسة عن المسجد فكما يفهم منه حرمة إدخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك.

لما عرفت من عدم الملازمة بينهما بوجه فما افاده المصنف متين جدا و بعد بيانه على الذى فى المتن لا يبقى مجال لما ذكره شيخنا الأستاذ بل لا نفهم معنى كلامه.

و الحاصل: انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه:-

منها: التسالم

فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدق

و منها: الأخبار الواردة فى موارد عديدة

الدالة على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر.

و فيه انها تدل على وجوب إزالة العلقه المالكيه للكافر من العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفيا فلا يدل على عدم صحة التملك حدوثا وضعا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٤

نعم، لو كانت دالة على اعتاقه عليه بقاء فى تلك الموارد لدلت على عدم حدوث الملكية حدوثا أيضا للملازمة العرفية بينهما و ليس كك.

و منها: ما عن الأمير عليه السلام و لا تقزوه عنده فيبعوه من مسلم.

و فيه أولا ما تقدم من انها تدل على حرمة إبقاء العبد المسلم فى ملك الكافر تكليفيا فلا يدل على عدم التملك حدوثا وضعا بل تكليفيا فتقيده عليه السلام بالبيع من مسلم من جهة عدم حصول الغرض و هو إزالة ملك الكافر عن المسلم بالبيع من غيره فالنهي عن التقرر عنده نهى تكليفى محض.

و ثانيا: ان الأمر بالبيع و الناهى عن إبقائه عند الكافر هو الأمير عليه السلام و لا شبهة ببعه من الكافر حرام فهو عليه السلام لا يأمر بالحرام.

و بالجملة الرواية أجنبية عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداء.

و منها الآية المباركة لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا بدعوى ان تملك الكافر المسلم بالبيع أو بغيره سبيل عليه فهى منفية بالآية المباركة.

قال المصنف: ان باب المناقشة فيها واسع

ثم أشكل عليها بوجوه و قبل جميع المناقشات ان السبيل عبارة عن السلطة الخارجية فالملكية من الأمور الاعتبارية فلا يصدق عليها السبيل.

الثانى: ما أورده المصنف أولا أن الآية لا دلالة فيها بنفسها و لو بقرينة السياق على المطلوب إذ مقتضى النفي بلن التأييدية هو نفي السبيل من الكافر الى المسلم فى آن من الآتات فهذا المعنى غير قابل للتخصيص بوجه فيعلم من ذلك ان المراد منه ليس نفي السبيل تكوينيا بداهة ثبوته للكافر على المسلم فى جميع الأزمنة أو فى أكثرها لكون المؤمن فى ذل و مشقة دائما و لا ان المراد نفي التملك ثبوت ملكيته عليه كثيرا كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٥

إذا كان عنده عبد مسلم فلم يلتفت اليه المسلمون لبيعه فمات و انتقل الى وارثه أو أرادوا ببعه فمات أو لم يقدروا على بعه فمات و

انتقل الى وارثه فان في جميع هذه الصور تملك الكافر للمسلم، بل تسالم الفقهاء على جواز بيع المسلم من الكافر إذا كان ممن يعتقد عليه فيتجلى من ذلك كله ان الآية أجنبية عن هذه الأمور و إلا لزم القول بالتخصيص فقد قلنا ان الآية آية عن التخصيص. اذن فلا بد وان يراد من الآية معنى لا يقبل التخصيص و لو بقرينة ما قبلها و هو قوله تعالى فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ و من الواضح ان الحكومة الإلهية بين العباد مختص بالأخرة فتكون الآية راجعة إليها إذ فيها ليس للكافر على المسلم سبيل بوجه فان الله يحكم بينهم دون غيره، فلا ظلم في حكمه تعالى.

و بالجملة مقتضى ظهور نفس الآية و مقتضى سياقها و صدرها اختصاصها بالأخرة فلا يشمل السبيل الديوى فضلا عن شموله على التملك.

هذا حاصل ما ذكره المصنف مع التوضيح و الإضافة منا فلا مناص عنها بوجه.

ثم ناقش ثانيا بأنه لو أغمضنا النظر عما ذكرناه و قلنا بشمولها بالسبيل الديوى و تملك الكافر المسلم فلا يساعده ما ورد في تفسيرها من ارادة الحجّة عن السبيل و ان الإسلام لعلو شأنه و رفعة مقامه و مكانة حقانيته و وضوح حججه و بيناته يعلو على كل الأديان و لا يعلو عليه دين و مذهب، فالمراد من الآية هو نفى تفوق حجّة الكافر على حجّة الإسلام كما خاطب النبي الأكرم (ص) أهل الجاهلية مرارا هل لكم من سلطان و بينة و حجّة و قد نطق بذلك القرآن المجيد في موارد عديدة و الروايات المتكثرة و ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٦

الكافرين كلما طالبوه عن النبي (ص) من البيئات فأتاه و لكنهم عجزوا عن مقاومته بالحجج و البيئات و قد ورد في تفسيره ان قوما زعم بذلك عدم قتل الحسين عليه السلام، بل رفعه الله فألزمهم الإمام عليه السلام بأنه و قد قتل من هو أشرف منه أعنى على و ابنه الحسن (ع) و بأنه لو كان الأمر كك، فلم قتل الأنبياء كما حكاها الله تعالى في كتابه، بل المراد انه ليس للكفار حجّة على المسلمين فإنهم يغلبون عليهم في كل حجّة و إنما فالسيرة العملية جرت على أن المسلمين من المظلومين و المقهورين من زمن آدم الى هذا الزمان، إذ أول من تصدى الى ذلك ابن آدم قابل حيث قتل هابل، فجرى الحسد و العداوة بين الناس، بل في بعض الاخبار: ما منّا الا مسموم أو مقتول. فيعلم من جميع ذلك و ممّا ورد في تفسير الآية من العيون المشار إليه ان المراد من الآية نفى الحجّة في الدنيا و الا فمن جهة غير الحجّة فالكفار لهم سبيل على المؤمنين بلا ريب ثم قال المصنف و تعميم الحجّة على معنى يشمل الملكية و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

و فيه انه يمكن المناقشة في هذا الوجه من جهة ان الحجّة و ان لم تشمل الملكية الا ان تفسير الآية بها لا يوجب اختصاصها بها بل من الممكن ان يراد من السبيل معنى جامع و مفهوم عام يشمل الحجّة و غيرها و يكون التفسير بالحجّة من باب بيان المصداق و عليه فيشمل السبيل الملكية أيضا مع قطع النظر عن عدم شموله لها في نفسها.

و بالجملة لو أمكن شمول السبيل على الملكية فتفسير الامام عليه السلام الآية بالحجّة لا يوجب عدم شمولها للملكية، بل يمكن شمولها لو أريد من السبيل معنى جامع و قد ورد في هذا المعنى و ان تفسير آية بفرد ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٧

تخصيصها لها به، بل من باب تطبيق الكلى على الفرد اخبار ذكرها في كتاب سمي مقدمه البرهان و فيها ان القرآن يجرى كما تجرى الشمس و القمر فلو أن آية نزلت على قوم فلا يختص به و الا نفذ القرآن بزوال القوم، بل من باب التطبيق.

و عليه فلو طبق الجبت و الطاغوت بالشيخين فليس معناه انه لا يمكن ارادة غيرهما منها و من هذا تنحل شبهات كثيرة في ذلك الباب و قد ذكرنا تفصيل ذلك في بحث التفسير.

ثم ناقش الشيخ في الآية ثالثا بعد الغرض عن المذكورات من جهة تعارض عموم الآية مع عموم ما دلّ على صحة البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة و تسلط الناس على أموالهم و حكومة الآية عليها غير معلومة.

وفيه انه لا يفهم ما يريد من هذه المناقشة إذ لو قلنا بتقدم عموم أو فوا بالعقود على الآية المذكورة كما هو الظاهر إذ عمومه بالوضع لوضع الجمع المحلى للعموم فيها فيشمل مورد النزاع فيحكم بصحة بيع عبد المسلم من الكافر، و إلا فالتعارض بينهما بالعموم من وجه، ففي مورد الاجتماع يحكم بالتساقت و تكون أصالة الفساد محكمة فلا يكون وجه للصحة، ح بل تكون النتيجة نتيجة التمسك بعموم نفي السبيل كما هو واضح.

ثم قال مضافا الى ان استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضى الصحة إذا كان الكافر مسبقا بالإسلام أو كان العبد مسبقا بالكفر، فان فيها نستصحب صحة البيع الثابت قبل الكفر، و في غير هذه الموارد نحكم بالصحة لعدم القول بالفصل و لا تعارضه أصالة الفساد في سائر الموارد لحكومة، استصحاب الصحة عليها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٨

وفيه ان كلامه هذا من أوله الى آخره غير صحيح إذ الاستصحاب هنا تعلقي لا نقوله به لعدم ثبوت الحكم المنجز هنا لنستصحبه، بل الثابت قبل الكفر أنه لو باع لصح فاستصحابه الاحكام فلا نقول به.

و ثالثا: ان الكافر و المسلم في نظر العرف موضوعان متباينان، فإذا كفر المولى أو أسلم العبد فلا وجه لاستصحاب حكم ما قبل الكفر و الإسلام لتبدل الموضوع في نظر العرف.

ومع الغض عن جميع ذلك، فلا وجه لعدم القول بالفصل في الأحكام الظاهرية و انما هو في الأحكام الواقعية، و اما الأحكام الظاهرية فالتفكيك فيها من الكثرة بمكان و ألما يلزم اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس باطل مثلا- لو كان هناك ماء ان كلاهما بمقدار معين، فكانت الحالة السابقة في إحدهما الكرية و في الأخر القلة فاستصحاب كل من الحالتين يغير استصحاب الحالة الأخرى لكون كل منهما تابعا على شك و يقين، فليس لأحد ان يجرى الاستصحاب في أحدهما و يحكم بثبوت الحكم في الأخر بالملازمة بينهما، لكونه اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس و هكذا لو توضع بأحد، أطراف العلم الإجمالي غفلة فيحكم ببقاء الحدث و طهارة البدن الى غير ذلك من الموارد و من هنا قلنا بأن سلمان لو استصحت حكما من أحكام الشرائع السابقة لا يثبت ذلك في حقنا بالاشتراك في التكليف فان الاستصحاب تابع للشك و اليقين من كل أحد فشك السلطان و يقينه غير الشك و اليقين الموجود فينا.

و بالجملة مورد عدم القول بالفصل في الأحكام الواقعية لوجود الملازمة بينها دون الأحكام الظاهرية لعدم وجود الملازمة بينها كما عرفت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٨٩

على انه مع الغض عن جميع ذلك و تمامية عدم القول بالفصل فلا وجه لمعارضته أصالة الفساد في مورد آخر فهو بيع العبد المسلم ابتداء من الكافر مع أصالة الصحة في الموردين المذكورين الذين جرى فيها الاستصحاب، نعم جريانها في مورد واحد و معارضتها فيه تقديم أصالة الصحة على أصالة الفساد للحكومة لا-ريب فيه، و لكنه غير تعارضها إذا جريا في موردين، بل يعمل بكل منهما في مورد من غير تعارض و تمنع أصلا.

و الحاصل: أن حاصل كلام المصنف هو لو كان العبد و المولى كافرين فأسلم العبد أو كان المشتري مسلما فكفر فإنه في هذه الموارد يجرى استصحاب صحة البيع الثابت قبل الكفر و الإسلام و في غيره هذه الموارد يتم المطلب بعدم القول بالفصل و على تقدير عدم جريان عدم القول بالفصل فأصالة الصحة في هذين الموردين يعارض بأصالة الفساد في سائر الموارد، كما إذا لم يعلم الحالة السابقة فإن مقتضى أصالة الفساد اعنى عدم انتقال مال أحد إلى شخص آخر جارية فيها فيقع المعارضة بينهما فتقدم أصالة الصحة على أصالة الفساد للحكومة.

و يرد عليه أولا- ان الاستصحاب هنا تعلقي، فلا نقول بجريانه فلا نقول بحجته في الأحكام التعلقية، و مع الغض عنه فلا يجرى في

الشبهات الحكمية و مع الغض أيضا فالموضوع هنا متبدل حيث ان موضوع الجواز في أحدهما الكفر و الآخر الإسلام قد تبدل كل منهما إلى الآخر فهما في نظر العرف من المتباينين فيكون الاستصحاب اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و ثانيا: ان عدم القول بالفصل بناء على اعتباره و حجته انما يتم في الأحكام الواقعية أى الأحكام الثابتة بالأمارات مع القطع بالملازمة بينهما و اما الأحكام الظاهرية أى الأحكام الثابتة بالأصول سواء كانت محرزة أو غير مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٠

محرزة فلا يجرى فيها و لذا يحكم في مقدار خاص من الماء تارة بالقله إذا كان مسبوqa بها، و اخرى بالكثرة إذا كان مسبوqa بها، و يحكم في مكان خاص بوجوب القصر تارة و بوجوب الإتمام أخرى لاختلاف الحالة السابقة الى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي وقع التفكيك فيها في الأحكام الظاهرية.

و الوجه في ذلك: ان جريان الاستصحاب تابع لوجود اليقين و الشك فأينما وجدا نحكم بجريانه و آلا فلا، سواء توافق مفادهما أم تخالفا، كما لا يخفى.

و ثالثا: ان أصالة الصحة انما تعارض أصالة الفساد في العقود متقدم للحكومة إذا كانا واردين على مورد واحد كما إذا شك في ان عقد الفلاني صحيح أو فاسد، فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين إلى الآخر هو الفساد و مقتضى أصالة الصحة هو الصحة فتكون مقدمة على أصالة الفساد لحكومتها عليها إذ لو لم تتقدم لكانت ملغاة إذ ما من مورد من موارد أصالة الصحة إلا فأصالة الفساد فيه موجودة فلو كانت حاكمة على أصالة الصحة لم تكن فائدة في جعل أصالة الصحة.

و أما في الموردین، بان كان الجارى في مورد هي أصالة الصحة، كالمثلين المتقدمين، و في مورد آخر هي أصالة الفساد فلا تكونان من المتعارضين فضلا عن تقدم أصالة الصحة على الآخر للحكومة.

و بالجملة لا- دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، نعم لو تم هنا إجماع أخذ به و آلا فنحكم بالجواز، و اما قوله (ص): الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه، شىء فمضافا الى ضعف السند فيه ان المراد منه علو نفس الإسلام لوضوح محجة و براهينه و بيناته ليم لله الحجة البالغة و يهلك من هلك عن بينة و يحيى من حى عن بينة و لا يكون للناس حجة بعد الرسل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩١

لا علو المسلمين على الكفار بداهة مشاهدة علو الكفار على المسلمين كثيرا بل المسلمون مظلومون في كل دورة و كورة كما أشرنا إليه قبيل هذا.

ثم لو بنينا على عدم الجواز فهل يختص الحكم بالبيع فقط أو يجرى في غيره كمطلق تملك المنفعة أو تملك عينه بالصلح أو كان العبد مورد الحق الكافر كالارتهان أو كان تملكيا للمنفعة كالإجارة أو اباحة لها كالعارية أو مجرد استيمان كالوديعة فهل يختص الحكم بالعبد أو يجرى في غيره أيضا فإن كان المدرك للحكم هو الإجماع فالمتيقن منه هو البيع فلا يجرى في غيره تملكه إياه بالصلح أو بالهبة أو تملك منفعة بالإجارة أو العارية أو جعله عنده وديعة أو رهنا.

و ان قلنا بان المدرك لذلك هو الآيه المتقدمة و قلنا بشمولها لمطلق السلطة و لو كانت بالاستخدام أو الاستيجار فيشمل ح جميع موارد السلطة و الاستيلاء عليه.

و على هذا فنقول اما الوديعة فلا شبهة في جواز وديعة العبد المسلم عنده أو إجارة الكافر لحفظه إذ ليس الغرض منها آلا الحفظ من دون تسلط للكافر عليه بوجه ليكون استيلاء محرما و أما الإجارة فلا بد و ان يفصل فيها فإنها كانت بحيث تقتضى استيلاء الكافر على المسلم فلا يجوز كالإجارة المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر و العبد و مجرد ان الحر ليس قابلا للتملك و الغصيبة لا يقتضى سلب سلطة الكافر إذ لو ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه عليه بلا شبهة و ارتياب.

و أما لو كانت الإجارة متعلقة بذمة المسلم كما لو آجر نفسه لان يخطط له ثوبا أو آجر عبده كذلك فان مجرد ذلك ليس سبيل عليه،

بل هي مثل الاقتراض منه فهل يتوهم أحد أنه سبيل على المسلم و إلا لما استقرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٢

الأمر (عليه السلام) من اليهود، بل ربما يكون الأجير اشخص من المستأجر كالخياط الذي استأجر نفسه لخياطة ثوب أحد من الكافرين الذي أدنى منه بمراتب أو غير ذلك من الأمور وهكذا العارية.

و اما الارتهان فهو أيضا ككك إذ مجرد تعلق حق الكافر بالعبد المسلم لا يستلزم إثبات السبيل عليه، بل انما يستلزمه إذا كان تحت سلطته و مستوليا عليه كما هو واضح.

و بالجملة ففي كل مورد لزم من اجارة المسلم حرا كان أو عبدا من الكافر أو إعارته منه أو رهنه عنده سبيل عليه فلا يجوز و إلا يجوز، و قد ذكر ذلك أوضح من ذلك في تقرير شيخنا الأستاذ.

قوله: ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته.

أقول

يقع الكلام في بيان الكافر،

إشارة

قال المصنف ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلات و المرتد.

و فيه ان ما ذكره عجيب من حيث المدعى و الدليل اما الأول فإن المرتد كافر حقيقة إذ المراد به من لم يؤمن بالله و برسوله و بيوم الآخر، فلا وجه لتفريع ذلك على كون المراد من الكافر من حكم بكفره.

نعم هذا يتم في النواصب و الغلات لدخولها تحت الكافر حكما و إلا فهما من افراد المؤمن حقيقة إذ المراد من المؤمن في القرآن من يؤمن بالله و برسوله و بيوم الآخر فهم ككك و ان كان أحدهما ناصبا لأهل البيت و الآخر غالبا فيهم.

و اما من حيث الدليل فمن جهة ان موضوع البحث هنا هو الكافر و عدم جواز بيع المسلم منه سواء كان طاهرا أو نجسا فبحث نجاسته الكافر أجنبي عن ذلك، بل بينهما عموم من وجه إذ قد تكون النجاسة ثابتة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٣

موضع فلا- يشملهم عنوان الكافر كالنواصب فإنهم نجس بلا شبهة فقوله عليه السلام لا شيء أنجس من الكلب و الناصب بنا أهل البيت، أنجس من الكلب و مع ذلك يجرى عليهم حكم الإسلام في الإرث و النكاح و غيرهما من أحكام الإسلام، و ان كان شر من الكافر، نعم نجاسة الغلات ليست مسلمة، و قد يترتب حكم الكفر على مورد من غير ان تثبت فيه النجاسة كالكتابي بناء على طهارتهم لكون طهارتهم و نجاستهم مختلف فيه بين الأصحاب، و قد يجتمعان.

و بالجملة ان البحث عن حرمة بيع المسلم من الكافر و عن نجاسة الكافر و النواصب بحثان لا تماس بينهما بوجه، اذن فلا وجه لما افاده المصنف من المدعى و الدليل و ما فرع عليه من الحكم.

و اما الأطفال و المجانين منهم

فقد استشكل المصنف في ثبوت الحكم لهم.

فنقول: بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر لا شبهة في ساريتة إلى الأطفال و المجانين منهم اما الأطفال منهم على قسمين، لأنهم اما مميزون أو غير مميزين، اما الأول: فلا- إشكال في صدق الكافر عليهم حقيقة إذ المراد من الكافر كما عرفت من ينكر الصانع و رسوله و يوم الآخر أو يكون مشركا بالله و الطفل المميز إذا أنكر الصانع أو أشرك به و أنكر يوم القيامة فيصدق عليه انه كافر حقيقة.

و اما الثانى فان لم يصدق عليهم عنوان الكفر حقيقةً ألاً ان الحكم ثابت لهم جزماً للقطع بعدم الفصل.
و اما المجنون فتارةً يكون جنونه فى حال الكفر بان كان يهودياً أو نصرانياً أو ملحداً أو مشركاً فعرض له الجنون فى تلك الحالة فهو كافر أيضاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٤

حقيقةً فيقال انه يهودى أو نصرانى أو ملحد مجنون و مرتكزاته أيضاً مرتكزات الكفر و الإلحاد.
و اخرى يكون جنونه من البدو و أول الأمر فهو و ان لم يصدق عليه عنوان الكافر و لكن يشمله الحكم بعدم القول بالفصل جزماً بين افراد المجانين.

هذا كله من طرف المشتري، و اما من جهة المبيع أى بيع الطفل المؤمن و المجنون المؤمن من الكافر فيظهر حكمه مما ذكرناه إذ لا ينكر صدق المؤمن على بعض افراد الطفل لعرفانه المبدء و المعاد، بل ربما يكون ايمانه أكمل من أكثر البالغين و كك لا شبهة فى صدقه على المجنون فى حال الإسلام، فيتم الحكم فى غيرهما بعدم القول بالفصل جزماً كما هو واضح، إذ لم يقل احد بجواز بيع بعض افرادهما و بعدم جواز بعض افرادهما الأخر ثم ان مفروض الكلام فى المجنون ما إذا كان البيع له بان كان المتصدى للبيع غير مستقل فى التصرف و ألاً فلو كان المتصدى له ولى له و كان كافراً و مستقلاً فى التصرف كيف شاء فهذا لا يجوز بلا شبهة بناء على عدم الجواز.

و اما المخالف

إشارة

فليس بكافر قطعاً فلا يشمل حكمه فيجوز بيع العبد المسلم منهم لإقرارهم بالشهادتين ظاهراً و باطناً و اما ما دلّ على كفرهم فلا يراد بظاهرها، فقد قلنا فى أبحاث الطهارة ان المراد من الكفر ترتب حكمه عليه فى الآخرة و عدم معاملته المسلم معهم فيها، بل يعاقبون كالكافر و لا يثاب بأعمالهم الخيرية الصادرة منهم فى الدنيا كالصلاة و غيرها.
نعم، بناء على عدم تزويج المؤمنة من المخالف لا يجوز بيع الأمة منهم.

و أمّا بيعهم من الكفار

إشارة

ففى هنا مقامات:

الأول: فى بيع السنّى منهم

بحيث كان معتقداً بالله و برسوله و بيوم القيامة و لكن لم يعتقد بالولاية، الظاهر أنه لا يجوز إذ المراد من نفي السبيل من الكافر على المؤمن هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٥

نفي السبيل عن ليس بمنكر للصانع و للرسول كما هو المقصود من المؤمن فى تمام القرآن فيبيعه منهم إثبات سبيل لهم على المؤمن و اختصاص المؤمن فى اصطلاح اليوم بالشيعة انما هو من زمان الصادقين (ع) بإرادة الايمان بالولاية و ان من لا يؤمن بالولاية فلا ايمان له و نحو ذلك من المؤمن الوارد فى الروايات كقولهم: المؤمن لا يقل بالمخالف فان المراد منه هو المؤمن بالولاية قطعاً ألاً انه

اصطلاح من زمان الصادقين عليهما السلام كما عرفت و هذا لا يوجب ارادة ذلك من الايات القرآنية مع التصريح في القرآن بإرادة غير ذلك، حيث قال «يؤمن بالله و برسوله». و بالجملة انه لا يجوز بيع السنى المقر بالله و برسوله و بالقيامه من الكافر قطعاً، لكونه مؤمناً حقيقةً فيلزم من بيعه منهم إثبات السبيل عليه و قد نفى ذلك بالآية.

الثانى: انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافراً،

و ان أقر بالشهادتين و بالقيامه، و لكنه من الخوف و ذلك كأكثر المسلمين فى زمان الرسول (ص) حيث أقروا بالشهادتين لخوف السيف من دون ان يصدقهم قلوبهم و قد سماهم الله تعالى فى كتابه بالمنافق و الوجه فى ذلك هو عدم شمول الآية لهم فإنهم ليسوا بمؤمنين إذ الإيمان عبارة عن التصديق القلبى فليس فيهم تصديق بالله و برسوله و لذا قال الله تعالى إذ جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله و الله يعلم إنك لرسوله و الله يشهد إن المنافقين لكاذبون لعدم تصديقهم نبوة النبى (ص) بل هم أشد من الكفار و لذا قال الله تعالى إن المنافقين فى الدرك الأسفل من النار.

و بالجملة و ان قلنا ان المراد من الايمان فى القرآن غير ما هو المراد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٦

به فى الاخبار و فى اصطلاح و ان المؤمن فى القرآن معنى أعم و لكن مع ذلك لا يشمل المنافقين لعدم ايمانهم بالله أصلاً. نعم، يصدق عليهم الإسلام لكونه مترتباً على الإقرار بالشهادتين فقط و ان لم يقارن بالتصديق القلبى فيترتب عليهم حكم الإسلام فى المعاملات، و الإرث، و الذى يوضح ذلك ان الإسلام قابل بالكفر فى القرآن فى الايات الكثيرة و الايمان بالإسلام فى قوله تعالى قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لَكِنْ قَوْلُوا اسْلِمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ إذ لو كان المراد من الايمان هو الإسلام لما قابلا فى هذه الآية الشريفة.

و قد منع المصنف عن بيع المخالف و لو كان منافقاً نعلم كفره بدعوى

ان المراد من المؤمن فى آية نفى السبيل انما هو المقر بالشهادتين و نفيه عن الاعراب الذين قالوا آمنا و لما يدخل الايمان فى قلوبكم انما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا فالمراد بالإسلام هنا ان يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر، لا الباطن، بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على ان ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً فى خارج القلب، و الحاصل ان الايمان و الإسلام كانا فى زمان نزول الآية بمعنى واحد

و فيه: انه لا- معنى لثبوت الايمان فى خارج القلب و إرجاع السلب فى الآية إلى إرادة عدم دخوله من الظاهر فى الباطن و ذلك لان الإيمان أمر قلبى لا معنى لثبوته فى خارج، كما هو المقصود منه لغة الذى عبارة عن التصديق، فليس المراد من الآية إلا معناه اللغوى من التصديق فلا معنى للتصديق فى خارج القلب و التعبير بعدم الدخول ليس من جهة أن للايمان محلان. محل فى خارج القلب و محل فى داخل القلب، بل من جهة أن محله ليس إلا القلب و ذلك نظير قولك لما يدخل الرحم فى قلبه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٧

فإنه من جهة ان الرحم مورد القلب ليس إلا- ان هنا رحم فى ظاهر القلب و رحم فى باطن القلب، و هكذا السخاوة و الشجاعة و الشقاوة و غيرها من الصفات و الكيفيات النفسية فإن التعبير بعدم دخولها فى القلب من جهة عدم وجود المحل لها غير القلب كما هو واضح، لا انها تثبت فى خارج النفس و من هنا ظهر ما فى ذيل كلامه ان الإسلام و الايمان فى القرآن بمعنى واحد إذ لو كان واحدا لم يبق وجه للمقابلة بينهما.

ثم استشهد على مراده برواية حمران بن أعين فقد ظهر جوابه مما ذكرناه أيضاً، بل هى شاهدة على ما ذكرناه كالاية إذ التعبير بعدم

دخول الايمان فى القلب شاهد على ان مورده هو القلب و ان الايمان لا يصدق بدونه و ليس مجرد الإقرار بالشهادتين ايمان، بل هو الإسلام محض كما هو واضح و قد رأيت فى بعض كلمات السيد شرف الدين أيده الله تعالى ما لا بأس بنقله حيث أجاب عن قول العامة بأن أصحاب الرسول كلهم عدول بأنه لو كان ككك لزم القول بان وجود النبي (ص) كان موجبا لفسق بعضهم و نفاق الأخر، فإن الله تعالى أخبر فى كتابه بوجود المنافق بينهم الذى أسفل دركا من الكافر فإذا مات الرسول (ص) فصار موته سببا لاتحادهم و عدالتهم مع ان الله تعالى يقول وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ فهو كلام متين فى غاية المتانة.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٥، ص: ٩٧

نعم لو كان الدليل على عدم جواز البيع هو الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه، أو ما عن الأمير عليه السلام اذهبوا فبيعوه (اي العبد المسلم) و لا تقروه عند لشملم المنافق أيضا.

قوله: ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع.

إشارة

أقول: بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر فقد استثنى منه أمور:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٨

الأول: ان يكون البيع مستقبلا للانعتاق القهرى واقعا

كما إذا باع المسلم عبدا مسلما من الكافر و كان أبأ له أو باع امه و كانت من أرحامه فإنه ينعق هذا عليه بمجرد البيع فإنه جائز بلا شبهة فإنه لو قلنا بعدم الملكية الحقيقية، بل مجرد الفرض و التقدير فواضح إذ ليس هنا الملكية فضلا عن ان يلزم هنا سبيل للكافر على المؤمن و ان قلنا بالملكية الحقيقية انا ما أيضا ككك فان تملك الكافر المسلم لا يجوز إذا كانت للملكية أثر و كان ترتبه عليها سبيلا عليه و ليس للملكية آنا ما اثر ليلزم من ترتبه عليها سبيل عليه.

و قد استدل المصنف على عدم الجواز بدعوى

ان ذلك منة على المسلم بان يباع من الكافر و ينعق عليه.

و فيه انه لو تم انما يتم موجبة جزئية لا كليتا إذ ربما لا يلتفت الكافر بالموضوع و انه ممن ينعق عليه أو بالحكم و ان الإنسان لا يملك بعموديه فلا يكون هنا منة أصلا و على تقدير المنية و لو موجبة جزئية فأى دليل دل على عدم جواز منة الكافر على المؤمن و لم يرد انه لا منة للكافر على المؤمن، فلو كانت المنية من الكافر على المؤمن غير جائزة لزم عدم جواز الاستقراض منه مع انه جائز بلا شبهة، بل عليه جرت السيرة القطعية إلى زمان المعصومين عليهم السلام.

الثانى: ان يكون العبد المسلم ممن ينعق عليه ظاهرا

فهو على قسمين إذ قد يكون المقر به عبدا واقعا و لكن لا- يعلم انه ممن ينعق عليه واقعا أولا- ألا أنه يجعل ممن ينعق عليه باعترافه بذلك فح يكون ذلك مثل القسم الأول فإن قلنا بالملكية الحقيقية انا ما فلا يكون مثلها موجبا لإثبات السبيل و ألا فالأمر أوضح.

و اخرى يتعرف الكافر بكون العبد الفلانى حرا ثم أكذب نفسه فأقدم على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٩٩

بيعه فهل يحكم بصحة البيع مع عدم تسليم الحر منه بحسب اعترافه و ان كان في الواقع عبدا و يؤخذ منه الثمن لعدم نفوذ اعترافه في حقوق الغير أو يحكم بصحة البيع و اختار المصنف عدم الصحة بدعوى العلم الإجمالي بكونه اما صادقا فلا يصح شراء الحر و اما كاذبا فكذاك لعدم صحة شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشراء ثم عقبه بالأمر بالتأمل بعد قوله ألا ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم.

و الظاهر ان الأمر به إشارة إلى كلام صاحب الحدائق حيث فصل في تنجز العلم الإجمالي بين ما كان في أطرافه جامع تحقيقى يكون موضوعا للحكم و مما جعل عليه ذلك و بين ما لم يكن كذلك، بل يكون بينهما جامع انتزاعى ففى الأول يكون العلم الإجمالي منجزا كما إذا كانت النجاسة مرددة بين هذا الكأس و الكأس الأخر، و كان الغصب مرددا بين هذا الثوب و الثوب الأخر.

و اما الثانى فلا يكون العلم الإجمالي منجزا، بل يكون كل من الطرفين مورد للأصل كما إذا تردد بين كون الكأس الشرقى متنجسا أو الغربى مغسوبا فإنه لم يجعل الحكم على الجامع بينهما بخلاف الأول و قد نقل المصنف كلام صاحب الحدائق فى الرسائل و جعله تفصيلا فى تنجز العلم الإجمالي ثم

قال هذا إذا لم يتولد منه علم تفصيلى و ألا فلا مناص عن التنجز و عليه فمقامنا من هذا القبيل.

و لكن أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه لا وجه للبطلان على كل تقدير فإنه على تقدير صدق الاعتراف يكون كسائر الموارد التى يجوز بيع عبد المسلم من الكافر و يعتق عليه فلا يكون العلم الإجمالي منجز كما لا يخفى.

الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق

و يقول أعتق عبدك عنى فقد مرّ فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٠

المعاطاة انه لا داعى للالتزام بالملكية هنا انا ما للجمع بين الأدلة حيث انها دلّت على صحة استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملى و دلّت على انه لا-عتق إلا فى ملك فمقتضاه دخول العبد فى ملك الأمر و خروجه عنه و عليه يكون ذلك مثل العمودين فلا شبهة فى جوازه إذ ليس هذا سبيلا على المسلم و انما لملكية بمقدار تصحّ العتق فقط نظير بيع ذى الخيار المبيع فإنه يبيعه هذا يوجب دخول المبيع فى ملكه آنا ما فينتقل إلى المشتري.

و ان قلنا بعدم احتياج العتق الى ذلك و كفاية كون المعتق مالكا و ان لم يكن المعتق عنه كك فالأمر أوضح.

و منها: اشتراط العتق فى البيع.

و فيه: انه ان كان المراد منه التزلزل من جهة الشرط فهو لا يختص بصورة الاشتراط، بل يجرى فى جميع موارد البيع الخيارى، بل الأمر فيها اولى لكون الخيار و التزلزل فيها من الأول فهذا بخلافه هنا فان التزلزل انما يثبت بعد التخلف كما لا يخفى.

و ان كان المراد من التزلزل من جهة كون المشروط له مالكا لا جبار المشروط عليه على البيع فهو موجود فى جميع موارد مالكية الكافر للمسلم فلا يختص بصورة الاشتراط كما لا يخفى.

و بالجملة: لم تتصور وجهها لهذا الاستثناء بوجه.

قوله: و اما التملك القهرى.

أقول: كما لو ورثه الكافر أو من اجبر على بيع فمات فهل ينتقل العبد المسلم بذلك الى الكافر أو استأجر على عمل فجعل اجره العبد المسلم أو غير ذلك من الانتقالات فنقول

ان كان مدرک الحكم في أصل عدم تملك الكافر المسلم هو الإجماع

فلا شبهة في عدم شمول الانتقال إذ المتيقن منه هو فرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠١

التملك فلا يشمل صورة الانتقال.

و ان كان المدرک في ذلك قوله عليه السلام فيبعوه و لا تقروه عنده

فهو يدل على لزوم البيع بعد التملك فلا يشمل التملك الابتدائي فضلا عن الانتقال القهري.

و ان كان المدرک هي آية نفي السبيل

إشارة

فبناء على شمولها الملك و كونه سبيلا أيضا فتكون معارضة بأدلة الإرث بالعموم من وجه لو لم تكن مقدمة عليها بالحكومة كما تقدم في المسألة الاولى و بعد التساقط فمقتضى القاعدة كونه ملكا للإمام عليه السلام إذا الفرض ان العبد خرج عن ملك الميت و لم ينتقل الى الورثة بأدلة الإرث و مقتضى الأصل هو عدم انتقاله إلى الورثة فيكون ملكا بلا مالك فينتقل الى الامام عليه السلام.

و لشيخنا الأستاذ هنا كلام

محصله ان الآية و ان كانت معارضة بالعموم من وجه بأدلة صحة العقود في المسألة السابقة و لكن لا- تجرى ذلك في المقام لخصوصية المورد إذ الإضافة الملكية بين المالك و المملوك كالخيط الذي يصير واسطة بين الشئيين فأحد طرف هذا الخيط مشدود بالمال و طرفه الآخر مشدود بالملك ففي البيع و نحوه من معاوضات المالية تبدل المالك عن طرف الخيط و لكن يبقى طرفه الآخر على رقبته المال بلا تبدل أصلا، بحيث يزول ملكية المالك عن الملك فيحدث له ملك آخر بالمبادلة و هذا بخلافه في الإرث فإن الإضافة الملكية الثابتة للمالك باقية على حالها غاية الأمر ينوب الوارث عن الميت بعد موته فيقوم مقامه فتقوم الإضافة معه بلا تبدل فيها أصلا، و عليه فليس هنا ملكية جديدة ليكون هنا سبيل، فيشمله الآية، بل الملكية الأولية بلا زوال أصلا. و عليه فلا تكون الآية معارضة بأدلة الإرث، بل تكون أدلة الإرث محكمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٢

و فيه ان الملكية قائمة بالاعتبار الذي لا يتحقق الا بالطرفين نظير المقولات الإضافية، بل أخص منها فلا يعقل بقاء ذلك بارتفاع احد طرفيه بل يرتفع بارتفاعه اذن فلو قام ذلك الاعتبار بشخص آخر أو بحال آخر فيكون غير ذلك الاعتبار الاولى فهذا كالأضافات الخارجية مثلا لو كان هنا سقف فتكون هنا فوقية فإذا تبدل السقف بخيمة فتبدل الفوقية الأولية بالفوقية الثانوية فلا تبقى على حالها مع ان لها كان نحو وجود فأمر الإضافة الملكية أهون من ذلك فكيف يبقى بزوال احد طرفيه اذن فتكون الملكية الحاصلة للورثة ملكية جديدة و موردا للآية كما لا يخفى فتحقق المعارضة بلا شبهة.

و على هذا فمقتضى الجمع بين الأدلة كونه للإمام عليه السلام إذا الفرض انه مات مالكة الأصلي و لم ينتقل الى المالك فيصدق عليه

انه مال بلا مالک فتشمله لأدلة الدال على إرث الإمام عليه السلام مع انتفاء الوارث.

و لا- يكون منعقدا على الميت و لا على الوارث لأصالة بقاء رقبته كما فى المتن أى لأصالة عدم حربته فىكون للإمام عليه السلام ثم اعتمد المصنف إلى الإجماع و

قال ان العمدة فى المسألة ظهور الاتفاقات على الإرث و قد أشكل على ذلك بوجه الأول ان استصحاب الرقية من القسم الثالث للاستصحاب الكلى فلا- يكون جاريا و ذلك من جهة ان العبدية و كونه رقيا للميت زال و نشك انه صار رقيا لشخص آخر اما لا فىكون مشكوك الحدوث فلا يكون الاستصحاب فيه جاريا فىكون حرا.

و فيه ان ظاهر عبارة المصنف و ان كان موهما لذلك الا انه ليس مراده بل غرضه ان أصل الرقية كان امرا ثابتا فنشك فى صيرورته حرا أم لا فنستصحب ذلك الرقية.

و بعبارة أخرى أن المراد من هذا الاستصحاب هو أصالة عدم الحرية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٣

و اما كونه ملكا لأى شخص فليس موردا للأصل كما إذا فرضنا فرشا مع عدم من يملكه فى العالم فإنه بلا مالک فلا يخرج ذلك عن المالية و كك نفرض العبد رقيا بلا مالک فنستصحب ذلك حتى لو خلق شخص فملكه جاز، بل يجرى استصحاب العبودية للميت إذ كان هو عبدا إلى الان الأخير الذى هو أن الموت فنشك فى زواله فنستصحبها، فىكون من جملة ما تركه فلا يكون حرا، بل لا وجه للاستصحاب أصلا إذ لا مخرج له عن عموم ما تركه الميت فمع وجود الإطلاق اللفظى لا يجرى الاستصحاب.

نعم، لو كان المشكوك و المتيقن هى العبودية للميت و العبودية للوارث لجرى الاشكال المذكور إذ نعلم بزوال العبودية للميت و نشك فى حدوثه للوارث فىكون الاستصحاب فيه من القسم الثالث و لكنه ليس بمراد المصنف.

الثانى: انه كما تجرى أصالة عدم كونه ملكا للوارث فكك تجرى أصالة عدم كونه ملكا للإمام عليه السلام فما الوجه فى جريان الأول و عدم جريان الثانى، فهل هو الا- ترجيح بلا- مرجح، فلا- يثبت كونه ملكا للإمام بأصالة عدم كونه للوارث، إلا بالملازمة العقلية لانحصار الوارث بينهما فقد حقق فى الأصول عدم اعتبار الأصول المثبتة.

و فيه ان كونه ملكا للوارث بأصالة عدم كونه ملكا للإمام ليس إلا بالملازمة العقلية كما قرر فى الاشكال، فىكون الأصل مثبتا و لكن كونه للإمام (عليه السلام) بأصالة عدم كونه للوارث ليس من جهة الملازمة العقلية ليكون الأصل مثبتا، بل من جهة أنه يحرز بذلك الأصل احد جزئى الموضوع المركب اعنى عدم الوارث و الجزء الأخر فهو ما تركه الميت محرز بالأصل فتشمله عموم ما دل على واثية الامام (عليه السلام) فيما تركه الميت و ليس له وارث.

و بعبارة اخرى ان ارث الإمام عليه السلام فى طول الطبقات الوارث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٤

فبانتهاء الطبقات الأولية تنتهى النوبة إلى الطبقات الثانوية فبالأصل نحرز عدم الوارث فى الطبقة الأولى، فبالوجدان تحقق ما تركه الميت، فىكون الموضوع المركب من جزئين احد جزئية محرز بالوجدان و الأخر بالأصل محققا فتشمله أدلة واثية الامام عليه السلام لمن لا- وارث له، و هذا بخلاف فى الطرف الأخر فإن إثبات الوارث بأصالة عدم إرث الإمام (عليه السلام) مثبت فلا تجرى كما لا يخفى.

و هكذا الأمر فى جميع الموارد من الشبهات الحكمية و الموضوعية.

إما الشبهات الموضوعية كما إذا مات شخص فنشك فى وجود وارثه فى الطبقة الأولى، فأصالة عدم الوارث مع صدق ما ترك على ما بقى منه من أمواله يثبت الموضوع المركب لإرث الطبقة الثانية.

و اما الشبهة الحكمية فكما إذا تسبب أحد فى قتل أبية فنشك ح فى جواز إرثه و عدمه مع عدم وجود إطلاق يتمسك به، فالأصل

عدمه فبضم الوجدان يتحقق التركة إليه يتم موضوع ارث طبقه الثانية.

ثم لا يخفى ما فى كلام الشيخ هنا من المسامحة الواضحة حيث قال ان آية نفى السبيل تنفى مالكية الكافر ووجه المسامحة ان النافى لمالكية الكافر هو الأصل دون الآيه، فان الفرض انها كانت معارضة بأدلة الإرث و ساقطة لأجلها.

قوله: هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق؟

أقول: قد عرفت ان المصنف أشكل فى شمول أدلة الإرث للمقام، بل اعتمد فى المسألة إلى الإجماع فقط، و عليه فهل الحكم ثابت فى جميع النواقل القهرية أو يختص بالإرث فقط، فالظاهر هو العدم كما فى المتن على حسب مبناه، فان الحكم الثابت بالإجماع يقتصر فيه على المقدار المتيقن فهو الإرث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٥

و مع التنزل يتعدى الى سائر النواقل القهرية الغير الاختيارية و اما النواقل القهرية الاختيارية فلا.

قوله: أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره.

أقول: غرضه من اختيارية السبب و غيرها ليس كونه اختياريا للكافر الذى يريد تملكه، بل كونه اختياريا للآخر، أى المملك و الأول كالفسخ فى البيع الخيارى، بأن اشترى المسلم عبدا من الكافر ببيع خيارى و فسخ العقد فان فسخه هذا مملك للكافر قهرا بأمر اختيارى فهو الفسخ.

و الثانى: كتلف المبيع فى زمان الخيار أو قبل القبض فيما إذا كان العبد ثمنا بان باع المسلم متاعا من الكافر و جعل ثمنه العبد المسلم أو عبدا أسلم بعد البيع و ان كان كافرا قبله، فان التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض ملك للعبد من الكافر بملك جديد إلا ان الملكية باقية بمقدار ما و انما يستقر بالفسخ لئلا يكون ملكا جديدا كما توهم.

قوله: و منه يعلم انه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا.

أقول: قد عرفت انه لا- يقر المسلم فى ملك الكافر و عليه إذا باعه فيها و إلا فيتصدى الحاكم بالبيع ثم هل للحاكم ولاية مطلقا على ذلك بحيث ليس للكافر ان يتصدى على ذلك، أو ليس له ولاية مطلقة و انما يتصدى بالبيع مع إباء الكافر عنه و احتتمل المصنف الأول، بل عن الإيضاح انه تزول ملكيته أصلا و ليس له إلا استيفاء الثمن، و اختيار شيخنا الأستاذ ان يكون للحاكم ولاية مطلقة تمسكا بقوله عليه السلام فى عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعهوا من المسلمين و ادفعوا اليه ثمنه و لا تقروه عنده، فإنه لو كان أمر البيع راجعا الى الكافر لقال عليه السلام أزموه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٦

و فيه أولا: انه أمر غالبى إذ لا يرض المالك ببيع ماله باختياره، فلذا أمر (ع) بالبيع و يؤيد ذلك ذيل الرواية و لا تقروه عنده، إذ يعلم من ذلك ان الغرض عدم بقائه عنده لا كونه مسلوب الاختيار عن ماله.

و ثانيا: الأمر بالبيع هو الأمير عليه السلام فله الولاية المطلقة على جميع الناس و أموالهم، فأمر فى مورد خاص بالبيع لا يدل على جوازه بدون اذن الكافر فى سائر الموارد، و يظهر النتيجة فى ذلك فيما لو أراد الكافر أن يزيل ملكية عبده عنه بنحو خاص كبيعه لشخص خاص من المسلمين أو وقفه على جهة خاص و هكذا فعلى القول بجواز تصديه بالبيع فله الاختيار فى إزالة ملكيته بأى نحو شاء و على القول بكون الولاية للحاكم فليس له ذلك بل الاختيار التام فى يد الحاكم فليس له إلا استيفاء الثمن ليس إلا.

و اما كلام الإيضاح من زوال الملك بنفسه و ليس للمالك إلا استيفاء الثمن مخالف للنص و الفتوى كما لا يخفى.

و الحق ان سلطنة البيع للمالك لعموم دليل السلطنة و انه ليس محجورا فيها و توهم كونه سيلا فاسد إذ لا يصدق السبيل على ازالة الملك بالجبر و الالتزام، بل هو ذلة عليه من الشارع المقدس فيكيف يكون سيلا.

قوله: و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر انه لا خيار له.

أقول: فإذا وجب البيع للمالك سواء تصدى اليه بنفسه أو تصداه الحاكم فهل يجوز جعل الخيار فيه أو نقله بيع غير لازم كالمعاطة بناء على عدم إفادته إلما الملك المترزل أو لا يجوز، بل لا بد و ان ينتقل بيع لازم كما لا يخفى، ذهب المصنف الى عدم ثبوت الخيار هنا لتقدم آية نفي السبيل على أدلة الخيارات كما تقدمت على أدلة البيع حكومة و خالف في ذلك مع صد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لان العقد لا يخرج عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٧

مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانقضاء المقتضى لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان البيع معاطة فهي على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. و يرد عليه ما في المتن من ان نفي السبيل لا يخرج منه أا الملك الابتدائي إلخ.

و ربما قيل بابتناء الحكم على ان الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد، فان قلنا بالأول ثبت الخيار لان فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها. و قد ذكرت الشافعية هذه في مواضع متعددة منها في بيع المعاطة بناء على كونها مفيدة للملك الجائر ذكروا ان ما انتقل بالمعاطة لو انتقل الى غيره بعقد جائز كالهبة ثم ارجع ذلك بالفسخ، فهل يبقى الحكم الاولي أو لا؟ فذكروا هنا هذه القاعدة و منه ما نحن فيه. و لكن لا يبتنى ذلك على أساس صحيح، إذ بعد ثبوت الحكم له بآية نفي السبيل لا وجه للفسخ بتوهم ان الزائل العائد كالذي لم يزل و بعده لأنه كالذي لم يعد، و بالجملة فلا بد من الاقتصار في تخصيص الآية على القدر المتيقن، نعم مثل هذه العبارات لها صورة لفظية فقط ليس أا كما لا يخفى.

قوله (ره): و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر

من جهة قوة أدلة نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم.

أقول: فصل المصنف هنا بين ما كان دليله نفي الضرر و ما كان دليله غير نفي الضرر، فاما الخيارات التي دليها غير دليل نفي الضرر، فحكم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٨

بتقديم آية نفي السبيل على أدلة الخيارات كتقدمها على أدلة البيع، فلا يثبت الخيار للمسلم أو للكافر لكونه موجبا لتملك الكافر العبد المسلم فهو سبيل منفي، نعم لا بأس بثبوت الأرش في مثل خيار العيب إذ ليس في مطالبه الأرش سبيل.

و اما الخيارات التي تثبت بأدلة نفي الضرر فنقول فيها بثبوت الخيار في البيع للمسلم دون الكافر من جهة قوة أدلة نفي الضرر فيثبت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع و لكن مع ذلك لا يثبت للكافر خيار فان هذا الضرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم أا ما خرج بالنص و أا لكان مالكا، فالضرر مبين على اقدمه و بالجملة ان هنا تفصيلا ان يكون الثاني مترتبا على الأول و ان شئت فقل ان هنا تفصيل واحد منحل الى تفصيلين.

و يرد عليه وجوه على ما ذكره شيخنا الأستاذ و ان لم يرد بعضها الأول انه لو كان الدليل هو أدلة نفي الضرر فلا يفرق في ثبوت الخيار بها، بين المسلم و الكافر، بل يثبت لهما، و ذلك لان إيجاد المقدمات الإعدادية للضرر لا يوجب منع شمول أدلة نفي الضرر على

الأحكام الضرورية المتوجهة على ذلك الشخص المعد لمقدمات الضرر، بل المناط في شمولها لموضوعها كون الحكم الشرعي ضروريا على المكلف بحيث يلزم من الالتزام والتكليف ضرر عليه، و عليه فالكافر و ان كان بنفسه هيا مقدمات الضرر و كفر باختياره و لكن لا يمنع ذلك عن شمول أدلة نفي الضرر لما ترتب على ذلك المقدمة الإعدائية أعني الحكم ليكون البيع العبد المسلم عليه لازما و لو كان ضروريا، بل هذا الحكم الضرري يوجب خيارية العقد فيثبت له الخيار أيضا و لو كان إيجاد المقدمات الإعدائية للضرر موجبا بمنع شمول أدلة الضرر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٠٩

عليه فلزم القول بعدم شمولها لأمثاله في سائر الموارد أيضا، مثلا فلو لم يتحفظ المكلف نفسه من البرد فمرض فلازم ما ذكره المصنف عدم ارتفاع الأحكام الضرورية عنه لعدم شمول أدلة نفي الضرر عليه.

و كذلك إذا لم يتسهر فعجز عن الصوم و لزم منه ضرر عليه فلازمه عدم جواز الإفطار لكون الضرر مبني على مقدمة إعدائية هياها بنفسه، و هكذا إذا سافر الى مكان لزم الصوم فيه أو إتيان أمر واجب ضرر عليه للحرارة أو للبرودة أو غيرهما فلازم ما ذكره المصنف هو عدم شمول أدلة نفي الضرر عليه و هكذا ففي المقام ان الكافر و ان كفر بنفسه و استعد لتوجه الضرر عليه و لكنه لا يمنع عن توجه أدلة نفي الضرر عليه و شمولها له كما هو واضح.

و بالجملة لو ثبت الخيار لأدلة نفي الضرر فيثبت لهما و الّا فلا يثبت لهما فلا وجه للتفصيل فاختيار أحد أطراف الأمر التخيري ليس بضرر مع اختياره الطرف الأخر و لكنه ليس بتمام و كلام المصنف تمام من هذه الجهة.

و ذلك من جهة أن الاحكام الضرورية و ان ارتفعت بأدلة نفي الضرر سواء ترتبت على المقدمات التي أوجدها شخص المتضرر أو لا و لكن ما نحن فيه ليس كك فان جواز الفسخ الذي هو معنى الخيار الموجب لتملك الكافر و هكذا بجواز بيع العبد المسلم منه مشروط بإسلام الطرف و الّا فلا يجوز فحيث ان الكافر فاقد لهذا الشرط مع كون تحصيله في اختياره فلا يجوز فسخ عقده و ان كان الفاسخ مسلما فعدم جواز الفسخ للكافر و جوازه للمسلم ليس ضروريا على الكافر، فان في قدرته ان يسلم و يفسخ، و لكن باختياره يختار البقاء على الكفر و هذا نظير اشتراط البيع بالخروج من الدار مثلا، و الّا فلا بيع، فلا يقال ان من لم يخرج منها مضطر الى البيع إذ هو باختياره لم يخرج و هكذا و هكذا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٠

نعم، لو كان الأمر منحصرًا بالفسخ في حال الكفر فقط و مع ذلك منع عن الفسخ يكون ذلك ضروريا عليه فليس كك و هذا نظير ما كان التوضي بالماء البارد ضررا و كان عنده ماء ان، فلا يتوهم ان الوضوء ضرر عليه فيرتفع بأدلة نفي الضرر، بل هو متخير بين الأمرين فمع اختيار أحدهما يكون الحكم ضروريا عليه لا مطلقا ففي المقام أيضا كك.

و الحاصل: ان الضرر لا يترتب على الكفر الذي توهم كونه من المقدمات الإعدائية للضرر، بل الضرر مترتب على ترك الإسلام و عدم قبوله و هو باختياره ترك الإسلام فلم يتمكن من الفسخ و الّا لجاز فسخه لو اختار الإسلام.

الثاني: ما ذكره من أن أدلة نفي الضرر لا يمكن ان يكون دليلا لشيء من الخيارات، كما سيأتي في بابها لعدم تكفلها على إثبات الحكم، و انما مفادها رفع الحكم الضرري فقط، و انما دليل مثل خيار الغبن و نحوه الذي توهم كونه أدلة نفي الضرر دليلا له هو الشرط الضمني الذي يثبت الخيار من جهة التخلف به كما هو واضح.

الثالث: لو سلمنا كون أدلة نفي الضرر صالحا للدليلية على بعض الخيارات و لكن ليس مقتضاه ثبوت الخيار هنا و توضيح ذلك انه لو قلنا بعدم حكومة آية نفي السبيل على أدلة البيع و الخيارات كما منع عنه المصنف فيما تقدم حيث قال و حكومة آية نفي السبيل على أدلة البيع غير معلومة، فح تقع المعارضة بينهما في مورد بيع العبد المسلم من الكافر و فسخ البيع الموجب لتملك الكافر العبد المسلم معارضة العموم من وجه، فح تصل النوبة الى الأصل العملي فهو في المقام استصحاب لزوم العقد اذن فيتقدم عليه دليل نفي الضرر

فيثبت ما ذكره المصنف إلا أنه لم يقل به المصنف، فان قلنا بالحكومة كما هو ظاهر المصنف، و ان كان منع عنه سابقا و لكن ظاهر كلامه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١١

العدول عنه بعده بان تكون آية نفي سبيل حاكمه على أدلة الخيارات و البيع كحكومة ما جعل عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ عَلَى الاحكام الرجحية فح تقع المعارضة بينها و بين أدلة نفي الضرر لكون كل منهما حاكما على الأدلة الأولية فالمعارضة بين الدليلين الحاكمين إذ الآية تنفي الخيار لكونه موجبا لتملك الكافر المسلم و سبيلا عليه و أدلة نفي الضرر تثبت لكون لزوم ضرريا فح لا وجه لتقديم أدلة نفي الضرر على الآية من جهة قوة أدلتها لعدم الوجه على قوتها، اما من حيث السند فالآية مقطوعة الصدور بخلاف أدلة نفي الضرر فإنها غاية الأمر موثقة و اما بحسب الدلالة فكك أيضا لأن المفروض أن الآية شاملة لموارد تملك الكافر المسلم فلو لم تكن الآية متقدمة على أدلة نفي الضرر لقوتها فلا تتقدم أدلة نفي الضرر عليها لذلك كما لا يخفى، فافهم.

ثم ان هنا توهمًا أشار إليه العلامة في القواعد و لم يسبقه أحد من انه لو باع الكافر العبد المسلم من المسلم فوجد في الثمن عيبا جاز له رد الثمن و اما استرداد العبد ففيه نظر، بل يرد بدله و إلا يلزم السبيل المنفى بالآية.

و أجاب عنه المصنف بان

في ردّ البدل أيضا سبيل و لذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعقد على المشتري و لو لا هذا لأمكن توجيه كلامه ان مقتضى الجمع بين الأدلة و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة فيكون نفي السبيل مانعا شرعيا من استرداد الثمن كنقل المبيع في زمن الخيار و كالتلف الذي هو مانع عقلي.

و اما ما ذكره المصنف فلا وجه له بوجه فان استحقاق الكافر البدل ليس سبيلا على المسلم و إلا لزم كون استيفاء الثمن أيضا سبيلا و أما سقوط الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٢

في بيع من ينعقد على الكافر فمن جهة عدم قابلية المورد لذلك لصيرورته حرا بمجرد البيع فلا يبقى مجال للرجوع الى البدل أيضا، و اما مطالبة القيمة في التلف في زمن الخيار أو النقل فيه الذي لا يمكن ردّ العين فيه فمن جهة ان للمالك حق مطالبة عين ماله فحيث لا يتمكن منه فيطالب بدله لا أن له الخيار بحيث يفسح العقد و يطالب بدله أو قيمته فإنه لا دليل عليه بوجه كما هو واضح.

و أما ما أفاده العلامة ففيه انه ان ثم دليل الخيار فيسترد العين و إلا فلا، و اما ردّ القيمة فلا مقتضى له أصلا ثبت له الخيار أم لم يثبت و محصل الكلام من الأول و تحقيقه و نتيجته في المعاملات فهو اما انه تارة نقول باختصاص الآية بنفي الجعل تكويننا بمعنى ان الكافر ليس له سبيل تكويننا على المؤمن كما استفيد ذلك من الآية صدرا و ذبلا و بإتيان النفي بلن و حيث ليس في الدنيا كك فتختص بالأخرة خصوصا بقرينه قوله تعالى اللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ و على هذا فتكون آية أجنبية عن المقام بالكلية.

و اخرى نقول باختصاصها بالنفي التشريعي، أي لن يجعل الله في عالم التشريعي سبيلا للكافر على المؤمن، فتكون ح حاكمه على جميع الأحكام الأولية كحكومة نفي العسر و الحرج عليها و على هذا فان لم تشمل الملكية أو شككنا في شمولها عليها فكالأول فلا تشمل المقام، و ان كانت شاملة عليها لكون ملكية الكافر على المسلم سبيلا- عليه، و سلطنة عليه فكما تكون حاكمه على سائر الأحكام، فتكون حاكمه على العمومات الدالة على حصول الملك كأوفوا بالعقود، و نحوه، فلا يجوز بمقتضى الآية بيع العبد المسلم من الكافر و تملكه له إلا فيما دل دليل الخاص على جواز التملك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٣

كما ادعى الإجماع على ذلك في الإرث و اما في غير موارد الإجماع و عدم الدليل على التملك فتكون آية نفي السبيل محكمة كاذب اليه المصنف.

وان كانت الآية شاملة لكل من نفى الجعل التشريعية والتكوينية بإرادة الجامع من السبيل الشاملة لهما و شملت للملكية أيضا فلا تكون الآية حاكمة على سائر الاحكام ولا على أدلة صحة المعاملات فان حكومتها عليها في فرض اختصاصها بالنفى التشريعي وعلى فرض ارادة الجامع فيكون النفي التشريعي من مصاديق الآية، و حينئذ تقع المعارضة بينها وبين أدلة صحة المعاملات «ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالعموم من وجه فحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضعى لكونه جمعا محلا باللام، و عموم الآية بالإطلاق لكونه من جهة وقوع النكرة في سياق النفي الذى ثبت عمومته بمقدمات الحكمه فيكون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مقدا على آية نفى السبيل إذا فيحكم بجواز بيع العبد المسلم من الكافر.

هذا كله في المعاملات التى تقدمت، و اما الخيارات فأیضا أن أريد من الآية خصوص النفي التكويني فتكون أجنبية عن المقام، و ان أريد منها النفي التشريعي فتكون حاكمة أيضا على جميع الاحكام و مع ذلك لو لم تشمل للملكية أو شككنا في شمولها لها فتكون أجنبية عن المقام أيضا فلا تكون حاكمة على أدلة الخيارات كما لم تكن حاكمة على أدلة البيع أى أجنبية عن ما نحن فيه. و ان قلنا بشمولها للملكية أيضا فتكون حاكمة على أدلة الخيارات كما كانت حاكمة على أدلة المعاملات فيحكم بلزوم البيع و لزوم سائر المعاملات الواقعة عليها عند نقل الكافر ذلك من ملكه الى غيره.

و ان قلنا بعموم الآية للنفي التكويني و التشريعي بإرادة الجامع من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٤

السبيل فلا تكون حاكمة، ح على أدلة الخيارات كما تقدم في المعاملات بل تقع المعارضة بين الآية و بين أدلة الخيارات بالعموم من وجه و بما انا ذكرنا في الأصول انه إذا تعارضه الآية مع الروايات بالعموم من وجه تتقدم الآية على الرواية لشمول الأخبار المتواترة الإيمرة بطرح ما خالف كتاب الله أو أنه لم نقله أو زخرف الى غير ذلك من المضامين لصورة المعارضة بالعموم من وجه فإذا تتقدم آية نفى السبيل على أدلة الخيارات.

و لكن لا- تجرى هذه الكبرى في خصوص المقام و لا تنطبق عليه و ذلك من جهة انا لا نحتمل جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عدم جواز فسخه العقد، بل إذا جاز البيع جاز الفسخ بطريق اولى و هذا بخلاف العكس، فإنه يمكن الالتزام بجواز الفسخ و لا نلتزم بجواز البيع و على هذا فتقديم الآية على أدلة الخيارات يستلزم عدم جواز الفسخ و قد قلنا بجواز البيع بتقديم دليل الوفاء بالعقد على آية (نفي السبيل) و على هذا لو قدمنا الآية على أدلة الخيارات فلازمه تقديمها على أدلة البيع أيضا، لوقوع المعارضة بين الآية «نفي السبيل» و بين آية «أَوْفُوا» بالملازمة المذكورة فحيث عرفت أن عموم آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالوضع و عموم آية نفى السبيل بالإطلاق، فتكون آية أَوْفُوا، مقدمة على آية نفى السبيل فتكون أدلة الخيارات متقدمة عليها لتعاضدها بآية «أَوْفُوا».

و بالجملة عند معارضة الآية مع الرواية بالعموم من وجه و ان كانت الآية مقدمة على الرواية و ليس ذلك لتعارض الآيتين ليحكم بالتساقت لو لم يكن فى أحدهما ترجيح بحسب الدلالة و لكن إذ تعاضدت الرواية بآية تكون تلك الآية فى نفسها عند معارضتها بآية الأخرى المعارضة مع الرواية مقدمة عليها فقهرها تكون الرواية أيضا مقدمة على الآية لأجل تلك المعارضة، كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٥

لا يخفى.

اذن فلا بد من العمل بأدلة الخيارات فيثبت جواز الفسخ للكافر و للمسلم كليهما، كما كان جواز البيع ثابتا لهما بان يبيع المسلم العبد المسلم من الكافر، غاية الأمر بمجرد الفسخ يجبر على البيع ثانيا كما انه يجبر على البيع مع الشرى ابتداء.

هذا كله بالنسبة إلى أدلة الخيارات غير ما إذا كان المدرك هى قاعدة لا ضرر، فلا شبهة أن كل واحد من قضية لا ضرر و آية نفى السبيل يكونان حاكمتين على الأدلة الأولية فى عرض واحد و تقع المعارضة بين الدليلين الحاكمتين بالعموم من وجه فما ذكره المصنف من تقديم أدلة نفى الضرر لقوته على الآية بلا وجه، بل لا بد من تقديم الآية على القاعدة بناء على ما ذكرناه من لزوم

تقديم الآية على الرواية عند المعارضة بالعموم من وجه و يتساقطان فتصل النوبة إلى أدلة صحة البيع و لزومه، لان المانع عنه انما كان هو دليل نفي السبيل للحكومة فإذا ابتلى بالمعارضة فانتهى العموم الدال على الزوم.

و لكن لخصوصية المورد أيضا لا بد من تقديم قاعدة لا ضرر على الآية لمعارضتها بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان تقديم آية «نفي السبيل» بالملازمة تنفي تقديم آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان نفي الخيار و الحكم بلزوم البيع بآية نفي السبيل تقديمها على دليل الوفاء بالعقود إذ لا يحتمل الالتزام بعدم جواز الفسخ و الالتزام بجواز البيع، بل لو التزمنا بعدم جواز الفسخ فعدم جواز البيع أولى كما تقدم، اذن فالمعارضة بين آية «نفي السبيل» و قاعدة «لا ضرر» المعاضدة بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضعى و عموم آية نفي السبيل إطلاقى، فيتقدم على آية نفي السبيل فيحكم بجريان الخيار فى بيع العبد المسلم على الكافر للمسلم و الكفار بناء مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٦ على صحة كونها مدركا لثبوت الخيار.

فتحصل أنه لا- دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عليه ففى كل مورد تحقق الإجماع على المنع كما فى البيع ابتداء فيّبع و أا فيحكم بالجواز، كالفسخ، إذ لا نظمئن بشمول الإجماع للفسخ أيضا، فإذا فسخ الكافر العقد و تملك العبد ثانيا فأجبر على البيع أيضا ثانيا كما لا يخفى.

استدراك مما تقدم و هو انا ذكرنا تقديم عمومات الصحة على آية نفي السبيل عند معارضتها معها أو بأدلة الخيارات و كذلك ذكرنا تقديم أدلة نفي الضرر على آية نفي السبيل عند حكومتها و حكومة آية نفي السبيل على سائر الأدلة أا أن هذا الأخير ممنوع، إذ بعد حكومة الآية مع أدلة نفي الضرر على سائر الأدلة لا وجه لمعارضدة أدلة نفي الضرر بالعمومات بالملازمة كما كان هو الميزان فى تقديمنا أدلة المضار عليه غيرها.

فى حرمة بيع المصحف من الكافر

قوله: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر.

أقول: ان قلنا بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و كان المدرك فيه هو الإجماع، فلا شبهة فى عدم شموله للمصحف و لا يمكن التعدى من مورده الذى هو المتيقن منه، و ان كان المدرك الآية أو الروايات، فقد ادعى شمولها بالمصحف بالأولوية القطعية أا أنها ممنوعة كما هو واضح.

و توضيح ذلك ان محل الكلام هنا انما هو مطلق نقل القرآن الى الكافر و لو بالهبة و الإرث، بل لو ملكه المسلم فكفر فهو أيضا داخل فى محل النزاع حتى لو كتبه فى قرطاس و نحوه و أا قد منع بعضهم كالمصنف و غيره من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٧

الأعظم من بيع المصحف من المسلم أيضا.

ثم ان هذا فيما لم يكن النقل مستلزما للجهات الخارجية الطارئة على النقل من مثل الهتك أو مس اليد، و أا فيكون داخلا فى بيع المباح ممن يعلم أنه يصرفه فى الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا و بيع الخشب ممن يعلم أنه يصنعه صليبا أو صنما. و بالجملة فمحط البحث هنا ما إذا كان النظر الى مجرد النقل فقط كأى اشتراه الكافر مثلا ليوقفه على المسلمين أو يجعله فى مكتبة أو يحفظه فى صندوق و نحو ذلك، و أما لو اقترن الى الجهات الخارجية فلا إشكال فى الحرمة من غير اختصاص له بالكافر أصلا، ثم لا وجه للحكم بالكراهة هنا كما توهم، بل ان تم الدليل فيحكم بالحرمة و أا فيحكم بالجواز بلا كراهة.

ثم ان كان مدرك الحكم فى حرمة بيع العبد المسلم من الكافر هو الإجماع فلا شبهة فى عدم شموله للمصحف لكونه دليلا لبيبا فيراد به المتيقن و ان كان المدرك هو آية نفي السبيل أو الروايات فيستدل بها على المقام بالفحوى كما سلكه المصنف و هو من ان الوجه

فى ذلك هو لزوم مراعاة احترام المؤمن احتراماً يقتضى نفى سبيل الكافر عليه و هو يستدعى بالأولوية القطعية حرمة بيع المصحف أيضاً، إذ هو أعظم احتراماً و درجةً من المؤمن، بل عليه يدور أساس الإسلام، بل لو دار الأمر بين حفظه و حفظ آلاف من المؤمنين يكون حفظه مقدماً عليهم كما كان الأمر كذلك من صدر الإسلام و بدوه.

و على هذا فإذا نفى سبيل الكافر على المؤمن فبالأولوية ينفى سبيله على القرآن أيضاً فيحرم نقله إليه بأى عنوان كان.

و فيه أولاً نمنع كون مناط المنع فى البيع العبد المسلم من الكافر هو الاحترام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٨

و حفظ شؤون المؤمن، بل يمكن ان يكون الوجه فيه هو شىء آخر و هو مبغوضية نفس تملك الكافر أو حكمه أخرى لا سبيل لنا إليها.

و على تقدير قبول المناط فتمنع الأولوية فى ذلك إذ لا نسلم ان يكون احترام مطلق القرآن أولى من احترام المؤمن، بل انما هو نشأ من الخلط و الاشتباه إذ ما يجب احترامه و فداء النفوس له و الجهاد لحفظه انما هو القرآن الكلى الجامع بين الأشخاص بحيث بزواله زال الدين و انهدم شريعته سيد المرسلين و قد استفدى بذلك الأنبياء و الأوصياء و نفوسهم فضلاً عن المؤمنين، بل ما من إمام الا و قد قتل لإحياء القرآن و قوانينه و هذا أمر واضح لا شبهة فيه.

و أما كون حفظ شخص القرآن المطبوع فى مطبعة فلانية أولى من المؤمن غير معلوم، بل معلوم العدم، فان حفظ المؤمن أعظم درجةً من ذلك و لا نحتمل ان بشك أحد فى أنه لو دار الأمر بين إتلاف قرآن يالقاءه بالحبل المشدود فيه لإنقاذ مؤمن و بين تلف المؤمن أن إنقاذ المؤمن مقدم، و كذلك لو دار الأمر بين موت مؤمن جوعاً و بين إتلاف القرآن لحفظه فلا شبهة فى كون الأول مقدماً على الثانى.

و بالجملة ما يكون حفظه أولى من حفظ المؤمن فخارج عن محلا الكلام و ما ليس كذلك فلا نسلم الأولوية فيه.

على أنه ربما يكون البيع موجبا للاحترام إذ كثيراً ما يطالعه و يهتدى به فلو لم يباع كيف يطالع على قوانينه الوافية يهتدى به فاحترامه يقتضى البيع لعله يوجب الإرشاد و توهم استلزامه الهتك مدفوع لما عرفت ان محل الكلام انما هو مع قطع النظر عن الجهات الخارجية كما لا يخفى.

و على تقدير ثبوت الحكم هنا، فهل يثبت فى الاخبار المتواترة فيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١١٩

خلاف، و لا شبهة فى عدم الشمول لو كان المدرك هو الإجماع لعدم شموله للمصحف، فضلاً عن شموله للأخبار المتواترة.

و أما لو كان مدرك الحكم هى الآية أو الروايات فأيضاً لا تشمل الأخبار المتواترة لعدم الأولوية هنا قطعاً لو كانت ثابتة فى المصحف بل يكفينا الشك كيف فهل يتوهم أحد أنه إذا دار الأمر بين حفظ النفس و بين حفظ الخبر المتواتر أن يحفظ الخبر المتواتر مقدم.

و على تقدير ثبوت الحكم فى الخبر المتواتر فلا يشمل الخبر الواحد، فان مجرد الحجية لا يوجب ثبوت جميع الاحكام عليه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ ثم العجب من المصنف حيث استشكل فى دليل الحكم و استحسن ما ذكره فإنه لا ندرى انه بعد التأمل فى المدرك هل الفتوى بلا دليل حسن و هو أعرف بالحال.

القول فى شرائط العوضين

قوله: يشترط فى كل منهما كونه متمولاً.

أقول: محصل كلامه أن من جملة شرائط العوضين أن يكون متمولاً لأن البيع في اللغة مبادلة مال بمال، و بهذا يحترز عما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان لخستها، و كذلك مثل الحبة من الحنطة فما لم يتحقق في الشيء التمول و الانتفاع به فأحرز كونه أكلاً للمال بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المعاملة و ان لم يحرز فيه ذلك، فان ثبت بدليل أو إجماع انه لا يجوز بيعه أخذ به و ألما فيرجع الى عمومات صحة البيع و التجارة و الى الرواية الخاصة و هي قوله عليه السلام في رواية تحف العقول و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٠ من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه و شراؤه.

و في كلامه مواقع للنظر،

الأول: اعتبار المالية في العوضين في البيع

لقول المصباح و ذلك لعدم حجية قوله، يكفي في صحة المعاملة على ما ليس بمال مجرد الغرض الشخصي، كما إذا اشترى مكتوبة جده بقيمة عالية للإبقاء مع عدم كونها قابلة للمعاوضة أو اشترى خنفساء بقيمة أو عقرباً بقيمة كذا، للجل مداوى و نحوها كما لا يخفى، و قد تقدم في أول البيع جواز كون الحقوق ثمناً في المعاملة بأن باع شيئاً ليرفع المشتري يده من حقه الفلاني صحيح و الوجه في ذلك كله هو ان البيع تبديل بين الشئيين برفع اليد عن أحدهما و جعل الآخر مورداً للحق كما لا يخفى، فغاية الأمر يمنع ذلك عن التمسك بعمومات ما دلّ على صحة البيع بالخصوص، و اما ما دلّ على صحة مطلق العقود و التجارة عن تراض فلا، إذ لا شك في صدق التجارة عن تراض، و العقد على المعاملة الجارية على ما ليس بمال لما عرفت في بعض تنبهات المعاطاة أن في العرف لا يصدق عليه البيع، بل الثمن و المثلث على العوضين بل يصدق عليه مجرد المبادلة و المعاوضة كتبديل ثوب بثوب و عباة بعباء، و هكذا، و لا شبهة في صحة ذلك لَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، و السيرة القطعية كما هو واضح.

و الثاني: ما التزم به من انه مع الشك في التمول إن أحرز كون المعاوضة أكلاً للمال بالباطل فيكون فاسداً.

و وجه الضعف انه بناء على كون المراد من الآية ما فسّر به المصنف من ارادة المعاملة السفهية كالمعاملة على ما لا نفع فيه، و الغرض عما ذكرناه من كونهما ناظرة إلى الأسباب انه لا يجتمع احتمال المالية مع صدق الأكل مال بالباطل، إذ معنى صدق أكل المال بالباطل انه ليس بمال ليكون أكل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢١

المال بإزائه أكلاً له بالباطل، و معنى الشك في التمول احتمال كونه مالا فما يحتمل فيه ماليته لا يكون من أكل المال بالباطل.

الثالث: ما تمسك به بعد عدم إحرار كونه من أكل المال بالباطل من العمومات،

و حكمه بالصحة بها، و برواية تحف العقول، و وجه الضعف أما رواية تحف العقول فقد تقدم الكلام في ضعفها و اضطرابها. و أما العمومات، فالتمسك بها مع الشك في التمول الموجب للشك في صدق البيع تمسك بالعام في الشبهات المصادقية كما هو واضح.

قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين.

أقول: لم يعتبر المصنف الملكية في العوضين ليحترز بها عن غير الملك كما هو واضح. ودعوى اتحاد الملكية والمالية فاسد إذ بينهما عموم من وجه والشئ قد يكون ملكا ولا يكون مالا كحبة من الحنطة وقد يكون مالا ولا يكون ملكا لأحد كالمباحات الأصلية وقد يجتمعان فاعتبار المالية لا يدل على اعتبار الملكية.

بل لا وجه لاعتبار الملكية في العوضين أصلا، إذ البيع ليس الّا التبديل بين الشيئين يقطع علاقة كل من المتبايعين عنهما واحداث علاقة أخرى فيهما وقد تقدم في أول البيع جواز كون الحق ثمنا في البيع كأن يبيع شيئا على ان يرفع المشتري يده عن حقه كالتحجير وغيره من الحقوق.

ويدل على ذلك جواز بيع الكلى في الذمة مع انه ليس ملكا لأحد أصلا وانما تحصل الملكية للمشتري بالشري و يملك على ذمة البائع و من هنا نقض الامام عليه السلام على العامة لعدم قولهم بصحة بيع الكلى ببيع السلم لأنها من واد واحد كما تقدم في الاخبار المتقدمة في البيع الفضولي.

نعم، تعتبر الملكية في البيوع الشخصية للاخبار الخاصة من قولهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٢

عليهم السلام لا تبع ما ليس عندك كبيع مال الغير قبل الشري و بيع الطير في الهواء و السمك في البحر، قبل الاصطياد، فإنها من قبيل بيع ما ليس عنده و من أظهر مصاديقه فلا شبهة في بطلانه.

بل، يمكن ان يقال بعدم اعتبارها في الأعيان الشخصية أيضا إذ معنى قولهم لا تبع ما ليس عندك هو ان ما ليس بمقدور التسليم لا يجوز بيعه بوجه، لا انه يجب ان يكون مملوكا للبائع.

و اما قولهم عليهم السلام لا بيع إلّا في ملك، فقد تقدم في بيع الفضولي ان المراد من الملكية ليس ملكية العين الشخصية، بل المراد منها مالكية البائع، التصرف من البيع و نحوه ككونه ولنا للمالك أو وكلا أو مأذونا من قبله وهكذا.

ثم انه على تقدير اعتبار الملكية في العوضين لا وجه للاحتراز بها عن الأرض المفتوحة عنوة، فإنها ملك بلا اشكال، نعم ليس بطلق فإذا أريد الاحتراز عنها فلا بد من تقييد الملك بالطلق كما هو واضح.

ثم بين المصنف أقسام الملك من أنه:- تارة يكون طلقا لأحد كالاملاك الخاصة.

و أخرى لا- يكون ملكية العين طلقا، وانما يكون تملك بمنافعه طلقا، كالأوقاف الخاصة، حيث انها ليست ملكا طلقا لأحد من الموقوف عليهم و لكن منفعتها ملك طلق لهم، و لهم مالكية مطلقة لذلك.

و ثالثة: لا تكون ملكية العين و لا ملكية المنفعة طلقا لأحد، و لكن إذا قبضت المنفعة تكون ملكا طلقا للقبض كالأوقاف العامة إذ هي و منافعها ليست ملكا طلقا لأحد و لكن إذا قبضوا منفعة يكون ملكا لهم بلا شبهة.

و رابعا: ان لا يكون ملكا طلقا لأحد لا عينا و لا نفعاً و لكن إذا قبضوا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٣

تكون العين و المنفعة كليتهما ملكا للقبض و ذلك كحق السادة و الفقراء في الزكاة، و في الخمس إذ هما ليسا ملكا طلقا لأحد منهم، بحيث إذا مات أحدهم فليقم وارثه مقامه إذ المالك هو الكلى فهو باق على حاله و انما ملك كل منهم العين و نفعها بعد القبض ملكا طلقا، و اما سهم الامام عليه السلام ففيه خلاف.

فالأراضي المفتوحة عنوة خارجة عن جميعها، أما عدم كونها ملكا طلقا لأحد فواضح، و اما عدم كونها من سائر الأقسام فأیضا كذلك فإنها لا تكون ملكا لأحد قبل القبض و بعده، و انما منافعها تصرف في مصالح المسلمين.

الكلام فى أحكام الأراضى

إشارة

ثم ان المصنف نقل الكلام إلى أقسام الأراضى لمناسبة ذكر بعض أقسامها و قد ذكرنا فى آخر المكاسب المحرمة و حاصل الكلام هنا

ان الأراضى على أربعة أقسام:

إشارة

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة.
 الثانى: أن تكون معمورة بالأصالة لا- بمعنى كونها معمورة عند الخلق و قبل خلق الخلق، بل بمعنى كونها معمورة بلا معمر كرؤس الجبال و بطون الأودية و الأشجار فى البحر و البر.
 الثالث: ما عرض له الموت بعد الحياة كأرض الكوفة، بل ارض العراق إذ كانت أراضى معمورة و لذا كانت تسمى بأرض سواد.
 الرابع: ما عرض له الحياة بعد الموت.
 فهذه هى الأقسام الأربعة.

أما القسم الأول [أى ما يكون مواتا بالأصالة]

إشارة

و الكلام فيه من جهات:

أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام

للإجماع المحصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٤

و المنقول و عدم الخلاف بين الفقهاء، و للأخبار الكثيرة، و فى المتن أنها مستفيضة بل متواترة.
 و فيه أن أصل الحكم و ان كان مسلما و مجمعا عليه بين الفقهاء كما عرفت و لكن الأخبار الواردة فيها ليست مستفيضة فضلا عن كونها متواترة و ذلك لان جملة منها واردة فى الأرض الخربة التى باد عنها أهلها و بقيت خربة فهى أجنبية عن المقام، فان كلامنا فى الموات بالأصل لا- ما يكون كك بانجلاء أهلها و لذا عنوانها فى وسائل فى باب الخمس بعنوان آخر فما هو موات بالأصل لا تطلق عليه الخربة، و رواية واحد واردة فى خصوص الأرض الموات فى باب احياء الموات من وسائل فلا تحقق بها الاستفاضة و التواتر.
 نعم، فى جملة من الروايات فى ج ٢ وسائل باب الأنفال من الخمس الأرض التى ميتة لا رب لها فهى للإمام عليه السلام، فلا شبهة فى شمولها للموات من الأرض من غير اباد أهلها و لكنها ليست بمتواترة أيضا و لا مستفيضة.
 نعم، لو كان المراد بالاستفاضة هو كونها ثلاثة أو أربعة فلا بأس بإطلاق المستفيضة عليها.
 و بالجملة ان الغرض بيان عدم استفاضة الروايات و تواترها و ألا فأصل الحكم مسلم، بل يمكن الاستدلال على ذلك بآية الانفعال لكونها للإمام عليه السلام غاية الأمر ثبت الصغرى بدليل آخر، اى كونها انفالا فلا شبهة فى ذلك للإطباق الروايات على كونها موات

الأرض من الأنفال.

أما الجهة الثانية: فهل يشترط في التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) في النبوي

موتان الأرض للإمام عليه السلام ثم هي لكم أيها المسلمون و كك في النبوي الآخر بحيث يكون بذلك ملكا للمسلمين بالسبق إليها،
و ان لم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٥

يحيوها أو لا بد في ذلك من الاحياء فظاهر النبويان و ان كان هو الملك بذلك و لكن مضافا الى ضعف السند فيهما انهما مقيدان
بالاحياء فلا يكون ملكا لأحد بدونه كما في جملة من الروايات و بالجملة ان التملك مشروط بالاحياء فلا يملك تلك الأراضي
بدون الاحياء فلا يعمل بالنبويان.

الجهة الثالثة: ان الحلية و الملكية بالاحياء مختصة بالشيعة

أو يشمل غيرهم من المسلمين أو لكل من أحيها مسلما كان أو كافرا، و الكافر أيضا ذميا كان أو حربيا، فظاهر بعض الاخبار و ان
كان هو اختصاص ذلك بالشيعة إلا أن النبويان المتقدمان يدلان على شمول الحكم لمطلق المسلمين و لكنها ضعيفة السند، بل يمكن
أن يراد من المؤمن في بعض الاخبار من أحيها من المؤمنين مطلق المسلم الذي آمن بالله و برسوله و بيوم الآخر، أي المؤمن في
القرآن.

و لكن يكفي في عموم الحكم لغير الشيعة أيضا العمومات الواردة في مورد شراء الأرض من الذمي فقالوا (ع) أي قوم أحيوا أرضا
فهي لهم و هم أحق بها، فان المورد و ان كان هو الذمي، و لكنه لا يكون مخصصا بعد عمومية الجواب فيكون شاملا لمطلق المحيي
مسلم كان أو كافرا ذميا كان أو كافرا حربيا، و هذا الاخبار مذكورة في وسائل في إحياء الموات، و ما دلّ من الاخبار على كون
موات الأرض للشيعة بالإحياء لا توجب التخصيص لعدم التنافي خصوصا مع الاحتمال المذكور من كون المراد من المؤمن مطلق من
آمن بالله و برسوله و بيوم القيامة في الاخبار التي ذكر فيها المؤمن و من هنا قال صاحب وسائل في عنوان المطلب ان الذمي إذا أحيى
مواتا من أرض الصلح فهي له قبل هذا الباب فعنوانه أيضا مطلق يشمل مطلق المحيي و ان كان من غير المسلم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٦

و الجهة الرابعة: في أن الخراج الثابت في تلك الأراضي على المحيي هل هو ثابت لكل من أحيها شيعة كان أو غيرها،

أو ثابت لغير الشيعة و ربما يقال بثبوته لكل من أحيها و لو كان المحيي هو الشيعة لصحيفة الكابلي فمن أحيى من الأرض من
المسلمين فيعمرها و ليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتي و له ما أكل منها.

و لمصححة عمر بن يزيد يقول: من أحيى أرضا من المؤمنين فهي له و عليه طسقتها يؤديه الى الامام (ع) في حال الهدنة فإذا ظهر
القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه الخبر، فالظاهر منها ان الحكم أعم فلا بد لكل من أحيها إعطاء الخراج الى الامام
(ع) و عليه فيشكل القول بعدم وجوبه للشيعة لذهاب المشهور، بل فقهاؤنا أجمع الى عدم وجوب الخراج لهم، و حملها المصنف على
وجهين، الأول: أنه يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلب الامام (ع) لكن الأئمة بعد أمير المؤمنين عليه
السلام حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم، كما يدل عليه قوله (ع) ما كان لنا فهو لشيعتنا، و يحتمل حمل هذه الاخبار المذكورة
على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال الإمام في حال الغيبة، بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحيها.
إلا أنها بعيدان، بل أجنبيان عن ظهور الروايتين.

أما الأول: فلأن الظاهر من الروايتين إيصال الطسق الى الامام (ع) في حال الهدنة كما هو ظاهر رواية عمر بن يزيد، ووجوب إخراج الخراج اليه كما هو ظاهر رواية الكابلي فحملهما على مجرد الاستحقاق خلاف الظاهر، بل خلاف الصراحة.

و أما الثاني، فلأن الظاهر منها أيضا إخراج الخراج و إيصاله الى الامام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٧

(عليه السلام) مطلقا و لو في حال الغيبة و لذا قال (ع) في ذيل رواية عمر ابن يزيد فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه يعني إذا لم يعطى ذلك الشخص الذى الأرض تحت يده فليوطن الامام نفسه لأخذه منه.

و بالجملة فليس فى شىء من الروايتين ما يدل على الفرق بين الحضور و الغيبة و الاولى حملهما على غير الشيعة للأخبار الدالة على تحليل الأراضي للشيعة و كونهم محللون فيه كما فى رواية مسمع و غيرها و يؤيد ذلك التفريق بين الشيعة و غيرها فى رواية مسمع قال (ع): فهم فيه محللون، و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجئهم طسق ما كان فى أيدي سواهم فان كسبهم فى الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا و يأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغرة، و أيضا يؤيد ذلك ذيل رواية عمر بن يزيد من قوله فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه مع ان قوله فيجئهم طسق ما فى أيديهم ظاهر فى ان الخراج على الشيعة بعد قيام الحجة و أما قبله فلا- خراج عليهم و كك الأخبار الدالة على أن الأرض كلها للإمام (ع) فالشيعة فيها محللون إذ لا معنى للخراج بعد ثبوت التحليل فيها الشامل للموات بالأصل أيضا.

و بالجملة لا شبهة فى دلالة غير واحد من الروايات على عدم ثبوت تحليل ما للإمام من الأراضي لغير الشيعة بدون الخراج و كون كسبهم فيها حراما أدل دليل، و أقوى قرينه على ما ذكرناه من حمل الروايتين على غير الشيعة، كما هو واضح.

و توهم كون مورد هما هى الشيعة فلا- يمكن حملهما على غيرها توهم فاسد بدهاء ان رواية الكابلي ليس فيها سؤال حتى نرى أنه شيعى أم غير شيعى و أما رواية عمر بن يزيد، فالراوى فيها و ان كان شيعيا و لكن المورد هو الرجل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٨

الشامل للشيعة و أهل السنة فلا وجه لحمله على الشيعة، بل نسخة الوسائل سئل رجل من أهل الجبل و من الواضح أن أهل الجبل سنى، بل ناصبى، فى زماننا هذا فضلا عن الزمان السابق الذى لم يكن من الشيعة اسم و لا رسم.

و يؤيد هذا الحمل ما فى ذيل رواية عمر بن يزيد من قوله (عليه السلام) فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه و من المعلوم أنه لو كان المراد منهم هى الشيعة لم يأخذ الإمام (ع) الأرض منهم، بل يبقى عندهم و يأخذ منهم الخراج و أوضح تأييد لذلك قوله (ع) فى رواية مسمع التفصيل بين الشيعة و غيرهم و جعل الشيعة فى حل فى الخراج و أما غيرهم فان كسبهم فى ذلك حرام فان حليته مشروطة بإعطاء الخراج فلم يعطوها للإمام (ع) فيجىء الإمام (ع) فيخرجهم عنها صغرة أى خالية اليد أو صغرة، أى صاغرا و ذليلا على حسب اختلاف النسخة فيعلم من ذلك أن الخراج لغير الشيعة و أما الشيعة فهم فى حل من ذلك و مع الغض عن جميع ذلك فالروايات الدالة على حليّة الأراضي للشيعة فى حال الغيبة تكون مقيد لهاتين الروايتين و بالجملة لا مانع من حملها على غير الشيعة بوجه.

قوله: و سيأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

أقول: المشهور، بل المجمع عليه أن الأراضي الموات بالأصل تكون ملكا لمن أحيها و لكن الظاهر خلافه، و توضيح ذلك أن الاخبار الواردة فى ذلك على ثلاث طوائف:- الأولى: ما دلّ على أنها لمن أحيها و أنها له.

و الثانية: ما دلّ على أن المحيى أحق بها من غيره.

و الثالث: ما جمع الأمرين الملكية و الأحقية و لا شبهة أن ما اشتمل على اللام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٢٩

في كونه ظاهراً في إفادة الملكية و لكن لا بد من رفع اليد عن ظهوره و ارادة مجرد الاختصاص من ذلك و ذلك من جهة أنه ذكر في جملة من الاخبار التي تقدم بعضها في الجهة الرابعة أن غير الشيعة لا بد و ان يعطى الخراج، و ألا فيكون كسبهم في تلك الأراضي حراماً و من الواضح أنه لا معنى لحرمة الكسب في ملك نفسه، و وجوب إخراج الخراج منه فيعلم من ذلك أنه لم يحصل بالاحياء ألا مجرد حق الاختصاص و اللام في قولهم من أحبب أرضاً فهي له، المجرّد الاختصاص.

و بالجملة فيدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام في الملكية و بين الالتزام بورود التخصيص على دليل السلطنة أو الالتزام بتصرف الامام (ع) في ملك الغير بولايته الشخصية بحيث حكم بثبوت الخراج و ألا فيكون الكسب حراماً فلا شبهة أن الأول أولى و أسهل للالتزام كما لا يخفى و على هذا فيكون الحكم بعد جواز الكسب على طبق القاعدة و كذلك إخراجهم من الأرض و أخذها منهم بعد ظهور الحجة فإن الملك ملك الغير فإذا لم يف المتصرف على ما شرطه عليه مالك الأرض فيكون كسبه حراماً على حسب القواعد لكونه غصباً.

و من هنا اندفع ما توهم من أن التملك مشروط بأداء الخراج فإذا منعوا عنه فلا يكون الملك حاصلًا.

و وجه الاندفاع أنه لا معنى للخراج مع الملكية و أن رفع اليد عن الملكية أسهل من رفع اليد عن دليل السلطنة أو الالتزام بتصرف الامام عليه السلام في مال الغير مع كونه للغير بالولاية و هذا بخلاف ما قلنا أن الأرض ملك للإمام و جواز التصرف فيها مشروط بإعطاء الخراج و ألا فيكون حراماً كما هو كذلك في جميع الموارد بحسب القواعد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٠

و يدل على ذلك مضافاً الى ما ذكرناه أمران، الأول: ما ورد في الاخبار الكثيرة من أنه ليس لمحبي الأرض تعطيلها و ألا لغيره إحيائها و إجراء أنهارها فيكون أحق به من غيره و قد عقد في الوسائل باب لذلك في إحياء الموات و ان لم يتعرض له الفقهاء فلو كان الاحياء موجبا للملكية فلما اذا سقط حقه بالتعطيل أزيد من ثلاث سنوات فان الناس مسلطون على أموالهم يفعلون فيها ما يشائون فهل لأحد ان يزاحمه في أموالهم الشخصية لمكان التعطيل فيعلم من أنه لم يثبت لمحبي الأرض ألا حق الاختصاص فيزول بالعطلة أو بعدم الوفاء بالشرط أعنى إعطاء الخراج، نعم حلل ذلك لشيعة كما هو واضح.

الأمر الثاني: انه لو كانت الأراضي الموات بالأصل مملوكة للمحبي لكان ملكاً لهم دائماً مع أنه ذكر في رواية مسمع أن الحل ثبت فيها للشيعة و ليس لهم فيها خراج الى ان يقوم صاحب الأمر و بعده فيجئهم طسق ما في أيديهم و اما غيرهم فكسبهم فيها حرام لعدم إعطائهم خراجها و بعد القيام يخرجهم من الأرض و ينزعها من أيديهم و في ذيل رواية الكابلي أن الشيعة في حل في تلك الأراضي و ليس فيها عليهم خراج الى أن يقوم القائم (ع) فيضرب عليهم الخراج فيها فلو كان الاحياء موجبا للملكية فتكون تلك الأراضي كسائر الأملاك الشخصية فهل يتوهم أحد أن الامام يضرب الخراج لها على الملاك أو يأخذها من يد غير الشيعة فكل ذلك دليل على عدم حصول الملكية للأراضي الميتة بالاحياء، و انما الثابت لهم في ذلك مجرد حق الأولوية و الاختصاص بحيث لا يزاحمهم غيرهم في ذلك.

لا يقال أنه لا شبهة في جواز بيع تلك الأراضي كما في الاخبار الدالة على اشتراطها من ذمى فلو لم تكن ملكاً فلا وجه لجواز البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣١

فإنه يقال نعم، لا شبهة في جواز البيع و لكن لا يدل ذلك على كونها ملكاً للمحبي، بل يبيع منها ما ثبت له من الحق فيها فان البيع كما عرفت هو التبدل بين الشئين بحيث يقوم كل منهما مقام الآخر في جهة الإضافة ففي المقام يقوم بالمبادلة كل من العوض و المعوض مقام الآخر فالعوض هو الثمن و المعوض هو الحق الثابت في تلك الأرض كحق التحجير و حق الجلوس كما هو المرسوم في اليوم في الدكاكين المسمى في الفارسية (بسر قفلى) فجواز البيع من هذه الجهة.

و مما ذكرناه انحل الفرع المبثلى به كثيراً و قد سنلنا عنه مراراً و هو ثبوت الخمس في نفس الأرض الموات بعد الأحياء إذا كان

الإحياء للتجارة دون مؤنة نفسه و عياله فإنه على ما ذكرناه لا خمس في نفس الأرض لعدم كونه ملكا للمحيى ليدخل تحت المنافع الحاصلة يوما فيوما، بل يثبت الخمس في منافعها بعد مضى الحول كما هو واضح.

و الحاصل: أن الكلام كان في أن الأراضي الميئة هل تملك بالإحياء أم لا، و قلنا أن المشهور، بل المجمع عليه و ان كان هو التملك بالاحياء.

و لكن الظاهر هو عدم حصول الملكية لأحد بالاحياء و يدل على ذلك ثبوت الخراج لغير الشيعة و ثبوت التحليل لهم مع انه انما يناسب التحليل و الخراج مع عدم الملكية و كذلك يدل عليه حرمة كسب غير الشيعة في تلك الأراضي و إخراج الأرض من أيديهم بعد قيام الحجّة و جعل الطسق للشيعة كما في رواية مسمع حيث قال فيجيئهم طسق ما كان في أيديهم، مع أنه لو كان ملكا للمحيى لم يكن مجال لشيء من المذكورات.

و ذكر أنه لا-وجه للقول بالملكية إلّا ظهور اللام المذكور في جملة من الاخبار من أنه من أحيى أرضا مواتا فهي له في الملكية لا مجرد الاختصاص.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٢

و فيه أنه مضافا الى أن المذكور في عدة من الروايات هي الأحقية فلو لم تكن ذلك قرينة لإرادة مجرد الاختصاص من اللام فتكفينا القرائن المذكورة لرفع اليد عن ظهور اللام في الملكية لأنه يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام في الملكية و بين الالتزام بكون الخراج و حرمة الكسب و إخراج الأرض من أيدي غير الشيعة في زمان الظهور التصرف في ملك الغير، و لكن مع التصرف في أدلة حرمة التصرف في مال الغير و حرمة أكله إلّا بإذنه بدعوى أن الامام أولى بذلك من نفس المالك فلا ريب أن الأول أولى برفع اليد من الثاني.

و أما أخبار التحليل فهي على طائفتين، الأولى: ثبوت التحليل للشيعة و كونهم محللون في الأرض و في مال الامام (ع).
و الثانية: ما دلّ على التحليل بلسان أنه ما كان لنا فليشيعتنا فهم فيه محللون فلا ريب أنه لا بدّ من رفع اليد من ظهور اللام في الملكية في قولهم لشيعتنا و ارادة التحليل المجرد إذ مفادها هو العام من غير اختصاص المحيى و غيره، و من البديهي ان غير المحيى لا يملك الأرض إجماعا، فيعلم من ذلك أنهم محللون في ذلك لسهولة الأمر و طيب الولادة كما تعارف هذا التعبير كثيرا يقال في مقام الاذن للغير في التصرف في المال أن ما كان لى فهو لك أى يباح لك التصرف فيه كيف شاء.

و بالجملة لا يستفاد من شيء من أخبار التحليل التملك أيضا.

و دعوى ان اللام قد استعمل في جميع مراتب الاختصاص و انما يرفع اليد عنه بالنسبة الى غير المحيى، و اما في المحيى فنلتزم بالملكية دعوى جزافية، فإنه ان كان المراد من ذلك إرادة الملكية و غير الملكية في استعمال واحد فهو غير جائز فلا يمكن في استعمال واحد، و ان كان المراد ارادة الجامع و المطلق الشامل لها فيه أن المعانى الحرفية غير قابلة للإطلاق و التقييد، بل انما يراد اما مطلقا أو مقيدا كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٣

ثم ان هنا وجها ثانيا أدق لعدم إرادة الملكية من اللام في اخبار التحليل بدعوى أن الامام (ع) قد حلّ ما له للشيعة مع انحفاظ إلهية له، أى حال كونها له فهي للشيعة من غير تقييد بزمان الحال و الماضى و الاستقبال و المحيى و غيره و من البديهي هذا لا يجتمع إلّا مع التحليل إذ بالتمليك لا يحفظ لهبة الامام (ع) و مالكيته على ان لكل إمام أن يفعل ذلك و يحلل فلو أريد التملك من تحليل أحدهم (عليهم السلام) لما بقى موضوع للثاني، و القول بعود الملك ثانيا الى الامام الثاني بعد الأول التزام بلا وجه.

و اما الخراج فلا دليل على ثبوته للشيعة إلّا إطلاق روايتين أحدهما مصححة عمر بن يزيد و الثانية رواية الكابلي، أما الأول فالظاهر من نفسها انه لغير الشيعة و لذا قال في ذيلها فإذا ظهر الامام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه، و اما الثاني فليس دلالتها إلّا بالإطلاق كما في

ذيل الرواية فإن الاستثناء يدل على دخول الحكم في المستثنى منه بإرادة استعمالية و ان لم يعلم دخوله فيه بإرادة جديده فهذا الظهور المبني على الإطلاق دون الوضع لا بد من رفع اليد عنها و تقييدها برواية مسمع ليحمل على غير الشيعة و ان آيت الآ من إبقائها في ظاهرها فيقع المعارضة بين رواية الكابلي و بين رواية مسمع الدالة على عدم ثبوت الخراج للشيعة في حال الغيبة حيث قال فيها «فيجئهم طسق ما كان في أيديهم» قبل ظهور الامام (ع) فيعلم من ذلك أنه لا خراج عليهم قبل المجيء و بعد التساقط يرجع الى اخبار التحليل.

القسم الثاني: أن تكون عامرة بالأصالة

إشارة

كأطراف الشطوط و سواحل الأنهار و بطون الأودية و رؤس الجبال و الجزائر المعمورة بالأصالة و قلنا أن معنى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٤

كونها عامرة بالأصالة هو كونها عامرة بلا عامر، و قد عبر المصنف في ذلك بقوله عامرة بلا معمر، و الظاهر أنه لم يوجد استعمال المعمر في التعمير بل استعمل اسم الفاعل منه عامر و المعمر من العمر، يقال لمن عمره كثير. و هذا القسم أيضا لا شبهة في كونه للإمام (ع) و ان لم يرد نص خاص على كونه للإمام (ع) كما ورد في القسم الأول و لكن

يدل على ذلك طائفتين من الروايات

الأولى الأخبار الدالة على ان مطلق الأرض للإمام (ع)

و ليس للغير فيها إلا حق الاختصاص بالتعمير و العمل، بل في رواية سهل أن الأرض لله و وقف للعباد فلا تكون ملكا لأحد و من هنا ذكر في بعض الروايات أنه ليس لأحد تعطيلها أزيد من ثلث سنين و قد ذكر جمع الى كون مطلق الأرض ليست لأحد، بل للإمام (ع) كصاحب البلغة و الشيخ الطوسي على ما حكى عنه، و المحقق الايرواني و غيرهم، و انما الشيعة محللون في ذلك، فإطلاق شامل لما نحن فيه أيضا، و قد استشهدنا بها على عدم الخراج للشيعة، و اما غير الشيعة فلم يثبت لهم فيها تحليل.

الثانية: ما دل على كون الأرض التي لا رب لها من الأنفال و الأنفال للإمام (ع)

كحسنة على بن إبراهيم و رواية العياشي عن أبي بصير، فان ما كان عامرا بالأصالة من الأرض فهي للإمام عليه السلام. نعم، في مرسله على بن إبراهيم عن حماد، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح تقييد الأرض التي لا رب لها بكونها ميتة و لكن لا يدل ذلك على التقييد و اختصاص الحسنة أيضا بالميتة أما إذا لم نقل بثبوت المفهوم للوصف كما لم نقل فواضح، فان القيد التي بها للغالب فان القول بمفهوم الوصف من جهة أن لا يكون القيد لغوا و إذ اعتذرنا عن عدم لغوية القيد بجملة مورد على الغالب فلا يكون الوصف لغوا فلا ينحصر عدم اللغوية بإثبات مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٥ المفهوم فقط.

و اما بناء على القول بمفهوم الوصف كما مشى المصنف على هذا المبني فأیضا لا يصلح للتقييد فإنه أولا إنما يوجب الاحتراز و التقييد دالا- على المفهوم إذا لم يرد مورد الغالب كما في المتن و الآ فلا مفهوم له كما في قوله تعالى وَ رَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فان كون الربائب في الحجور من جهة الغلبة و ثانيا أن حمل المطلق على المقيد انما في مورد يكون

بينهما التنافي كأعتق رقبةً ولا تعتق رقبةً كافرةً و أما فيما ليس بينهما تناف فلا وجه للحمل كقوله الخمر حرام و كل مسكر حرام، و هكذا و لكن هذا لا- يجرى في المقام لأن معنى كلام المصنف على فرض كون القيد للاحتراز و معه يكون التنافي بين المطلق و المقيّد من الواضح بمكان و لكن الذي يسهل الخطب هو ما ذكرناه من عدم المفهوم للوصف، بل يمكن منع الغلبة فإنه من أين أحرز أن الغالب في الأرض التي لا-رب لها هي الميتة، بل في كثير النقاط أن الأراضي التي لا-رب لها و ليست ميتة كأراضي الجبل مازندران و غيرها كثيرة جداً، و اما ما في تقرير شيخنا الأستاذ من الاستدلال بذلك بقولهم (ع) و كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام فليس برواية و لم نجده في كتب الحديث.

و الحاصل: أن ما كان عامراً بالأصل فهو للإمام (ع) للأخبار الدالة على أن مطلق الأرض للإمام عليه السلام و للأخبار الدالة على أن كل ارض لا رب لها فهي للإمام، و ما في مرسله الحماد من أن كل أرض ميتة لا رب لها فهي للإمام، لا يصلح لتقييد ذلك إذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فلا مفهوم له، فلا يكون للاحتراز. و لكن لا وجه لذلك فإنه من أين أحرز أن القيد محمول على الغالب إذ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٦

لا وجه للقول بأن أكثر الأرض التي لا رب لها ميتة مع أن أكثرها معمورة بلا شبهة، كأراضي الهند و جبل مازندران و غيرها مع أنه لا تنافي بين المطلق و المقيّد فلا وجه لحمل أحدهما بالآخر إلا أن يقال ان القيد إذا كان للاحتراز فيكون بينهما تناف فيحمل المطلق على المقيّد و الذي يسهل الخطب أنه لا مفهوم للوصف و عليه فلا يكون بينهما تناف فضلاً عن حمل أحدهما بالآخر نظير كل مسكر حرام و الخمر حرام و أعتق رقبةً و أعتق رقبة مؤمنة.

على أن رواية حماد مرسله فليست قابلة لتقييد الحسنه التي دلت على أن مطلق الأرض التي لا رب لها فهي للإمام عليه السلام هذا كله في كونها للإمام عليه السلام.

ثم انه لا يختص حق الأولوية أو الملكية بالإحياء، بل يعم العمل و جرى الأنهار و تكثير الأشجار و إصلاح بعض الخصوصيات و عليه فكل أرض معمورة بالأصل، وضع عليه اليد و عمل فيها، فيجرى فيها الجهات المتقدمة في القسم الأول من البحث، من أنه لا فرق في ذلك بين الشيعة و غير الشيعة و بين المسلم و غير المسلم، و في أنه هل يحصل التملك بذلك أم لا؟ و هل الخراج الثابت فيها لمطلق من وضع عليها اليد و لو كان العامل فيها هي الشيعة أو يختص بغير الشيعة، و أما لو لم يكن فيها عمل فلا وجه لهذه الأبحاث، بل هي باقية على ملك الامام، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيها للأخبار الدالة على حرمة التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

نعم، فالشيعة بالخصوص محللون فيها للأخبار الدالة على أن كلما للإمام فهو حلال للشيعة، و قد تقدم أن ما في بعض تلك الاخبار من التعبير بان ما لنا فهو لشيعتنا فلأمر يفد الملكية قد تقدم جوابه.

ثم الكلام يقع في أنه هل تحصل الملكية لهذا القسم من الأرض بالحيازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٧

و السبقة و وضع اليد عليها أم لا و جهان، الظاهر انها لا تكون ملكاً لأحد بالحيازة، و اختار المصنف كونها ملكاً بالحيازة و استدل عليه بالنبوي المعروف من سبق الى ما لم يسبقه أحد فهو أولى به.

و فيه مضافاً الى أنه ضعيفه السند أنه لا- دلالة فيه على الملكية، فإن غاية ما يستفاد منه أن المحيز يكون أحق الى ما سبقه اليه فلا تحصل بذلك السبق ملكية للسابق الى تلك الأراضي.

و ثانياً على تقدير أن المراد من الأولوية و الأحقية هي الأولوية الملكية دون مجرد حق الاختصاص فما نحن فيه خارج عن ذلك فإنه في مورد لا يكون ملكاً لأحد، بل من المباحات الأصلية فيكون السبق إليها موجبا لحصول الملكية و كالأوقاف العامة من الخانات و الرباط و المساجد، فان السبق فيها يفيد حق الاختصاص.

و أما في أملاك الغير فلا يفيد السبق شيئاً لا حق الاختصاص و لا الملكية و إلا لجاز لكل أحد أن يأخذ مال غيره و يمتلكه بالسبق و يكون ذلك من جملة الأسباب و الوسائل لأكل مال الناس، فلا يلتزم به متشرع و لا فرق في ذلك بين مال الامام و غيره، فإنه أيضاً لا يجوز التصرف في مال الامام عليه السلام إلا باذنه، و أما التمسك في ذلك بقوله «من حاز ملكاً» فلا وجه له لعدم كونه رواية، و على فرض كونه رواية فإنما هو في المباحات الأصلية لا في أموال الناس.

و ربما يقال بحصول الملكية هنا بقوله عليه السلام من استولى على شيء فهو له، كالأستدلال به في مطلق الحيازات. و فيه أن هذا و ان كان صحيحاً من حيث السند و لكن لا دلالة فيها على المطلوب إذ غاية ما يستفاد منها أن الكبرى مسلم و أن أسبق و الاستيلاء على شيء يوجب الملكية و لكن لا يثبت الصغرى و أن مال الامام عليه السلام يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٨

ملكاً لأحد بالسبق، بل هو من هذه الجهة كأموال سائر الأشخاص فلا يكون الاستيلاء عليه إلا غصباً لا مملكاً. على أن هذه الجملة المباركة المذكورة في ذيل بعض الروايات الراجعة الى أن مات الزوج و الزوجه و لم يعلم أيهما مقدم و أيهما مؤخر و كانت لكل منهما أموال مخلوطة بالآخر فقال عليه السلام من استولى على شيء فهو له بمعنى أن كل ما يكون مختصاً بالرجل فهو له، و كل ما يكون مختصاً للمرأة فهو لها للاستيلاء و اليد، اذن فالرواية من أدلة اليد و انه طريق الى كشف الملكية و كاشف عنها لا أنها تدل على كون الاستيلاء مملوكاً.

و بعبارة أخرى أن الاستيلاء دليل الملكية و كاشف عنه لا أنه مملك كما لا يخفى، فافهم.

اذن فلا يبقى دليل معتبر لأصل كون الحيازة مملكة فضلاً عن دلالتها على الملكية في أموال الغير، إلا في الموارد الخاصة التي ورد الدليل بالخصوص على إفادة الحيازة الملكية كما في الصيد و نحوه، نعم السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشرع قائمة على كون الحيازة مملكة، بل هذا المعنى فطري الحيوانات فإنه بعد سبق حيوان على صيد و فريضة و أخذه فلا يزاحمه الآخر، بل يرفع اليد عنه، بخلافه قبل الأخذ فإنهما يتسابقون في الأخذ.

نعم، يمكن الاستدلال على التملك بالحيازات لقوله عليه السلام في ج ٣ الوسائل، عين الدولة عن السكوني عن جعفر بن محمد عن آباءه عن علي عليه السلام أنه سأله عن رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه قال للعين ما رأيت و ليد ما أخذت، فإن قوله عليه السلام ليد ما أخذت أن ما حازه الإنسان ملكه فمفاد ذلك نظير من حاز ملك يدل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٣٩

على أن المحيز يملك كلما حازه، و لكنه ضعيفه السند للسكوني و أيضاً لا يشمل المقام لما عرفت أنه لا يملك الإنسان مال غيره بالحيازة و سبق و انما ذلك في المباحات الأصلية.

و تحصيل من جميع ما ذكرناه أن الأرض العامرة بالأصالة فهي للإمام عليه السلام، فلاحظ الأخبار الدالة على كونها للإمام و الاخبار الدالة على الحقيقة بالاحياء و العمل فلا يملكه أحد بالحيازة إلا أن يعمل فيها عملاً بأن للعامل حق الاختصاص فقط، فيجب عليه الخراج أن كان غير شيعي فلا يجوز لغير الشيعة أن يتصرف فيها، بل لو حازها غير الشيعة فلها أخذها من يده لكونه غاصباً فلا يقاس ذلك بالموات بالأصل.

القسم الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت فهل تكون ملكاً للمحيى أو لا؟

وجهان، قد تقدم الكلام فيه في القسم الأول، فإن البحث في القسم الأول كان في الموات بالأصل و أنه يصير ملكاً للمحيى أم لا؟ و هذا القسم عين القسم الأول، غاية الأمر حصل فيه الاحياء الذي سبب الملكية أو سبب لحق الاختصاص، فالبحث عن ان المحيى يملك أو لا يملك، يغنى عن البحث عن أن الحياة في الأرض توجب الملكية أم لا؟

فتحصل أن الأرض التي كانت عامرة بالأصل فهي للإمام و لكن حللها للشيعة و من عمل فيها، بل في بعض الروايات وقف للعباد و ان كان ضعيفا لوجود سهل بن زياد في طريقه و هي ليست ملكا لأحد و لا تملك بالحيازة و كذلك أشجارها لكونها تابعة للأرض و من نماءتها فلا ينفك حكمها عنها.

نعم، يمكن دعوى السيرة القطعية على أن من حاز من أشجارها فملكها و لو كان المحيز من أهل الخلاف، بل من أهل الذمة من الكفار إذ لم نسمع الى الآن من ردع الخطابين من غير الشيعة عن شغلهم و أخذ الأئمة و مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٠

غيرهم من المتشعبة الحطب من أهل الذمة إذا حازوها و جائوا بها الى البلاد للبيع و الشرى، بل يعاملون معها معاملة الملك و يشترونها منهم فلو كانت الحيازة فيها لا توجب الملكية و كانت الأخشاب و الأحطاب باقية على ملك مالكةا أعني الإمام (ع) لكانوا يعاملون معها معاملة مال الغير فهل يملك أحد ما أخذه من أرض الغير من الأشجار و الأحطاب.

و بالجملة و ان كانت الأرض المعمورة بالأصل للإمام (ع) و لا تكون ملكا لأحد بالحيازة و كانت نماءاتها تابعة لها حسب القاعدة و لكن نفك بين الأرض و نمائها بالسيرة القطعية القائمة على ملكية المحيز بما حازه من أشجار تلك الأرض و احطابها كما لا يخفى على المتأمل.

أقول: يمكن منع السيرة لوجهين، الأول: أن الأئمة (ع) لما اقتدروا على الردع، و الثاني: انه لم يكن في حوال المدينة أو العراق اللتان في تحت سلطنتهم في زمان سلطنتهم أرض تكون معمورة بالأصالة و جائوا منها أشجارا و أحطابا حتى يعامل معها معاملة الملك بالحيازة كما لا يخفى.

أما القسم الرابع: من الأرض فهي ما كان خرابا بعد العمارة و مواتا بعد ما كان محياة

إشارة

فهي على قسمين:-

الأول: ما باد عنها أهلها و صارت خربة لذلك و بانجلاء أهلها عنها

فقد ورد في جملة من الروايات أنها للإمام (ع) و هي خارجة عن موضوع بحثنا.

القسم الثاني: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترك

و جاء الثاني و عمرها و أجرى أنهارها فهل يزول بذلك حق الأول؟ فيكون حق الاختصاص أو التملك للثاني أو لا يزول حقه مطلقا، أو يفصل بين ما كان تملك الشخص الأول بالاحياء فيزول حقه أو بغير الاحياء من الهبة و الاثراء و نحوها فلا يزول حقه بذلك و القول بالتفصيل منقول عن العلامة في التذكرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤١

بل في الجواهر نقل الإجماع عنه على ذلك ألما أن كلام العلامة خال عنه و ليس فيه دعوى الإجماع، بل و لم ينقل من أحد قبل العلامة.

و قد استدل على كون الثاني أحق من الأول بروايات الاحياء فان إطلاق الاخبار الدالة على أن من أحيى أرضا فهي له، كون المحيي الثاني أحق.

و فيه أن تلك الأخبار بإطلاقها دلّت على أن من أحيى أرضا فهي له من غير تقييد بكونها للمحيى ما دام الحياة أو مطلقا و لو بعد

الخراب و على هذا فهي تدلّ على كون الأول أحق بها من الثاني إذ بعد كون الأرض متعلقا لحق الغير أو كونها ملكا للغير فلا تكون مشمولة لأدلة الاحياء فان أدلة عدم جواز التصرف في ملك الغير أو حقه حاكمه على أدلة الاحياء و جواز التصرف في المباحات الأصلية و لا تعارض بينها و إلا فلزم ملاحظة التعارض بين أدلة حرمة التصرف في مال الغير و بين عمومات أدلة صحة البيع و تجارة عن تراض و نحوها.

و بالجملة لا وجه للاستدلال في المقام بأدلة الإحياء كما لا يخفى، و العمدة في المقام الاستدلال على ذلك بالأخبار الدالة على أن من أتى الأرض الخربة فأحيها فهي له، و قد ذكر ذلك في جملة من الروايات، و العمدة منها صحيحتان إحداهما صحيحة الكابلي فإن فيها و الأرض كلّها لنا فمن أحيأ أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام (ع) من أهل بيتي و له ما أحل منها (فان تركها أو أخر بها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحيها فهو أحق بها من الذي تركها).

و ثانيهما صحيحة ابن وهب في ج ١٠ و في ص ١٣١ فان فيها «قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها و جرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فإن كانت أرضا لرجل قبله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٢

فغاب عنها و تركها و أخرجها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله عز و جل و لمن عمّرها، فان مقتضى هاتين الصحيحتين ان الحق للثاني و اما الأول فسقط حقه بخراب الأرض و ليس له فيها حق.

و لكن في المقام صحيحتان تدلان على عدم زوال حق الأول بذلك بل يجب على الثاني أن يعطى حق الأول من الأرض إحداهما صحيحة سليمان بن خالد في ج ٢ التهذيب ص ١٥٨ (قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه) و ثانيهما صحيحة الحلبي في ج ٢ التهذيب ص ١٧٣ و فيها (عن الرجل يأتي الأرض الخربة الميتة فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه فيها؟ قال: الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليرد اليه حقه) و هاتان الروايتان متحدتان من حيث المضمون و الألفاظ، و قد يقع التعارض بين الطائفتين و حيث أن روايتي سليمان بن خالد و الحلبي مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الإحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى و الهبة و نحوهما بحيث يمكن ان تكون الخربة من الملك بالإحياء، أو الملك بالشراء، و رواية الكابلي دالة على ان الملك أو الاختصاص كان من جهة الإحياء فقط، و انما صارت الخربة عن الملك بالاحياء فتكون رواية الكابلي مقيدة لرواية سليمان بن خالد فتكون رواية ابن خالد مختصة بخصوص التملك بغير الاحياء و حيث ان رواية ابن وهب كانت مطلقة من حيث أن الملك بالإحياء أو بغيره فتكون رواية سليمان بن خالد بعد التقييد خاصة و رواية ابن وهب عامة بعد انقلاب النسبة فتكون رواية ابن وهب مقيدة برواية سليمان بن خالد فتصير النتيجة أن الأرض التي كانت مملوكة بالإحياء أو متعلقا لحق المحيي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٣

بذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيي الأول و أما لو كان المالك الأول مالكا بغير الاحياء كالشراء و نحوه و تركها أو أخرجها و عمرها شخص آخر، فلا- بدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه و عليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن العلامة، فربما ترمى رواية سليمان الى ضعيف السند تارة و الى الإرسال أخرى، كما في البلغة و حاشية بعض مشايخنا المحققين، إذ لا نعرف وجهها لها بعد كونها صحيحة السند، فإنه لا شائبة في سندها بوجه و على تقدير كونها كك، فرواية الحلبي بعين ذلك المضمون و الألفاظ فهي صحيحة و مع الغرض عن جميع ذلك فلا وجه لتوهم انجبار ضعيفها بعمل المشهور إذ لم ينقل القول بالتفصيل إلا عن العلامة و ذكر الإجماع في كلامه لعله سهو من قلم صاحب الجواهر على أنه لا نسلم أصل الانجبار كما لا يخفى.

و هذا الجمع بحسب الكبرى، و ان كان صحيحا كما ذكرناه في التعادل و التراجيح، و قلنا أن المناط في باب التعارض هو تعارض الحجيتين و لو بعد ملاحظة النسبة بين بعضها مع بعض الأخر و لا يقتصر النظر فيه الى التعارض البدوي.

و لكن يرد على هذا الجمع بالخصوص هنا أمران: أحدهما: انه ان كان النظر في الأراضي المملوكة بما كان مملوكا به مطلقا، و لو كان الاحياء مبدء في التملك، و الّا للأسباب القريبة للتملك هو غير الاحياء فلا يبقى مورد لرواية سليمان بن خالد الّا نادرا، فيلزم حملها على المورد النادر فهو بعيد إذ قلما توجد من الأراضي أن لا ينتهي مبدء التملك فيها الى الاحياء فان أصل التملك في أكثرها هو ذلك، نعم قد يكون المبدء فيه هو قطع الأرض من الأئمة لشخص.

و بالجملة بعد قيد رواية سليمان بن خالد برواية الكابلي فاختصت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٤

رواية سليمان بالأراضي المملوكة بغير الاحياء و إذا قلنا بان المراد من الأراضي المملوكة بالاحياء مطلق ما كان أصلها مملوكة بالاحياء، فلم يبق مورد لرواية سليمان الّا نادرا فلا يمكن الالتزام بذلك، و ان كان النظر في سببية الإحياء أو غيره التملك الى السبب القريب دون السبب البعيد، فحينئذ و ان كان المورد لرواية سليمان كثيرا و لكن لم يبق لرواية ابن وهب الّا قليل فإن أكثر الأراضي لو لم يكن كلها انما هي مملوكة بغير الاحياء فعلا فإذا أخرجنا الأراضي المملوكة بغير الاحياء عن تحت رواية ابن وهب برواية سليمان، و قلنا بأنه لا بدّ في ذلك من ردّ حق المحيي الأول لكان الباقي تحت رواية ابن وهب الأرض المملوكة بالاحياء الذي يكون سببا قريبا للتملك بحيث كان تملك المالك لها بالاحياء و صارت خبرة عن التملك بالاحياء من دون تعلق البيع و الشراء عليها و مثل ذلك لا يوجد الّا قليل.

و بالجملة ان هذا الجمع انما استلزم لحمل إحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضى كما لا يخفى.

الثاني: فهو العمدة هو أنا ذكرنا في باب التعادل و التراجيح أنه إذا ورد مطلق أو عام ثم ورد خاصان أو مقيدان و كان بين الخاصتين عموم مطلق جاز تخصيص العام أو تقييد المطلق بكلا الخاصين الذين بينهما عموم مطلق لعدم التنافي بينهما مثلا إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم العاصين منهم، ثم ورد و لا تكرم المرتكب للكبائر فلا شبهة في تخصيص العام بكل من الخاصين، إذ لا تنافي بينهما بوجه و مقامنا من هذا القبيل، فإن روايتي سليمان بن خالد و الحلبي عام من جهة أن الأرض الخبرة التي جائها المحيي الثاني أعم من ان تكون مملوكة بالاحياء أو بغير الاحياء، فصارت خبرة و أن كونها خبرة أعم من ان تكون مستندة الى تركها و خرابها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٥

كما في روايتي الكابلي و ابن وهب، أو كانت الخبرة بالقهر و الاضطراب كمنع الغاصب و الجائر و جريان السيل و إتيان المطر و عدم قدرته على الاشتغال و نحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختياري و اخرابا من المحيي و رواية ابن وهب و ان كانت في نفسها أعم من كون الملكية بالاحياء أو بغيرها لعدم فرض الاحياء فيها و لكنها أخص من رواية سليمان بن خالد لان الخراب فيها من الترك الاختياري أو الخراب الاختياري كما هو مقتضى عطف إخرابها على تركها في رواية الكابلي.

و رواية الكابلي مختصة بخصوص التملك بالاحياء و ان كانت من جهة الترك و الخراب مساوية فتكون أخص من رواية ابن وهب، فمفاد كلا الخاصين هو ان المحيي أحق بما أحياه من الأرض الخبرة سواء كانت مملوكة بالاحياء أو بغيرها، و أنه لا حق للمحیی الأول فلا بعد في ذلك فهو واضح بناء على عدم كون الأراضي مملوكة لأحد كما اخترناه للروايات الدالة على أن الأرض كلها للإمام و ان كان قد ورد لها تخصيص في جملة من الموارد كالاملاك الشخصية و الموارد المفتوحة عنوة و غير ذلك، و ان من وضع عليه اليد بالاحياء أو العمل لا يزيد الّا حق الاختصاص و الأولوية، بل في رواية سهل و ان الأرض كلها لله فهي وقف للعباد و لكنها ضعيفة و من الواضح انه لا يجوز تعطيلها لان غرض الشارع عمارة الأراضي و انها ليست كسائر الاملاك كالكتب و نحوها حق يفعل مالکها فيها ما يشاء و لو عطلها خمسين سنة، بل في بعض الروايات لا يجوز تعطيل الأرض أزيد من ثلث سنوات فان طبع الأرض تقتضى ان تعطل سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات للتقوية و اما إذا صار أكثر فببنتي ذلك بالمسامحة و بتعطيل مال الامام و ما هو وقف للعباد و قد ذهب الى عدم كون مطلق الأراضي ملكا لأحد جملة من الأعظم كصاحب البلغة و غيره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٦

و بالجمله لا شبهة في أنه بناء على عدم كون الأرض ملكاً لأحد يكون أولوية المحيي الثاني بمكان من الوضوح لعدم لزوم التصرف في دليل حرمة التصرف في مال الغير.

و أما بناء على أن الأرض تملك كما هو المشهور و المعروف، فك أيضاً فإنه بمقتضى ما دلّ على أولوية المحيي الثاني و كونه أحق بالأرض المحيية من المحيي الأول نلتزم بالتصرف في أدلة حرمة التصرف في مال الغير إلّا بإذنه فان اذن الشارع أسبق و شرط الله قبل شرطكم كما في رواية الطلاق من يب و على كل حال نقيدهما معا روايتي سليمان بن خالد و الحلبي فتصير النتيجة أن المحيي الثاني أحق بالأرض فليس للأول مزاحمة لكونه كسائر الناس في ذلك و لا حق له في الأرض إلّا أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر و الغاصب عن الاحياء أو لكثرة الماء و طغيان الشط عليه و نحوها فان في أمثال ذلك فلا يزول حق المحيي الأول، بل هو أحق بالأرض و ان جائها الثاني فأحيها و عمّرها، فليردّ إلى الأول حقه و هذا هو القول الرابع في المسألة و الظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم.

الكلام في بيع الأراضي المفتوحة عنوة

اشاره

ثم ان

المصنف لما تكلم في أحكام الأرضين تكلم في الأراضي المفتوحة عنوة لتكميل الأقسام فنقول

أن الأراضي المملوكة للكفار على أقسام:

الأول: أن تكون باقية على ملكهم فعلا

فلا كلام لنا فيه.

الثاني: ان يسلموا طوعا و يدخلوا في الإسلام برغبتهم منهم أيضا

مالكون لارضهم و لا وجه لخروجها عن ملكهم فهذا أيضا خارج عن المقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٧

الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا

و منها أراضيهم فتكون أموالهم و كذلك أراضيهم ملكا للإمام عليه السلام، لانه لا وارث له غير الامام (ع)، و هذا لا يختص بهم، بل الأمر كذلك في المسلمين أيضا.

الرابع: الأرض التي انجلى عنها أهلها من غير حرب

و هي من الأنفال لله و رسوله و بعده للإمام (ع).

الخامس: الأرض التي أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبة،

و بالخيل و الركاب، و هي تسمى بالأراضى المفتوحة عنوة، و هي محلّ الكلام فى المقام.

و هنا قسم سادس: و هي الأرض التى لم تتصف بشيء من الأمور المذكورة

و لم يجر عليها الخيل و الركاب، و انما أخذت من الكفار صلحا و صولحوا عليها من غير حرب كأرض الخبير فإنها أخذت من الكفار و أعطيت لهم ليعطوا الجزية أو بقيت على ملكهم و ضربت الجزية عليهم و تسمى هذه بأرض الصلح و بأرض الخراج و فيما كانت ملكا للمسلمين فهى ملك لجميعهم من الموجودين و الذين يكونون موجودا بعد ذلك و قلنا ان معنى كونها ملكا لهم هو صرف منافعها فى مصالحهم من تعمير القنطرة و نحوها و إعطاء مقدار منها لبعض الفقهاء، بل لولئ الأمر أن يملك مقدارا من نفس رقبه الأرض لواحد من المسلمين، بل للجائر ذلك إذا قلنا أن فعله ممضى للشارع و قد تقدم الكلام فى ذلك، و فى معنى الجائر فى المكاسب المحرمة

و كيف كان فيقع الكلام فعلا فى جهتين:

إشارة

الاولى: أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟
الثانية: أنه إذا قلنا بجواز تملكها فهل يجب الخراج فيها لمن بيده تلك الأراضى مطلقا أو يفرق بين الشيعة و غيرها و يلتزم بعدمه على الشيعة
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٨
أو بين العمال و غيرهم و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى أو بين من يحل له أخذه و أكله من المسلمين و بين غيرهم، و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى وجوه:-

أما الكلام فى الجهة الاولى [أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟]

إشارة

فان كان المشهور أن الأراضى المفتوحة عنوة تملك و لو تبعا للآثار ألا أنه لا نعرف لذلك وجها صحيحا فالظاهر من الاخبار انها لا تملك و انما هى ملك المسلمين، و فى صحيحة الحلبي (قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن دخل فى الإسلام بعد اليوم، و لمن يخلق بعد، فقلنا: أن نشتريه من الدهاقين؟ قال: لا يصلح ألا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فان شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها) الى غير ذلك من الروايات الصريحة فى أنها ملك للمسلمين فلا تملك بوجه، و قد نقل المصنف جملة منها و ما قيل انها تملك تبعاً للآثار لا مدرك له بوجه، بل فى رواية أبى برده المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال (ع) من يبيعها هى أرض المسلمين قلت يبيعها الذى هى فى يده، قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا. إلخ فإن الظاهر منها و من غيرها أنها ليست ملكا لأحد و ألا لكان يبيعها جائزة و ما ورد فى بعض الروايات كرواية أبى برده و غيرها من جواز بيعها لا تدل على جواز بيعها، بل هى تدل على عدم جواز بيعها كيف فان قوله (ع) من يبيعها هى أرض المسلمين صريح فى عدم جواز، و قوله ثم قال: لا بأس، اشتر حقه منها، ليس فيها دلالة على جواز البيع بل تدل على معنى ان يبيعها قيام المشتري مقام البائع فى الجهة التى كانت راجعة للبائع من استعمالها و الانتفاع بها و أداء الخراج منها نظير بيع دكاكين الغير أى حق الاختصاص الثابت للجالس.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٤٩

و بعبارة أخرى يسمى باصطلاح العلمى بحق الاختصاص ففى الحقيقة أن البائع يبيع حقه الاختصاص بنفس هذا دليل يدل على عدم جواز بيعها.

و بالجملة لا يجوز تملك تلك الأراضى و لا بيعها، بل يبيع الحق الاختصاص كما هو صريح الروايات و لا يفرق بين ذلك بين نفس الأرض و أجزائها.

و عليه فلا يجوز بيع أجزاء تلك الأراضى من الجص و الآجر و الكوز و نحوها من أجزاء الأرض و اما قيام السيرة فسأتى الكلام فيها، نعم لو انفصلت الاجزاء عن الأرض جاز بيعها كما إذا أخرجوا التراب من مكان بعد الإصلاح بحيث صار زائدا فيجوز أخذه و الانتفاع به، فإنه للمسلمين و الأخذ أيضا منهم و من طرق الانتفاع به صرفه فى الكوز و الآجر و بيعها.

و من هنا يعلم أنه لا يجوز تأسيس المسجد فيها فإنه يتوقف على وقف الأرض و فكه عن الملك و من الواضح انها ليست ملكا لأحد حتى يوقفها المالك و يجعلها مسجدا.

تنبيه:

أنه ذكر المصنف رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبنى غير ان أناسا من أهل الذمة نزلوها له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤسهم، قال:

يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال أخذها و من المعلوم انها لا يرتبط بالمقام بوجه، فان جواز أخذ أجره البيوت بعد المشاركة أى ربط له الى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها، بل يمكن دعوى كونها مشعرة إلى جواز بيعها حيث قرر قول السائل اشترى أرضا من أرض الخراج و لكن يمكن منع ذلك من جهة ان المراد بأرض الخراج يمكن أن تكون أرض الصلح أو أن جهة الاشترى يكن موردا للسؤال، و أيضا ذكر فى المقام مرسله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٠

الحمد فهى على إرسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذى هى الزكاة قبل القسمة و من المعلوم أن وجوب أداء الزكاة مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب، و بعد أخذ كل منهم أنصبتهم يلاحظ حقه مستقلا، فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاة و الآ فلا.

الجهة الثانية: الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده

لما تقدم من رواية أبى بردة قال عليه السلام: من يبيعها و هى أرض المسلمين يصنع بخراج المسلمين الى ان قال: و يحول حق المسلمين عليه اى على المشتري فيعلم من ذلك ان الخراج مما لا بد منه فيجب على كل من كانت الأرض تحت يده على أن نفس كون الأرض للمسلمين يقتضى وجوب الخراج مع قطع النظر عن الرواية فإن الثابت جزما انما هو جواز التصرف فى تلك الأراضى و اما التصرف من غير خراج و أجره فلم يثبت فيكون حراما و تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو غير جائز فلا بد من أدائه الى الامام (ع) إذا أمكن و الآ فللفقهاء و لمن ولّى أمور المسلمين أو للجائر بناء على إمضاء فعله من الامام (ع).

و بالجملة مقتضى الأدلة المطبقة على عدم جواز التصرف فى مال الغير هو عدم جواز التصرف شخص فى الأراضى المفتوحة عنوة و الانتفاع بها و باجزائها بوجه، و لكن ثبت بالقطع جواز أصل التصرف فيها و اما بدون الأجرة و الخراج فلا، فلا بد للمتصرف و من ينتفع بها من أداء خراجها.

ثم بقى هنا أمران

الأول: أن السيرة القطعية و ان قامت على جواز التصرف في أراضي العراق

و أرض الغرى و كربلاء و بيع رقبته و أجزائها و أخشابها من زماننا الى زمان المعصومين (ع) و لكن الكلام فى الصغرى و أن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥١

أى أرض منها مفتوحة عنوة و لم يثبت كون الاجزاء أو الرقبه التى تباع من المفتوحة عنوة حتى لا يجوز التصرف فيها و بيعها و إلا فلو ثبت كون أرض من الأراضي مفتوحة عنوة فلا يجوز تملكها و بيعها إلا بالمعنى الذى ذكرناه.

و دعوى العلم الإجمالى بوجود الأرض المفتوحة عنوة فى تلك الأراضي العراقية و حوالها و ان كانت دعوى صحيحة إلا أنه لا يوجب التنجيز، فان جميع تلك الأراضي ليس محلا للابتلاء لوجب تنجيز التكليف، بل مقتضى العمل بدليل الحاكمه على الأصول أن تعامل مع تلك الأراضي معاملة الملكيه كما لا يخفى.

و توضيح الحال فى المقام و قد عرفت أن الأراضي المنسوبة إلى الكفار على أقسام: - منها: ما بقيت على ملكهم من غير ان تخرج منه. و منها: ما بقيت على ملكهم بعد إسلامهم بالطوع.

و منها: الأراضي الصلحيه الخراجيه و هى التى صولحوا بها لتبقى على ملكهم و يعطون الخراج عليها أو أخذت من ملكهم و لكن أعطيت لهم لأخذ الخراج.

و منها: ان تكون مفتوحة عنوة و الأرض المفتوحة عنوة تارة تكون معموره حين الفتح و أخرى ميتا و ما كانت معموره بالأصل فهى ملك المسلمين، و أيضا أن جمله من تلك الأراضي قد ملكت بتمليك الامام و كثير منها ملكت بتملك السلطان الجائر خصوصا فى زمان العثمانيين و مع كثرة المحتملات و ثبوت اليد على تلك الأراضي المقتضى للملكيه فكيف يمكن إحراز أن الأرض الفلانيه عن المفتوحة عنوة حتى لا يجوز أخذها.

نعم، لو كان جميع تلك الأراضي التى تعلم بوجود الأرض المفتوحة عنوة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٢

بين تلك الأراضي يلزم الاجتناب عنها لكون العلم منجزا فى هذه الصورة و هذا العلم الإجمالى بوجود الأرض المفتوحة عنوة كالعالم الإجمالى بوجود الوقف فى جميع دور النجف و كربلاء، بل العراق، و العلم الإجمالى بوجود مال الغصب فيها، و العلم الإجمالى بمنع الإرث عن بعض الوارثين خصوصا البنات فإنهن يمنعن من الإرث كثيرا و تقسم أموالهم على غير الجهه المشروعه فهل يتوهم أحد أن العلم الإجمالى فى هذه الموارد يوجب تنجز العلم الإجمالى و كذلك العلم الإجمالى فى المقام و ما قيل من الجواب فى هذه الموارد فهو الجواب هنا أيضا، و إلا فليس للمقام خصوصيه زائده.

و بالجملة مركز الكلام هنا هو أنه لا- بدّ فى وجوب الاجتناب من الأرض لأجل كونها مفتوحة عنوة من إحراز أمرين الفتح عنوة و كونها معموره حال الفتح و إلا فلا وجه للاجتناب عنها بوجه، و اما بعد ثبوت الفتح فلا مناص من عدم جواز التملك فيها و لا فى أجزائها و أخشابها و أن مقتضى اليد فى أراضي العراق و ما يحتمل كون الأرض المفتوحة عنوة فيها أماره الملكيه فلا يرفع اليد عنها بالاحتمال فيما يعتمد عليه هذان الأمران إحراز الفتح مع العمارة فى عدم جواز التملك و العمل باليد فى جواز البيع و الشرى مع عدم الإحراز.

و على هذا فلا وجه للإشكال فى بيع أراضي العراق و لا فى أجزائها، فإن احتمال كونها من الأراضي المفتوحة عنوة احتمال بدوى لا يعنى به.

[الأمر الثانى] (قوله: أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيه حال الفتح).

أقول: ربما يقال بأن الأراضى التى كانت معمورة حال الفتح ثم ماتت و أحيائها الأخر تكون ملكا للمحبي لعموم أدلة الاحياء و لخصوص رواية سليمان ابن خالد المتقدم، فهى أجنبية عن المقام، فإنها واردة فى الأرض الخبرة فهى غير المفتوحة عنوة، و لذا قال (ع) و ان كان يعرف صاحبها فيؤدى اليه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٣

حقه، و الفتوحة عنوة ليست لأحد حتى يرد اليه حقه، إذا عرف و لو كانت هنا رواية آخر فلم نجدها. و اما عمومات أدلة الإحياء فقد تقدم الكلام فى آخر المكاسب المحرمة عند التكلم فى أن الأراضى المفتوحة عنوة تملك أو لا تملك عدم دلالتها على الملكية بالاحياء و كونها خارجة عن الأراضى المفتوحة عنوة لوجهين: - الأول: أن الاحياء ليس من أسباب الملكية بوجه، فإن غاية ما يستفاد منها على ما تقدم هو حتى الاختصاصى و الأولوية و أما الملكية فلا. و ثانيا: أنها لا تشمل الأملاك الشخصية فحياؤها لا يوجب الملكية بناء على أن الاحياء من الأسباب المملكة للأراضى المفتوحة عنوة بمقتضى الروايات المتقدمة ملك للمسلمين فلا ربط لأدلة الإحياء لها فتكون أدلة حرمة التصرف فى مال الغير حاكمة عليها كما لا يخفى.

و بالجملة لا تدل أدلة الاحياء أن الأراضى المفتوحة عنوة تملك بالاحياء بل مقتضى حرمة التصرف فى مال الغير مانع عن ذلك.

(قوله: و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا).

إشارة

أقول: و من جملة شرائط العوضين ذكروا كون الملك طلقا يتفرع عليه أمور كثيرة التى تعلق بها ما خرج عن كون الملكية طلقا كالنذر و الخيار و اليمين و الوقف و كون المبيع أم ولد و كالرهن الى غير ذلك مما يخرج المبيع عن كونه ملكا طلقا، و لكن فرعوا على هذا الشرط أمور ثلاثة و تكلموا فيها على وجه الاستقلال و هو الرهن و الوقف و أم الولد.

[ما هو المراد بالطلق]

و ذكر المصنف ان المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٤

المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجه الى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا يحصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها فما ثبت منعه عن تصرف كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا- تأسيس لشرط ليكون ما بعده فرعاً، بل الأمر فى الفرعية و الأصالة بالعكس.

و قد أشكل عليه بأن المراد بالطلاق عبارة عن عدم قصور السلطنة و عدم كونه محجورا عن التصرف، اما لقصور فى المقتضى كما إذا

كان ملكه محدودا كالوقف الخاص فان الموقوف عليه في هذا الوقف و ان كان مالكا للعين الموقوفة على ما هو الحق كما اختاره المشهور إلا أنه لا يصح بيعه لهم لان بيع الموقت لا يصح في الشرع و اما لوجود المانع كالرهانة و الجناية و الاستيلاء و يتفرع على دلت عدم جواز بيع الوقف و نحوه.

الظاهر أن ما ذكره المصنف متين، فان ما ثبت من الموارد الخاصة من عدم جواز البيع للحقوق المتعلقة بها المانع عن التصرف انما هي المانع بذواتها، فالتعبير بذلك العنوان المنتزع للإشارة إلى ذكر الحقوق المانعة فإن ما يكون معتبرا في نفوذ البيع السلطنة على البيع فما ذكره شيخنا الأستاذ من المراد بالطلاق عبارة عن عدم قصور السلطنة إما لقصور في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٥

المقتضى كالوقف، و اما لوجود المانع كالرهانة.

لا وجه له، اما الأول، فلأن بيع الوقف و ان لم يجز إلا أن عدم الجواز من جهة عدم السلطنة على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعة لا أن الطلقة بذاتها شرط للبيع.

و اما الثاني: فبناء على عدم جواز بيع العين المرهونة كما هو المشهور استنادا إلى النبوي من أن الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف، فكك إذ المالك ليس له السلطنة على البيع من جهة تعلق حق المرتهن بالعين و عدم كون المالك مسلطا على البيع لعدم انتفاء ما هو شرط في البيع لا ان الطلقة شرط في الملكية.

و بالجملة هذا العنوان ليس له موضوعية بما هو في نفسه و بذاته ليكون شرطاً في الملكية، بل عنوان منتزع من الموارد الخاصة التي انتفى تلك الحقوق فيها على أنه سيأتي انه لا دليل على عدم جواز بيع الرهن، و اما النبوي فضعيفة السند، و غير منجزة بعمل المشهور. و بالجملة أن الشرط في البيع ما دل الدليل على عدم جواز بيعه كالوقف و نحوه على ما ذكره الفقهاء، بل أنها بعضهم الى عشرين فهو بذاته مما لا- يجوز بيعه لمنع الدليل عنه بالخصوص و عنوان الطلقة عنوان منتزع من تلك الموارد التي ورد الدليل بالخصوص على عدم جواز بيعه و مشير إليها و الّا فعنوان الطلقة ليس من الشروط ليكون الموارد المذكورة بعدها متفرعا عليه و انما الشرط نفس انتفاء تلك الأمور التي ذكرت في المقام و عد من شرائط العوضين فعدم وقوع التجارة عليها لأجل الأدلة الخاصة و عدم جواز بيعها بذاتها فلا وجه لارجائها الى عنوان اشتراط الطلقة و القول بانتفائها في تلك الموارد كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٦

الكلام في بيع الوقف

قوله: مسألة: لا يجوز بيع الوقف

[الدليل الأول] إجماعا محققا في الجملة و محكيا.

أقول: لا شبهة في عدم جواز بيع الوقف فان مقتضى كونه وقفا إيقاف الشيء و إبقائه على حاله على النحو الذي أوقفه المالك و عدم جواز التصرف فيه على وجه ينافي الوقف فإذا أنشأ الواقف هذا المعنى الذي عرف في النبوي المعروف يحبس الأصل و سبيل الثمرة و عرفه الأصحاب بقولهم تحبب الأصل و تسبيل الثمرة فينافي البيع مع مقتضاه فان مقتضى أو فوا بالعقود هو نفوذ التصرف فيه ببيع و نحوه من المعاملات فهما لا يجتمعان لكونهما متناقضان

الثاني: دلالة الروايات العامة و العمومات على ذلك

و أن الوقف لا- يجوز بيعه كقوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، و في بعض النسخ يقفها أهلها فإن الوقف يستعمل لازما و متعديا من دون ان يتعدى بشيء و دلالة هذه الرواية على المقصود مما لا شبهة فيه، فان الواقف يقف على أن تبقى العين و ينتفع بمنافعها و الرواية الشريفة يمضى ذلك و تدل على أن الوقف لا بدّ و أن يلاحظ فيه غرض الواقف حتى لو كان مشترطا فيه عدم البيع أصلا لكان متبعا بحسب مقتضى العموم.

الثالث: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فأن ما أنشأه الواقف من الوقف مما تشمله الآية فيجب الوفاء به، فالبيع مناف لذلك.

الرابع: الروايات الخاصة في خصوص بعض الأوقاف

كرواية أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن (ع) (قلت: جعلت فداك انى اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت أنها وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى ما أوقفت عليه، قلت لا أعرف لها ربّا قال مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٧

تصدق بغلتها) الظاهر أن المراد من الغلة ليست هي الحاصلة من زرع المشتري و إنما فهي لصاحب البذر في المغصوب و كيف في المقام الذى اشترى من غير علم بكونها وقفا، بل المراد من الغلة ما يحصل من الأرض بحسب طبعها من الخضر و الأشجار و المنافع الأخر.

و منها ما ورد في حكاية وقف أمير المؤمنين (ع) بعد التسمية هذا ما تصدق به علي ابن أبي طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا- تباع و لا- توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض الى غير ذلك من الروايات الكثيرة، بل فى بعضها لعنى رسول الله (ص) بايع الوقف و فى بعضها أن من أمن بالله و باليوم الآخر لا يبيع الوقف و استدلل بها المصنف على عدم جواز بيع الوقف مطلقا بدعوى أن قوله (ع) صدقة لا تباع و لا توهب ليس وصفا لخصوص شخص العين الموقوفة، بل وصفا لنوع الصدقة التى فى مقابل الأنواع الأخر من الصدقات المستحبة أو الواجبة و هذا هو الظاهر من المفعول المطلق المساق للنوع، فان قوله (ع) صدقة مفعول مطلق كقولك جلست جلسة الأمير، أى نوع جلوسه و هكذا فى المقام أى نوع صدقة لا- تباع و لا توهب و من الواضح أن هذا الوصف وصف لنوع الوقف، و ذكره هنا من جهة تطبيق الصغرى للكبرى لا أن الوصف وصف لخصوص الشخص الخاص الذى وقفه علي بن أبي طالب (عليه السلام).

ثم استدلل المصنف المصنف على عدم كون الوصف خارجيا معتبرا فى الشخص بوجوه بعد استبعاده أولا أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم.

الثانى: أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا، بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٨

كدفعه الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلا.

الثالث: أن هذا التقييد مما لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الامام (ع) بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فان العلم بعدم طرو مسوغات للبيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع.

و هذه الوجوه التى ذكرها المصنف و ان كان متينا و واردا على فرض كون الوصف شرطا خارجيا و معتبرا فى الشخص و لكن الذى

ينبغي ان يقال و يسهل الخطب هو أن الشرط ان رجع الى الجواز بان شرط عدم جواز البيع فى الوقف فهو أمر ممتنع لخروجه عن قدرته فان الجواز حكم شرعى و وضعه تحت يد الشارع كنزول المطر فلا معنى لشرط ما هو ليس فى قدرته على أن اشترط عدم الجواز معناه ان لم يجز لم يبيعه لان مفهوم الوقف هو السكون فهو بنفسه يقتضى ذلك و اشترط الجواز أنه أن جاز فجاز، و ان كان الوصف وصفا لنفس الوقف فليس فيه مخالفة للمشروع بوجه، فان للواقف أن يشترط فيه ما يشاء لكونه مالكا و مسلطا على ماله فجاز له أن يقف كيف يشاء حتى له أن يشترط عدم البيع و لو مع عروض ما يسوغ البيع من المسوغات كما لا يخفى.

ثم قال المصنف: (و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى الوقف صدقة جارية ينتفع بها و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى و عمله و عليه عوضه).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٥٩

أقول: و ليت شعري أنه من أين ظهر مما ذكره ان المانع هى الأمور الثلاثة، بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه و كون العين صدقة جارية ينتفع بها لا- يقتضى أن تكون العين متعلقة لحق الواقف و أما حق البطون المتأخرة فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا، يكون ذا حق مع أنه لو كان مانعا انما يمنع إذا بيع و صرف الثمن على الموجودين و اما لو اشترى به مثله فلا يلزم منه هذا المحذور و اما قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأ الواقف من حسب المال فقد أمضاه الشارع، و اما حق الله فان كان المراد به ان المنع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعى الواصل بواسطة سفرائه من الروايات المتقدمة فلا كلام لنا فيه، و ان كان المراد من ذلك شىء آخر و إثبات حق له تعالى كالأنفال و نحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى.

(قوله: ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).

أقول: و قد ذكرنا أن الوقف بحسب نفسه يقتضى السكون و الوقوف فإنشاء الوقف إنشاء لسكون مال الوقف مقابل الحركة فمعنى السكون عدم عروض النقل و الانتقال عليه ببيع و نحوه مقابل المتحرك الذى عبارة عن طرق ما يقتضى الحركة عليه من البيع و غيره. ثم ان جواز البيع الوقف تارة يكون بحيث يكون بدله و ثمنه ملكا للبائع الموقوف عليه و يتصرف فيه كيف يشاء كتصرف الملاك فى أملاكهم.

و أخرى لا يكون ثمنه ملكا للبائع الموقوف بمعنى أن يقوم ثمنه مقام المثلث و يكون بدلا عليه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل و كيف كان فجوازه يحتاج الى دليل، و اما جواز البيع بحيث يكون الثمن ملكا للمالك فبعيد فإنه رفع اليد عن ملكه و جعله وقفا على الموقوف عليهم فلا مقتضى لرجوعه الى المالك ثانيا،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٠

هذا كله مما لا شبهة فيه.

و لكن وقع الكلام بين الشيخ و صاحب الجواهر تبعا للشيخ الكبير فى أن جواز البيع يكشف عن بطلان الوقف بحيث انه بمجرد جواز البيع يطرء عليه البطلان، كما ذهب اليه الشيخ الكبير و تبعه صاحب الجواهر فذكره فى هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع، بل الضرورة بأن البيع و أضرابه ينافى حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء.

و بالجملة أن محصل كلامهما أن جواز البيع لا- يجتمع مع الوقف فإذا أجاز البيع بطل الوقف سواء تحقق البيع فى الخارج أم لم

يتحقق، وقد خالف في ذلك شيخنا الأنصارى و تبعه شيخنا الأستاذ.

وحاصل كلام المصنف أن الوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل أولا إليه فإن مدلول صيغة الوقف و ان أخذ فيه و المنع عن المعاوضة عليه الا انه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإنشاء الدوام ثم أيده بتزيله منزلة الهبة و قال كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفتها و قطع سلطنته عنه بالبيع لا بجواز فقط و بالجملة فكما أن مقتضى الهبة هو التمليك مع جواز استرداد العين الموهوبة و أنها لا تبطل بجواز البيع، بل بالبيع الخارجى و كك الوقف فيبطل بالبيع فى الموارد الخاصة التى ثبت جواز بيعه فى تلك الموارد لا بمجرد عروض جواز البيع عليه و يؤيد ذلك ما ذكره المحقق الثانى من انه لا يجوز رهن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦١

جائزا و تقدم نظير ذلك فى المعاطاة و قال لا يجوز رهن المأخوذ بالمعاطاة لكونها معاملة جائزة و الرهن وثيقة فلا يتحقق الا بالملك الطلق.

ثم أشكل عليهما بأنه ان أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن إمعانه و ان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف فيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقة فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليا عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر. إلخ.

والذى ينبغى أن يقال فى توجيه كلام صاحب الجواهر و شيخه وجوه:

الأول: أن يكون معنى قولهم إذا جاز البيع بطل الوقف هو صيرورة الوقف ملكا للواقف و رجوعه الى ملكه فهو بعيد، فإنه بعد خروجه عن ملكه فلا مقتضى لكونه مالكا له ثانيا.

الثانى: ان يخرج من الوقفية و صارت ملكا طلقا للموقوف عليهم بحيث لهم أن يفعلوا فيه ما شائوا من البيع و الهبة و الإعارة و الإجارة كبقية أموالهم الشخصية و هذا أيضا لا مقتضى له فكلا القسمين لا يحتاج الى نظر فضلا عن احتياجهما إلى إمعان النظر.

الثالث: أن يكون الوقف باطلا من جهة بمعنى بطلانه من الجهة التى عرض له ما يجوز البيع فقط لا من بقية الجهات ليصير ملكا طلقا للموقوف عليهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٢

أو يرجع الى ملك الواقف و من الواضح أن هذا يحتاج إلى إمعان النظر فضلا عن النظر.

وعلى هذا ظهر الوجه فى عدم جواز رهن الوقف إذ لا يخرج الوقف عن الوقفية بجواز بيعه من جهة عروض مجوز من مجوزات البيع كما ظهر أنه لا وجه لقياسه بالهبة فإن الهبة يجوز استرداده و الوقف لا يجوز استرداده لأنه عبارة عن الحبس و السكون مقابل الحركة فليس مفهومه إلا متقوما بالإيقاف و السكون و عدم توارد البيع و الشراء و الهبة و الإجارة عليه بحيث يبقى طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل، و هذا بخلاف الهبة فإنها ليست إلا تمليكا محضا.

ثم انه لا- ثمره لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع الوقف قبل عروض المجوز و على جواز البيع بعد عروض المجوز ثم دوامه بدوام المجوز و ارتفاعه بارتفاع المجوز.

ثم إذا طرء على الوقف جواز البيع و لم يبيع فى الخارج الى أن زال المانع فهل يزول الجواز أو يبقى على حاله فربما يقال ببقاء الجواز استصحابا لحكم المخصص كما فى حاشية الايروانى فان المقام من موارد دوران الأمر بين العمل بحكم المخصص و العمل بالعام بعد

انقطاع عمومته فحيث انقطع عمومته في زمان فلا- يبقى مجال للتمسك به، في الزمن الثاني لعدم المقتضى، بل نستصح حكم المخصص اعنى جواز البيع.

و لكن الظاهر هو العمل بالعام في غير حالة التخصيص خصوصا إذا كان العموم استغراقيا لما قلنا في محله انه بعد تخصيص العام يتمسك به في مورد التخصيص و توضيح ذلك ان للوقف هنا ثلاثة حالات حالة قبل عروض الحالة الموجبة للبيع و المسوغه له و حالة عند عروض المسوغ و حالة بعد عروض المسوغ و ذكرنا في محله أيضا انه كما أن للعام عموم أفرادى عرضى و كك له عموم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٣

أزمانى سواء كان الحكم واحد أو متعددا منحلا إلى أحكام عديدة.

و على هذا فمقتضى العمومات الدالة على عدم جواز بيع الوقف انما تدل على عدم جوازه في جميع الحالات بحسب العرض و الطول، فقد خرج من تحتها صورة عروض الحالة المسوغه للبيع فيبقى الباقي تحت العموم و هذا واضح بناء على أن جواز البيع لا يوجب بطلانه، بل يسوغ البيع فقط و ألا فالوقف باق على حاله.

و أما بناء على مسلك صاحب الجواهر فكك أيضا لما عرفت أن قوله بالبطلان ليس معناه رجوع الوقف الى الواقف أو صيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم لما عرفت من بعد كلا المعنيين و عدم المقتضى لهما في البين، بل معناه هو البطلان من جهة خاصة أعنى الجهة التى أوجبت بيع الوقف و سوغ المعاملة عليها و أما بقية الجهات فمحافظة على حالها و هو الذى كان محتاجا الى النظر، بل إلى إمعان النظر.

و عليه فالتمسك بالعموم في غير المقدار الذى ثبت فيه التخصيص من الواضح بمكان، بل الأمر كك حتى على المعنى الأول و الثانى فإن جواز بيع الوقف و ان أوجب بطلانه سواء كان بالعود الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم و لكن الفرض أن الإبطال ليس مستمرا إلى الأبد، بل انما كان عموم العام قبل ذلك شاملا لما بعد هذه الحالة التى بطل فيها الوقف و عليه فتمسك بالعموم في الغير المورد الذى نقطع بخروج الخاص و نعمل بالعموم فتحكم بمقتضاه على ثبوت الوقفية بعد البطلان أيضا فيكون العام مقتضيا لذلك فيحكم بالوقف إلى الأبد الى ان يرث الله الأرض و من فيها.

[الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف]

إشارة

(قوله: إذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع).

أقول: بعد ما حكم المصنف أن مجرد عروض جواز البيع على الوقف لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٤

يوجب البطلان، بل لا- بد من وقوع البيع فى الخارج فتعرض الى أن الوقف بحسب نفسه و الأصل الاولى لا يجوز بيعه، بل لا بد من البقاء و هو واضح لما عرفت أن مفهوم الوقف عبارة عن السكون فلا بد و ان يكون واقفا و ساكتا.

ثم يقع الكلام هنا فى جهتين: الاولى: فى الخروج عن مقتضى ذلك الأصل، بحسب الموضوع بمعنى أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا- يجوز بيعه و الجهة الثانية: فى الخروج عنه بحسب الحكم بمعنى أن المسوغ لبيع الوقف أى شىء مع قطع النظر عن أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا يجوز بيعه و قد حصره بعضهم بواحد و هو وقوع الخلف بين الموقوف عليهم و بعضهم بثلاثة و بعضهم بخمسة الى غير ذلك من الاختلافات.

أما الجهة الأولى: فوقع الخلاف فى ذلك بين الأصحاب كثيرا،

فذهب بعضهم الى عدم جواز البيع و عدم الخروج من عموم المنع أصلا،

و هو الظاهر من كلام الحلي و الشهيد، فان ظاهر قول الشهيد أن سد الباب و هو نادر مع قوته هو اختياره ذلك و ذهب بعضهم الى الجواز مطلقا.

و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع

و ليس المراد من المنقطع ما إذا كان الوقف إلى سنة أو الى سنتين، بل معناه أن الوقف انما هو على طائفة خاصة من غير تقييد بزمان خاص و ألما فيكون حبسا الذي عبارة عن حبس العين مع كونها باقية على الملك و تسهيل المنفعة، و لكن حيث انه لطائفة خاصة ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الأخر و هذا بخلاف المؤبد فإن معناه أن الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة في النجف مثلا كما وقفوا قرية في كرمانشاه كك و مع عدمهم لمطلق أهل العلم و مع عدمهم العياذ بالله لفقراء الشيعة و مع عدمهم لأغنياء الشيعة و هكذا فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر و يدوم إلى الأبد و يبقى طبقه بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٥

طبقه و جيلا بعد جيل.

و بالجملة التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد.

و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أي بجواز البيع في المؤبد و بعده في المنقطع

و لعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز

و بين اجزائه و آياته التي انحصر طريق الانتفاع بالبيع فقط، كحصر المسجد و جدوعه و بعض آياته التي سقط عن الانتفاع به في هذا المسجد بنحو من الأنحاء و هو المحكى عن الإسكافي و فخر الإسلام، و يمكن التفصيل بين ما يكون الوقف تحريرا كالمساجد و نحوها و بين سائر الأوقاف، و يلتزم بعدم جواز البيع في الأول دون الثاني، ألأ انه ليس تفصيلا في الحقيقة لأن المساجد خارج عن مورد البحث، فان الظاهر ان مورد البحث ما اعتبر فيه التمليك و المساجد تحرير و عليه فما سيأتي من المصنف من التفصيل بين المساجد و غيره، تنبيه على أصل المطلب لا تفصيل في الوقف بين جواز البيع في قسم و عدمه في آخر

و الكلام فعلا يقع في جواز بيع الوقف المؤبد في الجملة.

[الوقف على قسمين تمليكي و فكي]

و بعد ما نقل المصنف كلمات الأصحاب فصل في الوقف المؤبد، بينما يكون ملكا للموقوف عليهم و بينما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير تحرير كالمساجد و المدارس و الربات و الخانات و ان كان في الحقيقة ليس تفصيلا كما عرفت بناء على عدم دخولها في ملك المسلمين فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة و قال المصنف ان محل الخلاف هو القسم الأول، أي ما يكون الوقف تمليكا و أما القسم الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك و على هذا فلو خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٦

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه في مصالح المسلمين.

نعم يجوز الانتفاع بها بالزرع و الغرس مع ملاحظة الآداب بعدم التنجيس و الهتك كما جاز الانتفاع به قبل الخراب بالجلوس و النوم و سائر الأشغال من المباحث و غيرها إذا لم تراحم المسجدية، نعم يحتمل جواز إجارتها و صرف الأجرة في مصالح المسلمين. و لكن الظاهر أنه لا فرق بين البيع و الإجارة فإنه بعد خروجها عن الملكية لأحد و حرمة كما لا يجوز بيعه و تملكه و كك لا يجوز إيجاره.

ثم ان المراد من عدم جواز التصرف فيها تصرفا مالكيًا خصوص الحرمة التكليفية و الّا فلا يترتب عليه ضمان بوجه و لذا لو سكن فيها أحد أو اشتغل ما لاشغال المنافية للمسجدية فليس عليه ضمان.

[لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف الفكي]

إشارة

و بالجملة ان كان الوقف تمليكا و لو كان للنوع فهو محل الكلام في المقام و ان كان تحريرا و فك ملك فهو لا يجوز بيعه بوجه لعدم كونه ملكا لأحد حتى يجوز بيعه و يباشره أحد الملاك و كالة أو الحاكم ولاية، بل يبقى على حالها الى ان يرث الله الأرض و من فيها، نعم يجوز الانتفاع بها ما لا يراحم المسجدية و ان تصرف فيها بما يراحم المسجدية فعل فعلا محرما فلا ضمان بالأجرة لأن الفرض انه ليس بملك لا- للخاص و لا- للعام كما لا يخفى انتهى الكلام الى تفصيل المصنف بين ما يكون الوقف تمليكا و بين ما يكون تحريرا.

و تحقيق الكلام هنا ان ما يكون تحريرا كالمساجد فان المتيقن من التحرير هو المسجد، فالظاهر أنه لا يجوز بيعه فإن حقيقة البيع على ما عرفت عبارة عن المبادلة بين الشئيين في جهة الإضافة إلى المالك بحيث يكون كل واحد من الشئيين مضافا الى شخص فيتبدل كل من الإضافتين بتبديل المالين و من البديهي ان المساجد غير مضافة الى أحد بإضافة الحقيقة أو بإضافة الملكية و مع انتفاع الإضافة كيف يسوغ البيع أو التجارة عن تراض أو بقبية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٧

المعاملات لما عرفت مفضيلا أنه لا بيع إلّا في ملك، و لا بيع إلّا فيما يملك و لذا قلنا ان كل ما ليس داخلا تحت الملك كالطير في الهوى و المباحات الأصلية قبل الحيازة لا يجوز بيعه.

و توهم أن المساجد أيضا نحو من التمليك للمسلمين كما ان الزكاة ملك للفقراء و الأصناف الأخر أو نقرض مسجدا يملكه المالك للمسلمين وقفا.

توهم فاسد فان المساجد من قبيل التحرير كالعبد المعتق و أنها لله لا بمعنى كونها ملكا له و مضافا اليه ليتوهم جواز بيعها من جهة تلك الإضافة المصححة للبيع، بل بمعنى كونها معبدا للمسلمين ليعبد فيها لله تعالى و يتقرب به فيها و لعل الى هذا المعنى ينظر قوله تعالى و أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ بل هو المحتمل القريب من سائر المعاني و هذا هو المستفاد من بعض الروايات فلا يقاس ذلك بالزكاة فإن الجهة فيها مالك بخلافه في المساجد فإنه ليس فيها جهة إضافة حقا أو ملكا فلا يصح بيعها بوجه.

و أما الوقف بمعنى التمليك للمسلمين، بان يجعل مكانا خاصا مسجدا بعنوان التمليك لا التحرير فخارج عن الفرض فإنه لا يكون مسجدا و متمحضا لله، بل يكون مثل الحسينيات و نحوها.

و بالجملة أن من الضروري أن المساجد ليس إلّا تحريرا و فكا للملك لا تمليكا و عليه فلا يكون بيعه جائزا لعدم وجود الإضافة فيها الى أحد و لو الى الجهة كالزكاة بحيث يباع المسجد و يكون بدله قائما مقامه في تلك الجهة فهذا قسم من الوقف العام.

[كلام كاشف الغطاء في الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها]

و من هنا ظهر ما في كلام كاشف الغطاء حيث ذكر جواز اجارة المسجد الذي خربت القرية و انقطعت المارة عنه و خرب و ذلك فإن صحة الإجارة تتوقف على كونه مضافا الى شخص لتكون الأجرة داخله تحت ملكه و قد عرفت أن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٨

باق على وسعته فإنه لا يلزم في الثالث توفية المسجد ليس مضافا الى شخص.

نعم، يصح الزرع و الغرس فيه و الانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح.

الثاني: أن يكون وقفا للذرية بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعتهم لهم طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل

فلا شبهة أن هذا القسم من الوقف تحبب و تمليك أما كونه تحبباً فلان الوقف على ما فسروا تحبب الأصل و تسبيل الثمرة و قد جعل الواقف ذلك الوقف كك كما لا يخفى.

و اما كونه تمليكا لهم فلمقتضاء السيرة القطعية العقلانية على ذلك فإنه لا يشك أحد في انه إذا ثبت في ذلك ما يوجب الضمان على شيء يكون ذلك الشيء لهم و لو غصبه غاصب لوجب عليه رده الى الذرية بمقتضى اليد و السيرة و من المعلوم أنه لو لم يكن هنا تمليك لكان الحكم فيها مثل المساجد من غير ان يوجب الأشغال و الغاصب الضمان على الأجرة فلازم هذه السيرة هي الملكية على أن مقتضى الوقف على الذرية يقتضى ذلك بمقتضى مفهوم الوقف فإنه لو كان ذلك مجرد التحبب لكان المناسب أن يقول الواقف وقفت لهم بحيث يكون لهم لا عليهم و هذا بخلاف التمليك فان الواقف يملك العين الموقوفة لهم و لكن يضيق دائرة السلطنة على الموقوف عليهم و لا يجعلونهم مطلقا في العين الموقوفة لتكون سلطنتهم سلطنة مطلقة و سلطنة لهم، بل يضيق دائرة السلطنة عليهم بالشرط في ضمن الوقف و بنفسه نظير الشرط الخارجى بحيث يكون الموقوف عليهم مالكا للمنفعة فقط ملكية مطلقة و أما العين فليس لهم عليها مالكية الا من جهة ان تكون المنفعة لهم و أما يفعلون للعين الموقوفة بما شائوا فلا و اذن فتكون السلطنة عليهم لا لهم و لذا قال الواقف عند الوقف وقفت عليهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٦٩

و بالجملة مقتضى تلك العبارة هي التمليك فإنه لو كان الغرض هو التحبب لقال وقفت لهم لا عليهم، فان من الواضح انه إذا كان الشخص مالكا لشيء و لم تكن سلطنة مطلقة تكون السلطنة عليهم لا لهم كما هو واضح.

و الحاصل: أنا نستفيد كون الوقف على الذرية تمليكا لا تحبباً من نفس عبارة الواقف عند الوقف لكونها ظاهرة في التمليك باعتبار التعبير بعلى الظاهرة في تضيق دائرة السلطنة بمقتضى الشرط بمجرد الوقف نظير تضيق الدائرة للسلطنة بالشروط الخارجية.

و اما جواز بيعه، فالظاهر أنه مما لا اشكال فيه كما سيأتى فإن المانع الذى كان في التحرير غير موجود هنا كما لا يخفى، فإن الإضافة المالكية موجودة و تصرف الموقوف عليهم متعذر لفرض عروض الجهة المجوزة للبيع و ليس فى البين ما يمنع عن التصرف كأدلة حرمة التصرف فى مال الغير فتكون أصالة الإباحة محكمة.

الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات

إشارة

و طلاب المدارس و الزوار و الفقراء و نحوها من الجهات العامة و هو على قسمين:-

الأول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء و الطلاب

كوقف الحمامات و الدكاكين و الاملاك لهم لتكون منافعها ملكا طلقا لهم بحيث يكون حسب الأصل و تسبيل الثمرة لهم بحيث تكون المنفعة لهم و يملكون منافعها و تقسم عليهم كما فى القسم الثانى نظير أوقاف على العلماء و طلاب المدارس، فان غلتها تقسم عليهم و يملكون نفس المنفعة و لا يلزم توفية جميع الاقسام هنا كما يلزم فى الوقف على الذرية، و غاية الأمر أن الفرق بينهما من جهة أن دائرة الوقف فى القسم الثانى تضيق و توسع بكثرة الموقف عليهم و قتلهم بحيث إذا كثروا فتوسع دائرة القسمة و إذا قلوا فتضيق دائرته و اما فى القسم الثالث فهى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٠

القسمة على جميع السهام و الموقوف عليهم، بل يجوز الإعطاء لواحد و الاختصاص به لان الوقف لجهة و هى متحقق بواحد لصدق الجهة و تحقق الإعطاء لأهل العلم، و هذا بخلافه فى القسم الثانى، فإنه لا بدّ فيه من ملاحظة جميع الموقوف عليهم و توفية القسمة لهم قلوا أو كثروا و من ذلك يختلف القسمة سعة و ضيقا باختلاف الموقوف عليهم كثرة و قلّة و أنه لا بدّ من إعطاء كلهم قسمة حقيقة حتى لو مات أحدهم بعد حصول الغلة فتنتقل الى وارثه و هذا بخلافه فى القسم الثالث.

ثم ان هذا القسم من الوقف أيضا تمليك لعين ما تقدم فى القسم الثانى من اقتضاء نفس مفهوم الوقف، ذلك و أنه لو غصبه غاصب يحكم بضمانه بخلاف التحرير و أن السيرة العقلانية تقتضى أن يعامل مع مثل تلك الأوقاف معاملة الملكية لقيامها على الضمان و وجوب الرد على النحو المأخوذ فبالملازمة تدل على الملكية غاية الأمر ملكا للجهة نظير الزكاة و الصدقات و نحوهما و الظاهر أنه لا شبهة فى جواز بيع هذا القسم أيضا مع عروض الجهة المجوّزة للبيع فإنه مع وجود المقتضى له و شمول عمومات صحة البيع عليه و عدم وجود المانع عنه فلا شبهة فى ذلك فانا نشك فى صحة المعاملة عليها مع تعذر استعماله فما أعد له و وقف عليه فتمسك بأصالة الإباحة و قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ناظر الى حفظ جهة الوقف مع الإمكان لا مع التعذر.

الثانى) ان يكون وقفا على الجهة العامة من دون ان يكون الموقوف عليهم مالكا على المنفعة،

بل مالكا على الانتفاع كما ربما يعتبر تملك الانتفاع بمعنى أن الوقف على تلك الجهة كما أنه ملك لهم مضيقا فكك ملكهم بالمنفعة أيضا مضييق بمعنى أنهم مالكون بمنفعة خاصة أى السكن مثلا و الأ فلا معنى للملك على الانتفاع إذ لا معنى لمالكية الإنسان على فعله بخلافه فى القسم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧١

المتقدم فإنهم مالكون بالمنفعة مطلقا و ملكا طلقا بحيث لهم بيع تلك المنفعة و هبتها و إذا ماتوا تنتقل الى وارثهم و ان كان أصل الوقف ليس ملكا طلقا لهم و هذا بخلافه فى هذا القسم، فان الموقوف عليهم يملكون المنفعة الخاصة ملكا مضيقا كالسكنى مثلا من غير أن يجوز لهم بيعها و إذا ماتوا تنتقل تلك المنفعة إلى الوارث، و من هنا لو غصبه غاصب يضمن الأجرة للجهة لا لخصوص الساكن فى ذلك، و هذا القسم كالمدارس و الربط و الخانات و نحوها و الظاهر أن هذا أيضا تمليك للجهة العامة للوجوه المتقدمة و السيرة العقلانية هنا أوضح من السيرة فى القسمين المتقدمين، فان هذا القسم من الأوقاف كان موجودا فى الزمن الجاهلية أيضا وقفا على طبق مسلكهم فإنها قائمة على ضمان الغاصب فبالملازمة تدل على الملكية و مما ذكرناه ظهر ما فى كلام المصنف من عطف الرباط و الخانات و القناة على المساجد فإنه فرق واضح بينهما إذ الوقف فى المساجد تحرير فلا يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحرير فلا يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحريرا، بل تمليك للجهة العامة فيجوز بيعها فكم فرق بينهما.

فهل هي مثل المساجد أو كأوقاف العامة و يقع البحث فيها في جهتين: الأولى) في أرضها، و الثانية) في الآلات التي توقف عليها من السراج و القناديل و الذهب و الفضة و الفرس و نحوها.

اما الكلام في أرضها: فالظاهر أنها ملحقة بالمساجد و ليست ملكا لأحد بل تحرير محض و من هنا الحقوها بالمساجد في جميع الأحكام الشرعية و عليه فلا يصح بيعها بوجه، بل يعامل معها معاملة المساجد.

و الحاصل: أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريرا كالمساجد و المشاهد المشرفة فإنها لله و وقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٢

تكون ملكا لأحد أو لجهة كما أن البيع و الكنائس معابد لليهود و النصرى، من غير أن تكون ملكا لأحد و عليه فلا يجوز بيعها كما عرفت، و اما الوقف للصلاة مثلا فليس بمسجد كما تقدم، و أما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذرية أو وقفا على الكلى كوقف الحمامات و الدكاكين و نحوهما على الكلى كالعلماء و الصلحاء و الفقراء و الزوار و نحوهم من العناوين الكلية بحيث تكون المنفعة ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجهة كالرباط و الخانات و القناطر و نحوها فإنها وقف على الجهة لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعة أيضا مضيق و ربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع و لكنه لا معنى له، و الوجه في كونه تمليكا هو قيام السيرة العقلائية على ضمان الغاصب لهذه الأوقاف بخلاف المساجد فبالملازمة تكشف كونه تمليكا و هذا لا شبهة في جواز بيعها مع عروض المسوخ لها كما سيأتى في مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمسة و هو الوقف على الوقف نظير الأوقاف على المساجد و المشاهد و المدارس كما جرت السيرة على وقف الدكاكين و الحمامات و العقار على المدارس و المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد غير مملوكة و ذلك فان قوام الملكية انما هو بالإضافة بين المالك و المملوك فتلك بالإضافة خفيفة المؤنة فكما يمكن اعتبار الملكية للاحياء و الأموات من ذوى الشعور و العقول، فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا للشخص مع بالإضافة إلى الذمة على ما تقدم.

و بالجملة أن اعتبار الكلى لغير ذوى الشعور من الأشخاص الجمادية ليس أخف من اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٣

بل هذا المعنى موجود في بناء العقلاء أيضا مع قطع النظر عن الشرع فان في بنائهم اعتبار الملكية على غير ذوى الشعور. و عليه فالآلات المسجد و أسبابه لا تلحق بالمسجد في الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت و هذا بخلاف آلات فإنها تمليك للمسجد فيجوز بيعها إذا عرض لها ما يسوغ البيع و لا يبعد، بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التي وقفت على المشاهد المشرفة من القناديل و السراج و نحوهما فإنها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التي أعدت لها و لو كانت هي التزين و تعظيم الشعائر فإنه لا- يترتب فائدة على القناديل المعلقة من المشاهد و الجواهر المعلقة مع كونها بأغلى القيم و أعلاها ألا التزين و التعظيم فلا يجوز بيع شئ منها ألا بعروض مجوز فليس حكمها حكم المشاهد، فإنك عرفت أنها ليست ملكا لأحد، بل هي تحرير كالإمام و العبيد إذا أعتقوا و هذا بخلاف هذه الأمور فإنها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوز و من أخذها يكون ضامنا.

و من هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات و بقية الأملاك على المدارس و المساجد و المشاهد و لكن فرق بينها و بين آلات المسجد و قناديل الحرم و جواهره التي وقفت للتزين و التعظيم و هو ان الدكاكين و نحوها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث

تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا طلقا لها و مملوكا شخصيا لهؤلاء و كك منافع تكون ملكا طلقا للمساجد و المشاهد بحيث ان لمتوليها بيع تلك المنافع و تبديلها بشىء آخر من غير عروض مجوز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشىء آخر من الدار و الدكان و نحوها و هذا بخلاف الأصل أعنى ذى المنفعة فإنه لا يجوز بيعها إلا بعروض المجوز كما أن ما يكون وقفا للعناوين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٤

الكلية أو الذرية تكون منفعتها ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشائون بخلاف أصل الوقف الذى حصل منه النفع فحقيقه الوقف الذى عبارة عن تحبب الأصل و تسبيل الثمرة موجودة هنا من غير أن يكون تحريرا و هذا بخلاف مثل آلات المسجد و المشاهد و ما كان وقفا لها للتعظيم و التكريم فان نفعها عبارة عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه و سوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجهة كالمدارس و القناطر و الربط و الخانات فليس للموقوف عليهم إلا الانتفاع بالترفح و نحوه، أى انهم ما لكون بمنفعة خاصة لا بجميع منافعا فان مالكيهم مضيق فيها كتضيق مالكيهم على أصلها لا أنهم مالكون بالانتفاع فإنه لا معنى للوقف، بان يكون الموقوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جملة من تلك الآلات نفعها يكون منحصرا باستراحة الزوار و المصلين و جملة منها تكون ذو جنبتين أى يكون نفعها تعظيما للشعائر و عائدا إلى استفادة الزوار و المصلين و على كل حال فليست وقفا على الجهة، بل وقف على نفس المساجد و المشاهد و تمليك لها و لكن الداعى يختلف تارة يكون انتفاع الناس فقط، و أخرى تعظيم الشعائر من حيث التزيين فقط، و ثالثه يجتمعان و كيف كان فما كان نفعه عائدا إلى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحل و زوارها و المصلين فيها.

ثم انه من هذا القبيل الاجزاء المستحدثة فى المساجد و المشاهد كاسقف و الجدران و نحوها فإنها تمليك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد الخراب إذا لم يمكن صرفها فى نفسها، بل يمكن القول بذلك فيها إذا لم تكن مستحدثة، بل صار وقفا على هذا النحو كما إذا ابني بناء ثم جعله مسجدا، بل الأمر كك فى جميع اجزاء المشاهد و المساجد أى ما كان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الأرض و الجدار و السقف و سائر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٥

الأجزاء كلها وقف على نحو التمليك المسجد و المشهد و ان المسجد و المشهد غيرها أى المكان التى تلك الأجزاء موجودة فيها فإنها بحسب التحليل و الدقة ليست بمسجد و مشهد، بل من اجزائها و ان كان يحرم تنجيسها و هتكها إلا أن ذلك من جهة كونها جزء للمسجد و المشهد و تحقيق هذه الدعوى.

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم و يفتقر اليه و ليس هذا المكان عبارة عن الأرض و لا الهواء الموجود فى الفضاء، بل هما أيضا من الأجسام المحتاجة إلى المكان، بل المكان و ان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق، بل مما يتحير فيه العقول و يختلف فيه أهل الفلسفة أيضا فى بحث الاعراض و فى بحث غناء الواجب تعالى من المكان و لكن الظاهر و لو بحسب المسامحة العرفية أنه عبارة عن البعد الخالى من كل شىء حتى من الهوى و لذا لو أخرجت جميع اجزاء المسجد من الأرض و السقف و الجدران الى محل آخر و اترس محلها تراب و جص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديدة و انسلخت عن الاجزاء الخارجة و هكذا الحكم فى غير المساجد من الأملاك الشخصية فإن المكان الذى متعلق حق الناس إذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب و الأجر و الجص و بفرض المحال عن الهواء أيضا، بل الى تخوم الأرض بالفرض المحال لو كان الى تخوم الأرض متعلق حق الغير و ان لم يكن كك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من الفوق و التحت و كك فى المساجد فى غير المسجد الحرام، فإنه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الأرض إلى عنان السماء.

فإذا خليت عن التراب الى تخوم الأرض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان، بل نفس ذلك المكان متعلق حق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٦

الغير وملك له فليس لأحد أن يزاحمه.

و بالجمله أن المكان سواء كان مسجداً أو ملكاً لأحد ليس عبارة عن الأرض و الهواء، بل جميعها موجود في المكان و ذلك المكان مسجد و ملك للغير من فوق و التحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الأرض إلى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الأرض إلى عنان السماء مسجد فإنه بلا مدرك فلو خليت الأراضي من جميع الأجزاء الأرضية، بل الهواء أيضاً محالاً فالمكان الخالي من فوق و التحت مسجد و ملك للغير بالمقدار الذي يعتبره العقلاء ملكاً في الاملاك و هذا المقدار أيضاً مسجد و كك الأمر في المسجد الحرام أيضاً فلو خربت الكعبة العياذ بالله و أخرجت الأحجار و التراب عنها، فلم تزل الكعبة، بل زالت اجزائها بحيث لا فرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود في السماء الرابع فان جميعها كعبة و كك الى تخوم الأرض فالكعبة غير قائمة بذلك البناء و الذي يدل على صدق هذه الدعوى مضافاً الى ما ذكرناه ما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المساجد و كك المشاهد تحرير ملك و فك له إلى الأبد حتى يرث الله الأرض بحيث لا- ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جدرانها و كك سائر أجزائها عن السقف و غيره لا تبقى إلى الأبد بل تخرب و يتجدد ببناء آخر و لو بعد ألف سنة فلو كان قوام المسجدية و المشهدية بتلك الاجزاء لزال و لم تبقى إلى الأبد فهو خلف و مناقضة و تكشف من ذلك أن المسجدية غير قائمة بها و انما هي أجزاء المسجد كما لا يخفى.

بقي هنا شيء و هو أن ثوب الكعبة هل هي وقف للكعبة أو للزائرين أو للخدمة و انه على تقدير كونه وقفاً للكعبة كيف يجوز أخذه في كل سنة و صرفه في غير مصارف الكعبة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٧

أقول: الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سنة واحدة فلا يجوز التصرف فيه الى سنة ثم يأخذه المتصدى للكعبة و يتصرف فيه ببذله الى خدمته أو الى رواه كيف شاء، بل سمع أن في المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه في كل سنة ثوبا للكعبة. و بالجمله أن ثوب الكعبة لا- يقاس بقيه أموال المساجد و المعابد و المشاهد فإنه لا يجوز التصرف في بقيه أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبة فإنه يجوز التصرف فيها بعد سنة لأنه من الأول جعل هكذا خصوصاً لو صح ما سمع ما ذكرناه من تهيته موضع لذلك في المصر.

و بالجمله ثوب الكعبة ليس وقفاً لها ليستشكل فيه بأنه كيف يسوغ بيعه بعد سنة مع كون الوقف مؤبداً، بل هو هدية للبيت ينتفع به الى سنة و لا يجوز لأحد ان يتصرف فيه الى سنة ثم يؤخذ و يتصرف فيه فمن الأول جعل هبة للبيت إلى سنة ثم الى المسلمين أو الخدمة و نحوهم و يشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع أستار الكعبة و الانتفاع به كما في رواية مروان بن عبد الملك و اما ما ذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهة الاحترام لتنجسه بما يخرج من أسفل الميت.

الكلام في مسوغات بيع الوقف

إشارة

(قوله: إذا عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور).

أقول: ذكرت أمور يجوز بها بيع الوقف

منها ان يخرب الوقف

إشارة

وان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك و لكن الخراب ليس موضوعا للحكم، بل موضوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٨

الحكم هو عدم إمكان الانتفاع به و الخراب مقدمة لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب أيضا، و ذلك كالدار الموقوفة إذا خربت و كذلك أخشابها و الحيوانات الموقوفة لمسجد إذا ذبحت أو الأعيان الموقوفة إذا سقطت عن الانتفاع بها كالدور غيرها إذا كانت فى قرية خربت أو غار عنها أهلها و بقيت الدار الموقوفة مسلوبة عنها المنافع و هكذا الظروف و الأخشاب و الأحجار و نحوها.

فتحصل انه لا موضوعية للخرابية

ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين:-

اشارة

الاولى: من جهة المقتضى و الثانية: من جهة المانع.

اما الكلام فى الجهة الاولى، [أى المقتضى]

فحاصل ما ذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور، فلا يجرى شىء منها فى المقام الأول الإجماع. و فيه ان ادعى الإجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواء كان إجماعا تعديا أو له كك، ألا انه لا يجرى فى المقام إذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرابه و سقوطه عن الانتفاع به.

الثانى ما فى رواية على بن راشد لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك.

و فيه انها منصرفه الى غير هذه الحالة لأن النظر فيها ان كان الى موردها فلا شبهة ان مورد كلامنا ما يكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الرواية ليس كك و لذا فرضت فيها الغلة فلو كانت ساقطة عن الانتفاع بها لم تكن ذات غلّة و ان كان النظر إلى إطلاقها فلا شبهة فى انصرافه الى غير هذه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٧٩

الصورة لأن الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفة و ينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعة ملكا طلقا لهم أو يملكون بالمنفعة الخاصة المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا و ألا فلا معنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فإذا سقط الموقوفة عن هذه الحالة فتخرج عن لزوم إبقائها إلى الأبد فتخرج عن الوقفية التى كانت عبارة عن حبس العين و تسبيل الثمرة من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفية كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر و أستاذه كاشف الغطاء فمن الأول لم يشمل إطلاق الرواية على ذلك و منصرف الى غير تلك الحالة كما ادعاه المصنف (ره) من أنها منصرفه الى غير تلك الحالة.

و اما قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فذكر المصنف أولا أنه ناظر الى وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و ان ذكر فى متن العقد و أفاد ثانيا و لم سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا.

أقول: لا وجه لما أفاده أولا فإنه يرد عليه أولا انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف، و ثانيا: أنه لا وجه لتخصيص الرواية بالكيفيات مع شمول إطلاقها للبيع أيضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف و عدم جواز التصرف فيه على غير جهة قصد الواقف أخذ بالإطلاق.

و ثالثا: على فرض عدم شمولها للكيفيات فالأدلة الأخرى الناظرة على إمضاء الوقف على طبق المعنى اللغوي الذي عبارة عن الحبس و السكون و على طبق المعنى الشرعي الذي ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمرة كافية في الماضية فلم ترد لأدلة المانعة على نحو التعبد فعدم جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٠

بيع الوقف ليس للتعبد، نعم ما افاده ثانيا من اعتبار إبقاء العين في مفهوم الوقف و لكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم إمكان الانتفاع فلا يكون حقيقة الوقف متحققه هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الأخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا- تمنع عن البيع الأدلة المانعة بوجه لما عرفت انها مسوقة لإمضاء ما اعتبر في مفهوم الوقف فقط و ليست ناظرة إلى جهة التأسيس فمع انتفاء حقيقة الوقف و مفهومه من جهة جواز البيع فلا تبقى في البين أدلة الإمضاء أيضا.

أما الكلام في جهة الثانية [أى المانع]

فهو ما أشار إليه

بقوله، و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف، إلخ.

أقول: انه لا إشكال في وجود المقتضى لبيع الوقف إذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به و تحقيق ذلك ان الأمر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف و بين انتفاع البطن الموجود به و بين تبديله لينتفع به البطن المتأخر و الظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود و البطن المتأخره و ذلك فإن العبارة المقترنة بكلمة الواقف حتى يرث الله الأرض و من فيها مع كون العين الموقوفة مما لا بقاء لها إلى الأبد قطعاً مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصية غير دخيلة في العين الموقوفة و أن الملحوظ فيها انما هي طبيعي المالية في ضمن اي شخص كان فما دام يمكن الانتفاع بعينها فيها و الآ فيبدل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلاً لو وقف عبداً أو حماراً أو شيئاً آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث الله الأرض و من عليها فلا بد و أن يكون نظر الواقف إلى طبيعي المال و الآ فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العبارة لعدم كونها قابلة للبقاء فإذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشيء آخر فينتفع به و هكذا لتبقى إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨١

الأبد الآ ان عرضه بشيء و يهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع و هكذا الأمر في العين التي تصلح للبقاء و لكن عرض لها ما يسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفة في قرية فإنه إذا غار أهلها سقطت هذه الدار عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها و تبديلها بشيء آخر فلا يصرف ثمنها إلى الموجودين لينقطع الوقف و ان كانت لعرصة هذه الدار بقاء لما عرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء إلى أن يرث الله الأرض و من فيها و الإلتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ما توهم من أن الأوقاف التي لا بقاء لها فإنما تصير ملكاً طلقاً للبطون اللاحقة فيجوز لهم أن يفعلوا فيها ما يشائون على أن لا يترتب ذلك أن يجوز بيعها بمجرد موت الطبقة السابقة و ان لم يعرض للوقف ما يسقطه عن الانتفاع به و هو خلاف البداهة.

و يؤيد ما ذكرناه أن الأوقاف و لو كانت من قبيل الربط و الخانات لا بقاء لها إلى الأبد فمع ذلك أي معنى لاقتران صيغة الوقف فيها بأنها وقف إلى أن يرث الله الأرض و من فيها أي ينفي ما سوى الله كما ذكرت هذه الجملة في وقف على (ع) في الرواية المتقدمة الحاكية عن ذلك فيعلم من ذلك ان المراد هو ما ذكرناه، نعم مع كون العين الموقوفة هي الأرض فتكون العرصة الخالية من كل شيء قابلة للبقاء.

و من هنا اندفع ما في المتن من انه إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه و لعله إلى ذلك أشار بالأمر بالتأمل.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه العمومات الدالة على صحة المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنِهَا تَقْتَضِي صِحَّةَ بَيْعٍ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٢

الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فان المانع عنها انما كانت هي الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانع فتكون هي محكمه و مقتضية لجواز البيع كما لا يخفى.

و بالجملة أن أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفة باقية على حالها و أمكن الانتفاع بها في الجهة التي وقفها الواقف لأجلها و إذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشمولة لها.

و بعبارة أخرى أن ما دل على المنع عن بيع الوقف ليس وارد على نحو التعبد، بل إمضاء لما أنشأ الواقف من جعله ساكنا و غير متحرك بالبيع و الهبة و جعله مهرا للزوجة و غيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضا و إذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها و خرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة و جاز بيعها كما لا يخفى.

ثم انه يقع الإشكال في أنه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها و بدل بشيء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الإنشاء من الواقف عليه.

و على تقدير تعلق الإنشاء به فلا فائدة فيه فإنه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف إلا في ملك و بعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف و على تقدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفا إلا بإنشاء جديد فهو منفي، بل مقتضى القاعدة حينئذ أي مع الرجوع الى ملكه اما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته و للورثة مع موته و هذا هو الذي يقتضى كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ما ذكره المصنف من كون الملكية للموجودين فعليه و للمعدومين شاتية فإن الملكية الشاتية للمعدومين موجودة في أموال جميع الناس بالنسبة إلى الورثة فليس منحصر بالمقام، بل ملكية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٣

المعدومين انما هو بإنشاء الواقف لا أن المعدومين يتلقون الملكية من الموجودين بموتهم كما يوهمه ظاهر عبارة المصنف و ان لم يكن مرادا له فان مراده هو ما ذكرناه.

و الذي ينبغي ان يقال ان الإنشاء و ان تعلق بالعين الشخصية الموجودة في الخارج و لكن لا خصوصية للخصوصية الخارجية في العين الموقوفة و انما هي هذه العين الخارجية مع لحاظ المالية العارية عن الخصوصية الشخصية فهذه المالية في هذه العين الموقوفة الخارجية ما دامت موجودة و بعدها تكون باقية في العين الآخر مع التبدل و اذن فالمالية المحفوظة مع الإمكان متعلق الوقف فلا فرق في كونها وقفا بإنشاء الواقف و هذا و الخدش فيه في مقام الثبوت.

و اما في مقام الإثبات فالقرينة على ذلك كون الوقف مؤبدا الى ان يرث الله الأرض و من فيها و عدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أن الوقف انما تعلق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غاية الأمر ما دامت العين الموقوفة بشخصها باقية فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الإنشاء و لذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوز اذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنه لو كان ملكا للبطن الموجود لا تنقل حق كل منهم بمجرد موته الى وارثه مع أنه ليس كك.

ثم انه يقع الكلام في جهات:-

الاولى: هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الأصل في كونه وقفا

فالظاهر أنه وقف كأصله فليس ملكا للواقف و لا للموقوف عليهم إذ لا مقتضى له، بل ملك للموقوف عليهم ملكية قاصرة لا ملكية مطلقة و بدل على ذلك نفس جواز بيع الأصل مع عروض المجوز فإنه لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٤

لم يكن وجه لجواز البيع ولا- للزومه، بل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوز فيعلم من ذلك ان الموقوفة أمر قابل للبقاء فما دام يمكن بقائها في العين الخارجية فيها و إذا توجه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفضيلا و لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم و ليس كك.

و الذي يوضح ذلك و كون البدل وقفا أنه لو أتلفه أحد فهل يتوهم أحد أن ما ضمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شبهة في كونه وقفا كالأصل و يجعل مقامه و تثبت لهم الملكية لها ملكية قاصرة بمعنى ليس لهم أن يفعلوا في البدل، ما شائوا من الهبة و البذل و جعله مهرا للزوجة إلا جواز البيع و من هذا القبيل المثالان الذان ذكرهما المصنف.

الأول: ان دية العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجاز عقلا- مع سرياه حق البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض.

الثاني: أن بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث أنه ملك لمالكة الأول فجاز أن يرتفع لا الى بدل ارتفاع ملكية المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشئ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه في الوجود.

و بالجملة تعلق غرض الواقف بدوام الوقف و كونه مؤبدا و جواز بيعه إذا

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٥، ص: ١٨٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٥

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و كون بدله وقفا في موارد الإلتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البدل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم، بعد ما كان حكم المبدل جاريا على البدل فهل يحتاج إلى صيغة الوقف أم لا يحتاج، فالظاهر أن هذا الاحتمال لغو و ذلك لأن البدل ان كان بمجرد الشراء و البيع وقفا فلا يحتاج إلى الصيغة ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و ان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملك الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا، بل يبقى في ملك الواقف مع وجوده و ينتقل الى ملك الوارث مع موته و كك إذا كان ملكا للموقوف عليهم.

و بالجملة لو قلنا باحتياجه إلى الصيغة فلا بد و ان يكون ملكا لشخص في الزمان الفاصل بين البيع و إجراء الصيغة و أى ملزم لإجراء الصيغة و الوقف ثانيا: مع كونه ملكا لأحد، بل له أن لا يوقفه ثانيا.

و ينبغي ان يقال أن البدل وقف من دون احتياجه إلى الصيغة أما كونه وقفا فكما عرفت و اما عدم احتياجه إلى الصيغة فلما عرفت أيضا من أنه مع الاحتياج إليها يلزم ان لا يكون وقفا و لو بالمقدار الفاصل بين البيع، و الوقف و بعده فما الملزم للمالك لان يوقف ذلك ثانيا إذا أراد ان لا- يوقف مع انا نقول بالوقفية مطلق على ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الإضافة فما يكون وقفا ملك للموقوف عليهم فى غير موارد التحرير فإذا بدل بشىء آخر يكون البدل أيضا قائما مقام المبدل و ملكا للموقوف عليهم نظير بيع الزكاة فإن بدلها يقوم مقام المبدل فيكون زكاة و هكذا فى جميع الموارد كما لا يخفى.

(و فى حاشية الايروانى صفحة ١٧٥ ما يرجع الى ذلك).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٦

الجهة الثانية: فهل يترتب حكم المبدل على البدل

بمعنى انه كما كانت مالكية الموقوف عليهم بالنسبة إلى الوقف قاصرة، فكك مالكيتهم على البدل، أو ليس كك الظاهر أن حكم المبدل ترتب على البدل من جميع الجهات، فلا يجوز إعدامه ولا هبته ولا جعله مهرا للزوجة ولا أكله، لو كان مثل الشاة ونحوها إلا في جواز البيع مطلقا فإن الأصل لا- يجوز بيعه إلا مع عروض المجوز وهذا بخلاف البدل فإنه يجوز بيعه وان لم يعرضه المجوز والوجه في ذلك هو أن إنشاء الواقف تعلق بالمبدل مع لحاظ ماليته بحيث جعل العين الشخصية الخارجية وقفا باعتبار ماليته ليكون الموقف قابلا للبقاء فما دام شخص الخارجي موجود لا يجوز بيعه إلا مع عروض المسوغ وإذا انتقل إلى البدل فلا يفرق في البدلية بين هذا وذاك ولذا لو رأى المتولى مصلحة في البيع فيجوز له بيعه أي البدل ثم تبديله بفرد آخر وأن لم يعرضه المسوغ بخلاف الأصل فإن بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيع البدل لزم كون الفرع زائدا على الأصل ومن هنا جاز بيعه بدنانير اليوم مع انه لا ينتفع بها إلا بإعدام الموضوع لكونه قرطاسا فلا معنى في كون القرطاس وقفا.

نعم، لو كانت الدنانير من الذهب فجاز وقفها لزينة النساء لاحتياجهم إليها في عرسهم فمن ليس له ذلك فتزين بها أياما ثم يردها إلى محلها وهكذا يأخذها الآخر.

فلو لم يجز بيع البدل، قبل عروض المجوز لم يجز بيعه من الأول بالدنانير الفعلية.

و بالجملة كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكية قاصرة فكك مالكيتهم على البدل قاصرة فكما أن الأصل جاز بيعه فكك الفرع و إلا لزم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٧

الفرع على الأصل إلا أن في البدل خصوصية لا يحتاج إلى عروض المجوز وهي ما ذكرناه.

و دعوى كون البدل أيضا وقفا مع الخصوصيات الخارجية الشخصية دعوى جزائية لاحتياجه إلى الإنشاء الآخر من الواقف فهو منفي و الإنشاء الواحد لا يتكفل بكون الأصل و الفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى.

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصية وقفا لا يقتضى تعدد الإنشاء و إلا لزم تعدده في المبدل أيضا دعوى جزائية فإن الواقف إنشاء كون العين الخارجي وقفا بجميع شئونها إلا إذا عرضه المسوغ فيجوز بيعه فإذا بيع ينتقل الحكم إلى البدل من جهة المالية و يترتب عليه جميع أحكام المبدل في حالة جواز البيع فحيث كانت الملكية عليه قاصرة فكك الملكية على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكية فيها إلا البيع كما عرفت.

و ذكرنا إلى هنا أن الوقف إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه و أن الأدلة المانعة أيضا لما إنشائه الواقف من حبس العين و تسبيل الثمرة فلا تشمل صورة تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الأدلة تعديدية كما عرفت أن حكم البدل حكم الأصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكية قاصرة فكك ملكهم على البدل بمقتضى الإنشاء و الأدلة المانعة و أوفوا بالعقود، فكما يجوز بيع المبدل و كك يجوز بيع البدل فإنه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الأصل.

الجهة الثالثة: فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا

بل اللازم مراعاة الأصل فالاصح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فإنه ذكر أن للعين الموقوفة ثلاثة حالات العين بخصوصياتها الشخصية و العين بخصوصياتها النوعية و العين بمالها من المالية فإذا انتفت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٨

العين بخصوصياتها الشخصية فتبقى فيها الحالتان الآخرتان، و اذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوي للخصوصيات النوعية و الجهة

المالية وذكروا ذلك في باب الضمان أيضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققناه مفصلا.

و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى كما ذكره المصنف، اما الوجه في منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف في ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها ببقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجوب شراء المثل بقدر الإمكان.

إذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منفعه من غير ملاحظه خصوصية العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرها فحينئذ لا بد من مراعاة ما هو الأصلح لحال الموقوف عليهم فإن الموقوفة و ان كانت دارا مثلا، و لكن منافع الدكان من حيث الأجره و عدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار إليه أكثر فيجوز بيع الدار و شراء الدكان بدلها و هكذا و قد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفة بقدر الإمكان كما إذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الأكابر فأراد الواقف بقاءه تحت يد الذرية فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفة فإذا تعذر حفظها و جاز تبديلها ببدل فيجوز أيضا التبديل بأى شىء كان فان ما تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين و لا يفرق في غرضه تبديلها بأى شىء كان.

و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فيبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمنه بستانا فى موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة و بين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجره منفعته فإن الأول و ان كان مماثلا إلا أنه ليس أقرب الى غرض الواقف و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعة خاصة كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٨٩

و بالجملة أنه لا انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثة و مع انتفاء الخصوصيات الشخصية تلاحظ فيها الجهة النوعية و المالكية، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف للأدلة الخاصة و لدليل وجوب الوفاء بالعقد.

و توهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء المماثل فاسد فإنه ليس هنا شرط ضمنى أولا و على تقدير وجوده فلا يكون مخالفته إلا غير مشروع أو موجبا للخيار و أما فساد البيع بغير المماثل فلا وجه له و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم.

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعاة المماثلة أصلا و انما اللازم ملاحظة مدلول كلام الواقف فى إنشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فحيث عرفت أن ملاحظة كلامه من العبارة المقترنة عليه أعنى الى أن يرث الله الأرض و من فيها تقتضى أن تكون العين الموقوفة إلى الأبد فإذا كانت قابلة للبقاء فلا كلام لنا فيه كالعرضة الخالية من العمارة و الأشجار و نحوها و إلا فلا بد من التبديل الى ما يكون باقيا و لو بالتبديل على مرات و لا يستفاد من ذلك مزيد من وجوب تبديل العين الى البدل إذا عرضها الخراب و اما كونه مماثلا للعين فلا يستفاد من ذلك و لا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى.

و لا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين و ردها بجميع خصوصياتها الشخصية و النوعية و المالية فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصية لامتناع إعادة المعدوم و على تقدير إمكان إعادة فهو ليس بقادر على إعادة الخصوصيات الشخصية فقهر اتصل النوبة إلى الضمان بالمثل و مع عدم إمكانه أيضا فالى الضمان بالقيمة ففى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٠

باب الضمان فالعين تكون مضمونه أولا و مع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمة و هذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظة إنشاء الواقف لا يقتضى مزيد من إبقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصية ما دامت العين باقية فإذا انتفت العين يكون بدله وقفا بعد البيع و الشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبعى البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى.

نعم لو اشترط الواقف عند إنشاء الوقف مراعاة المماثلة فى التبديل و أخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها أو يقفها أهلها و هذا أمر آخر لا يرتبط بالتبديل بدون الاشتراط.

الجهة الرابعة: فى أنه إذا احتاج الى التبدیل فهل يتصدى به الحاكم الشرعى أو الموقوف عليهم

أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم و الناظر كليهما كما صنعه شيخنا الأستاذ أو يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخرة وجوه.

والذى ينبغى أن يقال انه يجب مراعاة نظر الواقف بأنه بأى كيفية أنشأ الوقف فان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم و مالكيهم عليه من دون أن يكون لهم السلطنة على الوقف، بل السلطنة من جميع الجهات بيد الناظر للوقف و متوليه فحينئذ ليس للموقوف عليهم و لا- للحاكم أن يتصدى بالبيع أصل، بل المتصدى بذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح، لأنه ولى من لا ولى له، و الناظر ولى الوقف فيتصرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متولياً للوقف لان الناس مسيطون على أموالهم، فيتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه و يجعل تولية الوقف للغير و لا يكون للموقوف عليهم إلا الملكية فقط لئلا يقع بينهم النزاع و التشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩١

و من هنا ظهر عدم كون الموقوف عليهم متصدياً بالبيع، فان الواقف مالك على العين فله ان يفعل فيها ما يشاء فإذا وقفها للموقوف عليهم و جعل سلطنتها تحت يد الناظر فيتبع فلا يكون للموقوف عليهم إلا ملكية قاصرة من غير أن يقدروا على التصرف فيه غير أنهم مالكون له فلهم منفعه، و اما السلطنة عليه فهى بيد الناظر.

و بالجملة ان الموقوف عليهم و ان كانوا مالكين للعين الموقوفة الا انهم قاصرون عن التصرف فيها لعدم سلطنتهم عليها من قبل الواقف بل سلطنته تحت يد الناظر فقط بجعل الواقف كما هو واضح.

و ان لم يكن هنا ناظر و لم يجعل الواقف أمر السلطنة للناظر و للحاكم بل وقف العين للموقوف عليهم غير تعرض لهذه الجهات بوجه فحينئذ يكون أمر الوقف بيد الموقوف عليهم و تكون سلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسيطون على أموالهم، فليس للحاكم و لا لغيره التصرف فيها بوجه، بل يكون تصرفات غير الموقوف عليهم تصرفاً محرماً فإنه لا دليل على ولاية الحاكم على ذلك كما تقدم اللهم إلا أن يقال ان الحاكم ولى من قبل المعدومين فإنهم أيضاً مالكون للوقف و لكن قاصرين عن التصرف فيه فيكونون كبقية القاصرين و من الواضح أن الحاكم الشرعى ولى القهر.

و فيه أولاً أنه لا كلفة لذلك بأن يكون البطن الثانى قاصراً عن الوقف لكونه مع المعدومين لجواز وجودهم و وجود البطن الثالث، نعم يصح هذه الدعوى فى غير الموجودين، فلا وجه لدعوى كون الحاكم ولياً لغير البطن الموجود لقصورهم على الوقف للعدم.

و ثانياً ان المعدومين ليسوا مالكين للوقف و لا أن لهم حقاً فيه بالفعل ليكون الحاكم ولياً لهم فى حفظ حقهم غاية الأمر أن الواقف جعل لهم فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٢

إنشاء الوقف حقاً تعليقياً بمعنى إذا ماتت الطبقة الأولى فتنتقل الموقوفة إلى الطبقة الثانية لا إلى الورثة و عليه فلا موضوع لولاية الحاكم لهم أصلاً.

ثم ذكر المصنف فى ضمن هذا الفرع فرعاً آخر و هو أنه بناء على كون نظارة الوقف للحاكم أو للناظر أو للموقوف عليهم فى البيع و نحوه فهل للناظر على الأصل نظارة للبدل أيضاً فيصدى هو بيعة و شرائه أم لا؟

و الظاهر أن هذا أيضاً تابع لقصد الواقف و جعله كما ذكرناه فى رجوع أمر الأصل إلى الحاكم أو الى الناظر أو الى الموقوف عليهم فمع الإطلاق فيكون للموقوف عليهم لان الناس مسيطون على أموالهم.

قوله: ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به.

أقول: فذكر المصنف هنا فروعا الأول أنه إذا لم يمكن شراء البديل للمبدل و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه لكونه من النقدين، فقد عرفت أن النقدين لا يجوز وقفهما لعدم إمكان الانتفاع بهما إلّا بالأعدام إلّا إذا كانا من الذهب و الفضة و قصد بهما التزّين فإنه يجوز وقفهما لذلك و أما في غير هذه الصورة خصوصا النقود الفعلية القرطاسية فلا يجوز وقفها و عليه فلا يجوز دفعها الى البطن الموجود لما عرفت من كون البديل كالمبدل مشتركا بين جميع البطن فحينئذ توضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو وجد في ظرف التفحص من بيع الدار مثلا- بيع خيارى يفي ثمن الوقف بشرائه كما إذا كانت هناك دار تساوى ألف دينار فيبيعها المالك بالبيع الخيارى بخمسة مائة دينار و كان ثمن الوقف أيضا خمسة مائة دينار فيجوز ذلك فان فسخ البيع بعده فيرد الثمن مع انتفاع الطبقة الموجود فى البين و ان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى و انفع من الوقف فينتفع به الموجودين و المعدومون.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٣

ثم قال و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته و لا يعطل الثمن حتى يؤخذ ما يشتري به من غير خيار.
أقول:

و فى كلامه قدس سره جهات من البحث:-

الاولى: أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار

خصوصا إذا كانت مما لا ينتفع به إلّا بإعدام موضوعه (قال المحقق الايروانى ان البديل لا بدّ و ان يكون عينا صالحه لأن توقف من جهة اشتمالها على المنفعة فلو كان مما لا منفعة فيه كالدراهم لو فرضنا ذلك فيها لم يجز جعله بدلا).
و الوجه فى ذلك هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبدا بحيث يحبس أصله و يسبل ثمره و ما لا نفع فيه إلّا بإعدامه فلا يكون قابلا للبدلية، نعم لو قصد به التزّين فلا بأس من جعله بدلا و لكنه أمر نادر الوجود.
و يرد عليه أمران: الأول) أن الوقف و ان كان مؤبدا و لكن يجوز تبديلها بالنقود و ان لم ينتفع بها إلّا بإعدام موضوعها و ذلك من جهة ان غرض الواقف انما هو بقاء الأصل و تحييسه و تسبيل الثمرة و من المعلوم أن هذا لا- يكون إلّا بالبيع، فان كثيرا من الأعيان الموقوفة ليست قابلة للبقاء فلا بدّ من التبديل و تبديل عين الوقف بعين أخرى لا يوجد إلّا قليلا فإنه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا- بالدكان فانتظار ذلك ربما ينجر الى خراب الوقف و فناءه، فلا بدّ حينئذ من بيعه بالنقدين لكونه هو الكثير فإذا بيع بها فيشتري بها ما يكون صالحا للبقاء.

و عليه فالنقود ليست بموقوفة بل فى طريقة الوقف و صراطه بحيث يسار الى الوقف و جعله مؤبدا بالنقود و إلّا فلا يمكن تبديله عادة فإن المعاوضة و المبيعة لا يكون عادة إلّا بالنقود.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٤

الثانى: أن الوقف على قسمين: الأول) أن يكون وقفا بشخصه لتعلق إنشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفا بخصوصياته الشخصية فلا يجوز التصرف فيه بوجه، حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصرة إلّا إذا عرضه ما يجوز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم إلّا الانتفاع بها.

و الثانى) ما يكون وقفا لكونه متعلقا لإنشاء الواقف بحسب مالتيه بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف و أنه لم يكن حيسا ليكون مؤجلا و لم تكن العين الشخصية قابلة للدوام فهمنا من ذلك أن غرضه بقاء المالية بعد ما سقط هذه العين بالخصوص عن الدوام.

و عليه فالبديل بعد التبديل وقف لأجل كونه بدلا عن الوقف و لذا قلنا بعدم احتياجه فى كونه وقفا إلى الصيغة كما تقدم، و من الواضح أنه بدل للمبدل فى الحالة التى يجوز بيعه فى هذه الحالة فالبديل أيضا يجوز بيعه مطلقا و عليه فلا مانع من بيعه بالثمن أى

النقود و كونها وقفا بالتبديل لكونها قائما مقام الوقف فيكون وقفا ثم تبديله ببديل آخر و هكذا كما أنه لو بدل الوقف من الأول بالعين الصالحة للانتفاع يجوز تبديلها بعين أخرى أيضا لما عرفت أن البديل ليس كالأصل حتى لا يجوز بيعه، بل هو جائز البيع مطلقا من الأول بل كان قوام البدلية بالبيع و ألا يلزم مزية الفرع على الأصل لأن الفرض أنه بدل لما يجوز بيعه فالبدلية في حالة جواز البيع. لا- يقال انه و ان كان يجوز بيع البديل مطلقا و لكنه لا بدّ و ان يكون في سلسلة الابدال كل واحد من الابدال جائز الانتفاع به و ألا فيكون الوقف لغوا إذا معنى لكون شيء وقفا مع أنه عديم النفع.

فإنه يقال يكفي في خروج كون النقود وقفا عن اللغوية كونها بدلا عن الأصل مقداراً من الزمان يمكن تحصيل بدل آخر يكون قابلاً للانتفاع به مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٥

بقاء عينه لما عرفت من ندره تبديل العين الموقوفة بعين أخرى تكون قابلة للانتفاع بها. و بالجملة لا مانع من الالتزام بكون النقود وقفا في سلسلة الابدال نعم لا تكون وقفا من الأول كما عرفت. فتحصل أنه لا مانع من بيع الوقف بالنقود ثم اشتراء عين أخرى لينتفع بها الموقوف عليهم.

الجهة الثانية: في شراء العين الصالحة للانتفاع بها بهذا الثمن بالبيع الخياري

إشارة

و يقع الكلام هنا في أمرين:- الأول: في جواز شراء البديل بالبيع الخياري و عدمه. الثاني: في اعتبار إذنه في ذلك و عدمه و انه هل يجب البيع مع مطالبتهم ذلك أم لا.

أما الأول: فربما قيل بعدم جواز ذلك

لأن الوقف يجب أن يكون مؤبدا و البيع الخياري في معرض الفسخ فلا يكون وقفا.

و فيه أنه قد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفية البديل ليس على نسق وقفية المبدل لثلا يصلح للبدلية ما لا يكون قابلاً للدوام، بل يجوز تبديل الوقف بكل شيء حتى الخبز الذي نفعه بإعدامه و بالفواكه غاية الأمر ببديل ذلك أيضا بشيء آخر و هكذا فيكون بهذه التبدلات المالية محفوظة التي تعلق غرض الواقف بكونها باقية و ينتفع بثمرها.

و على هذا فلا مانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخياري فإن فسخ البائع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذي كان غرض الواقف هو ذلك، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحييس الأصل و تسهيل الثمرة و الثمن أيضا باق على حاله فيشتري به شيء آخر لينتفع به الموجودون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٦

و المعدومون، و ان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوي بخمسة دنانير و ما اشترى بثمانه يساوي عشرين دينارا.

أما الأمر الثاني: فالظاهر أنه يجب الشراء

سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا، و لا وجه لتقييد وجوب الشراء بصورة المطالبة كما في المتن و ذلك لأن الانتفاع بالوقف و ان كان حقا للبطن الموجود و لكن ليس لهم إسقاط ذلك و لو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مدة.

و ذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف كك فلا بدّ بحسب إنشاء الواقف و إمضاء الشارع له أن يجعل

الوقف هكذا فما دام العين موجودة فهو و بعد تبديلها بالعين الأخرى فلا بد و ان يجعل بدله هكذا و ان لم ينتفع البطن الموجود بنفعه أو رضى ببقائه بلا نفع فان رضايته بذلك و عدم رضايته أو انتفائه و عدمه بان لم يأخذ نفعه أصلا ليس ميزانا في المطلب و لا يوجب تغيير إنشاء الوقف.

الجهة الثالثة: في جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء البديل فهل يجب ذلك أم لا،

بل يجوز دفعه الى الموقوف عليهم فقد عرفت أنه ذكر المصنف أنه حيث كان الوقف حقا للبطن الموجودة و البطون المعدومة و كونهم شركاء في ذلك فان وجد ما ينتفع به البطن الموجود يجب شرائه و لو بالبيع الخياري ينتفع به الموجودين مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعدوم و أما فلا- يجوز دفع الثمن الى البطن الموجود، فإنه كالمال المشترك فهل يجوز دفع المال المشترك الى بعض الشركاء.

اذن فيجب وضعه عند أمين الى ان يوجد ما يمكن ان يكون بدلا للوقف فيشتري به لينتفع به البطن الموجود و البطن المعدوم.

و فيه انك عرفت في بحث الأمس أن المعدومين ليس لهم حق في الوقف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٧

أصلا فضلا عن كونهم شريكا فيه و انما العين الموقوفة ملك للموقوف عليهم.

نعم، فالواقف بحسب إنشائه جعله للبطن المعدومة على تقدير موت البطون الموجودة و بقاء العين الموقوفة فليس لهم الا- حق تقديري و تعلقي و عليه فيجب دفع الثمن الى البطن الموجودة لكونهم مالكيين له و الناس مسيطون على أموالهم.

نعم، لو كان الثمن في معرض الخطر مع الدفع إليهم، بل يجعل عند أمين و لكنه ليس مختصا بثلث الوقف، بل الأمر كك في أصل الوقف أيضا، بل في كل من كان الوقف في يده و لو كان ناظرا و خيف منه لكونه غير مبال في الدين و أكل أموال الناس و الموقوفات فإنه حينئذ يجب استنقاذ الوقف منه و وضعه عند أمين.

قوله: نعم لو رضى الموجود بالاتجار به و كانت المصلحة في التجارة جاز مع المصلحة الى ان يوجد البديل.

أقول: لا شبهة في جواز الاتجار بثلث العين الموقوفة ما لم يوجد البديل مع رضائه الموقوف عليهم و اما بدونها فلا، لأن الناس مسيطون على أموالهم و انما الكلام في أنه هل يكون ربحه كمنافع العين الموقوفة للبطن الموجود أو أنه كالعين في اشتراك البطون فيه و جهان، الظاهر هو الثاني فإن الثمن كالمبيع و ربحه بمنزلة جزء المبيع لا بمنزلة منفعته فلا يختص به البطن الموجود فهذا نظير إعطاء الوقف الذي يساوي عشرة دنانير و أخذ شيء آخر بدله الذي يساوي بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام ما يحاذى بعشرة فيكون كله وقفا كالمبدل و ليس ذلك مثل الإيجار فإن الأجرة من منافع العين الموقوفة فتكون ملكا طلقا للموقوف عليهم.

قوله: و لو كان صرف ثمنه في باقية بحيث يوجب زيادة منفعة جاز.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٨

أقول: من جملة ما ذكره المصنف من الفروع أنه إذا خرب مقدار من الوقف و بقي المقدار الآخر كالنصف فيبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه في النصف الآخر ليوجب زيادة النفع أم لا؟ فاختار المصنف جواز ذلك.

و حاصل كلامه: أنه إذا خرب نصف الوقف مثلا- و بقي النصف الآخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق، و لكن إذا صرف ثمن نصف الخراب في النصف الباقي يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقي كتحو السرداب و ازياد القبة للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا؟ الظاهر هو الجواز، فان الواقف بحسب إنشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها و استفدنا أيضا من

القرائن المحفوفة بكلامه كونه دائمية الى أن يرث الله الأرض و من فيها و عليه فلا- يفرق في حال الواقف و لا- في حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشيء يكون له نفع في كل شهر مثلا- عشرة دنانير أو صرفه في النصف الباقي لتكون إجارته بخمسين دينارا و الحال أن الأجرة كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غاية الأمر مع رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا- يجوز التصرف في مال غيره ألما برضايته و ما قلنا بكونه دائمية بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لأننا لو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و إذا صرفناه في التعمير فيكون أيضا عينا موجودا غاية الأمر يكون في الأول بعنوان الاستقلال و في الثاني بعنوان الجزئية فهو لا يفرق في المطلب فإنه على كلا الفرضين أيضا يجوز تبديله بشيء آخر ليكون قابلا للبقاء.

نعم، لا- يجوز صرف الثمن في التعميرات التي ليست لها عينية كالترتينات و نحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندرا، و اما مثل الأجر و الأخشاب و الحديد فلا مانع منه، فإنه يمكن تبديلها بعد الاندرا أيضا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ١٩٩

و من هنا يعلم انه يجوز صرفه في الوقف الآخر هكذا الذي كان وقفا لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق في ذلك لحصول غرض الواقف بحسب إنشائه و غرض الموقوف عليهم كما إذا وقف الواقف دارا و دكانا فخر نصف الدار فيبيع فيجوز صرف ثمنه في النصف الباقي للدار و في الدكان بحيث في أي منهما صرف يزداد نفعاً.

قوله: و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقي بعضه محتاجا إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة.

إشارة

أقول: ذكر المصنف هنا فرعا و رتب عليه فرعا آخر، فحاصل ما ذكره أنه لو خرب نصف الدار المحفوفة و بقي الآخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلا- و لكن لا- يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنة و لكن ينقرض البطن الأول إلى تلك المدة و ينتقل الوقف إلى البطن الثاني فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب في النصف الباقي و تعميده حتى يستمر إلى ان يمكن للبطن الثاني الانتفاع به أم لا الظاهر انه لا- يجب إلا إذا شرط الواقف تعمير المحفوفة من منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم، بل لا يجوز بدون رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكا لهم فلهم تبديله بشيء آخر لينتفعوا به فعلا، و أما حفظ الوقف للبطون اللاحقة لينتفعوا به هؤلاء أيضا فليس بواجب فان نسبة البطن الأول إلى البطن الثاني كنسبة الجوار و الأجانب إلى البطن الثاني فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الأوقاف التي كانت في معرض التلف فليس كذلك فالمحفوفة فعلا ملك للبطن الأول فلهم الانتفاع به و ليس للبطن الثاني حق فيها الا الحق التقديري بحسب إنشاء الواقف كما عرفت، فبأي دليل يجب أن يصرف البطن الأول أموالهم في حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقة الوقف التي تحبب الأصل و تسبيل الثمرة موجودة فعلا، نعم لو كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٠

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير و الصرف لتحقيق غرض الواقف و لكن ليس الأمر كذلك، نعم يجب صرفه في التعميرات الجزئية التي يترتب على عدمها خراب الوقف كما إذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب في سقفه فإنه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر إلى خراب الوقف و انهدامه و عدم إمكان انتفاع البطن الموجود أيضا فمثل هذه الأمور التي لا يحتاج إلى مؤنة زائدة بل إلى عشرة فلس مثلا يجب، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف في ضمن العقد فإنه لو لم يجب تعمير مثل هذه الأمور من منافع الوقف الانهدام في مدة قليلة و خرب و هذه خلاف كونه أبديا.

و بعبارة أخرى تارة يكون الخراب مستندا إلى الأمور الجزئية كما تقدم فلا شبهة في وجوب التعمير و صرف مقدار من المنافع فيه و أخرى يكون مستندا إلى الكون و الفساد إذ من البديهي أن الموجودات الخارجية لا تبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فإنها بالآخره تكون فانية حسب طول المدة و مرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمر مدة البقاء حتى يصل إلى

البطون اللاحقة.

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم و علم أنه لا- يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم في حفظه و ألا لوجب لجميع الناس حفظ الأوقاف للبطون اللاحقة بل حفظ المال للوارث إذ لا خصوصية للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا طلقا ألّا أن يشترط الواقف إخراج مؤنة الوقف عن منفعة قبل قسمه الموقوف عليهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠١

ثم ذكر المصنف أن هنا فروعاً يستخرجها الماهر.

إشارة

فذكر فرعين مهمين منها:-

الأول: أنه لو كان الوقف في موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن لغيره

كما إذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الأمر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جوراً استملاكاً مجاناً أو يباع بثمان فيشترى شيء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلا- شبهة في جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شيء آخر بدله إذ عرفت سابقاً أنه لا خصوصية للخراب، بل يسوّغ بيعه إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و أيضاً عرفت أن مقتضى الإنشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبيع لا يكون دائماً و هذا إذا وقعت الدار الموقوفة في شارع الحكومية فذهب نصفها في الشارع أو لم يذهب أصلاً و لكن كان بناء الحكومة أخذها في أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجاناً جبراً له ان لم يرض فإنه ح لو لم يبيع الوقف سيملكه الحكومة مجاناً فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف.

و بالجملة فيجوز بيع الوقف في كل مورد بقيت العين الموقوفة على حالها و لكن لا- يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها و ان انتفع غيرهم فإنه ح يجوز بيعها.

الثاني: انه لو علم بزوال الوقف بعد مدة لا يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم حتى البطن الأول

كما إذا أوسع شارع فوقعت الدار الموقوفة في وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شيء و ليس لها تابوء و قبالة رسمية حتى يؤخذ ثمنه و لكن لا يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا الظاهر انه يجوز، بل يجب لما عرفت من عدم الخصوصية للخراب، بل المناطق سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ما عرفت أن القرينة تقتضى دوام الوقف فلو لم يبيع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع و تبديله بشيء آخر ليدوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٢

الوقف و تحفظ حقيقة الوقف على ما إنشائها الواقف بحسب إنشائه و هنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل.

قوله: الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به.

إشارة

أقول: قد عرفت ان المصنف ذكر هنا صورا، الأول ما تقدم الكلام فيه و هو ما كان الوقف خرابا بحيث خرج عن الانتفاع به حتى بالدقة العقلية كالمذبح والمذبح والحصير البالي و الجدوع العتقة فإنها لا ينتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها بإعدامها و إلا فاللحم الباقي يتنن فلا- يكون قابلا- للانتفاع به و هكذا الأمور الأخر و قد عرفت جواز البيع في هذه الصورة و عدم شمول الأدلة المانعة عن بيع الوقف على ذلك، بل يباع و يبدل بشيء آخر ليكون قابلا للانتفاع إلى الأبد فإن حقيقة الوقف بذلك و يكون العين حيسا و الثمرة تسبيلا كما هو واضح.

ثم ذكر الصورة الثانية و هي أن يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع معتد به بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه، و ان كان له نفع بحسب الدقة العقلية ثم فصل في هذا القسم بين ما يكون الوقف بحيث لا يقال بهذا النفع لقتله فيكون هذا مما يجوز بيعه لانصراف الأدلة المانعة عن بيع الوقف عن ذلك و بين لا يكون كك، بل يقال في العرف ان لهذا العين منفعة و لكن قليلة بالنسبة إلى العين قبل تلك الحالة فهذا لا يجوز بيعه لعدم الوجه عن صرف الأدلة عن ذلك.

ثم ذكر صورة ثالثة و هي ان يخرب الوقف بحيث يقل نفعه لا- أنه ينتفى نفعه بالكلية كما في الصورة الاولى، و لا- أنه قلت بمرتبة ليلحق بالمعدوم كما في الصورة الثانية، بل تقل منفعة بالنسبة إلى المنفعة قبل عروض تلك الحالة أقول: لم يتحصل لنا شيء مما ذكره المصنف في الصورة الثانية، و ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٣

لأنه ان كان مراده من الصورة ما كان الوقف ساقطا عن المنفعة العرفية لأجل الخراب بحيث لم تبق للعين في نظر العرف منفعة أصلا، بل صارت عديم النفع و ان كان لها نفع بحسب الدقة العقلية كما إذا وقف الواقف سريرا و سقط عن السريرية بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريرية و لكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديدية و ينتفع في مورد آخر أو يجعل شبكا على السطوح و نحوها و لكن لا يعد شيء منها من منافع السرير و كك لو وقف حمارا لينتفع به في الحمل و الركوب و لكن سقط عن الانتفاع به لأجل السيارات و مع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسد في مجرى الباب ليمنع عن السارق فلا يقال أن هذا منفعة الحمار و غرض الواقف من حبس العين و تسبيل الثمرة شامل لذلك و حينئذ فيكون الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى هو أن في الصورة الأولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكلية بخلاف هذه الصورة فإن للعين منفعة بحسب الدقة العقلية فإن كان مراده من الصورة الثانية هو ذلك فلا وجه للاستدراك ثانيا في هذه الصورة

بقوله، نعم لو كان قليلا في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم و أمكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (ع): لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة.

فإنه لا وجه للاستدراك بعد ما كان الغرض من الصورة الثانية هو ذلك و ان كان مراد من هذه الصورة سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد في نظر العرف مسلوبة المنافع، بل تقل منفعة كما إذا كانت دار موقوفة و كانت تستأجر في كل سنة بمائة دينار إلا أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين دينارا و مع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعة فيها، نعم قد قلت منفعة و حينئذ فالفرق بين هذه الصورة و الصورة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٤

الاولى من الوضوح بمكان و ان كان مراده ذلك من الصورة الثانية فلا وجه لذلك الصورة الثالثة فإنها عين ذلك. و بعبارة أخرى لا وجه لجعل الصورة الثانية صورتين لأنها اما عين الصورة الثالثة أو غيرها فيكون قسما في مقابلها، بل يراد من الصورة الثانية هو الشق الأول أعني ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا للصورة الاولى و الثالثة و لا شبهة في جواز بيعه أيضا فلا يعد هذه المنفعة اللاحقة بالمعدوم من المنافع للوقف في نظر العرف و لا تشملها الأدلة المانعة عن بيع الوقف خصوصا قوله (ع) و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملك فتكون عمومات صحة البيع محكمة و قد عرفت في الصورة الأولى أيضا أن أدلة المنع

منصرفه عن عين الموقوفة إذا صارت عديم النفع، بل لا- يشمل ذلك مفهوم الوقف أيضا فإنه إنما يشمل ما تكون العين ذا منفعة ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعة كما هو واضح.

ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين

أحدهما ما تقدمت الإشارة إليها سابقا من قول صاحب الجواهر بطلان الوقف مع جواز بيعه،

وقال إنه قد عرفت انه لا وجه لبطلان الوقف، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم أشكل على هذا أيضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة فإن الشرط في العقود الناقلة يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالىة و لا- يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٥

أقول: كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر في الصورة الأولى كما نقله كله في أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتى أعنى الأمر الثانى فى الصورة الاولى و كيف كان فكلام صاحب الجواهر متين و لا- وجه لما أورده المصنف عليه، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غاية الأمر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهة البيع فقط، و أما الجهات الأخرى من الهبة و إعدام الوقف و التصرف فيه بما ينافى الوقف فلا وجه للبطلان.

نعم، لو كان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف و ينقل إلى الورثة لو مات الواقف فلا وجه له إذ لا مقتضى و لا دليل على ذلك فان الواقف بعد ما جعل ماله وقفا و حسبأ أبديا كما استفدنا ذلك من القرائن الموجودة فى عبارة الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه.

و لكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلا عن إمعان النظر و انما المحتاج الى ذلك هو ما ذكرناه أى البطلان من جهة البيع فقط، بل هذا مقوم لدوام الوقف و بقاءه إلى الأبد و الّا فيكون الوقف منعدا فى مدة قليلة بحسب مقتضى الكون و الفساد كما هو كك فى جميع الأوقاف، و ان كانت العرصه باقية فى وقف الدار و نحوها كثيرا.

و اما ما ذكره (ره) من إنكار كون الوقف مشروطا ببقائه على كونه قابلا للانتفاع به أيضا ليس بصحيح فإن عمده ما ذكره من الأجوبة هو ما منعه من كون الشرط شرطا فى الاستدامة قياسا له بالبيع إذا خرج المبيع عن المالىة و أنه لا وجه لبطلان الوقف و انقلابه الى الفاسد بعد انعقاده صحيحا.

و الوجه فى ذلك هو أنك عرفت أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٦

و تسبيل الثمرة و عليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمرة إذا الحبس لأجل التوصل إلى غاية لا- يعقل بقاءه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغاية و الّا لم يكن الباقي حسبا لتسبيل الثمرة فوقية الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فما دام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فإذا سقط شخصه عن النفع فيباع و يشتري شىء آخر فيكون ملكا للطبقة الاولى من الموقوف عليهم، ثم للطبقة الثانية منهم، فهذا لا يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به و لا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا- يعقل كونه وقفا ما لا- نفع فيه حدوثا، بل لو كان الوقف تمليكا كما هو كذلك، لكان تمليكا للعين توصلنا الى ملك المنفعة و لا- يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعة رأسا و مثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه و ليس من قبيل انقلاب شىء عما هو عليه، بل من انتهاء أمد الصحيح و لا- أنه من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف، بل يلزم عليه أن يكون جميع

الأوقاف منقطعا لانقطاع أمدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون و الفساد.

و بالجملة ان الكلام فى الوقف المؤبد و لا شبهة أن بطلان الوقف فى مرتبة و من جهة لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال و لزوم حفظ ماليته فى ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره، بل لو زال الوقف بالكلية بحسب الكون و الفساد و أيضا لا يكون من الوقف المنقطع إذ لا توقيت فى ذلك بوجه و ألا فيكون حسبا و خارجا عن حقيقة الوقف.

و أما قياس المقام بالبيع من جهة أن الانتفاع بالمبيع و كونه مالا لا نعتبر فى صحة البيع إلا حدوثا و كك فى المقام فمن عجائب المصنف إذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل و تسهيل الثمرة بانتفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٧

الانتفاع تنتفى الوقفية فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا و يعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء و كك يعتبر كونه ذا نفع بقاء.

و بالجملة الوقفية تدور مدار كون العين الموقوفة ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفية و لا يبقى لها موضوع فإنه لا يعقل بقاء الشيء بعد انتفاء حقيقته.

و هذا بخلاف البيع فإنه لو اعتبر المالىة فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا، بل ما دام مالا فيكون من أمواله فإذا زالت المالىة عنه بانتفاء منافعه فيكون من أملاكه، و مع زوال ملكية أيضا فيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبائع بقاء متقوما بالمالية فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بإمكان الانتفاع من العين الموقوفة كما هو واضح.

و من هنا ظهر بطلان ما أفاده من الوجوه الأخر أيضا و أنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع و لا تشمله أدلة المنع خصوصا قوله (ع): و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك.

الأمر الثانى: أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف

فيما إذا وقف بستانا مثلا فلا حظ فى عنوان وقفه البستانية فخرت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقية و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه أيضا يدفعه أن العرصه كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه و لو فرض ارادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف، و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٨

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتهاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارية و البستانية و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسبما يقبله لم يبطل الوقف بتغيير أحواله.

ثم ذكر فى عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين.

و أشكل عليه المصنف

أولا بالإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع، و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان.

و ثانيا: أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ما جعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان، فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته، فان التمليك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران ملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و ان لم يكن فى ضمن عنوان البستان و ليس التمليك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات، و ان أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى

الموضوع زيادة على عنوانه.

و أما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه، و انما البستان ملكه الموصى له بجميع خصوصياته من العرصه و الأشجار و غيرها من الاجزاء و كك الوقف لا يبطل بصيرورته عرصه و زوال عنوانه، نعم الوصية قبل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٠٩

تمامها يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات آخر غير مربوط بما نحن فيه.

ثم ما ذكره من الوجهين مما لا- يعرف له وجه بعد اطلاق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا، هذا ما ذكره المصنف في جواب صاحب الجواهر و هو متين.

و لشيخنا الأستاذ تفصيل في المقام و قال ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة إذا لم يلحق قلة الانتفاع بها بالعدم، انما هو إذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة و أما إذا تبدلت بصورة أخرى فيجوز بيعها و ان لم تلحق بالعدم و لا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فإن النخلة الموقوفة إذا قلعت تعد عرفا مباينة للنخلة لأنها عبارة عن الشجرة لا المادة المشتركة بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصورة النوعية عبارة أخرى عن خراب الوقف و سيجيء إنشاء الله تعالى في باب الخيار، أن مناط مالية الأموال، انما هو بالصورة النوعية لا المادة المشتركة ثم المدار في الصورة النوعية العرفية العقلية فإذا تبدلت الصورة النوعية التي تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع، و لا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة فإن الدار مركبة من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه.

و بالجملة حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفة و كونها ذات منفعة لأنه عبارة عن حبس العين و تسهيل الثمرة فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلا فكك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينية التي هي أحد ركني الوقف.

أقول: ما ذكره المصنف و ارد على شيخنا الأستاذ أيضا، و توضيح ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٠

أن العناوين و الصور النوعية عرفية كانت أو عقلية و ان كانت موجبة لشيئية الأشياء في نظر العرف و العقل، ألا أنها لا تقابل بالمال بوجه و انما هي دخيلة في زيادة المالية للمادة و لذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك و قد مرّ في بعض المباحث في المكاسب المحرمة و سيأتي في باب الخيارات إنشاء الله، أو الأوصاف التي لها دخل في زيادة المالية و تعد في نظر العرف من الصورة النوعية إذا وقعت عليها المعاملة و ظهرت خلافها فتكون المعاملة فاسدة فان وقع عليها المعاملة يعد في نظر العرف مغايرا لما ظهر و ان كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضة على الفراس المنسوج بنسج و ظهر المبيع الفراس المنسوج بنسج آخر يغير في نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمة أو باع كأسا و ظهر قدرا أو باع سكيئا و ظهر مسمارا أو باع ساعة و ظهر قطعة حديد، أو باع صندوقا و ظهر طبلا- فان في جميع ذلك يبطل البيع لان ما وقع على البيع غير مقصود و ما هو مقصود لم يقع عليه البيع و أن كانا في الحقيقة من جنس واحد ألما أن العرف يراهما شيئين متباينين فان الرجولة و الأنوثة و ان كانتا من جنس واحد ألما أن العرف يراهما متباينين كما هو واضح.

و ليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين المادة و الصورة، بل المعاملة واقعة على المادة و الصورة موجبة لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلك المادة أي الجسم لا- المادة الهيولاني المحفوظة في جميع الأشياء و تبدلت بصورة أخرى مغايرة للأولى لم تبطل البيع فان نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع و تعنون الأشياء بتلك الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فإنها إعراض لا تقبل الانفكاك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١١

و لا يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفية أو وضعية بحيث تكون مملوكة و قابلة للتملك كما هو واضح، و بالجملة الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الأموال. إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضا ككك فإنه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أن نفس تلك الأشياء بموادها موقوفة و ان كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية و لا تدور الوقفية مدار نفس الصور و العناوين لعدم انفكاكها عن المواد و لا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة و الصلح و البيع كما هو واضح، و عليه فأزالت الصورة النوعية لم تزال الوقفية بل تكون المادة التي معنونة بعنوان أيضا وقفا و ان لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة.

نعم، تزول الوقفية بزوال الصورة و المادة كليتهما إذ ليس المراد من المادة هي الهيولى لتكون محفوظة في ضمن شيء من الأشياء و ان كان في ضمن التراب، بل المراد منها هنا هي المادة العرفية أعني الجسم الذي كان معنونا بعنوان و لا شبهة أنه ينتفي كانتفاء صورته.

و على هذا فإذا وقف شيئا و كان مفعول قوله عنوان ذلك الشيء بأن قال وقفت البستان الفلاني أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أن الوقف هي ذات هذه العناوين المعنونة بها و انما تلك العناوين معرفات إليها و مقومات لماليتها و ليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها ماله تكون وقفا منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفية مدار نفس العنوان فإذا زالت زاله الوقف و إذا ذهب عنوان البستان و عنوان الدار و عنوان النخلة كانت عرصه البستان و عرصه الدار و النخلة المقلوعة غير وقف، بل باقيا في ملك الواقف،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٢

بل العنوان في المركبات الاعتبارية لا ينتزع الا من أمور متعددة فينحل إلى أمور عديدة كعنوان الدار فان الدار ليست إلا مركبة من العرصه و القبة و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا وقف الأرض و تلك القبة و معنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار و العرصه فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصل.

و بالجملة لا- نعقل معنى محصلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذي العنوان فكما أن في المركبات الحقيقة لا تنفك الصورة النوعية عن المادة لكونها متحدة في الخارج حقيقة و كك في المركبات الاعتبارية كالدار و البستان فان العنوان في ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد.

و بعبارة أخرى إذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنه هل بقي في ملك الواقف منها شيء أم لا فإن بقي ذات النخلة في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض و ان لم يبقى في ملك الواقف شيء فبعد زوال عنوان النخلة و صيرورتها خشبة فلما صار ملكا للواقف.

الكلام في الصورة الثالثة

قوله الصورة الثالثة أن تخرب بحيث يقل منفعتة لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم.

أقول: لو خرجت العين الموقوفة عن الانتفاع بها على الوجه الأول بأن قلت منفعتها كما إذا كانت الدار تستأجر بمائة و انما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٣

كالمصنف و غيره و في محكي الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه كما في مسألة النخلة المنقلعة. و الظاهر أنه لا يجوز من جهة أنه يجوز الانتفاع من النخلة المقلوعة في التسقيف و نحوه و لا تصور وجهها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقة الوقفية محفوظة أعني حبس العين و تسبيل الثمرة فإن النفع موجود في ذلك و تشملها الأدلة المانعة عن بيع الوقف فإنه لا مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و قوله (ع) (١) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك.

و بالجمله أن مقتضى حقيقة الوقف و مفهومه إبقائه على حاله إذا أمكن الانتفاع به و زوال بعض المانع لا يستلزم جميعها فان مثل النخلة المقلوعة يجوز الانتفاع بها بالتسقيف و نحوه، و عليه فتشمله الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الكلام فى الصورة الرابعة

قوله: الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.

إشارة

أقول: و المشهور، بل المجمع عليه فى هذه الصورة عدم جواز البيع بل لم ينسب الخلاف إلا الى المفيد و العلامة لم يرض بهذه النسبة أيضا فأول كلامه و معنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى للمنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف لقوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٤

و قوله (ع) الوقف على حسب ما يقفها أهلها نعم

و قد استدل على الجواز بروايتين:—

الأول: رواية «1» جعفر بن حيان

إشارة

و فى المتن حنان □

قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة ثلاثمائة درهم فى كل سنة و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، فقال جائر للذى أوصى له بذلك، قلت أ رأيت ان لم تخرج من غلة تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائة درهم، فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت نعم، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك، قلت أ رأيت ان مات الذى اوصى له قال ان مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثه لم يبقى منهم أحد كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة، قلت فللورثة قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا لم يكفهم ما يخرج من الغلة، قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا، فان ظاهر الذيل هو جواز بيع الوقف إذا كان البيع انفع فتكون شاهدة لجواز البيع فى الصورة الرابعة. و فيه أنه

لا يجوز الاستدلال بهذه الرواية على جواز البيع من وجوه:

الأول: أن الرواية ضعيفة السند

إذ لم يثبت فى الرجال مدح لجعفر بن حيان و لا وثاقته، فغاية الأمر إمامى و أما ما فى المتن من ذكر الحنان بدل الحيان فلم يذكر فى الرجال أصلا فالرواية لا يمكن الاستدلال بها على الجواز.

(١) وسائل: ج ١٣ ص ٣٠٦

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٥

الثاني: أنها مضطربة متنا

لاشتمالها على الجمع بين الوقف و الوصية و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصية على الوقف لكونه ملكا للموقوف عليهم فليس له التصرف فيه و تملكه أو تملكه لكون ذلك كله على خلاف مقتضى إنشاء الوقف من حبس العين و تسهيل الثمرة إلا أن تحمل الوصية على الاشرط في متن العقد بان وقف و أوصى في متن الوقف أن تكون ثلاثمائة درهم من غلته لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابة ثلاثمائة درهم فيكون الإيضاء على مقتضى الشرط في الوقف إلا أنه خلاف الظاهر من الرواية، بل الظاهر منها اجتماع الوقف و الوصية فيكون ذلك موهنا لها.

الثالث: أنها تدل على أنه ليس لقرابة الواقف أن يأخذوا حقهم

إذا خرجت من الأرض خمسمائة درهم حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك مع أنه على خلاف القواعد أيضا، فإنه لماذا ليس لهم أخذ حقهم إلا بعد إخراج حق الموصى له، بل يجوز إخراج حقه و تقسيم الباقي لأقرباء الموصى، أى الموقوف عليهم، فان كون ثلاثمائة درهم من الغلة للرجل الأجنبي بعنوان الاشرط و تملكه له من ملكه فلا يتوقف على اطلاع الموقوف عليهم و حضورهم لأنه ليس بعنوان المشاع حتى يتوقف على حضورهم، نعم لو كان بعنوان الوصية لكان مشاعا.

الرابع: أنها لا تدل على المدعى

فإنها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثة: الأول: عدم كفاية غلة الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع.

و الثاني: رضائه الموقوف عليهم على البيع.

و الثالث: كون البيع انفع و أعود لهم و بانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثة ينتفى جواز البيع و هذا بخلاف مفروض المقام فإنه عبارة عن البيع فى فرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٦

الاحتياج إليه إذن فالرواية أجنبية عن المقام كما لا يخفى، كما أشار إليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الأصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لرواية.

الثاني: خبر «1» الاحتجاج

إشارة

ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه جعلنى الله فداك انه روى عن الصادق (ع) خبر مأثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم أن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا- يجوز بيعه فقال (ع) إذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إنشاء الله. فهذه الرواية تدل على جواز بيع الوقف اما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و اما مطلقا بناء على عموم الجواب و

لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر، فان مفهوم قوله (ع) فيها إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع إذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز.

أقول: أما رواية جعفر فقد تقدم الكلام فيها، و اما رواية الاحتجاج فقوله إذا كان على امام المسلمين فلا يجوز بيعه، فالظاهر ان المراد منه عدم جواز البيع لغير الامام، و الا فإذا كان ملكا له فلما ذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه و كيف كان

فلا دلالة في الرواية على المدعى لوجوه:

الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفة السند

إذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابلة للاستدلال بها على المقصود.

الثاني: أن الرواية تدل على جواز البيع مطلقا

إذا كان أصلح لهم

(١) وسائل: ج ١٣ ص ٣٠٦

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٧

سواء كان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصلح للموقوف عليهم في جميع الحالات فإنه في صورة عدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع إليهم متدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيرة و هذا بخلاف البيع فإنه حينئذ تملكون الثمن دفعة واحدة فيفعلون به ما يشائون و أصلحية ذلك ما لا يخفى حتى في غير حال الخراب مع أن هذا لم يقل به أحد و توهم تقيدها بمفهوم خبر جعفر الحيات فاسد لعدم اعتباره كما عرفت.

الثالث: أن المستفاد من الرواية جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم أو لا يكون

فإن الأصلحية إنما ذكرت في كلام السائل فلا يكون موجبا للتقييد و الا فالجواب مطلق، فتكون معارضة لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و غير ذلك، فحيث أن تلك الروايات قيدت بما دل على جواز بيع الوقف في صورة الخراب كما عرفت في الصورة الأولى فبانقلاب النسبة تكون الروايات المانعة أخص من رواية الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيد بها هذه الرواية فيحكم بعدم جواز البيع إلا في صورة الخراب بحيث سقط عن الانتفاع به فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.

على أن ما دل على المنع مشهورة من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها و ترك العمل برواية الاحتجاج.

الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء

و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد، فان مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله أيضا وقفا فيكون ملكا للبطن الموجودة ما دام موجودا فيكون النفع لهم فلا يجوز لهم الهبة و إعدام العين و بعد الموت يكون ملكا للبطن اللاحقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٨

و بالجملة لا يجوز العمل بهاتين الروايتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز إلا ما نسب الى المفيد و قد

عرفت إنكار العلامة النسبة.

الكلام فى الصورة الخامسة

قوله: الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.

أقول: قد جوز بعضهم البيع فى هذه الصورة، بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه ألا أنه معارض بدعوى الإجماع على عدم الجواز على أن الإجماع المنقول ليس بحجة و ربما استدل على ذلك برواية جعفر المتقدمة لقوله (ع) فيها إذا احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغلة لهم أن يبيعوا الأرض.

و فيه ما ذكره المصنف و حاصله أن ظاهر الرواية أنه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوزون بيع الوقف عند الضرورة و الحاجة الشديدة لا ينطبق على هذه الرواية فإن النسبة بين الحاجة الشديدة و بين مطلق الفقر عموم من وجه، فإن الإنسان قد يكون فقيرا و لا تكون له حاجة شديدة لكونه واجدا لما يكفيه فى إدارة شؤونه من مال الفقراء كالزكاة و الصدقات ورد المظالم، و قد لا يكون شخص فقيرا، بل موسرا جدا و واجدا من الأموال بما لا يعلم حسابه إلا الله و مع ذلك تتفق له الحاجة الشديدة فى بعض الأوقات كما إذا كان فى بلد لا يصل الى ماله و لو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه و رفع الحاجة أو فى بلده، و لكن ليس له نقد و لا يباع متاعه و احتاجت الى النقد احتياجا شديدا و كان عنده وقف يشترونه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢١٩

بالنقد فيمكن أن يقضى حاجته ببيع الوقف و قد يجتمعان فلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجة الشديدة برواية جعفر الحيان أنك عرفت أنها ضعيفة السند و غير قابلة للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم.

الكلام فى الصورة السادسة

قوله: الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن.

أقول: فقد اختلفت كلمات الأصحاب فى أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف فى ضمن الوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا و قول بعدم الجواز كك و قول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحة و المجوز من الخراب و نحوه من المسوغات فليل بالجواز و بعين ما يشترط جواز البيع فى غير هذه الصورة فليل بعدم الجواز ألا أنه ليس تفصيلا فى الحقيقة فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركى فإن هذا الشرط الذى فى فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فإنه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح، ثم على تقدير القول بطلان الشرط ففى كونه مبطلا للعقد و عدمه وجهان، اذن فالأقوال ثلاثة قول بالجواز مطلقا، و قول بالبطلان مطلقا و مع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط و قول بكونه مبطلا للعقد أيضا.

و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين: الأول) فى أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا و الثانى فى جواز اشتراط بيعه ليكون ثمنه ملكا طلقا للموقوف عليهم و عدم جوازه و على كل تقدير فتكلم فى جهتين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٠

الاولى: فى كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد و عدمه.

الثانى: فى كونه مخالفا لمقتضى السنة و عدمه إذا ليس فى الكتاب ما يكون راجعا الى ذلك حتى نتكلم فى مخالفته للكتاب أيضا. اما المخالفة لمقتضى العقد فالمدار فى ذلك على أن يكون المنشأ فى العقد مضادا للشرط و مناقضا له كما لو اشترط فى البيع أو

يكون بلا ثمن أو اشتراط في الإجارة أن تكون بلا أجره أو اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجرة أصلا. واما إذا لم يكن الشرط منافيا لمقتضى العقد و انما يكون منافيا لمقتضى الإطلاق فلا مانع عنه كما إذا اشترط في البيع أن يكون ثمن مؤجلا أو أن يكون من نقد خاص و عليه فان كان التأييد من مقتضيات الوقف و من منشئاته فاشترط البيع عند الحاجة مناف لمقتضى عقد الوقف بلا شبهة و أما لو كان من مقتضيات إطلاق الوقف فلا مانع عن بيعه، و أما بيعه ليكون بدله أيضا وقفا مثل أصله فربما قيل بعدم الجواز بدعوى أن مقتضى الوقف هو التأييد و الواقف انما وقف الموقوفة ليكون الوقف أبديا كما هو مقتضى مفهوم الوقف أيضا فاشترط بيعه يكون مناقضا لمفهومه فلا يجوز، و عليه فكما ان الشرط فاسد فكك أنه مفسد أيضا للمناقضة.

و فيه أن حقيقة الوقف كما تقدم حسب العين و تسييل الثمرة و قد استفدنا دوامه من العبارة الموجودة في صيغة الوقف من قول الواقف الى أن يرث الله الأرض و من عليها و بهذه القرينة جعلنا متعلق الوقف هي المالية الموجودة في هذه العين، و في بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوز له و تبديله بوقف آخر لا ينافي مقتضى الوقف فكك اشترط تبديله بوقف آخر أيضا لا ينافي بمقتضى العقد فإنه على كل حال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢١

فالقوية محفوظة في صورتى وجود العين و تبديلها بشيء آخر، نعم ما دامت العين موجودة فالخصوصيات العينية أيضا مورد للتوجه و محط نظر الواقف و بالجملة لا نرى بأسا لاشترط تبديل العين الموقوفة في ضمن صيغة الوقف فإن المؤمنون على شروطهم و أوفوا بالعقود و الوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك أيضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف، نعم الاشرط ينافي إطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفة باقية على وقفيته.

و أما الجهة الثانية فربما يقال انه يبتنى صحة الوقف حينئذ على صحة الوقف المنقطع الآخر و كونه وقفا لا حسبا و حيث أن المختار صحته لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا و ان يبقيه على حاله.

أقول: الظاهر أن صحة الاشرط هنا لا يبتنى على صحة الوقف المنقطع الآخر و توضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الآخر إلا الإجماع و حيث أنه دليل لبي لا يشمل ما نحن فيه و ذلك فان اشترط الانقطاع على أقسام: - الأول: أن يوقف و يشترط في ضمن الوقف بيعه بعد عشر سنون و كون الثمن للموقوف عليهم و هذا من أفراد الوقف المنقطع فصحة ذلك يتوقف على صحة كليه وقف المنقطع لأنه من مصاديقه أيضا.

و أخرى يوقف عينا كالدار و نحوها على فلان و لعقبه إلى خمسة مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من أقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كالأول موردا للإجماع على بطلان الوقف المنقطع ففى هاتين الصورتين يكون الوقف من الأول بحسب الإنشاء منقطعا فيكونان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٢

موردين للإجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الإجماع و حجيته.

الثالث: أن يكون الوقف بحسب إنشاء الواقف مؤبدا من غير أن يقيد بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعا بحسب إنشاء الواقف و لكن يشترط في ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاءوا فهذا ليس وقفا منقطع الآخر بوجه، و انما هو وقف مؤبد و لكن يقطعه بحسب الاشرط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع الآخر لا يجرى هنا لكونه دليلا لبي فلا بد من ارادة المتيقن من ذلك و ما هو المتيقن انما هو القسم الأول و القسم الثانى، بل يدل على صحة ذلك أوفوا بالعقود، و المؤمنون عند شروطهم، فان عقد الوقف تحقق على هذا الشرط و كك يقتضى صحة هذا القسم من الوقف قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فإن أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كك.

و أما توهم أن هذا منافي لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلا، فيبطل الوقف توهم فاسد و ان مفهوم الوقف ليس الآ حبس العين و تسبيل الثمرة و الواقف إنما أنشأ هذا المفهوم و هو أعم من الدوام و الانقطاع، نعم إطلاقه يقتضى الانقطاع فاشتراط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافي بمقتضى الوقف و ان كان ينافي بمقتضى إطلاق الوقف.

و انما استفدنا الدوام من جهة القرائن الخارجية لا من جهة كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح، لا يخفى. و بالجملة لم نر بأسا من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلا عن العين الموقوفة في الوقية أم لا يكون بدلا بل ملكا طلقا للموقوف عليهم و على كل حال فليس ذلك الاشتراط منافيا لمقتضى الوقف أصلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٣

و أما المقام الثاني بأن يكون الاشتراط منافيا لسنة أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنه فإن قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك يدل على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا.

اللهم ألما أن يقال أن قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعديدا في مورد عدم جواز بيع الوقف، بل إمضاء لمفهوم الوقف كما أشرنا إليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون و الوقوف و البيع و الشراء و نحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون و انما هي حركة العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف لا بد و ان يكون ساكنا و ليس له أن يتحرك بالبيع و الشراء و الهبة كما لا يخفى.

و عليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنه أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببديل آخر الذي لا اشكال فيه أصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت في ان اشتراط قطع الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح.

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنه و الشروط المخالفة للكتاب أو السنه فاسدة و لكن ذلك ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فإنه فاسد و مفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد و مناقضا له فينقض العقد و يفسده، و لكن الشرط المخالف للسنه كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى في باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا، فحيث ان المختار لنا هناك عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا و ان اشترط فيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٤

قطعه كما هو واضح.

ثم العجب من شيخنا الأستاذ حيث اقتصر في البحث في المقام على المقام الأول فقط اعنى كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا و لم يتكلم أصلا في أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنه أم لا فكان عليه (ره) ذلك و لكن تركه و أما التمسك في ذلك بخبر جعفر المتقدمه بدعوى أنه إذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط أولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ما ذكرناه من جواز البيع صحيحة الكافي الدالة على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقة و شرط فيها جواز البيع للحسن و الحسين (ع) إذا حدث فيهما حدث فتكون دالة لما نحن فيه، فإنه إذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى و تأويل الرواية بإرادة الوصية من ذلك من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحة و مع ذلك فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الرواية مشكل و العمل بها أشكل.

و أما التأويل فهو مشكل كما ذكره و أما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجهها بعد كون الرواية صحيحة و عمل جملة من الأعاظم على طبقها.

نعم لو كان على خلافها إجماع أو شهرة عظيمة فكان لهذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشهور عن الرواية يوجب الوهن كما قال نظير ذلك في المعاطاة فله وجه لعدم وجود الرواية هناك، و أما في المقام فلا مجال لهذا الكلام.

الكلام في الصور الأربعة الأخيرة

إشارة

الصورة السابعة أن يؤدي بقاء الوقف الى خرابه علما أو ظنا و هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٥

المعبر عنه بخوف الخراب في كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، و الخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال و النفس و ان لم يعلم أن يظن بذلك و قد صرح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضا.

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس

و مجموع تلك الصور و ان لم تذكر في كلام واحد من الفقهاء و لكنها ذكرت في كلماتهم على التفريق و قد نظمها المصنف و جمعها إلى عشرة صور.

ثم إن الكلام في هذه الصور الأربعة يقع في جهتين:-

إشارة

الاولى في العقد الإيجابي و هو جواز البيع مع تأدية البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا سواء كان ذلك لأجل الاختلاف أو غيره.

و الثانية: العقد السلبي و هو المنع في غير ما ذكر في الجهة الاولى من جميع الصور.

أما الجهة الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه:

الأول: ما ذكره المصنف

و محصل كلامه أن المقتضى لجواز بيع الوقف في هذه الصور موجود و المانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضية لصحة البيع أو وجود المقتضى فلأنه مال لمالكة فيجوز بيعه للعمومات مقتضية للبيع أما وجود المانع فهي الأدلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف و هي لا تنهض للمانعية هنا، أما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٦

الإجماع فلاختصاصه بغير هذه الصورة لكونه دليلا ليلا لا يؤخذ منه إلا المقدار المتيقن.

و أما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغلة في ملك فلأنها منصرفه عن هذه الصورة لما عرفت من أنها ناظرة إلى صورة عدم سقوط العين الموقوفة عن حيز الانتفاع بها و أما إذا سقطت عن ذلك فلا تشمل تلك الأدلة على أنه لا تتم دلالة قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم.

و أما الموقوف عليهم و الواقف فيبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقهم إذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفة و لا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع و التبديل بعين أخرى فإن ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم. و بالجملة الأدلة المانعة عن بيع الوقف و ما يؤيده كلها غير جارية هنا و اذن فلا بأس من البيع في هذه الصورة. و ذكر شيخنا الأستاذ أن هذه الصورة ملحقه بالصورة الأولى و هي خراب الوقف بحيث لا- يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته إلى الخراب أو الظن به المعبر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقتيه اليه.

و بعبارة أخرى إذا احتمل احتمالاً- عقلياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلاً- خراباً لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقاً لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً و لكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الأستاذ فلأن الأدلة المانعة عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف و لا تدخل الغلة في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٧

ملكك لا قصور في شمولها للمقام فان الانتفاع بالعين الموقوفة ممكن بالفعل و لا يكون العلم بخرابها بعد سنة مثلاً مجوز لبيعها فعلاً فضلاً عن الظن بذلك أو الأمارات المعبرة كما إذا قامت البينة على أنها تخرب بعد ستة أشهر و فضلاً عن احتمال الخراب. و بعبارة أخرى أنه لا يجوز بيع الوقف للوجه المذكور على ذلك، و انما الخارج عنها ما يحرز خرابه بالفعل و أما في غيره فلا وجه لجواز البيع بوجه، بل يبقى تحت أدلة المنع.

و بالجملة بعد ما كان الوقف مما يمكن الانتفاع به فلا وجه لبيعته لشمول أدلة المنع عليه و ان علم أو قامت البينة المعبرة على خرابها فضلاً عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلي كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف فإن الأدلة إنما تنصرف عن المنع عن بيع العين الموقوفة إذا سقطت عن الانتفاع بها و ما نحن فيه ليس كذلك، بل هو من مصاديق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها على النحو الذي وقفها الواقف، نعم الإجماع على تقدير حجيته لا يشمل المقام و أما حفظ حق الواقف و الموقوف عليهم فقد عرفت بطلانها و عدم كونها وجها لعدم جواز بيع الوقف.

نعم، بناء على حفظ حق البطلون اللاحقة فلا- بد من بيع العين الموقوفة مع مظنة الخراب أو العلم به و تبديلها بعين أخرى لئلا يزول حقهم كما أشار إليه المصنف في كلامه و لكن عرفت انه لا دليل على ذلك فان البطلن الموجود ما لكون على الوقف بالفعل و جاز لهم الانتفاع بها فعلاً- فلا- دليل على وجوب رفع اليد عن ملكهم لحفظ الموضوع على ملك الأشخاص الأخر و الا لوجب حفظ مال الناس و ان توقف على صرف المال و قد تقدم هذا فيما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٨

سبق في فرع أنه إذا توقف حفظ الوقف للبطلون اللاحقة على صرف مقدار من منافع الوقف عليه، فهل يجوز إجبار البطلن الموجود على ذلك أم لا-؟ و قلنا لا- وجه عليه، فإنهم مالكون على نفعها فلا ملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير، بل ينتفعون بها ما دام موجوداً فان يبقى للبطلون اللاحقة فتنفعوا بها، و الا فلا و هذا واضح لا خفا فيه.

و الحاصل: ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الدالة على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الأربع، و انصرافها عنها و قال شيخنا الأستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلي موضوع للحكم بجواز بيع الوقف.

و فيه ان الحكم الفعلي تابع لموضوعه الفعلي و أنه لا وجه لانصراف الأدلة عن هذه الصور بأجمعها بعد ما كان الانتفاع بالوقف ممكناً كما في حاشية الايرواني.

ثم نقل المصنف (ره) وجهين على جواز البيع في هذا الصور.

الأول: ما عن لف و كرة و المهذب و غاية المرام

من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعدّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه فيدور الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه، فالثاني أولى بغرض الواقف فيجوز التبديل و جعل بدله وقفا مكان المبدل. وفيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذي دل عليه صيغة الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

الثاني: ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال و هو نهى عنه شرعا

فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٢٩

بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

و فيه أن المحرم انما هو التصدي بإضاعة المال و أما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمة كما إذا مرض الغنم و لم يقدر مالكة على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

ثم انه استدل على جواز البيع في كل واحدة من الصور الأربعة بمكاتبة ابن مهزيار «١»

إشارة

قال كتبت الى أبي جعفر الثاني عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما أشتريها أو يدعها موقوفه فكتب اليّ أعلم فلانا اني أمره ببيع حصتي من الضيعة و إيصال ثمن ذلك اليّ ان ذلك رأى إنشاء الله تعالى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت إليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقيّة هذه الضيعة اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس، الخبر.

و فيه أولا أنها ضعيفة السند و دعوى انجبارها بالشهرة دعوى جزافية إذ على فرض تسليم الكبرى لا نسلم الصغرى لعدم انطباق شيء من الأقوال على الرواية فلا ينجر ضعفها بالشهرة.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصة الإمام عليه السلام من دون طرو مسوغ للبيع فلا بدّ من حملها اما على صورة اشتراء بعض الضيعة من

(١) وسائل: ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٥

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٠

سهم الامام (ع) أو على قضية خاصة غير معلومة الجهة.

و توهم أن الامام (ع) له الولاية على جميع أموال الناس، بل رقبتهم فكيف بمال نفسه فجاز أن يكون أمره (ع) على البيع من جهة الولاية و فيه أن هذا التوهم فاسد، فان ظاهر قوله (ع) اني أمره ببيع حصتي من الضيعة، و إيصال ثمن ذلك اليّ ان ذلك رأى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له هو أن الامام (ع) انما بين حكم المسألة في نفسها لا بما أن له الولاية على العين الموقوفة.

و أيضا أنهم استدلو على القول السابع بقوله (ع) ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال بناء على أن يكون المراد بالأموال هى العين الموقوفة.

و فيه أولا: أن ظاهر التعبير بصيغته الجمع هو تلف مطلق الأموال أعم من الوقف و غيره.

و ثانيا: أن القائلين بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة انما يقولون فى مورد العلم بأدائه إلى الخراب أو الظن المتأخم بالعلم و لفظه ربما يستعمل فى المحتملات فتصير النتيجة أنه إذا احتمل طور الخراب على الوقف جاز بيعه و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فيما نعلم، فكيف ينجر ضعف الرواية بالشهرة: - على أن قوله (ع) ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فى جواب السؤال عن بيع حصية الباقيين و تقسيم ثمنه إليهم لا ينطبق على القواعد و ذلك لانه لا وجه لتصدى الواقف بالبيع فإنه بعد ما وقف ماله فصار كسائر الأجانب.

و توهم انه اشترط كون التولية عليه خلاف الظاهر من الرواية و أن مقتضى القواعد أن يكون بدل الوقف وقفا فلا وجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣١

فلا يمكن العمل بظاهر الرواية، بل يرد علمها إلى أهلها أو يحمل على صورة عدم اقباض الوقف و عدم كون الموقوفة مقبوضة منهم فإنه حينئذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يد الواقف المالك يفعل به ما يشاء و قد حملها على هذا جملة من الاعلام على أن الاستدلال بها على الصورة السابعة ينافى الاستدلال بها على الصورة الثامنة التى عبارة عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف الأموال و ألما نفس فان الاستدلال بها على الصورة الثامنة يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفة من سائر الأموال و الاستدلال بها على الصورة السابعة يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفة.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة التاسعة و هى أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل و هو قوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا يمكن الالتزام به و الا اقتضى جواز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و هذا مما يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الرواية.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة العاشرة و هى خوف تلف النفس يتوقف على الاستدلال إلغاء تلف المال عن الموضوعية و جعل الموضوع خوف تلف النفس و هو خلاف الظاهر من الرواية، فإن الظاهر منها موضوعية كل منهما للحكم.

و بالجملة لا يجوز الاستدلال برواية ابن مهزيار على شىء من الصورة السابعة إلى الصورة العاشرة،

إشارة

اما من حيث السند فلا بأس به، و أما من حيث الدلالة فمن جهة أن ما ذهب اليه المشهور فى الصور الأربعة لا يستفاد من الرواية و ما يستفاد من الرواية لم يلتزم به أحد فيما نعلم و توضيح ذلك أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٢

التعليل المذكور فى الرواية بقوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس قد يكون حكمة و يكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرده من غير وجود الحكمة فى جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمة نظير كون التنظيف حكمة فى استحباب غسل الجمعة أو وجوبه و كون اختلاط المياه حكمة فى مشروعية العدة و ان لم يكن موجودا فى بعض الموارد كما إذا كانت المطلقة يائسة أو كان المغتسل تنظف فى ليلة الجمعة و هذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرده الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجر الى تلف المال و النفس.

و ان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه علة للحكم، و مناطا له، بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الأموال و الأنفس الناشى من الاختلاف فى هذا الوقف و كونه منشأ له و ان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف و الموقوف عليهم كما إذا كانت الضيعة موقوفه على خادم المسجد و لم يكن بينهم اختلاف، و لكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجر الى تلف المال و النفس فلازم أخذ قوله (ع) فإنه ربما جاء إلخ علة للحكم تعديته الى كل ما يترتب على الاختلاف الناشى من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلا يمكن الالتزام بالرواية و ان كانت صحيحة.

أقول: اما رواية على بن مهزيار

فمن حيث السند

فلا بأس به لكونها صحيحة السند،

و أما من حيث الدلالة فهي خارجة عن الدلالة على بيع الوقف فى شىء من الصور الأربعة

إشارة

بل لا بد من حملها على صورة عدم تمامية الوقف أى قبل القبض و الإقباض كما حملها عليه جملة من الاعلام كالمحدث الفيض و غيره و ذلك لجهات عديدة فإنها مؤيدة لحملها على صورة قبل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٣

القبض.

جهة الاولى: ان صدر الرواية لا ينطبق على الوقف التمام

فإن سؤال السائل فى حصة الإمام التى هى خمس الوقف و انه كيف يصنع بها و جواب الامام عليه السلام ببيعها أو تقويمها على نفسه و إرسال ثمنها اليه عليه السلام لا يتم إلّا إذا لم يتم الوقف و كان المال تحت يد الواقف بحيث له ان يفعل به بما يشاء و ذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يبيع الوقف حتى مع اذن الموقوف عليه و من الواضح أن جواب الامام بالبيع و إرسال ثمنه اليه ليس من جهة ولايته المطلقة حتى يرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف.

الجهة الثانية: أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف بين أرباب الوقف ببيعه أيضا لا ينطبق على القواعد

إذ المتصدى بالبيع على تقدير جوازه انما هو من كان أمر الوقف بيده و توليته عليه، و أما الواقف فكسائر الأشخاص أجنبى عن التصرف فى الوقف، و احتمال انه كان مشروط كون أمر الوقف بيده خلاف الظاهر من الرواية فلا يجوز المصير اليه بدون القرينة الصارفة.

الجهة الثالثة: أنه بعد ما بيع الوقف فلما ذا يقسم بين الموقوف عليهم

مع انك عرفت فيما تقدم أن بدل وقف فلا يصح ذلك إلّا بحملها على صورة قبل القبض لا بعده خصوصا يساعد على ذلك قوله ان بيع الواقف أمثل حيث ان الواقف يريد الثواب فإذا فعل هكذا فإنه لا يقع بين الموقوف عليهم اختلاف فيكون أصوب و أمثل.

الجهة الرابعة: و هي العمدة

ان قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الواقف أمثل و مع قول السائل في سؤاله و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان من الواضح أنه أى خصوصية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٤

في علم الواقف بالاختلاف و كذا عدم أمنه عن التفاقم و الشدة، بل لا بدّ و أن يكون المناط علم المتصدى بالوقف فليس ذلك إلّا إذا كان أمر الوقف بيده و هذا لا يتم إلّا مع عدم تمامية الوقف و كون ذلك قبل القبض لعدم انطباقها بشيء من الفتاوى المذكورة في المقام و على هذا فلا يجوز الاستدلال بها على بيع الوقف بترك الاستفصال كما في كلام المصنف (ره) و مع ذلك كله فلا يجوز الاستدلال بها على المقصود أيضا مع ذلك التعليل الموجود فيه و ان كانت صريحة في جواز البيع، بل لا بدّ من ردّ علمها إلى أهلها و ذلك فإنه لا يخلو اما أن يراد من التعليل الحكمة أو العلية فلا واسطة بينهما فإن أريد منه الحكمة فلازمه القول بجواز بيع الوقف بمجرّد الاختلاف و ان لم يؤدي الى تلف الأموال و النفوس فان ذلك كاختلاف المياه في باب العدة فالتعميم ليس بلازم.

و أن أريد منه التعليل و العلية فلازم ذلك التعدي بكل اختلاف يوجب تلف الأموال و الأنفس مع بقاء الوقف و ان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار و الطباخين و العمالين و المتولين و نحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف و كلاهما لا يمكن الالتزام به.

و ربما يقال بجواز بيع الوقف في تلك الصور لأجل المزاحمة و ان لم يكن في البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال و الأنفس و بين حفظ المال و النفس و الالتزام بجواز بيع الوقف و بما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه، بل يجب لحفظ النفس و المال.

و فيه أن هذا من العجائب فإن التراحم انما هو في مقام العمل، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا في مقام الجعل و عليه فارتفاع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٥

التكليف عن المكلف بالنسبة إلى المهم واضح، بأن يجوز بيع الوقف إذا دار الأمر بين بيعه و بين أداء الاختلاف الى تلف الأموال و الأنفس و لكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعي في مرحلة الجعل بأن يحكم بصحة المعاملة فإن التراحم لا يوجب رفع الحكم و وضعه في مرحلة الجعل.

و بعبارة أخرى أن التراحم يستلزم رفع الحكم التكليفي في مقام الامتثال عن المهم و يوجب إتيان الأهم و هذا غير مربوط بالحكم الوضعي و حكم الشارع به في مقام الجعل ليكون صحيحا في مقام الامتثال، بل يكون البيع مع التراحم المذكور جائزا تكليفا و فاسدا وضعا فمزاحمة الأهم مع المهم في مرحلة الامتثال لا يوجب إلّا جواز الاقدام على المهم تكليفا و يستلزم جوازه وضعا إذ عدم القدرة على الامتثال من المكلف انما هي بالنسبة إلى الحكم التكليفي لا بالنسبة إلى الحكم الوضعي كما لا يخفى.

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف في جميع تلك الصور إلّا إذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب و الزمان الذي معمورة إلّا زمان قليل و كذلك في صورة اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام.

الكلام في الوقف المنقطع

قوله: و أما الوقف المنقطع.

أقول: بناء على صحة الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف و اما ان يقال بانتقاله الى

الموقوف عليهم و على الثاني فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٦

□

انقراضهم و اما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، و اما أن يقال بصيرورته في سبيل الله، و على الأول و هو بقاءه في ملك الواقف فلا يجوز لغيره من الموقوف عليهم و غيرهم بيعه لعدم الملك، و أما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضى و هو كونه ملكا له و تكون العمومات شاملة له و عدم المانع إذا الوقفية مع كونها منقطعة لا تكون مانعة عن البيع فيصير المشتري الى أن ينقضى السكنى أن كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار و أما قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإنها ناظرة الى عدم جواز التصرف في الوقف على النحو الذي ينافى الوقفية و كذلك لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك فان البيع و الشراء لا ينافى الوقفية إذ الوقف انما جعل السكنى و المنفعة للموقوف عليهم دون الرقبة فإنها باقية في ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف مسلوبة المنفعة إلى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجرة فإنها يكون ملكا للمشتري الى انقضاء مدة الإجارة و على هذا كيف ينافى البيع الوقف و كيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الأدلة المانعة عن البيع موضوعا. نعم يكون البيع باطلا من جهة الجهالة فيكون غرريا فهو منهي عنه لأن مدة انتفاع الموقوف عليهم و انقراضهم مجهولة و من هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقة المتعدة بالإقراء لجهالة مدة العدة.

و بالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع و ان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضى له و لكن جهالة مدة مانعة عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، ورد النص على جوازه و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٧

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده، قال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها، قال: نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كك، سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر (ع) لا ينقض البيع الإجارة و لا السكن و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنى على ما شرط الخبر، فهو كما ترى صريح في الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامة و ولده و المحقق الثاني في المسألة.

و أما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع في ملك الواقف، بل انتقل الى ملك الموقوف عليهم و قلنا بكونهم مالكين للوقف ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم فلا يجوز البيع حينئذ للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه فأن الواقف قد اعتبر بقاءه إلى انقراضهم فيشمله قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف و لا يقاس ذلك بالصورة الأولى فإن فيها أن الواقف مالك للوقف و في هذه الصورة و ان كان الموقوف عليه مالكا إلا أن الواقف قد وقفه و حسبه بحيث لا يباع و يكون باقيا الى انقراضهم فالبيع نقض للغرض.

و أما لو قلنا بعوده الى ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للموقوف عليهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقاءه إلى انقراض الموقوف عليهم و اما الواقف المالك فيجوز له البيع بناء على جواز بيع ما لا يملك ثم ملك، فان الواقف و ان لم يكن مالكا بالفعل و لكنه يكون مالكا بعد انقراض الموقوف عليهم.

و أما لو قلنا بصيرورته في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه مطلقا فإنه عبارة أخرى عن الوقف المؤبد و قد عرفت عدم جواز بيعه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٨

□

غاية الأمر أنه وقف على عدة خاصة في مدة ثم على سبيل الله كما لا يخفى.

الكلام فى بيع الرهن

قوله: مسألة: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا

إشارة

فان الظاهر، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون.

أقول: المشهور، بل المجمع عليه على عدم استقلال المالك فى بيع العين المرهونة، و لكن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذى خالفنا المشهور فى عدم انجبار الرواية الضعيفة بالشهرة فإنهم استندوا فى ذلك الى النبوى الضعيف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهرة و نحن لا نعلمه و كيف كان ان التصرفات المتعلقة على العين المرهونة على ثلاثة أقسام، فإن قسم منها ينافى حقيقة الرهن و كونه وثيقة لكونه موجبا لزوال العين و خروجها عن كونها وثيقة أو نقصان قيمتها كما إذا ذبح الغنم المرهونة أو آجر السيارة الجديدة المرهونة أو أخرج الدار و نحوها من التصرفات المنافية لمفهوم الرهن. و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقاءه كالسكنى فى الدار و إصلاح العين بالمقدار الذى ينعلم بدونه، فان مثل ذلك معد لبقاء العين.

و قسم متوسط بين القسمين كالبيع و نحوه لعدم منافاة البيع لحقيقة الرهن و لذا جاز رهن العارية. أما القسم الأول: فلا يجوز بلا شبهة، و لم يستشكل فيه أحد فيما نعلم و أما الثانى: فلا شبهة فى جوازه، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونة عليه.

و أما التصرفات المتوسطة الغير الموجبة لنقص القيمة كالبيع و نحوه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٣٩

فالظاهر جوازه و توضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور: الأول: الإجماع التعبدى على عدم جواز، و فيه انه على تقدير حجية الإجماع المنقول فليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكورة فى المسألة و ألا فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جدا.

الثانى: النبوى المعروف الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف و فيه أنه ليس لنا وثوق، بل ظن بصدوره من المعصوم «ع» فلا يكون حجة و توهم انجبار ضعفه بالشهرة فى غاية الضعف لما حققناه فى محلّه و أشرنا إليه فى كثير من المسائل المتقدمة من أن الشهرة لا توجب انجبار ضعفه الرواية.

و لو سلمنا صحة سند فلا دلالة لها على بطلان بيع الرهن، بل هى ناظرة بمناسبة الحكم و الموضوع الى التصرفات المنافية للرهن كالتقسيم الأول من التصرفات، و بعبارة أخرى أن مناسبة الحكم و الموضوع فى قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف تقتضى عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق و الاجتماع كما هو واضح.

و أما مفهوم الرهن فهو عبارة أخرى عن كون العين وثيقة و من الواضح أن البيع لا يمنع عن ذلك، و لذا جاز رهن العارية غاية الأمر يشترط فى العقد عدم كون المبيع طلقا، بل كونه متعلقا لحق الغير و مع عدم فكّه يكون للمشتري خيار تخلف الشرط، بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غاية الأمر يكون المبيع معينا فيثبت للمشتري خيار العيب.

نعم، لو قلنا بكون الرهن كالوقف و لم يكن للمالك علاقة الملكية كما لا يبقى له العلقه فى الوقف أيضا فلعدم جواز البيع وجه و لكن أنى لهم إثبات ذلك.

و بالجملة لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الإجماع التعبدى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٠

عليه و لا وجود الرواية و عدم صحة النبوى سندا و دلالة و عدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلك.

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازة المرتهن كما اختاره جمع آخر و اختاره المصنف، الظاهر هو الثانى للعمومات الدالة على صحة المعاملة و ضعا و تكليفا و عدم وجود المعارض لها.

و أما توهم الإجماع على البطلان، ففيه أنه على تقدير حجته فالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أو المرتهن لا مطلقا و أما النبوى فمضافا الى ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلالة فيه على بطلان البيع من أصله، بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن و الذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحة بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الإجازة اللاحقة. هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك معصية الله أصالة فى إبقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

[فيما استدل به المصنف على صحة بيع الرهن]

إشارة

ثم ان المصنف استدل على صحة بيع الرهن

[الأول] بنحو أدلة صحة بيع الفضولى،

و عن التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا، و لكن الظاهر أن الأولوية ممنوعة من الطرفين

أما الثانى فلما افاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله (ع): لا بيع إلّا فى ملك لا يلزمه البطلان هنا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤١

و أما الأول: فلا- مكان الالتزام بصحة الفضولى و بطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد الله التستري و ذلك من جهة أن العمومات تشمل للعقد الفضولى بعد الإجازة و انتسابه الى المالك لكون العقد عقد فيكون صحيحا بخلاف المقام، فإنه كالعقد على بنت الأخ و الأخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد و ليس له أفراد عديدة فلا تشمله العمومات بعد الإجازة أيضا، و لكن أجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولى أن العمومات شاملة لها بعد الإجازة للعمومات الزمانى، فإنه ليس منحصرا بصورة تعدد الأفراد الطولية، بل يجرى فى الفرد المستمر فإذا لم تشمل العمومات لعقد مدّة من الزمان لمانع فتشملة بعد ارتفاع المانع. و حاصل الكلام من الأول أنه لا إشكال فى بيع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استيذان من المرتهن، بل باستقلاله غاية الأمر شرط على المشتري كون المبيع ملكا غير طلق، بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

و دعوى الإجماع التعبدى على البطلان دعوى جزافية لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكورة فى المسألة و التمسك فى المنع إلى النبوى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا وجه لضعف سنده أولا، و عدم انجباره بالشهرة، و لذا خالفنا المشهور فى هذه المسألة، و عدم دلالة على المقصود ثانيا، فإن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافية للرهن لا مطلق التصرف و من الواضح أن البيع لا ينافى الرهن، و لذا يجوز رهن العارية و اذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضى له و كونه ملكا للبائع فيجوز التمسك بالعمومات الدالة على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٢

صحة البيع.

و دعوى عدم جواز التمسك بها من جهة أن البيع من الأول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولاً لها، لكونه فرداً واحداً لا أفراد عديدة لتكون مشمولة لها بحسب العموم الزمانى فلا يقاس ذلك بالبيع الفضولى لكونه حين استناده الى المالك مشمولاً للعمومات و كون العقد عقده و ان لم تشمله من الأول من جهة صدوره من الأجنبي و أما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالك لم تشمله العمومات لعدم رضائه المرتهن و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر، فيكون باطلا دعوى جزافية.

□
بيان ذلك أن العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما كما تدل على صحة العقود بحسب الأفراد الطولية المسماة بالعموم الزمانى فكك تدل على صحة العقد الواحد فى طول الزمان و فى كل آن، و هذا أيضا عموم زمانى فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها فى طول الزمان و على هذا فلو خرج فى زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلك خروجه عنه فى جميع الآتات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فبيع الراهن و عقد بنت الأخ و بنت الأخت و ان كان قبل اجازة المرتهن و العمه و الخالة غير داخله تحت العمومات و لكنها بعد الإجازة تكون مشمولاً للعمومات.

لا يقال على هذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات فى جميع العقود التى كانت واجده للشرائط بعد ما كانت فاقده لها كما إذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبى و المجنون ثم بالغ الصبى و أفاق المجنون أو فقدت شرائط العقد كما إذا كانت غرريا ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لا يمكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٣

الالتزام بذلك.

فإنه يقال فرق واضح بين ما نحن فيه و بين الأمور المذكور فان الظاهر من الأدلة أن من شرائط العقد حين تحققه أن لا يكون غرريا و ان لا يكون صادرا من المجنون و الصبى و الّا بطل العقد، فإذا كان حين تحققه غرريا أو صادرا من الصبى و المجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبى أو برح المجنون فلا يمكن الحكم بصحة هذا العقد، فان ما تحقق غرريا أو صدر من الصبى و المجنون لم يكن صحيحا عند التحقق و ما يكون فعلا واجدا للشرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذى كان مشروطا من الأول بهذه الشروط، فيكون باطلا.

و هذا بخلاف العقد الفضولى و بيع الراهن فإن صحة العقد فيهما مشروط برضى المالك و المرتهن و لكن لا دليل على كونه كك من حين الحدوث فإذا رضيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك و المرتهن فتشمله العمومات فيحكم بالصحة كعقد المكره بعد الرضاء.

و بالجملة إذا كانت الشرائط من الأمور التعليقية الخارجة عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقدا فلا وجه لكونه صحيحا فى زمان و باطلا فى زمان آخر كبيع الغررى و نحوه و اما إذا كان من الأمور التعليقية كالرضا فلا وجه لفساد العقد بدونه إذا كان واجدا لذلك بعد مدة لعدم القصور من شمول العمومات عليه كما لا يخفى.

و ما عن صاحب المقابس من أن عقد الراهن كعقد النكاح على بنت الأخ و الأخت بدون رضا المرتهن و العمه و الخالة صادر من المالك غير مشمول للعمومات فبعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولاً لها قد ظهر فساد مما ذكرناه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٤

الوجه الثانى: مما يدل على صحة بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل عن جواز بيعه استقالات الروايات الدالة على صحة بيع العبد

□
معللا- بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده حيث أن المستفاد منها أن عصيان المخلوق فى حقهم لا- يوجب بطلان المعاملة و أما الموجب للبطلان انما هو عصيانه تعالى.

ثم نقل المصنف (ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن بدون اذن المرتهن سابقا

إشارة

متمسكا بالإجماعات و الاخبار المحكية على المنع و النهي، قال و هو موجب للبطلان و ان كان لحق الغير إذا العبرة بتعلق النهي بالعقد لا- الأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع التوائهما في كون سبب النهي حق الغير

ثم أورد على نفسه بما حاصله أنه على هذا يلزم بطلان العقد الفضولي و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساوا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو الصحة فالفرق تحكم.

ثم أجاب بأن التصرف المنهي عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبة و ان كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا- على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كك كما سبق في الفضولي و الآ فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي و المرتهن إذا كان على نحو الظلم و الغصب فيكون منهيًا عنه و باطلا.

و أما إذا كان بقصد النيابة عن المالك فلا وجه للبطلان و أما الراهن المالك فحيث أنه حجر عن ماله برهنه فيكون عقده مستندا الى ملكه لعدم المعنى لقصد النيابة فيكون منهيًا عنه و باطلا فيكون ما دل على النهي عن تصرفه الكذائي مخصصا للعمومات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٥

ثم قال و أما التعليل المستفاد من الرواية «١» المروية في النكاح من قوله لم يعص الله و انما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه، و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار في كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع.

و قد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة.

منها: أنه لا فرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة

فإن البيع ان كان تصرفا في مال الغير و كون نفس الإنشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابة و عدمه و الآ فلا وجه للبطلان.

و منها أن مطلق النهي المتعلق بالمعاملة لا يقتضى الفساد

بل انما يقتضى الفساد إذا كان نهيا إرشاديا لا نهيا تكليفيا فإن النهي التكليفى لا يستفاد منه الفساد إذ لا ملازمة بين الحرمة و الفساد، نعم لو كان للإرشاد دل على الفساد فدلالة النهي على حرمة بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمة بينهما.

و منها: أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك في بيع الراهن أيضا

فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة في شيء من ذلك.

و منها: أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما في التصرف في العين المرهونة

و أما أزيد من ذلك فلا دليل عليه.

(١) وسائل: ج ١٤ ص ٥٢٣

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٦

و منها: أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد،

□

بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير فان منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولي و نكاح العبد و بيع الراهن.

و منها: أن ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد

ففيه أن الحكم فيهما تعبد محض و لذا لا- يؤثر الإذن السابق من الواقف و المولى في صحة البيع، بل لو اجتمعوا أي الواقف و الموقوف عليه أو المولى و الولد و أم الولد و رضوا على البيع فأیضا لا يجوز كما لا يخفى و على هذا فقياس الرهن عليه في غير محلّه. و بالجملة أن المستفاد من طريقة الأصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق و يندرج في ذلك الفضولي و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمة على الحرّة و غير ذلك فإن النهي في جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا.

قوله: و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

أقول: بناء على كون الإجازة هنا كاشفة كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبائع أعنى الراهن و المشتري فيكون البيع و الرهن متنافيين و لا يعقل تحققهما في زمان واحد فيكون نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٧

في الواقع.

و أجاب عنه المصنف بأن القائل بجواز بيع الرهن انما يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن من الأول بناء على الكشف و الالجرى ذلك في العقد الفضولي أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و اما ما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن، نعم يلزم في مسألة انفكاك الرهن، فإنه حينئذ يكون ملكا للبائع و المشتري معا و سيجيء التنبيه على ذلك إنشاء الله تعالى ثم ان هذا الاشكال انما في صورة عدم اجتماع الرهن مع البيع و أما بناء على مسلكتنا فلا موضوع له أصلا، لجواز اجتماعهما على ما عرفت فتحصل أنه لا محذور في بيع الرهن بوجه.

قوله: ثم ان الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة و ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي.

أقول: قد عرفت في بيع الفضولي أن مقتضى القاعدة هو النقل و حصول الملكية للمشتري من حين الإجازة و انما يصار الى الكشف لدليل اقتضى ذلك فان كون الإجازة شرطا في صحة البيع بعنوان التعقب مثنوئة زائدة يحتاج الى الدليل و على هذا فالدليل الدال على الكشف في باب الفضولي انما هو الخبر الوارد في النكاح كما تقدم و انما تعدينا إلى سائر العقود من جهة القطع بعدم الفرق بين أفراد

العقود و أما في المقام فحيث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الأجنبي كما في الفضولي و ما بيده الإجازة انما هو غير المالك اعنى المرتهن الذي ليس العقد له فاسراء الدليل الوارد في النكاح الى هنا يحتاج الى علم الغيب و عليه فمقتضى القاعدة هنا هو النقل -

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٨

و لكن تقدم في الفضولي أن مقتضى القاعدة هو الكشف الحقيقي، لا- بالمعنى الذي سلكه القوم، بل بمعنى آخر و هو أن يكون المبيع ملكا للمشتري من الأول و لكن حين الإجازة لا من زمان العقد كما عرفت بما لا مزيد عليه و عليه فنقول بالكشف هنا أيضا على طبق القاعدة.

و أما ما أفاده المصنف (ره) هنا من أن القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن اجازة المالك أشبه بجزء المقتضى و هي هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جَوِّزَ و أعتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا- تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسأله عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون مناف لتمسكهم في العتق بعمومات العتق.

و فيه انه لا وجه للأولوية فإن عدم جريان الفضولي في الإيقاعات من جهة الإجماع و المتيقن منه ما كان الإيقاع من الأجنبي فلا يعم بما إذا كان من المالك مع توفقه على رضائه الغير الذي ليس بمالك كما في عتق الراهن لكونه مشمولاً للعمومات، بل هو غير مربوط بباب الفضولي أصلاً فضلاً عن اقتضاء الأولوية للكشف.

قوله: ثم انه لا إشكال في أنه لا ينفذ الرد بعد الإجازة و هو واضح.

أقول: أما الإجازة بعد الرد فذكر المصنف فيه وجهان: الأول أن الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولي لأن المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد العاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبي له حق في العين.

الثاني: أن الإيجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٤٩

كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم.

و الظاهر أن الإجازة بعد الرد مؤثرة في صحة العقد و لا يعتنى، لما ذكره المصنف و ذلك من جهة أنه قد تقدم أن الدليل على عدم تأثير الإجازة بعد الرد هو الإجماع، و من الواضح أنه دليل لبي يقتصر منه على المورد المتيقن و هو صورة كون العقد من طرف المرتهن و من لرضايته دخالة في صحة العقد هو المالك لا- الأجنبي كما في المقام فان المرتهن أجنبي عن لهما العقد فرضايته دخيل و لكن رده لا يفيد فيكون مشمولاً للعمومات بل قد ذكرنا في بيع الفضولي دلالة صحيحة محمد بن قيس على تأثير الإجازة بعد الرد مطلقاً حيث يفهم من رد الوليدة آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحة البيع كما تقدم و ان استشكلنا فيها أيضا فراجع.

قوله: ثم ان الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك.

إشارة

أقول: وقع الخلاف في أن فك الرهن هل يكون مثل الإجازة و كذا سقوط الرهن بأي نحو كان من إسقاط الدين أو أدائه أولاً، بل لا يلزم العقد به بوجه و أنه ليس كالإجازة و قد صرح بالأول في التذكرة و كذا عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشي، و الظاهر من

المحقق و الشهيد الثانيين و يحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظر الى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه.

و الفرق بين الإجازة و الفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع فى زمان حقه و ان لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٠

البيع.

و بالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الاشكال فيه عن جماعة.

ثم أيد ذلك، بقوله

و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

و أورد عليه المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ هذا و لكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى، و انما هو من جهة المانع فإذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببته نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا- مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبداً و كونه زوجاً و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف.

أقول: قد تقرر فى الأصول أن جميع الاعتبارات و القيودات راجعة إلى موضوعات الاحكام لا الى نفسها فموضوع صحة بيع الراهن انما هو بيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥١

الراهن مع إجازة المرتهن فإذا ارتفع موضوع إجازة المرتهن لا يبقى موضوع لصحة العقد الذى كان مقيدا بإجازة المرتهن و أما مجرد وجود المقتضى و عدم المانع فلا يفيد فى ثبوت الحكم لعدم ترتب الأثر عليه ما لم يتحقق موضوع الحكم حقيقة و الّا لجرى الكلام فى بيع الغرر و نحوه و يقال أن مقتضى الصحة موجود و المانع أى الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره.

و بالجملة أن باب المقتضى و المانع مما لا يترتب عليه شىء بوجه ما لم يتحقق الموضوع بجميع قيوداته فى الخارج فإذا تحقق فترتب عليه الأثر.

ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً فى نفسه انما هو وجهان:

الوجه الأول: أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو التصرف الاستقلالى

و كون كل منهما مستقلا فى التصرف من غير أن يكون لنظر الأخر دخاله فيه، و أما التصرفات الغير الاستقلالية فلا محذور فيها لكونها خارجة عن إطلاق الحديث فيكون مشمولاً للعمومات و أما إذا باع الراهن الوثيقة ففك الرهن قبل الإجازة أو سقط الدين بإبراء و نحوه فلا- وجه لخروج ذلك عن إطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف، بل هو شامل لما بعد الفك و ما قبله لأن فى زمان العقد لم تكن إجازة المرتهن و لا أن الراهن كان تصرفه نافذاً على الاستقلال و فى زمان كان الراهن نافذ التصرف لم يكن هنا بيع فلا

وجه للتصحيح.

ومن هنا ظهر أنه لا- موضوع لاستصحاب عدم لزوم الحاكم على العموم كما في كلام المستدل على الفرق بين الفكّ والإجازة و للجواب عنه بأن الموارد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الآتات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم و أما في غيره فالعمومات محكمة، و وجه عدم الاحتياج، أنه بعد وجود الرواية لا شرح للأصل و أنه مخصص للعمومات فلا محال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٢

للتمسك بها كما عرفت.

الثاني: أنه مع الغض عن الوجه الأول

□
أن ما دل على جواز نكاح العبد و صحته معللا- بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده دل على جواز بيع مال الرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك كمعصية الله أصله في إيقاع العقد التي لا- يمكن أن يلحقها الرضا الله و أما في غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للتمسك بما ورد في نكاح العبد، بل نتمسك بإطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحة التمسك به كما عليه المشهور و الغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالاً كما عرفت، فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذي يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن و يعامل معه معاملة الملك الطلق لا البيع الذي لا ينافى في الرهنية بوجه.

و الحاصل: أنه ربما يفرق بين فكّ الرهن و بين اجازة المرتهن، و الالتزام بالصحة في الثاني و بالفساد في الأول و قد أجاب عنه المصنف و تبعه الأستاذ بأن مقتضى الصحة في بيع الراهن العين المرهونة موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فإذا ارتفع بالفكّ فيؤثر المقتضى أثره و فيه أن الاحكام الشرعية خارجة عن باب المقتضى و المانع بل القيودات و الشرائط فيها معتبرة في الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، و واجديته تمام الشرائط فإذا لم يتم شيء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحة بيع الرهن انما هي مترتبة على اجتماع كل من الراهن و المرتهن على البيع فان اجتماعهما في ذلك فيصحّ و إذا استقل كل منهما في التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٣

فلو باع الراهن العين المرهونة و قبل اجازة المرتهن فكّ الرهن بإسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فكّ و ما بعده فيكون باطلا.

و بعبارة أخرى صحته كانت متوقفة على اجازة المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صورة اجتماع الراهن و المرتهن على البيع و أما غيرها فكان داخلا تحت الإطلاق فلا يشملها عموم أحل الله البيع و أوفوا بالعقود، و غيرهما من العمومات، فإنها وجد قبل الفكّ لم يكن الشرط فيه موجودا و هو اجازة المرتهن، و أما بعد الفكّ فلم يوجد البيع ليكون مشمولاً لعموم الوفاء بالعقد، فافهم.

و أما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فإنه و ان كان متينا بالنسبة الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه في الأحكام الكلية كما حقق في محله و لكن لا يتم من جهة التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن إطلاق الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن العين المرهونة ثم فكّ الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوز للتصحيح.

ثم بناء على الصحة فهل مقتضى القاعدة هنا أيضا الكشف كالفضولي أو النقل الظاهر هو النقل لما عرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد في باب النكاح من أنه تحلف المرأة أنها كانت راضية بالنكاح لو بقي زوجها و تعدينا من ذلك الى كل عقد من جهة القطع بعدم الفرق بينها، و أما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٤

المقام فلا وجه للتعدى إليه حتى لو جوزنا التعدى إلى صورة اجازة المرتهن إذ ليس هنا اجازة حتى تكشف عن حصول الملكية من الأول و نتعد من خبر النكاح اليه، بل ليس هنا ألا الفكّ فلا موجب للكشف في مقام الإثبات و انما مقتضى القاعدة هو النقل. و اما بناء على ما ذكرنا من كون الكشف على القاعدة فكك أيضا فإننا قلنا به من جهة تعلق الإجازة على العقد من الأول من حين الإجازة و ليس هنا اجازة لتتعلق بالعقد و يكشف عن الملكية من الأول.

ثم لو قلنا بالكشف أيضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبة الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبة الى كل فلكل من البائع و المشتري أمر بالوفاء بالعقد مستقلا و على هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشتري الأصيل فلا يجوز له فسخه و لا إبطاله بالاذن للمرتهن فى البيع.

و فيه أن معنى الوفاء هو الإتمام و الإنهاء و الوفاء بالعقد هو انهاءه و لا يتم ذلك ألا بعد تحقق العقد و الالتزام و هو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم بإتمام العقد و إنهائه إذا كان العقد حادثا و إمضائه حدثا ثم يحكم ببقائه بقاء و ليس ككك إذ الشارع لم يمضى العقد بعد فكيف يحكم بانتهائه فإنه لا- يتم بالتزام البائع فقط و فى المقام لا يتم بالتزام الراهن فقط بدون رضائه المرتهن و هذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض و كك مثل الوقف قبل القبض.

ثم بناء على اللزوم و عدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فكك الرهن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٥

ليبقى البيع و ينهاه الى الآخر أو لا- يجب و قد تردد المصنف فى المسألة و قال يمكن أن يقال بوجوب فكك من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى ألا بذلك فمن باب المقدمة يجب الفكّ ليحصل الوفاء به، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع. و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك.

و الظاهر هو الثانى فإن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى أنه لا ينقضى بالفسخ و لو أراد ان يفسخ فلا يفسخ، و أما أنه من المحرمات بحيث يكون الوجوب تكليفيا فلا- إذ لا يمكن أن يكون أمر واحد إرشاديا و تكليفيا معا بحيث يكون أمر واحد متكفلا لجهتين كما هو واضح. لا يخفى و عليه فلا يجب للراهن فكك الرهن و ان قلنا باللزوم مقدمه الأداء و الوفاء.

ثم انه لو قلنا بكون الأمر بالوفاء تكليفيا أيضا فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكك من مال آخر جمعا بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان، كما فى المتن الظاهر هو تقديم حق المرتهن كما هو واضح. و أما مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن كما هو واضح.

الكلام فى بيع الغررى

قوله: مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم،

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٦

فان الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة.

أقول: و من جملة شروط العوضين القدرة على التسليم تنقيح مورد البحث هو أن المراد من القدرة على التسليم هو القدرة الفعلية بمعنى التمکن على التسليم عند البيع فلو قدر المشتري على التسلم و لم يقدر البائع على التسليم فيكون البيع صحيحا و لكن كان للمشتري الخيار إذ ليس عليه التسلم، بل يجب للبائع التسليم و كذا يثبت الخيار للمشتري إذا كان البائع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز، بل يجوز للمشتري طلب الأجره على الاستفادة فكل ذلك ليس موردا للكلام، و انما مورد البحث ما كان التعذر من المنتقل عنه و المنتقل اليه معا و مثلوا لذلك ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامة و الخاصة في اعتبار هذا الشرط الا أن العامة خالفوا في بيع الآبق فقالوا بعدم الصحة و لم ينقل الخلاف من الشيعة في اعتبار هذا الشرط، الا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني.

ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه:

الأول: قوله (ع) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر المشهور بين العامة و الخاصة

فيقع الكلام تارة في سند الحديث و أخرى في دلالة، أما الأول فلا شبهة في ضعفه لكونه نبويا الا انه اشتهر الاستدلال به في المسألة و عليه فان كانت الشهرة مستندة الى الحديث و قلنا بكونها جابرة لضعف السند فيها و الا فلا يمكن الاستدلال به و إثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا.

و أما دلالة على المقصود فغز تارة يؤخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعة و الغفلة يقال غزه أى خدعه كما في الصحاح و القاموس و غيرهما و يظهر ذلك من الرواية المروية عن أمير المؤمنين (ع) أنه عمل ما لا يؤمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٧

معه من الضرر كما في لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغز المشتري و باطن مجهول و بالجملة أن الظاهر من جملة من أهل اللغة ان الغرر بمعنى الخديعة.

و تارة أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما في المصباح و الأساس و المغرب و الجمل و في لسان العرب نسبة الى بعض و ان كان بمعنى الخديعة فيكون النهى تكليفيًا محضا و نهيا عن خصوص التغيرير فلا يكون ناظرا إلى الجهة الوضعية الا أن المشهور استدلوا به على البطلان و ان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا إلى الجهة الوضعية فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الإجمالي بأحدهما لا- يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهة البدوية و ليس بينهما جامع كلي يوجب العلم التنجز.

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا- يفرق فيه بين ما كان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل إليه أم بصفاته كميًا أو بصفاته كيفًا كما ذكره المصنف، و اما إذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في بيع الغائب خصوصا إذا كان في بحر و نحوه، بل هو أوضح في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و فيه أولاً: انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضرورة قيام الاطمئنان مقام العلم و كونه علماً، و ان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلا يكون فيه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٨ امتياز بوجه.

و ثانياً: ما ذكره المصنف أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتغال التمثيل بها في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات، هذا مضافاً الى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار القدرة على التسليم.

و بالجملة لا وجه لهذه الدعوى من العرف و اللغة و الشرع و في مقابل هذا القول ما عن الشهيد في القواعد حيث قال الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه و شرعاً هو جهل الحصول و مجهول الصفة فليس غرراً و بينهما عموم و خصوص من وجه فإنه مضافاً الى إطلاق الرواية أنه ليس للغرر حقيقة شرعية حتى يتعد بها كما لا يخفى و لكن الذي يسهل الخطب أن كون الرواية ناظراً الى الحكم الوضعي محل تأمل، بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطر كالجهد بالمبيع أم لا، الظاهر هو الأول لا من جهة الفحوى بل من جهة خطرية المعاملة كما لا يخفى.

الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و التسلم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و لا يترتبون عليه أثراً

و لذا مثل الأساطين لفقدها هذا الشرط ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم رجوعهما إلى الحالة التي يمكن إقباضهما و قبضهما.

و فيه أنه على فرض اعتبار المالية في صحة البيع فهذا الوجه انما يتم في الجملة أي فيما لا يكون المبيع في نظر العرف مالا كبيع الطير في الهواء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٥٩

و السمكة في الماء فان العرف لا يراها مالا، بل ربما يعدونها من التلف العرفي و أما فيما لم يكن المبيع الذي لا يقدر على تسليمه من التالف كما إذا غصب الغاصب المبيع و لم يكن البائع قادراً على الإنقاذ فإنه لا يعد ذلك في العرف تالفاً و غير مال، بل يعد مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار المالية في المبيع كما تقدم في أول البيع.

و الكلام في القدرة على التسليم و تحقيق المقام أن المراد من القدرة على التسليم هي القدرة الفعلية سواء كان القادر على ذلك هو البائع أو المشتري غاية الأمر إذا لم يكن القدرة إلا من المشتري فيكون له الخيار بل جازت له مطالبة الأجره و مع عدم القدرة الفعلية كان داخلها في محل البحث انه صحيح أو فاسد، نعم لو كان البائع أو المشتري قادراً على التسليم أو التسلم ثم صار عاجزاً فهو خارج عن محل الكلام، بل يثبت للمشتري خيار تعدد تسليم المبيع.

ثم انه استدلال على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه: -

الأول: قوله (ع) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر

فتارة يراد منه معنى الخديعة فيكون النهي متمحّضاً للنهي التكليفي فلا يكون موجبا للفساد و قد ذكر ذلك جملة من أهل اللغة. و أخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهي ناظراً الى الحكم الوضعي، و قد ذكر ذلك أيضاً جملة من أهل اللغة فحيث لا قرينة

على أراد المعنى الثاني فلا- يمكن الاستدلال بالنبوي على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدرة على التسليم فى المعاملة و ان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال إرادة الخديعة يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدلال المشهور من الخاصة و العامة به على الفساد و دعوى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٠

العلم الإجمالى بكون أحد المعنيين مرادا من النبوى لا يوجب الفساد من جهة تنجيز العلم إذ لا وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخديعة محرمة جزما من الخارج مع قطع النظر عن إرادة الخديعة من النبوى نظير الغش و التدليس كما تقدم فى المكاسب المحرمة.

ثم انه بناء على ارادة الخطر من الغرر كما استدلال المشهور من الفريقين فلا يفرق فيه بينما كان الجهل متعلقا بالحصول أم بالصفات من حيث الكيفية أم من حيث الكمية فإن الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا.

و أما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام و انما هو من صغريات بيع ما لا- يملك و دعوى اختصاص الغرر بصورة الجهل بالصفات لا وجه لها فان الجهل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصفات، بل من هذا ما ذكره المشهور من الأمثلة من بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء فكأن صورة الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيا للغرر و ذلك لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية فى ذلك.

ثم ذكر المصنف و كيف كان فلا إشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لانه ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس فى بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه فى مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى من الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل.

و فيه أنه تقدم مرّة أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و انما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦١

الدليل على بطلان بيع السفهى و أنه تقدم مرارا أيضا أن آية حرمة أكل المال بالباطل ناظرة إلى الأسباب و أجنبيّة عن شرائط العوضين. و أما أصل المطلب أن النبوى و ان لم يكن شاملا- للمقام إلا أن الخطر بمعنى الهلاكة فإذا كان احتمال الهلاكة موجبة للفساد و فى صورة العلم بالهلاكة أولى بالفساد.

و من جملة ما يستدل به على اعتبار هذا الشرط النبوى المستفيض لا تبع ما ليس عندك و ذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهى كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ لفظة اللام و لا عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالها خصوصا إذا كان و كيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائبا و بالجملة فمراده أنه لا بد من ارادة المعنى الجامع الأعم من الملك و الحضور.

أقول: أما

قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف

فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فإنه بأى معنى يفسر النبوى فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا و كونه غائبا أيضا.

و أما ارادة الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحة بيع الغائب و أما ارادة الجامع الشامل لعدم الملك و عدم القدرة على التسليم فأیضا فاسد لعدم القرينة عليه بل الظاهر من النبوى إرادة الملك و دعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم ارادة الملك، فان من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٢

المتعارف حتى الآن بل في سائر الأسنة استعمال كلمة عند في الملكية و يقال أنه ليس عندى أى لا أملكه فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على اعتبار هذا الشرط.

و أما ما ذكره من قوله مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء بل هو مورد الرواية فإنه (ره) ذكر في البيع الفضولى أن العلامة (ره) روى أن الحكيم ابن حزام الدلال سأل عن بيع العين الشخصية مع عدم كونها عنده فقال (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك.

و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من قوله، و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه الى المشتري فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس في الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

و وجه البطلان ما عرفت من رواية العلامة فإن السائل عنها إنما سئل عن خصوص البيع الشخصى الذى ليس عنده ثم يشتريه من الغير فيعطيه إياه.

و بالجملة أن الظاهر من قولهم (ع) لا تبع ما ليس عندك هو نفى الملكية لا نفى الحضور و لا نفى القدرة على التسليم و الاستدلال عليه و لا الجامع بين المجموع ثم ذكر المصنف نعم يمكن ان يقال أن غاية ما يدل عليه هذا النبوى، بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده، و لو أبيت إلا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا، المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٣

بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإنّ البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحيث لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و بالجملة فمراده أنه لو التزمنا بدلالة النبويين على فساد البيع من الأول لزم من ذلك التخصيص الأكثر لخروج جملة من الموارد عن تحتها و كونها صحيحة بالإجازة فهما يدلان على الفساد إذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا إلى الأبد لا مطلقا. و فيه أولا أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الأول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر و يكون صحيحا بعده و لا يقاس ذلك ببيع الفضولى و بيع الراهن كما تقدم.

و ثانيا أنه لا يلزم التخصيص الأكثر بخروج ثلاثة موارد من تحت الرواية و انما يلزم ذلك إذا كان الخارج بالنسبة إلى الباقي كثيرا، مثلا- لو قال المولى أكرم العلماء، ثم قال لا تكرم زيدا، و لا تكرم عمروا، و لا تكرم بكرا، فلا يلزم من ذلك تخصيص الأكثر، و انما يلزم ذلك إذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين.

و ثالثا: أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيها لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها أجنبى عن النبوى و ذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر و المهلكة و من الواضح أنه لا خطر فى شيء من المذكورات فإن المشتري اما يرضى بذلك أو لا يرضى لعلمه بالحال و مع ذلك أى خطر فى ذلك و مع عدم العلم بالحال يثبت له الخيار كما لا يخفى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٤

و أما ما ذكره من لزوم خروج بيع ما يملكه بعد البيع فهو خارج عما نحن فيه بالكليّة و انما هو بيع باطل لكونه بيعا لما لا يملك فيشملة قوله (ع) لا تبع ما ليس عندك على أن بيع الرهن ليس إلّا كسائر البيوع الفضولية غاية الأمر هذا فضولى من المالك الراهن فلا وجه لإخراج خصوص بيع الراهن فقط دون بقية البيوع الفضولية.

و أما النبوى الثانى فيه أولا أن ظهوره هو أن كون المبيع عند البائع من الأول و أنه شرط لصحة البيع من الأول فلا يرتفع الفساد بطرو

العندية، بل هو باق على فساد إلى الأبد.

و ثانيا: أنه لا يلزم من خروج ثلاثة موارد منه تخصيص لأكثر أصلا.

و ثالثا: ليس أكثرها تخصيصا للنبوى فضلا عن أن يكون أكثر و ذلك أما بيع العبد الجاني عمدا فلأن ما يتوهم من المانع عن صحة البيع هو تعلق حق الغير به بأن يسترقه أو يقتله و لكنه ليس بمانع و ذلك لما تقدم في المسألة السابقة من أنه لا يشترط في استيفاء حق الجناية بقاء الجاني في ملك من كان مالكا له حين الجناية فلا مانع من بيعه و مجرد تعلق حق المجنى عليه أو ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا عن من استيفاء الحق غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال، فان كونه جانيا عيب في العبد و بالجملة بعد ما اعترف المصنف (ره) في المسألة السابقة بصحة بيع العبد الجاني غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال و ألا فلا يشمل قوله (ص) نهى النبي (ص) عن بيع الغررى حتى يكون خروجه تخصيصا.

و أما بيع المحجور لسفه أو رق أو فلس فإن رضى من له البيع على ذلك كالولى و الغرماء صح البيع فليس فيه غرر و ان لم يرض به فيكون باطلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٥

من الأول لا من جهة الغرر بل من جهة عدم نفوذ بيعهم بدون اجازة الولي و الغرماء.

و أما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدرة على التسليم لا يشمل التعذر الشرعى و انما يختص بالتعذر الخارجى فلا إشكال في صحة بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا و هذا هو الظاهر فان العجز الشرعى و ان كان العجز الخارجى ألا أن محط نظر الأساطين في هذا الشرط هو عدم القدرة خارجا و لذا يمثلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء، و ان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحة فيه كما هو المشهور تخصيصا و على هذا فيكون الخارج عنه مصداق واحد على فرض واحد.

و بالجملة فظهور النبوى في فساد البيع من الأول و مع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للأكثر على أنه لا تخصيص إلا في فرد واحد و مما استدل به على اعتبار هذا الشرط في البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المبتاعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذر التسليم و أجاب عنه المصنف بأنه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا معنا الملازمة و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد.

و في كلام المصنف مسامحة واضحة فإن قوله

وجوبا مطلقا

لا يستقيم إذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكليف كلها مشروطة بالقدرة و التمكّن و الاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٦

وجوبا فعليًا معنا الملازمة و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا.

ثم قال المصنف و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط و فى الاعتراض و المعارضة نظر واضح.

أقول: لا ربط لهذا الكلام أصلا إذ عرفت أنه لا معنى لأصالة عدم تقييد الوجوب بعد ما استحال إطلاقه ضرورة تقييد كل وجوب بحال التمكّن و مع قبول إطلاقه فالأصل يقتضى هنا التقييد فإنه مع الشك في الوجوب بدون حصول القيد يتمسك بالبراءة و أيضا مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضته ذلك بأصالة عدم تقييد البيع لما عرفت فى محله أن مقتضى الأصل فى العقود هو الفساد و كلما

يشك في اعتبار قيد فلا بد من اعتباره فتكون النتيجة هو التقيد.

و من الوجوه التي استدلت بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من

منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز الانتفاع في العبد مثلا بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعد التسليم و في وقت حصوله.

و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله أكلا للمال بالباطل

و أجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفها.

على أنا ذكرنا كرارا أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و إنما الدليل على بطلان بيع السفهى ففى البيع السفهى نتمسك بالعمومات و نحكم بصحته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٧

و تحصل أن ما ذكره المصنف من الوجوه على اعتبار القدرة على التسليم لم يتم شيء منها فلا وجه للحكم بالفساد بل نحكم بالصحة غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن الوجه في اعتبار القدرة على التسليم أن ما تعذر تسليمه ليس بمال

إشارة

فيكون البيع باطلا لذلك لان العقلاء لا يرتبون عليه أثرا و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط يبيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما إلى الحالة التي يمكن إقباضهما ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال لو كان في هذا النحو من المال قصور في جهة المالية لزم جريان قاعدة التلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الأموال، ثم قبل التسليم صار كذلك ثم أجاب بأنه و ان كان هذا المال في عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الأموال ألا أنه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا و قاعدة كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص بما إذا تلف حقيقة و لا تشمل بما إذا نقصت ماليته و لذا لو باع الجمد في الصيف أو الماء في المفازة و لم يسلمه إلا في مكان نقصت قيمته و ضعفت اعتبارية العقلانية لا يلتزمون بانفساخ المعاملة لقاعدة التلف قبل القبض.

و تحقيق المقام أن يقال أن المال الذي يتعذر تسليمه على أقسام:

الأول: أن يكون مع تعذره مما يمكن للمشتري الانتفاع به،

كالعبد الآبق و الجارية الآبقة فإنه و ان كان تعذر تسليمهما لأجل الإباق و لكن يمكن الانتفاع بهما بالعتق، و على هذا فلا يوجب التعذر تسليم خروج المال المتعذر عن المالية و ان كان تنقص قيمته لأجل التعذر تسليم فما ذكره من كون التعذر موجبا لزوال المالية لا يتم هنا لإمكان انتفاع المشتري بذلك و على هذا فيصح البيع هنا بمقتضى القاعدة حتى بناء على اعتبار المالية في البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٨

الثاني: أن لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المبتاعين و لا غيرهما بحيث يوجب التعذر لحوقه بالتالف و بالمعدوم

فهذا مما لا شبهة في عدم جواز بيعه حتى بناء على عدم اعتبار المايئة في المعاوضة فإنه انما لا يعتبر على هذا المسلك كون المبيع مالا لا غير موجود فإنه لم يختلف أحد في اشتراط الوجود فيه فتكون البيع فاسدا حينئذ و هذا نظير ما إذا صاد طيرا وحشيا أو غزالا وحشيا أو غيرهما من الحيوانات البرية الغير الأهلية ثم أبق فإنه لا يرجع عادة فيكون في حكم التلف عرفا و لذا لا يصح أن يقال أن لفلان حيوانا في هذا المفازة و هكذا المال الذي وقع في البحر كالخاتم و الدرهم و الدينار و نحو ذلك فان العرف يرى ذلك تالفا و لا يرون في تلك الأموال اضافة الى ماله بوجه لا اضافة المايئة و لا اضافة الملكية و لا اضافة الحقيئة و هذا القسم لا شبهة في عدها من التالف و على هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع في البحر قبل القبض أو صاد غزالا أو طيرا ثم أبق قبل القبض لا شبهة في عد ذلك من التالف فتشمل عليه القاعدة المعروفة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه فان ذلك و ان لم يكن معدودا من التلف الحقيقي و لكنه يعد من التلف العرفي.

و بالجملة ما كان يتعدر التسليم و مع ذلك لا يمكن لأحد أن ينتفع به فيكون عرفا من التالف فلا يبقى فيه اضافة الى المالك أى اضافة كانت فلا يصح البيع مع هذا التعدر بل يبطل البيع مع طرؤ مثل ذلك التعدر.

الثالث: أن يكون التعدر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين فقط دون الأشخاص الأخر

كما إذا غضب الغاصب دار زيد فجلس فيها و لكن لا يتمكن زيد عن انقاذها و لا من يريد بيعها منه و لا يمكن لهما أن ينتفعا بها بوجه إلا أن ذلك لا يوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدار و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٦٩

كونها ساقطة عن المايئة بالكلية بحيث لم يرغب إليها أحد و لا ينتفع بها شخص و إلا لما غضبها الغاصب، بل لم تنقص قيمة هذه الدار أيضا فكيف بكونها ساقطة عن المايئة.

و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من كون التعدر موجبا عن الخروج عن المايئة انما يتم في الفرض الثاني فقط لا في غيره من الفروض فلا كليه له و في هذا الفرض الثاني يبطل البيع حتى مع عدم اعتبار المايئة أيضا لعدم وجود المبيع لا من جهة عدم المايئة لما عرفت من كونه لاحقا بالتالف فلا- تصل النوبة بما ذكره الأستاذ و في هذا الفرض الثاني ما ذكره المستشكل من لزوم كونه موجبا لبطلان البيع لو طرئه ذلك العارض قبل القبض و الإقباض هذا ما تقتضيه القاعدة.

و أما بحسب الروايات

فقد ورد صحيحا في المسألة الآتية في العبد الآبق و الجارية الآبقة أنهما يباعان مع الضميمة معللا بأنه لو لم يرجع العبد و الأمة يقع الثمن في مقابل الضميمة فإن المستفاد من عموم التعليل هو جواز البيع مع الضميمة مطلقا سواء كان الآبق هو العبد أو الإبل أو غيرهما و يصح البيع في مطلق الشارد كما لا يخفى و لكن المشهور لم يعملوا بالروايات في غير العبد الآبق و الجارية الآبقة و لم يعلموا بعموم التعليل كما هو واضح فتدل الرواية على عدم جواز بيع غير العبد الآبق من الموارد التي يتعدر فيه التسليم بطريق أولى فإنه إذا لم يصح بيع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعرق و فيما لا ينتفع به لا يصح بالأولوية.

[هل القدرة شرط أو العجز مانع]

قوله: ثم ان معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا.

أقول: قد وقع الخلاف في أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط و قد أكد الشرطية في

عبارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٠

الغنية حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط ومع ذلك كله فقد استظهر صاحب الجواهر من عبارة الغنية أن العجز مانع لا أن القدرة شرط للبيع وتظهر الثمرة في مورد الشك حيث أنه لو اعتبرت القدرة شرطا لا يجرى الأصل ولو اعتبر العجز مانعا فتمسك بالأصل ثم ذكر مسألة اختلاف الأصحاب في الضال والضالة وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز.

وقد أشكل عليه المصنف أولا بأن صريح تسالم الفقهاء ومعاهد إجماعهم خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة فلا وجه لجعل مانعا عن البيع.

وفيه أنه لا حجية في تسالم الأصحاب وإجماعاتهم خصوصا بعد عدم كون هذه التديقات مغروسا في أذهان السابقين من أن العجز مانع أو القدرة شرط وكذلك صاحب الغنية فإن بنائهم التعبير عن اعتبار القدرة على التسليم في البيع بعبارة ومن البعيد التفاتهم على كون القدرة شرطا أو اعتبار العجز مانعا.

وبالجملة بعد ما لم يكن هذا الاختلاف موجودا فيهم فلا وجه لدعوى الإجماع على أحد في الاختلاف على أن الظاهر من قوله (ص) نهى النبي عن بيع الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فإن النهى إرشاد إلى المانعية أي أن البيع الغرري ممنوع وخارج عن تحت العمومات الدالة على الصحة وال لزوم.

خويي، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٥، ص: ٢٧٠

و ذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لأجله ويلزم منه انتفائه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧١

فلا وجه لجعل العجز الذي هو الأمر العدمي من قبيل المانع الذي يلزم من وجوده العدم فإنه لا معنى لجعل عدم القدرة مانعا ألا لجعل عدم القدرة الذي هو وجود القدرة شرطا كما لا يخفى.

وفيه أن الأمر العدمي لا يكون مانعا إذا كان يقابل الوجود تقابل السلب والإيجاب لكونه عدما محضا وغير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا.

و أما العدم الخاص الذي يقابل الوجود تقابل العدم والملكة فله حظ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجز مانعا عن صلاة الجماعة وأن يعتبر عدم الجهل الذي يقابل العلم تقابل العدم والملكة في صحة الجماعة بأن يكون مانعا عن انعقادها وهكذا وهكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمي مانعا فهو خلط بين العدم الخاص والعدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الأول كما صرح به.

على أن المانع هنا غير ما جرى عليه الاصطلاح في علم المعقول من المانع ما كان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجودية مانعا عن الشيء ومؤثرة في عدم تحققه وهذا بخلاف الأحكام الشرعية فإن المانع فيها ما يعتبر الشيء مانعا عن الحكم الشرعي سواء كان أمرا وجوديا أم أمرا عدميا من غير أن يكون مؤثرا في عدم تحقق شيء أصلا.

وبالجملة ليس المانع هنا هو المانع المصطلح عليه في علم المعقول ولا الشرط والمقتضى وسائر ما اصطلاحوا عليه من اجزاء العلة

جاريا على مصطلحهم لأن باب المعقول ليس باب التأثير و التأثير الحقيقى، بل التأثير فى مجرّد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فأطلق عليه ألفاظه فمعنى كون العجز مانعا خروج صورة العجز عن حكم أوفوا كما أن معنى كون القدرة شرطا خروج ما عدا صورة القدرة عن حكمه كما ذكره المحقق الايروانى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٢

ثم ذكر المصنف ثالثا لو سلّم صحة إطلاق المانع على العجز لا ثمره فى أن القدرة شرط لصحة البيع أو أن العجز مانع عنه و ذلك من جهة أنه أن كانت الحالة السابقة هى القدرة و شككنا فى تحقق القدرة أو العجز فعلا فنستصحبها و أن كانت الحالة السابقة هو العجز فأیضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدرة شرطا أو العجز مانعا و إذا شككنا فى أن المراد من العجز ما يعتم التعسر أم خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمر أو العجز فى الجملة فاللازم هو التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا، ثم ذكر ان التردد بين شرطية الشىء و مانعيته انما يصحح و يثمر فى الضدين مثل الفسق و العدالة لا فما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل.

ثم ذكر أن الاختلاف الأصحاب فى مقابل مسألة الضال و الضالة فليس للشك المالك فى القدرة و العجز و مبتيا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة و الفساد، بل بما سيجىء عند التعرض بحكمها و ذكر حكم ذلك فى مسألة الآبق.

و فيه أنه لا- ثمره للنزاع المذكور إذا كان لكل من العجز فقط أو القدرة فقط حالة سابقة و أما إذا كان لكل منهما حالة سابقة معا و كان الشك فى التقدم و التأخر أو لم يكن لهما حالة سابقة أصلا و أن كان هذا فرضا غير معقول أو كان و لكن نسبي فإنه حينئذ ان جعلنا القدرة شرطا فيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصالة عدم تحقق الشرط و محكوما بالصحة لأصالة عدم المانع فلا وجه له لأن لا يفرق بين الصورتين و بالجملة أن شيئا من المذكورات لا يرد على صاحب الجواهر.

نعم يرد على صاحب الجواهر أن أصالة عدم المانع لا دليل عليها و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٣

ليس حجة أصلا إلّا إذا قلنا بقاعدة المقتضى و المانع.

فنقول ان مقتضى الصحة فى العقد موجود من الملكية و العمومات و المانع مفقود فيؤثر المقتضى أثره فلا- يكون النهى عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم إحراز المانع و لكنه ذكرنا فى الأصول أنه لا دليل على حجية قاعدة المقتضى و المانع أصلا.

و بالجملة فكما أن الشرط لا بدّ و ان يحرز فى صحة العقد و كذلك لا بدّ من إحراز عدم المانع لاعتباره فى صحة العقد كالشرط فأصالة عدم المانع ليس من الأصول المسلمة حتى يحرز بها ذلك إلّا إذا كان لكل منهما حالة سابقة فان مقتضى الاستصحاب حينئذ هو الحكم بالقدرة أو العجز أو بعدم القدرة و عدم العجز فعلا- بوجودهما الاحرازى و أن الشارع حكم بمقتضى الاستصحاب على ذلك فان هذا الأصل لا محذور فى جريانه فإنه يكفى فى جريان الأصل كونه ذى أثر شرعى سواء كان نفس المستصحب حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم أم لم يكن كما اختاره شيخنا الأنصارى فى الأصول و قوّاه شيخنا الأستاذ و جعلناه موافقا للتحقيق.

نعم هذا مورده فى الوجه الثانى على النحو الذى ذكرناه بناء على مسلك صاحب الكفاية من اشتراط كون المستصحب فى الاستصحاب أما حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم فلا مطرح للاستصحاب هنا لعدم كونه القدرة أو العجز حكما شرعيا و لا موضوعا للحكم الشرعى، بل اما أن القدرة شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحة العقد.

على أنه لا تصل النوبة الى أن القدرة شرط أو أن العجز مانع كما هو واضح، بل بحكم بطلان العقد للغرر المنهى عنه بيان ذلك أنه بناء على صحة الاستدلال بالنبوى نهى النبى (ص) عن بيع الغرر فإنما هو نهى عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٤

البيع الغررى و البيع الذى فيه خطر و هلاكة و من الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البائع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أى يبيعا فيه احتمال الخطر و الهلاكة فإنك عرفت اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر فبمجرد احتمال ذلك يكون البيع باطلا لشمول النهى له و خروجه عن تحت العمومات إذ ليس شرط البيع هى القدرة الواقعية أو المانع عنه هو العجز الواقعى، بل الشرط أو المانع هو إحراز القدرة أو إحراز العجز كما لا يخفى.

و بالجملة لا بد فى صحة العقد من إحراز أنه ليس فيه خطر و هلاكة و من الواضح أن احتمال أن البائع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهى عن الغرر فيكون فاسدا.

نعم، إذا كانت الحالة السابقة هى القدرة على التسليم و شككنا فى القدرة و العجز فعلا فنستصحب القدرة على التسليم ان كانت القدرة شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف فكأن الشارع يقول الغى احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف فى الأصول و تبعه الأستاذ و اخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذى أثر شرعى فلا يلزم كونه أى المستصحب ذى حكم أو حكما شرعيا كما ذهب اليه صاحب الكفاية فإن القدرة ليست موضوعا للحكم و لا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو إحراز القدرة لا لقدرة الواقعية و لذا يصح البيع مع إحراز القدرة و ان لم يكن فى الواقع قادرا على التسليم.

و بالجملة فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لا طلاق نهى النبي عن بيع الغررى بناء على تماميته و الآ فلا و مع ذلك لا تصل النوبة الى أن مقتضى القاعدة فى صورة الشك فى كون القدرة شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحالة السابقة لكل منهما أى شىء كما هو واضح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٥

ثم انه إذا شككنا فى أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه و شككنا أيضا فى أن قادرين على ذلك أو غير قادرين فتارة بكون الشك فى الشبهة الحكمية و المفهومية و اخرى يكون الشك فى الشبهة المصدقية.

أما الأول: فكما إذا شككنا أن القدرة المعترية فى تسليم العوضين هى القدرة العقلية أو الشرعية أو العرفية أو الأعم و انه لا بد من العلم بالقدرة على التسليم أو يكفى مجرد احتمال القدرة عليه من جميعها، ففى الحقيقة يرجع الشك إلى سعة مفهوم القدرة المعترية هنا و ضيقه فيكون من صغريات الأقل، و الأكثر، فأخذ القدر المتيقن و نجري البراءة من الزائد عنه كما قرّر فى محله.

و أما إذا كانت الشبهة مصدقية بأن كان الشك فى كون كل من المبتاعين قادرا على التسليم أو غير قادر عليه، فح تختلف الحال بالنسبة الى ذلك باختلاف دليل اعتبار القدرة على التسليم بيان ذلك إذا كان دليل الشرط المذكور النبوى المعروف نهى النبي (ص) عن بيع الغرر، فح لا توجه شبهة مصدقية فى المقام أصلا، فإن مبنى الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنى الخطر و من الواضح جدا أن الخطر يتحقق بمجرد الاحتمال و أن البائع أو المشتري لا يقدر على التسليم إذ الخطر هو الهلاك بمعنى خوف عدم وصول كل من العوضين إلى الآخر لا الهلاك بمعنى الانعدام و هذا لا معنى للشبهة المصدقية أصلا، فإن كل من المتعاملين يرى نفسه بأنه بأى كيفية و حالة فإنه ان كان جازما على كونه قادرا على التسليم فالشرط متحقق و ان كان مترددا فى ذلك و محتملا أنه يقدر فلا تحقق للشرط فان الشرط ليس هو التمكن الواقعى، بل إحراز القدرة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٦

و بعبارة أخرى قد عرفت أن ما هو شرط للبيع ليس إلما إحراز القدرة و لو كان العجز مانعا فإنما هو إحراز العجز و احتمال و أن موضوع الحكم إثباتا و نفيها هو الوصف النفساني دون الأمر الواقعى التكويني و عليه فلا- يعقل مورد يشك فيه أن الشرط أو المانع موجود أم لا، بل لا بد و أن لا يلاحظ كل من المتبايعين ما فى صقع نفسيهما من الأوصاف النفسانية فإن كان كل منهما جازما على القدرة على التسليم فالشرط و عدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع و ان كانا مترددين فى ذلك و محتملين عدم

القدرة على التسليم، فالشرط منتف أو المانع مفقود.

و على هذا فلا يفيد جريان الاستصحاب إذا كان الحالة السابقة هي القدرة بحيث يحرز به وجود القدرة و كان يلغى به احتمال عدم القدرة على التسليم كما يلغى به احتمال الخلاف في سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغى احتمال الخلاف و ذلك من جهة أن المستصحب عبارة عن القدرة السابقة و الخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عدم القدرة على التسليم، و خوف عدم وصول العوضين الى المتباينين و من الواضح جدا أن استصحاب القدرة لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين و لا يلغى احتمال عدم القدرة على التسليم الذي موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالأصل المثبت و بالملازمة العقلية فهو كما ترى.

نعم لو قامت البينة على ذلك و أن كل منهما قادرين على التسليم فيرتفع بها احتمال عدم القدرة على التسليم تعبدا لكونها من الامارات فهي كما تتكفل على إثبات المعنى المطابق فكك تتكفل أيضا على إثبات اللوازم كما حقق في محلّه.

و دعوى أن الوصف النفساني أعنى احتمال عدم القدرة على التسليم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٧

الذى به قوام الغرر موجود في المتبايعين تكويننا و الامارة لا يرفعه فلا يفرق فيما ذكر بين الامارة و الاستصحاب فإنها دعوى جزائية فإن الامارة و ان لم ترفعها تكويننا و لكن ترفعها تشريعا و تعيدا فهل يتوهم أحد أنه مع قيام الامارة أن موضوع البراءة هو الشك فتجربى في مقابلها فان ما نحن فيه أيضا نظير ذلك، فان كلها ناظرة إلى الأحكام الظاهرية دون الواقعية.

و بالجملة مع كون دليل الشرط هو النبوى فلا نعقل موردا للشبهة المصدقية بوجه من الوجوه كما لا يخفى.

و أما إذا كان المدرك قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، فان الكلام ح في الشبهات المفهومية هو الكلام الذى تقدم من ان المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فنأخذ المقدار المتيقن فنجربى البراءة فى الزائد و أما الشبهة المصدقية فتحقق على هذا فان معنى كون المال عنده أو ليس عنده و ان كان واضحا على مسلكنا كما تقدم من كون ظهور عبارة عن الملكية دون الأعم منه و من القدرة على التسليم و لكن مع التنزيل عن ذلك و أخذ العند بمعنى السلطنة على التسليم، و عليه فيمكن أن يشك الإنسان فى ملكه أنه عنده أو ليس عنده، كما إذا تولد فرسه أو غنمه أو غيرها من الحيوانات المملوكة له فى غير بلده، و شك فى أنه هل هو قادر على تسليمه أولا، لاحتمال كون طريقة أى طريق ذلك البلد مسدودا و هكذا و هكذا، ففى هذه الموارد أما التمسك بالعمومات الدالة على صحة المعاملة فلا يجوز لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

بل، نقول انه تارة يكون لهذا الفرد المشكوك حالة سابقة معلومة بأن كان قبل زمان قادرا على التسليم أو عاجزا عنه فبناء على كون القدرة شرطا فيستصحب القدرة على التسليم، فبناء على كون العجز مانعا فيستصحب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٨

عدم العجز، و مع كون الحالة السابقة هو العجز فاما يستصحب عدم القدرة ان كانت هى شرطا أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعا فلا يرد على هذا، ما تقدم من الإشكال فى جريان الأصل من كونه مثبتا فان عنوان عدم السلطنة على التسليم و إيصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب، فيمكن إثباته بالاستصحاب كما لا يخفى، فيحرز به أنه قادر على التسليم، و كذا الحال لو قامت البينة على القدرة على التسليم.

و أما إذا لم تقم البينة على ذلك أو كان لكل من القدرة و العجز حالة سابقة و لكن اشتبه كل منهما على الآخر و لم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشيء منهما حالة سابقة فهل يمكن الالتزام بصحة البيع هنا أو لا يمكن.

فنقول اما إذا كان لكل منهما حالة سابقة فاشتبهها فلا شبهة فى تعارض الأصلين و تساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصدقية فلا يجوز التمسك بالعام فى الشبهات المصدقية.

و أما إذا لم تكن لهما حالة سابقة كما إذا تولد للبائع حيوان فلا يدرى أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فانتقل المال

إليه وقد باع متاع من فلان فلا يدر الوارث أنه كان قادرا على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئا ونسى أنه حين البيع كان قادرا عليه أو لم يكن ففي جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدرة على التسليم ومفهومه بحيث لا يشك في المفهوم ولا يرجع الشك إليه بأنه هل تصدق القدرة على احتمال القدرة على التسليم أو لا، وهكذا.

فنقول: انا قد ذكرنا في الأصول الضابطة الكلية في دوران الأمر بين شرطية أحد الضدين ومانعية الآخر كما إذا شككنا أن العدالة شرط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٧٩

للجماعة أو الفسق مانع عنها وهكذا في الموارد الأخرى وكما إذا شككنا أيضا أن العدالة شرط لوجوب إكرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحالة السابقة فهما فهل الضابطة هنا هو إجراء أصالة عدم العدالة ومنع تحقق الشرط أو إجراء أصالة عدم الضد الأخر وتفرع عدم المانع عليه، فثمره نزاع كون أحد الضدين شرطا أو كون الآخر مانعا هو ذلك فبناء على كون أحدهما شرطا ففي المثال بأن تكون العدالة شرطا للكلام والجماعة بأصالة تحقق الشرط أو بأصالة البراءة عن الواجب مع الشك في الشرط فنحكم بعدم الوجوب وبفساد المشروط.

وأما لو كان الضد الآخر مانعا وان لم يكن لأصالة عدم المانع أساس صحيح إلا ما ذكرناه من قاعدة المقتضى والمانع ولكن ذكرنا في محله أنه يمكن نفي الضد الآخر بالعدم الأزلي بناء على جريانه كما هو الحق، ففي المثال المتقدم أن كونه عالما محرز بالوجدان فعدم كونه فاسقا زمان نحرزه بالأصل فليتم الموضوع المركب من الوجدان والأصل فيترتب عليه الحكم ولكن الأصل النافي للضد الآخر هو العدم المحمولي لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلي نعم في مثل القرشية ونحوها تجرى أصالة عدم الأزلي.

وبالجملة قد حققنا في محله أن الضابطة في ذلك هو نفي الضد الآخر أما بأصالة العدم المحمولي أو بأصالة العدم الأزلي فيحكم بصحة العمل الذي قد اعتبر ذلك الضد فيه من حيث العدم.

ولكن لا- يجرى ذلك في المقام وذلك لأننا إذا شككنا في أن البائع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا- وأما العدم المحمولي الذي يشك في استمراره في أول وجود المعروض كالقرشية ومخالفة الشرط للكتاب ونحو ذلك فالاستصحاب غير جار إلا بمفاد ليس التامة ولا أثر له لكونه مثبتا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٠

لإحراز النعته.

وبالجملة ففي تقابل العدم والملكة الذي من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدرة والعجز هو تقابل العدم والملكة غاية الأمر ان العدم هو الذي من شأنه الوجود وليس له رائحة الوجودية أزيد من ذلك لا يجرى هذا الضابطة والنزاع المذكور، بل لا بد من الالتزام بشرطية القدرة فيكون البيع ح فاسدا وذلك لان العجز أمر عدمي غير قابل لأن يكون مانعا إذا المانع هو الأمر الوجودي الذي يمنع عن تأثير المقتضى والعدم ليس له ذلك فلا يمكن إجراء أصالة عدم العجز ورفع المانع بذلك الأصل، بل العجز ليس إلا عدما الذي هو مفاد الأصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك.

نعم لو ترتب على هذا الأمر العدمي عنوان بسيط وكان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمي موضوعا للحكم لجرى هذا الأصل أيضا كالعدمي إذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفي ذلك العنوان الذي هو نحو من الوجود بأصالة العدم الأزلي.

ولكن هذا أيضا لا يجرى في المقام إذ لا دليل على كون العجز مانعا عن البيع إلا قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك كما هو المفروض ومن الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس إلا أمرا عدميا غاية الأمر عدما من شأنه الوجود أي عدم ملكة فهو بنفسه مانع عن البيع لكونه مأخوذا في لسان الدليل لا عنوان آخر بسيط منتزع عنه فإذا ليس مفاد الأصل إلا نفي عنوان ما ليس عندك الذي هو عدم فلا

يوجب ذلك رفع عنوان بسيط حتى يقال أن الأصل أوجب رفع الضد الآخر الذي كان مانعا كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨١

و بالجملة فلا دليل يدل على كون العنوان البسيط المنتزع من العجز و من عنوان ما ليس عندك موضوعا للحكم حتى باعتباره تجرى الضابطة المذكورة في المقام فافهم.

قوله: ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم

إشارة

أقول: قد عرفت أن المدرك لاعتبار القدرة على التسليم قوله (ص) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بناء على كونه بمعنى الخطر و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، بناء على تفسيره بمعنى عدم السلطة على التصرف و التسليم

و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث:

المقدمة الأولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن

و غير المالك ليس مخاطبا بهذا الخطاب كالفضولي و نحوه فلا يشملان غيره بل لخصوص المالك.

المقدمة الثانية: أن يكون الغرر فعليا

فان ففعلية الحكم بفعلية الموضوع فالغرر الشأني لا يكون مؤثرا في بطلان العقد.

المقدمة الثالثة: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به

و فيما ليس أمر بالتسليم فلا مورد للنبيين.

و يتفرع على ذلك فروع مهمة:—

الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع على أخذه منه و لا على التصرف منه

و لكن يقبل الغاصب بيعه منه فيجوز أن يبيعه فلا يعتبر التسليم هنا فان اعتبار القدرة هنا ليس من باب الموضوعية بل من جهة الطريقية و وصول العوضين الى المتعاملين و من المعلوم أن المثلث هنا تحت سلطة المشتري فاعتبار التسليم تحصيل للحاصل لكونه موجودا عنده فلا يشمل النويان على ذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٢

أما دليل نفى الغرر فمن جهة أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يد المشتري فأى خطر هنا فإنه لو كان انما هو من جهة الجهل بوصوله إلى المشتري فالمفروض أنه حاصل عنده و اعتباره ثانيا تحصيل للحاصل.

و أما النهي عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت أن كونه دليلا لهذا الشرط من جهة كون العند بمعنى السلطنة على التصرف و التسليم و من الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلم إلى المشتري.

و أما فيما لا يلزم التسليم فيه فلا- مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتري من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبة الحكم و الموضوع

تقتضى أن ما يلزم حمله الى البيت منهى عنه شرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبد اشتراء العقار و مال التجارة و غيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرد النهى المذكور، بل لو كان هنا عموم نتمسك به كما إذا أمره بالمعاملة و البيع و الشراء قبل النهى المذكور.

ففى المقام أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن النهى عن بيع ما ليس عنده من جهة عدم القدرة على التسليم و فيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا النهى أيضا فلا يشمل ذلك، بل يتمسك بعمومات صحة البيع.

الفرع الثانى: ان بيع العبد الآبق ممن ينعق الآبق ممن ينعق عليه خارج عما نحن فيه فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم

فإنه ينعق بمجرد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغررى ليطل و لا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلك ما يكون التسليم معتبرا فيه و لا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوى عن مثل ذلك، فإنه سواء كان هنا ما يدل على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٣ اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا.

و ربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البائع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده أيضا، فإن اعتبار الشارع حرية المبيع و كونه منعتا بمجرد البيع خارج عن ما نحن فيه، بل لا بد أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع و من الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعاقه بيع خطرى غررى و من بيع ما ليس عنده فلا يصح ذلك أيضا.

و فيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا- فان هذه القضية أى قضية نهى النبى (ص) عن بيع الغرر قضية حقيقة منحلّة إلى قضايا متعدّدة أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لو لا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، فقد عرفت أنه لا- يحتاج ذلك الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح.

و بالجملة أن كلا- النبويين لا- يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعله الموضوع بحسب القضية الحقيقية فلا غرر فعلى فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع و لكنه ليس موضوعا.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فإن القدر على التسليم ليست لها موضوعية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٤

فى الحكم و انما هى معتبرة من باب الطريقية إلى التسليم و وصول المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع و من الواضح أن هذا فيما كان للتسليم فائدة فليس له فائدة هنا بوجه حتى يجبر عليه.

و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد العقد لاشتراط تأخيره مدّة

فإنه أى البائع و كذا المشتري فيما إذا اشترط تأخير الثمن ليس مخاطبا بالتسليم قبل حلول الوقت و ليس فيه غرر بوجه و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده و ألّا للزم بطلان البيع الغائب لوجود الجهل فيه أو بيع من كان جاهلا بأحكام البيع لان مجرد وجود الجهل من دون كونه منجرا الى الغرر لا يوجب البطلان فإن الأكثر و الغالب فيه تأخير التسليم و مع ذلك لم يستشكل أحد فى ذلك.

ثم ان المصنّف قد رتب على ذلك صحّة بيع الفضولي بدعوى عدم استحقاق التسليم فيه الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها ثم استشكل في ذلك على الكشف من حيث انه لانزم من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله.

ثم قال: نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

أقول: لا وجه لما ذكره من أصل ترتب الفضولي على ما نحن فيه و لا للإشكال فيه فيما إذا قلنا بالكشف محل.

أما أصل الترتب فلخروج الفضولي عن محل الكلام بالمرّة لأنه فضولي محض فأجنى عن طرف العقد، بل ليس له إلا إيجاد المعاملة، و بعده جميع الخصوصيات راجعة إلى المالكين أو الوكيلين أو الوثيين من حيث التسليم و التسلم و الإجازة و الرد فلا مجال لإبطال البيع هنا من جهة النهي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٥

عن الغرر و لا من جهة بيع ما ليس عنده و إلا كان من الأول أن يحكم بطلان الفضولي من جهة كونه من قبيل بيع ما ليس عنده، و السر في ذلك هو أنه ليس بائعا حقيقيا و لا مشتريا حقيقيا حتى يخاطب بخطاب النهي عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جملة شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولي ليس بمالك للعوضين فلا يكون داخلا لما نحن فيه بوجه.

و أما الإشكال فقد عرفت خروج الفضولي عن محل الكلام و أما بالنسبة إلى الاصيل فان اجازة الآخر الذي كان البيع فضوليا من قبله فلا شبهة في صحّة البيع و عدم كونه غرريا و من قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محل أيضا للتمسك بالنبويين فان بطلانه مستند الى عدم الإجازة لا إلى غررية البيع و كونه من بيع ما ليس عنده.

و أما ما ذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عمّمنا العجز الى العجز الشرعي فيكون ذلك خارجا عن بيع الغرري عن تحت النبويين بالتخصيص بأنه أي الراهن مالك للعين و مخاطب بالتسليم و الغرر فعليّ و مع ذلك عاجز عن التسليم فمقتضى القاعدة هو بطلان البيع و لكن خرجنا عنها بدليل الخاص و هو و ان لم يكن موجودا بعنوان خاص و لكن استفدنا بطلانه من الأخبار الواردة في نكاح العبد معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده بدعوى عدم الخصوصية لبيع العبد، بل الغرض أن عصيان الغير في حقه إذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان.

و أما إذا لم نعمّم العجز الى العجز الشرعي فلا شبهة في صحّة بيع الراهن لعدم كونه خطريا ليشمله قوله (ص) نهى النبي عن بيع الغرر غاية الأمر يكون للمشتري خيار الفسخ و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٦

النبوي الآخر نهى النبي (ص) عن بيع ما ليس عنده لكونه في الخارج قادرا على التسليم.

و بالجملة فعليّ كل تقدير سواء كان بيع الراهن مشمولا للنبويين أو غير مشمول فلا مجال للإشكال به على ما نحن فيه و إخراجه عن المقام كالفضولي، ثم انه ظهر مما ذكرناه حكم عقد الرهن.

فإنه بعد حصول التسليم لا موضوع لوجوبه و قبله لا عقد فإن الإقباض و التسلم في هذا العقد من الشرائط فتحققها لا غرر و لا بيع ما ليس عنده و بعدم تحققها تفسد المعاملة فلا موضوع للغرر.

انتهى كلامنا الى كون التسليم شرطا و مقوما للبيع فنقول ذكر المصنّف أن القبض و التسليم في بيع الصرف و السلم من شروط تأثير العقد لا من أحكامه فلا يلزم الغرر و لو تعذر الشرط بعد العقد رجع ذلك الى تعذر الشرط فلا يلزم منه البطلان حتى مع العلم بالتعذر إذ لا يلزم إحراز الشروط المتأخرة و العلم بتحققها.

و الوجه في ذلك ما أفاده من أن القبض هنا مثل الإجازة في العقد الفضولي على النقل من حيث عدم تمام النقل إلا بالإجازة فكك لا

يتم العقد هنا ألبا بالقبض أو من النقل بناء على الكشف فإن الإجازة إذا كانت جزء الناقل فى العقد الفضولى مع حصول النقل من حين العقد فالقبض أولى بأن يكون جزء للناقل إذ لم يقل أحد بكون القبض كاشفا فى بيع الصرف و السلم.

و بالجمله فالاعتبار على القدرة على التسليم بعد تمامية العقد لا فيما لم يتم، و لهذا لم يعتبرها أحد فى الموجب قبل لحوق القبول به و لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و فى المقام أيضا إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٧

حصل المبيع فى يد المشتري صح البيع بلا شبهة ثم قال و كك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد أثره.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف و السلم و الرهن و سائر العقود لأن القبض و ان كان شرطا فى هذه العقود الثلاثة دون غيرها ألما أنه ليس جزء للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف و انما هو شرط للملكية فى باب الصرف و السلم و أما الإلزام و الالتزام العقدى فقد تحقق بنفس العقد و لذا اختار المشهور وجوب التقابض كما سيأتى فى خيار المجلس.

ثم ذكر فى صدر كلامه بما حاصله من أنه لا وجه لقياس الصرف و السلم و عقد الرهن و غيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولى فإن اشتراط تأخير الثمن مدة معينة بحيث لا يجب التسليم مدة مع تمامية أركان العقد من جهة الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية و هذا بخلاف العقد الفضولى فإن التسليم لا يجب لا للفضولى و لا لغيره، أما للفضولى لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط وجوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولى غير مخاطب بالتسليم و أما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الإجازة فلا وجه لقياس الإجازة بالقبض و نحوه و محصل كلامه يرجع الى المطلبين.

أحدهما: إنكار قياس الإجازة فى الفضولى بمسألة القبض إذ القبض فى العقود الثلاثة من الشرائط و الإجازة من الأسباب المقومة قبل تمامية أركان العقد، و الثانى وجوب التقابض، ثم ذكر نعم لو كان القبض جزء للعقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٨

كما هو المحتمل فى عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له، لانه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لا عقد.

أقول: أما ما افاده من عدم صحة قياس الإجازة بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدرة على التسليم ليست معتبرة فى العقد الفضولى أما بالنسبة إلى الفضولى فلكونه أجنبيا عن العقد و أما بالنسبة إلى الأصيل فلعدم تحقق العقد و تماميته ألبا بعد الإجازة لكونها جزء مقوما للعقد و الفرض ان الإجازة لم تتحقق بعد العقد و هذا بخلاف ما يعتبر فيه القبض فان العقد أى الإلزام و الالتزام قد تم من المتعاقدين، و انما القبض من شرائط الملكية فى الصرف و السلم فهذا كله لا شبهة فيه.

و أما ما افاده من كون القبض واجبا فى بيع الصرف و السلم فلا يمكن المساعدة عليه فما افاده المصنف بحسب المدعى صحيح و لكن ما افاده من دليله من قياس القبض بالإجازة ليس بصحيح، كما عرفت، بل الوجه فى عدم وجوب التسليم و القبض فى الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكية الحاصلة بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد.

أما الأول فهى مشروطة بالقبض و الإقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكية فضلا عن أن يجب الإقباض لكونه ملكا للغير فلا يكون محكوما بوجوب الدفع ما لم يتم شرط الملكية كما لا يخفى.

و أما وجوب الوفاء بالعقد ففيه أولا: أنه يجب الوفاء بالعقد فى غير العقود الفاسدة، أى العقود التى حصلت شرائط الصحة و أمضاه الشارع و أما فيما كانت فاسدة فلا وجه للتمسك به فبيع الصرف و السلم مع قطع النظر عن القبض ليس بصحيح فكيف يجوز التمسك بأوفوا بالعقود.

و أما ثانيا: ان دليل الوفاء انما بوجود لزوم العقد لكونه إرشادا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٨٩

إلى أنه لا ينحل و أما وجوب التسليم فهو من الأحكام المترتبة عليه، بعد تحقق العقد فلا يمكن إثباته بأوفوا بالعقود كما لا يخفى، و هذا واضح جدا و العجب من شيخنا الأستاذ حيث استدل على وجوب القبض بقوله (عليه السلام) إذا نرى الحائض فانتزعه و ذلك فإنه ناظر الى أن بقاء البيع مشروط بعدم التفرق و بتحقيق القبض و الإقباض فلا- دلالة فيها على الوجوب و إيجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد و إيجاد موضوع الملكية كما لا يخفى، بحيث أنه إذا أراد البائع ان يمشى يجب للمشتري أيضا ذلك مثلا إذا كان احد الطرف في معاملة الصرف و السلم المجتهد فتزى البائع الحائض فلا بد أن ينز آية الله على الحائض.

و بالجملة أن العقود الثلاثة الصرف و السلم و الرهن، فالقبض فيها من الشرائط فإن تحقق تم العقد فلا غرر بوجه لعدم كون المعاملة بعد القبض و الإقباض خطيرة و لا- من بيع ما ليس عنده، و ان لم يحصل القبض و الإقباض أيضا ليس هنا غرر و بيع ما ليس عنده لفساد المعاملة بعدم تحقق القبض.

قوله: ثم ان الخلاف في أصل المسألة لم يظهر لنا من الفاضل القطيفي.

أقول: هو المعاصر للمحقق الثاني، و قد حكي عنه أنه قال في إيضاح النافع أن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنها شرط في أصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صحّ البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه، بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل اليه و لا- يرجع على البائع لعدم القدرة، نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه في معنى أكل المال بالباطل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٠

أقول: هذا الفاضل و ان أجاد في أصل المسألة لما ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار القدرة على التسليم في البيع، و لكن لا يمكن المساعدة عليه في الكبرى الكلية التي أفادها من أنّ المشتري لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز ذلك، لأن هذه الكبرى منقوضة ببيع العبد الآبق مع الضميمة حيث ورد النص بعدم صحة بيعه بدون الضميمة حتى مع رضائه المشتري، بل يحكم ببطلانه كما لا يخفى.

قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط لنا بالبيع.

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن القدرة بما هي لست لها موضوعية، بل الغرض من اشتراطها في البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين و على هذا فلو قدر المشتري على التسليم دون البائع كفى في الصحة كما هو المشهور مثلا لو وقع عباء أحد في الكوفة على الشط فهو لا يقدر على السباحة و باعه من شخص يقدر عليها بأنه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضّر عدم قدرة البائع على السباحة و كك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلم و لكن يوثق بحصوله في يد المشتري للاطمئنان عليه، كالطيور التي تذهب صباحا و ترجع مساء فإن العادة قاضية برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

و عن نهاية الاحكام احتمال عدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له لبيعه على الرجوع.

و فيه أولا: أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس أصلا فعدم العقل باعته الى الرجوع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩١

و ثانيا: أنه لا- وجه لبطلان يبيعه حتى مع اعتبار القدرة على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبي عن بيع الغرر و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك فكلا- الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام، فإنه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا و ليس كك هنا فإنه يطمئن بالرجوع فان رجع فإخذ الثمن و ان لم يرجع فإخذ الثمن و فسد البيع فأى خطر يتوجه على المعاملة.

و أما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، أى لا تقدر على التسلط منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكية فلعدم صدقة هنا أيضا فإنه مع الاطمئنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و إلا لما صحَّ بيع الغائب أصلا.

ثم لو تعذر التسليم و التسلمَّ الأ بعد مدة فإن كانت هذه المدة مما يتسامح فيها كساعة أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا إشكال فى الصحة كما إذا باع جوهرًا و كان فى صندوق مقفل و كان المفتاح عند شخص لا يحضر إلا بعد ساعة أو يوم و نحوهما، فان هذه المدة مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعاملة انها غررية لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشتري هدرا و صار معدوما، بل يحصل له بعد مدة قليلة، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهة أخرى.

و كك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى و النبوى ينصرف عن مثل ذلك.

و لو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع إلا بعد مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد فهي على قسمين، الأول: أن يكون المدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٢

مضبوطه و مقدرة و الثانى أن لا تكون مضبوطة.

أما الأول: فتارة يكون المتبايعان عالمين بالحال و أخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الأول فجعل المصنف فيه وجهان و لم يبين ما هو الأقوى فى نظره، و لكن الظاهر هو الصحة بناء على اعتبار القدرة على التسليم فى البيع و ذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفي الغرر فى البيع فهو لا يشمل المقام فإنه بمعنى الخطر و الخطر بمعنى احتمال الهاكة ففى صورة العلم بالواقع و التعذر إلى مدة معينة كقدوم الحاج و نحوه فلا خطر بوجه إذ هو متقوم بالجهل و الغفلة على ما ذكره المصنف و المشتري إنما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوة اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال و مع ذلك فلا يكون عدم القدرة على التسليم الى المدة المضبوطة مضرًا فى البيع كما لا يضّر مع اشتراط التأخير كما لا يخفى.

و بالجملة أن البيع هنا صحيح بلا شبهة و أما فى صورة الجهل بالمدة المذكورة فذكر المصنف صحة البيع مع الخيار للمشتري لفوات منفعة العين فى المدة المذكورة.

و لكن الظاهر هو عدم الصحة و ذلك فان كلا الدليلين أى النبويين شاملان للمقام أما النبوى الأول فلتحقق الغرر أى الخطر فان عدم وصول المبيع مثلا إلى المشتري فى هذه المدة و انتفاء المنافع كسنة خطر على المشتري فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط و كون النبوى دليلا فى المقام و أما النبوى الثانى فلان البائع غير مسلط على التسليم فى هذه المدة فيكون هو أيضا شاملا للمورد و لا يقاس ذلك بصورة العلم فإنه و ان كان أيضا غير قادر على التسليم فى المدة و لكنه قلنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٣

بخروجه عن تحته من جهة كونه فى قوة الاشتراط أى اشتراط تأخير الثمن فلا يضّر بالصحة و هذا بخلاف المقام.

و على هذا فلا وجه لما زعمه المصنف من كون المعاملة فى صورة الجهل صحيحة مع كون المشتري على خيار فيه.

و من هنا ظهر حكم صورة كون المدة مجهولة و غير مضبوطة و هذا كبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجة لا يعلم وقت رجوعه فلا وجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فى صحة البيع و صورة الجهل بالمدة مع كونها مضبوطة حيث حكم بالصحة مع الخيار.

قوله: ثم ان الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين

لان الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

أقول: الصور المتصورة في المقام أربعة علم المتبايعين بالقدرة مع وجود القدرة الواقعية، و علمهما بالعجز مع العجز عن التسليم في الواقع و علمهما بعدم القدرة مع وجود القدرة في الواقع و علمهما مع عدم القدرة في الواقع. أما الصورة الاولى: فلا شبهة في الصحة لوجود القدرة على التسليم في الواقع و علمهما فلا غرر و لا أنه من بيع ما ليس عنده. و أما الصورة الثانية فلا شبهة في عدم صحته لكونها من أوضح أفراد الغرر المنهى عن البيع و من قبيل بيع ما ليس عنده، و انما الكلام في الصورتين الأخيرتين.

أما الثالثة فهي ما كان المتبايعان عالمين بعدم القدرة و لكن كان في الواقع عاجزين عن التسليم أو أحدهما عاجزا عنه و على ان دليل الاعتبار هو دليل نفى الغرر فلا شبهة في فساد المعاملة إذا الغرر هو الخطر و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٤

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود في المتبايعين أو في أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، و قد عرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل و الغفلة في مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعاملة خطيرة فتبطل، و ان كان الدليل هو النهى عن بيع ما ليس عنده فلا يحكم بفساد المعاملة لعدم شموله لما نحن فيه، فإنه ليس من بيع ما ليس عنده، بل هو مسلط على التسليم و قادر عليه غاية الأمر غير ملتفت بذلك.

و أما إذا كانا في الظاهر عالمين بالقدرة و كانا في الواقع غير قادرين أو أحدهما قادر و الآخر غير قادر، فالظاهر فساد المعاملة على كلا الدليلين فإنه ان كان الدليل هو نفى الغرر فلا شبهة في كون المعاملة غررية و ذلك فان المتبايعين و ان كانا عالمين بالقدرة على التسليم و كان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل في مفهوم الغرر و لكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر و الهلاك ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعاملة و عدمها دائرا مدار احتمال الخطر و عدم احتمالها، بل أخذه في لسان الدليل من باب كفاية الشارع بأدنى مرتبة الغرر لا أنه أى الاحتمال تمام الموضوع في المقام فلا محالة فيكون الاحتمال طريقا الى الواقع و بما انه طريقا اليه يكون موردا للحكم و من هنا قلنا فيما تقدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالأولوية فإنه إذا ثبت الغرر باحتمال الهلاك و فسدت المعاملة باحتمال الهلاك و في صور القطع بالهلاك فأولى بالفساد مع أنه لو كان موضوع الحكم هو الاحتمال لما كان وجه لتسرية الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه في لسان الدليل و أما النبوى الثانى أعنى النهى عن بيع ما ليس عنده فهو أيضا شامل للمقام فإنه غير قادر على التسليم و ان كان عالما به في الظاهر إلا انه جهل مركب فلا يفيد بوجه فتكون المعاملة فاسدة.

قوله: و لو باع ما يعتقد التمكّن فتيين عجزه في زمان البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٥

أقول: ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد تمكّنه من تسليمه كالساعة و نحوها و تبين عجزه في زمان البيع و لكن تجددت قدرته بعد البيع صح و ان لم يتجدد يبطل و لم يستدل على ذلك بشيء.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام و لا يترقب صدوره من المصنف (ره) و ذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد و بعدم القدرة على التسليم كك فلا شبهة في فساد البيع فإنه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه في المدة التي كان عاجزا

على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع و كان هو أيضا فى الواقع غير قادر فلا يحدية العلم بالقدرة حال العقد لكونه جهلا و كك أنه ليس قادرا على التسليم بأنه علمه بذلك فى الظاهر لا يوجب قدرة على التسليم مع كونه جهلا مركبا و تجدد القدرة بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لأن الشئ لا يتقلب عما هو عليه.

و ان كان النظر الى العلم بالقدرة فى الظاهر و قلنا بكونه مجزيا فى البيع من غير توجه الى الواقع و أنه يحصل به القدرة على التسليم فلا شبهة فى صحة المعاملة و كيف كان لا نرى وجها للتفصيل فى المقام كما لا يخفى فافهم.

و بعبارة أخرى ان كان النظر فى هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهة فى تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا و ان كان النظر الى الواقع فلا شبهة فى عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبيين كما لا يخفى.

قوله: ثم لا إشكال فى اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا.

أقول: قد عرفت بما لا مزيد عليه أن المعترف فى البيع هو العلم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٦

بالقدرة على التسليم و أن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم و انما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الأولوية و الفحوى لا بدلالة النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صورة العلم بالعجز.

و أما الكلام فيما إذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان و كيلا عنه فى ذلك فهو تارة يكون و كيلا فى إجراء العقد فقط فلا يعتبر فيه قدرته على التسليم و لا أن عجزه مانع عن البيع، بل هو و كيل فى العقد و إجراء الصيغة فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا- يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين و فى إطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغة بدلا عن الموكل بلا احتياج إلى شئ أصلا و انما الشرائط كلها معتبرة فى العوضين و الناكح و المنكوح و المطلق و المطلقة و الحاصل لا عبرة بقدرة العاقد و عجزه كما لا عبرة بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجة موكله.

و بالجملة أن مجرى العقد ليس له إلا التصدى و المباشرة بإجراء صيغة العقد فقط و أما الزائد عن ذلك فلا يرجع إليه أصلا.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهة فى كفاية قدرته لعدم الغرر مع ذلك و عدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده و أما كفاية قدرة موكله مع عجز الوكيل فهو وجهان، و الظاهر هو كفايته و ذلك من جهة أن القدرة و ان كانت معتبرة فى العاقد و كان الوكيل عاجزا عنه و لكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيلا للموكل و فى منزلته كفى قدرة الموكل فى صحة اعتبار الشرط المذكور فى العقد و من لو عرض للوكيل شئ و صار عاجزا عن إنهاء الشرائط المعتبرة فى المعاملة أو فى أفعاله الأخر لكان الوكيل مسئولا فى ذلك و يراجع إليه فى تميم هذا الشرط.

نعم يعتبر فى ذلك علم المشتري بقدرة الموكل على التسليم و ألا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٧

فتكون المعاملة غررية لما عرفت من أن الغرر بمعنى الخطر و هو متحقق مع جهل المشتري بقدرة الموكل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل ألا ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عنده فإنه حينئذ يحكم بصحة لعدم صحة عدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدرة الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له و لو كيله و ما لو كيله له و من هنا ظهر أن ما فى كلام شيخنا الأستاذ من الحكم بالصحة من غير فرق بين علم المشتري على قدرة الموكل و جهله بها فى غير محلّه.

و ربما يقال بتقييد الحكم بالكفاية بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحة و أن الأمر مفوض الى الوكيل و بعبارة أخرى أن المعترف فى المعاملة اعتبار قدرة المتبايعين على التسليم و هما الوكيل

من قبل البائع و المشتري و بما ان الوكيل بدلا تنزلي للموكل فيكفي قدرته أيضا في صحة البيع و لكن لا- مطلقا، بل إذا رضى المشتري أن يرجع الى الموكل و رضى الموكل أن يرجع المشتري اليه و ألا فلا وجه للصحة إذ للمشتري أن يقول بأني ما عاملت مع المالك و انما عاملت معك، و أنت المخاطب بالتسليم و هكذا للمالك أن يتكلم بمثل ذلك.

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة لكونه أجنبيا عن العقد و انما هو فضولي محض و اسمه مطابق مع المسمى و أما قدرة المالك فإنما تؤثر لو بنى العقد عليها و كان المالك راضيا برجوع المشتري اليه و كان المشتري راضيا بالرجوع الى المالك و حصل التراضي منهما على العقد حال البيع لعدم كفاية قدرة الأذن في صحة بيع المأذون إلا مع الشرط المذكور كما لا يخفى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٨

و الفرض أنه لم يتحقق في الفضولي و البناء على القدرة الواقعية غير مفيد إذ الشرط هي القدرة المعلومة.

و الحاصل أنه يعتبر في صحة بيع الفضولي رضائه المشتري برجوعه الى المالك و رضائه المالك برجوع المشتري اليه، و قدرة البائع على التسليم، اما الشرط الأول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك و اما الشرط الثاني فكذلك أيضا إذ لعدم كون الفضولي قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد و قدرة المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثرة في ذلك، بل تؤثر مع البناء المذكور.

و بعبارة أخرى ان القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع، و الحاصل أنه أنكر صحة الفضولي بهذا الاشكال المختصر.

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدرة الفضولي على التسليم بأن يحصّل رضائه المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقة بينهما و أنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولي بذلك قدرة على التسليم حال العقد.

ثم أجاب عنه بوجهين، أولا- بأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع غاية الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى و شاهد الحال فلا يتوقف صحته على الإجازة.

و ثانيا: بأنه لو سلمنا بقائه على الصفة و ظاهر أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

و قال المصنف:

و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولا- و ثانيا تأمل، بل نظر فتدبر.

اما ما ذكره من مبنى مسألة الفضولي من اعتبار رضا كل من الموكل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٢٩٩

و المشتري في الرجوع الى الآخر فاسد في نفس هذه المسألة لعدم الدليل عليه و انما المانع عن صحة البيع هو الغرر و عجز البائع عن التسليم و من الواضح أنه يكفي قدرة المالك على التسليم مع رضا المشتري بها كما عرفت لعدم الغرر و لا كونه من بيع ما ليس عنده و مع ذلك فاعتبار أمر آخر هنا و هو رضائه كل من المالك الموكل و المشتري بالرجوع إلى الآخر تخرض الى الغيب و قد عرفت ان قدرة الموكل يكفي في صحة بيع الوكيل لكونه نازلا منزلة الموكل و أن فعله فعل الموكل كما لا يخفى.

و على تقدير تسليم الإشكال في بيع الوكيل فلا- تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضولي و تفريعه عليه و ذلك لما عرفت من خروج الفضولي عن حدود البيع و انما هو فضولي محض فلا وجه لاعتبار قدرته على التسليم في البيع و أن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدرة الجار على ذلك و أن حاله حال الوكيل في إجراء الصيغة، بل أسوء منه فهل يتوهم أحد اعتبار قدرة مجرى العقد على التسليم في صحة العقد و الحاصل أن الفضولي خارج عن باب العجز عن التسليم تخصّصا و هو أسوء حالا من الوكيل في إجراء الصيغة الذي لا شبهة في أن قدرته و عجزه لا أثر له فإنه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح و الحاصل بناء على

صحة المبنى فلا وجه للتفريع.

و أما الاعتراض فلو سلمنا المبنى و سلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولي عليه و لكن الاعتراض الذى أوردته على نفسه لا وجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض و ذلك أولا ما عرفت من كون الفضولى خارجا عن العقد و أن البيع انما يكون أما لغوا محضاً مع عدم الإجازة أو يباع للمالك مع الإجازة فالمناط فى القدرة المعترية فى صحة العقد هو قدرة المالك المجيز لا قدرة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٠

شخص آخر و ان اعتبار قدرة الفضولى فى ذلك كاعتبار قدرة الأجانب فى ذلك العقد.

و ثانيا: أن مجرد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدرة الفضولى على التسليم المعتر حال العقد و الذى اعتبرناه فى المبنى، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشتري بالرجوع إلى الأخرى، و ليس فى البين رضا من المشتري بتسليم المجيز و لا رضا من المالك برجوع المشتري إليه فلا محل لهذا الاعتراض.

و على تقدير ورود الاعتراض فجوابه أولا بخروجه على هذا عن الفضولى غير تمام لما عرفت سابقا من عدم كفاية الرضاء المقارن فى خروج العقد عن الفضولية بل لا بد فى الخروج من الاذن السابق أو الإجازة اللاحقة أو الوكالة.

و على تقدير الكفاية فليس هنا رضاء المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولى يتثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه و من الواضح أنه أمر متأخر لا فعلى كما لا يخفى.

و أما الجواب الثانى بأنه على تقدير التمامية لا يعم جميع أفراد الفضولى و كونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلا وجه لنظر المصنف فى جميع ذلك و قوله و فى جوابه أولا و ثانيا.

و لعله نظرا فى غير الجواب الثانى و مراد ثم فى الجواب أولا و ثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا و ان كان بعضه تماما و الله العالم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠١

الكلام فى بيع الآبق

إشارة

قوله: مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا.

أقول

يقع الكلام فى هذه المسألة فى أمور ثلاثة،

الأول: أنه ذكر المصنف فى آخر الكلام أن الغرر المنفى فى حديث نفى الغرر كما تقدم هو ما كان غررا فى نفسه عرفا

مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قوبنا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم و حاصل كلامه ان الغرر أمر عرفى كلما تحقق فيوجب فساد المعاملة للنهى عن بيع الغررى كما هو الحال فى سائر القضايا الحقيقية، و ان لم يتحقق فلا يترتب عليه الحكم، و أما الأحكام الشرعية فغير منوط به و لا يقال أن هذا غرر مع لحاظ حكم الشارع فى الموضوع الفلانى أو ليس بغرر مع لحاظ الحكم الفلانى.

و رتب على ذلك بطلان البيع مراعى بالتسليم على خلاف الشهيد فى اللمعة حيث استقرب الصحة و قال ان تسلّم قبل مدة لا يفوت

الانتفاع المعتد به صح البيع و لزم و الّا تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء و أفاد المصنف فى وجه البطلان أن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع الذى يوجب بطلانه. و كذلك رتب عليه بطلان بيع الضّال و المجحود و المغضوب و نحوهما بدعوى أنه غررى فى نظر العرف فحكم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الراجع للغرر لا يرفع الغرر العرفى لما عرفت من عدم لحاظ الغرر مع الأحكام الشرعية كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٢

أقول أن الغرر و ان كان من المفاهيم العرفية و أمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفية الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم و عليه فإذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا- محذور فيه و لا- يقال أن العرف لا يراه غررا كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد و الولد و نفى الشك فى كثير الشك و هكذا.

و على هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعى بالتسلّم نظير بيع السلم فإنه ان كان البائع قادرا على التسليم الى رأس المدة فيحكم بالصحة فلا خطر و ان لم يقدر على تسليمه و أيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله.

و بالجملة فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسليم الذى هو فى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصنف من كون الغرر أمرا عرفيا غير مربوط بحكم الشارع و غير ملحوظ معه.

و بعبارة أخرى عدم القدرة على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى و كذلك فى الأول كما لا يخفى.

و أما بيع المجحود و الضال و المغضوب فان كان تسليمها مرجوعا فى مدة مضبوطة فلا شبهة فى صحة المعاملة لعدم الغرر فيها بناء على تمامية دليل نفى الغرر و ح إذا تمت المدة فإن حصل تمكّن فيها و الّا فيحكم بالبطلان للانفساخ فأیضا لا غرر و توهم غررية البيع فى مدة عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشتري فى ذلك الوقت على الضرر.

و كك الكلام إذا كان مشكوك الحصول للمتبايعين إلى مدة معينة و لكن فى المدة يكون أمره منجزا فإنه إما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فإنه ان حصل صح البيع فلا خطر و ان لم يحصل فيبطل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٣

البيع أيضا فلا خطر.

بل الأمر كك فى صورة علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن إلى مدة معينة ثم بعد ذلك فاما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا، و كذلك لو علما بعدم الوصول اليه و لكن كان نظر المشتري من الاشتراء الانتفاع بعقده فإنه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر و من هنا لم يستشكل أحد فى صحة بيع العبد المريض من جهة كونه غرريا لعدم علمه ببيئته و موته و ذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعق و فلا غرر نعم إذا لم يعلم حصول التمكّن إليه فى مدة مجهولة فلا يعلم أنه يتمكن منه فى مدة قليلة أو كثيرة بحيث دار الأمر بين الأقل و الأكثر فيحكم بالبطلان للدليل نفى الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعة فى مدة لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشتري.

و من هنا يعلم أن ما ذهب اليه الشهيد فى اللمعة من صحة البيع فيها إذا باع مراعى بالتسليم و جيه جدا.

الأمر الثانى أن مسألة بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسألة الغرر،

فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الّا فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعق و على هذا فلا وجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزلة النالف و مع احتمال بيع غررى منفى إجماعا نصا و فتوى.

و بالجملة لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص، خلافا للإسكافى على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه إذا يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع.

و كيف كان فمسألة عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسألة عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط أحدهما بالآخر و لا وجه لتعليل بطلان بيع الآبق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٤

بطلان البيع الغررى كما لا يخفى.

و على هذا لا تنافى فى كلامى الشهيد فى اللمعة و العلامة فى التذكرة قال الشهيد فى اللمعة لا يجوز جعل العبد الآبق مثنى و جزم به ثم تردد فى جعله مثنى و ان قرب أخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضال و المجهود و قال العلامة فى التذكرة نظير ذلك حيث ادعى أولا الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاها عن بعض العامة أيضا ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه ألا جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة،

و ذكر المصنف (ره) فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و وجه التنافى عنده أنه لا- يجتمع دعوى الإجماع على اشتراط القدرة على تسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى مع دعوى الشهرة على عدم جواز بيع الآبق منفردا مع أنه أيضا غررى فلا بد من دعوى الإجماع عليه و كك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضال مع أنه مثل الآبق و الحاصل أن الضال مثل الآبق فلا بد من دعوى الشهرة على عدم جواز بيعهما و بيع الآبق غررى فلا بد من دعوى الإجماع على بطلان بيعه أيضا.

أقول: و قد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافى بين جميع هذه الفروع أصلا فإن حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثنى لورود النص فيه و تردده فى الثمن من جهة احتمال اختصاصه بالمثنى كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق و حكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعاً لعدم وروده فيه أصلا و كك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٥

دعوى العلامة الإجماع و انما هو فى بيع الغرر الذى هو غير بيع العبد الآبق و دعوى الشهرة فى بيع العبد الآبق و تجويز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضح فلا تنافى و من هنا ظهر الاشكال ما فى حكم المصنف بعدم جواز جعل العبد الآبق مثنى كما لا يجوز جعله مثنى لاشتراكها فى الأدلة.

نعم يمكن استفادة عدم جواز من التعليل بقوله (ع) ان لم يقدر المشتري عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فإنه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا.

الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدرة على التسليم فى البيع فهل يلحق به الصلح، وجوه،

الأول: عدم الاعتبار مطلقا

لكونه مبتئا على المساهلة و التوسعة فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أن دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره.

الثانى: اعتبار الشرط المذكور فى الصلح، بل فى جميع العقود المعاوضة

فدليل نفي الغرر و ان ورد فى البيع و لكنه لا خصوصية فيه حتى أن الفقهاء يستدلون به فى غير المعاوضات كالكالة فضلا عن العقود المعاوضية كالإجارة و الجعالة و المزرعة و غيرها، بل أرسل العلامة فى كرهه على ما نسب اليه المصنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر.

الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما في الصلح المحاباتي

فيحكم بعدم اعتبار الشرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعد ما كان الغرر إيصال المال الى المصالح له و عدم كون أخذ العوض محط نظر أصلا فلو صالح جميع أمواله لزيد في مقابل درهم و كان فيه فرس شارد لا يضرب بصحة الصلح لعدم الغرر فيه أصلا و بين ما لم يكن كك كما هو المرسوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٦

في السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصلح في معاوضاتهم و هو في الحقيقة بيع بلسان الصلح و قد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه يباع فان البيع هو مبادلة مال بمال و هو صادق عليه كما تقدم في أول البيع.

أقول: ان كان مدرك الاشتراط الإجماع على الاشتراط و عدم جواز بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه فلا يجرى في غير البيع، فإنه دليل لبّي فلا بد من أخذ المقدر المتيقن و هو البيع و ان كان دليله هو نفى الغرر أولا تبع ما ليس عندك فيجرب ذلك في القسم الثاني من الصلح، لعدم الخصوصية البيع، فان الفرض هو نفى الغرر و له خصوصية لا للبيع على ان القسم الثاني من الصلح بيع لانه تبادل بين الشئيين و هو صادق عليه، فان نتيجة التبادل بين الشئيين الذي هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا.

و لكن قد عرفت عدم تمامية دليل نفى الغرر لضعف السند و عدم تمامية لا تبع ما ليس عندك من جهة عدم تمامية دلالة فلا يبقى دليل على اعتبار الشرط المذكور في البيع فضلا عن الصلح و على هذا فلا بد من التكلم في مسألة العبد الآبق الذي ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكن استفادة حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا، و الأ لما كان لخصوص هذه المسألة ثمره عملية فعلا، و اما بناء على المشهور من تمامية اعتبار الشرط بدليل نفى الغرر فبيع العبد الآبق مع الضميمة تخصيص، فنقول أنه لا شبهة في عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه، و الأ مع الضميمة خلافا لمجموع العامة فإنهم منعوا عن ذلك فبيعه مع الضميمة تخصيص لعدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه على مسلك المشهور، فان مقتضى القاعدة بطلان البيع و لو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأن جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٠٧

و أما على مسلكنا فالحكم الثابت على جواز بيع الآبق مع الضميمة من الأول مضيق فيكون عدم جواز بيعه بدون الضميمة تخصيصا للعمومات و قد ورد روايتان تدلان على عدم جواز بيع العبد الآبق بدون الضميمة.

الأولى صحيحة «١» رفاعه، قال: قلت لأبي الحسن (ع) أ يصلح لى أن اشترى من القوم الجارية الآبقة و أعطهم الثمن و أطلبها أنا، قال: لا يصلح شرائها إلا ان تشتري منهم ثوبا أو متاعا فنقول اشترى منكم جاريتمكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز. فهذه الرواية مختص بالبيع و الرواية الثانية موثقة «٢» سماعه، فهي أوسع منها عن أبي عبد الله (ع) في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهما، فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه فان ذيل الرواية من التعليل لا يختص بالبيع، بل يجرى في غيره أيضا كما لا يخفى.

فمقتضى الروايتين أن بيع العبد الآبق منفردا لا يجوز مع أن فيه نفعاً و هو الانتفاع به بالعتق و أما غير العبد الآبق فلا يجوز بيعه بدون الضميمة بطريق أولى، إذا تعذر التسليم فيه لعدم النفع له فيكون الروايتان دليلا على اعتبار القدرة على التسليم في البيع و غيره من العقود، و المعاوضة كما أشرنا الى ذلك فيما سبق من التكلم في دليل الشرط، و بالجملة فدليل اعتبار القدرة على التسليم هو النص الوارد في عدم جواز

(١) وسائل، ج ١٢، ص ٢٦٢.

(٢) وسائل، ج ١٢، ص ٢٦٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 308

بيع العبد الآبق منفردا فإنه يدل على عدم الجواز في غيره بدون الضميمة بالأولية و أما مع الضميمة فبمقتضى قوله عليه السلام فإن لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه جائزا فإن المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب في كل مورد كان بيع غير المقدور مع الضميمة و أن ذلك حكم بعنوان القضية الحقيقية و ان كان الثمن صالحا في مقابل الضميمة حكم كلى و عليه فتتعدى بذلك الى الصلح و جميع العقود المعاوضية عليه، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمة فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد، و الإبل الشارد، كما عرفت، و مع الغض عن شمول الرواية على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدرة على التسليم الآ الفحوى من روايتين بيع العبد الآبق مع الضميمة و من الواضح أن الفحوى يجرى في صورة الانفراد لا مع الضميمة و أما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى و لكن لم يلتزموا المشهور بجواز بيع غير العبد الآبق من موارد عدم القدرة على التسليم مع الضميمة حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمة و الوجه في ذلك دعوى الإجماع، بل النص كما تقدم من نفى الغرر من المشهور على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه و لكن مجرد عدم التزامهم بذلك لا يوجب الوهن بعد ما ساعدنا الدليل على الحكم بالجواز في غير الآبق أيضا مع الضميمة لشمول العمومات عليه.

ثم يقع الكلام في خصوصيات ذلك،

إشارة

ففي هنا فروع:

الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمة مطلقا،

سواء كان رجوع العبد مرجوا أم غير مرجو؟ أو لا يجوز إلا إذا كان مرجو الرجوع فقد؟ اختار المصنف الثاني و تبعه شيخنا الأستاذ و قد استدل المصنف عليه بأن

ظاهر السؤال في الرواية الاولى هو ذلك حيث قال الراوى أ يصلح لى أن اشترى من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 309

القوم الجارية الآبقة أعطيهن الثمن و أطلبها فإن الظاهر من كلمة اطلبها أن الوصول إليها مرجو و الآ لما كان وجه للطلب.

و كك ظاهر الجواب في الرواية الثانية حيث قال (ع) فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتراه معه، فان الظاهر من كلمة فان لم يقدر أن الوصول اليه حين البيع كان مرجوا و الآ لم يكن وجه لهذا الكلام ثم قال أن ذلك هو ظاهر معاهد الإجماعات المنقولة، ثم استدل على البطلان في صورة اليأس بوجهين آخرين، الأول أن بذل جزء من الثمن في مقابله أكل للمال بالباطل، و الثانى أنه بيع سفهى و الآ لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن في مقابله.

أما قضية لزوم كونه أكلا للمال بالباطل فقد عرفت أن آية النهى عن أكل المال بالباطل مختصة بالأسباب الفاسدة كالقمار و نحوه مقابل الأسباب الصحيحة فلا تدل على شرائط العوضين.

و أما الثانى: فقد عرفت عدم الدليل على بطلان بيع السفهى، بل العمومات بالنسبة إليه محكمة و انما الدليل على بطلان بيع السفهى هو المهجورية عن التصرف، على أنه قد يكون سفهيا أى فيما كان ما جعله من الثمن في مقابل العبد زائدا و بالمقدار الواقع في مقابل غير الآبق و أما إذا كان بمقدار أربعة فلس فلا سفه فيه، بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلك كما لا يخفى.

و أما الرواية فلا مانع من شمول قوله (ع) فان لم يقدر إلخ، على صورة اليأس أيضا فإن احتمال الوصول معه باق على حاله و كذلك

لا مانع من شمول السؤال على ذلك فإنه لا مانع من المطالبة مع اليأس لاحتمال الوصول اليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٠

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصح البيع هنا مع الضميمة أم لا؟

الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا وذلك أن قوله (ع) و ان لم يقدر على العبد كان ما نقده فيما اشتراه معه و ان لم يكن شاملا بصورة القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الرواية عدم اختصاص الجواز بذلك فان الظاهر منها أن الثمن يقع في مقابل الضميمة و كذلك كون الضميمة قابلا لان يقع في مقابل الثمن و لا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع في مقابل الضميمة حكم كلي نحو القضية الحقيقية و انما سأل السائل عن فرد من ذلك لا أن الرواية مسوقة لبيان حكم قضية شخصية في مورد خاص بحيث لا يمكن التعدي منه الى غيره و لذا ذكر في السؤال أن الرجل قد يشتري العبد الآبق.

و بالجملة الظاهر من الرواية أن بيع العبد الآبق مع الضميمة مطلقا صحيحة سواء كان رجوعه مرجوا أو لا، بل يصح مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت.

منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا

لظهور الرواية في ذلك فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشتراه معه ظاهر، بل صريح في كون الضميمة عما يكون قابلا لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان و نحوهما أو لعدم النفع فيه شرعا كالخمر و الخنزير و الميتة و اما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمة فإن ما لا يصح بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمة أيضا.

و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك

كالعبد الآبق، فهل يصح بيعه أو لا؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهة عدم شمول الرواية له و ساعده شيخنا الأستاذ و لكن اختار الأستاذ المنع من جهة اقتضاء مناسبة الحكم و الموضوع ذلك المعنى، فان ما لا يصح بيعه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١١

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصح بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح. و لكن ما ادري كيف لاحظوا الرواية حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور في الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد و ان يكون هنا شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدرة على الوصول أي الآبق و إذا كانت الضميمة أيضا مثله فلا شيء هنا ليقع الثمن في مقابله فلا يصدق عليه قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان الاستفادة من الرواية ان ثمنه لا يذهب هدرا و أما مع كون الضميمة مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا و أما إذا كانت الضميمة منفعة فإن كان الغرض وصول شيء إلى المشتري بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد و كان صالحا لان يقع في مقابل الثمن و ان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهة في صحة ذلك و ان كان النظر هو التعبد بالرواية و استفادة حكمه منها فلا يجوز ان يوجد فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه و من الواضح أن الشراء لا يصدق في نقل المنافع لما عرفت في أول البيع أن البيع انما هو لنقل الأعيان فلا- يطلق في نقل المنافع كما أن الإجازة انما هو لنقل المنافع فلا تطلق في نقل الأعيان فكما لا يجوز بيعها مستقلة فكذلك لا يجوز بيعها منضمه أيضا، و بالجملة أنه يعتبر في الضميمة أن تكون جائزة البيع في نفسها على انفرادها كما عرفت.

و من جملة ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين البيع

بحيث إذا تلف قبل وصوله إلى المشتري تلف في ملكن المشتري أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشتري منه فإذا تمكن صح

البيع في المجموع و إلا تقع المعاوضة بين الضميمة و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٢

الثاني و لكن ظاهر ذيل كلامه هو الأول كما ذهب اليه المشهور و هو الأقوى فإن الظاهر من الرواية قد يشتري الرجل العبد و هو آبق قال (ع) لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً فيقول اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشتري معه هو ان البيع و الشراء قد تما و تحققا من حين البيع فإذا لم يقدر المشتري عليه فيقع الثمن في مقابل الضميمة فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح، هذا لا شبهة فيه.

نعم، لو بقى على إباقه بحيث صار في حكم التالف يكون ذلك من البائع بمقتضى قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع كما سيأتي في أحكام القبض و اما قوله (ع) كان الذي نقده فيما اشتري معه صريحا في صحة البيع و كون الآبق ملكا للمشتري فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعدة المذكورة.

و بالجملة ظاهر الرواية أن التالف انما هو في ملك المشتري لحصول البيع من الأول و لكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البائع لقاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه، و لكن ذيل الرواية أثبت الحكم على خلاف القاعد تخصيصا لها و دل على كونه ذاهبا من كيس المشتري كما هو واضح.

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس في حكم التالف كما تقدم من المصنف و ان لم يقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التالف من البائع بمقتضى القاعدة المتقدمة أو من المشتري فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله (ع) فان لم يقدر عليه كان الذي نقده، إلخ، شاملا للموارد المذكورة و يكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بإزاء الضميمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٣

بحيث كان ذلك كفاية عن عدم استرجاع شيء من الثمن و عدم ضمان البائع له فيكون تخصيصا للقاعدة أيضا. و لكن الأمر ليس كك فان الظاهر من قوله (ع) فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشتري معه أن المراد من عدم القدرة هي عدم القدرة من ناحية الإباق و أما إذا كان عدم القدرة من جهة الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعدة، نعم التالف بعد اليأس لا يؤثر في ضمان البائع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمة باليأس و استقر ملك البائع على مجموع الثمن بإزاء الضميمة من دون خيار للمشتري في ذلك كما هو واضح.

ففي الصورة التي كانت التالف من البائع أعنى التالف قبل اليأس فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في الضميمة و يبطل في العبد و يرجع في حصته إلى البائع ان أعط، و إلا فيعطى ما يخص بالضميمة فقط و يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة. قوله: و لو تلفت الضميمة قبل القبض و ان كان بعد حصول الآبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن لان الآبق لا يوزع عليه المثلث، إلخ.

أقول: في توضيح ذلك أنه إذا تلفت الضميمة قبل وصولها إلى المشتري و قد وصل الآبق اليه فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في العبد و يبطل في الضميمة فيسترد المشتري ما قابلت الضميمة من الثمن ان كان قد دفعه و إلا فيعطى ثمن العبد فقط و لا يقسط قبل وصول العبد إلى المشتري فإنه ما دام آبقا لا يوزع عليه الثمن مع تلف الضميمة و من هنا ظهر ما صدر من المشتري شيئاً كان في حكم القبض كأن أرسل إليه طعاما مسموما فقتله أو أعتقه أو وهبه لشخص آخر، فان هذا كلها في حكم القبض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٤

فيقسط الثمن عليهما فيبطل البيع في الضميمة و يصح في العبد و لكن بما أنه تصرف المشتري في العبد و أتلفه بالتصرف فلا يكون له خيار تبعض الصفقة حينئذ بخلاف الفرض الأول أعنى صورة حصول العبد بيد المشتري.

و أما لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري فهل يحكم بصحة البيع بالنسبة الى العبد و يلتزم بالتقسيط و يبطل البيع في خصوص الضميمة أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولاً، و ذكر فيه وجهان من ان العقد على الضميمة إذا كان كأن لم يكن من الأول و انعدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضاً كأن لم يكن فيحكم بالبطلان في كليهما فيفسخ العقد فيهما معا فان سبب الضميمة حدوثا لم يكن إلا العقد على الضميمة فإذا انعدم العقد على الآبق أيضاً، و من أن العقد على الآبق كان تابعا على العقد على الضميمة حدوثا و إذا تملك المشتري العبد فيكون العقد على الضميمة كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن إلا إمكان بيع الآبق الذي لم يكن جائزا بالانفراد و بعد ما دخل الآبق في ملك المشتري فكان كأن لم يكن محتاجا إلى الضميمة و كسائر ممتلكته و على هذا فينحل الثمن الى كل من الضميمة و الآبق كسائر موارد اجتماع الشئيين في بيع واحد فيكون كل واحد منهما أجنبيا عن الآخر و هذا الانحلال لا- يوجب رفع الحكم الثابت في الابتداء من توقف صحة بيع الآبق على بيع الضميمة معه، فان مقتضى العمومات مع الشك في الصحة و الفساد محكمة و هذا توضيح كلام المصنف بإضافة إجمالا فتأمل، فإن عبارته مغلقة.

ثم استظهر من النص الوجه الأول بدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا و لا يوضع له شيء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به، و هذا هو الظاهر فان قوله (ع) فان لم يقدر كان الذي نقده

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٥

فيما اشترى معه ظاهر في أنه لا بد و أن يكون هناك شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدرة على الآبق حدوثا و بقاء فإنه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بد و ان يجوز التقسيط مع أنه ليس كك بل لا بد و ان تستمر الضميمة ما دام لم يحصل الآبق و لم يصل الى العبد و من الواضح أنه مع تلف الضميمة ليس هنا بالفعل شيء ان يكون الثمن في مقابله مع عدم القدرة على العبد ليشمل عليه قوله (ع) فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان و ان كان مقتضى القاعدة هو الصحة بعد تحققه صحيحا للعمومات الدالة على صحة البيع كما عرفت في توضيح كلام المصنف.

و بالجملة الذي يتحصل لنا من الرواية هو أن الضميمة ما لم تصل إلى المشتري قبل أن يصل الآبق اليه لا طريق للحكم بصحة البيع و ان استمر إلى مدة بعيدة فان في كل أن لوحظ البيع يصدق أنه ليس هنا شيء يكون الثمن في مقابله فإذا وصلت الضميمة إليه انتهى أمد ذلك الحكم فح يتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمة لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

ثم بقي هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف

الأول أنه لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا على العقد

فإنه لا شبهة في كونه مخيرا بين الفسخ و الإمضاء و انما الكلام في انه هل له أن يرجع الى الأرض أم لا؟ ففسخ المصنف القول بجواز الرجوع الى الأرض إلى قول مشعرا بكونه محل الخلاف و الظاهر أنه لا شبهة فيه فإنه لا إشكال في كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرض أو معه في موارد ظهور المبيع معيبا و لا خصوصية للمقام حتى توجب عدم جواز رجوعه إلى الأرض إلا ما ربما يتوهم من أن الأرض جزء من الثمن واقع بإزاء وصف الصحة و مع عدم القدرة على العبد لا يقع شيء من الثمن بإزاء العبد ليسترجع بعنوان الأرض و يحصل جزء من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٦

الثمن، بل مجموع الثمن مع عدم القدرة على العبد واقع في مقابل الضميمة. و لكن هذا التوهم فاسد فان وقوع مجموع الثمن مقابل الضميمة انما هو بعد اليأس من العبد بحيث يكون في حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضميمة، كان المجموع في مقابل الثمن فيكون الثمن مقسّطا

على العبد و الضميمة معا و ما تقدم من عدم تقسيط الثمن على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب في المبيع فيتمسك بعمومات ما دل على كون المشتري مخيرا بين أخذ الأرش و الإمضاء بدونه و بين الفسخ ثم ان عدم تعرض المصنف لصورة كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء من جهة عدم كونه محلا- للخلاف و محتمل العدم و انما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم و لذا خصّه بالذكر.

الفرع الثاني: انه لو كانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه العقد فضولا

فهل يبطل العقد في العبد مع عدم الإجازة أم لا؟ فقال المصنف بالأول، و لم يتعرض لحكم صورة الإجازة، و الظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز و ذلك لما عرفت أن شأن الضميمة كون مجموع الثمن في مقابلها مع عدم قدرة المشتري على الآبق و فيما إذا كان المبيع مركبا من مال نفسه و من مال الغير فيكون ذلك من الأول من حكم يبيع فيقع الثمن من الأول في مقابل كلا البيعين و ليس هنا احتمال وقوع مجموع الثمن في مقابل الضميمة فإنه ح يلزم أن لا يكون لمالك العبد شيء أصلا و يكون مجموع الثمن لمالك الضميمة بدون الاستحقاق فإنه مالك من الثمن بما قابل الضميمة دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال مالك العبد هدرا و الحال وقع البيع على المجموع من حيث المجموع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٧

و بعبارة أخرى المستفاد من الرواية أن يحصل لمالك العبد شيء سواء تمكن المشتري منه أم لا، و لكن مشروطا بكونه مع الضميمة ليقع الثمن في مقابلها مع عدم التمكن من الآبق و أن يحصل للمشتري أيضا شيء كك فإذا كانت الضميمة للغير فلا يمكن ذلك و الحاصل ان الضميمة لا بد و ان تكون قابلا لان يقع مجموع الثمن في مقابلها لقوله (ع) فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشترى معه و إذا كانت الضميمة من مال الغير و لم يقدر المشتري على العبد فلازم ذلك ان يقع الثمن في مقابل الضميمة و لا يحصل لمالك العبد شيء فهذا لا يمكن الالتزام به على أن الظاهر من قوله (ع) في موثقه سماعه لا يصلح إلا أن تشتري معه شيئا و يقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك هو أن الضميمة من مال مالك العبد فان معنى اشترى منك معناه أن المال ماله و لو كان من مال الغير فليس الشراء منه، بل لمالكة فإن البائع في الحقيقة في البيع الفضولي هو المالك بإجازته و إمضائه و أنما الفضولي مجرى للعقد فقط، فافهم.

الكلام في اشتراط العلم بالثمن

إشارة

قوله: مسألة: (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا).
أقول

استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع،

فإنه ذكر غير واحد من الأعظم أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين.
و فيه أن الإجماع و ان كان مسلما و لكن المظنون أن الأصل فيه النبوى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٨

المشهور بين الفريقين (نهى النبي (ص) عن بيع الغرر) فليس هنا إجماع تعبدى.

الثانى: النبوى المذكور

فإنه استدل به الفقهاء من الشيعة و السنة على بطلان البيع الغررى، و بما أن الجهالة بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فيكون البيع باطلا.

و فيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا و دلالة فلا يكون مدركا للحكم المذكور.

الثالث: رواية حماد بن ميسرة الواردة فى مورد خاص

فإنه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدراهم. و فيه أن غاية ما يستفاد منها أن المعاملة المذكورة مكروهة فهي أعم من الحرمة، على تقدير إرادة الحرمة منها فهي لا تدل على الفساد لعدم الملازمة بين الاحكام التكليفية و الأحكام الوضعية فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع، و على هذا

فلا بد من التكلم فى المسألة فى جهتين

إشارة

الأولى بحسب القواعد، و الثانية بحسب الرواية الواردة فيها،

أما الجهة الأولى [أى بحسب القواعد]

فإن كان المراد من الجهالة بقدر الثمن جهالة بأصل المالىة بحيث لا يعلم البائع أنه أى مقدار بل ربما لا يدري أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال، فهذا لا شبهة فى بطلانه فإن البيع مبادله مال بمال و أن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بإزاء ما يعطيه للآخر و لم يكن قبل هذه المعاملة مالكا له فإذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أو لا، و مع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا و لعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣١٩

فلا يعتبرونه بيعا و إن كان هذا أيضا محل تأمل لعدم اعتبار المالىة فى البيع و لعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك إلا دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري، نعم سيأتى فى المسألة الثانية اعتبار العلم بالمتضمن فى صحته الحلبي لا- يحتاج إلى التأمل و من هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الرواية حماد بن ميسرة و أن كان المراد من الجهالة هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالمالىة و كونه بمقدار القيمة السوقية فلا شبهة فى صحة البيع كما إذا باع الثوب بما يساوى القيمة السوقية فإن مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر و الخطر و لا أنه يوجب الجهل بأصل المالىة غاية الأمر أنه لا يدري أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمة السوقية.

و أما الجهة الثانية [أى بحسب الرواية الواردة فيها]

فقد وردت رواية صحيحة «١» في خصوص بيع الجارية و يستفاد منها صحة البيع قال رفاعه النخاس سألت أبا عبد الله (ع) فقلت له ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مستستها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام: أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة و ان كان قيمتها أقل مما بعثت اليه فهو له، الخبر.

و في الحدائق التزم بصحة البيع بحكم المشتري و انصرف الثمن إلى

(١) وسائل ج ١٢، ص ٢٧١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٠

القيمة السوقية لهذه الرواية و أولها المصنف بما ليس إلا إسقاطا لها في الحقيقة و قال لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصحة البيع و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص، نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله (ع) باعنيها بحكمي تقويمها على نفسى بقيمة عادلة لكون رفاعه نخاسا عالما بقيمة الجارية لأنه يبيع و يشتري الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم أما معاطاة أو وكالة في الإيجاب و أصالة في القبول، و انما لم يقبله المالك اما للغبن لخطاء النحاس في التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته في الإمام و العبيد.

و قوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد، إلخ، اما يراد لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد الإمساك فيسقط المشتري أى النحاس مثلا- خيار المالك ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعاملة و سقط خيارك فاعطى التفاوت.

و ما ذكره الايرواني من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهة توهم ان فاعل يسقط هو الخيار و عرفت أنه هو المالك و اما أن يحمل ذلك على صورة حصول الحمل بعد المس فصار أم ولد و تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

و هذا التأويل ليس إلا عبارة أخرى من إسقاط الرواية فإنه ليس فيها إشارة إلى الوكالة و كون المشتري وكيلا عنه أو كون المعاملة على سبيل المعاطاة على أن ظهور عليك ليس إلّا الإلزام على الرد و ما ذكره من حمله على إرضاء المالك بإسقاط الخيار أو حملها على صورة الجبل خلاف الظاهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢١

من الرواية جدا و على هذا فيدور الأمر بين رفع اليد عن الرواية و رد علمها إلى أهلها و بين توجيهها على نحو لا ينافى ظاهرها، و الظاهر هو الثانى و الذى ينبغى أن يقال أنها راجعة إلى أمر عرفى متعارف بين الناس من المعاملة فإن من المتعارف فى زماننا خصوصا بين الحمالين أنهم لا يقاطعون فى مقام المعاملة على الثمن و الأجرة بل يوكلون الأمر إلى المشتري و المستأجر.

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فى ذلك ليس هو حكم المشتري و المستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمة السوقية و إذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففى الحقيقة أن الثمن فى أمثال هذه المعاملات أمر كلى و هو عنوان القيمة السوقية و ما زاد الذى هو قابل الانطباق على القيمة الواقعية و ما زاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائرة الكلى.

و نظير ذلك قد ذكرناه فى تصوير الجامع فى العبادات بين الصحيح و الأعم و قلنا بإمكان فرض كلى يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص و مثلنا لذلك بلفظ الكلمة الموضوعه لما يكون مركبا من حرفين و صاعدا فإنها قابل الانطباق على ما يكون مركبا من حرفين أو ثلاثة أحرف أو مزيد و أيضا مثلناه بكلمة الدار الموضوعه لعرضه المشتتملة على الحائط و القبة الواحدة أو أكثر فلا مانع من ان يكون الأمر فى المعاملة أيضا ككك، فالثمن فى مثل المعاملة المذكورة هو الكلى المنطبق على القيمة السوقية و الأكثر فيملك البائع

لهذا الكلى فالرواية الشريفة تدل على هذه القضية المتعارفة فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون إسقاطا لها فيكون ح وجهها لإلزام المشتري على رد الناقص لكونه أقل من القيمة التي وقع عليها البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٢

فيقع قوله (ع) فعليك، إلخ، في موقعه و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه صاحب الحدائق أيضا من حمل الرواية على القيمة السوقية لما عرفت ان الثمن هنا كلى و هو القيمة السوقية و ما فوقها كما لا يخفى.

و بالجملة فلو قال البائع بعتك بسعر ما بعته أو علم المشتري بأن ما اشتراه من البائع فليس ثمنه أزيد من القيمة السوقية فهي مضبوطة في السوق و أن لم يعلم هو بالقيمة تفصيلا فلا دليل على فساد هذا البيع للجهاالة، فإنها ليست على نحو تكون موجبة لعدم العلم، بأن الثمن أو المثلن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا في اعتباره بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل فإنه لا دليل على هذا و أنه بدون المنشئة ألا أن يكون هنا إجماع على البطلان فما عن الإسكافي من صحة البيع إذا قال البائع بعتك بعسر ما بعته في غاية المتانة، و لكن

قوله و يكون للمشتري الخيار

لا وجه له فإنه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار و ان لم يكن غرريا فيصحح و أيضا ليس له خيار كما هو واضح.

الكلام في اشتراط العلم بالمثلن

إشارة

قوله: مسألة: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط بإجماع علمائنا.

أقول: اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثلن بلا خلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أى مقدار فلا يجوز إلا إذا كان الجهل على نحو لا يضّر كما إذا علم البائع بالمبيع و يبيعه على القيمة السوقية و يعلم المشتري أيضا أنه ما يشتريه على النحو المتعارف في السوق فإنه لا وجه هنا للبطلان إلا إذا كان هنا إجماع على البطلان

و تحقيق الكلام هنا في جهتين

الاولى في اعتبار العلم بالمكيل و الموزون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٣

أما الأولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمة المذكورة لاعتبار القدرة على التسليم و كون الجهاالة و الغرر موجبا للبطلان و قد عرفت الكلام فيها و ما يرد عليها و يمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام (ع) على عدم الجواز البيع جزافا في صحيحة «١» الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعهه فيكالم بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكالم على حساب ما بقى من العدد قال لا بأس فإن الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا و أنه كان من المرتكزات عنده و عند العرف، و لذا سأل عن جواز الكيل في المعدود و قد قرّر الامام (ع) اعتقاده و لم ينه على جواز البيع جزافا كما تبّه على جواز البيع بالمكيل في المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا-يجوز، و الاستدلال بها أتم و أحسن من دليل نفي الغرر و نحوه و اما الثمن فهو كالمثلن للقطع بعدم الفرق بينهما.

و أما الجهة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل في المكيل و الموزون

إشارة

فلو باع جزافا لا يصح حتى مع عدم الغرر كما إذا كان مقدارا من الحنطة مثلا في أحد طرفي الميزان و مقدار من الأرز في الطرف الآخر الذي يساوي الحنطة فباع أحدهما بالآخر و لكن لا يعلم أنه أي مقدار فإنه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتبرة.

منها صحيحة «٢» الحلبي

في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري ابتع مني من هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت قال لا يصلح الأ بكيل قال و ما كان

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩.

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٤

من طعاما سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام و في رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة و المطلب واحد. فالظاهر من هذه الرواية المباركة أنه لا- يجوز البيع في المكيل و الموزون مجازفة و جزافا، و لكن أشكل عليها بوجهين، الأول بالإجمال، بمعنى أنه ما معنى قوله (ع) و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فان ظاهره التنويع و أن الطعام على قسمين أحدهما يعتبر فيه الكيل و الآخر لا يعتبر فيه الكيل، و الحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو في جميعه و الأ فكك و أيضا فذيل الرواية ظاهر في كون ذلك مكروها و هو لا يضر بالمعاملة.

الثاني: أن الرواية مشتملة على ما لم يلتزم به احد و هو عدم تصديق البائع و ليس كك فإنه يصدق في اخباره بالمبيع نصا و فتوى أما الأول فيرد عليه أن المراد من الكراهة ما ذكره المصنف من أنها في الروايات أعم من الكراهة المصلحة فلا يعارض بظهور لا يصلح و لا يصح في الفساد على أن الكراهة بمعنى الحرمة أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعي و التكليفي.

و أما قوله ما سميت من الطعام فليس تنوعا بل ذكره من جهة الاشعار إلى علة الحكم و وجه اعتبار الوزن و الكيل في الطعام من أنه من جهة بطلان المعاملة فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه و لكونه طريقا الى وزنه و مقداره فإنه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعاملة في المكيل من جهة آخر من التعبد و نحوه لا من جهة طريقه الكيل الى مقدار الواقعي و إخراجه عن الغريرة كما لا يخفى.

و أما الإشكال الثاني أن تصديق البائع و ان كان مسلما كما سيأتي في الروايات الآتية و لكن ذلك انما يكون إذا أخبر عن الكيل بان يقول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٥

أنا كلت ذلك كما هو المتعارف في اليوم في البقالين و العطارين حيث يوزنون الأشياء لسهولة البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجزاف و بالحدس من غير كيل و وزن و الرواية ظاهرة، بل صريحة أن اخبار البائع عن العد الآخر انما هو بالمجازفة و الحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشترى مني هذا العدل الآخر بغير كيل و كذا قوله (ع) و ما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفة ظاهر أو صريح فيما نقول.

و منها موثقة «١» سماعه

قال سألت عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن فقال أما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن نشترى منه مرابحة فلا بأس ان اشترته منه و لم تكله و لم تزنه إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن إلخ، و هي أيضا تدل على اعتبار الكيل و الوزن في الطعام و على كفاية اخبار البائع بالوزن و الكيل.

ثم انه يقع الكلام في أن اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون في جميع الموارد أو مختص ببعضها

إشارة

و تنقيح هذا البحث يتوقف على البحث في أن الغرر المنفى في البيع هل هو شخصي أو نوعي فعلى الأول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا و على الثاني فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا و ان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث في ان ما ورد التخصيص على عموما صحة البيع باعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون هل هو يجري في جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسك في البقية بالعمومات و كيف كان يختلف البحث في المقام باختلاف مدرك الحكم. أما إذا كان المدرك على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفى الغرر

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٦

فلا- بد و ان ينظر إليه فإن كان المستفاد منه أن الغرر علمه لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصا بموارد الغرر الفعلي فيكون المنفى هو شخص الغرر و عليه فيصح بيع المكيل و الموزون جزافا إذا لم يكن فيه غرر كما إذا وضع مقدارا من الحنطة على احد طرفي الميزان و مقدارا من الأرز في الطرف الآخر فيبدل أحدهما بالآخر فإنه لا غرر فيه قطعا و ان كان مقدار العوضين مجهولا و كذا لو كان شيء من المكيل و الموزون لا يوزن في الخارج اما لقلته كحبة من الحنطة و مقدار حصه من الدهن و هكذا أو لثقله كزبر من الحديد فإنه لا غرر في أمثال ذلك مع كون مقدار المثلث مجهولا و هذا نظير كون الحرج و الضرر مأخوذ اين في الأحكام الحرجية بعنوان العلة فإنه يكون الحكم بها تابعا لوجود الموضوع الشخصي فلا يرتفع في غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

و ان كان المستفاد من دليل نفى الغرر كونه حكما للحكم بالبطلان فيكون باطلا- في الموارد المذكورة و ان لم يكن فيها غرر شخصي فإنه لوحظ في المبيع بعنوان الحكمة للحكم فلا يلزم وجودها في جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكما لتشريع العدة و تعفن الإبطين حكما لتشريع وجوب غسل الجمعة و كون المشقة حكما في عدم وجوب السواك و كون الحرج حكما في عدم جعل النجاسة على الحديد فان هذه الأمور بأجمعها لوحظت حكما لتشريع فلا يلزم وجودها في جميع الموارد و في المقام أن نفى الغرر حكما لحكم الشارع ببطلان المعاملة التي كان العوضين فيها مجهولا و لكن إذا لم يكن غرر في مورد أو موارد كما تقدم مع جهالة العوضين فلا وجه للحكم بصحة المعاملة بل يحكم أيضا بالبطلان لعدم لزوم التسرية في حكمه الاحكام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٢٧

و لكن الظاهر أن النزاع في أن الغرر المنفى في دليل نفى الغرر شخصي أو نوعي ليس له منشأ أصلا فإن هذا النزاع انما يجري فيما إذا كان ذلك العنوان المتنازع فيه متعلقا للحكم و موقوفا عليه في لسان الأدلة من غير أن يكون لنفس العنوان المذكور فيها موضوعية للحكم و هذا كثبوت الحرمة للخمر فإنه ليس لعنوان الخمر موضوعية لثبوت الحكم له بحيث يدور الحكم مدار صدق الاسم حتى لو كان الحبر مسمى بالخمر فتشمل عليه أدلة حرمة الخمر و انما التحريم ثبت لها لكونها مسكرة كما في عدة من الروايات الدالة على أن

الخمير انما حرمت لعاقبتها ولاسكارها لا لاسمها و ما كانت عاقبته عاقبة الخمر فهو حرام و على هذا فيصح البحث في أن الإسكار حكمه أو علة و هكذا في كل مورد علل ثبوت الحكم بشيء آخر كجعل العدة المعلل باختلاط المياه و نحوه.

و أما فيما يكون العنوان المأخوذ في الأدلة بنفسه موضوعا للحكم فلا مجال للنزاع المذكور و مقامنا من هذا القبيل فان عنوان الغرر كعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحكم بطلان المعاملة الغررية فيكون نظير العلة من حيث دوران الحكم مداره وجودا و عدما على نحو القضية الحقيقية ففي كل مورد ثبت الغرر فيوجب بطلان البيع و الّا فلا فان عنوان الغرر مأخوذ في النبوى بعنوان القضية الحقيقية فيكون صدقها تابعا بتحقيق الغرر الشخصى في الخارج فلا مجال لتوهم بطلان البيع فيما إذا كان العوضين أو أحدهما مجهولا و لكن لم يكن فيه غرر كما في الموارد التي ذكرناها.

فهل يتوهم فقيه أو متفقه بل عوام انه إذا كان التوضى حرجا على جميع الناس لبرودة الهواء الّا لشخص واحد لحرارة مزاجه فيكون وجوب الوضوء مرتفعا عنه لكونه حرجا على نوع الناس و ليس كك قطعاً و كك المقام و هذا ميزان كلّي و قد ذكرنا هذه الكبرى الكلية في غير موارد البحث عن الحكمه و العلة و عدمه في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 328

غير واحد من المباحث.

و أما إذا كان المدرك هي الأخبار الوارد في اعتبار الكيل في المضمن فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم في ذلك كدليل نفى الغرر بل لسانها اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و هل تدل على اعتبار الكيل في المكيل و الموزون مطلقاً، و ان كان الجهل لا يوجب الغرر في بعض الموارد كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى يعينان مقدار المكيل و الموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الا نادرا و بالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوى الآخر في المقدار و لكن لا يعلمان مقدارهما الواقعى أو كان قليلا بحيث لا يعد في العرف من المكيل و الموزون أصلاً كحبة من الحنطة أو مقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلاً لا يمكن وزنه كزبر من الحديد.

أو أنه لا يعتبر الكيل و الوزن الا فيما كانت الجهالة موجبة للغرر أو يفضل بينما كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحة و بينما لا يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثانى و توضيح ذلك أنه لم يرد في تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم في أنه بأى كيفية حتى نبحت فيه كما عرفت، بل هي دالة على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و على هذا فلا يصح بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه، إذ الاستفادة أنه لا بد من معرفة مقدار المكيل و الموزون سواء كانت الجهالة موجبة للغرر أم لا، فإنه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه.

و أما إذا عينا العوضين بالحدس القوى و التخمين الذى لا يتخلف الّا قليلاً فيصح البيع، ح فإنه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهة أن لهما موضوعية، بل من جهة كونهما طريقاً الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوى أيضاً مما يعين المقدار كالكيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 329

و الوزن و على هذا فيلتزم بصحة البيع بالتخمين و هذا نظير أخبار البيئه على ان هذا المتاع قد كيل أو وزن فهل يتوهم أحد بعدم اعتبار ذلك من جهة عدم تحقق الكيل و الوزن فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة المعاملة و أما الأشياء التي لا يعد في العرف من المكيل و الموزون فالظاهر عدم اعتبار الكيل و الوزن فيها لخروجها عن المكيل و الموزون تخصصاً في نظر العرف فإن الاخبار لا تدل الّا على اعتبار الكيل في المكيل و الوزن في الموزون لا على اعتبارهما في جنس المكيل و الموزون كما في الربا، و من الواضح أن الأمور المذكورة ليست من المكيل و الموزون في نظر العرف، بل من جنسهما فلا تشملها تلك الأدلة و اذن يفرق بين المقام و بين جريان الربا في المكيل و الموزون فإن أدلة حرمة الربا تدل على جريانه في جنس المكيل و الموزون سواء كان قليلاً أو كثيراً و موزوناً في نظر العرف أم لم يكن كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و من هذا القبيل النقود الرائجة فعلا فإنها و ان كانت من جنس الموزون و يجرى فيه الربا و لكن لا يعتبر فيها الوزن في مقام المعاملة، بل هي من المعدود كما هو واضح.

و يؤيده بل يدل عليه أنه لو باع أحد ماله بدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الدراهم بحجة أو حجتين فلا يبطل البيع لأجل جهالة الثمن و لا- أنه يقسط المبيع و يلتزم بالصحة بما قابل الدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن المعاملة بالدنانير الفعلية التي من القرطاس صحيحة و ان كان بعضها ممزقا ما لم يضر بالرواج فلا يشك أحد أن المزق عيب فيه فيعلم من جميع ذلك ان النظر في النقود و الأثمان إلى الرواج لا الى واقعها و أنها من أى جنس بل يكون للبائع تبادل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٠

الثمن كلى الدراهم و يكون له الخيار و مطالبة التفاوت إذا كان شخصا بل السيرة القطعية قائمة على المعاملة بالنقود المسكوكة معاملة المعدودات، و لا- يشك أحد في ذلك، بل لا يلتفتون اليه و كونها مكيلة أو موزونة، بل و لا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم مقدار الدراهم المسكوكة الرائجة إلا إذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهدا بين الناس كالقرانات السابقة في الايران و بالجملة لا نحتمل أن يشك أحد في كون الدراهم و الدنانير الرائجة من قبيل المعدودات و يدل على ما ذكرناه من كون النقود من المعدودات صحيحة «١» ابن عبد الرحمن قال قلت لأبي عبد الله (ع) أشتري الشيء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة و الحبتين قال لا حتى تبيته ثم قال إلا أن يكون هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون وعدنا عددا.

فإنها صريحة في كون الدراهم من المعدودات و أما النهي عن إعطاء الناقص فليس من جهة الجهالة، بل من جهة الغش و قد تقدم أنه حرام في المعاملات.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان النقود المضروبة من الفلزات ليست من الموزون، و ان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن و لا يضر الجهل بها بصحة المعاملة و لا يقاس المقام بالربا فإنه يجرى في كل جنس يكون من المكيل و الموزون.

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا- يعتبر في الكيل و الوزن المعبرين في الروايات ألما العلم بقدرهما إجمالا- بحيث لا يكونان مجهولين بالكلية كبيع المكيل و الموزون بالصخرة المجهولة فإنه يبطل بحكم تلك الروايات

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٤٧٣، حد ٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣١

لكونها مجهولة محضة فيكفي معرفة الوزن و الكيل إجمالا في صحة المعاملة بحيث لا تكون المعاملة في العرف مجهولة العوضين و الوجه في ذلك أنه لا- نعلمه من ادعى حقيقة الأوزان و المكيل تفصيلا لعدم انضباطها في الخارج تحقيقا حتى الأوزان الدارجة المضبوطة بالقرام و الأوزان القديمة المضبوطة بالمثاقيل فإنها تنتهي بالآخرة إلى مرتبة مجهولة، بل لا يعلم بها أهل العرف على النحو المضبوطة قبل انتهائها إلى الميزان الأصلي من القرام و المثقال حتى يكون مجهولا في أصل المادة فإن نوع أهل العرف لا يدرون أن الحق أي مقدار و أن الكيلو أي مقدار، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح، بل يستحيل معرفة الأوزان على التفصيل لعدم إمكان معرفة حقائق الأشياء لغير علم الغيوب فالعلم بحقيقة الوزن على التفصيل يستلزم العلم بحقيقة الأشياء و قد قلنا أنه لا يمكن لغير علم الغيوب و هذا واضح جدا.

ثم انه اعتبار الوزن و الكيل في الروايات طريق إلى معرفة المكيل و الموزون، فإنه لا شبهة في أنه لا موضوعية لهما قطعا و عليه فلا بد و أن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذي يوزن به المبيع و يعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أي وزن فإنه ربما يكون الأوزان المتعددة مسماء باسم واحد فيتخيل المشتري منه الوزن المنسوب الى فلان و كان نظر البائع إلى غيره فيكون المبيع مجهولا فتبطل المعاملة للجهالة و مثاله أن الحق اسم للأوزان المتعددة فإذا كان نظر البائع إلى حق العطارى و هي حق الإسلامبول و

كان نظر المشتري الى حقة النجف فتعاملا على ذلك فتكون المعاملة باطله بلا شبهه، و كذا المن فإنه مشترك بين التبريز و الشاهي و النجف و غيرها فإذا باع منّا من الحنطة بدرهم و تخيل المشتري أنه من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٢

النجف الذي ستّ حقق و كان نظر البائع الى من التبريز مثلا فإنه تبطل المعاملة للجهاثة، بل ربما كان لبلدة واحدة أو قرية واحدة وزن خاص فلا بدّ من التعيين حتى لا تكون المعاملة مجهولة.

و بالجملة فالغرض من اعتبار الوزن و الكيل ليس مجرد وزن الموزون و كيل المكيل سواء علم المتبايعان بالحال أم لا، إذ ليس لهما موضوعية أصلا، بل الغرض معرفة مقدار الثمن و المثلن إذا كانا من المكيل و الموزون و الوزن و الكيل طريقان الى الواقع و على هذا فالمناطق في صحة بيع المكيل و الموزون معرفة مقدارهما الواقعي، و على هذا فيصح بيعهما بغير الوزن و الكيل إذا علما بهما بغير الوزن و الكيل كالحسد القوي كما عرفت و يبطل البيع مع عدم العلم بالواقع حتى مع الوزن و الكيل إذا كانا مجهولين.

أما الكلام في المعدود

فالحكم فيه مثل الحكم في المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر كما في المتن فلا بدّ من اعتبار العدّ فحيث ان الغرض به معرفة مقدار المعدود فيكفي فيه غير العدّ أيضا من الكيل و الوزن و الحسد القويّ الغير المتخلف كثيرا و يدلّ على اعتبار العدّ في المعدود و قيام غيره مقامه خبر الجواز الاتي الذي ذكرناه في اعتبار العلم بالمثلن أيضا ثم أنه لا يهمنّا التكلم في ان الميزان في المعدود و الموزون أي شيء لعدم انضباطه و لترتب الفائدة عليه و مع ذلك سيأتي الكلام عليه، و الظاهر أنه أمر عرفي يختلف باختلافهم و مثل الباذنجان من المعدود كما في بعض بلاد إيران، و من الموزون في العراق و مثل البرتقال و الليمو من الموزون في بعض البلاد و من المعدود في بعضها الآخر و كذا الجوز و هكذا و هكذا فلا بدّ في ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى.

و اما المزروع فان قلنا بأن الروايات التي اعتبر الكيل و الوزن في المكيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٣

و الموزون من جهة الطريق الى الواقع و لزوم تقديرين الثمن و المثلن في المعاملة من غير خصوصية في المكيل و الموزون و لا في التقديره بالكيل و الوزن كما هو الظاهر فتتعدى الى كل شيء و نحكم بلزوم تقدير في المعاملة و اذن فيجب تقدير المزروع بالزرع و نحوه و يدل على ذلك التقدير في رواية الجوز «١» الآتية.

و ان قلنا بأنه لا يستفاد من تلك الروايات التعميم بل لا بدّ من الاقتصار بالموارد و أيضا لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم و اذن جاز بيع المزروع بأي نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفى.

قوله: مسألة لو قلنا بأن المناطق في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون.

إشارة

أقول: بعد ما عرفت اعتبار الكيل في المكيل و اعتبار الوزن في الموزون فيقع الكلام في اجزاء كل منهما مكان الآخر و قيل بالجواز مطلقا و قيل بعدمه كذلك و الثالث التفصيل و هو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه إذا كان المدرك هو دليل نفى الغرر فالمدار في صحة المعاملة و فسادها هو الغرر وجودا و عدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الّا فلا، و لا يفرق في

ذلك كون المبيع معلوماً أو مجهولاً كما هو واضح، فلا يقع الكلام في كفاية كل من الوزن و الكيل في مورد الآخر و اما الكلام في المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر و بلحاظ الأخبار الواردة في اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقاً نسب إلى الشهيد في سلم

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٤

الدروس و استدلال عليه برواية «١» و هب عن الصادق (ع) قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن. و فيه أولاً: أن الرواية ضعيفة السند.

و ثانياً: ما ذكره المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ من كون الرواية راجعة إلى جعل ثمن المكيل موزوناً و ثمن الموزون مكيلاً لا إلى جريان كل منهما في الآخر فلا يكون مدركا للجواز.

ثم انه لا شبهة في ان لكل من الوزن و الكيل دخلا في مائىة الأشياء المكيلة أو الموزونة و أن يختلف قيمة الأشياء باختلاف الوزن و الكيل، و عليه فإذا كان لحجم الشىء دخل في المائىة لا يكفى الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن ما يكون مائىته بالكيل أى مقدار مثلاً- لو كان بيع الأجر بالكيل فيعلم أن المقدار الفلانى من الأجر له مائىة كذا و لكن إذا وزن و لم يعلم انه أى مقدار من الوزن يساوى بذلك المقدار حتى يعلم أن له هذا المقدار من المائىة و هذه الكبرى الكلية مستفادة من الاخبار الواردة في اعتبار الكيل و الوزن.

و ربما يقال بجواز بيع كل منهما بالآخر لقوله «٢» (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يجوز بيعه في زقة فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجزاف لكون الوزن طريقاً إليه بل هو الأصل في تقدير الوزن.

و فيه قد عرفت أن الكيل و الوزن دخلاً- في مائىة الأشياء فما كانت مائىته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهالة به كما عرفت.

(١) وسائل: ج ١٣، ص ٦٣، باب ٧، حد ١.

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤، باب ٤، حد ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٥

و قد يستدل عليه بموثقة «١» سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: أما أن تأتى رجلاً في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مراححة 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 بكيالك و وزنك فلا بأس.

و فيه انه لا دلالة في الرواية على ذلك، فان الظاهر من الرواية أن إتيان الكيل و الوزن على سبيل اللّف و التّشر و كان نظر الامام (ع) إلى اعتبار كل من الوزن و الكيل في كلّ من الوزن و الكيل و ليس نظره (ع) إلى كفاية كل منهما عن الآخر و يؤيد ذلك التعبير بلفظ أو في ذيل الرواية فيكون الظاهر من الرواية أن كلّ من الكيل و الوزن معتبر في كل من المكيل و الموزون فمفهوم القضية الشرطية أنه إذا لم تشتتر المكيل بكيل و الموزون بالوزن فيكون باطلاً- فإطلاق المفهوم شامل لبيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالكيل فيحكم بعدم الجواز و يقرب ما ذكرناه من اللّف و التّشر أنه (ع) عطف الوزن على الكيل بقوله (عليه السلام) في طعام قد كيل و وزن إذ ليس من المحتمل اعتبارهما معاً في المكيل و الموزون.

و بالجملة الظاهر من الرواية أن الوزن و الكيل كل منهما دخيل في مائىة المكيل و الموزون فلا يكفى الكيل بالوزن و كك العكس.

و أما القول بالتفصيل فاختره المصنف (ره) و قال: بكفاية الوزن في المكييل و بعدم كفاية الكيل في الموزون بدعوى أن الوزن أصل الكيل و أضبط و انما عدل إليه في المكييلات تسهيلات فلا مانع من القول بكفاية الوزن

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧، حد ٧.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٦

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن.

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقة هو اعتبار كل من الوزن و الكيل في المكييل و الموزون على سبيل اللّف و النّشر و أن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل في مالمية كل من المكييل و الموزون بحيث ربما تضطرّ بمالمية المكييل بانعدام الكيل و ان كان يوزن بالوزن كما مرّ في مثال الأجر و كذلك العكس و ليس كل ما يكال يكون معلوم المالمية بالوزن عند العرف، و كذا العكس.

و ما ذكره من أن الأصل في تعيين مقادير الأشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلات فهو كذلك، و لكن لا يعلم أنه أي وزن كان أصلا و أن كيل كان طريقا له مع اختلاف الأوزان باختلاف الممالك و البلاد بل في بلدة واحدة أوزان مختلفة فإذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار مالميته تفصيلا بحيث لا يلتفت اليه العرف الّا بالكيل و إذا بيع بالوزن لكونه أصلا في تعيين المقدار فلا يعلم أن أي مقدار من المتاع وقع مقابل أي مقدار من الثمن مثلا إذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الأجر و الجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معين الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشتري أي مقدار من الثمن قد حصله فإنه لا يدري أن هذه المصاح تصير قبة أو قبتين و هكذا في كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البائع بالوزن و يصحّ ما ذكرناه بملاحظة ما وقع الاختلاف الكثر في الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان و على هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه الّا أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتّجه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا في الموازين

القديمة فح يوزن كيل واحد و يحاسب الباقي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٧

على حسابه و يدل على ذلك رواية «١» عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبي عبد الله (ع) اشترى مائة راوية من زيت، فاعترض راوية أو اثنتين فانترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال لا بأس فإنه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أي مقدار من الوزن فلا يقاس ذلك بغير ما جعل الكيل طريقا ففي هنا يتجه ما ذكره من ان الوزن أصل في تعيين المقادير كما لا يخفى.

فإنه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيين المبيع بالحدس القوى أو بالبينة أو تصديق البائع في اخباره عن الكيل و الوزن فان في ذلك كله يحصل الاطمئنان بالواقع و بمقدار المثل.

و على هذا فلا- يفرق فيما يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان في كلا الموردین قد حصل الاطمئنان بالمقدار و يجعل الكيل طريقا الى التعيين غاية الأمر فإذا ظهر التفاوت بما لا يتسامح كأن ظهر في مائة راوية التي مائة أمان مثلا التفاوت بعشرة أمان فيكون للمشتري الخيار.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما أشكل به شيخنا الأستاذ على المصنف حيث قال و أما إذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلف بما لا يتسامح فيه فلا- معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا- يخرج عن الجهالة و الّا لصح بيع الموزون مشاهدة مع البناء على أنه مقدار خاصّ و حاصل الكلام أن تبيّه كون شيء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدّرا بمقدار خاصّ و نحو ذلك من الأمور البنائية و القلبية لا أساس لها في باب المعاملات.

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٥، باب ٥، حد ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٨

و وجه الضعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقدار المعين الواقعي سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح من قبيل مجرّد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه أصلا.

[معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين]

قوله: ثم انه قد علم مما ذكرناه أنه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّة و الرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم غير جائز.

أقول: حاصل ما ذكره أنه لو كان الوزن أو الكيل معلوما عند أحد المتعاملين دون الآخر كالحقّة و الرطل و المن و الوزنة باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفة غيرهم بها خصوصا الأعاجم فهو غير جائز فإنه لا يصدق في العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس إلا كوضع الصخرة الغير المعلومة على الميزان و الوزن لها.

أقول: الظاهر أنه غير تمام لما ذكرناه سابقا من كفاية العلم الإجمالي بالوزن و لو بمشاهدته أن هذا حقّة أو وزنة أو غيرهما و أن كل حقّة من الأرز مثلا بقيمة كذا بحيث يرى المشتري ذلك و يعامل على طبق هذا الموجود الخارجى بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفة، بل بيع بالوزن أو الكيل و ان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيرة القطعية حيث يرد المسافر على بلد و شرى منهم المتاع من غير معرفة مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم إجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابلة من المتاع بقيمة كذا و هكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبة نازلة من التفصيل الحقيقي بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدى، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقية أو حقّة أو وزنة و أما أن كل منها أى مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا، بل لو عرفه و بالأخرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٣٩

يصل الى مرتبة لا يعلم أنه أى مقدار كالمثقال و القرام.

و بالجملة لا وجه لما قاله المصنف من عدم كفاية الوزن مع علم أحدهما دون الآخر كاوزان العراق و على هذا فيصح معامله الزوار الذين يجيئون الاعتبار المقدسة و يعاملون مع أهلهم باوزان لا يعرفون مقدارها.

نعم قد تقدم سابقا بطلان المعاملة فى صورة واحدة و هو أن يبيع كليا مثلا من الحنطة و نحوه على حساب كل من بدرهم أو كل حقّة بدرهم فلا يعرف من الوزن إلا اسمه فقط، من غير علم به بالمشاهدة و نحوها فتكون باطلة لكونها معاملّة جزافية و هذا غير ما ذكرناه. و بالجملة المدار فى صحّة بيع الموزون و المكيل الذى فرضنا من الرواية هو صدق البيع بالوزن أو الكيل بحيث يعرف كل منهما أنه كيل أو وزن و أما معرفتهما تفصيلا فليس لها فى الروايات عين و لا أثر كما هو واضح، فافهم.

و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون

فبالنسبة إلى أصل اعتبار العدد فى المعدود قد تقدم الكلام فيه و قلنا أن صحيحة الحلبي «١» عن ابى عبد الله (ع) يدل على ذلك حيث سئل عن الجواز لا- نستطيع ان نعدّه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به، فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فى المعدود مفروغ عنه و انما سأل السائل عن كون الكيل طريقا اليه أو انه لا يكال، بل للعدّ موضوعية فى المعدود و أيضا يدل بالتقرير على جواز كيل المعدود و بيعه و وزنه و ليس للعدّ موضوعية فى ذلك و هذا لا اشكال فيه أيضا.

و لكن بقى فى الرواية شىء و هو ان التقرير لكفاية الكيل عن العدّ و

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٠

ان كان مسلما و لكن الظاهر من الرواية اختصاصه بصورة الاضطرار، حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعة فلا يجوز فى غير حال الضرورة.

وفيه أن الرواية و تقريره (ع) غير متوجه الى فرض القدرة من العدد فإنه ليس مفروض السائل فإنه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل، بل كان يبيعه بالعدّ و لذا سأل عن صورة عدم القدرة و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز، بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل و الوزن و العدّ ليس لها موضوعية بحيث لو أخبر المعصوم به أو قامت البينة على التعيين أو علما بالحدس القوى لكان باطلا و على هذا فتمسك بالعمومات فى غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود و اما كفاية كل منهما عن الآخر استقلالاً فذكر المصنف أنه لا يجوز فى الكيل بان يبيع المعدود بالكيل و يكفى ذلك عن العدّ و اما الوزن فالظاهر كفايته و لم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم فى السلم انه لا يكفى العدّ فى المعدودات.

الظاهر انه لا وجه فى ذلك الفرق فإنك قد عرفت أن الظاهر من موثقه سماعه اعتبار كل ما يعتبر مالىته بالوزن أو الكيل و هكذا العدّ لا يجوز بيعه بغيره فإنه من قبيل البيع مجازفة إذ لا يعلم أن مقدار مالىته التى اعتبر عليها البيع أى شىء، بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالمالية فإن المستفاد من الروايات الدالة على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و العدّ فى المعدود هو ذلك، و انما قلنا بكفاية كل منهما عن الآخر فى صورة الطريقيه لكونه موجبا لتعيين المالىة، و بالجملة و انا قلنا أنه ليس لشيء منهما موضوعية بل كل منهما طريق الى الواقع و لكن المناط كون المالىة معلومة و ألا فلا يجوز و لذا لا يجوز كفاية كل منهما عن الآخر استقلالاً كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤١

هو واضح، و على هذا فلا وجه لتجوز بيع المعدود بالوزن استقلالاً، و الحاصل ان كان هنا طريقه فالمناط جواز بيع المعدود بكل ما يكون طريقا اليه فلا وجه للاختصاص بالوزن و ألا فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم.

قوله: بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا.

أقول: ذكر المشهور أن المدار فى كون الشىء مكيلا أو موزونا ما هو المتعارف فى زمان الشارع، فان ما كان مكيلا فى زمانه فمكيل الى يوم القيامة و ما كان موزونا فى زمانه فموزون الى يوم القيامة و كذلك المعدود. و أما الأشياء التى لم تكن فى زمانه من قبيل المكيل و الموزون، أو المعدود فللمدار فيها ما هو المتعارف فى العرف العام، و ألا فما هو المتعارف فى كل بلد، و ذكروا ذلك أيضا فى بيان الجنس الربوى. و لكن القول بهذا رأى و حمل الأخبار الواردة فى المسألة عليه يستلزم الالتزام بأمر مستحيل فإنه إذا كان المدار فى كون الشىء مكيلا- أو موزونا أو معدودا هو زمان الشارع و زمان الأئمة (ع) كانت القضية خارجية، و عليه فما يتعارف كيله أو وزنه فى ذلك الزمان لا يدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامة.

و إذا كان المدار فيها متعارف كل زمان، بل كل بلد من غير توجه الى ما هو المتعارف فى زمان الشارع كانت القضية حقيقية و عليه فما هو مكيل فى زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا فى زمان آخر و بالعكس، بل قد يكون معدودا و على هذا فعرف كل زمان هو

الميزان في تعيين المكيل والموزون والمعدود.

والجمع بين الأمرين في إنشاء واحد مستحيل فإن النظر في القضية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٢

الخارجية إلى دخل الخصوصيات الخارجية في الإنشاء وعدم كونه على نحو الإطلاق ولا بشرط و النظر في القضية الحقيقية إلى فرض الموضوع مفروض الوجود وجعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجية دخيلة في الجعل والإنشاء، فحمل الروايات على ما ذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى.

بل، الظاهر منها هو الثاني و أنها كسائر القضايا لسبت الاحقية و تخصيصها بالقضية الخارجية يحتاج إلى عناية زائدة فظهور الروايات يدفعها و عليه فالميزان في المكيل والموزون والمعدود هو العرف في كل زمان إلما إذا قام إجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا- في جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا في الدراهم والدنانير مطلقا و ان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعاملة ربويّة مع أن الدراهم من المعدودات في زماننا بل في كل زمان كما دلّت عليه رواية ابن عبد الرحمن المتقدمة «١».

و بالجملة أن الظاهر من قوله «٢» (ع) ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة و كذا غيره من الروايات الدالة على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون هو كون القضية حقيقية بحيث يكون الميزان كون الشيء مكيلا أو موزونا في أي زمان كان. و الحاصل من أول المسألة المشهور بين الفقهاء أن العبرة في التقدير بزمان النبي (ص) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما إلى

(١) وسائل: ج ١٢، صفحة ٤٧٣، حد ٧.

(٢) وسائل: ج ١٢، صفحة ٢٥٤، حد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٣

يوم القيامة و ما لم يتعارف وزنه أو كيله في زمانه (ص) فالعبرة فيه بما اتفق عليه البلاد و ان لم يتفق عليه البلاد فالعبرة فيه بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسها.

و قد ذكرنا أن هذا الذي ذكرنا ذكره المشهور مشكل، بل مستحيل فان الالتزام بأن ما تعارف في زمان النبي (ص) كونه مكيلا أو موزونا كك إلى الأبد سواء خرج عن كونهما مكيلا أو موزونا أم لا، يقتضى كون القضية خارجية ثم الالتزام فيما لم يتعارف وزنه أو كيله في ذلك الزمان بكون الميزان فيه العرف العام أو العرف الخاص يقتضى كون القضية حقيقة فهما لا يجتمعان في إنشاء واحد فان النظر في القضية الخارجية إلى الأفراد الخارجية فقط، و ثبوت الحكم لها إلى الأبد أي ما دام موجودا و في القضية الحقيقية إلى وجود الموضوع مطلقا و كونه مفروض الوجود بحيث أنه في أي زمان تحقق صدق عليه حكمه و في أي زمان خرج عن كونه مكيلا أو موزونا يرتفع عنه الحكم سواء كان مكيلا- في زمان الشارع أم لم يكن كما إذا ثبت وجوب الإكرام على العلماء فإنه يدور مدار صدق موضوع في أي زمان وجودا و عدما فلو كان شخص عالما ثم نسي علمه يرتفع عنه وجوب الإكرام.

و على هذا فلا مناص عن حمل الروايات الواردة في المسألة أما على القضية الحقيقية أو على القضية الخارجية، و لكن الظاهر منها كون القضية الحقيقية إذ لا خصوصية للأشياء التي كانت مكيلا أو موزونا في زمان النبي (ص) أو زمان الأئمة (ع) و انما النظر فيها إلى بيان حكم كلما يتعارف فيه الكيل و الوزن و يدلّ على ذلك قوله (ع) و ما من طعام سمّيت فيه كيلا أو وزنا لا يجوز بيعه مجازفة، و عليه ما تعارف كيله أو وزنه في زمان الشارع ان بقى على حاله فلحقه حكمه و ألا فالتبع فيه حكم ما صدق عليه العنوان في كل زمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٤

بل في كل بلد فلو كان الشيء مكيلا أو موزونا في بلد و معدودا في بلد آخر فالحقه في كل بلد حكمه على النحو المتعارف، نعم لو كان هنا نص أو إجماع تعبدى مصطلح ليكون كاشفا عن رأى المعصوم على مقالة المشهور فيلتزم به كما ورد النص بكون الدراهم و الدينانير ربويًا مطلقا و لكن الأمر ليس كك أما النص فمعدوم و أما الإجماع فغير متحقق فإن أغلب القائلين بذلك، بل كلهم عللوا كلامهم بانصراف الأدلة و الروايات المتقدمة إلى زمان من صدر منه الحكم و لا يشمل غير زمانه فكشف الإجماع التعبدى من مثل هذه الكلمات من الأمور الصعبة.

فتحصل ان الميزان في كون الشيء مكيلا أو موزونا هو ما صدق عليه المكييل و الموزون في أى زمان كان فإنه ح لحقه حكمه. و من هنا ظهر أنه لو عاملا في بلد و كان المبيع في بلد آخر فالعبرة ببذل فيه وجود المبيع كما ذكره المصنف لصدق عنوان المكييل أو الموزون أو المعدود عليه فالحقه حكمه.

و لو تعاقدنا في الصحراء رجعا الى حكم بلدهما، و لو تعاملنا في البر بين البلدين و اختلف عرفهما في كون ذلك الشيء من المكييل أو الموزون و شك في لحقه بهما فيرجع الى عمومات صحة العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما كان مكيلا أو موزونا أو معدودا لا يجوز بيعه مجازفة و هذا المتاع الموجود في الصحراء ليس بمكييل قطعا لعدم لحقه بإحدى البلدين كما يكفى في عدم المكييلة عدم اللحق و على هذا فيتمسك بالعمومات فيحكم بصحة المعاملة عليه مجازفة فلا يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لعدم كون الشك في كونه مكيلا- أو موزونا و انما الشك في اعتبار الشارع الكيل هنا و الّا فهو ليس بمكييل قطعا كما عرفت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٥

الكلام في الاعتماد بإخبار البائع بقدر المثلين

إشارة

قوله: مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه.

أقول

تحقيق المسألة في ضمن جهات

الاولى، أنه لا شبهة في جواز الاعتماد على اخبار البائع في مقدار المبيع كيلا أو وزنا،

بل في بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه و قد وردت عليه أخبار عديدة كما عرفت، و لا ينافيه ما تقدم في صحيحة «١» الحلبي (في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و أن صاحبه قال للمشتري اتبع منع هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل الآخر الذى اتبعت، قال لا يصلح الا بكيل، قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفة) لأن اخبار البائع في الرواية كان مستندا الى الحدس دون الحس بالكيل و الاخبار عنه و قد حملها المصنف على وجه آخر و قد عرفت عدم صحته، و الحاصل أن أصل الحكم مما لا ريب فيه.

الجهة الثانية أن الظاهر من الروايات الدالة على جواز تصديق البائع في أخباره بالكيل أو الوزن هو كون الاخبار طريقا الى الواقع

بحيث يحصل الاطمئنان أو الظن المعتبر بكونه مكيلا أو موزونا و يدل على ذلك رواية «٢» أبي العطار و فيها قلت فأخرج الكرو الكرين، فيقول الرجل أعطيته بكيلك فقال إذا ائتمنتك فلا بأس.
و مرسله «٣» ابن بكير في رجل سأل أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤.

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧، حد ٦.

(٣) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٦، حد ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٦

الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال (ع): اما أن يأخذ كله بتصديقه و اما أن يكيه كله.

و الروايتان و ان كانتا ضعيفتين من حيث السند و لكن لا- بأس بهما في مقام التأييد، على أنه لو لم يكن اخبار البائع هنا من باب الطريقية فلا بد و أن يكون مأخوذاً اما من باب الموضوعية أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطاً في البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشتري مختاراً في الفسخ و الإمضاء أما الأول فهو بعيد جداً فان لازمه صحة البيع بمجرد الاخبار بقدر الثمن و ان كان المخبر ممن لا وثوق في اخباره أصلاً بحيث لا يرفع اخبار الجهالة عن المبيع و لا يخرج البيع عن الجزافية مع أنه لا يمكن الالتزام به.

و أما الثاني فلأنه لو كان الاشتراط رافعاً للجهالة و مصححاً للبيع و موجباً لخروجه عن الجزافية لكان صحيحاً بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشتري مختاراً في الفسخ و الإمضاء و أيضاً لا يمكن الالتزام به فإن إطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط و عدمه كما لا يخفى و إذا فلا بد من أخذ الاخبار طريقاً الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعاً للجهالة و الغرر و ألا فيبطل لكونه بيع جزافي و قد تقدم أن ما كان مكيلاً أو موزوناً فلا يصح بيعه جزافاً.

الجهة الثالثة: ما تبين الخلاف في المبيع اما بالنقيصة أو بالزيادة

إشارة

فهل يحكم بالبطان كما احتمله في جامع المقاصد فيما باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً ثم رده أو يكون البيع صحيحاً و يثبت الخيار للمشروط له ففي المقام جهات من البحث:

الجهة الاولى: في صحة المعاملة و بطلانها

و قد اختار المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٧

الصحة مع الخيار، و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا مراراً عديدة أن الهيولاً سواء كانت أولية أو ثانوية في مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثة و ما فوقها نظير المقولات الثانوية المقابلة للمقولات الأولية ليست لها قيمة أصلاً و انما هي بالنسبة الى جميع الأشياء حتى التراب متساوية الإقدام، بل القيمة للأشياء بحسب أوصافها الموجبة للمالية و ان كان نفس الأوصاف لا تقابل بالمال، و انما هي واسطة لثبوت المالية على المواد و الهيولى و على هذا فإذا تخلفت الأوصاف في المبيع فان كانت من الأوصاف المقومة المعدودة في نظر العرف من الصور النوعية سواء كانت بالدقة أيضاً من الصور النوعية أم لا، فيكون البيع باطلاً فان ما هو الموجود في الخارج لم يبيع و ما هو مبيع غير موجود في الخارج كما إذا باع إنساناً فبان فرساً أو باع عبداً فبان أنه أنثى فإن ما هو عنوان للمبيع و مقوم له في نظر

العقل في المثال الأول و في نظر العرف في المثال الثاني قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا- و هكذا في جميع موارد تخلف العنوان عن المعنون و لو في نظر العرف فإنهم يرون العبد مع الأمة جنسا مختلفا و ان كان في الحقيقة جنسا واحدا، فإن الرجولة و الأنوثة من العوارض و العناوين الغير المقومة في نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومة في نظر العرف.

و أما إذا كانت الأوصاف من العناوين الغير المقومة في نظر العرف، كوصف الكتابة و الخياطة و النجارة في العبد فلا يكون تخلفها موجبا لبطلان البيع و من قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و في المقام أن المبيع و ان كان خمسة أمان من الحنطة فظهر أنه ثلاثة أمان و لكن عنوان الخمسة ليس من العناوين المقومة بحيث يفوت المبيع بالكلية بانقضائه، بل المبيع الذي وقع عليه البيع موجودا و انما انتفى عنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٨

وصف انضمامه بالمقدار الزائد، فيكون البيع في الحقيقة منحلا الى بيوع متعددة فإن معنى بعثك هذه الحنطة التي عشرة أمان بعشرة دراهم أن كل من منها بدرهم غاية الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه الى البيع الآخر فإذا ظهرت الحنطة خمسة فيكون البيع بالنسبة إلى الخمسة باطلة لما تقدم، و بالنسبة إلى الخمسة الموجودة صحيحة مع خيار تخلف الوصف و الشرط أى عنوان الانضمام. و بالجملة أن احتمال البطلان هنا فاسد و قياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق.

الجهة الثانية: في أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو خيار تخلف الوصف

اعنى ما ذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن العيب مثلا. عبر العلامة في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة، و للمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعا لبعض الآخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد. و أشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجح المشتري بالناقص و في باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن. و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهة كون النقص أو الزيادة غبنا لهما اصطلاحا فإنه عبارة عن التفاوت في القيمة السوقية، بل من جهة إرادة النقص و التضرر و ان الخيار ثابت لمن نقص من مائة ماله و حصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٤٩

له الضرر في هذا البيع لأجل الزيادة أو النقيصة.

و بعبارة أخرى أن غرض العلامة من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البائع في صورة الزيادة و المشتري في صورة النقيصة و المجوز لهذا الإطلاق هو الاعتبار بنقص مائة ماله في المعاملة و حصول الضرر لهما و الّا فالخيار من جهة تخلف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمني.

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف في العقد ففيه أن هذا في الأوصاف الخارجية التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج الى الذكر و كذا الشروط الضمنية كعدم تبعض الصفقة و عدم فوات الانضمام و عدم حصول الشركة فيه الى غير ذلك من الشروط الضمنية التي اعتبرت في المعاملة بحسب بناء العقلاء و ان لم تكن مذكورة في ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامة بثبوت الخيار للمغبون لا يكون دليلا على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحى أعنى تفاوت القيمة السوقية.

الجهة الثالثة: هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصلة من تخلف الوصف و الشرط

بحيث يكون من له الخيار مختارا بين الفسخ و أخذ الثمن أو المثمن و الإمضاء بدون أن يستحق باسترداد شيء من الثمن أو المثمن أو أنه على غير النسق المذكور و انما يستحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثمن و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابتة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٠

لتخلف الشرط أو الوصف فلا يوجب استحقاق شيء من الثمن أو المثمن غاية الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع في الجزء الزائد في صورة الزيادة و في الجزء الناقص في صورة النقيصة مثلا لو باع الحنطة على أنها خمسين حقه بخمسين درهما فينحل البيع هنا الى بيوع متعددة أي منها مشروط بالبقية فلو ظهرت الحنطة ثلاثين حقه فيكون هنا أمران أحدهما بطلان البيع في الناقص لعدم وجود المبيع أصلا، و الثاني ثبوت الخيار للمشتري في الباقي لتخلف الشرط الضمني و هو انضمام كل بيع بالبقية و قد انتفى هذا الشرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فيكون الخيار كسائر الخيارات في تخلف الشرط و تبعض الصفة و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقية خيار تخلف الشرط فإن ذى الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح.

و بالجملة فكما للمشتري خيار تبعض الصفة في سائر الموارد و كك هنا و مرجعه الى خيار تخلف الشرط و الوصف.

الجهة الرابعة: هل يثبت الخيار للبائع في صورة زيادة المبيع عن المقدار الذي أخبر به البائع

كما أنه ثابت للمشتري في صورة النقيصة أم لا قد عرفت من العلامة في القواعد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخير المغبون و لكن الظاهر أنه لا خيار للبائع، بل هو للمشتري في كلا الصورتين أي صورتي الزيادة و النقيصة أما في صورة النقيصة فقد عرفت ثبوته للمشتري من جهة تخلف الشرط، و أما في صورة الزيادة فربما يتوهم ثبوت الخيار للبائع من جهة أنه صار شريكا مع المشتري في المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشتري بنحو الإشاعة إلا أن كل شركة لا تقتضى ثبوت الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥١

و ان كان عيبا و ذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدي الضمني، نعم لو باع عبدا مريضا مثلا فبان أنه صحيح فله الخيار و هكذا كل شيء دخل تحت الالتزام العقدي و لو ضمنا.

و أما ثبوت الخيار للمشتري فواضح لكون الشركة عيبا في المتاع الذي اشتراه فيكون مختارا في الفسخ و الإمضاء و ان شئت فارجه الى الخيار تخلف الشرط فان الشرط الضمني موجود في عدم تعلق حق الغير بالمبيع و كون المشتري مستقلا في التصرف فيه و من الواضح أن حق القسمة للشريك البائع يمنع عن استقلال المشتري في التصرف في المبيع كما هو واضح لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه أن بيع المكيل و الموزون لا يجوز بدون الكيل و الوزن للروايات الدالة على اعتبارهما فيهما و كك المعدودات للرواية الدالة على تقرير الامام (ع) فهم السائل اعتبارهما فيهما حيث أجاب عن سؤاله عن صحة بيع المعدود بالكيل كما لا يخفى على ما تقدم، و أما اعتبار الزرع في المزروع فقد عرفت صحته أيضا و عدم جواز بيعه بدون له لما استفدناه من الروايات الدالة على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون من عدم الخصوصية لهما بل هما طريقان الى تعيين مالية الشيء و مقداره و من الواضح أن الزرع أيضا يعين مقدار مالية المزروع كما هو واضح جدا.

و أما ما لا يعتبر فيه الوزن و الكيل و الزرع كالألبسة و الأراضي و الدور و نحوها من مختلفة الأجزاء، فالظاهر كفاية المشاهدة فيه كما ذكره المحقق في الشرائع و العلامة في التذكرة فتوجب المشاهدة رفع الجهالة و الغرر في المبيع بناء على اعتبار العلم بمقدار العوضين كما تقدم و إلا فلا وجه لاعتبارها أيضا في بيع مختلفة الأجزاء كما عرفت.

و الوجه في ذلك أن المناط في اعتبار العلم بالعوضين هو تعيين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٢

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر و المجازفة و من الواضح أن المشاهدة أيضا طريق الى تعيين مالیه الشئ فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمة.

و عليه فلا يثبت الخيار للمشتري إذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عادة و أما إذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر و المجازفة و حينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين في صحة البيع و عدم الغرر فيها فيكون باطلا و الّا فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري و من هنا أشكل المصنف على العلامة من حيث عدّه بيع قطع من الغنم من ذلك فان التفاوت في ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه و كذلك إذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الأغنام بالمشاهدة لا بأس به لعدم الغرر فيه.

الكلام في بيع صاع من الصبرة

إشارة

قوله: مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقة أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبهه ذلك يتصور على وجوه.

أقول:

قد قسم المصنف بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء الى أقسام

إشارة

فلا يعلم أن نسبة المبيع إلى الجملة أي شيء.

الأول: أن يكون المبيع كسرا مشاعا

و لعله بين معنى كسر المشاع بحيث يبيع من الحنطة فلا يعلم أن نسبة المنّ إلى الحنطة أي شيء أهي بالنصف أو بالثلث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطة في موضع واحد أو في مواضع عديدة فلا يشترط في ذلك العلم بأن الصبرة أي مقدار من الصاع و هذا لا شبهة في صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعاملة أما الغرر فمنفي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٣

لعدم الجهل بالمبيع غاية الأمر أن نسبة المبيع الى المجموع مجهولة و كك لا إبهام فيه أيضا كما عرفت و أيضا لا مجال لان يقال أن صفة الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به و هو منفي هنا لما عرفت وجوده في الخارج، غاية الأمر لا يعلم نسبته الى المجموع و من هذا قبيل بيع عبد من عبيد أو دار من دارين، بل يبيع نصف العبد و نصف الأمة من عبد و أمه فان في ذلك كله المبيع أمر معين، بل نسبته الى المجموع أيضا معين فأى وجه للبطلان.

و قد أشكل العلامة على صحة البيع عبد من عبيد و لم يبين جهة الاشكال و ذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحة إطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد و نصف العبد الأخر، و لا يكون فارقا في المقام فان غايته يوجب سقوط

اللفظ عن الدلالة في مقام الإثبات على المراد الواقعي، فكلامنا ليس في مقام الإثبات، بل في مقام الثبوت و إمكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطة القرائن يفهم المراد أو يصرح على كون البيع بنحو الإشاعة و توهم ان لفظ الغلط يضرّ بالإشاعة فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى إنه يضرّ إذا كان نفس الإنشاء بالألفاظ المغلوطة و أما إذا كان الغلط في ألفاظ المتعلقة بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضرّ بالإشاعة و مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق في صحة البيع هنا بين كون المبيع متساوية الاجزاء أو مختلفه الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد و نصف من الأمة و نصف من هذا الدار و نصف من الدار الأخرى مع انها ليست متساوية الاجزاء، بل و كذلك بين نصف من الدار فإنها ليست متساوية فان في ذلك كله لا جهالة في المبيع و لا شيء آخر مما يوجب البطلان

القسم الثاني: أن يكون المبيع كلياً في الخارج مقابل الكلي في الذمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٤

و هذا هو القسم الثالث في كلام المصنف و انما قدمناه لتوقف معرفة القسم الثاني على القسم الأول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تارة يضاف إلى الذمة بأن يبيع منّا من الحنطة في الذمة بحيث يعتبر العقلاء بمجرد إضافة الكلي إلى الذمة ماله له و ان لم يكن مالا قبل ذلك و هذا يسمى كلياً في الذمة.

و أخرى يكون المبيع كلياً في الخارج بأن يبيع صاعاً من الصبر الموجودة في الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كلياً في المعين الخارجي، و من هذا قبيل أيضا يبيع عشرة أمتار من المزروع المقدر بمائة متر فان المبيع كلي خارجي و الفرق بين القسم الأول الذي يسمى بكسر المشاع و هذا القسم الذي يسمى بالكلي في الخارج أن المبيع في القسم الأول موجود في الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطة للبائع تلف المبيع أيضا و هذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلي مضيق ينطبق على الأمان الخارجية فإذا تلفت الصبرة لم يتلف المبيع و لم يبقى منها إلا بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقاً عليه و إذا تلفت الصبرة اجمع فيكون للمشتري حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا القسم أيضا لا شبهة في صحته لعدم تمشي بشيء من الوجوه المذكورة للبطلان هنا، فان المبيع كلي معين غايته مضيق بما في الخارج من غير أن يكون فيه إبهام و جهالة أصلاً فلو كان بيع كلي هنا باطلاً كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلي في الخارج و بالجملة لا شبهة في صحة بيع صاع من صبرة بنحو بيع الكلي في الخارج كما لا يخفى.

القسم الثالث: ان يكون المبيع فرداً منتشراً في الاجزاء الخارجية و مبهماً من جميع الجهات

و الفرق بين هذا القسم و القسم الأول هو أن المبيع في القسم الأول موجود معين شخصي من غير جهالة فيه و انما الجهالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٥

كانت في نسبه الى المجموع و أما في هذا القسم ليس فيه تعيين أصلاً فضلاً عن كونه في الخارج و أما القسم الثاني فالمبيع فيه أمر كلي بغير تشخيص فيه أصلاً و هذا بخلاف القسم الثالث فان المبيع ليس كلياً كالقسم الثاني و لا أمراً موجوداً في الخارج و متشخصاً بالخصوصيات بل هو فرد مردد مبهم و يسمى ذلك بالفرد المنتشر، و قد استدلل على بطلان البيع هنا تارة بالجهالة و أخرى بأن الإبهام في المبيع مبطل و ثالثة بأنه موجب للغرر فيكون موجبا للبطلان و رابعاً بأن الملك صفة وجودية محتاج الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعي من أمرين معينين و ذهب المشهور الى بطلان هذا القسم من البيع، بل ادعى الإجماع على ذلك و خالف المحقق الأردبيلي في ذلك و تبعه المصنف و بعض آخر.

أقول: يقع الكلام في تصوير هذا أولاً بأنه هل يمكن وجود فرد مبهم في العالم أم لا، فنقول تارة يراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غير المتشخص بخصوصية خاصة فهذا لا شبهة في بطلان بيعه إذ لا وجود له أصلاً حتى في علم الله و لم يخلق فرد يكون موصوفاً

بهذا الوصف فإنّ كلما هو موجود في الخارج فمتشخص بشخصية خاصة و بجهات مميزة بل التشخص عين الوجود على قول فكيف يعقل أن يكون هنا فردا و لا يكون متشخصا لخصوصية فإن أراد من الفرد المنتشر هذا المعنى المردد و قال الأردبيلي و المصنف بصحة بيع هذا الفرد فهو بديهى البطلان لما عرفت من عدم وجود مثل ذلك أصلا.

و ان أرادوا من ذلك الفرد المنكر أى فردا موجودا بين الأفراد الخارجية متشخصا بخصوصية و متميزا فى الخارج بتميز خاص بحيث كان عند

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٦

اللّه معيناً حتى لو كان هنا معصوم لا خبر بالمبيع و لكن مجهول عند البائع و المشتري كما إذا قال بعتك عبدا من عبيد أو صاعا من صياح هذه الصبرة أو شاة من هذه الشياة فإن المبيع و ان كان مجهولا عند المتعاملين و لكن ليس مثل الأول غير موجود فى العالم و غير مخلوق لله بل له وجود حقيقه فى علم الله بحيث لو كان عينا كان فردا من هذه الافراد كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتي أولا فإن أيا منهم يأتي أولا فهو مبيع و معلوم عند الله واقعا فإن أرادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهة فى صحته، إذ ليس شىء من الوجوه المذكورة جارية هنا إلا الوجه الأول فهو الجهالة أما الإيهام بالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع و قلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين و أما الغرر فليست المعاملة بغررية أصلا، فإن من المفروض الصبرة متساوية الاجزاء و متساوية النسبة و أما كون الملك صفة محتاجة إلى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكية الذى أمر اعتبارى بذلك المحل.

و بعبارة أخرى أنه لا-شبهة فى توقف البيع على وجود محل يقوم به فإن الملكية و ان لم تكن امرا خارجيا و صفة وجودية بل من الاعتبار يأتى إلا أن هذا الأمر الاعتبارى لا بد له من محل يقوم به ليتمكن تبديل المال فى طرف الإضافة فما لا مال فلا إضافة ليتمكن التبديل فيها، نعم فالجهالة موجودة هنا فان تم إجماع و نحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهالة و كونها موجبة للبطلان فيها و إلا فيحكم بالصحة للعمومات كما هو واضح، و أوضح بالصحة لو كان له عبدان فمات أحدهما و بقى الآخر و لم يعرف أنه المبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقي من عبيد فان مثل هذه الجهالة لا تضر بالصحة و لا دليل على كونها مبطله و توهم شمول الإجماع عليه فاسد، فإنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٧

دليل لبي لا يشمل لغير الجهالة فى المقدار.

و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسألة هو أن بيع شىء يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون كسر مشاع

بمعنى أن يكون المبيع حصية من الحنطة الموجودة فى الخارج و متشخصا بخصوصية و يكون المشتري شريكا له بنسبة خاصة من النصف أو الثلث أو غيرهما و انما يشير البائع بقوله بعتك منّا من الحنطة إلى الشركة بهذا النحو كما لا يخفى، و هذا لا شبهة فى صحته و لا فرق فى ذلك بين متساوية الأجزاء أو لم يكن و لا بين صحة إطلاق اللفظ على النصف و نحوه و عدمه فيصح بيع عبد من عبيدين على نحو الإشاعة و ان لم يصح إطلاق العبد على النصف و ذلك لما عرفت فى ألفاظ العقود على اعتبار الحقيقة و الألفاظ الصحيحة فى ألفاظ العقود، و انما هو منحصر بالألفاظ التى يقع به إنشاء العقد و أما متعلقات العقود فلا يعتبر فيها الحقيقة، بل لا يعتبر فيها الألفاظ الصحيحة فضلا عن المجاز كما هو واضح.

و بالجملة فيبيع كسر المشاع بأى لفظ كان صحيح بلا اشكال و ليس فيه ما يوجب البطلان من الوجوه المتقدمة كالجهالة و الإيهام و

الغرر و عدم وجود المحل ليقوم به الملك.

الثاني: بيع الكلي في المعين الخارجي في مقابل البيع الكلي في الذمة

و قد تقدم تفصيله و إجماله أن يبيع كليا معينا مثل المنّ و نحوه من هذه الصبرة الخارجية من غير أن يكون المشتري شريكا له في الصبرة و انما يكون حقه قابلا- لانطباق بكل منها انطباق الكلي على الفرد حتى لو تلفت الصبرة و لم يبق منها الا بقدر المبيع فيكون حقه منطبقا عليه بخلافه في الأول فإن التالف من البائع و المشتري بنسبة حصتهما الى مجموع الصبرة.

و يدل على صحة هذا البيع مضافا الى المطلقات و العمومات قيام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٨

السيرة القطعية على صحته فان رسم الأصناف من قديم الأيام و حديثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلي في المعين و كذلك المشتري يشترى هكذا مثلا- فيجىء أحد إلى البزاز فيقول له بعني عشرة طاقات من الثوب الفلاني و يقول البائع بعتك عشرة طاقات، فإنه يكون هذا على نحو الكلي في المعين و يدل على صحة هذا البيع مضافا الى الأمرين المذكورين صحيحة «١» الأطنان (و لورود الرواية في أطنان القصب قد سمها الشيخ صحيحة الأطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود في الخارج حيث احترق و لم يبق الا بقدر المبيع فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقت هي للمشتري فلا يتم ذلك الا بكون المبيع كليا لا- بنحو الإشاعة و توهم أنه على نحو الإشاعة و لكن حيث كان التلف قبل القبض فلذا لم يكن التالف من المشتري فان التلف قبل القبض من مال البائع توهم فاسد فإن جهة الاستدلال ليس هو ذلك بل كون الباقي مجموعا للمشتري، فإنه لو كان على نحو الإشاعة لكان البائع أيضا شريكا له في الباقي و لا يفرق في ذلك قبل القبض و بعده على أن الرواية غير متعرضة بجهة القبض سؤالا و جوابا.

الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مرّدا بين الافراد الخارجية

نظير الفرد المنتشر من أن يكون متشخصا بخصوصية خارجية كما في القسم الأول و لا- أمرا كليا كما في القسم الثاني فقد ذهب المشهور الى بطلانه و الأردبيلي و بعض من تأخر عنه الى الجواز و اختاره المصنف و استدلوا على البطلان بوجوه أربعة و قد أجاب عنه المصنف كما تقدم، و لكن الكلام في تصوير

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢، صحيحة بريد بن معاوية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٥٩

□ ذلك فنقول فإن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذي لا يتشخص بخصوصية خارجية فهذا لا وجود له حتى في علم الله تعالى، و لم يخلق بل و لا يخلق أصلا، بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا، فإن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد، بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشيء موجودا في الخارج و يكون مبهما من جميع الجهات، و غير متشخص بخصوصية خاصة فلا يمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا و فردا منتشرا بين الأفراد الخارجية و عليه فلا- يعقل القول بإمكانه فضلا عن صحته بعبه أو الاستدلال على بطلانه بأمور متقدمة فإن ذلك من أقسام ممتنع الوجود في الخارج و أن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلا شبهة في جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا- و متشخص بخصوصية و متميز عن سائر الموجودات في الخارج الا أنه غير معلوم للمتبايعين و الا فإن الله تعالى يعلم أن المبيع أي فرد من الافراد الخارجية و أي منها يختاره المشتري عند القبض و الإقباض و لو كان هنا معصوم لأخبر به كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدي الذي يجنى قبل كلهم أو شاء من الشياة أو صاعا من صياع هذه الصبرة

الموجودة الذى نختاره عند الوزن أولاً فان فى ذلك كله ان الله تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الأول، بحيث أن لا يكون له وجود أصلاً حتى فى علم الله تعالى و يستحيل خلقه إلى الأبد و يكون داخلاً فى ممتنع الوجود و ان أرادوا هذا فلا شبهة فى صحته، و لا يرد عليه شىء من الوجوه الأربعة إلا الجهالة فإن تم إجماع على كونها مبطله فيها و ألا فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة البيع و يحكم بصحته أيضاً و على هذا فما ذهب إليه الأردبيلي و من تبعه بعده متين جداً.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٠

ثم انه بقى الكلام فى تصوير الإشاعة و بيع الصياغ من الصبرة على نحو الكلى،

أما الأول فذهب جمع الى ان الإشاعة أن يملك شخصين متاعاً بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كلياً منطبقاً على العين الخارجية فمعنى الشركة على نحو الإشاعة و ملك كل منهما كلياً قابل الانطباق على الموجود الخارجى.

و ذهب بعضهم أن معنى الإشاعة أن يملك كل واحد من الشريكين أمراً شخصياً خارجياً من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينا فى الواقع و مجهولاً فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار و لكن لا يتميز حقيقة كل منهم عن الآخر فى الظاهر و ان كان معلوماً فى الواقع.

ثم انه ذهب أكثر المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام إلى وجود الجزء الذى لا يتجزى و أن الجسم مركب من تلك الاجزاء و أن المواد الأصلية للأشياء هى تلك الأجزاء و ذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب و على فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا يتجزى و لا يقبل الانقسام من أبد البديهيات، و قد برهنوا عليه فى محله ببراہين متعددة منها أن كل ما هو متجزى و شاغل للمكان و قابل للإشارة الحسية الملازم للوجود و التشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته و هكذا و أن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الآخر و هكذا و أن وصل ذلك الشىء فى الصغير الى حد لا يكون شىء أصغر منه بحيث لا مرتبة بعد إلا لعدم فعليته فلا مناص من قبوله القسمة و انما عدم الانقسام فى الخارج بواسطة عدم الآيه القطاعه و عليه يترتب بطلان مذهب النظام القائل بتركب الأشياء من أجزاء غير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦١

متناهية لا تتجزى على أنه يلزم امتناع قطع مسافة معينة فى مدة متناهية إلا بالظفرة فإن المسافة الواقعة بين المبدء و المنتهى مركب من أجزاء لا تنهى فلا يعقل قطعهما فى زمان متناه إلا بالظفرة الى غير ذلك من البراهين.

و بالجملة فلا شبهة فى بطلان القول بالجزء الذى لا يتجزى و كون الأجسام مركبا منها.

و لكن تصوير الإشاعة فى الشركة غير متوقفه على ذلك فإنه قلنا بوجود الجزء الذى لا يتجزى أو بعدمه فالشركة موجودة فى الخارج قطعاً و انتهى الى الاجزاء الغير المتناهية بناء على عدم انقسام الجوهر الفرد إذا عرفت ذلك فنقول أما تصوير الإشاعة على الوجه الأول أى مالكية كل منهما على المال بنحو الكلى فى المعين فلا شبهة فى بطلانه فان لازم ذلك أن لا يكون الخصوصيات الموجودة فى العين الخارجى مملوكة للشركاء كخصوصية الدار و الأرض و الحيوانات و غيرها من الأملاك الشخصية و من البديهي انها من أملا-كهم فلا- يصح ذلك مع القول بكون مالكيتهم على نحو الكلى فى المعين فإنه لا يعقل أن يكون الكلى حاوياً للخصوصيات و أيضاً من جملة أسباب الشركة المزج فلو كان ملك كل من الشريكين على نحو الكلى فيلزم عدم ملك كل من مالكي الطعامين بالطعام الشخصى مع أن ملكهم كان شخصياً فهذا خلف و يلزم أيضاً أن تخرج الخصوصية من كلهم بلا سبب و أيضاً لو باع أحد نصف داره من الآخر على نحو الإشاعة فلازم القول المذكور أنه لو تلفت العين و لم يبق منها إلا بمقدار حق المشتري فيكون ذلك متمحضاً له و ان قلنا بزوال مالكية البائع عن الحصه الأخرى لنفسه فلازمه إلغاء ذلك بلا موجب فشىء من ذلك لا يمكن الالتزام به و

أما كون كل من الشركاء مالكا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٢

لشخص خاص معين في الواقع وغير معين في الظاهر بحيث أي جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا ونصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فإنه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح و مجوز فيما إذا اشتريا متاعا على الشركة أو انتقل متاع الى الوارث من المورث و هكذا فان في هذه الموارد كلها أي سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبة المال كان إليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الآخر تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح.

على أنه لو كانت الشركة بمعنى ملك كل من الشريكين حصية خاصة شخصية الى أي مرتبة انتهت لزم في بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما إذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين و إذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن المالية للقله كحبة من الحمص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم و اجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهي البطلان، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسرة الشركاء كما إذا اشترك شخاط بين مائة فان كل جزء من المائة ليس بملك أيضا فإنه لا يعتبر العقلاء الملكية على ذلك كما لا يخفى و أما الإيهام فمضافا إلى أنه لم يحتمله أحد أنه غير معقول.

و محصل الكلام من الأول أنه لا يعقل تصوير الإشاعة على نحو الكلي في المعين فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصية في الأعيان الشخصية المملوكة للشركاء مملوكة لهم كالدار و الحدائق و البساطين المشتركة بين الشركاء مع أنها مملوكة لهم.

و أيضا إذا حصلت الشركة بالمزج فلزم إلغاء مالكية الشركاء عن العين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٣

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأى شيء أوجب إلغاء ذلك و أيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الإشاعة و صار المشتري مالكا للكلي في المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقي مع تلف النصف كما هو كذلك في جميع موارد بيع الكلي في المعين مع أن التلف في صورة الإشاعة محسوب منهما بلا خلاف فان قلنا بزوال مالكية البائع عن الخصوصية في حصية نفسه فهو بلا موجب فأنى سبب أوجب زوال ملكه عنها و صار مالكا للكلي فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعة على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين في الواقع الى أي حد وصل التقسيم و ان كان مجهولا في الظاهر و كل من الشريكين مالك لنصف العين المشتركة بجميع أجزائها المعينة في الواقع و لوجه في عدم كونه معقولا أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما إذا مات المورث و ترك وارثا متعددة و مالا فإنهم مشتركون في ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص و جزء معين دون الآخر و يا نعكس ترجيح بلا مرجح و تخصيص بلا مخصص.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعة على نحو الإيهام فإنه مضافا الى أنه لم يقل به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

و إذا بطل الوجوه المتقدمة فانحصر الوجه في تصوير الإشاعة بما نذكره و التحقيق فيه أن يقال في تصوير الإشاعة أن مجموع الشركاء مالك لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكية المجموع لشيء واحد بنحو الاستقلال و لكن مالكية كل منهم للعين مالكية ناقصة كالنصف و الثلث و الثلثين و الربع و السدس و غيرها، فان كل منهم نصف المالك و ثلثه و ربه و سدسه و هكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع يا حدى النسب المذكورة دون البعض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٤

الخاص أو الكلي في المعين و لكن على نحو الناقصة بحيث لو أراد أن يتصرف في العين المشتركة على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينا في الشركة فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا.

و بالجملة أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه و لكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربه و هكذا التعبير

عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف وهكذا فمن باب المسامحة في التعبير و الضيق في العبارة و الا فليس له مالكية على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركة أصلا و انما المجموع مالك واحد مستقل و كل منهم مالك ناقص و له مالكية للتصرف فيها ناقصة من غير أن يكون بالاستقلال ففي مثل موت المورث و انتقال المال إلى الورثة ان مجموع الورثة مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورث وحده و بالفعل كان المالك هو مجموع الورثة و صاروا نائبا عنه في المالكية و كان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصف المالك و ربه على حسب حصته و لا شبهة في صحة اعتبار الملكية للمجموع و يدل عليه ما ذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها مالية أصلا و انما المالية تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما إذا كان شخاط واحد مشترك بين خمسين فان قلنا بما ذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحة اعتبار الملكية لهم و كان لكل منهم مالكية ناقصة فيها و ألا لكان هذا المال بلا مالك فان حصة كل منهم ليس بمال و المجموع مال و لكنه ليس لأحد و لا للمجموع على الفرض، بل ربما يصل الى مرتبة يخرج مقدار حصة كل منهم عن الملكية و لا يعتبر العقلاء ملكية عليه كما إذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٥

الاختصاص في العين لكونها متعلقة لحقه و اما على ما ذكرناه، فالأمر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالاً لمجموع العين المشتركة و كل واحد منهم مالك للمجموع أيضا و لكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك و ربه و ثلثه و ليس له على العين السلطة المالكية الاستقلالية بل له سلطة على العين سلطة المالكية الناقصة فإن لكل منهم مملوك فهو مجموع العين و لكن مالكيته و سلطنته عليه ناقصة كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكية ناقصة و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع مجموع العين بملكية ناقصة و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع نصف الدار مثلا معينا أو على نحو الكلي في المعين أو على نحو الفرد المنكر فكذلك يجوز بيع مقدار منها على نحو الإشاعة بمعنى كون المبيع مجموع الدار و لكن يبيعه با لمالكية الناقصة و ينتقل اليه نصف المالكية أي يعدم نصف مالكيته بالبيع و ينقطع من المالك الإضافة الناقصة و توجد تلك الإضافة أصلا بل دائما قطع اضافة و إيجاد إضافة أخرى، فإن البيع تبديل مال في طرف الإضافة و التعبير بالنقل للوضوح.

و بالجملة فإذا باع المالك نصف متاعه على نحو الإشاعة فقد بذل مجموع متاعه في مقابل الثمن على نحو الملكية الناقصة و قطع اضافة ناقصة من إضافة المالكية إلى نفسه و أوجدها للمشتري و هذا المعنى أمر موافق للاعتبار و لا- غرر فيه، و هكذا يبيع أحد الشريكين حقه من الآخر فإنه يبيع مجموع العين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٦

المشتركة بملكية ناقصة و ينتقل من البائع إلى المشتري اضافة ناقصة من المالكية و هكذا في جميع موارد الشركة و يبيع أحد الشركاء حقه كما لا يخفى فافهم.

و توهم أن الملكية من مقولة الأعراض فهي غير قابلة للقسمه فكيف تكون الملكية متبعضة و يكون لأحد الشركاء النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس و هو توهم فاسد فإن الملكية و ان كانت أمرا اعتباريا غير قابلة للقسمه كالأعراض أو هي من مقولة الأعراض و لكن يمكن تقسيمها باعتبار متعلقها كما هو الشأن في جميع الأعراض الغير القابلة للقسمه مثلا أن البياض في نفسه غير قابل للتقسيم، و لكنه يقبله بحسب محلّه و الأمر في المقام أيضا كك فان مالكية المورث مثلا كانت بالاستقلال فإذا مات انقطعت منه و وجدت في مجموع الورثة من حيث المجموع و في الافراد بالتبعض باعتبار أن مملوك كل منهم التركة مجموعا بنصف الملكية مثل فأوجب ذلك انقسام المالكية أيضا الى النصف كما أن البياض في الجسم بياض واحد و يتعدد بالتقسيم و أن الحرارة في الماء حرارة واحدة و يتعدد بتقسيم الماء و هذا أيضا كتبعض الإرادة و الطلب في باب التكاليف المركبة كتعلق الأمر بالصلاة و تبعضه الى الركوع و

السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب و ان كان بسيطا لا يتبعص و لكن يتبعص بتبع متعلقة كما لا يخفى.

ثم وقع الكلام بين العامة و الخاصة أن التقسيم في باب الشركة افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الإمامية أنه تعيين الحصه و قال العامة أنه بيع فيترتب عليه أحكامه و قد وقع النزاع بين العامة و الخاصة في باب المعاملات في هذا المسألة و مسألة الضمان، حيث انهم يقولون ان الضمان ضم ذمه إلى ذمه أخرى و قال الإمامية انه انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٧

ان وقع الخلاف بينهم في باب المعاملات في كثير من الفروع، و لكن المخالفه في المسائل المهم هاتان المسألتان.

أقول: ان كان مراد الإمامية من كون الشركة افرازا و تعينا للحق هو أن حق كل منهما أمر كلي يتعين بالقسمه كما هو ظاهر كلامهم فهو لا يصح ألّا في موارد كون المملوك كلياً كموارد البيع في الذمه أو بيع الكلي في الخارج فإنه يتعين بالتعيين، و أما في موارد الشركة التي هي إشاعه حق كل من الشريكين على النحو الذي ذكرناه فلا، بل لا شبهه أن في موارد الشركة ينتقل المملوك كل من الشريكين إلى الآخر بدل انتقال حق الآخر إليه، فيقع بينهما التبادل كما سنذكره و على هذا فلا وجه لما ذكره الخاصة بوجه.

و ان كان مرادهم من ذلك رد العامة حيث انهم يقولون بكون التقسيم بيعا يترتب عليه أحكام البيع من الخيارات و نحوها و غرضهم أنه ليس ببيع ليرتب عليه حكمه، فهو متين لعدم انطباق تعريفه عليه، و انما هو معامله خاصه حيث ان لكل من الشركاء مالكيه ناقصه للعين من حيث المجموع، فيبدل كل منهم مملوكه بالملكيه الناقصه على النصف مثلا بمملوك الآخر بالملكيه الناقصه كذلك، مثلا فإذا كانت الدار الواحدة مشتركه بين شخصين على النصف فمعنى قسمتها الى نصفين أنه كل منها يأخذ مملوك الآخر الذي بالملكيه الناقصه مقابل مملوك نفسه بالملكيه الناقصه فيكون مالكا مستقلا بالنصف و الأمر واضح بناء على تصوير الإشاعه على نحو الثاني أي يكون كل من الشركاء مالكا لجزء خاص فان كل منهم يبدل الاجزاء المملوكه له في هذا النصف بالأجزاء التي في النصف الآخر و على هذا فيكون التقسيم في نفسه معامله مستقلة و قد ذكرنا نظير ذلك في المعاطاه و قلنا فلا بعد في أن يكون هنا معامله مستقلة لا يكون بيعا و لا صلحا و لا اجاره و لا غيرها من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٨

المعاملات المعروفة فتدل على صحتها آية تجارة عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطاه معامله مستقلة فكذلك يمكن ان يكون التقسيم أيضا معامله مستقلة و لهذا نظائر كثيرة في العرف كتبديل كتاب الرسائل المحشى، برسائل آخر غير المحشى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج إلى الحاشية يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا و لا غيره من المعاملات المعروفة، بل معامله خاصه.

و بالجملة فإن أراد الخاصة من الافراز الوجه الأول الذي هو ظاهر كلامهم من الافراز و التعيين فلا وجه لما ذكره الخاصة و العامة فإن كليهما باطل و ان أرادوا الوجه الثاني الذي ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر و لا يضره كونه خلاف ظواهر كلامهم لأنهم كانوا بصدد الرد على العامة من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فإنه كما عرفت ليس ببيع، بل معامله خاصه فافهم.

الكلام في تصوير الكلي في المعين

و أما تصوير الكلي في المعين

فربما يقال أنه عبارة عن الفرد المنتشر الموجود في الصبره الخارجيه مثلا و قابل الانطباق على كل فرد فرد.

و فيه مضافا الى استحالة وجود الفرد المبهم و أنه لم يخلق و لن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلي هو عدم

تشخصه بخصوصية خاصة خارجية و معنى الفرد أنه متميز بالخصوصية فهما لا يجتمعان.

و قد يقال أنه عبارة عن الكلى فى الذمة بعينه غاية الأمر أن المشتري يشترط على البائع أن يؤديه أى المبيع من العين الموجودة فى الخارج

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٥، ص: ٣٦٩

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٦٩

المتخصيص بخصوصية خاصة و ألا فلا فرق بينه و بين الكلى فى الذمة، فإذا باع صاعاً من الصبرة الخارجية أو من الحنطة الفلانية فمعناه أنه باع كلى المن و كلى الصاع فى الذمة بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح.

و فيه أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجية كان البيع باطلاً فان المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان، فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلى فى الذمة على النحو المزبور لما كان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجية بل يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط مع صحة البيع كسائر موارد تخلف الشرط.

و قد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمة أيضاً، و لكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه ألا على الموجود الخارجى كما إذا باع عبداً من عبده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع من الحنطة الحاصلة من المزرعة الفلانية و الفرق بين هذا و سابقه أن الخصوصية مأخوذاً فى البيع على نحو الاشتراط فى الأول و على نحو القيد فى الثانى فعلى الأول مع تلف ما فى الخارج كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما عرفت و على الثانى فله خيار تعذر التسليم.

و فيه أولاً أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى منها موجب للانفساخ لأن التلف قبل القبض من مال البائع و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى الذمة على النحو الثانى فإن التلف فيه لا- يوجب البطلان، كما عرفت، بل يبقى البيع على حاله و يكون المبيع هو الكلى غاية الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٠

و ثانياً: أن لازم ذلك جواز أن يتلف البائع العين الخارجية وضعا و يبيعه لغيره مثلاً بحيث لا يبقى شىء فى الخارج لينطبق عليه الكلى و مع ذلك كان البيع صحيحاً و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى المعين فان المبيع موجود فيه فلا- يجوز إتلاف البائع مجموع ذلك وضعا.

و قال شيخنا المحقق أن المبيع فى بيع الكلى فى المعين هو الكلى من غير ان يقيد فى كونه فى الذمة و لا أنه مقيد بكونه فى الخارج بل مطلقاً من جميع ذلك فيكون منطبقاً على كل فرد فرد فى المعين الخارجى، فإذا باع من الحنطة فمعناه انه باع كلياً مطلقاً قابل الانطباق على الصياع الموجودة فى الخارج المعين و على غيرها.

و فيه مضافاً الى الوجهين المتقدمين أنه لا يعتبرون العقلاء مالىة على كل لا يكون منسوباً الى ذمة أو الى الخارج (و قد اعترف بذلك فى أوائل البيع، و قال ينسب إلى الذمة بيعت) فلا معنى لكونه مبيعاً أصلاً كما هو واضح.

و التحقيق فى تصويره أن يقال أن الكلى فى المعين ليس إلا الكلى المضيق الموجود فى ضمن المعين الخارجى و قابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك فى أمور الأول ان الكلية لا يتخصيص و لا يتشخص إلا بالتشخصات الخارجية بحيث توجب تحيزها فى الخارج و ألا فبمجرد تقييد الكلى من غير أن يوجب التقييد و التشخيص فى الخارج لا- يوجب خروج الكلى عن كليته كما حقق فى علم الحكمة و الكلام، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح فى تصوير بيع الكلى أن الملكية الاعتبارى متعلق أولاً و

بالذات بالكلية حتى في البيوع الشخصية و على الخارجيات بالعرض فيكون الكلي مملوكا بالأصالة و الأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فإنه عالم بالكلية بالأصالة و بالجزئي بالعرض كما هو واضح فلا عجب في إمكان تملك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧١

الكلي على كليته و إبقاء الخصوصيات في ملك نفسه كما لا يخفى.

الثاني: أن الأعيان الخارجيه انما هي مملوكه لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصية و له مالكيه عليها مالكيه تامه فله أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات و تبقى الخصوصيات في ملكه و له أن ينقل اليه الذات مع جمله من الخصوصيات و له أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تارة تكون بحد توجب كون المبيع شخصيا و آخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا.

الثالث: أنه لا شبهة في وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيرة كما لا شبهة في وجود الجامع بين الحقائق أيضا فإن حقيقة واحدة يمكن ان تصدق على الحقائق العديده مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود في العالم كما أن حقيقة الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود بيع ففي مقام الإشارة و الدلالة يعبر بمفهوم الوجود و في مقام اللب و الواقع يعبر بحقيقة الوجود، فإذا قيدت الطبيعة مثلا بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحو الاستغراق و السريان، و إذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعة أيضا، و لكن على نحو البدلية بحيث يكون أول الفرد منها أي فرد كان موردا للحكم و هذا أيضا يختلف بالسعة و الضيق.

إذا عرفت ذلك فنقول أن المالك أنما هو مالك للعين الخارجيه مع جميع خصوصياتها فإذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أو غيرها من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع ح أمرا كليا قابل الانطباق على بقية الأفراد بأجمعها على البدل مفهوما و حقيقة كانطباق مفهوم الوجود و حقيقته على جميع مفاهيم الوجود و حقيقته فليس الذات من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٢

حيث هي المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا و لا أن الذات المقيدة بجميع الخصوصيات مبيع و ألا لتوجه على الأول ما ورد على شيخنا المحقق، و على الثاني، كان المبيع شخصا لا كليا بل المبيع هي الذات المقيدة ببعض الخصوصيات أعني خصوصية كونها من هذه الحنطة أو هذه الطاقة أو هذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصية تضيق دائرة الكلي الواسع المطلق من جميع الجهات، و لكن ليست تلك الخصوصية على حد تكون موجبه لصيرورة المبيع شخصا فيكون واسطه بين الأمرين فيكون المبيع هو الطبيعة المقيدة بصرف الوجود الضيق فالبايع قد نقل الى الغير الطبيعة المضيقه المقيدة بصرف الوجود من العين الخارجيه كصاع و نحوه و ملكه للمشتري بحيث صار المشتري مالكا لطبيعي الصاع المقيد بصياح هذه الصبره مثلا و أبقى المالك بقية الخصوصيات في ملكه و منها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشتري إلا الكلي المقيد من هذا الموجود و هذا واضح جدا فالاعتبارات العقلانية مساعده لها في التكاليفيات و الوضعيات كما إذا أمر المولى بالصلاة مطلقا أو في المسجد فان المكلف به في الأول مطلق جميع الجهات غير تقيد الطبيعة بصرف الوجود و أما القيود فكلها ملغات و هذا الذي عبرنا عنه في باب المطلق و المقيد برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق، و في الثاني مقيد بقيد آخر غير تقيد بصرف الوجود و هو كونها في المسجد و مع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين إيجاده في السطح أو في داخل المسجد و في أي مكان منه.

و كذلك إذا أجر أحدا بخياطة ثوبه مطلقا أو في شهر خاص و هكذا و هكذا فالمقصود أن ما ذكرناه من تصوير بيع الكلي في المعين ليس معنى بعيدا عن العرف، بل اعتبارات العقلاء مساعده عليه و كذلك اعتبار الشارع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٣

كما عرفت فاغتنم.

و قد ورد في رواية «١» الأطنان ما يدل على جواز بيع الكلي كما عرفت و بالجملة لا بأس من الالتزام ببيع الكلي ثبوتا و إثباتا بعد ما ساعده الاعتبار العقلاني و ورد عليه الرواية.

مسألة: لو باع صاعا من صبرة

قوله: مسألة: لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة؟
أقول: إذا باع صاعا من صبرة معينة فتارة يعلم مقصود المتبايعين من الخارج و انهما أرادوا أحدا من الإشاعة أو الكليّة فيحمل عليه سواء قلنا بكون اللفظ ظاهرا في الكلي أو في الإشاعة، كما أنه لو علم عدم توافقه في القصد فيحكم بالبطان بأن أراد البائع الإشاعة و أراد المشتري الكلي أو بالعكس، فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد و لا- يفرق في ذلك كله بين كون المقصود لكل منهما ظاهر اللفظ أو لا، بل لا يفرق فيه بين الصحيح و الغلط حتى لو قال المطلق و أراد المقيد فلا بأس فيه مع فهم المشتري المراد كما إذا قال بعتك دارا فكان غرضه الدار المعين لما عرفت من عدم اعتبار اللفظ الصريح، بل الصحيح في متعلقات العقود.
و بالجملة لو علم مراد المتبايعين من الخارج انهما أرادا الإشاعة أو الكلي سواء أتيا كلاهما بلفظ مطلق أو مقيد صريح أو غير صريح صحيح أو

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ١٩، بريد بن معاوية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٤

غير صحيح فلا- كلام في صحة ذلك كما لا شبهة في بطلانه إذا أراد أحدهما الكلي و أراد الآخر الإشاعة فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على مورد واحد و أيضا لا يفرق فيه بين الإتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت.

و انما الكلام فيما إذا شك في ذلك و لم يعلم أن أيّا من المعنيين إرادة البائع و أن أيّا منها اراده المشتري، و ذلك اما لعدم العلم بما قصده من ذلك الإيجاب و القبول لنسيان و نحوه أو لموت البائع أو المشتري أو كليهما و لم يعلم الوارث أن أيّا من المعنيين قصده أو وقع التداعي بينهم فادعى أحدهما كون المقصود إشاعة و ادعى الآخر كون المقصود كليا و سيأتي التعرض للثمرة بين المعنيين.

و الظاهر هو حمل اللفظ على الكلي في المعين لوجهين، الأول للرواية المتقدمة في بيع الأطنان من أنبار القصب فإنه سأل السائل عن حكمه إذا احترقت و لم يبق إلا مقدار حق المشتري فأجاب (ع) بأنه للمشتري و لم يستفصل في ذلك بين أنهما قصدا الإشاعة أو قصدا الكلي، بل حكم بكون الباقي للمشتري جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبرة ظاهر في الكلي و توهم أن ظهور اللفظ في الإشاعة و انما حكم الامام (ع) بكونه كليا للتبعد توهم فاسد فإن الشركة و عدم الشركة ليست امرا تعبدية و بالجملة فحكم الامام (ع) بكون الباقي للمشتري يدل على أنه (ع) فهم من ظاهر اللفظ الكليّة فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل في السؤال أصلا.
الوجه الثاني: أن الظاهر من العناوين المأخوذة في موضوعات الاحكام سواء كانت تكليفية أو وضعية لها موضوعية في نفسها و ليست طريقة الى الواقع و الى اعتبار شيء آخر، و قد اشر الى هذا في بيع الغرر كما عرفت في حمل العنوان على الحكمة أو العلة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٥

فالظاهر من قول البائع بعتك صاعا من صبرة أو منّا من الحنطة الموجودة هو ارادة المن بما هو من و الصاع بما هو صاع من هذه الصبرة بحيث لا يكون مقيدا بخصوصية إلا كونه من الصبرة الموجودة و مضافا الى صرف الوجود و أما الخصوصية الزائدة عن ذلك فلا- من غير أن يكون طريقا إلى إرادة أحد الكسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الكسور المتصورة المتخصصة بالخصوصيات الخاصة الخارجية فإنه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغى عنهما جميع الخصوصيات إلا الإضافة إلى صرف الوجود من الصبرة المعينة فقط.

و بالجمله أن مقتضى الظاهر من لفظ المنّ هو الكلى العارى من جميع الخصوصيات إلّا إضافة الى صرف الوجود من الصبره المعينه الخارجيه فإن ظاهر حفظ العنوان يقتضى كونه موضوعا للحكم و لا يكون ذلك موضوعا للحكم الا بلحاظ أنه كلى و دعوى الإشاعة يقتضى كون لفظ المنّ أو الصاع إشارة إلى الكسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الإشاعة بأحد هذه الكسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما كما لا يخفى.

و قد يقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبره هو الفرد المنتشر كما هو مقتضى الظاهر من التنوين التنكير.
و فيه أولا قد عرفت أن ارادة الفرد المنتشر غير معقول فى نفسه.

و ثانيا: أنه لا كليه لذلك إذ ربما يكون اللفظ خاليا عن التنوين كما إذا قال بالإضافة أو اللام كقولك بعتك صاع من الصبره أو المنّ من الحنطة و نحو ذلك.

و ثالثا: أن هذا التنوين ليس بتنوين تنكير، بل هو تنوين تمكّن و أما التنوين التنكير فهو يدل بأسماء الأفعال كص و مه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٦

و أما ثمره القول بكونه ظاهرا فى الكليه أو الإشاعة فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما، الأول أن تعيين المبيع من الصبره فى يد البائع، فإن المفروض أن المشتري لا يملك إلّا الطبيعه المعراه من جميع الخصوصيات إلّا الخصوصيه الخاصه و هى كونها مضافه الى صرف الوجود من صاع هذه الصبره الموجوده فى الخارج و عليه فليس له إلّا أن يطالب من ملكه من صياح هذه الصبره كما أنه كذلك إذا ملك أحد على كلى فى ذمه شخص فإنه لا يملك إلّا الكلى فقط المضاف إلى ذمه المديون أو البائع فليس له يطالبه من حصه خاصه و من كومه معينه.

و بالجمله أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبه الزائد و من الواضح أن المشتري يملك مطالبه كلى الصاع من هذه الصبره و أما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا.

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعه من المكلف فإنه إذا أمره بإيجاد الطبيعه فليس له مطالبه خصوصيه زائده غير إيجادها و إذا أقيح على العبد أنك لماذا لم تمتل بإيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه فيحتج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبه الزائد من إيجاد الطبيعه نعم لو كان هنا دليل آخر يدل على إيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه وراء الأمر بأصل الطبيعه فللمولى أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائده و ليس للعبد ح أن يقول أن الأمر بالطبيعه لا يقتضى إلّا الامتثال بالطبيعه فقط و هكذا الأمر فى أوامر الشارع بأجمعها.

هذا على تقدير الكليه و أما بناء على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما بوجه لحصول الشركه، فيحتاج القسمة إلى التراضى كسائر الأموال المشتركه الثمره الثانيه أنه بناء على الكليه إذا تلفت الصبره بأجمعها و لم يبق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٧

منها الا مقدار حق المشتري فيكون الباقي له و ليس للبائع فيه حق و هذا بخلافه على الإشاعة فإن التالف و الباقي بينهما سيان.

و الوجه فى ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشتري ليس إلّا الطبيعه المعراه عن الخصوصيات إلّا إضافته إلى صرف الوجود من الصبره الموجوده فى الخارج فما دام أنه قابل الانطباق على صياح الصبره لم يذهب من حقه شيء كما عرفت ذلك من الروايه إلّا إذا تلف المجموع فإنه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع.

و أما على الإشاعة فإن الفرض أن حق كل من البائع و المشتري على نحو الإشاعة فى الصبره فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشتري فى كل جزء فمع القبض و الإقباض يذهب المبيع من كيس البائع و بدونه يفسخ البيع و هذا واضح جدا فما ذكره المصنف فى محلّه و تمت الثمره.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجمله باع من شخص آخر صاعا كليا آخر فالظاهر أنه إذا بقى صاع

واحد كان للأول لأن الكلي المبيع، ثانياً إنما هو مشاعه في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة و قد قواه شيخنا الأستاذ و قال أن الباقي ينطبق على ملك المشتري الأول و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبة إلى صاع المشتري الثاني، لأن الصاع الثاني يسرى كليه إلى ما عدا الصاع الأول و هذا بخلافه على الإشاعة.

و لكن التحقيق أن الباقي لا ينطبق عليه ملك المشتري الأول، و توضيح ذلك أننا ذكرنا في مبحث علم الإجمالي من الأصول أن الصفات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٨

الحقيقه الموجوده في أفق النفس يصح أن تتعلق بالعناوين الجامعه للأفراد المتشتمه و قابله الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدليه من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعي واقعيه في الخارج، بل واقعيته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمراً معيناً في الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوماً في الخارج، بل المعلوم هو الأمر الاعتباري الجامع بين الأفراد و المنطبق عليها على سبيل البدليه مثلاً إذا علمنا بنجاسة أحد هذين الكأسين فالصفه النفسانيه قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعني عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدليه من غير أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلاً في الخارج بل قوامه بانطباقه على أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلاً في الخارج بال قوامه بانطباقه على الأفراد فإذا علمنا بعد ذلك أن النجاسة إنما هي موجوده في الكأس الشرقي دون الغربي فلا ينكشف من ذلك أن الكأس الشرقي من الأول متعلق لهذا العلم أو علم إجمالاً بكون أحد الكأسين بولاً أو خمراً فعلم بعد ذلك تفصيلاً كون هذا الكأس، بل المعلوم في جميع موارد علم الإجمالي إنما هو عنوان أحدهما و كذلك القدره و سائر الأوصاف النفسانيه مثلاً لو كان أحد متمكناً من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معاً أو على التدرج فإنه إذا أكل واحداً منهما لا ينكشف من دون الأول أنه لم يكن قادراً إلا على أكل هذا الخبز فقط دون الآخر، بل هو من الأول كان قادراً لهذا و قادراً لذلك أيضاً فإذا صح تعلق الأوصاف الحقيقه على العناوين الاعتباريه فتعلق الأوصاف الاعتباريه عليها بمكان من الإمكان.

و توضيح ذلك أن الملكيه ليست من الأمور الموجوده في الخارج كسائر الاعراض الموجوده فيه، و إنما هي اعتبار إضافة المملوك إلى المالك و نسبه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٧٩

إليه و إنما الموجود في الخارج متعلق هذه الإضافة من الامورات التكوينية أو الكليات الاعتباريه فهذا الأمر الاعتباري كما يصح أن يتعلق بالأعيان الخارجيه فكك يصح أن يتعلق بالأمور الاعتباريه التي لا واقعيه لها أصلاً إلا الاعتبار المحض فإذا باع صاعاً من صبره من شخص فقد ملك كلياً و أمراً اعتبارياً جامعاً للأفراد الخارجيه على سبيل البدليه و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشتري مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أياً من الأفراد الموجوده في الخارج و هذا معنى تمليك الطبيعه و حفظ الخصوصيات في ملك نفسه و إذا طبقه على فرد منها و عينه في الخارج لا ينكشف منه أن المملوك من الأول كان هو هذا الفرد المعين و إلا فمعناه أن الخصوصيه كانت مملوكه للمشتري و هو خلاف المفروض في بقائها في ملك البائع و إنما المملوك كان هو الجامع و البائع باختياره طبقه على الفرد المعين و أسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد.

و عليه فإذا باع صاعين كليين من الصبره من شخصين فانطبق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صاع تلك الصبره على حد سواء و ليس لأحدهما مزيه على الآخر بوجه.

و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من انه في صورة بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقي للمشتري الأول فقط لأن مملوك المشتري الثاني ينطبق على غير الصاع الذي انطبق عليه مملوك المشتري الأول و هذا نظير ما إذا باع صاعين من الصبره من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقاً على غير ما انطبقه الآخر، بل انطباق كل

منهما على كل من صياح الصبره على حد سواء، كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٠

و على هذا فنسبة الصاع الباقي الى كل من المشتريين على حد سواء و ح فهل الباقي بتمامه ملك للمشتري الأول أو بتمامه ملك للمشتري الثاني أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البائع أو يقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال و التمام غير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشيء الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال.

و أما كون اختيار التعيين تحت يد البائع فهو أيضا واضح البطلان فإنه انما يكون كذلك إذا كانت الخصوصيات باقية تحت ملكه كما إذا كانت الصياح متعددة فإنك عرفت أنه ليس للمشتري حق التعيين أصلا و انما هو راجع الى البائع فإن المبيع ليس إلما الطبيعة فالخصوصيات باقية تحت ملكه الاختيار في تعيين ذلك الكلي بأي فرد شاء و هذا بخلافه هنا فإنه مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشتري و يرتفع مملوك البائع أصلا فإنه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلي بهذا أو بذلك فمع التلف و بقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا و لم يبق له ملكية في هذا الفرد بوجه و قد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شيء واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال.

و أما التنصيف فهو الحق فإنك عرفت عدم معقولية ملكية كليهما على الباقي و تخصيص أحدهما دون الآخر تخصيص بلا مخصص إذ ليس في البين مرجح ألما مجرد سبق الزماني فهو في نفسه لا يكون مرجحا فلا بد من القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريين النصف لما عرفت مرارا أنه إذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحللا إليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في ازدياد الثمن فيكون للمشتري خيار تبعض الصفقة و الا فلا خيار له أيضا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨١

و بالجملة فعمدة غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقي بالمشتري الأول و القول ببطلان البيع الثاني و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوى منع انطباق الكلي الثاني على جميع الصياح، بل انما يكون انطباعه على غير الصاع من هذه الصبره كما لا يخفى. فافهم.

و قد انتهى الكلام إلى أنه إذا باع صاعا من صبره من شخص ثم باع صاعا من صبره من شخص آخر فتلف الصبره و لم يبق منها الا صاع واحد فهل يكون ذلك للمشتري الأول كما اختار المصنف أو يفسخ العقد فيهما معا و يعود الباقي الى ملك المالك الأول أو يتخير المالك الأول بين أن يعطيه من المشتري الأول أو من المشتري الثاني أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كليتا من صياح الصبره الذي قابل الانطباق على جميع الصياح و صار شريكا فيها فنسبة كل منهما الى كل من الافراد على حد سواء بحيث أن للبائع الذي ملك الكلي الساري و حفظ الخصوصيات أن يطبق على كل من الكليين على أي فرد من الافراد شاع فإذا تلفت الصبره و لم يبق إلا صاع واحد فبأي مرجح يتمحض ذلك بالمشتري الأول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس إلما الكلي الساري فتخصيص الباقي بالاول بلا مخصص و مرجح فإنه ليس في البين مرجح الا السابق الزماني و كون المشتري الأول أسبق من البيع للمشتري الثاني فلا دليل على كونه مرجحا في البين.

و أما كون التخيير تحت يد البائع فهو واضح البطلان فإنه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأى اختيار له في ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكة له فله تملكها بأي منهما شاء توهم فاسد فإنه لا يعقل تملك العين عارية عن الخصوصيات إذ لا وجود للعين الخالي عنها في الخارج فإن الشيء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٢

إذا تشخص و وجد في الخارج خرج عن الكلية و إذا لم يتخصص بخصوصية لا يعقل وجوده في الخارج فبالشرط في ضمن العقد يشترط المشتري على البائع أن يملك البائع الخصوصيات أيضا أي إذا تعين حقه في شيء تكون الخصوصيات أيضا للمشتري حتى

مع كون المبيع كلياً.

نعم ما دام المبيع كلياً فالخصوصيات تحت ملك البائع و أما مع التعيين فيكون الخصوصيات أيضاً كنفس العين ملكاً للمشتري فليس للبائع اختيار في إعطاء الباقي للأول أو الثاني.

و يبقى القول اما بالانفاسخ أو التبعض و ربما يقال بالأول، فإنه لا يمكن القول بصحة كليهما و لا بصحة أحدهما دون الآخر لعدم المرجح في البين فيسقطان معا للمعارضه كما هو كذلك في سائر العقود كما إذا باع داره أو أجرها أو وهبها من شخص و باعها و كيله من شخص آخر في ذلك الزمان فإنه يحكم في أمثال ذلك بالتساقط و رجوع الدار الى صاحبها الأول فإن العمومات تتعارض في شمولها لكل من العقدين.

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا و وضوح الفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود و الوجه في ذلك هو ان المعامله الواحدة إنما تنحل الى معاملات عديدة حسب انحلال المبيع سواء كانت يباع أو إجاره أو هبه، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل في ذلك الوقت إذ لا- ترجيح في شيء من الاجزاء لأحد الطرفين فيسقطان للمعارضه و عدم إمكان شمول العمومات لأحدهما دون الآخر لكونه ترجيحاً بلا مرجح.

و بالجملة أن العقد الصادر من الوكيل إنما يتلى بالمانع الذي هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الآخر فيعارض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٣

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للآخر فيساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح.

و هذا بخلافه في المقام فإنك عرفت أن ما يبيع لكل من المشتريين أمر كلي قابل الانطباق على جميع الافراد و كذلك اجزاء المبيع ففي هنا يبيع متعدده حسب تعدد المبيع بالانحلال و كل مبيع في كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبره من غير أن يكون بينهما تراحم و تمنع أصلاً كما كان كذلك في سائر العقود في الفرض المذكور و لكن إذا تلفت الصبره و لم يبق إلا الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلي من الطرفين عن السريان و ينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد و ح فكل من البيعين يتعارضان في الانطباق الى الموجود الخارجي الذي هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضه و لكن انطباق حق كل من المشتريين بنصف الصاع فلا- معارضه بينهما فيحكم بالتبعض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبه إلى النصف بلا معارضه و ليس للبائع أن يعطى مجموع الصاع لأحدهما دون الآخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبه إلى المجموع نعم بالنسبه إلى النصفين فاخياره باق على حاله فله أن يعطه لأحدهما هذا النصف و للآخر ذلك و بالعكس و هذا واضح لا شبهه فيه و اما ثبوت الخيار فقد أشرنا اليه و يأتي تفصيل الكلام فيه في الخيارات.

ثم ذكر المصنف فرعاً آخر لبيان الثمره و هو أنه أن المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض و أما إذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصاً بالمشتري و ان قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاء و الباقي أمانه حصلت الشركه لحصول ماله في يده و عدم توفقه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابليه تملك المشتري له فعلاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٤

و ينحصر حقه في الباقي فح حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما الى أن قال، نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء، بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الامانه حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض.

أقول: أن هنا أمران و لا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا.

الأول: ان التلف بعد القبض انما يحسب على المشتري و عليه، فإذا أقبض البائع مجموع الصبره من المشتري فأثره أنه لو تلفت الصبره

بكلها يكون المبيع أيضا تالفا و لا يكون مثل التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ.

الثانى: تعيين المبيع الكلى و تطبيقه على فرد خاص و عدم تعيين ذلك فإنه على الأول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه و أما مع عدم التعيين فلا وجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كليا كما هو المفروض فان مجرد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه إلى الشركة، بل انما قبضه المشتري على سريانه أى أنه باقى على سريانه الأولى مثلا كانت الصبرة عشرة أصوع فباع مالكةها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبرة فإنه لا يوجب تعيين حقه أو قلبه إلى الإشاعة فإنه بأى موجب زالت ملكية البائع على الخصوصيات الموجبة لكونه مختارا فى تطبيق حق المشتري بأى فرد شاء.

و توهم أن المشتري و ان ملك كليا و لكنه مالك له مع خصوصية، فإن مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك فإنه انما يشتري صاعا من الصبرة ليستقل فى التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود فى ضمن العقد.

و هو توهم فاسد فإنه و ان كان صحيحا فى أصل الاشتراط و لكن لا يقتضى ذلك تعيين حق المشتري بصاع خاص ثم انقلابه إلى الإشاعة و قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٥

عرفت أنه يمكن أن يقبض المشتري المبيع على كليته فإنه مع أخذ الصبرة مجموعا يأخذ المبيع أيضا لكونه موجودا فى ضمن الصبرة كما أنه مع التعيين يكون موجودا فى ضمن الفرد الشخصى فإن الكلى الطبيعى موجود بوجود الفرد.

و بالجملة أن المبيع كان هو الكلى السارى فهو باق على حاله فلا يخرج عن السريان بقبض المشتري كما لا يخفى.

نعم لو بدل الكلى بالاجزاء على نحو الإشاعة بمعاملة جديدة فيحكم بالإشاعة فيصح ما ذكره المصنف و لكنه لا يمكن بدون المعاملة الجديدة فإن خروج الخصوصيات عن ملك البائع و خروج الكلى عن ملك المشتري و تبدل كل منهما بالآخر يحتاج الى دليل فهو منتف فى الخارج و نحن لا ندعى الاستحالة بل ندعى عدم الدليل على هذا، فافهم.

و كيف كان فلا فرق فيما ذكرناه من التحقيق بين ما قبل القبض و ما بعده بوجه.

و أما ما ذكره من أنه لو أقبضه على نحو الامانة فهو متين فإن البائع مالك لجميع الخصوصيات مع الصبرة فإذا باع صاعا منها فله أن يطبق هذا الكلى بأى فرد شاء فإذا أقبضها من المشتري مجموعا لتكون أمانة عنده فلا يوجب ذلك خروج الخصوصيات عن ملكه فإنه بلا موجب فإنه لم يقبضها بعنوان اقباض الحق، بل الامانة و ح فإذا تلفت الصبرة أجمع فيكون حكمها حكم التلف قبل القبض.

لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما

قوله: و انما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٦

استثنى منها أرطالا معلوماً أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزل الأبطال المستثناة على الإشاعة.

أقول: قد عرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبرة أو منّا من الحنطة فيحمل على الكلى، و يكون المبيع هنا كلى المنّ و كلى الصاع ملغى عنه الخصوصيات السارى على جميع أمانان الصبرة و أصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبرة و لم يبق إلا بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البائع لكونه تلفا قبل القبض.

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء فى بيع ثمرة الشجرات و استثناء أرطال معلومة منها على خلاف ما ذكرناه فإنهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمرة فيحسب التالف على البائع و المشتري و سقط من المستثنى بحسابه و قد ذكروا للتفصي عن هذه العويصة وجوها: - الأول: أن الفارق بين المسألتين هو النص فإن الصحيحة الواردة فى بيع الأطنان من القصب قد دلت على حمل بيع الصاع من الصبرة على الكلى، و الألفمقتضى ظهور اللفظ هو الإشاعة فى كلا المسألتين.

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الإشاعة في بيع الكلى مع اننا لم نسلم ذلك، و قلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلى مع ورود النص عليه كما عرفت.

الأول: ما ذكره المصنف (ره) من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعدة كما هو الظاهر، فان الظاهر أن الامام (ع) أجاب على طبق المتفاهم العرفي لزم التعدي منه الى مسألة استثناء، فإنه لا فرق بينهما إلا أن مسألة الاستثناء على عكس مسألتنا، هذا و هو بانفراده لا يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعدة و التعبد المحض فلا يجوز التعدي من مورده أعني بيع القصب الى غيره، بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٧

كبيع الصاع من صبرة الحنطة و الشعير و نحوهما.

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطة فإنهما من واد واحد، لأننا نقطع بأنه لو كان السائل يسأل الإمام (عليه السلام) عن بيع عشرة آلاف أرطال من الحنطة من أرطال و تلفت إلا عشرة آلاف فأجاب الإمام (ع) بمثل ما أجابه في بيع القصب.

الجواب الثاني: ما ذكره المصنف في آخر كلامه من أنه لو قلنا بالإشاعة للزم عدم جواز تصرف المشتري في الثمرة إلا بإذن البائع، بل يجوز له التصرف في الثمرة.

و ثالثا: ما أشار إليه المصنف أيضا من أن لازم الحمل على الإشاعة أنه لو تلف مقدار من الثمرة بتفريط المشتري كان ضامنا للبائع في حصة من التالف و يكونان شريكين بالنسبة إلى الباقي مع انهم حكموا بوجوب أداء المستثنى تماما من الباقي فهو لا- يجتمع مع الإشاعة، بل مع الملكية كما لا يخفى.

و رابعا: يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم الظهور النص في الإشاعة و خروج مسألة بيع الأطنان من القصب على خلاف القاعدة للنص يلزم أن يحكم الامام (ع) على خلاف ما قصده من العقد فهو لا يمكن فإنه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالإشاعة كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا و قد مرّ مرارا عديدة أنه أمر غير معهود.

الثاني: أن مقتضى ظاهر اللفظ في المسألتين هو حمل الصاع على الكلى ألما أنه قام الإجماع على الحمل على الإشاعة في مسألة الاستثناء.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٨

و فيه أولا: أن الإجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر، و نحن نقطع بانتفائه في المقام و عدم استنادهم اليه.

و ثانيا: يرد عليه ما أوردناه على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة الآخرة.

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى في المقام و بين حمله على الإشاعة في مسألة الاستثناء و نظائره كالزكاة التي يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض في لزوم البيع و وجوبه على البائع في بيع الكلى فما دام يمكن دفع المبيع إلى المشتري يجب الإقباض كما في بيع الكلى في الذمة و هذا بخلافه في مسألة الاستثناء و الزكاة.

و فيه أولا: ما ذكره المصنف من أنه مضافا الى تحقق إيجاب القبض في مسألتى الزكاة و الاستثناء أن وجوب الإقباض و لزوم العقد مسلم و لكن لا دليل لوجوب الإقباض في اللزوم بوجه، و لا نفهم معنى هذه العبارة كما لم يفهمه المصنف، و ان إيجاب القبض على البائع فرع كون المبيع كليا و منطبقا على الباقي فإنه مع عدم البقاء كلا أو بعضا لا يبقى موضوع لوجوب الإقباض لانفساخ العقد.

و بعبارة أخرى حكم حمل المبيع على الإشاعة هو انفساخ العقد في المقدار التالف و عدم بقاء الموضوع لوجوب الإقباض و حكم حمله على الكلى هو بقاء المبيع و وجوب دفعه الى المشتري و إقباضه منه هذا بحسب الكبرى و أما إحراز الصغرى و إثبات أنه محمول على الإشاعة أو على الكلى فلا بد و ان يتحقق من الخارج إثبات الكلية بوجوب الإقباض الذي فرع على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٨٩

الكلية مصادرة واضحة.

و ثانيا: أن دليل أخص من المدعى فانا نفرض موردا يكون المبيع تحت يد المشتري في بيع الكلي اما بالإجازة أو بالأمانة أو بالعارية، أو بالغصب، فح فالمبيع تحت يد المشتري فلا موضوع لوجوب الإقباض أصلا و من هنا يعلم أن قياس المقام ببيع الكلي في الذمة فرع إحراز الكلية كما لا يخفى.

و أما قياس الاستثناء بالزكاة، ففي غير محله إذ ليس الفقير شريكا مع المالك في المال الزكوى كما حقق في محله.

الرابع: ما ذكره في مفتاح الكرامة من إبداء الطرق بين المسألتين بدعوى أن التلف من الصبره في المسألة السابقة أعنى بيع الكلي انما هو قبل القبض فيكون على البائع و يلزم عليه مع ذلك أن يسلم من الباقي تمام المبيع فإنه لم يذهب منه على المشتري شيء لأجل التلف و هذا بخلاف مسألة الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري، أما على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمنان المشتري هنا بخلاف البائع هناك فإنه حكم بضمنانه هناك.

و بعبارة أخرى أن المشتري في بيع الكلي يتلقى الملك من البائع فما دام في البين مصداق للكلية المبيع لينطبق عليه ذلك الكلي فيجب إقباضه بإقباض المصدق، و هذا بخلاف الاستثناء، فان المستثنى فيه من الأول باقى في ملك البائع فلا يجب التسليم و الإقباض و الإيفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات.

و بعبارة ثالثة: أنه يدعى أن المبيع في المقامين هو الكلي.

و الجواب عنه: أولا: من تبعية وجوب الإقباض بكون المبيع كليا و متفرعا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٠

عليه و عدم كونه نحو الإشاعة فإثبات الكلية بوجوب الإقباض مصادرة واضحة و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشتري في بيع الكلي اما بالغصب أو بغيره كما تقدم.

و ثالثا: بناء على الإشاعة في مسألة الاستثناء لا يجوز للمشتري أن يتصرف في الثمرة إلا بإذن البائع و مع إتلافه مقدارا منها فيكون ضامنا لخصه البائع مع اشتراكهم في البقية كما ذكره المصنف.

و رابعا: ما ذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشتري فلا شبهة أن البائع ح لا يضمن التالف من حق المشتري و انما الإشكال في الفرق بين المسألتين.

و ان أريد منه أن الكلي الذى يملكه البائع تحت يده بعد العقد، فحصل الاشتراك عنده فإذا دفعه الى المشتري فدفعت مالا مشتركا اليه، فح أيضا يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعثك صاعا من الصبره و بين قولنا بعثك ثمرة البستان إلا أرطالا معلومة فكلاهما من واد واحد فلما ذا حصل الاشتراك في الثانى دون الأول فإن كون المجموع تحت يد البائع لا يوجب الاشتراك و لا يرد على المصنف أنك قلت بحصول الاشتراك في بيع الكلي بإقباض البائع مجموع الصبره فلما ذا لا- يحصل الاشتراك هنا بكون مجموع الثمرة تحت يد البائع، فالبائع هنا بعينه مثل المشتري هناك.

فانا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراك لمكان الإقباض فإن قباض المالك الكلي يوجب تمليك الخصوصية و تمليك الخصوصية موجبة للاشتراك بخلافه هنا نعم لو كانت الثمرة تحت يد المشتري و هو يقبض البائع مجموع الثمرة فحصل الاشتراك فحصل الفرق بين المقامين و ان لم نقبل ما ذكره المصنف و قلنا ان إعطاء الصبره للمشتري بأجمعها لا يوجب الاشتراك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩١

كما عرفت.

الجواب الخامس: ما ذكره المحقق الايروانى أن الذى ينبغى مقايسته من مسألة الأبطال بمسألة بيع صاع من الصبره هو المبيع و هو ما

عدا الأبطال دون نفس الأبطال التي لم تقع عليه المعاملة فإن مكانة الأبطال هنا مكانة بقيه الصبره مما عدا صاع منها من تلك المسأله و مكانة ما عدا الأبطال هنا مكانة الصاع من تلك المسأله فإن المعامله وقعت على ما عدا الأبطال فيكون المبيع كلياً فمقتضى القاعده هنا كون التلف على البائع و لكن حيث كان التلف بعد القبض مع كون حق البائع من الأبطال منتشرًا في المجموع فيكون التلف منهما.

و فيه أولًا: أنه خلاف المتفاهم العرفي فإنه لو ألقى هذا الكلام لأحد لا يفهم منه ألّا كون المستثنى منه ملكًا للمشتري بجميع الخصوصيات بحيث قد ملكه البائع العين بجميع الخصوصيه فلا وجه لكون المستثنى منه أيضًا كليًا. و ثانيًا: يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشتري في المجموع إلّا بإذن البائع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشتري و كون البقيه بينهما سيان غاية الأمر أن المشتري يضمن للبائع في حصته في صوره الإتلاف. قوله: و يمكن أن يقال ان بناء المشهور في مسأله استثناء الأبطال أن كان على عدم الإشاعه.

أقول: هذا هو الوجه من الأجوبه قد أجاب به المصنف على تقديري الكلي و الإشاعه أما على الأول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فإن الإشكال كان في حمل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٢

بيع صاع من الصبره في المسأله السابقه فظاهره المنافاه لبيع الثمره و استثناء الأبطال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر في الحمل على الإشاعه و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما، بل على المشتري فلا يكون هنا تنافي مع المسأله السابقه مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط في كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب. و أما على الثاني فأجاب بأن المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فمعنى بعثك هذه الصبره إلّا صاعا منها بعثك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلي كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلي فالموجود مشترك بينهما لان نسبة كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته إليهما على حد سواء فيحسب عليهما، و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلي في قولنا بعثك صاعا من هذه الصبره إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع.

مثلا إذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه إلا عشره أبطال فإن هذه العشره تكون كليه فإذا كانت كليه فتكون المستثنى منه قهرا كلياً أيضا فالمال الموجود في الخارج مشترك بينهما على الإشاعه فيكون التالف عليهما. و فيه أولًا: أنه لا وجه لكون المستثنى منه كلياً إذ البائع كان مالكا للأبطال مع الخصوصيات فإذا باعها من شخص إلّا أبطالا معلومه فتكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٣

الخصوصيات ملكا للمشتري و ألّا يلزم أن تبقى مال بلا-مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك، فكل ذلك لا يمكن الالتزام به على أن هذا لا يرفع الأشكال و هو أنه على الإشاعه كيف يجوز للمشتري أن يتصرف في المجموع بلا إذن البائع الشريك مع أنهم أفتوا بجوازه و أنه مع الإتلاف من المشتري كيف يحسب عليه و يكون حق البائع في الباقي مع أن مقتضى الشركه كون التالف عليهما و ضمان المشتري على حصه البائع و كونهما شريكين في الباقي أيضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطر ببالي عاجلا و لعل غيرنا يأتي بأحسن من هذا، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ اليه ذهني القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل في المعائر.

و بالجملة لم يتحصل لنا من الأجوبة التي لاحظناها ما يرفع الاشكال و يوجب جواز الجمع بين حساب التالف عليهما و جواز تصرف المشتري في المجموع و كون التالف عليه في صورة إتلافه فلا بد في المقام من جواب يجمع بين هذه الأمور الثلاثة. و الذي ينبغي أن يقال و لعله هو محتمل الجواب الأول للمصنف و أن المستثنى هو الأبطال المعلومة بعنوان الكسر الكلي كما هو الظاهر من اضافته من مجموع ما سلم للمشتري دون مجموع المال و ليس المستثنى هو الكسر المشاع بل الأمر كذلك حتى مع التعبير عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفي منها و ان كان عنوان الكلي منها بنفسها و لكن الارتكاز جار على كونها على أحد النسبة الممكنة في الصبرة كواحد من المائة مثلا مما سلم بحيث يكون الباقي و التالف بينهما سيان و هذا لا ينافي الكلية كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٤

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلي يتصور في مرحلة الثبوت على أقسام ثلاثة:- الأول الكسر الى المبيع كقولك بعتك نصف الصبرة أو ربعها مثلا- أو غيرهما من الكسور أن يكون على نحو القضية الخارجية فإنه موجود في هذه الصبرة بعنوان الكلية دون الإشاعة فإن ربع هذه الصبرة أمر كلي لأنه قابل الانطباق على هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنى أو اليسرى أو الفوق أو التحت، الى غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلي و يكون هو قابل الانطباق عليه من افراد المتصورة.

الثاني: أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضية الخارجية، بل بعنوان القضية الحقيقية و هذا المعنى و ان لم يجر في البيع لكونه موجبا للجهالة و الغرر و لكن يمكن جريانه في باب الوصية و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا، لأن المعهود في الوصية هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما إذا اوصى بأن كلما يكون مالا لى فربعه على نحو الكسر الكلي لفلان، فان هذه قضية حقيقية تنطبق على ربع كل مال حصل في يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكلية لا بنحو الشركة. الثالث: أن يكون أيضا كلياً على نحو القضية الخارجية و لكن تكون في حصه خاصة و هذا أيضا لا يمكن في البيع للجهالة و الغرر و لكنه موجود في باب الوصية جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه و ان كان يحتاج إلى القرائن في مقام الإثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه في الوصية و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الأمر كك في باب الوصية غالبا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٥

و الشركة على نحو الإشاعة فيها نادرة جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثة على نحو الكسر الكلي بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثة فربعه لزيد على نحو الكلي دون الإشاعة و هذا المعنى كما عرفت موجود في باب الوصية فإن من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثة على الإشاعة و لو بقريته الارتكاز و لا أن ربع مجموع المال أعم مما يسلم و مما لا يسلم له و الأ فربما يكون ما يحصل من التركة للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلي الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد في صحة ذلك الكلام في هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلاني في باب الوصية بل عليه جريان السيرة العملية ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركة على نحو الإشاعة.

و بالجملة الذى ذكرناه لا غبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج إلى القرائن في مقام الإثبات فإن غرضنا تصحيح هذا المعنى فقط في عالم الثبوت ففي مقام الإثبات فيتبع لسان الدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجية كما في باب الوصية و كذلك فيما نحن فيه لشهادة الارتكاز على ذلك.

إذا عرفت ذلك فندعى جريان ذلك في مسألة الاستثناء فان قول القائل بعتك مجموع الثمرة إلا أرتالا معلومة معناه بعتك مجموعها كسرا كلياً مما يسلم و هو الواحد في المائة أو العشرة أو أقل أو أكثر، مثلا فيكون عنوان الرطل معرّفا الى ذلك الكسر الكلي ففي الحقيقة أن البائع يستثنى من العشر مثلا واحدا مما يبقى من الثمرة للمشتري الذى يسمى كسرا كلياً و يجعل عنوان الرطل أو المنّ أو الصاع معرّفا اليه و هذا و ان كان في نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المنّ أو الرطل و نحوهما في الكلي في المعين و حملها على

الكسر الكلى على خلاف الظاهر و لكن قامت القرينة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٦

على ما ذكرناه و الارتكاز فإنه قائم على ارادة ما ذكرناه من مثل هذا الكلام (بعتك الثمرة إلا أرتالا معلومة) فإن الارتكاز العقلائي محقق على أن المراد منه هو الكسر الكلى مما يسلم و يتحصل للمشتري من الثمرة دون الشركة و الإشاعة و لا- الكلى فى مجموع الثمرة بحيث أن ما يسلم للمشتري لو كان بمقدار المستثنى يكون المجموع للبائع، بل هو الكسر الكلى أى حد معين من حد معين كالواحد من المائة مثلا.

و على هذا فنسلم من جميع الإشكالات فإنه لو تلفت الثمرة بآفة سماوية يكون التالف عليهما فان حق البائع الكسر الكلى مما سالم للمشتري و التالف خارج بحسب الارتكاز و لو أتلّفه المشتري كان حق البائع من الباقي، فإن التالف مما يسلم فهو باختياره أتلّفه و يجوز للمشتري التصرف فى مجموع الثمرة لأن البائع ليس شريكا فى الثمرة حتى يحتاج تصرفه إلى الإجازة و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلى فى عبارة المصنف لكان عين ما ذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكسر الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري لا- مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كذلك و قد سقط من عبارته و الله العالم، و لا يلزم كون المعاملة غررية أو كون المبيع مجهولا فان المبيع معلوم و هو مجموع الثمرة و ما استثنى من مجموع الثمرة أيضا معلوم، فالتلف انما يرد على المستثنى و المستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقي بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح.

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمرة هذا البستان إلا عشرة أرتالا أن كل واحد من المستثنى و المستثنى منه يتحللان الى الاجزاء فكأنه قال بعتك عشرة إلا واحدا فيكون مفاد ذلك أن المستثنى من كل عشرة واحدة مثلا بنحو الكلى فى المعين و هكذا الى ان ينتهى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٧

كلما يتصور من الاجزاء التحليلية و الفرق بين هذا و الوجه الأول هو أن فى الأول كان المشتري جائز التصرف فى المجموع لأن حق البائع كان كليا بخلافه هنا فإنه لا يجوز له التصرف فى المجموع فان المفروض أن الواحد من كل عشرة مثلا للبائع فبالصرف فى العشرة قطعاً ينصرف فى حق البائع أيضا، و لكن الشرط الضمنى موجود على جواز التصرف فى المجموع. و على هذا فيرتفع الإشكال أيضا و يجتمع الأمور الثلاثة أما كون التالف عليهما فما ذكرنا كون المستثنى و المستثنى منه منحلين الى الاجزاء و أن من كل جزء جزء كالواحد من العشرة فإذا تلفت العشرة فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح. و أما أنه يجوز للمشتري التصرف فى المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنى على ذلك.

و أما أنه مع إتلاف المشتري من الثمرة شيئا فيكون حق البائع من الباقي فهو أيضا للشرط الضمنى و هذان الوجهان خصوصا الثالث على خلاف الظهور بمكان و لكن الذى يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فى مسألة استثناء الأرتال المعلومة من المبيع على نحو لا يكون منافيا لحمل بيع صاع من الصبرة على الكلى فى المعين.

ثم لا- يخفى عليك أنه يمكن الجواب بحمل الأرتال على الإشاعة و الجواب عن عدم جواز تصرف المشتري فى المجموع و كون حق البائع من الباقي مع إتلاف المشتري مقدارا منه بالشرط الضمنى كما عرفت فى الوجه الثانى هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتى بما هو أحسن من ذلك كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٨

عفى الله عن الزلل فى المعائر.

الكلام فى أقسام بيع الصبره

قوله: قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد أن أقسام بيع الصبره عشره.
أقول: حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمسه و بإضافه خمسه أقسام للبيع الصبره المجهوله فتكون الاقسام عشره
أما أقسام الصبره المعلومه:- فالأول: أن يبيع مجموع الصبره فهذا لا شبهه فى صحته لانه لا تطرقه شىء من الموانع الموجبه للبطلان.
الثانى: أن يبيع نصفها على نحو الإشاعه.
الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبره، وهذا هو بيع الكلى فى المعين الذى تقدم الكلام فيه مفصلا، و قلنا انه لا شبهه فى صحته أيضا.

الرابع: بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا وهذا أيضا لا إشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا شىء هنا يوجب البطلان.

الخامس: أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكره العلامة فى بعض كتبه من الإجازة كأن قال المؤجر أجرتك الدار كل شهر بكذا، و قد وقع مثل هذه الإجازة محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحه أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الأول، فإن صحه الإجازة فى الشهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٥، ص: ٣٩٩

متيقن كما ذكره العلامة من صحه الإجازة فى الشهر الأول لتضمن هذا القول اجاره هذا الشهر يقينا و المقام أيضا كذلك فلازم كلامهم فى الإجاره كون البيع صحيحا فى صاع واحد لكونه متيقنا من هذا الكلام من غير أن يقتضيه ما يوجب البطلان و أما فى غير صاع الواحد فيحكم بالبطلان لكون المبيع مجهولا- إذ لا يعلم أنه أى مقدار فان المبيع هو كل صاع من الصبره أى مقدار منها يريد المشتري و من الواضح أن عنوان كل صاع منها بكذا أمر مجهول، و هكذا فى المعدود و لكن قد حكم شيخنا الأستاذ على البطلان فى كلا المقامين لان تردد متعلق العقد بين الأقل و الأكثر يقتضى الجهل به فيكون العقد فى الشهر الأول أو فى الصاع الواحد صحيحا كما هو واضح على ما عرفت و ليس هذا مثل سابقه فان المبيع فيه مجموع الصبره، و إنما يتعين مقدار الثمن بالصاع فإنه باع مجموع الصبره على حساب كل صاع بكذا كما هو واضح، و هذا بخلافه هنا فان المبيع فى المقام هو كل صاع مع الجهل بأن البائع أى مقدار يريد أن يأخذ منها.

و بالجملة أن مجموع أقسام بيع الصبره صحيحه إلا القسم الخامس فان كل ما يعتبر فى البيع و المبيع من عدم الغرر و الجهالة و وجود الكيل و الوزن و غيرها من الشرائط كلها محققه فيه، و أما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهالة المبيع كما هو واضح.

و أما إذا كانت الصبره مجهوله فيبطل بيع مجموعها للجهالة و الغرر و لاعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود فكلها منتفیه فى ذلك و كذلك يبطل بيع جزء منها فان المجموع إذا كان مجهولا فيكون الجزء منها كالنصف و الربع و التسع أيضا مجهولا و إذا بطل فى المجموع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٠

بطل فى الجزء أيضا و كذلك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فإنه كان فى فرض معلوميه الصبره باطلا فكيف إذا كانت مجهولا.
و أما بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف و شيخنا الأستاذ بالبطلان هنا للجهالة و الغرر و لكن الظاهر هو الصحه هنا لعدم جريان شىء من الموانع فيه أما الغرر فمبنى جزما فان المفروض أن كل من البائع و المشتري عالمان بما يأخذه من الآخر غاية الأمر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه و أى مقدار يخرج منه و أما ان الخارج و الداخلى على سبيل المجازفه ليكون غررا فلا، بل كل من الثمن و المثلن يدخل فى ملك الآخر على ميزانه و من الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه

الجهالة موجبة للبطلان، و أما سائر الجهات المعتبرة في البيع من الكيل و الوزن و العدد و غيرها فكلها موجود فيه، و مع ذلك فأى وجه للحكم بالبطلان، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الأرز بمقدار من الحنطة مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر و لكن النصوص الدالة على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون أوجب البطلان.

و بالجملة أن المستفاد من الروايات الواردة في اعتبار الكيل و الوزن أن بيع المجازفة باطل، و مقابله عدم المجازفة و من الواضح أن بيع الصبرة المجهولة على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملك كل منهما و الداخلة فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غاية الأمر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه و أى مقدار يدخل فى كيسه و هذا مقدار من الجهالة لا دليل على كونها مبطله.

و أما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبرة فأیضا لا شبهة فى صحته و ان لم يعلم مقدار الصبرة فإن الجهل بها يوجب الجهل بنسبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠١

المبيع إليها بإحدى الكسور و هذا المقدار من الجهالة لا دليل على كونها موجبة للبطلان، كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن أقسام بيع الصبرة المعلومة خمسة، و أقسامها المجهولة أيضا خمسة و يشترك بعضها مع بعض و يفترقان فى بعض الأقسام أما بيع الصبرة مجموعا على حساب كل صاع بدرهم فلا شبهة فى صحته سواء كانت الصبرة معلومة أو مجهولة و أما فى صورة العلم بمقدار الصبرة فواضح و أما مع الجهل بها و ان أشكل فيه المصنف و شيخنا الأستاذ و لكن الظاهر هو الصحة فى صورة الجهل أيضا إذ لا دليل على البطلان بوجه كما عرفت و مجرد كون المتبايعين جاهلين بمقدار ما يدخل فى كيسهما و يخرج عنه لا يوجب البطلان إذ لا دليل عليه كما عرفت.

و أما بيع كل صاع بكذا من الصبرة فلا شبهة فى فساده لجهالة المبيع و مجرد كونه معلوما عند الله لا يصح البيع إذ لا يعلم كل منهما أن الثمن و المثل أى مقدار فى مثل ذلك لا يعتبر العقلاء الملكية أيضا فإنه يتوقف على ما يقوم به الإضافة فالمبيع لا يعلم أنه أى مقدار حتى يعتبروا الملكية عليه نعم فللصحة فى صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الكلام كونه متيقن الإرادة فيكون معلوما كما هو كذلك فى الإجازة أيضا و لا يفرق فى ذلك بين كون الصبرة معلومة أو مجهولة فإن المبيع ليس هو مجموع الصبرة، بل كل صاع و لا يقاس هذا بصورة بيع الصبرة على حساب كل صاع بكذا فان المبيع هو مجموع الصبرة و ذكر الصاع لبيان الميزان للثمن و تقديره. و أما بيع مجموع الصبرة أو نصفها أو ثلثها مثلا فلا شبهة فى صحته فيما إذا كانت الصبرة معلومة إذ ليس فيه شىء مما يوجب البطلان و أما فيما إذا كانت الصبرة مجهولة فلا شبهة فى البطلان للجهالة و الغرر و كونه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٢

جزاف فلا بد من تقديره بالكيل و الوزن و العد و نحوها.

و أما بيع صاع من الصبرة على نحو الكلى فأیضا لا-شبهة فى صحته سواء كانت الصبرة معلومة أو مجهولة أما فى صورة العلم بها فواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا و كذا فى صورة الجهل بها إذ ليس فيه غرر و جهالة إلا من جهة نسبة المبيع الى مجموع الصبرة أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان.

نعم وقع النزاع فى أنه هل يعتبر فى صحة البيع العلم باشتمال الصبرة عليه أم لا، ظاهر شيخنا الأستاذ نعم من جهة أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و لكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الأنصارى و ذلك لوجهين:- الأول ما افاده شيخنا الأنصارى من أنه لا غرر فى ذلك بوجه لا من جهة رفع الغرر بالخيار، بل لعدمه فى نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و توضيح ذلك أنه إذا باع بشرط أنه إذا لم تشتمل عليه الصبرة فيكون له الخيار فهذا لا شبهة فى صحة و ليس له غررا أصلا فإنه مع عدم ظهوره كك يكون له الخيار، بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فإنه مع عدمه يكون له الخيار و لا يضر التعليق هنا فإنه

إنما يضر إذا كان معلقاً على أمر خارجي لا على وجود المبيع فإنه ارتكازي ذكر أم لا، فضلاً عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيما كان الخيار ثابتاً بالتعبد لا بجعل المتعاملين أو بالشروط الضمنية فإنه يرتفع الغرر بمثل ذلك. وبالجملة أن المقام نظير ما باع ما يحاذى بمائة دينار بدینارين مع الخيار فإنه ليس له ضرر في ذلك أصلاً لكونه مخيراً في الإبقاء و الإمضاء،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٣

و انما يكون عليه ضرر إذا باع كك لزوماً وبدون الخيار، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به أصلاً لعدم الغرر فيه و ليس مثل بيع الطرفي الهواء و السمك في الماء فإنه باطل لكونه بيعاً منجزاً و على كل حال فليس التعليق موجبا للبطلان، فان التعليق على وجود المبيع من الأمور المرتكزة المقطوعة و من الشروط الضمنية فيكون خارجاً عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود.

الثاني: أنك عرفت مراراً أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديدة باعتبار انحلال المبيع، و عليه فإذا باع وزنه من الصبرة مع الجهل باشمالها عليها فظهر انها غير مشتملة عليها فيكون البيع صحيحاً في المقدار الذي موجود في الصبرة و يبطل في الباقي فيكون من قبيل ضم الصحيح بالبطل كبيع مال نفسه مع مال غيره و بيع الخل مع الخمر و بيع الغنم مع الخنزير. و اما ثبوت الخيار و عدم ثبوته للمشتري فيتوقف على أن الهيئة الاجتماعية دخيلة في زيادة المالية كمصراعي الباب و جلدی اللعنة و اللعنة و جوزی الخف و نحوها أم لا، فعلى الأول فيثبت له خيار تبعض الصفقة، و على الثاني فلا، و ذلك لما سيأتى في باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبدية كخيار المجلس و الحيوان و العيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط و الثاني بكون الهيئة الاجتماعية دخيلة في زيادة الثمن كالأمثلة المتقدمة.

الكلام في بيع العين على المشاهدة السابقة

إشارة

قوله: مسألة إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٤

اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع إلا بذكر صفات.

أقول: إذا شاهد العين في زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا؟

فيقع الكلام في مقامين،

إشارة

الأول: في صحة البيع و عدمه، الثاني: في ثبوت الخيار مع التخلف و عدمه.

أما المقام الأول [أى في صحة البيع و عدمه]

فنقول انه تارة تقتضى العادة بعدم التغيير، فلا شبهة في صحة و لا خلاف فيها كما إذا شاهدتها قبل ساعة أو ساعتين فإن العادة جارية

على بقائها على الحالة التي شوهد عليها كما إذا شاهد جارية قبل شهر فاشترها بعد الشهر، فإن العادة جارية على بقائها في تلك الحالة الأولى.

و اخرى أن العادة تقتضى عدم بقائها على الحالة الأولى كما إذا شاهد الجارية قبل أربعين سنة في سن عشرين و وجدها جميلة و قوية البصر و السمع على الخياطة و سائر الصنائع و بعد مضي الأربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهدة فإن العادة جارية على تغييرها قطعاً و كونها عجوزة نهيبه باليه و ضعيفه البصر و قبيحه المنظره، و هذا لا شبهه في بطلانه أيضا و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع ما يشك في بقائها على تلك الحالة الأولى و عدم بقائها لعدم جريان العادة بشيء فيها فهل يجوز البيع هنا، عملاً بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلية المتعارفة من غير ذكر شيء من الصفات أم لا؟ فقد حكم المصنف بالصحة للاعتماد على الأصل المذكور و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الأثر لم يترتب على الواقع، بل على إحراز الصفات كانت في الواقع أو لم تكن، فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٥

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و يرد عليه أنه مخالف لما بنى عليه في الأصول من قيام الأصول مقام القطع الطريقي المحض و القطع الموضوعي كليهما فح فلا مانع من ترتب الآثار المترتبة على إحراز الصفات كانت في الواقع أو لم تكن، و لكن الذي يرد على الاستصحاب أن الآثار هنا لا تترتب على الصفات الواقعية و لا- على إحراز الصفات الواقعية أعنى العلم بكون العين على الصفات التي شوهدت عليها و انما من اللوازم العقلية لإحراز الصفات الواقعية توافقت أم لا؟ و ذلك من جهة أن الأثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم إحراز الصفات الواقعية لا من أثارها الشرعية و عليه فاستصحاب بقاء العين على صفاتها السابقة لا يثبت عدم الغرر الآ على القول بالأصل المثبت، و قد قلنا بعدم حجته و على هذا فلا يصح البيع مع الاكتفاء على المشاهدة السابقة مع الشك في تغييرها و عدم تغييرها هذه هي الجهة الأولى.

الجهة الثانية: إذا قلنا بصحة المعاملة مع الاكتفاء بالرؤية السابقة

فإذا ظهر المبيع على خلاف ما شوهد سابقاً فهل يحكم بالصحة بدون الخيار أو بالصحة مع الخيار للبائع، في صورة الزيادة و للمشتري في صورة النقص أو يحكم بالبطلان و جوهه، فذكر العلامة (ره) على ما نسب إليه أن البيع يكون باطلاً.

فان كان غرضه من ذلك أن البيع انما يقع على الصفات و يبذل الثمن بإزائها كما هو ظاهر الكلام المنسوب اليه من أن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيرد عليه أنه قلنا مراراً أن الثمن لا يبذل بإزاء الصفات، حتى الصفات التي تعد في نظر العرف من الصفات النوعية كصفحة الرجولة و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٦

الأنوئية و ان كانتا في الواقع من الاعراض و انما الأوصاف دخيلة في ازدياد الثمن و زيادة المايه في الموصوف و الذي يقع في مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

نعم، لو كانت الأوصاف في الصور النوعية و وقع البيع بانبا عليها فظهر الخلاف فيكون البيع باطلاً لعدم المبيع، فان ما وقع عليه العقد لم يبيع و ما يبيع لم يكن موجوداً و هذا غير كون الثمن واقعا في مقابل الأوصاف.

و ان كان غرضه أن العقد مشروط بالشرط و هو الوصف الذي وقع عليه العقد لأن تخلف الوصف بمنزلة تخلف الشرط و مرجع كل منهما إلى الآخر، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط.

و فيه أن فيه خلط واضح بين إطلاقي الشرط فإنه تارة يطلق و يراد منه ما هو جزء العلة و من أجزائها الناقصة فهو صحيح، فإن العلة لا تؤثر في المعلول الا- بتمامية جميع اجزائها و لكنه غير مربوط بالمقام، فان العقد غير معلق بذلك الوصف بحيث يكون الوصف

المذكور من اجزاء علتها، و إلا لبطل من غير ناحية انتفاء الشرط و هو قيام الإجماع على بطلان التعليق في العقود كما هو واضح. و تارة يطلق و يراد ما به المقصود في باب المعاملات من اشتراط شيء في العقد من غير توقف العقد عليه وجودا و عدما بل هو التزام آخر في ضمن الالتزام العقدي فقد مر مرارا و سيأتي مفصلا إنشاء الله تعالى أن انتفاء الشروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيار للمشروط له و كيف كان لا وجه لما احتمله العلامة (ره) من بطلان العقد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهدة السابقة و يبقى احتمال الصحة بدون الخيار، و احتمالها مع الخيار و قد يقال بالصحة و اللزوم بدون الخيار، فان الوصف مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٧

الغير المذكور في متن العقد لا أثر له و ان وقع العقد مبثبا عليه كالشروط البنائية التي لا توجب تخلفها شيئا أصلا. فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التي تكون مأخوذة في العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجية التي لا تؤخذ في العقد إلا بالذكر فالأوصاف التي المرئية الدخيلة في صحة البيع من قبيل الأول فحكمها حكم الاشتراط في العقد كما لا يخفى. و قد أوضحها شيخنا الأستاذ بأن الأوصاف و الشروط على أقسام أربعة: - الأول: أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا في ضمن العقد و هذا لا إشكال في أن تخلفه يوجب الخيار.

الثاني: أن يكون مأخوذا في العقد بالارتكاز العقلاني و بالدلالة الالتزامية من غير أن يكون مذكورا في العقد و هو ما يكون بناء العرف و العادة نوعا عليه كاشتراط كون النقد نقد البلد و تساوي المالين في المالية و اشتراط عدم كونها معيба و اشتراط التسليم و التسلم و اشتراط كون المعاملة نقدية و اشتراط كون التسليم و التسلم في بلد العقد فبانتفاء شيء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنية فلا إشكال في أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت في ضمن العقد أم لا، فلو قال البائع بعد بيع الحنطة أنا أسلمتها في المزرعة الفلانية، فإن الحنطة فيها رخصة فلا يسمع بل يثبت الخيار للمشتري لتخلف الشرط الضمني.

الثالث: ما يتوقف عليه صحة المعاملة كالوصف الذي لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا- كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الأوصاف النوعية إلا أنه داخل في كبرى الحكم فإن بانتفائه ينتفي العقد لأنه إذا فرض كونه مما مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٨

يتوقف عليه صحة المعاملة و من الشروط الراجعة إلى العوضين و فرضنا أن المتعاقدين أوقعا العقد مبثبا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعية فلا أقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجمله الشروط التي يتوقف عليها صحة العقد معتبرة في العقد و بانتفائها يبطل العقد سواء ذكر في العقد أم لا.

الرابع: الوصف الخارجي الشخصي الذي لا يعتبر في العقد إلا بالذكر فلا يكفي فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه.

فتحصل أن الأوصاف التي وقع العقد بانها عليها ان كانت من الأوصاف النوعية أو الأوصاف الشخصية الدخيلة في صحة العقد عليها فتخرج عن الشروط البنائية فتدخل في الالتزام العقدي فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذي يتوقف عليه صحة العقد و ما لا يوجب تخلفه الخيار إلا بالشرط في العقد هو القسم الرابع أي الوصف الشخصي الخارجي الذي هو أجنبي عن العقد فلا يدخل فيه البناء عليه فتحصل أن العقد يصح مع الخيار فإذا تخلف عما هو عليه ثبت له الخيار.

و الحاصل: أنه إذا وقع العقد على المشاهدة السابقة فظهر الخلاف فهل يحكم بالصحة أو بالبطلان و مع القول بالصحة هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه، وجوه، فاختر العلامة البطلان، لان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، و قد أجبنا عنه بأن الواقع قد قصد فان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود و الالتزامات الشرطية غير الالتزامات العقدية، بل هي داخله فيها فلا يوجب التخلف إلا بالخيار.

و أما القول بالصحة بدون الخيار فمن جهة أن الشروط الغير المذكورة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٠٩

في متن العقد غير واجبة الوفاء فلا يوجب تخلفها الخيار.

وقد أجاب عنه الشيخ (ره) بأنه فرق بين الشروط التي يقع العقد بانها عليها أي تسمى بشروط الصحة و بين الشروط الخارجية الشخصية فإنه على الأول يوجب التخلف الخيار دون الثاني.

وقد أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن ما يكون دخيلا في صحة العقد فوقع العقد بانها عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجية المذكورة في ضمن العقد، بل الأول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثاني.

و ما ذكره الشيخ و المصنف لا يخلو عن مناقشة صغرى و كبرى. أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤية السابقة إذا حصل الاطمئنان ببقاء العين على الأوصاف المرئية من غير أن يبينان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلف يثبت لهما الخيار أما للبائع في فرض الزيادة و أما للمشتري في فرض النقيضة فلو كان البناء على الأوصاف السابقة مشروطا في صحة البيع و عدم البناء موجبا للبطلان، فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام.

و كذلك يصح البيع في هذه الصورة أى مع الاطمئنان بالأوصاف السابقة مع التبرى من جميع ما يوجب الخيار مع أنه لو كان البناء على الأوصاف السابقة شرطا في صحة البيع لم يصح ذلك.

و كذلك لو أخبر البائع بأوصاف المبيع و حصل الاطمئنان للمشتري من قوله فاشترى اطمينا عليه فإنه يصح البيع مع أنهما لم يبينان على الأوصاف الدخيلة في صحة البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم.

و كذلك يصح البيع مع الاطمئنان مع التبرى من العيوب فإنه أيضا يصح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٠

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الأوصاف السابقة بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فإن البائع أسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فإنه مع الاطمئنان يصح البيع مع التبرى منه كما سيأتى في باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحة البيع فيه من جهة البناء على الأوصاف الدخيلة، و هو أن يخبر البائع بكون العين حاوية للأوصاف المذكورة و لكن لم يحصل الاطمئنان من قوله على ذلك، فإنه ح إذا اشترى المشتري تلك العين فلا بد و أن يشترىها مع البناء على الأوصاف المذكورة و ألا بطل البيع للغرر و ليس للبائع ح التبرى هنا و إسقاط الخيار، فإنه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فما ذكره المصنف و شيخنا الأستاذ صحيح في هذه الصورة فقط و أما صورتين الأولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا نعقل معنى الاشتراط شيء في العقد ألا كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فإنه لا معنى للتقييد بوجه فإنه إنما يتصور إذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطة الكلية تارة على نحو الإطلاق و آخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعة الفلانية و أما الأمر الجزئي فلا يعقل أن يكون مقيدا و مضيقا لان وجوده في الخارج آخر مرتبة من التضييق و عليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس ألا لحاظ الشرط بنفسه فهو بديهي البطلان أو كان الشرط ملحوظا بنفسه فإنه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فإنه لا معنى لاعتبار ذات الشرط في العقد و كونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختياري كوصف الكتابة و الخياطة و نحوها فإن البائع لا يبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١١

الشرط ليعتبر ذاته فيه و لا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون إنشاء البيع على تقدير الشرط المعهود و الا لم يبع أصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثاني: فهو المطلوب فيكون معنى الشرط في العقد هو كونه مشروطا بشرط اي كون الالتزام العقدي منوطا بالالتزام الشرطي لا أن يكون دائرا مداره وجودا و عندما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعتبر عنه في لغة الفارس (استادن) و هذا هو المعنى اللغوي للشرط كما ذكره في القاموس و من هنا يقال للنجل الذي يشد به العدلين على الإبل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجملة معنى الشرط في العقود ربط الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي من غير أن يتوقف أصل الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي و يتوقف الوقوف إلى الأبد بالالتزام العقدي على وقوف المشروط عليه و بالالتزام الشرطي.

و هذا المعنى من الشرط جار في جميع الشروط فان غيره اما غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحة العقد أو من الشروط الخارجية الشخصية و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلا وجه لجعل البناء على بعض الأوصاف شرطا و ان كان ذكر في بعضها الآخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط في جميع الشروط و ان كان الذكر معتبر أو لازما و شرطا فهو كك في جميعها فلا معنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا في بعضها أولى من ذكر بعضها الآخر في العقد فالكبرى الذي ذكره المصنف و أوضحه شيخنا الأستاذ ليس بتمام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٢

و بالجملة فما ذكره المصنف من

كون البناء على الأوصاف الدخيلة في صحة البيع شرطا في صحة البيع فان البيع لا يصح الا مبني عليها و الا فيكون باطلا دون الأوصاف الخارجية فلا وجه له كما عرفت.

و الذي ينبغي أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الأوصاف المذكورة شرطا في صحة العقد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائي و التزام عرفي على اعتبار بعض الأوصاف في المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلالة الالتزامية و كونها معتبرة فيه فلا شبهة في اعتبارها فيه و كون تخلفها موجبا للخيار ككون المالين متساويين في المالية و كون التسليم و التسلم في بلد العقد و كون النقد نقد البلد و هكذا فان بناء العقلاء و ارتكازاتهم في أمثالها على كون العقد مشروطا بتلك الأمور و أمثالها سواء ذكرت في العقد أم لا و سواء بنى المتعاملان عليها أم لا، بل هي معتبرة في العقد حتى مع الغفلة عنها حين البيع فان الارتكاز قرينة قطعية على ذلك و قائمة مقام الذكر و هكذا في كل مورد قامت القرينة على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائي و الدلالات الالتزامية فيكون تخلفها موجبا للخيار.

و أما في غير تلك الموارد فان اشترط في متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر في العقد فالعقد لازم و غير مشروط بشيء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا، إذ لم تقم قرينة على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٣

لو اختلفا البائع و المشتري في تغير أوصاف المبيع

قوله (ره): فرعان:

الأول: لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري.

إشارة

أقول: لو وقع البيع على المشاهدة السابقة فوقع الخلاف بين البائع و المشتري حين القبض و الإقباض فقال البائع قد عاملنا عليها على

هذه الصفة و كنت أنت عالما بها و ادعى المشتري أنها تغيرت و لم أكن عالما بها مثلا إذا كان المبيع حيوانا فيقول المشتري أنه كان سمينا فيقول البائع أنه كان هزولا و وقع البيع عليه كك مع علم منك عليه.

فهل يقدم قول البائع أو قول المشتري فقد وقع الخلاف في تقريب أن الأصل مع البائع ليكون منكرا و يكون المشتري مدّعا أو الأصل مع المشتري ليكون منكرا و البائع مدّعا و قد استدل على تقديم قول المشتري،

و دعوى كون الأصل معه بوجه كلها مخدوشة كما ذكره المصنف.

الأول: ما ذكره ابن إدريس في السرائر من أن المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزل منه إلا بإقراره أو بيئته تقوم عليه،

انتهى و تبعه العلامة فى أيضا فى صورة الاختلاف فى أوصاف المبيع إذا لم يسبقه برؤية، حيث تمسك بأصالة براءة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما يتقربه أو يثبت بالبيئته.

و أجاب عنه المصنف بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانه غاية الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفذ تشبهه باليد، و يؤيد ما ذكره أنه لو أسقط خياره بالفعل الذى يدعيه كان البيع لازما.

ثم قال الا أن يقال أن وجود الناقل لا يكفى فى سلطنة البائع على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٤

الثمن بناء على ما ذكره العلامة فى أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن فى مدة الخيار و ان تسلّم الآخر و ح فالثمك فى ثبوت الخيار يوجب الشك فى سلطنة البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجىء.

و قد فرق الأستاذ بين الخيارات الزمانى المجمعول لذى الخيار إرفاقا و بين غيرها فحكم بتمامية القول بتقديم قول المشتري فى مقام الاختلاف فى الأول دون الثانى و حمل كلام العلامة على الأول، و ذكر أن المصنف و ان أورد عليه بقوله انى لا أجد لهذا الحكم وجهها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه إلا أنه يظهر منه فى خيار المجلس الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السلم فثمره الخيار واضح، و هى عدم وجوب التقابض حيث استظهر من كلامه عدم وجوب التقابض و التسليم و التسلم فى موارد خيار المجلس فكأنه مسلم فى كل مورد لم يجب التقابض و انما أنكر شيخنا الأستاذ عدم تمامية المطلب فى المقام لعدم كونه من الخيارات الزمانية و لذا حمل كلام العلامة على غير المقام من خيار المجلس، و ما يكون الخيار بالشرط فى زمان.

و الحاصل أن شيخنا الأستاذ تسلّم عدم وجوب التسليم و التسلم فى زمن الخيار لكن لا فيما نحن فيه، بل فى الخيارات زمانه، و أما فى مثل المقام فحكم بعدم جواز المنع عنهما.

أقول: لو سلمنا ثبوت الخيار فى معاملة فلا يدل ذلك على جواز منع ذى الخيار عن تسليم الثمن أو المثلن بل له اعمال الخيار فقط فى فسخ العقد و بعد ما فسخ العقد له المنع عن تسليم العوض و أما قبل اعمال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٥

الخيار فلا يجوز له المنع عن التسليم، فإنه تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام، فما ذكره العلامة (ره) من عدم نسبة الخلاف إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن فى مدة الخيار لا يمكن تصديقه.

و كذلك لا وجه لما ادّعا الأستاذ من التفصيل فإنه مجرد الدعوى و دعوى التسالم عليه محالة مضافا الى عدم حجيته و كونه مخالفا للقواعد من حرمة التصرف فى مال الغير إلا باذنه.

و العجب منه (ره) حيث استظهر من كلام المصنف اختياره ذلك من التعبير بلو بمعنى أنه مع القول بوجوب التقابض فى عقد الصرف

و السلم فأثر الخيار واضح أى لكل ذى خيار أن لا يسلم الثمن أو المثلن فيعلم من هذه العبارة أن فى موارد الخيار الزمانى لا يجب التسليم و التسلم و لذا ذكر المصنف أنه لو قيل بوجود التقابض فأثر الخيار ظاهر فإنه يهدم الوجوب و يرفعه. و وجه العجب أن مورد كلام المصنف أجنبى عن المقام فإنه محل للتعبير بلو فإنه لا تحصل الملكية قبل التقابض أصلا و لذا حكم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخيار لعدم حصول الملكية قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملكية فكيف تحصل الملكية بدونه و هذا بخلاف المقام فإن الملكية قد حصلت غاية فلذى الخيار فسخها، و أما الممانعة عن التسليم فلا، لما عرفت من كونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام على أن دليل أخص من المدعى فإنه انما يتم فيما إذا كان الثمن فى يد المشتري و أما إذا كان دينا فى ذمة البائع فسقط بالمعاملة أو عينا مستأجرة أو عارية فى يده أو مغصوبة، فإنه فى هذه الصور ليس للمشتري يد على الثمن حتى يقال أنه لا ينتزع منه إلا بالبينة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٦

أو بالإقرار و قد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به، بل غاية الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل حال لبطلان العقد.

الوجه الثانى: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه

و قد استدلل بهذا العلامة فى التذكرة و أشكل عليه المصنف أولا- بإمكان قلب الدعوى بأن يجعل المشتري مدعىا و البائع منكرا بدعوى أن الأصل عدم علم المشتري بالوصف الآخر كما إذا فرضنا أن البائع يقول بعتك هذا الحيوان بهذا الوصف الهزال مع علمك به و المشتري يقول اشتريت منك هذا مع وصف السمن فحيث انه يدعى وصف السمن فيكون مدعىا و الآخر يكون منكرا أى البائع. و ثانيا: أن علم المشتري بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فيه، و عدمه فيه سابقا، فإذا نفينا وجود الوصف بالأصل فلا- تصل النوبة إلى أصالة عدم علم المشتري أو البائع بشىء من تلك الأوصاف و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الجواب الثانى، و لكن تسلم الجواب الأول.

و الظاهر أن كل ذلك خارج عن المقام فان ما هو المقصود فى المقام هو اشتراط العقد بشىء و عدم اشتراطه به، و كك تقييد المبيع و عدم تقييده فإجراء أصالة عدم علم كل من المشتري أو البائع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا يقيدنا بوجه ألا على القول بالأصل المثبت فان لازم عدم علم المشتري بوصف الهزال هو كون العقد مقيدا بوصف السمن مثلا و كذلك لازم عدم علم البائع بوصف السمن كون وصف الهزال قيدا للمبيع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف و عدمه إياه خارج عن المقام أصلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٧

و أما دعوى السببية و المسببية فهو أعجب من ذلك فإنه لا يفيدنا مجرد السببية و المسببية فى جريان أصليهما و لا يمكن رفع موضوع الأصل المسببى بالأصل السببى بمجرد صدق الاسم، بل لا بدّ من كون الأثر شرعيا، أى ارتفاع المسببى أثرا شرعيا للأصل السببى ففى المقام أن عدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شرطا ألّا باللوازم العقلية كما هو واضح فلا مرتفع لمنع الأصل المسببى بالسببى، نعم إذا كان الأثر مترتبا على العلم فيصح ذلك كما هو كك فى مورد خيار العيب حيث ان الخيار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفي العلم بالعيب يرتفع الخيار و أما فى المقام فالأثر مترتب على اشتراط العقد و تقييده فأصالة عدم علم أحدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالأصل المثبت.

و بالجملة أن ما افاده من الأول إلى الآخر لا يمكن المساعدة عليه.

الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدلل به المحقق الثانى.

وقد أجاب عنه المصنف بان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعا و لذا يجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد، ثم قال و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع.

وقد أجاب المصنف عن أصل مسألة الاختلاف بما حاصله أن بناء المتعاقدين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو (أى البناء) كاشتراط تلك الأوصاف فى العقد بحيث تكون كالشروط المضمرة فى نفس المتعاقدين أو أن تلك الأوصاف مأخوذة فى نفس المعقود عليه بأن يكون المبيع مقيدا و لذا لا يجوز إلغائها فى المعقود عليه كما يجوز إلغائها من الشروط فى العقد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٨

فعلى الأول: يرجع النزاع فى تقييد المبيع بالوصف و عدم تقيده به الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود حين التسليم و المرافعة على البائع و عدم اشتراطه عليه و اذن فالأصل مع البائع لأصالة عدم الاشتراط.

و على الثانى: فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الأصل عدمه، و لكن الظاهر هو الثانى فإن المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذة فى المبيع، و اذن فالأصل مع البائع كما ذكرناه.

ثم أورد على نفسه بأن أصالة عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشتري معارضة بأصالة عدم وقوع العقد على الشىء الموصوف بالصفة المفقودة فلا يكون أثر للأصل فى طرف البائع.

و أجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا و قد تقرر فى الأصول أن إثبات أحد الضدين بنفى الضد الأخر من الأصول المثبتة.

و بالجملة أن مرجع النزاع الى رجوع الموصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين.

و تحقيق الكلام يقع فى جهتين الأولى: من حيث الكبرى من انه يقدم قول البائع فى صورة الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشتري، الثانية: من حيث الصغرى و هو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط.

أما الجهة الاولى: فلا شبهة أن كل من يدعى الاشتراط فأصالة عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤١٩

فأصالة عدم الاشتراط نفيه فيكون الأصل مع الآخر لأن الأصل عدم تقييد العقد بشرط و على هذا فلو ادعى كل منهما الاشتراط فيجربى الأصل فى كلا الطرفين، فيكون المورد من قبيل التداعى و لا يفرق فى ذلك بين أن يدعى كل منهما الاشتراط مع الاعتراف بجامع واحد أم لا، مثلا إذا باع أحد حيوانا من شخص ثم اختلفا، فقال البائع انه كان مهزولا و قال المشتري أنه كان سمينا فإن الأصل يجربى فى كل منهما فيكون المورد من قبيل التداعى.

و كذلك إذا ادعى البائع المبيع ثوب و ادعى المشتري أنه حيوان، أو ادعى البائع أن المبيع عبد و ادعى المشتري أنه جارية فإن الأصل فى ذلك كله عدم وقوع البيع بكل منهما فيكون من قبيل التداعى هذا كله إذا كان يدعى كل منهما الاشتراط.

و بالجملة ان كل من يدعى شرطا على الآخر من المتبايعين، فالأصل عدمه كما ذكره المصنف، فان كان المدعى أحدهما فقط فيكون الأصل مع الآخر و ان كان كليهما مدعىا اما مع الاتفاق على المبيع أو مع الاختلاف فيه، فالمورد هو مورد التداعى كما لا يخفى.

و أما إذا كان أحدهما يدعى الإطلاق و الآخر يدعى التقييد بان يدعى البائع كون المبيع حنطة كلية و يدعى المشتري كونه من حنطة

المزرعة الفلانية فالظاهر هنا أيضا هو تعارض الأصول حتى بناء على جريان العدم الأزلى فى ناحية المقيد و تحقيق ذلك أنك قد عرفت فى علم الأصول فى مبحث التعبدى و التوصلى و غيره أن الإهمال فى الواقع مستحيل فلا بدّ و ان يكون الملحوظ اما مطلقا أو مقيدا، و على كل تقدير فكل منهما أمر وجودى فى مقام الثبوت و محتاج الى اللحاظ و ان الإطلاق فى مقام الإثبات أمرا عدميا و هو عدم التقييد و على هذا فيكون الأصل فى كل من الإطلاق و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٠

التقييد جاريا و نافيا له فيقال انّ العقد حين ما وجد فالأصل عدم وجوده مطلقا و كذا أن الأصل عدم وجوده مقيدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما لاستصحاب العدم المحمولى فواضح، فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالإطلاق، و كذلك فى الآخر أن الأصل عدم اتصافه بالتقييد فيتعارضان، و أما استصحاب العدم الأزلى النعتى فكك فإنه يقال الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مطلقا و كذلك فى طرف التقييد أن الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هو واضح. و إذا فيحكم بالانفاسخ.

و أما الكلام من حيث الصغرى فنقول قد تقدم الكلام فى ذلك أن القيود إنما تجرى فى مورد يكون المقيد قابلا للتقييد و التضييق و عليه فمحط القيود بأجمعها هو الأمور الكلية القابلة للتضييق بحيث كلما قيدت زادت تضييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعة و أما الأمور الجزئية فليست قابلة للتضييق أصلا، إلّا باعتبار الحالات كأن يقول ان كان هذا زيدا فأكرمه فان التشخص الخارجى و الوجود فيه آخر مرتبة من التضييق و التقييد فلا مرتبة له فوقه و عليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلا بدّ من إرجاعها إلى الشروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشروط لا معنى له، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و إرجاعها إلى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قابلية الأمور الجزئية للتقييد و إرجاعه إلى نفس البيع بحيث يبيع على تقدير كونه من حنطة المزرعة الفلانية و إلّا فلا يبيع فهو باطل إجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود.

فلم يبق إلّا الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالترام آخر و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢١

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصل أن مقتضى القاعدة هو الاشتراط، دون التقييد.

و بالجملة أن فائدة التقييد فى الأمور الكلية ظاهرة و هى تضييق دائرة الكلى و إسقاطه عن التوسعة و أما فى الأمور الجزئية فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعية فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا- اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه.

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضييق الدائرة فقد عرفت أنه لا معنى له.

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل و اما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا- معنى لما عرفت أنه لا معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا- مناص من إرجاعه إلى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط.

و كان الكلام فى العين الشخصى إذا وقعت المعاملة عليها ثم اختلف البائع و المشتري فى تغييرها و عدم تغييرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فإنه أمر غير اختيارى للبائع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتبا و خياطا و نجارا أو باع الحنطة و التزم بأنه من المزرعة الفلانية و هكذا و على هذا فيدور الأمر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به أو تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتارة يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعية فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود و أخرى يكون من قبيل التعليق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٢

بالأوصاف الخارجية كأن باع إذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتباً أو كانت الحنطة من المزرعة الفلانية و نحو ذلك فهذا لا إشكال في بطلانه لكونه من التعليق الذى كان باطلا بالإجماع.

فلم يبق فى البين إلا تعليق الخيار على الوصف الذى اعتبر فى المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكون الثمن كذا أو اشترى المشتري العبد و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكونه كاتباً أو من الأرز الفلانى أو بكون الحنطة المزرعة الفلانية و نحو ذلك. فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف فى المبيع الى الاشتراط و عليه فإذا شك فى اشتراط وصف أو شرط فى العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه، فالأصل عدمه و على هذا فلو ادعى المشتري كون العين المبيعة متغيرة و غير باقية على ما شوهده عليه و أنكره البائع فمرجه إلى أنه هل جعل للمشتري خيار فى هذا العقد أم لا، فالأصل عدمه و اذن فالأصل مع البائع و من هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصالة اللزوم أى استصحاب بقاء كل من الثمن و المثل على ملك صاحبه و عدم كون العقد خيارياً لا أصالة اللزوم المستفاد من العمومات فإنه من التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية لأننا نشك فى دخول المورد الذى نشك فى كونه خيارياً أم لا، داخلاً تحت العمومات الدالة على اللزوم أو أدلة خيار الشرط، فإثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية. فلا مجال بعد ما نقحناه لما أفاده المصنف (ره) من حكومة أصالة عدم وصول حق المشتري عليه على أصالة اللزوم و تطويل الكلام فى ذلك و فى عدم صحة التمسك بأصالة اللزوم نقضاً.

قوله: و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٣

فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. أقول: هذا هو عكس ما تقدم الكلام فيه و توضيح ذلك أنه لو ادعى البائع أن العين صارت بعد المشاهدة سمينه و أنكره المشتري و قال انها كانت سمينه من الأول فقد ظهر من جميع ما تلوناه عليك أن القول قول البائع فإن مرجع دعوى كون العين متغيرة من حالة الهزلة بعد المشاهدة و ضرورتها سمينه إلى دعوى ثبوت الخيار للبائع، فالأصل عدمه و أن العقد غير خيارى أو أن الأصل بقاء العين على الوصف السابق فلا يفرق فى ترتب ما نريده من الأثر بين استصحاب بقاء العين على الوصف الذى شوهده و بين الاستصحاب عدم السمن كما تقدم فى عكسه، و عليه فالمرجع إلى أصالة اللزوم أى قاعدة اللزوم المتقدمة لا الرجوع الى العمومات الدالة على اللزوم فإنه من التمسك بالعام فى الشبهات المصدقية. و من هنا ظهر أن ما ذكره المصنف هنا أيضاً لا يتم.

قوله (ره): الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد

إشارة

و اختلفا فى تقدم التغير على المبيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا- يوجب الخيار تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع و التغير.

أقول: كان الكلام فى المسألة السابقة فى اختلاف البائع و المشتري فى أصل التغير و فى هذه المسألة كلامنا فى اختلافهما فى كونه بعد البيع أو تسالهما على أصل التغير.

فنقول: إذا اختلفا البائع و المشتري فى ذلك فقال المشتري أن العين صارت مهزولة بعد المشاهدة و قبل البيع فلى الخيار فى فسخ العقد لتخلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٤

الوصف لحصول التغير فى ملك البائع و قال البائع ان الفرس الذى هو مبيع و ان صار مهزولاً إلا أن الهزال قد حصل بعد البيع فليس

لك للمشتري الخيار، سيأتي الكلام في باب الخيارات إنشاء الله تعالى أن تخلف الأوصاف و تغييرها قبل القبض هل تحسب على البائع لعموم قاعدة التلف قبل القبض من مال البائع بحيث يقال ان الأوصاف أيضا ملك للبائع بتبع العين فإذا تلف كان على البائع أو أن تلف الأوصاف تابع للملك و من الواضح أن العين ملك للمشتري فتلف الأوصاف يحسب عليه غاية الأمر أن تلف العين يحسب على البائع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعبارة أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البائع حكما ثابتا على خلاف القاعدة بالنص فلا بد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى الى تلف الأوصاف، و ان كان على طبق القاعدة فيكون تلف الأوصاف أيضا على البائع فكيف كان فسيأتي تفصيل ذلك في باب الخيارات.

فعلى القول بتسرية القاعدة إلى تلف الأوصاف فلا ثمره للنزاع في أن التغيير حصل قبل القبض أو بعده و على القول بعدم التسرية كما هو الحق لعدم المقتضى للتسرية فلا بد من النزاع في ان التغيير حصل قبل العقد أو بعده و كيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلا حادثان أحدهما وقوع البيع و الثاني حصول الهزال، و لكن لا يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن أيًا منهما مقدم و أن أيًا منهما متأخر، فحيث أن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع، و الظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمن كما أن أصالة عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٥

وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسألة السابقة فلا فرق بين المسألتين من حيث النتيجة.

نعم الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك ناش عن الشك في نفس الحق و هنا ناش عن الشك في وصول الحق المعلوم. و بعبارة أخرى الشك هناك في حقه الواصل و هنا في وصول حقه، فمقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم و عدم وصول حق المشتري اليه و من هنا ظهر الحال لو كان مدعى الخيار هو البائع.

أقول: لا حق للمشتري غير ذات المبيع الذي وصل اليه حتى نشك في وصوله اليه فتمسك بأصالة عدم وصوله اليه فيكون حاكما على أصالة اللزوم، و عليه فدعوى المشتري كون العين مهزولة بعد المشاهدة و قبل البيع أو قبل القبض يرجع الى دعوى الخيار لنفسه في العقد لكون العين مهزولة فالأصل عدمه و أن العقد ليس بمشروط بشيء و اذن فأصالة اللزوم محكمة أى بمعنى استصحاب بقاء الثمن في ملك البائع و بقاء الثمن في ملك المشتري و كون لازما و عدم ثبوت الخيار فيه المسمى بقاعدة اللزوم لا أن المراد منها هو التمسك بالعمومات الدالة على اللزوم لكون الشبهة مصداقية.

و من هنا ظهر حكم ما لو انعكس الأمر بأن ادعى البائع الخيار على نفسه بأن ادعى كون العين مهزولة حين المشاهدة و سمينه بعدها و قبل البيع فله الخيار و من هنا ظهر أيضا أن الأصل عدم الخيار للبائع و عدم كون العقد مشروطا بشرط فتكون أصالة اللزوم محكمة كما لا يخفى.

[لو اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره عنه]

قوله: و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه.

أقول: إذا اختلف البائع و المشتري في العين المشاهدة بعد التلف فقال البائع أنها تلفت بعد القبض و قال المشتري أنها تلفت قبل القبض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٦

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البائع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع. أقول: و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعية أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضة أم ليست بمعارضة، بل اقتصر على الاستصحاب الحكمي.

و لكن شيخنا الأستاذ حكم بأن الأصول الموضوعية الجارية لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبتة معارضة بالمثل في مجهولى التاريخ و الجارى لأحدهما فيما إذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهولة مثبت فيشك في تأثير البيع فتصل النوبة الى الأصل الحكمي و هو بقاء الثمن في ملك المشتري أقول: تحقيق الكلام في موردين:- الأول: فيما تحقق القبض في الخارج أو ما في حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البائع ثوبا من المشتري و جعله أمانة عنده أو كان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه و وجداه تالفا فاختلفا في تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشئ المعدوم و قال البائع أن التلف بعد البيع في غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشئ الموجود.

الثانى: ما لم يتحقق قبض في الخارج أو في حكم قبض المشتري كقبض و كيله و لكن تحقق التخليه بين البائع و بين العين فيما يكفى في قبضه التخليه كتسليم مفتاح الدار و إلقاء عنان الفرس إلى المشتري بحيث لم يكن مانع من أخذ المشتري و تسلطه على المبيع ثم اختلف البائع و المشتري فقال البائع أنها تلفت بعد البيع، و قال المشتري أنها تلفت قبل البيع.

أما الكلام في المقام الأول: فالحق فيه ما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب الحكمي و بيان ذلك أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٧

المبيع الى زمان البيع فالحكم بوقوعه على المبيع الموجود و الحكم بصحة البيع لأنه كسائر الموضوعات المركبة التي ثبت أحد جزئها بالأصل، و الآخر بالوجدان، فان البيع هنا في زمان الوجدان كما هو المفروض لاتفاقهما عليه و الجزء الآخر أعنى وقوع البيع على الشئ الموجود محرز بالأصل فيحكم بصحة البيع و يلزم المشتري بإعطاء الثمن و نظير ذلك ما إذا شك في بقاء العبد و موته فإنه لو عتقه يصح عتقه و يكفى عن الكفارات فان بقاءه إلى زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هكذا و لكنه معارض بأصل آخر و هو أصالة عدم وقوع البيع على المبيع الموجود الى زمان التلف فهذا الأصل و ان لم يثبت وقوع البيع على المبيع المعدوم آلا على القول بالأصل المثبت و لكن هذا المقدار يكفى في ترتب الأثر و هو عدم تحقق البيع على الموجود. و اذن تصل النوبة الى الأصل الحكمي و هو استصحاب بقاء الثمن في ملك المشتري و عدم تحقق ما يخرج عن ملكه كما هو واضح.

ثم ان تصل النوبة إلى الاستصحاب الحكمي إذا قلنا بعدم جريانه في مجهولى التاريخ على الخلاف بيننا و بين صاحب الكفاية و كذلك إذا قلنا بجريانه فيهما معا فيما إذا كان التاريخ أحدهما معلوما و الآخر مجهولا و لكن يسقطان بالمعارضة كما اختارناه في علم الأصول و قلنا ان الاستصحاب يجرى في كل من معلومى التاريخ و مجهوله معا و لكن يسقطان بالمعارضة.

و أما على مسلك الشيخ و الأستاذ من التفصيل بين معلومى التاريخ و اختصاص جريانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلا يقع التعارض و لا يسقطان بالمعارضة لأنه فرع جريانهما معا و على الاجمال فلا بدّ لهما من التفصيل في المقام كما هو مبناهما في الأصول.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٨

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخليه في الخارج فيما يكفى في قبضه التخليه كتسليم مفتاح الدار أو البستان و إلقاء عنان الفرس أو الثوب إلى المشتري و تلفت العين ثم اختلفا في كون التلف قبل البيع أو بعده ففي المقام على جميع التقاير من جريان الاستصحاب في مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفاية و من جريانه في ما إذا كان أحدهما معلوما و الآخر مجهولا- و سقوط الأصلين بالمعارضة كما عليه المبني أو قلنا بعدم جريانه في معلوم التاريخ و جريانه في مجهول التاريخ كما هو

مذهب المصنف و شيخنا الأستاذ في مبحث الأ-صول فلا يترتب على شىء منها أثر بحيث يحكم بصحة البيع على المشتري و يلزم المشتري على إعطاء الثمن.

و الوجه في ذلك كله أن غاية ما يترتب على جريان الأصل هو صحة العقد و البيع و هو لا يفيد إلا مع تحقق القبض فالأصل عدمه. و بعبارة أخرى ففي هنا أمور ثلاثة التلف و البيع و القبض و إذا أثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف على الترتيب المتقدم من إثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا- يكفى ذلك بدون تحقق القبض فإن أصالة عدم تحققه محكمة كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع في مقامين: الأول: مع تحقق التخليء من البائع فيما يكفى قبضه التخليء، و قلنا ان المرجع فيه أصالة عدم تحقق القبض و بقاء مال المشتري في ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و إثباته في الخارج بالأصل و الوجدان، فان تحقق البيع لا- يثبت تحقق القبض الا- على القول بالأ-صول المثبتة على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الإنشاء كما سيأتى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٢٩

و أما الجهة الثانية: فقلنا ان الأصول بناء على جريانه في مجهولى التاريخ و فيما إذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الآخر مجهولا، معارضة فتصل النوبة إلى أصالة بقاء مال المشتري في ملكه كما ذكره المصنف (ره) و ذكرنا أيضا ان جريان الأصل في كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الأصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الأنصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبة الى الأصل الحكمى من أصالة بقاء الثمن فى ملك المشتري و على مسلك المصنف فلا بد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلف مجهول التاريخ، فنستصحب عدم التلف الى زمان البيع فنحكم بالصحة كما تقدم و على تقدير كون التلف معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الأصل عدم وقوع البيع الى زمان التلف فينتج البطلان، فلا يمكن الحكم بكون الأصل بقاء مال المشتري فى ملكه.

هذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصحاب لا يجرى مطلقا، فان جواز البيع و عدم جوازه أى إضاءه و عدمه من الأحكام الشرعية فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين.

و أما أصل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبار ملكية كل من العوضين لكل من المتبايعين و إظهاره ببرز فى الخارج بحيث يرى العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى و الإنشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبار النفسانى و من الواضح أن العقلاء انما يعتبرون البيع فيما إذا كان للمبيع وجود خارجى أو كليتا بحيث اعتبر العقلاء ملكيته و صحة وقوع البيع عليه فى اعتبارهم و مع عدمه فلا يتحقق مفهوم البيع أصلا فإنه لا معنى لبيع المعدوم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٠

و بعبارة أخرى أن وجود المبيع دخيل فتحقق البيع فى اعتبار العقلاء فمع العلم بعدم البيع لا يقع عليه البيع فإنه من قبيل المعدوم فلا يعتبرون البيع الواقع على المعدوم بيعا فى نظرهم و ما اعتبره البيع فى نفسه و أظهر بالمظهر الخارجى لغو محض فإنه صورة اعتبار البيع لا أنه بيع حقيقة فأنا و ان قلنا أن البيع متقوم بأمرين أحدهما الاعتبار النفسانى و الثانى إظهاره بمظهر خارجى و لكن ذلك انما يتحقق مع وفق الاعتبار لما فى الخارج و وجود المطابق له فى الخارج، و على هذا فلو شككنا فى تحقق البيع من جهة الشك فى وجود المبيع حين البيع فالأصل عدمه.

و تحقق الإنشاء و ان كان مسلما و لكنه ليس ببيع و ح فالحكم هو أصالة بقاء الثمن فى ملك المشتري كما أفاد المصنف (ره) و من هنا ظهر الحكم فى سائر العقود و الإيقاعات فإذا شك فى موت العبد و بقاءه و أعتقه فلا يصح تصحيح العتق باستصحاب بقاء العبد الى زمان العتق و وقوع العتق عليه فان ما تحقق قطعاً هو الإنشاء و أما حقيقة العتق فهو مشكوك، فإنه يعتبر فيه وجود المعتق و هو

مشكوك فعمل العتق وقع على المعدوم، فلا يعتبرونه العقلاء عتقا فالأصل عدم تحققه فلا يكفي من الكفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فى سائر العقود و الإيقاعات و لو شك بعد الطلاق فى بقاء الزوجية أو بعد الإجارة فى بقاء الدار فلا يمكن تصحيح ذلك بأصالة الصحة لاحتمال مجرد الصدق الواقعية و قد يقال بصحة البيع تمسكا بأصالة الصحة للشك فى بعض شروط و هو وجود المبيع و انما مورد أصالة الصحة هو ذلك.

و يرد عليه وجوه: الأول: أن أصالة الصحة ليست إلا هى قاعدة الفراغ غاية الأمر أن قاعدة الفراغ تجرى فى فعل شخص الإنسان و أصالة الصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 431

تجرى فى فعل الغير و ذكرنا فى قاعدة الفراغ أنها انما تجرى فى موارد تكون صورة العمل محفوظة كما عبر بذلك شيخنا الأستاذ و أما فيما لم تكن صورة العمل محفوظة فلا مورد لقاعدة الفراغ و كذلك لا مورد لقاعدة أصالة الصحة مثلا إذ شك المتوضى بعد وضوئه أن ما كان يتوضأ به كان ماء أو شيئا آخر من المائعات التى لا يجوز التوضى بها فإنه لا تجرى فيها قاعدة الفراغ لعدم الحفاظ صورة العمل و انما تحمل مجرد الصدفة الواقعية فقط نعم مورد قاعدة الفراغ ما إذا كان هنا مائتان و توضأ من أحدهما كان أحدهما مما يجوز التوضى به و الأخر لا يجوز ثم شك فى أنه كان من الذى يجوز التوضى به أو من الذى لا يجوز فقاعدة الفراغ يحكم بالصحة و يكون التوضى من الذى يجوز التوضى به و كذلك فى قاعدة الصحة إذا شكنا فى ما فعله المتبايعان هو حقيقة بيع أو صورة بيع فإنه لا يمكن بأصالة الصحة إثبات كون الواقع بيعا حقيقة بمجرد احتمال الصدفة الواقعية و كذلك فيما إذا احتملنا أنه قال أنت طالق و لكن نحتمل أنه قاله لزوجته أو لأجنبية فلا يمكن حمله على الطلاق الصحيح بأصالة الصحة.

نعم إذا أحرز أنه طلق زوجته و أحرزنا صورة العمل أى الطلاق بالزوجة و لكنه نشك فى صحته و فساده فنحمل على الصحة و كذلك إذا رأينا أن أحدا قام على ميت فلا ندرى أنه يصلى أو لا، فلا يمكن حمل فعله على الصحة بمجرد احتمال الصدفة الواقعية. نعم إذا حفظنا صورة العمل و عملنا أنه يصلى على الميت و شكنا فى صحته و فساده من جهة أخرى فنجرى أصالة الصحة و هكذا فى جميع العقود و الإيقاعات و العبادات كفاية أو عينية.

و ثانيا: أنه مع قطع النظر عن الإشكال الأول أن أصالة الصحة مشروطة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج 5، ص: 432

بكون الشرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له و على تقدير غير مقدور فلا نجرى فيه أصالة الصحة مع كون الشرط شرطا على كل تقدير و لزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخيل فى صحة البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير، ففوق البيع عليه غير مقدور على المكلف و على تقدير وجوده ففوق البيع عليه مقدور و مع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعدة أصالة الصحة فى مثل ذلك و من هذا القليل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده و كذا بيع من نشك فى بلوغه و عدمه و هكذا الأمر فى قاعدة الفراغ و قد خالف شيخنا الأنصارى فى هذا الشرط فى قاعدة الفراغ.

و ثالثا: ما ذكره المصنف مع الغض عن الإشكاليين الأولين من وجود الجامع بين الصحيح و الفاسد بحيث ينطبق عليهما، و أما إذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحة بوجه.

الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الأصحاب،

أحدهما اعتبار الاختيار فيما لا يفسده الاختبار، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحة كما ذكره آخر

أو يعتبر فيه البراءة من العيوب كما ذكره ثالث أو الأخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كما ذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه،

بل أقوال فى المسألة كما يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب التى نقل جملة منها المصنف (ره) فلاحظها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٣

ولا يهمنى التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن إجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلا بد من التكلم هنا على مقتضى القاعدة بل التحقيق أن يقال أن الأوصاف التى تختبر على أقسام، فإنها قد تكون من أوصاف الصحة الدخيلة فى صحة البيع فتارة تكون الأشياء المتصفة بها مما لا يفسده الاختبار و أخرى مما يفسده الاختبار، أما الأول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسر منها غير مفسد قطعاً فنقول أن المانع من صحة البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الأوصاف الصحة كالطعم و الرائحة فيما يقصد منه طعمه أو ريحه من العطور و الفواكه ليس إلا الغرر الثابت بحديث نفي الغرر بناء على تماميته أو الإجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضاً و حجيته، فلا شبهة أن المناط فى صحة البيع فى جميع الموارد هو ارتفاع وصف الغرر فان البيع الغررى باطل فلا بد من ملاحظة ما يوجب ارتفاع الغرر من غير تخصيص بشرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءة من العيوب.

و عليه فيرتفع الغرر بأمور، الأول: الاختبار بما لا يفسده الاختبار، فيما يستخير حال المبيع به كاستشمام العطور و ذوق الفواكه التى لا تفسد بالاختبار كأكل حبة من العنب و نحوه أو استشمام بعض أقسامها فإن ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صحيحاً من ناحية الغرر فهذا مما لا شبهة فيه.

الثانى: اشتراط الصحة من العيوب الموجبة للغرر بحيث يكون الخيار عند ظهور المبيع أو الثمن فاقدًا لذلك الوصف لكل من البائع و المشتري و هذا أيضاً رافع للغرر كما هو واضح.

الثالث: الاقدام على المعاملة مطلقاً من غير اشتراط و لا اختبار أصلاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٤

بل يسكت عن جميع ذلك، و لكن الشرط الضمنى موجود فى المقام بظهور العوضين واجداً لأوصاف الصحة و لم يكن عديماً لها بحيث لو ظهر فاقدًا كان للمشروط له الخيار، و مع هذا الشرط الضمنى لا يضره السكوت عن الاشتراط لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذى يدل على هذا بناء العقلاء فى معاملاتهم فإنهم يعاملون معاملة كلية أو جزئية مطلقاً و إذا ظهر المبيع فاقدًا لأوصاف الصحة يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ.

فتحصل أن ارتفاع الغرر فى المقام ليس منحصراً بالاختبار بل كما يرتفع به كك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمنى أيضاً لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الإجماع عليه كما ظهر من مطاوى ما ذكرناه، بل الإجماع على عدمه فإنه من باب ذكر وصف الصحة و من الواضح أنه غير لازم إجماعاً كما ذكره المصنف فى جواب السرائر، و أما توصيف البائع المثمن و توصيف المشتري الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل فى صورة الاشتراط.

و أما اشتراط البراءة من العيوب فالظاهر من عبارة المصنف من عطفه على اشتراط الصحة بأو و كذلك الظاهر من عبارة النهاية و المقنعة المنقولة فى المتن هو كفايته فى نفسه حيث قال (خلافًا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءة من العيوب هو إحراز كل من البائع و المشتري كون المبيع سليماً عن العيوب و صححة هذا هو المراد ظاهراً للمصنف حيث ذكر فى أواخر كلامه أنه ظاهر عبائهم المتقدمة اشتراط الموصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غررى و ان كان المراد من البراءة من العيوب التبرى منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٥

من الصحيح و الفساد سواء ظهر فاقدا لأوصاف الصحة أو واجدا لها لا يكون خيار للمشتري و يشترط المشتري على البائع فى الثمن أيضا، هذا الاشتراط فهذا البيع غررى بلا شبهة فيكون الاشتراط مؤكدا للغرر فيبطل البيع للغرر بناء على مانعته عن البيع فلا يرتفع الغرر بالاشتراط و على الاجمال فلا وجه لاشتراط هذا الشرط أصلا، فإنه ان كان راجعا الى اشتراط الصحة فذكره تكرار و ان كان بمعنى التبرى فاشتراطه مؤكدا للغرر فلا يكون رافعا له.

و من جميع ما ذكرناه ظهر بطلان ما ذهب إليه فى السرائر من تقوية عدم جواز بيع العين الحاضرة المشاهدة بالتوصيف، بل لا بد من ذوقها و شمها.

و مما ذكرناه ظهر جريان أصالة السلامة فى المبيع فان المراد بها هو اشتراط كون المبيع سالما على العيوب بالشرط الضمنى و واجدا لأوصاف الصحة على النحو الذى تقدم و هذا مما جرى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم و ليس المراد من أصالة السلامة ما يكون طريقا إلى إحراز كون المبيع واجدا لأوصاف الصحة باستصحاب الحالة السابقة التى شوهدت و كانت واجدة لأوصاف الصحة حتى يناقش فيها بما ناقشه المصنف من عدم الدليل عليه لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك فى طرو المفسد و لا من غيره فإنه لو كان المراد من أصالة السلامة هو ذلك فليس عليه دليل حتى مع الشك فى طرو المفسد الذى استثناه المصنف، فانا ذكرنا فى علم الأصول أنه لا وجه لكون بناء العقلاء دليلا للاستصحاب و أنه غير ثابت كما هو واضح، و هذا بخلاف ما ذكرناه من أصالة السلامة فإن بناء العقلاء عليه مسلم كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٦

ثم ظهر أيضا من جميع ما ذكرناه بطلان ما ذكره المصنف من التفصيل، بين الأوصاف الدخيلة فى معظم المالية و بين غيرها، و حاصله أن الأوصاف ان كانت دخيلة فى معظم المالية بحيث تزول المالية المهمة بزوال الأوصاف فلا بد من إحراز السلامة عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الأول يبقى الأخيران و هذا ككون الجارية خنثى و كون الدابة لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه.

و أما إذا لم تكن الأوصاف من قبيل الأوصاف الدخيلة فى معظم المالية فلا يجب إحرازها و لا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجارية ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم المالية لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غاية الأمر قد انتفى الاستيلاء فقط و أما فى الأول قد انتفى الاستمتاع أيضا.

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فإن المناط فى صحة العقد هو رفع الغرر كما تقدم، فكما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فى العقد غرر فلا بدّ من اشتراط ما يوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحة أو الإرجاع إلى أصالة السلامة و إلا فلا، سواء كانت دخيلة فى معظم المالية أم لا، فان ما يكون دخيلا فى ذهاب المالية و ان لم تكن معظما فالسكوت عنه فى مقام البيع غرر بلا شبهة.

فتحصل من جميع ما ذكرناه حكم ما يفسده الاختبار أيضا فإن جميع ما ذكرناه جار فيه إلا الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده و أما اشتراط الصحة أو بيعه مطلقا ايكالا إلى أصالة السلامة فهما جاريان فيه، كما يجريان فى الأول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليمو أو نحوها فان الغرر يرتفع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٧

فيها بأحد الأمرين المذكورين فلو تبرء عن العيوب يكون غرريا فيبطل.

نعم قد ورد فى المقام رواية «١» ربما يتوهم فيها اعتبار الاختبار فيما يختبر حيث قال (ع) فيمن سأل عن ذوق الطعام فى المال الذى يريد أن يشتريه، فقال (ع) نعم فليذقه فلا يذوقن ما لا يشتري.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من أن السؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فإنه (ع) جوّز ذلك لمن يريد الاشتراء لا لكل من و لو

لم يكن نظره ذلك و إلا فإن بعض الطماعين يأخذون ذلك وسيلة لأكل أموال الناس بأن يأكل من دكان عشرة حبات من العنب و من الآخر كك، و من الثالث هكذا فيكون أكثر من الحققة فهى الامام (ع) عن ذلك فيجوز هذا النحو من الطريق أيضا. فتحصل أن ما لا يفسده الاختبار فبالنسبة إلى الأوصاف الدخيلة فى صحة المبيع يجوز بيع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصيف و بالاعتماد على أصالة الصحة و السلامة على المعنى الذى ذكرناه أى انصرافه الى كون المبيع سالما عن العيوب و واجدا لأوصاف الصحة فإنه الفرد الصحيح و قلنا هذا معتبر بالشرط الضمنى فى العقود و المعاملات. و أما بالمعنى الذى ذكره المصنف من كونها محرزة لبقاء المبيع على أوصاف الصحة و عدم طرؤ العيب له ليوجب زوال صحة المبيع فليس له مدرك صحيح كما عرفت حتى فيما كان للمبيع حالة سابقة فانا ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا دليل على اعتبار الاستصحاب من ناحية بناء العقلاء كما هو واضح. و قد عرفت أيضا أنه لا يفرق فى ذلك فى الأوصاف التى لها دخل فى

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٧٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٨

معظم مالية المبيع و ما لا يكون كك، فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحة البيع و إلا يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الأمور الثلاثة المتقدمة فلا دليل على الفرق المذكور بوجه، و ان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب إليه الحلبي (ره).

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكهة أو الدبس حلوا شديدا و زائدا عن الحد الأوسط أو واجدا لأصل الحلو المتوسط فان الحلاوة من الأوصاف الكمالية فإن كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشتري و بالتوصيف من البائع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بأن يشترط المشتري كونه واجدا لوصف الكمال، و أما الاعتماد على أصالة الصحة، و السلامة المتقدمة فلا يجرى هنا فإن الأوصاف ليس من الأوصاف الصحة حتى ينصرف الإطلاق إلى الصحيح و أن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فى ضمن العقد كما لا يخفى.

و أما فيما لا يمكن التوصيف و الاخبار كما إذا كان الوصف على نحو يدرك و لا يوصف كوصف الملاحه و نحوها ففى ذلك لا بد فى رفع الغرر، اما من الاشتراط أو الاختبار و إلا فيكون باطلا- للغرر المنفى، فإن المفروض ان الأوصاف المذكورة لها دخل فى المالية فإذا لم يشترط البيع على نحو يكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك.

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبة إلى أوصاف الصحة فيأتى فيه جميع ما ذكرناه فيما يفسده الاختبار لأن المفروض أنه يفسده فيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصالة الصحة على النحو المتقدم أو يخبر البائع عن الأوصاف فيكون هذا أيضا رافعا للغرر مع الوثوق بكلامه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٣٩

فيكون هذا أيضا داخلا فى الاشتراط فإنه نحو منه.

و أما الأوصاف الكمالية فبالنسبة إلى الأوصاف التى يمكن الاطلاع عليها فيجوز المعاملة ح بالاشتراط و بتوصيف البائع فيرتفع الغرر بهما فيكون داخلا فيما يشترى اعتمادا على وصف البائع أو يشترط كون المبيع واجدا للأوصاف الكمالية و مع ذلك يرتفع بها الغرر. و أما الأوصاف الكمالية التى لا يمكن الاطلاع إليها أصلا إلا بالاختبار ككون البطيخ حلوا و كون الرقى أحمر من الأوصاف الكمالية التى لا يعلم إلا بالاختبار، فالظاهر انها غير دخيلة فى المالية أصلا فلا يلزم عدم اشتراط كون المبيع واجدا لها غرر أصلا، فإن المفروض ان المورد فما يفسده الاختبار و أن التوصيف لا يمكن أيضا و ان أصالة السلامة غير جارية فيبيع المالك على هذا النحو إذ لا يفرق

العرف في أمثال ذلك بين ما يكون واجدا لها و بين ما يكون فاقدا لها لعدم طريقتهم الى ذلك، و ان كانوا يفرقون بينهما بعد الاطلاع إليها و على هذا ان اشتراط المشتري كون المبيع واجدا لتلك الأوصاف فيها و ألا فليس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذى تعارف فى العرف التبرى من كون المبيع واجدا لها أو فاقدا لها فيقول أبيع المتاع الفلانى على ما هو عليه سواء كان واجدا للوصف الفلانى أو فاقدا له دون ما كان الوصف من الأوصاف الصحة لما عرفت أن التبرى من فقد ان الوصف من أوصاف الصحة موجب للغرر.

الكلام فى حكم ظهور المبيع معيا

إشارة

و أما الكلام فى حكم تخلف الأوصاف المذكورة فذكر المصنف فى فرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٠

تخلف وصف الصحة أقساما ثلاثة:-

الأول: أن يكون لفساد المبيع فى نفسه قيمة كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه إذا لم يكن الفساد بمرتبة يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع و لا كونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز و ان كان فاسدا بصيرورته أسود و لكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه و كك البطيخ و الرقى و سائر الفواكه إذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع، بل فسد جزء منها و صار به دود و نحوه و أما الباقى فيصح الانتفاع به

و قد مثل المصنف بذلك بيض النعامة بدعوى أن لفساده أيضا قيمة، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو أعرف بمقاله.

الثانى: أن يكون لفساده أيضا قيمة و لكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ فى نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز و الجوز قشرا فان للقشر قيمة و مالية فى نظر العرف فى الحريق و لكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز.

الثالث: أن لا يكون للفساد مالية و قيمة أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به أصلا.

و بعبارة أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن المالية أصلا و أخرى يكون له مالية و قيمة و على الأول تارة يكون من جنس الصحيح و أخرى من غير جنسه، فالأقسام ثلاثة.

أما القسم الأول: فتارة يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص، بان عرف أن البطيخ فيه دور و آخر بعد الكسر فعلى الأول يتخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أى نحو كان أو الإمضاء مع الأرش كما هو واضح، و أما بعد الكسر فليس له فسخ العقد إلا مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤١

اشتراطه هكذا بان يقول للبائع حين البيع لو ظهر متاعك معيا و لو بعد الكسر فلى أن أرجعه و أما مع الاعتماد على أصالة السلامة فلا يجوز له الفسخ، بل يتخير بين الرضى بالعقد بدون الأرش و الرضاء به مع الأرش.

و أما القسم الثانى: فالظاهر هو بطلان العقد لما عرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعية فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود، فيكون البيع باطلا كما لا يخفى.

و الحاصل أنه إذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفساد أيضا قيمة و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب الصورة النوعية كما إذا اشترى وزن تمرة فظهر أنه فى حكم النبوى لا- يناسب إلا بالحرق فهذا لا إشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الاقسام الذى ذكره المصنف و تعرض لها.

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تارة يكون مع كونه فاسدا على قيمة الصحيح و أخرى أقل منه، و ثالثه يظهر أنه لا قيمة له أصلا و على كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القص و قد يكون بعده، فالأقسام ستة.

أما إذا كان ظهور العيب قبل الكسر فما إذا كان الفاسد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمة الصحيح فح ليس للمشتري أخذ الأرش فإن المفروض ان قيمتهما متساوية فالأرش انما يكون إذا كانت قيمة المعيب أقل من الصحيح فإن الأرش عبارة عن تفاوت القيمة بين الصحيح و المعيب فإذا لم يكن تفاوت في البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو إمضائه كك و أما إذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فيتخير المشتري بين الأمور الثلاثة فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا به مع الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٢

فإن المعيب أقل قيمة من الصحيح فللأرش هنا مجال.

و أما إذا كان الفاسد بمرتبة لا قيمة له أصلا كما إذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمة أصلا كان يعد من الزبالة ففي هنا يحكم بالبطلان إذ المبيع من حيث عدم ماليتها في حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا، بل الحكم هو الانفساخ ليس الابل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بعبا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار المالية في المبيع كما بنينا عليه في أول البيع فان ما ليس بمال يعد في نظر العرف نوعا آخر في قبال ما هو مال فإذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلف صورته النوعية فيكون فاسدا، من هذه الجهة نظير ما إذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشرة من الحشرات فان بيع الحشرات في نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشرة، بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال في المقام.

و أما إذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساوية لقيمة الصحيح فليس للمشتري هنا شىء أصلا من أنحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمة و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص «١» الخاص الوارد في خيار العيب من أنه إذا أحدث فيه حدثا أو لاس فلا يجوز له الرد فيكون ذلك ساقطا للنص و ان كان هو جائزا في نفسه بحسب القاعدة.

و لا يفرق في ذلك بين أن يكون للمكسور قيمة أولا و لا بين أن تكون قيمة

(١) وسائل: ج ١٢ باب سقوط خيار المشتري بتصرفه ح ١ و ٣ ص ٣٥١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٣

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولا- فإنه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فإنك عرفت أن قيمة الصحيح و المعيب متساويتان و انما سقط الفاسد عن القيمة أو نزلت قيمته بكسر المشتري.

و أما إذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فح فلا يجوز للمشتري الفسخ لما عرفت من سقوطه بالكسر للنص فح يتخير المشتري بين الرضى بالعقد بدون الأرش أو الرضا به مع أخذ الأرش و المراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد قبل الكسر لا بعده إذ قد لا يكون للفاسد قيمة بعد الكسر أصلا كما عرفت و لكن ذلك مستند الى فعل المشتري و احداثه فيه حدثا فيسقط للنص.

و أما إذا لم يكن له قيمة أصلا فحكمه حكم قبل الكسر اعنى انفساخ العقد إذ لا ماليتها للمبيع أصلا و العقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعا و انما هو في صورة البيع و الأمر كك حتى مع القول بعدم اعتبار المالية في المبيع كما عرفت فان البطيخ إذا ظهر معيبا بحيث لا يعد من المأكول فيكون نوعا آخر في مقابل المأكول فهما في نظر العرف مختلفان بحسب الصورة النوعية كما لا يخفى فيكون البيع باطلا من الأول سواء كان ظهور العيب قبل الكسر أو بعده، فيكشف عند ظهور العيب أنه باطل من الأول كما صرح به الشيخ و الحلبي و العلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين.

و لكن الظاهر المحكى عن الشهيد فى الدروس انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله و جعل الثانى احتمالا و نسبة الى ظاهر الجماعة و قد أشكل عليه المصنف بما لا يخلو عن المتانة و حاصله أنه لم يعلم لذلك وجه، و لذا نسب الشهيد الثانى فى الروضة خلافه الى الوضوح و الوجه فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٤

بطلانه أن الفاسد ان لم يكن من الأموال فيفسد البيع من أصله لأن كون المبيع متمولا شرط واقعى لا علمى، و ان كان من الأموال فان لم يكن تفاوت بين الصحة و المعيب فليس للمشتري خيار فكك بعد التصرف و ان كان له خيار عيب قبل التصرف كما تقدم، و ان كان بينهما تفاوت فيؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جميع الثمن و قبل التصرف يتخير بين الأمور الثلاثة، كما تقدم.

ثم وجه كلامه بأنه ألا ان يقال انه مال واقعى إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان فى ضمان البائع فينفسخ البيع ح، بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ و حيث ان خروجه عن المالية لأمر سابق و سبب سابق كان فى ملك البائع فكان الضمان على البائع.

و الحاصل أن البيع منفسخ فى زمان ظهور العيب و الرجوع الى البائع من جهة كون حدوث العيب فى ملكه كما لا يخفى.

ثم أشكل عليه المصنف بكونه على خلاف القواعد على ما سيأتى فى الخيارات، و انما تعرضه المصنف هنا لأجل خصوصية فى المقام.

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن المالية فيكون حدوث العيب فى ملك المشتري فلا وجه للرجوع إلى البائع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الأول فإنه إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من الأول فلا وجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن المالية لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مدة و كالعبد المريض يموت بعد مدة فإنه فى مثل ذلك فيرجع الى البائع لا فى جميع المبيع، بل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٥

بالتفاوت بين الصحيح و المعيب قبل التلف و الخروج عن المالية، لأن المعيب أيضا له مالىة و له قيمة كما لا يخفى على أن فوات المالية يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح.

و بالجملة لا نعرف وجه لتصحيح كلام الشهيد فإنه ان كان الفاسد له قيمة فحكمه ما ذكرناه و ان لم تكن له قيمة فحكمه الانفساخ من الأول لعدم كونه مالا من الأول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود و ما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم.

الكلام فى ثمره الخلاف

و أما ثمره الخلاف بين ما كان الانفساخ من الأول

كما ذهب إليه الأكثر على ما عرفت، و بين ما كان من حين ظهور العيب فى المبيع فهى تظهر فى ترتب آثار ملكية المشتري الثمن الى حين تبين الفساد فلو اشترى البائع دارا بالثمن المذكور فربح فى ذلك ألفا فإنه للمشتري على المشهور لحصول الانفساخ من الأول و عدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلا فيكون اشتراء الدار فضوليا.

و للبائع على قول الشهيد كما هو واضح.

و عن الدروس و اللمعة أن الثمرة تظهر فى مؤنة نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه الى موضع اختبار فقد ذكر فى ذلك أقوال ثلاثة:-
الأول: ما ذكره الشهيد الأول من أن مؤنة النقل على تقدير انفساخ العقد من الأول انما هى على البائع، و على المشتري لو قلنا بالانفساخ حين ظهور الفساد فى المبيع لوقوعه فى ملكه، و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٦

الثاني: ما ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد و تبعه الشهيد الثاني من كونها على المشتري مطلقا و ليس له أن يرجع الى البائع، و الوجه فيه هو أن المشتري نقله بغير أمر البائع.

الثالث: ما ذكره المصنف عن بعض الأساطين - كاشف الغطاء - و هو كونها على البائع مطلقا فإنه قدره نفى البعد عن ذلك، و الظاهر: أن شيئا من الوجوه الثلاثة لا يمكن المساعدة عليه.

أما الوجه الأول: فلا دليل عليه من النص و الإجماع و العقل، لأن مجرد ظهور العيب في ملك المشتري لا يستلزم كون غرامة النقل عليه كما ان عدم ظهور في ملك الغير لا ينفي الغرامة عنه، بل لا بد في ذلك من وجود السبب للضمان، و كك لا وجه للوجه الثاني و الثالث على وجه الإطلاق، كما سيظهر وجهه.

و التحقيق أن يقال: قد تقدم في بيع الفضولي أنه إذا استند الوقوع على الضرر الى غيره بالاغترار كان ضمانه على الغار لقاعدة الغرور الثابتة بالنقل و الاعتبار و ألا فلا، و عليه فان كانت الغرامة الحاصلة من نقل المبيع الى مكان الاختبار مستندة الى البائع، و كونه غارا للمشتري في ذلك لعلمه بالعيب و جهل المشتري به فمؤنة النقل على البائع.

و أن لم يكن اغترار في المقام لعلمهما بالحال أو جهلها بها فالغرامة على المشتري، لأنك قد عرفت في المبحث المذكور أن الغرور انما يتقوم بأمرين أحدهما علم الغار بالعيب، و ثانيهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ينتفي الغرور، و على هذا فلا وجه لما ذهب اليه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الأساطين على الإطلاق، بل لا بد من التفصيل في المسألة بلحاظ الغرور و عدمه، هذا كله في مؤنة نقل المبيع من مكان البيع الى مكان الاختبار.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٧

و أما مؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع أو المكان الأخر مع مطالبة البائع أو كونه في مكان يجب تفريره كالمسجد و المشهد أو في مكان مغصوب فذكر المصنف أنه على البائع على تقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلا فلا يبعد مؤاخذه المشتري به.

و فيه أن هذا أيضا لا يتم لعدم الدليل عليه فان مجرد كون المبيع ملكا للبائع بعد الانفساخ لا يوجب كون مؤنة النقل اليه، بل التحقيق ان يقال:

إذا كان المعيب الذي خرج عن المالك ملكا للبائع كجبة من الحنطة مثلا، أو موردا للحق و ان خرج عن الملكية أيضا كما إذا صار الحيوان ميتة أو ظهر البطيخ فاسدا بحيث لا يعتبر العقلاء في مثله الملكية أيضا فطلب المالك ملكه أو متعلق حقه فان كانت المعاملة خالية عن غرور البائع المشتري و لم يستند ذلك الى تسبب البائع لجهله بالحال فمؤنة النقل على المشتري فإنه وضع يده على ملك غيره أو على مورد حقه فيجب عليه أن يرده الى صاحبه فان مقتضى دليل اليد الثابت بالنص و الإجماع و السيرة كما يشمل الأموال و كك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا.

أقول: لا دليل على حرمة التصرف في ملك الغير ما لم يكن مالا و ما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيرة مشكوكه الشمول له و ان استند ذلك الى تغرير البائع المشتري فتكون مؤنة النقل على البائع.

و على الجملة أن مجرد كون المعيب ملكا للبائع لا يدل على كون الغرامة و مؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع إلى البائع، بل بعد ما وضع المشتري يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبة.

و أما إذا لم يطالب البائع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك في مورد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٨

يجب تفريره منه كما إذا كان في مسجد أو في مشهد أو كان ذلك في ملك الغير فطلب تفريره ملكه فالظاهر في هذا الفرض كون

مؤنة الإفراغ على المشتري حتى مع الاغترار في المعاملة من البائع فإن قاعدة الغرور انما توجب كون غرامة المغرور على الغار فيما يكون التضمر في لوازم المبادلة و التملك و التملك و من الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار و بالعكس من لوازم التملك و التملك فتجرى فيها قاعدة الغرور، و أما في ذلك فلا و من البديهي أن وضع المتاع في المسجد، أو المشهد أو في ملك غيره ليس من لوازم التملك الذي وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا.

ثم ان المحكى في الدروس عن الشيخ (ره) و أتباعه أنه لو تبرء البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره الى ح. و فيه قد أشرنا إليه فيما تقدم و قلنا بأنه اما غير محتاج إليه أو غير معقول بيان ذلك أن البراءة من العيوب ان كان من جهة الاطمئنان بصحة المبيع و إحراز كونه سالما عن العيوب اما بإخبار البائع أو اعتمادا على أصالة السلامة بناء على كونها محرزة لصحته فليس هذا في نفسه شرطا آخر غير اشتراط الصحة، بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكروها مقابلا لاشتراط الصحة، على أنك عرفت أنه لا- دليل على كون أصالة السلامة محرزة للواقع حتى فيما كان للمبيع حالة سابقة و ان كان المراد من اشتراط البراءة من العيوب هو التبري عن عيوب المبيع بأى نحو كان من غير إحراز صحته بطريق و لا اشتراط صحته في المبيع و لو بأصالة السلامة فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غريبا، على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع إذا لم يكون مشروطا بالبراءة من العيوب يكون فاسدا و أما إذا كان مشروطا بها يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٤٩

صحيحا مع أنه يؤكد الغرور و يقرره كما عرفت و على كل حال لا نعقل معنى صحيحا لهذا الاشتراط. و قد يوجه بأن المراد من اشتراط البراءة اشتراط المشتري برأيه المبيع من العيوب و كونه صحيحا و فيه أولا- أنه خلاف الظاهر من ذلك و ثانيا ما ذكره المصنف من أن الكلام في برأيه البائع من العيوب دون المشتري فلا يمكن حمله على هذا الوجه. نعم لو دار الأمر بين حمله على الغلط و بين توجيهه بذلك فلا بأس به صونا لكلام الأعظم عن الغلطية.

الكلام في جواز بيع المسك في فارة

قوله: مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فارة.

أقول: هذا لا شبهة فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصالة السلامة أو بالاختبار مع الإمكان و ذكر المصنف (ره) فالأحوط ما ذكره من فتقه بادخل خيط فيها بإبرة ثم إخراجها و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق فهو مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشتري أو على البائع و على كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف و الوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشتري للموصوف و الأوصاف معا ففي المقام أيضا يضمن لإتلافه و صفا من أوصاف المسك و جعله ناقصا بحيث أخذ عنه وصف التمامية ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البائع بذلك و يشمه المشتري.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٠

أقول: لا- وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين: الأول: أن النزاع في ضمان المشتري بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف، ففي المقام هو الإتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا- فلا- بد من القول بالضمان هنا فان من أتلّف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص في مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق في محله.

الثاني: أن الإتلاف هنا مستند إلى البائع دون المشتري فلا وجه للضمان على المشتري كما هو واضح.

و قد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين:- الأول: النجاسة فإنه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك.

الثاني: للجهالة و الغرر اما الأول فيرد عليه أولا أن كون المسك في جميع الأزمنة متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس و ثالثا لا

دليل على كون النجاسة مانعا عن البيع تكليفاً ووضعا كما تقدم في المكاسب المحرمة وقد اعترف بذلك المصنف في بيع الميتة و أما الوجه الثاني فمضافا الى أن عمدة الدليل على ذلك هو الإجماع لكون دليل نفى الغرر مخدوشا سنداً و دلالة و أن الإجماع هنا ليس بتمام لقيام الشهرة بل الإجماع على جواز بيع المسك في فارة على أن مانعية الجهالة انما هي للغرر فهو منفي إذا بيع مع الاشتراط أو معتمداً على أصالة السلامة بالمعنى الذي تقدم.

ثم ذكر العلامة في التذكرة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و بيع البيض في بطن الدجاج.

أقول: أما بيع اللؤلؤ في الصدف فلا شبهة في بطلانه لكونه غررياً فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥١

بعض أفراد اللؤلؤ يسوى بدرهم و بعضه الآخر يسوى بألف درهم كاختلاف أفراد الفيروزج بذلك فإنه قد يكون اللؤلؤ صافياً فيسوى بألف دينار و قد يكون كدرا فلا يسوى إلا بدينار مع اتحادهما في الكبر و الصغر.

و أما البيض فان كان من دجاج يعلم أنه بأى نحو يبيض من الصغر و الكبر بحيث جرى عادته أنه يبيض على نحوه يسوى ببيضه بعشر أفلس فهذا لا إشكال في صحته بيبعه لعدم الغرر فيه و ان لم يعلم بذلك و تجرى العادة بأنه بأى كيفية يبيض فيبعه غررياً باطل فأن بعض أفراد البيوض يسوى بعشرة أفلس و بعضه باثنى عشر أفلس و بعضه بثمانية أفلس، فلا يعلم أن ما في بطنه من أى قسم من هذه الاقسام.

الكلام في عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة و عدمه

إشارة

قوله: مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه.

أقول: بعد ما فرغنا من عدم جواز بيع المجهول فهل يجوز بيعه بضم معلوم إليه أم لا فمقتضى القاعدة المقررة على عدم جواز بيع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم إليه أيضاً لأن ضم المعلوم اليه لا يخرج عن الجهالة بل يكون الثمن الواقع في مقابل المعلوم أيضاً مجهولاً فيبطل البيع لذلك و كك المبيع فان المجموع من حيث المجموع مجهول إذ ليس المراد من ذلك كون كل جزء جزء من المبيع مجهولاً فهذا لا شبهة فيه و على هذا فلا يجوز بيع السمك في الآجام و أن ضم اليه السمك المعلوم أو القصب و لا يجوز أيضاً بيع اللبن في الضرع و ان ضم اليه المعلوم فان المعلوم في ذلك كله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٢

يصير مجهولاً- بالضميمة و هذا على المشهور بين المتأخرين و لكن ذهب المشهور من القدماء الى جواز بيع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنية الإجماع على ذلك و اختاره المحقق الأردبيلي من المتأخرين و صاحب الكفاية و المحدث العاملى و المحدث الكاشانى و استدلل عليه بروايات «١» منها مرسله البرنطى عن أبى عبد الله (ع) قال إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيئاً من سمك فباع و ما فى الأجمه.

و منها رواية «٢» ابن عمار عن أبى عبد الله (ع) لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، و المراد شراء ما فى الآجام و لو بقرينة الرواية السابقة و منها «٣» رواية أبى بصير فان فيها تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك و ما فى الأجمه.

و منها موثقة «٤» سماعة قال سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع قال لا الا أن يحلب لك منه أسكرجه فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجه و ما فى ضرعها بثمان مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه الى غير ذلك من الروايات.

و منها «٥» ما عن إبراهيم الكرخي قال قلت لأبي عبد الله (ع) ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حملة كذا

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٣ حد ٢.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٥.

(٣) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٦.

(٤) وسائل: ج ١٢ ص ٢٥٩ باب ٨ حد ٢.

(٥) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٣

و كذا درهما قال لا بأس ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف، و منها «١» ما دل على جواز بيع ما تقبل من خراج الرجال و جزية رثوسهم و خراج النخل و غيره إذا كان شيء واحد منها معلوما و بالجملة فالروايات الواردة في المقام على ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولى: ما دل على جواز بيع السمك مع الآجام و الثانية ما دل على جواز بيع الحمل بضميمة الصوف و الثالثة ما دل على جواز بيع الجزية و شرائها و نقلها من المتقبل بضميمة الجزء المعلوم منها.

و قد أشكل المصنف على الروايات و محصله يرجع الى وجوه، الأول أنه على تقدير العمل بالروايات فلا بد من الاقتصار بمواردها فلا يجوز التعدى عنها لأنها روايات قد وردت على خلاف القاعدة فيقتصر على مواردها المعلومه فلا يمكن أخذ ما يستفاد منها قاعدة كلية لتكون سارية في جميع الموارد حتى يكون تخصيصا للقاعدة المتقدمة من عدم جواز بيع المجهول في جميع الموارد في خصوص موارد الروايات.

الثاني: أن الروايات غير معمول بها حتى في مواردها فان الكف من السمك لا- يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات، و كك أن مورد رواية الكرخي جواز بيع الحمل في البطون مع ضميمة الأصواف، و من الواضح أن الأصواف في نفسها مجهولة المقدار و كك أن ما في الاسكرجة من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون في ضمن المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع أصواف

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٤

الحيوان في ظهورها و القائلون بالجواز استدلوا برواية الكرخي.

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الكلام فان محل كلامنا هو بيع مجهول الأوصاف مع ضميمة المعلوم اليه و مورد رواية سماعه هو كون المبيع مجهول الحصول فإنه لا- يعلم وجود اللبن في الضرع و عدم وجوده حتى يضم عند البيع بما في الاسكرجة.

و لكن الظاهر أن شيئا من الوجوه لا- يكون وجها لطرد العمل بالروايات أما الوجه الأول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلا وجه للمناقشة بعدم التعدى من مورد الرواية الى غير موردها فان قوله (ع) فلو لم يكن في البطون حمل لكان الثمن في مقابل الأصواف و كك قوله فان لم يكن في الضرع لبن لكان الثمن في مقابل ما في الاسكرجة يفيد التعليل يعني أن المناط في صحة البيع أن لا يذهب الثمن هدرًا بل لا بد و أن يقع في مقابلة شيء و هذا يعم الى جميع موارد بيع المجهول مع ضميمة المعلوم، و

قد تقدم نظير ذلك في بيع عبد الآبق و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمكان هذه العلة التي ذكرت في تلك الروايات الواردة في بيع العبد مع الضميمة أيضا كما تقدم.

و أما الإشكال الثاني أعنى عدم كون بعض هذه الروايات غير معمول بها ففيه أن جهة السؤال فيها انما هو خصوص جهة بيع المجهول مع ضميمة المعلوم و أما كون الضميمة معلومة أو غير معلومة من المكيال و الموزون أم لا فخارجة عن جهة السؤال فلعل السائل كان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال في الرواية بما هو مورد السؤال و رفع اليد لأجل ذلك عن الروايات، على أنه يحتمل أن يكون ما في الاسكرجة معلوما لاحتمال كونها من المكيال و كذلك لا نقبل كون السمك من الموزون مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٥

دائما، بل كثير ما يباع بالعدد كما تعارف ذلك في أطراف الشط كثيرا نعم ربما يباع بالوزن و لكن أن الأصواف لعلها كانت معلومة بالمشاهدة بأن كان أو ان جزئها و بيعت مع المشاهدة أو كانت مجزأة أصلا و بالجملة لا وجه لهذه المناقشة أيضا. و أما الإشكال الثالث أعنى كون المبيع مجهول الحصول لا مجهول الوصف ففي هنا أيضا أن جهة السؤال فرض كون المبيع موجودا و ليس جهة السؤال فرض كون المبيع مجهول الحصول على ان كون اللبن في الضرع ليس من مجهول الحصول بل كثيرا يطمئن الإنسان، بل قد يكون اللبن موجودا في الضرع كما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروايات و جواز التعدى عنها فان فيها صحاح و موثقات.

الكلام في بيان أقسام التابع

إشارة

قوله: بقى الكلام في توضيح التفصيل المتقدم.

أقول: بعد البناء من المصنف على عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة تكلم في معنى التابع فإن العلامة فصل في بيع المجهول بين ما كان الانضمام مستقلا فحكم بعدم الجواز و بين ما كان تابعا فحكم بالجواز.

و توضيح المقام أن التابع قد يكون داخلا في المبيع و يكون جزء منه و هذا كأس الجدران و الحيطان و أخشاب القب و حديدتها فإنها تابعة لبيع الدار و جزء منها و هذا لا شبهة في جوازه أى يجوز بيع الدار مع كون هذه الأمور من التوابع مجهولة فان الغرض من كون المبيع معلوما كونه معلوما عند العرف بحيث يقال ان هذا المبيع معلوم و ان كان بعض اجزائها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٦

مجهولة بل لا يوجد مبيع في العالم يكون معلوما من جميع الجهات للمتبايعين فإنه لا يعرف حقائق الأشياء و خصوصياتها من جميع الجهات إلا علم الغيوب و من ارتضاه لغيبة فإن بيع الحصر مثلا مع كونه معلوما بالمشاهدة و الزرع لا يعلم أنه بأي مقدار من الخيوط اشتملت و هكذا و هكذا.

و هذا القسم من التبع خارج عن محل الكلام لعدم كونه تابعا بل من الأجزاء و كلامنا في التبع الذى يكون خارجا عن المبيع و إطلاق التبع عليه مسامحة واضحة و من هنا ظهر ما في كلام العلامة في التذكرة من إطلاق التابع على أسس الحيطان.

الثانى: أن يكون التابع أمرا مستقلا وراء المبيع و هذا لا يدخل في المبيع إلا بالاشتراط أو كونه جزء من المبيع من الأول بحيث يقع البيع عليهما معا و ألا فيكون خارجا عنه من غير أن يرتبط به أصلا.

نعم قد يكون داخلا في المبيع بحسب الارتكاز من غير أن يكون أمرا آخر مستقلا بل يكون مغفولا عنه في نظر المتبايعين كما إذا باع دجاجا فباض بعد البيع فإنه يكون للمشتري بحسب الارتكاز أو اشترى أجمه فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه

حاملًا- الى غير ذلك من الأمثلة فإن الارتكاز في جميع ذلك موجود على كون الأمر الخارج داخلا في المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل في صورة الاشتراط أيضا و على الجملة لا يدخل الأمر الخارجى المستقل فى المبيع إلا بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الأول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا.

و عليه فلا وجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بأن يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهالة فيه و قد يكون أمرا غير عرفى فلا يدخل فى المبيع فإنه لا وجه لهذا التفصيل بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٧

التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعا فيصح و إلا فلا يصح فإنه لا معنى لدخول شيء خارجى عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف و كونه من التوابع العرفية بعد ما عرفت أنه لا بد من دخول الأمر الخارجى أما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الأول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون فى الأمور العرفية أى فيما يعدّ فى نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح، و لكنه لا يصلح تفصيلا فى المسألة.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و التظهره من الشهيد و المحقق الثانى و قواه من ان المراد من التابع هو ما يعد فى العرف تابعا كمفتاح الدار و حمل نعجة و البيض الذى فى جوف الدجاجة و اللين فى الضرع الدابة و نحو ذلك و أيضا ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الأمر الخارجى فى المبيع إلا بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الأول.

على أنه لا وجه لما استظهره من المحقق القمى و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعية فى الجعل و التبانى بمعنى أن المبيع لو كان فى الواقع هو المجهول و لكن للتخلص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما فى مورد التخلص عن الربا فى البيع الخيارى فى كثير من المعاملات.

و ذلك لانه ليس الا كون الأمر الخارجى داخل فى المبيع بإيقاع البيع عليه و على شيء آخر فلا يكون أيضا تفصيلا آخر فى المسألة. نعم قد يكون المعلوم متقدما فى الذكر و المجهول متأخرا كقول البائع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود فى الكس و قد يكون بالعكس أى يكون المعلوم متأخرا و المجهول متقدما و لكن هذا المقدار لا يكون وجهها فى التفصيل كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٨

و أما ما ذكره العلامة فى التذكرة من أن التابع ما أخذ شرطا فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه فقد اختاره أيضا شيخنا الأستاذ بدعوى أن المجهول لو كان تابعا للمبيع أو جعل شرطا لا- تضرّ جهالته لان ما وقع فى عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورود أن الشروط لا تقابل بشيء من الثمن و انما هو فى مقابل المبيع فقط و فائدة الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فإن الجهالة تسرى الى الجزء الآخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا.

الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الأول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمته المعلوم اليه و عدمه و فصلّ العلامة بين ما كان المجهول تابعا فيجوز بيعه و بين ما إذا كان جزء مستقلا من المبيع فلا يجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع.

و قد يراد منه ما يكون جزء من المبيع حقيقة و لكن يكون مغفولا عنه و غير دخيل فى مالىة المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له مالىة أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فإنه دخيل فى مالىة المبيع فان الدار بدون الأساس لا

قوام لها بل قد يصرف المال في نفس الأساس ما يحاذى ما يصرف في نفس الدار و لكنه مغفول عنه في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٥٩

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبة المرسومة في السابق حيث يضعونه في الجبة للحرارة و حفظ البرودة فإن هذا القطن لم يلحظ في بيع الجبة انه أى مقدار فالجهالة بمقداره لا تضر بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن، بل يكون الغرض قائما بوجود شىء فيه ليحفظ الإنسان بضمائمه عن البرودة و ان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض، بل أنه أى شىء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو واضح، و من هذا القبيل القطن الموضوع في صدر الجبة أو الثوب الأخر ليمنعه الإرخاء فإنه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره، و قد يكون زائدا و قد يكون ناقصا فشىء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوما للمالية.

و على هذا لا تكون جهالتها موجبة لبطلان البيع فإنها لا تكون في مقابل الثمن من شىء أصلا فكما لا تضر جهالته بالبيع و لا تمنع عن صحته و كك هو خارج عن ما نحن فيه من أى أقسام التابع فان المذكورات و أمثالها من اجزاء المبيع لا من الأمور الخارجة عنه حتى يقال انها داخله بالتبع أم لا كما هو واضح.

الثانى من أقسام التابع التابع العرفى بأن لا يكون الشىء جزء من المبيع بل من الأمور الخارجية و لكن العرف يحكم بحسب ارتكازهم يكون ذلك الأمر الخارجى من تبعات المبيع بحيث لا يحتاج دخولها في المبيع الى الذكر أصلا، و لا أن جهالتها توجب بطلان البيع فإنها أمور خارجة عن المبيع، بل غير ملحوظ في نفسها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هذه الأمور مع كونها من الأمور الخارجية لا تكون خارجة عن المبيع إلا باشتراط عدمها و إلا فمجرد عدم التعرض لها يكفى في دخولها في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٠

المبيع كما لا يخفى.

و هذه كدخول المسامير في الجدران في بيع الدار و يمكن أن يكون الكهرباء و الماء في هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السكوت عنهما كافيا في دخولها في المبيع فالجهالة بأى شىء منها لا توجب بطلان المعاملة و غرريتها فإنها مع كونها خارجة عن المبيع غير دخيلة في مالية المبيع و مع كونها دخيلة فيها غير ملحوظة بنفسها و انما دخولها بالارتكاز فيكون داخلا في التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزئية الذى فضل به العلامة (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفي فإن العرف ليس له أن يحكم بكون الشىء داخلا في المبيع إلا بالارتكاز المتقدم و قد عرفت أنه من أقسام الشرط و في الحقيقة أن هذا ليس تفصيلا في كون التابع المجهول موجبا للغرر و عدمه و تخصيصا لنهى النبى (ص) في بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى، فافهم.

و قد عرفت مفصلا أن الشىء لا يدخل في المبيع إلا بالاشتراط، أو بالجزئية، فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا في المبيع إلا بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جملة الشروط.

و أما التفصيل بين التابع و غير التابع و القول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصح و إلا فيبطل فان رجوع الى الاشتراط فله معنى معقول و لكن ليس وجها آخر و تفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط و الجزئية الذى ذكره العلامة و ان أراد المفصل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فإنه لا يدخل شىء في المبيع إلا بأحد الوجهين من الاشتراط و الجزئية و إلا فيكون كوضع الحجر في جنب الإنسان و أما ما ذكره المحقق القمى و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦١

صاحب الجواهر من أن المجهول يكون تابعا في مقام الجعل و التبانى فح لا يوجب غررية المعاملة و هذا بخلاف ما لو كان التابع في عالم الجعل و التبانى و في مقام الإنشاء هو المعلوم و كان المبيع أى المتبوع هو المجهول فإنه ح تكون المعاملة غررية و باطلة.

و فيه ان كان المراد من ذلك هو التقديم و التأخير فى الذكر فله وجه و لكنه لا يوجب مجرد التقديم و التأخير فى الذكر التفصيل بأن يكون أنه ان قال البائع بعتك هذه الدار المعلومه و ما فى الكيس الذى هو مجهول يصح البيع و لو انعكس بطل. و ان كان المراد من ذلك هو الاشتراط و الجزئية بأن يكون المراد منه أنه لو كان المجهول داخلا فى المبيع بعنوان الاشتراط صح البيع و ان كان بعنوان الجزئية بطل فله معنى معقول و لكنه ليس تفصيلا آخر فى المسألة وراء ما ذكره العلامة (ره) من التفصيل بين الجزئية و الشرطية.

و ان كان المراد من هذا التفصيل غير ما ذكرناه فلا نعقل له معنى صحيحا ليرجع الى محصل.

و أما ما ذكره المصنف من احتمال أن يكون مرادهم التابع بحسب القصد من المتبايعين و هو ما يكون المقصود من البيع غير المجهول.

فان كان المراد من القصد هو الغرض الشخصى بأن كان غرض المشتري هو الشيء المعلوم و ان كان قيمة المجهول أضعاف قيمة المعلوم، و لكن غرضه لم يتعلق أأ بالمعلوم فمن الواضح أن الأغراض الشخصية لا توجب رفع الغرر عن المعاملة كما تقدم فى البحث عن بيع الغرر فان الغرر انما هو يتحقق فى المعاملات بحسب النوع و ان كان البيع فى اعتقاد المشتري غير غررى مثلا لو اشترى صبرة مجهولة من الحنطة و لم يكن مورد غرضه الا حقه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٢

واحدة فلا يوجب ذلك ارتفاع الغرر عن المعاملة بحسب الغرض النوعى و هكذا لو اشترى أجمه و لم يكن غرضه أأ القصب مع كونها مشتملة على الأسماك الكثيرة فإنه لا شبهة فى كونه المعاملة غررية بحسب الغرض النوعى و ان كان غرض المشتري حاصلا و هكذا و هكذا.

و على الجملة فالأغراض الشخصية غير دخيلة فى رفع الغرر و ان كان أصل قوام الغرر و تحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

و ان كان المراد من القصد و الغرض هو الغرض النوعى و عليه فان كان المقصود الذى جعل تابعا من القلة بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا يكون دخيلا فى زيادة المالىة للمبيع أصلا فلا شبهة فى صحة البيع و هذا كما إذا اشترى آجاما و كان هو المقصود من البيع و كانت الأجمه مشتملة على السمكه أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحة البيع فلا يوجب كون المعاملة غررية فإن العادة قاضية بأن الأجمه لا تخلو من سمك عادة و من هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا يضر بصحة بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الأول و وجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود و غير دخيل فى مالىة المبيع و ان كان كل من السمك و البيض يباعان مستقلا و يتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شىء آخر و ان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطاً للمقصود بل قد يكون قيمة غير المقصود مساويا مع قيمة المقصود أو أكثر منها، ففى هذه الصورة و ان لم تكن المعاملة غررية بالنسبة إلى المشتري لكون المقصود بمقدار يساوى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٣

القيمة المذكورة و الثمن الذى يعطى للبائع و انما يكون غير المقصود له مجانا و لكن المعاملة غررية بالنسبة إلى البائع فإنه عامل معاملة لا يعلم أن ما خرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثلين فتبطل للغرر كما هو واضح، فان هذه المعاملة من أوضح أفراد المعاملة الغررية على انه لا يدخل فى المبيع إلا بأحد الوجهين المتقدمين من الجزئية أو الشرطية و أأ فيكون أجنبيا عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و ح فلا يكون تفصيلا آخر غير ما ذكره العلامة من التفصيل بين أن يكون التابع المجهول جزء فيبطل البيع و بين كونه شرطا فلا يبطل و أما الوجوه الأخر فليست قابلة للتكلم عليها بوجه، و قد ذكر هذا الوجه العلامة

(ره) أورد عليه المحقق الثاني بأن العبارة لا أثر لها فعلى كل حال فالمعاملة ان كانت غررية فتبطل و إلا فلا تبطل.

و قوى هذا الوجه شيخنا الأستاذ و فرق بين الجزء و الشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول: الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الإطلاق فإن لازم ذلك أنه إذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشرة دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أو دينار أقل أو أكثر، فهذا من أوضح أفراد المعاملة الغررية فإن المعاملة فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها و ان لم يكن للشروط قسط من الثمن، فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضا للبائع، فلا يعلم أن فيه أى مقدار من الفلوس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعاملة غررية جدا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٤

و التحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرك الحكم ببطان البيع الغررى ان هو دليل نفى الغرر، فلا شبهة فى كون مثل هذه المعاملة غررية كما عرفت و لكن عرفت المناقشة فيه من حيث السند و الدلالة و ان كان المدرك فى المقام هو الإجماع بأن يقال انه قام الإجماع على كون الجهالة مبطله للمعاملة فمن الواضح أنه دليل لبي فيقتصر على المورد المتيقن و هو ما إذا كانت الجهالة فى المبيع لا فى الشروط إلا أن يكون لأحد قطع على شموله للشروط أيضا و نحن لا نقطع بذلك.

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع الخيار تخلف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط النتيجة فلا خيار فيه فان قول البائع بعتك الشئ الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشترط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا و يتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار.

الكلام فى الانذار

إشارة

قوله: مسألة يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة على المشهور.

أقول: بل ادعى عليه الإجماع و عن الفخر الدين التصريح بدعوى الإجماع و قد ذكرت أقوال فى تفصيل:- الأول: جواز الانذار بشرطين كون المنذر متعارف الانذار عند التجارة و عدم العلم بزيادة ما يندر.

الثانى: عطف النقيصة على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها.

الثالث: اعتبار العادة مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٥

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة فيجوز مطلقا و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى.

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة السادس: اناطة الحكم بالغرر.

و لكن النفي و الإثبات فيها لا يرد على مورد واحد

تحقيق الكلام هنا فى جهتين:-

إشارة

الاولى: فى تحقق الاندار فى مقام الإعطاء و القبض و الإقباض بعد الفراغ عن صحة البيع.
و الثانية: فى كون الاندار فى مقام البيع و مرحلة إنشاء المعاملة و تصحّ البيع بحيث يكون سالما عن الغرر.

أما الجهة الاولى [فى تحقق الاندار]

فلا- شبهة فى صحة البيع و عدم كون المعاملة غررية فإنها تحققت صحيحة فالإنذار فى مقام الإقباض لا يوجب قلب المعاملة عن صحتها الى غيرها و ح يجوز الاندار مع التراضى فى مقام الإعطاء و لو بمقدار أكثر من الظرف فان المتاع مال للبائع فهو مسلط على ماله فله أن يبذل مقدار منه أو جميعه، فقول شيخنا الأستاذ أن الانذار يوجب جهالة المبيع و لو بعد تحقق البيع صحيحا لا يمكن المساعدة عليه و ما ذكره كاشف الغطاء (ره) من كون الانذار موجبا للغرر فيكون البيع الذى وقع فيه الانذار باطلا فى غير هذه الصورة كما سيأتى و ان لم يتراضيا بالإنذار فأیضا لا- وجه لبطلان البيع، بل يحكم بصحته إذا كان المبيع مما تعارف الاندار فيه كما بيع الادهان و الدبس و النفط و الاثمار و الأرز و غيرها فان كثيرا من الأشياء قد جرت العادة بالإنذار فيه بعد البيع فإن رضى المالك به فلا كلام فيه كما تقدم، و ان لم يرض به المالك فبالشرط الضمنى العقدى نجبره على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٦

الانذار فان جريان العادة بذلك فى حكم الاشرط فى ضمن العقد صريحا فح يجوز الانذار فلا يضرّ بصحة المعاملة أيضا.
و ان لم يرض البائع بالإنذار و لم يكن المبيع من الأشياء التى تعارف فيه الانذار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنى فنأخذ القدر المتيقن و نجرى البراءة من المقدار الزائد عنه و باستصحاب عدم زيادة عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما إذا مات البائع و المشتري بعد المعاملة و وقع النزاع فى مقدار العوضين فإنه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقي بأصالة عدم زيادة المبيع عن المقدار المتيقن و براءة الذمة من القدر الزائد منه.
فتحصل أن هذه الصورة خارجة عن مورد النقض و الإبرام و عن محل الأقوال المذكورة كما هو واضح.

الجهة الثانية: أن يكون الانذار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر

بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشيء الفلانى و هو مع ظرفه عشرة حقق الظاهر أنه لا شبهة فى بطلان البيع فى هذه الصورة لكونه من أظهر أفراد الغرر إذ لا يعلم أن مقدار المبيع أى قدر وزنه فهل يحتمل أن الشيء إذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه إلى شيء آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الإنسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جملة منها و باع الباقي فإن معلومية المجموع لا- يوجب صحّة بيع البقيّة المجهولة كما هو واضح، و لا- يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالإنذار أم لا، فان رضاهما لا يوجب صحّة البيع المنهى عنه شرعا فهو نظير رضاهما ببيع الخمر و الخنزير مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٧

و القمار فهنى الشارع عن معاملة غير تابع برضى المتبايعين و ما ذكره الأصحاب و كاشف الغطاء (ره) من عدم كون رضى المتبايعين موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصورة و قد اتضح النفى و الإثبات فى كلمات كثير من الأصحاب لو لم يكن كلّهم لم يرد على مورد واحد و من هنا اتضح أيضا مورد الروايات أيضا كما يتضح لمن يلاحظها و علم أن الروايات انما وردت على طبق القواعد لا على خلافها.

فتوهم أنها واردة فى نفس البيع فيصحّ مع التراضى على خلاف القاعدة فاسدة عن حنان فى الموثق «١» قال: كنت جالسا عند ابى عبد الله (ع) فقال له معمر الزيات قال لأبى عبد الله (ع) انا نشترى الزيت فى زقافة فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له ان كان يزيد

و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها كون المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري.

أقول: معنى الرواية و الله العالم ان السؤال انما وقع عن الانذار بعد تحقق البيع و الشرى، فقال الامام (ع) انه ان كان ما يندر يحتمل الزيادة و النقيصة فلا بأس به يعنى أنه يحتمل فهو موافق للعادة الجارية عليه فى السوق و الخانات حيث يشترون الأمتعة من الاثمار و الألبان و يندرون لظروفها مقداراً يحتمل الزيادة و النقيصة فحيث أنه موفق للعادة و للسيرة الجارية على ذلك قال الامام (ع) فلا بأس به أن يكون زائداً عن مقدار الظرف و يحتمل أن يكون ناقصاً عنه أو زائداً و أما إذا تعين كون الانذار زائداً

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٣ حد ٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٨

عن الظرف و لم يحتمل الزيادة فهو حرام لانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه، فلذا نهى عنه الامام (ع) فقال لا تقربه فهذه الرواية راجعة إلى بيان حكم الانذار بعد المعاملة لا فى بيان حال الانذار عند البيع و ضمير لا تقربه يرجع الى الانذار لا الى البيع كما هو واضح فتدل على عدم الجواز فى صورة الزيادة مطلقاً رضى به البائع أم لا.

و دعوى ظهور الرواية فى صورة التراضى من جهة أن المحاسب أما البائع أو وكيله و على كل حال فهما راضى بذلك دعوى فاسدة فإن العادة جارية حتى الان على كون المحاسب غير البائع و وكيله كما نشاهد فى السوق و الخانات أن أهل البادية يجلبون الاثمار من الرقى و البرتقال و الرمان و غيرها أو الألبان و غيرها من الأمتعة و يقفون فى الخارج و ينظرون إلى أمتعتهم فيوزن شخص واحد و يحاسب شخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمة أمتعته على حسب انصافهم أقل أو أكثر، ففى هذا المقام نهى الامام (ع) عن الانذار بالزيادة بحيث لا يحتمل النقيصة أو التساوى فقوله (ع) ان كان زائداً فلا تقربه ليس معناه أنه إذا احتل الزيادة دون النقيصة مقابل احتمال الزيادة و النقيصة فإنه خلاف الظاهر من الرواية نعم لو رضى البائع بالزيادة كما هو المتعارف فعلا فلا بأس به على القاعدة حيث يوزنون الاثمار فى الخانات من الرقى و غيره و بعد تمام العيار يأخذون الواحد أو الاثنين يعطونه للمشتري فإنه لا بأس به لجريان العادة عليه و رضى البائع بذلك و تدل على الجواز مع التراضى الروايتان الأخيرتان فتكونان مقيدتين لرواية معتمر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضاً وردتا على طبق القاعدة فإن التصرف فى مال الغير مع رضى منه جائز.

أحدهما رواية «١» على بن أبى حمزة و الثانية رواية «٢» قرب الاسناد

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ٢٠ حد ١.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٣ حد ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٦٩

اللتان نقلهما المصنف.

ثم انه إذا انكشف الخلاف أما بالزيادة أو بالنقيصة فيكون داخلاً تحت المسألة المتقدمة و هى إذا باع صبرة على انها عشرة أرطال فبانت زائدة أو ناقصة فقد تقدم ان مقتضى القاعدة هو الانحلال فيصح فى الموجود و يبطل فى الناقص.

و مع الزيادة يرد إلى البائع ان لم يرض بالبيع و الألفيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا.

و قد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين: - الأول: فى مقام تصحيح البيع لئلا يكون بيع مجهول.

و الثانى: فى مقام التسليم.

أما الأول: فلو اخرج مقداراً بعنوان الانذار لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ما تقدم من انه لو باع صبرة ثم ظهر

الخلافة بالزيادة أو النقيصة فهل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري أم لا، وقد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون إلهية الاجتماعية دخيلة في ازدياد المائى و الا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم.

و اما الاندار فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقدارا ثم ظهر الخلاف فلا خيار فى شىء من الصور التى ذكرناها سابقا من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الأخذ بالمتيقن و نفى الزائد بالأصل.

أما فى صورة التراضى فلو رضيا بإنذار مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المنذر فلا شبهة فى صحة المعاملة و لزومها و أن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك و يكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٠

هبة من مالك المثلث أو مالك الثمن و أما مع عدم التراضى بالنسبة إلى الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق إلى الآخر و مع عدم الزيادة و النقيصة فلا فاما من ليس لأحدهما حق على الآخر أصلا فله خيار و من له حق للآخر فيرجع الى حقه من دون خيار و هكذا الكلام فى الشرط الضمنى أيضا فإن العادة جارية بإنذار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه و مع الزيادة من المقدار المتعارف أو النقيصة منه يرجع ذو الحق إلى الآخر و أما الزائد و الناقص فى نفس المقدار المتعارف فيرجع الى الهبة كما عرفت فى الصورة الاولى و أما فيما إذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأیضا يرجع كل منهما الى غيره و لا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرد الى صاحبه، بل و جب عليه رده الى صاحبه فتحصل أن فى شىء من هذه الصور ليس لواحد من المشتري أو البائع خيار نعم لو منع البائع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شىء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المنذر.

الكلام فى بيع الظرف مع مظهره

قوله: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع

أقول: حاصل ما ذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذى يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتى مع الجهالة أيضا فهذا يجوز بيعه منضمًا أيضا فإن الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف فى بيع أحد المنضمين معرفه وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى و مثل عليه بأنه لو باع سبيكة من ذهب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧١

مردّد بين مائة مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع بالنص و الإجماع، الدال على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الإجماع هو معرفه مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء فلا دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفه وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا بيع الفضة بالشمع عند الصياغة كالخلخال مثلا و عدم جواز بيع الشمع كك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع و لا تضر جهالة الشمع و الأ فلا.

و التحقيق أن يقال أن المبيع تارة يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما و أخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الأول فلا يجوز البيع أصلا سواء كان غرريا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون. بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل و ان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بأنه لو جعل مقدار من الحنطة فى أحد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمة واحدة فإنه يبطل هذا البيع لا لكونه غرريا، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر و أما إذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم بمقدار المظروف فهذا على نحوين:- الأول: أن يبيع المظروف و

الظرف مجموعا على عشرة دنانير مثلا انه يقول البائع بعتك مجموع خمسة أرتال من الحنطة الموجودة في هذا الظرف مع ظرفه على عشرة دنانير بحيث لا يعلم أن ما يقع في مقابل الظرف أى مقدار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٢

من الثمن و ما وقع في مقابل المثلث أى مقدار منه فهذا لا شبهة في صحته فان المانع عن صحة البيع هو الغرر و المفروض انه منفي و كذا المانع الآخر و هو عدم وزن المظروف مع كونه من الموزون و الظرف انه موزون أيضا غاية الأمر لا- يعلم أن ما في مقابل المظروف أى مقدار من الثمن و ما في مقابل الظرف أى مقدار منه فهذا غير لازم بعد عدم الغرر كما لا يخفى.

الثاني: أن يبيع مجموع الظرف و المظروف بخمسة عشرة ليكون على الظرف خمسة و على المظروف عشرة على حساب كل رطل بدينارين مع كون المظروف خمسة أرتال فإنه يكون ثمن كل واحد من الظرف و المظروف معينا فهذا أيضا لا شبهة في صحته فان انضمام الظرف بالمظروف هنا كانه نظام شىء أجنبي بالمبيع ككتاب الرسائل فلا يلزم منه محذور كما عرفته في الشق الأول و تظهر الثمرة بين صورتين أن فى الأولى مع ظهور شىء من المظروف أو الظرف مستحقا للغير فلا- بد من إرجاع المجموع من الظرف و المظروف الى العرف حتى يقوم المجموع ثم يقوم كل واحدة منهما و الرجوع الى التفاوت بالنسبة و هذا بخلافه فى الصورة الثانية فإن قيمة كل من الظرف و المظروف معينه فى نفسه.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٢

الثالث: أن يكون الظرف و المظروف من الموزون و كان مقدار كل منهما مجهولا مع كون المجموع معلوما كما إذا فرضنا أن الظرف سبيكة من الفضة و المظروف سبيكة من الذهب و نعلم أن منا مائة مثقال من الذهب و ألف مثقال من الفضة و نشك أن تسعة مائة مثقال أى من الفضة أم من الذهب مع العلم بكون المجموع ألفين مثقال فذهب بعضهم الى فساد البيع لكونه غريبا و بيع جزاف إذ لا يعلم أن تسعة مائة مثقال ذهب أم فضة فأى خطر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٣

أعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحة البيع فى هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنى كون البيع غريبا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا- يدرى المتبايعان انه موجود أم لا- أو فيما يكون الجهل بأوصاف المبيع التى دخيلة فى المالىة و أما الجهل بالقيمة فغير مربوط بالغرر و انما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثة دنانير فإنه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفه القيمة و لم يتوهم أحد هنا فساد المعاملة لكونه غريبا و كذلك لو أقدم على الغبن مع العلم فإنه يحكم بالصحة أيضا و فى المقام أن مائة مثقال من الذهب و ألف مثقال من فضة معلوم و التسعة مائة مجهول أنه ذهب أو فضة فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضة بدرهم و ان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضة منفردا منفردا فلا- وجه لبطلان البيع فإنه من مصاديق بيع الصبره و قد عرفت صحة بيعها مجموعا بعنوان كل رطل بكذا فان انضمامها الى ما يعلم بمقدار المجموع لا يوجب البطلان و على هذا فإذا باع مجموع ألفين مثقال كل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن و الاقدام عليه فلا وجه لبطلان المعاملة و بالجملة أن الغبن فى المعاملة غير الغرر فيها فلو أقدم المتعاملان على الغبن أو انجبر الغبن بالخيار فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر كما لا يخفى.

و على الإجمال أن كل من الظرف و المظروف و ان كانا موزونين و لم يعلم بمقدار كل منهما على التفصيل و لكن ذلك مثل بيع الصبره كل رطل بكذا فيجوز للبائع ان يبيع ذلك المجموع المركب بأن كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضة

بدرهم و صحة البيع في مثل ذلك لا يستلزم العلم بمقدار الصبرة أصلا و كك يصح بيع مجموع الذهب و الفضة على حساب كل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٤

مثقال بدرهم مع الاقدام على الغبن فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غير موارد الغرر كما عرفت.

و على كل حال فلو كان الظرف و المظروف كليهما من الموزون و لم يعلم مقدار كل واحد منهما على التعيين و لكن علم مقدار المجموع من حيث المجموع فيصح بيعه على حساب كل رطل بكذا و كذا يصح بيع مجموعها بقيمة الذهب أو بقيمة الفضة مع الاقدام بالغبن فان الغبن غير الغرر كما عرفت.

الكلام في استحباب التفقه في الدين

إشارة

قوله (ره): مسألة: المعروف بين لأصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا.

أقول: قد وقع الإشكال في هذا التعبير أى بالاستحباب مع أن تعلم الاحكام من الواجبات للآيات و الروايات الكثيرة منها آية «١» النفر و توضيح المسألة أنه قد يجب تعلم الأحكام الشرعية صونا لها عن الانداس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار في حق كل أحد و يجب عليهم كفاية كما هو مقتضى التعبير بمن في قوله تعالى فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَخ، و هذا القسم من التعليم كما لا يختص بشخص دون شخص، بل يجب على كل شخص و لكن كفاية بحيث لو تعلم من به الكفاية لسقط عن الباقي كما عرفت من الآية و كك لا تختص بحكم دون حكم، بل يجب تعلم جميع

(١) التوبة: آية ١٢١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٥

الاحكام لكي لا تدرس بل تبقى حسب طول الزمان حتى المسائل التي لا يتبليها كمسائل الحيض و النفاس و الحدود و نحوها ثم أن التعلم في هذا القسم لا بد و أن يكون عن اجتهاد و استنباط فان بقائها انما كذلك فهذا قسم من وجوب التعلم على الاجتهاد بعنوان الكفاية فلو تركوه لعوقب الجميع.

و قد يجب التعلم لأجل العمل بها فان تركه موجب لثبوت الواقع و هذا انما يكون في المسائل التي يتبليها المكلف عادة و لا يجرى في غيرها فهذا انما يجب عينا لكل أحد و لا يلزم أن يكون ذلك بحسب الاجتهاد، بل يجوز ان يكون به و بالتقليد أيضا و كل من ترك التعلم في تلك المسائل حتى وقع في الحرام الواقعي يعاقب عليه فهل العقاب على ترك الحكم الواقعي، أو على نفس ترك التعلم نزاع بين الأردبيلي و المشهور حيث قال المشهور يكون العقاب لترك الواقع و ذهب المحقق الأردبيلي إلى كونه لنفس ترك التعلم و تفصيل الكلام في علم الأصول، و هذا أيضا قسم من تعلم الاحكام فلا يجب الا فيما يطمئن ان يتبلى به و أما في غيره فلا.

و قد يجب هذا عقلا و نقلا أما النقل فالروايات الكثيرة الدالة على وجوب تعلم الاحكام مثل أن يقال للرجل يوم القيامة لماذا عملت فيقول ما علمت و يقال لماذا علمت و أما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففى كل واقعة يجب أن يتعلم من حكمها معاملة كانت أو غيرها لذلك و مع الترك و الوقوع في الحرام الواقعي فيعاقب كما إذا ارتكب بالبيع الربوى و تزيد المعاملات على غيرها بعدم جواز التصرف في شيء من الثمن و المثلن لاحتمال فساد المعاملة أما المثلن فلاستصحاب بقائه في ملك مالكه مع ذلك الاحتمال فلا يجوز التصرف فيه الا مع العلم بالناقل و أما المثلن فلاحتمال انتقاله إلى البائع فلا يجرى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٦

هنا استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه في المثلث فإنه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجوز قبل الفحص.

و على الاجمال لا- يجوز ترك التعلم في المسائل التي يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم و لا يجوز التصرف في الثمن و المثلث في المعاملات لما ذكرناه.

و هنا قسم ثالث و هو أن يحتمل الإنسان أن يبتلى بمسائل في طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدلة الاحتياط كما إذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فإنه لا يبتلى عادة بمعاملة الحيوان و مع ذلك يحتمل ابتلائه بذلك و هكذا مسائل الزكاة و نحوها فان التاجر في هذا الزمان لا- يبتلى عادة بالزكاة و مع ذلك يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و كذلك لا يحتمل الإنسان عادة أن يبتلى بالذهاب إلى الخارجة و مع ذلك يستحب أن يتعلم احكامه من حكم القبلة و الطهارة و النجاسة و المعاملة معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس و هكذا و هكذا و لكن لا- يجب ذلك لأنه يطمئن بعدم الابتلاء كما لا يجب للرجل معرفة أحكام المرأة و لا يجب للمرأة معرفة أحكام الرجل من صلاته و صومه و لبسه و غيرها و إذا ابتلى احد بما كان مطمئنا بعدم ابتلائه و وقع في الحرام الواقعي لا يعاقب على ترك التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجة له عند الله و به يكون معذورا في الوقوع على الحرام كما هو واضح فمراد الفقهاء من حكمهم باستحباب تعلم مسائل الحلال، و الحرام، هو هذا القسم كما مثلنا، بمثل معرفة مسائل خيار الحيوان و مسائل الزكاة.

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحكام و بين ما دل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٧

على مطلوبية الاكتساب فان ما دل على استحباب الاكتساب أعم من أهل العلم و غيره و جمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلك الأخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب و لكنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه كثيرا لا ينافي الكسب لطلب العلم كما إذا عرف كسبا يصرف وقته فيه قليلا و لكن يربح كثيرا فان مثل هذا كيف يقال في حقه انه ليس في حقه طلب الكسب و أما ابتلاء فان الناظر في تلك الأخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب يرى أنها أعم فلا وجه لإخراج أهل العلم عن تحتها لعدم الدليل عليه على أنه قد لا يكون الكسب مزاحما لتحصيل العلم كما إذا كان له خط جيد فيكتب سطرًا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصيله بل يستحق بذلك التفصيلتين و فاض بأجر تحصيل العلم و تحصيل الكسب فأى شيء أعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأى الحدائق ثبوتا و إثباتا فان الكاسب حبيب الله و ان كان طالبا للعلم.

و بعبارة أخرى قد دلت الروايات الكثيرة على استحباب تحصيل العلم و كون الأخبار الدالة على استحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيد ذلك بجملة من الاخبار الدالة على حسن التوكل و أن أهل العلم لا بد و ان يتوكل على الله تعالى في أموره و يطلب من الله تعالى رزقه و أيضا أيد بكلام الشهيد في المنية و لكن الظاهر أنه لا دلالة في شيء من المذكورات على مقصد الحدائق كما افاده المصنف فان حسن التوكل على الله لا يدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الإنسان يتوكل على الله و يقعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٨

في بيته بل معناه أنه يجب لكل شخص أن يتوكل على الله في أموره بالخصوص أهل العلم فإنهم قواد الذين بل كانت الأئمة متوكلون على الله و مع ذلك كانوا يشتغلون بالكسب و كان الأمير عليه السلام أول من آمن بالله و متوكلا- عليه و مع ذلك موجر نفسه لليهودى و يشتغل بالزراعة و التجارة و في مجموعة الورام أن الباقر (ع) كان يرجع من البستان و كان متكئا على الغلامين فاعترضه أحد الصواف مالک قد خرجت في هذه الحرارة لطلب الدنيا فقال عليه السلام ليس هذا طلبا للدنيا بل من العبادة.

و بالجملة لا إشعار في شيء مما دل على لزوم التوكل و حسنه على ترك الكسب و الاشتغال بطلب العلم و الّا لجاز الاستدلال بها على القعود عن الكسب و الحركة و التوكل على الله فان الله و ان أمر بالتوكل و مع ذلك أبى أن يجري الأمور إلّا بأسبابها فلا بدّ من

الحركة نحو الحاجة و التوكل على الله في جميع الأمور سواء كان في طلب العلم أو في طلب الكسب نعم هل العلم امتياز خاص في لزوم التوكل فإنهم يقودون الناس الى الله فلا بد و أن يكون إيكالهم اليه محضاً. على أنك قد عرفت أن ما افاده صاحب الحدائق ليس بتمام ثبوتاً و إثباتاً أما ثبوتاً فلانه قد لا يزاحم الكسب تحصيل العلم أصلاً و مع ذلك كيف يلتزم بعدم شمول أدلة استحباب الكسب في حقه و قد عرفت مثاله، و أما إثباتاً فلعدم الدليل عليه بوجه كما لا يخفى.

الكلام في تزاحم الكسب و طلب العلم

و التحقيق أن يقال أنه لا معارضة بين أدلة استحباب طلب العلم و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٧٩

بين أدلة استحباب طلب الكسب، بل هما من قبيل المتزاحمين و بيان ذلك أنه قد يكون كل من طلب العلم و طلب الكسب مستحبا في حقه كما إذا كان عارفاً لمسائله و أحكام دينه بالمقدار المعتد به و بالمقدار الذي يتبليه عادة و كان أيضاً من الحافظين للدين عن الاندراست موجوداً من المجتهدين و كان عنده أيضاً من المال ما يكفيه بمؤنته و مؤنة عياله الواجب النفقة فإن مثل هذا الشخص يستحب له تحصيل العلم في المسائل التي يحتمل ابتلائه بها أو يتعلم لتعليم الناس أو يتعلم ليدخل نفسه في سلك المجتهدين الموجودين بمقدار الكفاية ففي مثل ذلك يكون المقام من باب تزاحم المستحبين فيكون كسائر المستحبات فان في كل آن يتبلى الإنسان بذلك كثيراً فالآن يستحب لنا زيادة الأمير عليه السلام و قضاء حوائج المؤمنين و إتيان النوافل و هكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام و ليس من مقام التعارض هنا شيء و لكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع في الحرج من جهة عدم القدرة على الامتثال حتى يتعين في حقه أحدهما فإن هذا مختص بالحكمين الالزاميين و أما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو إتيان أحدهما على حسب اختياره.

و لكن يقع الكلام هنا في ترجيح أحدهما على الآخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين و احياء شريعته سيد المرسلين و إرشاد العوام و اهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبة على الكسب فيرجع طلب العلم على طلب الكسب كما إذا لم يترتب على كسبه إلا إعانة فقير واحد أو توسعة عياله فقط أو زيارة أحد الأئمة عليهم السلام.

و ان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم، فالأمر بالعكس كما إذا كان المترتب عليه تعمير المدارس و المساجد و المشاهد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٠

و إتمامه الحوزة العلمية و تأمين معاش أهل العلم و قواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الإسلام، و لكن لا يترتب على طلبه العلم إلا تعليم جاهل و أحد مسألة واحدة بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره و مع عدم وجود المرجح في البين يتخير في اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لأحدهما أيضاً فإن الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غاية الأمر مع ترك الأهم و أخذ المهم لزم ترك الأولى.

و قد يكون أحدهما مستحبا و الآخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزاً عن المستحب كما إذا كان عارفاً بمقدار ما يتبليه عادة من الاحكام و كان من حفاظ الدين من فيه الكفاية و لكن كان عنده من الأشخاص من يجب إنفاقه فح يتعين الكسب في حقه و إذا كان الأمر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التمسك كما إذا كان الأمر على العكس.

و قد يكون كل منهما واجبا كفايياً في حقه فله اختيار أيهما شاء مع عدم المرجح كالواجبتين التخيرية و ان كان في أحدهما ترجيح، فيختار ذو الترجيح و ان كان مع كونهما واجبا في حقه كفايياً قد قام بأحدهما شخص فيكون الآخر في حقه واجبا عينياً مع عدم قيام شخص آخر عليه.

وقد يكونان واجبين عينا فح يكون المقام من تراحم الواجبين عينين فان كان أحدهما أهم فيختاره على الآخر و الا فيتخير في ذلك كسائر الواجبات التخيرية.

و أما جواز صرف من يشتغل بالتحصيل من الوجوه الشرعية مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام (ع) فيجوز صرفه مع مراعاة الجهات الشرعية بحيث لا يعد كلا للإمام (ع) بل تكون له خدمة له (ع) و أما لو صرف وقته في المجالس و مضى عمره بالمماطلة و المساهلة، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨١

يجوز له أن يصرف من سهم الامام (ع) و أما إذا كان له خدمة للدين و ان تمكن من تحصيل الرزق بالتكسب فيجوز له أن يصرف من سهم الامام (ع).

و الحاصل: أن المناط في صرف سهم الامام (ع) هو القطع برضى الامام (عليه السلام) و الا فلا يجوز له ذلك بوجه. و أما سائر الوجوه البرية من النذر و الوقف و الصدقات و غيرها مما وضعت للجهات العامة فيجوز صرفها لأهل العلم أيضا على النحو الذي قرره الناظر و الواقف فلا يشترط فيها الفقر و لا ما يعتبر في صرف سهم الامام (ع) من اشتراط، بل المناط هنا هو انطباق الجهات البرية على الشخص.

و أما الزكاة و الخمس فلا يجوز لمن يكون قادرا على الكسب أن يصرف منهما أصلا ما لم يكن التحصيل في حقه واجبا فان مصرف الزكاة هو الفقراء و مصرف الخمس هو الفقراء من بني هاشم و فسروا الفقير بأنه لا يقدر على تحصيل قوته فعلا أو بالقوة و من يحسن الصناعة فليس بفقير و مجرد كون تحصيل العلم مستحبا في حقه لا يجوز له الأخذ منهما و آلا لجاز أن يشتغل بالاعمال المستحبة و يصرف من الزكاة و الخمس بان يصلى النوافل دائما و يأكل من الزكاة أو من سهم سبيل الله فإنه موضوع للجهات التي كانت راجعة إلى الدين.

الكلام في تلقي الركبان و مرجوحته

قوله: مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان.

أقول: الأقوال في المسألة ثلاثة، قول بالحرمة و قول بالكراهة و قول بعدم الحرمة و الكراهة أما الحرمة فاستدل عليها بالروايات الناهية عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٢

التلقى الركبان و لكنها ضعيفة السند و دعوى الاطمئنان بصدور بعضها لكثرتها و استفاضتها دعوى جزائية فإنها لا توجب الاطمئنان بالصدور و مع تسليم ذلك فلا يفيد لغير من حصل له الاطمئنان و الظن بالصدور لا يفيد لعدم كونه حجة فلا يغنى من الحق شيئا، بل لو كان التلقى الركبان حراما لظهر بين الفقهاء على رؤوس الاشهاد و ليس كك.

و أما القول بالكراهة فهو مبنى على أمرين أحدهما تامة أخبار من بلغ الدالة على التسامح في أدلة السنن بدعوى أنها ظاهرة في ما بلغ عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاء أنه صدر من رسول الله فيثاب على ذلك العمل و ان كان رسول الله (ص) لم يقله و لو أريد من تلك الأوامر الدالة على التسامح في أدلة السنن الإرشاد إلى حكم العقل بحسن إتيان العمل رجاء و احتياطا لدرك الواقع فلا يدل على التسامح في أدلة السنن.

الأمر الثاني أن تكون شاملة للكراهة أيضا فلو اقتصر على مواردها و هي ما كان فيه أمر ففي موارد الكراهة ليس أمر، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصح التمسك بتلك الاخبار في المقام لإثبات كراهة التلقى و مع تسليم هاتين المقدمتين فلا وجه للإشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدلة التسامح للمكروهات و لكن التمسك بها في المقام بدعوى أن ذلك انما يفيد في مورد

ورد خبر ضعيف يدلّ على الكراهة فإنه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف و أما في المقام فإن تمت الأخبار المذكورة فتدل على الحرمة و ألّا فلا حرمة و لا كراهة فإن وجودها كعدمها و كذلك الحال في الاخبار الضعيفة الظاهرة في الوجوب فإنها لا تشمل ذلك و قد ناقش بذلك بعض الأعلام لإثبات الاستحباب أو الكراهة بالأخبار الضعيفة الدالة على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٣

الحرمة أو الوجوب.

و فيه أنه قلنا في البحث عن أدلة التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمة و الوجوب إذا كان ضعيفا و ذلك فان ما دل على الوجوب يدل على جواز العقاب على الترك و على ثبوت الثواب على الفعل فبضعف الرواية الدالة على الوجوب يسقط العقاب على الترك لخروجه عن الحجية و يبقى الثواب على حالة لأدلة التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمة التلقي أو كراهته شروطا الأول أن لا يكون التلقي أربعة فراسخ و أزيد و ألّا يداخل ذلك تحت عنوان المسافرة فإن الذهاب أربعة فراسخ و الإياب منها سفر شرعي فالمسافرة للتجارة ليس فيها بأس بل مطلوب في الشريعة و مندوب اليه و قد ذكر ذلك الشرط في اخبار التلقي فهل الغاية أي رأس الأربعة داخله أو خارجه فذكر بعضهم أنها داخله و لكن الجمع بين صدر رواية النقيصة و ذيلها يدل على خروج الحد عن المحدود، كما ذكره المصنف (ره) على أن الوصول إلى الغاية تحقق موضوع المسافرة فيخرج بذلك عن عنوان التلقي و يداخل تحت عنوان السفر للتجارة كما لا يخفى.

الشرط الثاني: انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقي فلو كان ذلك لغرض آخر فصادف في الطريق ذلك فعامل معهم فيكون خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقي للتجارة و أيضا يعتبر أن يكون التلقي لأجل التجارة فلو تلقى لأجل استقبال القادم فصادف التجار في الطريق فاشترى منهم متاعهم فأیضا يكون ذلك خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقي للتجارة نعم الظاهر من قوله (ع) في رواية «١» عروة و المسلمون

(١) الكافي: ج ٥ ص ١٦٨ باب التلقي حديث ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٤

يرزق الله بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صورة قصد التلقي و قصد التجارة فكأن الغرض هو وصول مال التجارة إلى المدينة فان في رؤية الناس ذلك حكمه عجيب فإنه يوجب امتلاء أعين الناس جدا.

و فيه أن هذا ليس بعلة للحكم بل حكمه له و الا فيجری ذلك فيما إذا اشترى جميع مال التجارة شخص واحد حين الدخول بالبلد على أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجارة إلى المدينة فالمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض فإنه إذا توجهت التجارة إلى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمة الرخيص.

ثم انه ذكر في رواية عروة حكم آخر و هو قوله و لا- يبع حاضر لبادى و لكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد و لا يصد بذلك، بل يخلى بينه و بين أهل البلد فإنه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمة عالية فيكون نوع الناس في مضيقه بخلافه إذا تصدى شخص البادى بذلك فإنه يبيع بقيمة الرخيص فيكون في ذلك توسعه لنوع الناس مثلا إذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لأهل البلد كك فيكونون في مضيقه.

و ليس المراد من قوله (ع) و لا- يبيع الحاضر لبادى أنه لا يبيع الحاضر متاع شخص لباد فإنه غير محتمل جدا فإن البادى يحتاج إلى المأكول و المشرب فكيف لا يسوغ لأهل البلد أن لا يبيع لبادى، بل يجوز ذلك بلا شبهة حتى في الطريق ثم انه لا فرق في ذلك بين البيع و غيره من الصلح و نحوه فان الغرض من النهي عن التلقي سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقي للتجارة و التجارة غير منحصرة بالبيع ثم ان من قبيل تلقي الركبان كراهة أو حرمة استقبال الخدمة الزوار لأجل إعطائهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٥

المسكن، بل لا بد و ان يخلوا سبيلهم فان المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض كما لا يخفى كما لا فرق بين كون التلقى لا شراء متاعهم كما تقدم أو للبيع منهم بان يكون غرض الركبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرين فباع منهم ما يحتاجون اليه. ثم ان في بعض الروايات أن الركبان إذا باعوا من الحاضر فجاءوا سوق فلهم الخيار.

أقول: ان كانت المعاملة مشتملة الغبن، فيثبت لهم خيار الغبن من غير احتياج إلى الرواية و إلا فلا وجه للخيار فإنه لا معنى لثبوت الخيار بمجرد الدخول في السوق على ان الظاهر بحسب الفهم العرفي هو صورة كون المعاملة مشتملة على الغبن، فان ظاهر قوله (ع) إذا جاءوا بالسوق فلهم الخيار، يعنى لو كانوا مغبونين لا مطلقا على أن الرواية ضعيفة السند، و اما النجش فقد تعرض له في المكاسب المحرمة فلا وجه للإعادة (و معناه ان يزيد الرجل في ثمن السلعة و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزيادة).

الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا

إشارة

قوله: مسألة: إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع اليه منهم و لم يحصل للمدفع إليه، إلخ. أقول: تارة يدفع المالك ماله لشخص و يكون المدفوع اليه مستقلا في التصرف فيه كيف ما يشاء فلا يكون رأى الدافع ح متبعا بوجه و هذا كما إذا كان المدفوع اليه و كيلا للدافع بان يدفع اليه مالا ليصرفه في محله و المدفوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٦

اليه مخير في ذلك كيف ما يشاء و من هذا القبيل دفع الوجوه الشرعية إلى المجتهدين ليصرفوها في مواردنا. و أخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا و يعين موارد فلهل يجوز له الأخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه أم لا، كما إذا دفع اليه سهم الامام (ع) أو الخمس أو الزكاة أو غيرها من الوجوه الشرعية و قال أعطها للصنف الفلاني و كان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولاية تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البائع هو الحاكم الشرعى بناء على ثبوت الولاية له عليها أو كان المدفوع من أموال الطلقة للدافع فهو على أقسام شتى: - الأولى: أن تقوم قرينة خارجية على عدم رضى الدافع بأخذ المدفوع منه فإنه ح لا يجوز له الأخذ منه لانه تصرف في مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقدارا خاصا و قامت القرينة على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص.

الثانى: أن يظهر الدافع قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع و هذا و كك الشق الأول مما لا اشكال فيه و انما الإشكال في الصورة الثالثة و هو يدفع اليه مالا و يقول ادفعه في أصناف معينة و كان المدفوع اليه منهم فلهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذى يدفع الي أفراد الأصناف أم لا.

و كك يقع الإشكال في الشق الآخر في الصورة الثانية و انه إذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد آخر غيره من المحصلين المبتدين و قد عين لهم عشرة مع أنه من العالين و قد عين لهم عشرين و كك إذا عين على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين و قد كانوا من المبتدين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٧

اعتقاد الدافع و ان كان على خلاف الواقع أو يتبع الواقع و ان كان على خلاف اعتقاد الدافع و الظاهر أنه ان كلامه أعطى هذا للفقراء بعنوان القضية الحقيقية فح يتبع الواقع و إلا فيتبع اعتقاد الدافع و مراد المصنف من الموضوعية هو الأول، و مراده من الداعوية هو الثانى. و بعبارة أخرى أن كلامه بعنوان القضية الحقيقية فيكون الواقع متبعا، و انما ذكره بعض المصاديق على خلاف الواقع من باب الخطأ في

التطبيق و ان كان غرضه من كلامه هو المصرف لما فى الخارج و بيان ما يعلم أنه من هذا الصنف فيتبع اعتقاده فإن الداعى انما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع و كلامه معرف لما اعتقد به و ان لم يكن هنا ظهورا فيدخل فى القسم الثالث و اما القسم الثالث: و ككك الثانى مع عدم الظهور فى شىء اختلفت هنا كلمات الفقهاء فذهب جمع من الأصحاب إلى حرمة الأخذ و لذا قالوا: لو قالت امرأة بشخص زوجنى من أحد فلا- مجوز له ان يزوجها من نفسه، فان ظاهر الوكالة كونها التزويج لغيره و كذا لو وكله لا شترى شىء فلا يجوز ان يبيعه مال نفسه و ذهب جمع آخر الى الجواز فيما إذا طلق من دون زيادة على غيره و فصل بعضهم بأنه ان قال الدافع ضع هذا المال فى الفقراء مثلا- و كان المدفوع اليه منهم فيجوز له الأخذ منه بقدر ما يخصه و ان قال أعطه للفقراء فلا يجوز فإن الإعطاء ظاهر من كون المعطى له غير المعطى و لكن هذا التفصيل ليس تفصيلا فى المسألة بل تعيين لظهور كلام الدافع.

و هنا تفصيل آخر و هو انه إذا قال الدافع أعطه للفقراء مع علمه بكون المدفوع اليه من الفقراء لم يجز له الأخذ بما يخصه من المال فإنه لو كان بناء الدافع الإعطاء له لخصه بالذكر أيضا، و ان لم يعلم بقره جاز له الأخذ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٨

بما يخصه فان غرض الدافع وصول المال الى هذا الصنف فهو منهم و لكن هذا التفصيل أيضا ليس تفصيلا فى المسألة، بل هو بيان لمورد ظهور كلام الدافع فإذا فتحصر الأقوال بالقولين الجواز مطلقا و المنع كك.

و قد استدل على عدم الجواز بما هو مقتضى الأصل الاولى هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه فلا يجوز له التصرف فى ذلك و كك الأمر لو وكلته امرأة فى تزويجها من أحد أو وكله أحد فى شراء شىء له، فإنه لا يجوز له تزويجها من نفسه كما لا يجوز له بيع ماله من الموكل فإن الأصل عدم الجواز إلا فضولة فان ظهور الوكالة أن يكون التزويج و البيع و الشراء من غير نفسه لظهور الوكالة فى المغايرة.

و بالجملة ففى المقام مقتضى حرمة التصرف فى مال غير هو عدم الجواز إلا مع الاذن فيه من صاحب المال و أيضا استدل على عدم الجواز بقوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن الحجاج المستندة فى التحرير الى الصادق (ع) و ان أضمرت فى غيره، فإنه لا يضر الإضمار من أحد بعد اطلاع غيره على المنقول عنه و قد قلنا فى مبحث الاستصحاب فى الروايات التى استدلت بها على حجية الاستصحاب أن الروى الواحد سأل الإمام (ع) عن عدة أحكام و قال فى مقام النقل عاطفا بعض الجمل على البعض بقوله و سألته و سألته و حيث قطعوا الاخبار و قد حصل الإضمار من التقطيع فإذا اطلع أحد بأصل الرواية فينقلها بغير إضمار كما اطلع بحر العلوم على ذلك فى روايات الاستصحاب حيث نقل بعضها عن الصادق (ع) و بعضها عن الباقر (ع) و بعضها عن أحدهما (ع) و كك فى المقام و قد اطلع العلامة على أن المنقول عنه هو الصادق (ع) فنقل الرواية عنه (ع).

و كيف كان قال سألته عن رجل أعطاه رجل رجلا مالا ليصرفه فى محاويع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٨٩

أو فى مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه؟ هو قال: لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه.

و قد استدل المجوزون بكون العنوان شاملا- للأخذ أيضا فيجوز له الأخذ و أما رواية ابن الحجاج فقد تعارضت بالروايات الأخرى الدالة على الجواز المذكورة فى المتن بعضها من ابن الحجاج و بعضها من غيره و فيها صحاح و حسان فتكونان متعارضتين و متكافئتين لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى.

و توهم عدم التكافؤ من جهة أن المجوزة هى ثلاثه روايات فتكون مشهورة فتقدم على المانعة التى هى رواية واحدة فهو توهم فاسد، فان المراد من الشهرة الموجبة لترجيح احد المتعارضين على الأخر ليس هو كون أحدهما كثيرة و لآخر قليلة بل المراد من ذلك أى من الشهرة كون أحدهما مجمعا عليه بين الأصحاب بحيث ينقلها رواة الحديث بخلاف الأخر بأن لم ينقلها إلا نادر، و من الواضح أن الطائفتين فى المقام متساوية فى هذا الجهة فى الاشتهار و عدمه فيتكافئان و على هذا فذكر المصنف أن كون الطائفتين واردتين على

وجه التعبد بعيد جدا بأن يكون المراد من المانعة هو عدم جواز أخذ المدفوع من المال الذي دفع اليه حتى مع ظهور اللفظ في الجواز و يكون المراد من المجوزة هو جواز ذلك حتى مع ظهور كلام الدافع في عدم جواز الأخذ فلا يمكن حملها على التعبد المحض و عليه فلا بد من حمل المانعة على صورة عدم الظهور لكلام الدافع في الأخذ من المال بما يخصه و حمل المجوزة على صورة كون كلامه ظاهرا في جواز الأخذ منه و مع عدم الظهور لشيء منها فيرجع الى مقتضى الأصل و هو عدم جواز التصرف في مال أحد إلا بإذن مالكة فهذا حاصل كلام المصنف في المقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٠

و الحاصل: أنه حمل روايات المنع على صورة عدم الظهور لكلام المعطى في أخذ المعطى له من المال و روايات الجواز على فرض الظهور لذلك فيه و لكنه بعيدا جدا فإنه لا داعي للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى في الجواز فان ما أعطاه انما هو ماله فجاز التصرف فيه بإذنه فإذا أذن لغيره في ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصرف فيه فإنه حرام و بعد ظهور الكلام في أحد الأمرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

الكلام في الجمع بين الروايات المجوزة و المانعة

و قد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعة على الكراهة بقريته ما دل على الجواز كما هو مقتضى الجمع بين النهي و الترخيص فان قوله (ع) في صحيحه ابن الحجاج «١»: (لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) ظاهر في عدم الجواز و قوله (ع) نعم، في رواية «٢» سعيد بن يسار و قوله (ع) لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره صريح في الجواز فمقتضى الجمع العرفي نحمل المانعة على الكراهة. و فيه أن ظاهر قوله (ع) لا يأخذ شيئا منه الا بإذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصرف في مال أحد إلا بإذنه و عليه فلا يمكن حملها على الكراهة كما منعه بعض مشايخنا المحققين.

و قد يجمع بينهما بحمل المانعة على فرض تعيين المالك و مواضع مسماة

(١) و سائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ٣.

(٢) و سائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩١

لصرف المال فإنه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه و حمل المجوزة على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصة فإنه يجوز له الأخذ لنفسه و استشهد عليه بصحيحه «١» ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن يحل الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه في مواضع مسماة إلا بإذنه.

و فيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر رواية المانعة أعني صحيحه الأولى لابن الحجاج فإنها آبية عن ذلك سؤالا و جوابا فان قوله (ع) في جواب السائل عن رجل أعطاه مالا ليصرفه في محاويج أو مساكين و هو يحتاج أن يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه مطلق، و كك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

و الصحيح أن يقال في وجه الجمع هو حمل الروايات المانعة على فرض كون المال المعطى من ممتلكات شخص المعطى كما إذا ورد في بلد فأراد أن يقسم مالا في صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو أغنياء فأعطاه شخص أن يقسم بينهم فإنه لا يجوز للأخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبدول لهم فإنه مال لشخص الباذل فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

و ربما يورد على ما ذكرناه من الجمع بين الروايات بحمل المانعة على الأموال الشخصية و حمل المجوزة على الأموال النوعية بأن مقتضى صحيحه ابن الحجاج «٢» في رجل أعطاه مالا ليقسمه في المساكين و له عيال محتاجون

(١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣ من باب ٤.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ حديث ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٢

أ يعطهم منه من غير أن يستأذن (يستأمر خ ل) صاحبه، قال: نعم، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الأموال النوعية و بهذا الاسناد ما يدل على عدم الجواز إلّا بالإذن عن صاحبه فيقع بينهما المعارضة فتسقطان لذلك فيرجع الى العمومات الدالة على عدم الجواز فإنه يقال أن مقتضى رواية «١» أخرى لابن الحجاج المذكور في باب الزكاة هو الجواز في الصدقة فإنه قال سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يعطى الدراهم ليقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن تحل له الصدقة، قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره، إلخ، فهذا نقيض الصحيح الثانية الدالة على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحة الثانية أخص من الصحيحة الأولى، كان بمقتضى انقلاب النسبة فنخصص بها الصحيحة الأولى فتكون النتيجة أن في الأموال الشخصية لا يجوز إلّا بإذن المالك و في الأموال النوعية يجوز و حمل الروايات المجوزة على الأموال النوعية كالوجوه الشرعية المنطبقة على الآخذ و غيره كالزكاة و الخمس و الصدقات و ردّ المظالم كما إذا أعطاها أحد لعالم أن يصرفه في محله فإنه جاز له الآخذ منه بمقدار حاجته و ان لم يكن لكلام المعطى ظهور في أخذه لنفسه إذا قال المعطى أعطه لصنف فلان ظهوره في الإعطاء للغير و نفس الآخذ منصرف عن ذلك، و على هذا فيجوز للأخذ أن يأخذ لنفسه بمقدار احتياجه خصوصا إذا كان ممن يجوز تصرفه فيه كالعلماء و المجتهدين فإن ولاية الوجوه الشرعية لهم في حال الغيبة.

و يدل على ذلك أن المذكور في روايات الجواز هو الزكاة و الصدقات

(١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٣

و أما المذكور في رواية المنع هو المال الشخصي بقريضة قوله (ع) (لا- يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) حيث فرض صاحبا للمال المبذول و اعتبر اذنه في دفع المال المبذول لغير من عينهم فتكون كلتا الطائفتين من الروايات واردة على طبق القاعدة فإن مقتضى القاعدة في الأموال الشخصية عدم جواز التصرف إلّا بإذن صاحبه و مقتضى القاعدة في الأموال النوعية هو جواز بذله لمن انطبق عليه سواء اذن المعطى لذلك أم لا، و على هذا فيبقى في المقام شيء و هو أنه على هذا فلا وجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه في ذلك هو احتمال أن يجوز للمتصدى بذلك أن يأخذ منه مع الاحتياج حيث ان صاحب المال قال اصرفه في محاويع و مساكين فاحتمل الآخذ جواز أخذه منه لأنه أيضا محتاج فأجاب الإمام (ع) أنه لا يجوز إلّا بإذن صاحبه.

و فيما كان المال نوعيا كالزكاة و غيرها احتمال السائل عدم جواز أخذه حيث يحتمل أن يكون اذن المعطى دخيلا في جواز التصرف فيه أيضا كأموال شخصه فأجاب الإمام (ع) بأنه لا بأس بذلك مع الاحتياج، فيجوز للمتصدى أن يأخذ منه لنفسه بمقدارها ببذله لغيره فافهم.

الكلام في احتكار الطعام

إشارة

قوله: مسألة: احتكار الطعام و هو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته.

أقول: يقع الكلام في جهات:

الأولى: في حكم الاحتكار

الظاهر أنه لا- خلاف في مرجوحيته في الجملة أعم من الحرمة و الكراهة، و لكن اختلفت كلماتهم في ذلك فذهب المشهور إلى الحرمة مع عدم وجود الباذل و ذهب جمع آخر إلى الكراهة مطلقا لكون الناس مسلمين على أموالهم، فلا وجه لمصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٤
لحرمته إلّا إذا عرض عليه عنوان آخر يقتضى حرمة كما إذا حكم الحاكم في الممخصة بالبيع فإنه يحرم الاحتكار لحكم الحاكم، و إلّا فلا وجه لحرمته لنفس الاحتكار.
و الظاهر ان الاحتكار حرام مع عدم وجود باذل في البلد و أما مع وجوده فيجوز الاحتكار لكون الناس مسلمين على أموالهم و هذا القول قد اختاره المصنف.

و قد استدل المصنف على ذلك بروايات منها صحيحة «١» سالم الحنط فإنها ظاهرة في الحرمة مع عدم وجود الباذل حيث استفصل الامام (ع) في ذلك و قال الحنط ما أبيع أنا من ألف جزء جزء يعنى أن الحنط الموجودة عندى كجزء واحد من ألف جزء من الحنط الموجودة في البلد احتكاره، فإنه لا يوجب ظهور الغلاء في البلد نظير أن نشترى وزنة من الأرز فتحتره فإنه لا يوجب ظهور الغلاء أصلا و قال الامام (ع) فلا بأس ثم قال أن المحتكر هو حكيم بن حدام حيث كان يحتكر الطعام المجلوب إلى المدينة فمر به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال يا حكيم إياك أن تحتكر، فان كلمه أيا تحذير فتفيد الحرمة.
و منها «٢» صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الحكرة، فقال إنما الحكرة أن يشتري طعاما و ليس في المصر طعام غيره فتحتره فان كان في المصر طعاما غيره فلا بأس أن يلتبس سلعتك الفضل فان مفهوم ذيل الرواية هو حرمة الاحتكار مع عدم وجود طعام في البلد،

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٤ باب ٢٨ حديث ٣.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٥

غيره بحيث يظهر في البلد لأجل احتكاره غلاء واضح.

و منها «١» ما عن أمير المؤمنين عليه السلام في ما كتبه الى مالك الأشر على ما في نهج البلاغة و كان فيما كتبه فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه الى أن قال فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل و عاقب في غير إسراف فإنه لو كان الاحتكار مكروها لما جاز أن يأمر الإمام (ع) الأشر بان يعاقب المحتكر.

و منها صحيحة «٢» أخرى للحلبي حيث سأل عن صلاحية الاحتكار، فأجاب الإمام عليه السلام بأنه يكره و الكراهة في كلمات الامام عليه السلام أعم من الحرمة و الكراهة المصطلحة و ليس لها ظهور في الثاني، و قد ورد في روايات الربا أن عليا عليه السلام كان يكره الربا فلا تكون هذه الرواية موجبة لصرف الروايات الأخرى الظاهر في الحرمة.

و منها ما في مجالس المفيد عن أبي مريم الأنصاري «٣» عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله (ص) أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع، و في هذه الرواية مناقشة من حيث السند و الدلالة، أما المناقشة في الدلالة فلأنه لو كان احتياج الى الطعام كان احتكاره حراما حتى في ثلاثة أيام و ان لم يكن احتياج اليه لم يكن حراما حتى في ستين يوما، فلا موضوعية للأربعين.

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٥ حديث ١٣.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٣ حديث ٢.

(٣) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٦

و الظاهر أن الرواية راجعة إلى بيان جهة أخلاقية تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتر انما حبس الطعام بنية سوء فهي الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح و قد حكم الامام (ع) تعبدا أن من كان على هذه النية و لم يرجع الى أربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفارة لما فعل فتكون الرواية خارجة عن المقام أصلا و ناظرة إلى قباحة نية سوء و أما من حيث السند فقال المصنف في كتاب الصلاة و في هنا ان اشتمال سند الرواية بنى فضال لا- يوجب الوهن فيها، فان الظاهر إنما أخذت من كتبهم، و قد قال العسكري عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ثم ازداد في المقام على ما في الصلاة ان كلام العسكري عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما في كتب بنى فضال فيستغن بذلك من ملاحظة من قبلهم في السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظة ما قبلهم في السند من كلام الكشي من ادعاء الإجماع على تصحيح ما يصح عن جماعة.

و فيه أما الكلام في اعتبار الإجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعة فهو مخدوش في نفسه فإنه نرى أنهم ينقلون في رواياتهم المسندة عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلا يكون مراسليهم بأجمعها حجة لكون كل مرسله داخله في أطراف الشبهة.

على أن هذا الإجماع ليس حجة في نفسه لعدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغاية الأمر فمفاده أن جماعة من الرواة قد ثبت نقلهم عن الثقات فلا يلاحظ ما قبلهم من السند في مراسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف في السند و أما ما ذكره في حق كتب بنى فضال فكلام الامام (ع) ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لا يوجب الوهن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٧

في روايتهم و أن فساد عقيدتهم لا تضرّ باعتبار روايتهم بل ما نقلوا من الروايات فهو باقى على الحالة الأولى فلا يناقش فيها من جهة فساد عقيدتهم و أما أن جميع كتبهم معتبرة و لو كان بعضها مشتملا على ضعف السند من غير ناحية بنى فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا يظهر من الرواية، فإن هذا الاحتمال لم يكن في حقهم قبل فساد عقيدتهم، بل كان قبل ذلك يلاحظ أسانيد ما نقوله من الأحاديث ان كان صحيحا أخذ به و ألما فلا، فهلا أتى فساد عقيدتهم مقاما لهم بحيث صار جميع ما في كتبهم معتبرا حتى لا ينظر الى ما قبلهم من السند الذى كان ينظر اليه قبل فساد عقيدتهم فما افاده المصنف هنا لا يمكن المساعدة عليه و كيف كان فلا شبهة في حرمة الاحتكار فكان الشارع أراد كون الأرزاق بين الناس و ليس لأحد حق منعها عنهم و دليل سلطنتهم قاصرة عن ذلك بحكم الشارع كما ذكرنا في بحث الأراضى أنه ليس لأحد منع الأراضى زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع يريد ان تكون الأراضى معمورة لا خربة فكذلك الحال هنا.

ثم انه بعد الفراغ عن حرمة الاحتكار يقع الكلام في جهات الاولى: في موارد الحكمة في أنها في أى شىء تتحقق و الذى يستفاد من المطلقات المتقدمة أن موضوع الاحتكار هو الطعام فكل ما يصدق عليه الطعام عرفا بحيث كان في عرف البلد قوام الناس و حياتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتكار و هذا يختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام في بعض البلدان، و من الحطب في بعضها الأخر و مثل الشعير ليس بطعام في بلاد الهند حتى قيل لا يوجد فيها شعير إلا بمقدار الدواء و نحوه، و لكنه طعام في بلاد العراق و الايران و الأزر طعام في نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هكذا الزبيب و التمر و ليس بطعام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٨

في بعضها الآخر، بل مثل الزبيب في العراق و التمر في بعض نقاط الا-يران يعد من الفواكه و على الإجمال أن هذا شيء يختلف بحسب اختلاف الأمكنة و الأزمنة و العادات فكلما يصدق عليه الطعام فاحتكاره مع عدم وجود في السوق حرام و ألا فلا وجه للحرمة كما إذا احتكر احد الزبيب في النجف أو التمر في بعض نقاط الايران فلا يقال انه فعل حراما، نعم قد يكون حراما لأجل طرؤ عنوان آخر عليه كما إذا احتاج أحد الى ما احتكره أخر للدواء و نحوه بحيث إذا لم يبعه منه لمات فإنه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الإعطاء هنا و لكن لا لحرمة الاحتكار بنفسه، بل لأجل طرؤ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصرة للاحتكار بأمر خاصه فهى مختلفة و فى بعضها حصره فى أربع الحنطة و الشعير و الزبيب و التمر، و عن الفقيه زيادة الزيت و فى رواية قرب الاسناد بإضافة السمن أيضا، و فى رواية السكونى بإضافة السمن و الزيت و لكن كلها متفقة فى نفي الاحتكار بمفهومها فى غير الأمور المذكورة فيها و لكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفة السند فلا- يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها و الا لزم رفع اليد عن الحجة بغير الحجة الشرعية.

فالمناطق فى حرمة الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر و حبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن و الملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الإنسان و تقوم به حياة البشر، و من الواضح أن هذا ليس مجرد الحنطة و الشعير و الأرز فإنها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن و الزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار و نحوها، و على هذا فلا يبعد أن يكون منع النفث عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٤٩٩

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمة النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فى بعض الروايات «١» و كذلك السمن و ان كانت الرواية ضعيفة فإن من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى، و يدل على ذلك أيضا قوله (ع) فى صحيحة «٢» الحلبي فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس و ليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطة و الشعير فقط، بل بمنع كلما يكون دخيلا فى تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فإن العلة و المنع واقعا فى حرمة الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى.

و بالجملة فكل ما يكون دخيلا- فى قوام طعام البشر بحسب عادة نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق النوع فى الحرج و المشقة و الضرر و العسرة فيكون احتكاره حراما و قد قلنا ليس لأحد السلطنة على حبس طعام الناس و احتكاره و ان كان مالا لنفسه كما قلنا ليس لأحد حبس الأراضى و منعها عن العمارة كما تقدم فى محله.

الجهة الثانية: أنه ذكر فى رواية السكونى إن الحكرة فى الرخصة أربعين يوما و فى الغلاء و الشدة ثلاثة أيام

و الظاهر أنه لا يمكن تصديقه فإنه ان كان للناس احتياج الى ذلك بحيث كان فيهم غلاء و مخمصة فلا يجوز الحبس ساعة واحدة و ألا فيجوز الحبس ستة أشهر، بل سنة بل أكثر على ان الرواية ضعيفة، و نعم ما صنع الشهيد حيث حمل الرواية على فرض أن يكون الشدة و الاحتياج الى ما حبسه المحتكر فى الغلاء بثلاثة أيام و فى الرخصة

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٧.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٠٠

بأربعين يوما و ان كان الحمل بعيدا و لكنه أولى من الطرح.

الجهة الثالثة: هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق بكل ما يقع في يده

و لو كانت الغلة حاصله من الزرع أو الإرث أو الهبة، الظاهر هو الثاني فإن المناط في حرمة الاحتكار هو جمع الغلة، و ترك الناس بغير طعام و لا يفرق في ذلك بين الشراء و غيره.
ثم الظاهر أن الاحتكار اما حرام أو مباح بناء على حرمة مع عدم الباذل و أما بناء على كراهته فاما مكروه أو مباح في نفسه فلا يتصف بالأحكام الخمسة كما ذكره المصنف نعم يمكن ان يتصف بالأحكام الخمسة بلحاظ العناوين الثانوية.

الجهة الرابعة: أن الاحتكار حرام إذا كان يترك الناس بغير طعام مع احتياجهم اليه

و أما لو كان غرضه جمع الطعام و بيعه في وقت نزول العسكر أو الزوار لثلا يقعوا في مضيقه فلا يكون الاحتكار حراما و باعتبار هذه العناوين الطارئة يكون الاحتكار متصفا بالأحكام الخمسة و لكن الاحتكار في نفسه، اما حرام أو مباح، كما لا يخفى.

الخامس: الظاهر أنه لا إشكال في جواز إجبار المحتكر على البيع

حتى بناء على كراهة الاحتكار و لكن ليس للحاكم إلّا الإجبار على البيع فقط، و اما التسعير فليس له ذلك، بل للمالك أن يعين ذلك لان الناس مسلطون على أموالهم و قد ورد في بعض الأحاديث «١» أنه سئل النبي (ص) عن الشعير فقال (ص) انه في يد الله، نعم لو أجهف في القيمة بحيث كان ازديادتها نحو من الاحتكار يمنع الحاكم عن ذلك بحيث يبيع المالك بقيمة

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٧ باب ٣٠ حديث ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٥، ص: ٥٠١

السوق، أو أكثر منه، بمقدار لا يمنع الناس عن الشراء، بأن تكون قيمة كل حقه من الحنطة مائة فلس و يبيع المحتكر بدينارين فإنه أيضا احتكار، كما لا يخفى.

الحمد لله أولا و آخر و ظاهرا و باطنا، و قد وقع الفراغ عن كتاب البيع في يوم الأحد ٢٤ شهر جمادى الأولى سنة ١٣٧٥ هـ، و يتلوه ان شاء الله تعالى المجلد السادس بتوفيق الملك العلام، و الحمد لله وحده و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و سلم تسليمًا.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء السادس

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كتاب الخيارات]

إشارة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين.
و بعد فيقع الكلام فى الخيارات و أحكامها.

[مقدمتان]

[الأولى فى معنى الخيار]

قوله الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار.

أقول: الاختيار مصدر و الاسم منه الخيار و معنى الاختيار لغة هو طلب الخير من أى شىء فيصحّ تعلّقه بالأمر التكوينية و الاعتبارية نظير الكسب و الاكتساب و ح يكون وصفا لنفس الأفعال الخارجية و الأمور الاعتبارية حسب اختلاف متعلّقه من الأفعال و الأعيان و الاعتباريات و يقال اختار أحدهما لمصاحبه أى طلبه خيرا لنفسه و اختار بيع أمواله أى جعله خيرا لشخصه فالاختيار صفة لنفس ما أخذ خيرا و عنوان له من دون أن يكون من الأوصاف النفسانية المعبر عنه بالإرادة تارة و بالاختيار أخرى و لا من الأفعال الخارجية و الاختيار كالانتفاع و الاصطفاء و الانتقاء و منه أيضا استخاره المنزل.

و الظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات المختصة بالمعاملات من خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما فان من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤

له الخيار يتخذ ما يختاره من الإمضاء أو الفسخ خيرا لنفسه و طلب كونه خيرا له و اتصف كل منهما بالاختيار و أصبح خيرا على سبيل البدلية و معنى البيعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيرا لنفسه و ليس المراد من الخيار هنا هو القدرة على الفسخ التى من الأوصاف النفسانية و لا السلطنة و المالكية على الفسخ و لا غيرهما من المعانى التى ذكروها فى المقام.
نعم تستفاد السلطنة و المالكية من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلا- إذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص و الملكية، و كل أن القدرة ليست من معنى الخيار فى شىء و انما هى من مقدمات اتخاذا الخير فان من ليست له هذه القدرة لا يتمكّن من جعل شىء خيرا لنفسه.

و على هذا فلا نحتاج فى استعمال كلمة الخيار فى الخيارات المصطلحة فى أبواب المعاملات إلى عناية زائدة غير ملاحظة المعنى اللغوى ألما أن يكون هنا اصطلاح خاص فلا مشاحة فيه و بهذا اللحاظ أيضا استعمل فى مقابل الالتجاء و الاضطراب فان المضطر لا يتمكّن من الاستخاره لنفسه و اتخاذا الخير لشخصه كالأعرج و الأشل و الأصم فإنهم لا يقدرّون أن يتخذوا المشى أو الحركات الصادرة من اليد أو الكلام خيرا لأنفسهم، فجعل الاختيار بمعنى القدرة فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصطلاح فقط و الالفه خارج عن القدرة كما عرفت و الالفه الاختيار يقع فى مقابل الاضطراب و يعدّ قسيما له.

ثم ان موارد استعمال كلمة الخيار و ما اشتق منها و ان كانت كلها بحسب لحاظ المعنى اللغوى و لكن الذى فى أبواب المعاملات مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥

تمتاز بخصوصية ليست فى غيرها من موارد الاستعمالات بدهاءة أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل و الشرب و النوم و بين تعلّقه بالفسخ و الإمضاء فإن المراد بالأول هو جعل الفعل الخارجى أو العين الخارجية خيرا لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغته الفاعل بخلاف ما إذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شىء ثابت قابل لان يتعلّق به الفسخ أو الإبقاء فى حاله و الاستمرار عليه، و نظير ذلك ما قلناه فى أدلة الاستصحاب من أن مفهوم النقص انما يتحقق إذا كان هناك أمر مبرم و الالفه يقال للحجر أنه نقص الحجر فهذه الخصوصية ينهض الخيار المتعلّقه بالعقود عن غيره من موارد استعماله، و أيضا خرج بهذه الخصوصية الخيار الثابت للعمه و الخالة فى العقد على بنت الأخت و بنت الأخ فإنه لم يثبت فيها شىء للعمه و الخالة حتى ترفعه

العمه أو الخالة بالفسخ بل هي تدفع ما يتصل إليها بالرضا و كك الحال في العقود الفضولية في البيع و غيره و لكن بقيت العقود الجائزة بحسب الطبع واردة عليه أيضا فإن فيها أيضا شيء ثابت لذى الخيار له الفسخ و له الإبقاء.

أما أن في الخيارات المصطلحة خصوصية ليست موجودة في العقود الجائزة بحسب الطبع فهي أن ذى الخيار في موارد الخيارات المصطلحة إنما ملك الفسخ و الإمضاء أى له اتخاذ الفسخ خيرا لنفسه و له إبقاء العقد على حاله أو إمضائه و أيضا فله مالكية على أصل الاختيار و الخيار بحيث له السلطنة على إعدام اختياره و رفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ و الإمضاء و لإعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كل من طرفي الاختيار خيرا لنفسه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦

و بعبارة أخرى أن لذى الخيار في موارد الخيارات المصطلحة سلطنتان إحداها السلطنة المتعلقة بإعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الإبقاء خيرا لنفسه و ثانيها السلطنة على إعدام السلطنة على أعمال الخيار و اتخاذ شيء منهما خيرا لنفسه فإنها من الحقوق فهي قابلة للإسقاط.

و هذا بخلاف العقود الجائزة فإن فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو إبقائه على حاله و لكن ليس لهما السلطنة على إعدام سلطنتهما على الفسخ أو الإبقاء فإن الجواز فيها من الأحكام فهي غير قابلة للإسقاط و لو أسقطه المتعاملان ألف مرة و قد عرفت أن الجواز و التزلزل في موارد الخيارات المصطلحة من الحقوق فهي قابلة للإسقاط، و بهذه الخصوصية لا يدخل شيء من غير الخيارات المصطلحة في حدودها كما لا يخفى و أيضا صح القول بأن الخيارات المصطلحة هو اتخاذ الفسخ أو الإمضاء خيرا لنفسه في العقود اللازمة بالطبع كالبيع و الإجارة و النكاح و غيرها.

و الحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوي في جميع موارد الاستعمالات حتى في باب العقود و هو اتخاذ الخير لنفسه و الانتفاء و الاصطفاء كما صرح بذلك في اللغة و ليس بمعنى الملك في المقام بل إنما يستفاد الملكية من موارد الاستعمال بحسب اقتران مادة الخيار بكلمة اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئة المفيدة لهذا المعنى كهيئة المختار كما سنشير إليه.

و عليه فيكون الاختيار و الخيار في مقابل الاضطرار و الالتجاء بحسب الحقيقة في جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧

لنفسه فيما اضطر إليه.

ثم لا يبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختارا في الفعل أو الترك في مقابل التكاليف الإلزامية الملجأ إلى الفعل شرعا هو هذا المعنى أيضا غاية الأمر أن الاختيار و الالقاء هنا شرعى و ما ذكرناه فيما سبق تكوينى و من هنا يتضح ان إطلاق المختار على الفاعل المختار على هذا المنهج أيضا و من هنا ظهر أن استعمال المتكلمين الخيار في مقابل الاضطرار ليس اصطلاحا آخر كما ذهب إليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوي كما عرفت.

ثم ان المشتقات قد استعمل في الاتصالات الفعلية كما هو الغالب و قد تستعمل في الشائبة و الاقتضاء و هذا أيضا كثير في نفسه كما يتضح ذلك لمن سيروا استقرأ موارد استعمالها و منه يقال سمّ قاتل و سيف سيار و أدوية مسهلة و أشربة مبردة و أغذية مسخنة أو قابضة فان اتصاف الذات بالمبدء في أشباه هذه الموارد ليس فعلية و إنما هو بحسب الشائبة و الاقتضاء.

و من هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بأن الخيار بمعنى القدرة على الفسخ بدعوى المختار بصيغته الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له و له إبقائه على حاله و له إسقاط أصل سلطنته أيضا فتكون القدرة و السلطنة على الفسخ و الإبقاء مستفادة من هيئة المختار.

إذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان في موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار في أمر العقد من حيث الفسخ و الإبقاء شأننا بأن يأخذ الفسخ خيرا لنفسه أو الإبقاء فإن له الانتقاء و الاصطفاء في ذلك و الهيئة المستفادة من الهيئة عبارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨

أخرى عن القدرة بل الأمر كذلك في جميع الموارد التي يتمكن الإنسان من إيجاد فعلى بحسب طول الزمان فإنه يقال أنه مختار في ذلك أي له القدرة على أن يأخذ هذا الفعل خيرا لنفسه أو يتركه و يأخذ تركه خيرا لنفسه فلا يكون تعريف الخيار بأنه القدرة على فسخ العقد و إبقائه منافيا لما ذكرناه.

ثم أنك قد عرفت أن الخيار في اللغة هو اتخاذ الخير و الاصطفاء و الانتقاء و بهذا اللحاظ قد استعمل في جميع الموارد غاية الأمر أنه تختلف متعلقاته فإنه قد يتعلّق بالأكل و قد يتعلّق بالشرب و قد يتعلّق بالأعيان الخارجية كاختيار الدار و الرفيق و المركوب و قد يتعلّق بالأمور الاعتبارية و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و قد يتعلّق برفع سلطنته على الفسخ و يسقط خياره، و عليه فلا خصوصية لمادة الخيار في شيء من موارد الاستعمال.

و لكن المراد من الخيار المصطلحة هو اختيار فسخ العقد أو إبقائه أو اختيار إقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغير العقود من الأفعال و الأعيان الخارجية و كل خرج به عقد بنت الأخ و بنت الأخت على العمّة و الخالة و كك جميع العقود الفضولية فان في جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شيء حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما في غير العقود المذكورة فواضح فان الخيار فيه ليس الا اختيار أحد الأمرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل و تركه و الشرب و تركه و هكذا و أما في العقود المذكورة فلأنه و ان ثبت هنا شيء و لكنه لم ينتسب إلى العمّة و الخالة و الى المالك بل مع الإجازة و الإمضاء ينتسب العقد إليهم و لكن و إذا اختاروا الردّ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩

يرفعون ما ثبت بإنشاء الغير لا أنهم يفسخونه فإنه ليس هنا عقد حتى يتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعد الانتساب إليهم و الفرض انه لم ينتسب إليهم بعد بالردّ يرتفع و لا يبقى شيء حتى يفسخ.

و خرج بكون ذي الخيار مختارا في إقرار العقد و تثبته العقود الجائزة بحسب الطبع و توضيح ذلك أن ذا الخيار في موارد الخيارات المصطلحة كما له اختيار فسخ العقد و إبقائه على حاله و كك له ازالة مالكيته على اختيار الفسخ و الإبقاء و على الانتقاء و الاصطفاء بان يقر العقد بإسقاط الخيار و يجعله لازما و غير قابل للفسخ ففي الحقيقة له خيار ان أحدهما يتعلّق بالفسخ و الإبقاء و الآخر يتعلّق بالسلطنة على الفسخ و الإبقاء بخلاف العقود الجائزة فإن فيها خيار واحد لكل من له الخيار و ليس له خيار آخر يتعلّق بأصل السلطنة على اختيار الفسخ أو الإبقاء و لو أسقطه ألف مرة لم يسقط كما تقدم فإنه من الأحكام فهي غير قابلة للإسقاط.

و من هنا ظهر أن ما ذهب اليه بعضهم من أن الخيار المصطلحة ملك إقرار العقد و ازالته هو الصحيح فان المراد من إقرار العقد هو إسقاط الخيار و جعل العقد لازما و غير قابل للانفساخ من ناحية الخيار و هو ما ذكرناه من تعلّق الخيار بإزالة السلطنة على الفسخ و الإبقاء، و المراد من ازالته هو ازالة العقد بالفسخ و إعدامه نعم التعبير بملك فسخ العقد مسامحة فإن الخيار كما عرفت ليس ملك فسخ العقد و انما الملكية مستفادّة من اللام و كلمة صاحب و الذو أو من الهيئة كما عرفت فإن هيئة كلمة المختار تدل على ذلك لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنيّة و لاقتضاء و أن ذي الخيار بما أن له مقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠

للفسخ و قادر عليه بان يأخذه خيرا لنفسه و له شأنيّة الاختيار و الانتقاء فيتترع من ذلك عنوان المالكية كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين

الأول أنه ان أريد من إقرار العقد إبقائه على حالته الأولية بترك الفسخ فذكره مستدرک لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على الترك فإنها لا تتعلّق بأحد الطرفين فقط و الا فلا تكون قدرة.

و فيه أنه ظهر جوابه ممّا تقدّم فان المراد من ملك إقرار العقد ليس هو تركه على حاله و عدم فسخه مع جواز ان يفسخه كيف ما يشاء بل المراد منه هو إقرار العقد و إثباته و جعله لازما بحيث لا يقبل - الفسخ بالخيار فهو إشارة الى احد الاختيارين الذين تقدمت الإشارة

إليهما و قوله و ازالته فالمراد منه ازاله العقد بالفسخ فهو إشارة إلى الاختيار الثاني.

و على الإجمال أن الخيارات المصطلحة منحلّة إلى خيارين و مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقا بالفسخ و الآخر ما يتعلق بأصل إعدام الخيار أى اتخاذ إعدامه الذى عبارة أخرى عن إقرار العقد خيرا لنفسه (ما شئت فعبّر) فكل واحد من خيار الحيوان و المجلس و العيب و الشرط و غيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير إليهما فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكية فى التعريف ليس من جهة اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى مستفادّة من الهيئته أو من كلمته اخرى كما عرفت.

الثانى أن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١

الخيار لكونه مستلزما للدور فإنه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملكك إلزام العقد بإسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى.

و فيه قد ظهر جوابه مما مر و توضيح الاندفاع أن الخيار و أن أخذ فى التعريف و لكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملكك إقرار العقد أى الخيار المتعلق بإعدام السلطنة على الفسخ هو إقرار العقد إسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرف غير المعرف فلا يلزم الدور و بقوله و ازالته أشار الى الخيار الثانى.

ثم أورد المصنف نقضا على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا فلا يكون العقد لازما بإسقاط أحد الشركاء خيارهم.

و فيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدّم فان المراد من الإقرار هو إقرار العقد من قبله لا- من قبل غيره و لا يقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصية لا يعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الآخر فإنه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه و لا معنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الآخر و لكن الإقرار و الإثبات ليس كذلك فإنه قابل لان يكون العقد لازما من طرف و جائزا من طرف آخر و إذا كان ممكنا ثبوتا فلا نحتاج فى مقام الإثبات إلى شىء آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن أحدهم يسقط خياره و الآخر لا يسقطه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢

و ما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشرة رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم و لكن رفعه مستند الى جميعهم ففى المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد و لكن الإقرار التام يحصل بالمجموع و مع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما و ان شئت فمثل بترك كل واحد من عشرة رجال قتل شخص فإنه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله و قد مثل الأستاذ بهذا المثال دون الأوّل.

و على الإجمال فالأحسن أن يقال فى تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفى الممكن على الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن و يكون فى مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفى الممكن الذى اضطرار اليه و لا يبقى معه اختيار فى الترك و الانتقاء و الاصطفاء و بهذا المعنى الواحد يستعمل فى جميع الموارد و ان كان هنا اختلاف فإنما هو من ناحية المتعلق و بيان ذلك أن الخيار قد يتعلّق بالأفعال الخارجية كالأكل و الشرب و غيرهما فيختار الفاعل اما الترك أو الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر.

و قد يتعلّق بالأعيان الخارجية فيرجح المختار أحد الشئيين أو الأشياء على الآخر فيأخذه خيرا لنفسه.

و قد يتعلّق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شىء و هذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولى و اختيار العمّة و الخالة عقد بنت الأخ و بنت الأخت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣

و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و هو على قسمين فإنه تارة يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق بإقرار العقد و عدمه و أخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقتترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد إلى الأبد.

و الثانى هو الخيار فى العقود الجائزة التى كانت جائزة بحسب الطبع و الأول هو المراد من الخيارات المصطلحة فان فى مواردنا قد ثبت لذى الخيار خيار ان أحدهما ملك فسخ العقد و إبقائه على حاله و الثانى ملك إقرار العقد بإسقاط الخيار و عدم إقراره فيسمى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحيا و لهذا لا تسمى العقود الجائزة عقودا خيارية مع تحقق الخيار فيه أيضا و لكنه ليس مركبا من خيارين نعم التعبير بالملك ليس من جهة أخذ الملك فى مفهوم الخيار و لعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجيح أحد الطرفين من الفسخ أو عدمه و ترجيح احد طرفين ازالة العقد و إبقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين.

و من الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدرة على الترجيح فالخيار عبارة عن القدرة على الترجيح و القدرة ليست إلا عبارة عن السلطنة فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازالة العقد و لكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبة مثلا و ان كان الواهب قادرا على الفسخ أو الإبقاء و لكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها و كك إذا كان متعلق الخيار الأمور الخارجية كالأكل و الشرب فإن أحد طرفى الفعل و ان كان فى اختياره و لكن أصل كونه مختارا فى ذلك ضرورى و لا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤

من شىء آخر و منه الهيئة فان هيئة المختار أيضا تدل على الملكية فإنه قد أخذ فيها الهيئة و هذه الهيئة و ان كانت ظاهرة فى الهيئة الفعلية و منه ما فى قضية الصديقة الطاهرة و هو المختار لها لسرعة الإلحاق.

و لكن قد يكون المراد منهما الهيئة الشائنة و لكن بواسطة القرائن فيكون المشتق ح مستعمله فى الشائنة كسيف قاطع و سم قاتل و مسهل نافع و أشربه مبردة أو مسخنة فان القرينة قائمة فى أمثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشائنة دون الفعلية كما لا يخفى.

و من هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق بإقرار العقد و إزماءه انما هو أيضا اعمال الخيار فإنه أحد طرفى ما تعلق به الخيار و ليس مرجعه إلى إسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار و وجه الاندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق بإقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ و الإبقاء.

و تحصل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الأصحاب من أن الخيار ملك إقرار العقد و ازالته هو المتعين و أحسن منه ما تقدمت الإشارة إليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد و إبقائه و اختيار إقرار العقد و عدمه (ما شئت فعبر).

و قد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الإيراد الأول و الثانى و كك نقضه بالخيارات المشتركة كما عرفت.

لا يتوهم أن المراد من الخيار المشترك هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثة و على عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو أقوال المسألة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥

و الوجه فى ذلك هو ان أحد الشركاء لو اعلم خياره بان يفسخ العقد أو أزم العقد بأن أسقط خياره لا يضمر بخيار الشريك الآخر بوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريك الآخر و يؤثر تأثيره بخلاف الإقرار فإنه من احد الشركاء لا يوجب إقرار العقد من الشريك الآخر فيعلم من ذلك أن المراد من الخيار المشترك فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البائع و المشتري حين الثبوت كخيار المجلس مثلا كما هو الحق فإن الظاهر من قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك و ان لكل منهما خيار و إذا أراد أحدهما أن يفسخ العقد ففسخ من الطرف الآخر أيضا لخصوصية فى الفسخ و هى أنه لا يعقل

انفساخ العقد من طرف واحد و هذا بخلاف الإقرار فإنه يعقل إلزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هي المقدمة الأولى

المقدمة الثانية وقع الكلام في تأسيس الأصل في المقام ليرجع اليه عند الشك، في الجواز أو الزوم

إشارة

و قد وقع الكلام في أن الأصل في العقود هو اللزوم الا- ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فإذا علم من الخارج أن العقد الفلاني لازم أو جائز فلا كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتب عليه حكمه و انما الكلام في الموارد المشكوكة بالشبهة الحكمية كما إذا شككنا في ان العقد الفلاني (كالتسبيق و الرماية جائز أو لازم أو بالشبهة الموضوعية كما إذا وقع عقد في الخارج و شككنا في كونه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فان في جميع ذلك يرجع الى ما أسس من الأصل. فنقول ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه الأصل في البيع اللزوم

و قد وقع الكلام في بيان المراد من هذا الأصل

إشارة

فذكر المصنف وجوها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦

أربعة في بيان ذلك.

الأول أخذه بمعنى الغلبة

فإن أغلب أفراد العقد هو اللزوم و الجائز منه قليل فإذا شككنا في عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب. و فيه أنه مخدوش صغره و كبرى و المصنف لم يتعرض لفساد الكبرى لوضوحه أما الوجه في فساد الكبرى فلان قاعدة إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراء الناقص ليس بحجة للقاعدة المذكورة أولى بان لا تكون حجة بيان ذلك أن الاستقراء الناقص عبارة عن تتبع أفراد الطبيعة بقدر الطاقة و التمكن بحيث يحصل الظن من ذلك أن بقية الأفراد أيضاً على هذا النسق ثم يتشكل من ذلك القياس فيوصل بالنتيجة و يقال أن ما صادفنا من افراد هذه الطبيعة كالحيوان مثلاً يتحرك فكه الأسفل عند المضغ و كل حيوان ككك فالحيوانات المشكوكة أيضاً ككك ظنا و هذا القياس بما أنه يفيد الظن فقط لا يكون حجة فان الظن لا يغني عن الحق شيئاً.

و القاعدة المذكورة أدون من ذلك فان جميع ما صودف به من افراد الطبيعة ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسمين غاية الأمر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلا يمكن هنا تشكيل القياس بان كل أفراد الطبيعة كل حتى و هما فضلاً عن الظن به للعلم بان قسم منها على غير النسق الذي عليه القسم الآخر، كما لا يخفى.

و بالجملة أن كبرى هذه القاعدة باطلة لعدم الدليل على صدقها و أما الوجه في بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان أريد غلبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧

الافراد فغالبيتها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و ان أراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الافراد المشكوكة و ذلك

فإن مدة اللزوم وان كانت طويلة و زائدة و لكن لا يوجب إلحاق المشكوك إليه الذي لا ندري أنه تحقق لازما أو جائزا فإن الأغلبية من حيث الأزمان لا يرتبط بالأغلب من حيث الافراد.

و بعبارة أخرى أن بناء على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشيء بالأعم الأغلب من صنف نفس هذه الطبيعة لا من الأعم الأغلب من طبيعة أخرى مثلا أن الغلبة في سادات الكاظمية هي الطوال فلو شككنا في فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالأغلب من هذه الطائفة لا بالأغلب من جميع البشر و كك أن الأغلب في المسلم أو في أهل العلم التقى و إذا شك و في فرد منهم فالظن يلحقه بالأغلب من المسلمين أو من أهل العلم لا بالأغلب من جماهير العالم و لو من غير المسلمين و في المقام إذا شك في عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالأعم الأغلب من صنفه و هو غلبة الأفراد بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالأغلب من صنف آخر اعني غلبة الأزمان و من الواضح أن الغلبة في الافراد هو الجواز فإن أغلب أفراد العقد يوجد جائزا لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا- ان يشترط اللزوم في ضمن العقد و من هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق في إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب بين غلبة الافراد و غلبة الزمان لا يرجع الى محصل و انما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف.

و أما الأصل بمعنى القاعدة

فسأتي التكلم فيه من أوفوا بالعقود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨

و أحلَّ اللهُ البَيْعَ وَبِجَارَةٍ عَنْ بِلَاغٍ وَ كك سيأتي التكلم في الأصل بمعنى الاستصحاب و ان تكلمنا فيهما في المعاطاة و لكن إذا تم الاستصحاب و قلنا بجريانه في الشبهات الحكمية و الأحكام الكلية يجرى في موارد الشبهات الحكمية و الموضوعية و اما العمومات فلا- تجرى في الشبهات الموضوعية كما إذا شك في أن هذا العقد وجد لازما أو- جائزا لكونه تمسكا بالعمومات في الشبهات المصدقية كما لا يخفى.

و أما الأصل بالمعنى اللغوي

بأن يكون وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم فهو الظاهر من كلام العلامة (ره) حيث قال و الفرض تمكن كل من المتعاقدين إلخ فإن هذا وجه آخر غير الاستصحاب و انه هو الوجه الرابع ظاهرا بل هذا هو الصحيح لقيام بناء العقلاء من المتدينين و غيرهم على ذلك، و عليه فالشرط الضمني في كل عقد البيع موجود على بقاء المعاقدة على حالها و لا يفسخ العقد بفسخ كل منهما كيف شاء و في أي وقت أراد و ليس لأحد من المتبايعين أن يرجع الى الآخر بعد مدة و يسترجع العوض منه بفسخ العقد و إلا لما استقر نظام المعاملات و لا أظن أحد ببقاء أمواله تحت يده و ان مضى على بيعه و شرائه سنين متتالية و قرون متواليه فإن العقد الجائز قابل الانهدام و لو بعد سنين و ح لا يستقر تملك الملاك في مستملكاتهم المتباعة من الغير و اختلف تجارة التجار و نظام الاكتساب كما هو واضح نعم هذا يتم في البيع فقط و أما في غيره كعقد السبق و الرماية مثلا فلا يتم فيه ذلك مع الشك في جوازه و لزومه إذ لم نحرز كونه بناء العقلاء في غير البيع و نحوه كالنكاح مثلا على اللزوم حتى يعتبر اللزوم بالشرط الضمني كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩

ولذا ذكر المصنف أن الأصل بهذا المعنى انما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع لان الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته الى الدليل أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه.

ثم ذكر المصنف (ره) و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمته انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبينا على اللزوم لان الخيار حق خارجي قابل للانفكاك نعم لو كان في أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لا حقا مجعولا

قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم.

و فيه أنه بعد ما تمّ بناء العقلاء على عدم جواز رجوع كل من المتبايعين على الآخر و صار بنائهم على صيرورة كل منهما أجنبيا عن ما له بعد تمامية العقد فكما لا- ينافي ذلك ثبوت خيار المجلس أو الحيوان في أول البيع لكونه تخصيصا للقاعدة الثانية ببناء العقلاء فكذلك لا- ينافيه ثبوت الجواز الحكمي لعقد الهبة فإنه أيضا يكون تخصيصا للقاعدة و لا- يفرق في ذلك بين كون الجواز من الحقوق أو من الاحكام و انما يظهر الفرق بينهما من حيث إمكان الإسقاط و عدمه فان الجواز في الهبة لا ينفك عنها و لو أسقطه الواهب ألف مرّة فإنه بعد ذلك أيضا بالخيار و هذا بخلاف الجواز الحقي فإنه يسقط بالإسقاط كما عرفته في أول البيع

و أما الأصل بمعنى الاستصحاب

فهو انما يتم إذا شك في لزوم عقد و جوازه بعد إحراز أنه تحقق لازما و ثبت اللزوم له و لو في ان قبل الشك فإنه حينئذ لا بأس بالتمسك للاستصحاب لإثبات اللزوم و أما إذا كان العقد حين التحقيق جائزا و لم يطء عليه اللزوم بعده

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠

ثم شكنا في جوازه و لزومه فحينئذ نستصح الجواز فيثبت عكس المقصود.

على أن الاستصحاب انما يتم في الشبهات الموضوعية و أما الشبهات الحكمية فقد حققنا في محله أنه لا يجرى فيها الاستصحاب لكونه مبتلا بالمعارضة دائما، و عليه فإذا شكنا في أن عقد السبق و الرماية جائز أو لازم فلا يمكن إحراز اللزوم فيه بالاستصحاب كما هو واضح

قوله بقى الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة

أقول: اختلفت الكلمات في بيان مراد العلامة (ره) حيث قال انه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب مع ان العيب من أسباب الخيار فعن جامع المقاصد أنه من قبيل عطف الخاص على العام و هو كثير في كلمات الفصحاء و في الكتاب العزيز (و فيها فاكهة و نخل و رمان مع ان الفاكهة شاملة لما ذكر بعدها.

و فيه أنه انما يتم إذا ذكر في المعطوف عليه أسباب الخيار فان العيب منها دون نفس الخيار و هما متباينان لا أن المعطوف عليه أخص من المعطوف.

و وجه المصنف بتوجيه آخر و حاصله: أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، لان الخيار انما يتعلق بتمام العقد بحيث إذا اختار ذو الخيار الفسخ فيعدم العقد من أصله فيصير كأن لم يكن، و أما إذا ظهر نقص في أحد العوضين فان نفس ظهوره موجب لثبوت الأرش و ثبوت الخيار و لمالك العوض الناقص في استرداد جزء من الثمن أو المثلن فالعقد بالنسبة إلى الجزء الناقص متزلزل قابل لإبقائه في ملك المالك الأول و إبقائه فيه فهذا خيار متعلق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع.

و فيه أولا- ما ذكره المصنف (ره) من أنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده و قد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزء من الثمن بل له ابدا له لأن الأرش غرامة و ح فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا في العقد.

و ثانيا ما ذكره السيد (ره) في حاشية من أنه لا يعقل الفسخ بالنسبة إلى الجزء الا برد ما يقابله من العوض إذ مقتضى مقابلة المجموع

بالمجموع كون بعض المبيع في مقابلة هذا الجزء من الثمن فإذا رجع الى المشتري يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازالة للعقد بتمامه و جعله واقعا على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن و على هذا فالترزل انما هو بالنسبة إلى الكل لا خصوص جزء الثمن.

و وجهه شيخنا الأستاذ بوجه ثالث و حاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أو غيره من اللزوم انما ينحل إلى أمرين الأول انه ثبت بناء العقلاء مثلا على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعاملة و يرجع الى ماله. الثاني أنه ثبت بناء العقلاء على عدم مجاوز مطالبه كل من المتعاملين من الآخر زائدا عن حقه الذي جرى عليه العقد و لكن يخرج من الأصل الأول بالخيار و من الأصل الثاني بظهور العيب فإنه يوجب مطالبه الأرش فقول العلامة إنما يخرج من هذا الأصل بالخيار ناظرا الى الأصل الأول و قوله أو بظهور العيب ناظر الى الأصل الثاني و هذا الذي ذكره شيخنا الأستاذ توجيهه و جيه لا بأس به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢

قوله فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

أقول

قد استدل المصنف على اللزوم بوجوده

منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فذكر أن الآية دلت على وجوب الوفاء بكل عقد و ادعى ان المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المروية في تفسير على بن إبراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقدا لغه و المراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه و الجرى العملى على طبقه نظير الوفاء بالنذر فإذا باع احد ماله من شخص فبمقتضى الآية وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكية عليه و عدم جواز التصرف فيه و يحرم العمل بجميع ما يكون نقضا للعقد

و منها التصرفات بعد الفسخ

فحرمة التصرف لازم مساو للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ احد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفى أعنى حرمة التصرف فى المبيع على الحكم الوضعى أعنى عدم نفوذ الفسخ و تأثره فى العقد فيكون العقد باقيا بعد الفسخ أيضا فى كل زمان و لا ينعدم بأى زمانى و قد تحقق فى الأصول ان الحكم الوضعى منتزع من الحكم التكليفى على مذهبه.

و أشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد و بعد الفسخ نشك فى بقاءه فلا- يتم الا- بالاستصحاب الى أن قال نعم لو كان الموضوع صدور العقد و لو لم يكن باقيا كان كما ذكر لكنه مقطوع العدم إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعا.

و فيه أن موضوع وجوب الوفاء إلى الأبد انما هو العقد حدوثا فإنه به مجرّد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء المستمر بقاء فلا يكون مشكوكا فى نفسه لكونه مقطوعا فى ظرفه فيتمسك بالإطلاق بعد الفسخ أيضا فإن مقتضى ما ذكره المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا- يؤثر الفسخ فى شىء و لا- يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبة إلى الاستصحاب من جهة الشك فى بقاء الموضوع و عدمه.

نعم الملكية تكون مشكوكة بعد الفسخ و لكنها أجنبية عما ذكرناه و دعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون

العقد محرزا حتى تتمسك بالإطلاق واضح الدفع بما ذكرناه و يدفع ما ذكرناه بملاحظة الوقف و نحوه من كون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء بقاء و على الإجمال أن العقد حدوثا يكون موضوعا لوجوب الوفاء بقاء و هو ليس بمشكوك أصلا حتى لا يفيد التمسك بالإطلاق و يلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ و قبله نعم بعد تحقيق الفسخ تكون الملكية مشكوكه و لكنها لا ترتبط لما نحن فيه و على هذا فكلما نشك في ارتفاع ذلك اى وجوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسك بالإطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال.

نعم يرد على ما ذكره المصنف وجهان: الأول أن حرمة التصرف انما هي من الأحكام الشرعية المترتبة على الملكية فلا ربط لها بالعقد الذى هو عبارة عن الالتزام النفساني فلا دلالة في الآية بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد.

و توضيح ذلك أن الالتزام على شىء قد يكون متعلقا بالأمر الخارجية كالنذر و العهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شىء فى الخارج أو على تركه فيه و قد يكون متعلقا بأمر اعتبارى نفسانى أما الأول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاما خارجيا بأن يترك ما التزم بفعله أو يفعل ما التزم بتركه و على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤

فيكون التصرف الخارجى نقضا للالتزام و العقد فتدل حرمة التصرف على حرمة الفسخ كما ذكره المصنف.

و أما الثانى فرفعه بنقضه فى عالم الاعتبار و رفع المعاقدة النفسانية فلا ربط له بالتصرف الخارجى حتى لو التزم بشىء و تعاهد عليه فى عالم الاعتبار و أوجد المعاقدة الاعتبارية فى ذهنه و مع ذلك التزم و بنا على التصرف الخارجى و عدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخالفا بالتزامه العقد أصلا، مثلا لو باع داره من زيد و بنى أن يأخذها منه بعد الإقباض أو تزوج امرأة و بنى أن لا يعطى لها نفقتها فإن بنائه هذا لا يضر بالالتزام العقدى بوجه و عليه فالآية الشريفة ناظرة إلى الوفاء بالمعاقدة الاعتبارية التى نقضها برفع تلك الاعتبار النفسانى لا بالتصرف الخارجى فلا تدل الآية على حرمة التصرف أصلا حتى لو لم يكن دليل على حرمة التصرف فى مال غيره لم يظهر ذلك من الآية و لجاز أن يبيع أحد أمواله ثم يتصرف فيها تصرفا خارجيا و هذا واضح جدا.

و ثانيا لو سلمنا كون التصرف نقضا للعقد فلما ذا يحرم التصرف بعد ذلك التصرف الأولى فإن لازمة جواز التصرف الثانى و الوجه فيه هو الموجود فى مقام البيع و النكاح و الإجارة و غيرها من العقود هو الأمر الوجدانى المستمر فإذا انقطع ذلك فى آن فیرتفع العقد بارتفاع الاستمرار و بعده لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء أصلا.

نعم لو كان هنا أمور متعددة و التزامات و عقود متكررة حسب تعدد الآنات و الساعات و الأيام كان هنا أيضا وجوب متعدد منحل إلى الأزمنة المتعددة فلا يكون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحكم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥

عن الآخر و لكنه بديهى البطلان فان ما نحن فيه نظير النذر أو العهد أو اليمين على القعود فى مكان من أول الصبح الى المغرب فإذا تخلف أنا واحدا و لم يجلس فيه فیرتفع وجوب النذر و لا يجب بعده- الجلوس فى ذلك المكان و يترتب عليه حكم مخالفه النذر و العهد و اليمين.

و ليس المقام من قبيل النذر على إيجاد أمور عديدة بحيث لا يستلزم الخلف فى واحد الخلف فى الآخر كأن ينذر أن يزور الحسين عليه السلام فى كل ليلة الجمعة و لكن تخلف و لم يزر ليلة واحدة فإنه لا يوجب الحنث فى الليالى الأخر أيضا بل النذر فى مثل هذا ينحل الى نذور متعددة و يترتب على كل واحد منها حكمه.

و التحقيق هو ما ذكرناه فى بحث المعاطاة من أن الوفاء عبارة عن انتهاء الشىء و إتمامه و منه الدرهم الوافى أى التمام فالمراد من الأمر بالوفاء عبارة عن الأمر بالتمام العقد الذى عبارة عن المعاقدة و المعاهدة فتدل الآية على وجوب إتمام العقد و عدم جواز فسخه و لكن حيث أنه ليس الفسخ من المحرمات قطعا فان رفع الالتزام النفسانى و الاعتبار النفسى و عدم الوقوف على الالتزام الاولى ليس من

المحرّمات قطعاً إلا بعنوان التشريع و النسبة إلى الشارع فيكون الأمر للإرشاد الى عدم تأثير الفسخ في رفع الالتزام نظير عدم صحّة الصلاة عن الحائض و كون الأمر بتركها إرشاداً الى ذلك فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم.

و بعبارة أخرى الظهور الأولى للأمر هو الوجوب المولوي كما حقق في محلّه و لكن نرفع اليد عنه بالقرائن الخارجية و يحمل على مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦

الإرشاد و في المقام أن الأمر بالوفاء على العقد و أن كان ظاهراً في المولوية في نفسه و لكن بما أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرّمات بحيث يحرم لأحد المتعاملين ان يفسخ التزامه و ينقضه و لا- ينهيه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهراً في الوجوب المولوي و يحمل على الإرشاد فتكون الآية ابتداء دالة على اللزوم بالمطابقة و ان العقد لا ينقض و يفسخ بالنقض و الفسخ فلا- نحتاج في استفادة اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعي منتزعا من الحكم التكليفي كما صنعه المصنف على أنه لا يمكن المساعدة عليه في نفسه كما حققناه في علم الأصول و قلنا أن الاحكام الوضعية بنفسها مجعولة للشارع.

و قد أشكل على الاستدلال بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم بناء على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقة بأن مبني الاستدلال بهذه الآية على اللزوم هو أن الأمر في الآية انما هو إرشاد إلى اللزوم لان رفع العقد و فسخه و هدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراماً في الشريعة غاية الأمر أنه لا يؤثر في رفع العقد و لا يوجب نقضه و رفعه إلا مع رضا الآخر ليكون اقاله فيكون الأمر بهذه القرينة إرشاداً الى أن العقد لا ينحل و لا يفسخ بالفسخ و لا ينقض بالنقض فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم.

و أشكل عليه بأن الأمر في المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر في المولوية و حمله على الإرشاد كما ذكرتم و بين رفع اليد عن ظهور أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في جميع العقود حتى الالتزامات الخارجية من النذر و العهد و غيرهما و الالتزامات النفسية كالعقود من البيع و نحوه فتخصيصها بالالتزامية الخارجية فقط حتى لا يقال أن الفسخ ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧

من المحرمات بل تختص الحكم بالوفاء في الآية بالنذر و العهد و نحوهما من الالتزامات الخارجية فلا مرجع لرفع اليد عن ظهور الأمر في المولوية و حمله على الإرشاد دون الثاني فتكون الآية مجعولة فلا يمكن الاستدلال بها على اللزوم. و فيه أن هذا الدوران ممنوع جداً فان معنى رفع اليد عن ظهور الأمر و حمله على الإرشاد ليس هو ذلك بل معناه ان نرفع اليد عن ظهور الأمر في الوجوب التكليفي و نحمله على الإرشاد و هذا لا ينافي المولوية فالأمر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه على الإرشاد به أم لا و لكن بمقتضى القرينة المتقدمة نحمله على- الإرشاد المولوي و الوجه في ذلك هو أن المعنى الإرشادي غير ما ذكره من حمل الأمر على الإرشاد مقابل المولوي فإنه إرشاد إلى حكم العقل كما في أطيعوا الله و أطيعوا الرسول فإنه في موارد حكم العقل لا مجال للمولوية فلا بد من حمل الأوامر الواردة في تلك المقامات على الإرشادية و كونها إرشاداً إلى حكم العقل فقط و هذا بخلاف حمل الأمر على الإرشاد مقابل الوجوب و التكليف فإنه مع كون الأمر إرشادياً فهو باق على مولويته أيضاً فإن إمضاء العقد و جعله لازماً بحيث لم يفسخ بالفسخ هذا أيضاً حكم مولوي و ثابت بجعل الشارع كما أن الأمر بالوضوء عقيب الأحداث الناقضة للوضوء إرشاد إلى بطلان الوضوء بها و الأوامر و النواهي المتعلقة بأجزاء الصلاة إرشاده إلى المانع أو الجزئية و مع ذلك كلها أحكام مولوية فإن أجزاء الصلوة و موانعها كلها مجعولة للشارع فالأمر بها مولوي محض غاية الأمر ليس تكليفيّاً و على هذا فإذا حملنا الأمر بالوفاء بالعقود على الإرشاد فلا يكون رفعا لليد عن ظهور الأمر في المولوية بل رفع اليد عن ظهوره

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨

في الوجوب.

و على هذا فتدل الآية على لزوم الوفاء بكل عقد حتى العقود و الالتزامات الخارجية و ليس دائراً بين رفع اليد عن ظهور الأمر في المولوية أو عن ظهور المعقود في الأعم من الالتزامات النفسية و الالتزامات الخارجية بل أريد من الأمر المولوية و هو عبارة عن إظهار

ما فى النفس من اعتبار الفعل على ذمة المكلف سواء كان على سبيل التكليف أو لا فهذا المعنى يختلف بحسب الموارد ففى مورد يكون إمضاء محضا فقط كما فى البيع و نحوه فإنه إمضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولىة و فى العهد و النذر على نحو التكليف و على هذا فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أى أَوْفُوا بِجَمِيعِ عَهْدِكُمْ و عقودكم و التزاماتكم النفسية و الخارجية فيشمل ذلك عهد الله على العباد الذى عهد عليهم فى عالم النذر بقوله جل و على أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ.

و أيضا يشمل عهد العباد على الله تعالى كالنذر و العهد و اليمين و يشمل عهد العباد بعضهم بعضا كما فى موارد العقود.

و على الاجمال فالآية وافية الدلالة على اللزوم دلالة مطابقة كما عرفت.

قوله و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى اللزوم.

أقول حاصل كلامه أن المراد من حلية البيع هو حلية جميع التصرفات التى تترتب على البيع و يجوز لكل من المتبايعين أن يتصرف فيما انتقل اليه جوازا تكليفيا مطلقا فهو يشمل ما بعد الفسخ أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩

فيدل على عدم تأثير الفسخ فى العقد و كونه لغوا و الا لكان التصرف بعد الفسخ تصرفا محرما لكونه فى مال الغير فهذا المعنى يستلزم اللزوم فتدل الآية على أن الأصل فى العقود هو اللزوم بالالتزام و قد حقق فى محلّه أن الدلالات الالتزامية حجة فى باب الألفاظ و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآية أيضا على أصالة اللزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ و الا لكان التصرف بعد الفسخ حراما كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف (ره) على الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم و أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن التمسك بالإطلاق إنما يفيد إذا كان الشك فى قيود الموضوع و حالته و أنحاءه مثلا إذا قال المولى جئنى بالماء فتمسك بإطلاق كلامه بالنسبة إلى حالات الماء و نحكم بجواز إتيان أى ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبة إلى حالات الموضوع مقيدا أيضا فالمقصود أن الإطلاق و التقييد فى الحكم إنما هو بالنسبة إلى حالات الموضوع فقط.

و أما بالنسبة إلى حالات الحكم أو رافعه فلا- يمكن أن يكون الحكم مطلقا أو مقيدا كما أن الاحكام الثابتة على الأشياء بعناوينها الأولية لا إطلاق لها بالنسبة إلى العناوين الثانوية.

و السر فى ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظرا الى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبة إلى حاكمه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠

و فى المقام إذا كان الفسخ مؤثرا فإنما هو يؤثر فى رفع نفس الحلية و عليه فلا إطلاق فى الحلية إلى رافعها فان الحكم ليس له إطلاق إلى حالات نفسه فضلا عن أن يكون له إطلاق إلى رافعه و حينئذ فلا يمكن التمسك بالآيتين لإثبات أصالة اللزوم و عدم تأثير الفسخ فى رفعه نعم لا بأس بجريان الاستصحاب فى صورة الشك ثم وجه شيخنا الأستاذ جهة تخصيص المصنف هذا الاشكال بالآيتين و عدم جريانه فى الآية السابقة عليهما أى آية أوفوا.

و حاصله أن موضوع وجوب الوفاء كما ذكرناه هو المعنى المصدرى من العقد الذى يعبر عنه فى لغة الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدرى أعنى العقدة الحاصلة من المعنى المصدرى الذى يعبر عنه فى لغة الفارس بلفظ (گره) فإذا تحقق الفسخ فلا يكون مانعا عن التمسك بالإطلاق فنتمسك بإطلاق أوفوا و نحكم بعدم تأثيره فى رفع العقد فإنه لا يكون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنى العقد بمعنى المصدرى مشكوكا بالفسخ كما تقدم و انما يكون المشكوك هو العقدة أى العقد بمعنى الاسم المصدرى فيجوز التمسك بالإطلاق كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم و على تقدير تماميته لا يرد عليه الاشكال المذكور و على تقدير وروده فلا

فارق بين الآيتين و بين آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

قلنا فى المقام ثلاث دعاوى الدعوى الاولى أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم و الوجه فى ذلك هو أن المراد من الحلية إما الحلية الوضعية أو الحلية التكليفية أو الأعم منهما و على كل حال لا دلالة فى الآية على أصالة اللزوم بوجه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١

أما إذا كان المراد من الحلية هى الوضعية فلان معنى ذلك ليس الانفوذ البيع فى مقابل استناد الحرمة و عدم النفوذ الى الربا فلا تعرض فيها لارتفاعه أو عدم ارتفاعه بالفسخ أصلا كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا لا يدل على أزيد من حرمة المعاملة الربوية بفقرينه المقابلة تكون الحلية واردة على أصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعة المقدسة و ليس مثل الربا كما زعمه أهل الجاهلية فلا دلالة فيها إلى حلية التصرفات المترتبة على البيع.

و على الاجمال ليست الآية متعرضة لبقاء البيع و عدم بقائه بعد التحقق و أن الفسخ يؤثر فيه أم لا و انما هى ناظرة إلى أصل ثبوت البيع و نفوذه فى الشريعة المقدسة.

و أما إذا كان المراد من الحلية هى الحلية التكليفية فلان الآية أيضا ناظرة إلى استناد الجواز و الإباحة إلى البيع و كونه غير محرم فى الشريعة بقريته مقابلة بحرمة الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمة فقط الى الربا و بيان كونه حراما فى الشريعة كشرب الخمر بل يعاقب كاتبه و شاهده و البائع و المشتري فليست الآية ناظرة إلى جواز التصرف أصلا أى التصرفات المترتبة على البيع بل ناظرة إلى حلية نفس البيع كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا ناظر إلى حرمة نفسى فإنه من المحرمات الشرعية حتى يقتل منكر حرمة و تبان زوجته و تقسم أمواله و ليس البيع و الربوى مثل بيع الغررى أو بيع أو ما ليس عندك أو بيع ما لا- يقدر على تسليمه و غير ذلك من البيوع الفاسدة فإنها فاسدة فقط و ليس بحرام تكليفا الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لا يكون فاسقا بخلاف البيع الربوى و مقابل هذا اى البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢

الربوى الحرام تكليفا هو البيع الحلال الذى رخص فيه الشارع تكليفا و أما التصرفات المترتبة عليه فاجنبية عنه فلا دلالة فى آية حلية البيع على اللزوم.

و من هنا ظهر الحال لو أريد من الحلية الوضعية و التكليفية معا كما لا يبعد ان يكون هو المراد من الآية فان معنى الحل فى اللغة هو الإطلاق و يعبر عنه فى الفارسية بكلمة (گرده زدن و باز نمودن) و هو أعم من الحلية الوضعية و التكليفية لأنه لم يكن استعمال الحلية تارة فى الوضعية و أخرى فى التكليفية مرسوما فى اللغة و زمان النبى (ص) و الأئمة عليهم السلام و انما هو اصطلاح جديد فى السنة الفقهاء رضوان الله عليهم فلا يلزم من استعمال كلمة الحل فيهما استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحده. و على الجملة فالحلية عبارة عن الإطلاق فهو يختلف بحسب المصداق لأنه تارة تكون وضعية بمعنى نفوذ المعاملة و أخرى تكليفية بمعنى الجواز و عدم المنع عنه شرعا.

و على كل حال فالآية ناظرة و الى ثبوتها للبيع و كونه حلالا فى الشريعة المقدسة وضعا و تكليفا و أما انه لا يرفع بالفسخ أو يرفع به فالآية أجنبية عن ذلك بالمرّة فتحصل أن الآية لا تعرض فيها عن حلية التصرفات المترتبة على البيع فضلا عن استفادة اللزوم من ذلك بالالتزام.

و من هنا ظهر الحال فى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِلِ الْأَمْرِ فِيهِ أَوْضَحُ فَإِنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ لَيْسَ هُوَ الْأَكْلُ بِمَعْنَى الْإِزْدِرَادِ لِأَنَّهُ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣

إنما أضيف إلى الأموال و من الواضح أن المأكولات بالنسبة إلى غيرها كقطرة من البحر فبمناسبة الحكم و الموضوع فلا بد و أن يراى

منه التملك بأخذ الأكل كناية عنه كما هو المستعمل في ذلك كثيرا حتى في العرف الحاضر وقد استعمل الأكل بمعنى التملك في الكتاب الكريم في غير هذا المورد أيضا كقوله تعالى وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ. وعلى هذا فمعنى الآية أن تملك أموال الناس بأي سبب من الأسباب حرام وغير جائز شرعا الا ان يكون التملك بسبب و هو التجارة عن تراض فإنه جائز و حلال في الآية ناظرة إلى أصل جواز التملك و أما التصرفات المترتبة على التملك فخارجة عن حدود الآية بالكيفية فضلا عن دلالتها على أصالة اللزوم.

و الحاصل أنه استدلال المصنف بأية حل البيع على لزوم العقد بدعوى أنها تدل بالمطابقة على حلية مطلق التصرفات حتى التصرفات الواقعة بعد الفسخ و من الواضح أنه لو كان الفسخ مؤثرا في حل العقد و إعدامه لكانت التصرفات الواقعة بعد الفسخ محرمة فتدل الآية بالملازمة على لزوم البيع و عدم انفساخه بالفسخ و بهذا يظهر دلالة آية التجارة عن تراض اعني قطعة المستثنى فإنها تدل بالمطابقة على حلية الأكل بالتجارة عن تراض مطلقا.

و بعبارة اخرى انها ظاهرة في أن التجارة عن تراض سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ من أحدهما من دون رضى الآخر. ثم أشكل على الآيتين بان الفسخ رافع للحلية فلا يكون الحكم شاملا بإطلاقه لرفع نفسه و أوضحه شيخنا الأستاذ بأن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤

الحكم انما له إطلاق بالنسبة إلى حالات الموضوع و قيوداته و اما حالات نفس الحكم فضلا عن رافعه فلا إطلاق له بالنسبة إليها فإنه لا يعقل أن يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبة الى حالة نفسه و روافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين و بين آية أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء في آية أوفوا هو العقد بمعنى المصدري فهو قطعي الوقوع فلا يكون مشكوكا بالفسخ و انما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدري فتدل الآية على حلية التصرفات المترتبة على العقد بمعنى المصدري مطلقا حتى بعد الفسخ كما هو مبني استدلال المصنف فشك في رافعية الفسخ العقدة لئلا يجوز التصرفات بعد الفسخ فتمسك بإطلاق الآية و نحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعا لنفس الحلية حتى لا يمكن التمسك بإطلاق فتدل الآية على اللزوم بالالتزام كما هو واضح و هذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما.

و لكن قلنا أنه لا يمكن التمسك بالآيتين على إثبات اللزوم في العقود و على تقدير تمامية الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف و لو تم الاشكال فهو مشترك المورد للآيتين و آية أوفوا بالعقود كما ذكره السيد و لكن ببيان آخر و لنا في المقام ثلث دعاوى الاولى في عدم صحة الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم فنقول ان المراد من الحلية إما وضعيه أو تكليفية أو الأعم منهما و على كل حال لا- دلالة في الآيتين على المقصود أما إذا كان المراد منها الحلية الوضعية فلان معناه نفوذ البيع و صحته في الشريعة الإسلامية و قد تدل آية حل البيع على كونها مستندة الى البيع فلا دلالة فيها على مزيد من استناد الحلية الوضعية إلى البيع و تدل على ذلك مقابلته

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥

باستناد الحرمة إلى الربا فان معنى حرمة الربا بناء على أخذ الحرمة أيضا وضعيه بقرينة المقابلة هو عدم نفوذ الربا و أنه فاسد في الشريعة من غير تعرض إلى حرمة التصرفات و على الإجمال فالآية ناظرة إلى استناد الحلية إلى البيع و استناد الحرمة إلى الربا فقط فلا دلالة فيها على حلية التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه اللزوم فان مقابلة حلية البيع مع حرمة الربا تقتضى استنادهما إليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرَّبَا هو ذلك فيكون هذا قرينه لا يراد من حلية البيع أيضا هذا المعنى.

و أما إذا كان المراد من الحلية هي التكليفية فالآية ناظرة أيضا الى استناد الحلية التكليفية فقط الى البيع بقرينه مقابلته مع حرمة الربا فإنها ناظرة إلى استناد الحرمة التكليفية فقط الى الربا و اما جواز التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد التصرف فلا يستفاد من الآية لخروجها عن مفادها بالكيفية فيكون الغرض إثبات إباحة البيع في الشريعة المقدسة حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراما كما ان حرمة

الربا ناظرة إلى إثبات حرمة في الشريعة و هكذا الكلام إذا كان المراد من الحلية أعم من الوضعية و التكليفية كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوي كما عرفت.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآية التجارة عن تراض أيضا فإنها جملة استثنيت عن حرمة أكل المال بالباطل و من الواضح أن المراد من حرمة الأكل بالباطل انما هو حرمة التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى في القرآن و في محاوره اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦

فتكون الآية ناظرة الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجارة عن تراض أو عدم نفوذه و أما حرمة التصرفات أو جوازها المترتبة على الأكل بالباطل أو التجارة عن تراض فخارجة عن الآية.

و بعبارة اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع و التملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثا فقط لا بقاء حتى يتمسك بالإطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمة التصرف في مال الغير لقلنا بحرمة التملك بهذه الآية و بجواز التصرف بالأصل و كان لأحد أن يبيع ماله ثم لا يسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فإن الآية لا تدل على ذلك كما ذكره السيد (ره) أيضا فراجع.

و أما الإشكال الذي ذكره المصنف و قربه و أوضحه شيخنا الأستاذ فلا يرد عليها بوجه و ذلك فلانه و ان لم يكن للحكم إطلاق بالنسبة إلى حالات نفسه و رافعه فإنه حكم مسلم و قاعدة مبرمة فان ملاحظة الإطلاق فرع ورود الحكم على الشيء فلا يعقل أن يلحظ الإطلاق أو التقييد إلا بالنسبة إلى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح.

و لكن المقام ليس كك فان رافع الحلية ليس من حالات الحكم و توضيح ذلك أنا ذكرنا في محله مرارا أن الإطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلا إذا قال المولى أعتق رقبته فمعناه أعتق رقبته سواء كانت مؤمنة أم غير مؤمنة كما أن معنى أعتق رقبته مؤمنة معناه أعتق رقبته ان كانت مؤمنة فما للمولى أن يصرح به من الإطلاق و التقييد يطويه في كلامه على سبيل الإطلاق أو التقييد ففي المقام له أن يأخذ الحلية مطلقة بالنسبة إلى رافعها و يقول أحل الله البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا و له أن يصرح بالتقييد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧

و يقول أحل الله البيع ان لم يفسخ أحدهما و لكن لم يصرح بالإطلاق و انما سكت عنه و لكن اكتفى منه بعدم التقييد بمقدمات الحكمه نستفيد الإطلاق و نحكم بحلية البيع و التصرفات المترتبة عليه حتى بعد الفسخ.

و السير في ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقا أو مقيدا بالنسبة إلى رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول أمضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو أمضيته سواء رافعه فلان أم لا أو يقول أكرم العلماء ان رضى فلان أو يقول أكرمهم سواء رضى فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا يمكن تكفل الحكم بالطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح.

و على تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلا تختص الاشكال بهما بل يجرى في آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا فإنه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حلية التصرفات المترتبة على العقد على وجه الإطلاق حتى بعد التصرف و من الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبة إلى رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالآيات الثلاثة واحدة عند المصنف فما ذكره من الإشكال أيضا مشترك الورد بالنسبة إليها.

و قد عرفت دلالة آية الوفاء على اللزوم بالمطابقة و عرفت أيضا عدم دلالة آية أحل الله البيع عليه و قلنا أن الآية ناظرة إلى استناد الحلية إلى البيع و انها مستندة إليه في الشريعة سواء كانت وضعية أو تكليفية أو كليهما بقرينه قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرَّبُّ فَإِنَّهُ نَظَرَ إِلَى استناد الحرمة إلى الربا و أما حلية التصرفات فضلا عن كونها مطلقة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨

حتى بعد الفسخ فليست الآية متعرضة لها بوجه كما لا يخفى.

و كذلك قوله تعالى **تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارَةٍ** فإنه ناظر الى جواز التملك بالتجارة عن تراض لكونه استثناء عن حرمة أكل المال بالباطل و هو التملك بالباطل فليس فيه أيضا التعرض بحلية التصرف بوجه و ان كان التملك يترتب عليه جواز التصرفات و لكنه بدليل آخر و ليس مستفادا من الآية كما لا يخفى فافهم.

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر و حاصله أن معنى الخيار فى البيع و نحوه هو كون التمليك مقيدا بجهة خاصة لا من حيث الأمد و المدّة بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص و هو أن ذى الخيار مالك لإرجاع العين بحلّ العقد و فسخه فإذا باع شيئا مع الخيار فمعناه أنه مالك لإرجاعه الى ملكه ثانيا و هذا بخلاف ما لم يكن له الخيار فإنه يملك ماله من المشتري على نحو الإطلاق و غير مقيد بجهة خاصة و هذا القيد الذى نسميه خيارا لا يجعل الملك مقيدا كما عرفت بأن يكون التمليك الى وقت و لا أنه يقوم بالملكية فإنه باق على حاله مع التلف أيضا فلو كان قائما بالملكية لما بقى بعد تلف العين مع أنه غير باق كما قلنا فإن لذى الخيار أيضا أعمال خياره بعد تلف العين و يترتب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد فقط ليس الآ.

و لا ينافى هذا الخيار بالملكية الأبدية أصلا فإن شأنه شأن رافع العقود و الإيقاعات فكما أن إطلاق رافع للنكاح و الإقالة رافع للعقد فكك الخيار فمالكية ذى الخيار على رفع العقد و إرجاع المبيع على ملكه ليس تناقضا بوجه و ليس معنى بعث مع الخيار أن الملكية مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩

باقية بعد اعمال الخيار فلو كان معنى جعل الخيار و القدرة و المالكية على إرجاع المال إلى الحالة الأولى هو أن الملكية باقية بعد اعمال الخيار أيضا لكان هذا تناقضا فتحصل ان مرجع جعل الخيار هو إبقاء المالكية على ذى الخيار فيما انتقل عنه فى جهة خاصة و هى إرجاع العين الى ملكه ثانيا و ثبوت القدرة له على رفع العقد و هدمه كما أن الطلاق أو الإقالة يرفع العقد. و على هذا فقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو جعل البيع ثابتا فى محله فإن معنى **أَحَلَّ** هو إقرار الشئ فى محله أحله أى أمره فى محله و كونه ممضى فى نظرا الشارع و أن المتبايعين فى حل فى ذلك و مرخصون فى فعله و إيجاده و ليس لهم منع عن ذلك و ليس البيع ممنوعا عنه فى نظره و خارجا عن مقره فى نظر الشارع بل واقع فى محله و مقره فان الشارع أحله و أقره فى مقره.

و لا- شبهة أن هذا الكلام من الشارع المقدس إمضاء لما أنشأه المتبايعين و من الواضح أن المنشأ فى البيوع المطلقة أى فيما باع المالك ماله مطلقا و يبقى لنفسه جهة خاصة هو مطلق التمليك الغير المقيد بشئ خاص و هو إبقاء المالكية لنفسه فى جهة خاصة فإمضاء هذا يكون إمضاء مطلقا فلو كان الإمضاء مقيدا لحصل التناقض ح فقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو إقراره فى مقره و محله و الموضوع فى مقره هو هذا العقد المطلق بحيث ليس للمالك السابق فيه مالكية على جهة خاصة كما لا يخفى و هكذا تجارة عن تراض فتدل الآيتين على اللزوم بهذا البيان.

قوله و منها قوله تعالى و لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ

أقول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠

حاصل كلامه أن الآية دلّت على حرمة الأكل و التملك بكل وجه باطل عرفا الا موارد ترخيص الشارع فإنه ليس باطلا عرفا و من الواضح جدا ان أخذ مال الغير و تملكه بالفسخ من دون اذن صاحبه باطل عرفا و فيه منع الكبرى فإنه من أين علم أن المراد من الباطل هو الباطل العرفى و من أخبر بذلك بل الباطل هو مقابل الحق فما سوى الله باطل فى مقابل الحق جلّ و علا و من هنا قيل أن أصدق شعر صدر فى الجاهلية هو قول الشاعر (ألا كل شئ ما خلا الله باطل) و البيع حق و مقابله الرّبا باطل و هكذا فالمقصود أن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية و المفاهيم العامية فلا وجه لتخصيصه بجهة خاصة بل ينطبق ذلك الكلى على المصاديق و كذلك الباطل

فإنه موضوع لمقابل الحقّ وهذا يختلف باختلاف الموارد فلا وجه لتخصيصه بالباطل العرفي و عليه فالتمسك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية و أيضا نمنع الصغرى فإنه من أين علم أن الفسخ باطل عرفي بل نشك في ذلك فلا يمكن التمسك بالمطلق في الفرد المشكوك و إثبات كونه فردا للمطلق.

نعم يمكن التمسك بالآية لإثبات اللزوم بمجموع المستثنى و المستثنى منه فإن الآية الشريفة في مقام حصر التملك الشرعي بالتجارة عن تراض و من الواضح جدا أن التملك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم.

استدل المصنف (ره) أيضا بهذه الآية على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي و أن الفسخ من ذلك.

أقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فإن الألفاظ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١

موضوعة للمفاهيم العامية فينطبق ذلك على موارد فلا وجه لتخصيص الموضوع له بالباطل العرفي و من هنا أطلق الباطل على مقابل الحق في تعدد جنود العقل و الجهل في رواية الكافي، و عليه فالتمسك بالآية من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لأننا نشك في أن الفسخ مصداق للباطل أم لا.

و لو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفي و لكن يصح الاستدلال بالآية إذا كان خروج الموارد التي رخص الشارع في التصرف فيها كالشفعة و حق المارة و نحوهما بالتخصيص فإنه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد التي خرجت عن الآية بالتخصيص فيكون التملك به أكلا للمال بالباطل لكونه باقيا تحت الآية.

و ان قلنا أن خروجها بالتخصص كما ذكره المصنف فحينئذ لا ندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقي فيكون التمسك بالآية من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصدقية فهو لا يجوز، نعم يجوز التمسك بالاستصحاب و لكنّه خروج عن الفرض نعم يجوز التمسك بمجموع المستثنى و المستثنى منه لإثبات اللزوم كما تقدّم.

قوله (ره) و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا - يحل مال امرء الخ.

أقول: ان كان المراد من الحلية هي الحلية التكليفية فلا تدل الرواية على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحل التصرفات في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و نشك في أن التصرف بعد الفسخ من التصرف في مال امرء مسلم بدون إذنه أم لا لأننا نحتمل أن يكون ذلك تصرفا في مال نفسه فيكون حلالا فلا يمكن التمسك بإطلاق الرواية في إثبات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٢

أن هذا الفرد المشكوك مصداق للتصرف المحرم.

و ان كان المراد من الحلية هي الوضعية فيكون المعنى أنه لا ينفذ التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فتدل الرواية على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرف في مال الغير منحصر بكونه عن طيب نفسه و من الواضح أن التصرفات الواقعة بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالك فلا تكون نافذة.

و أما الجامع من الحلية التكليفية و الحلية الوضعية و ان ذكرنا إمكان إرادة الجامع في قوله تعالى [□] أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بل قلنا أنه الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص و في لغة الفارس (باز كردن و رها كردن) و من الواضح أنه أعم من الوضع و التكليف و لم يكن التفكيك بينهما مرسوما في السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه في [□] أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و لكن لا يمكن إرادة الجامع في الرواية فإنه لو أريد من الحلية التكليفية فمعنى الرواية كما عرفت أن التصرفات الواقعة على مال امرء مسلم حرام بدون إذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف في حال كون المال لامرء مسلم و الا فلا وجه للحرمة لأن كون المال لشخص آخر في زمان سابق لا يدل على حرمة التصرف في زمان المتأخر و لو مع كونه ملكا لشخص آخر أي منتقلا اليه.

و بعبارة أخرى لو أريد من الحلية التكليفية فظهور الرواية أن التصرف حين كون المال لامرء مسلم حرام بدون اذنه و أما التصرف في ماله كان لامرء مسلم سابقا فلا دلالة في الرواية على حرمة فتح لا دلالة فيها على حرمة التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرفا في مال نفسه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٣

لا- في مال امرء مسلم نعم كان مالا- لامرء مسلم قبل الفسخ و التمسك بالاستصحاب خروج عن الفرض فان كلامنا في التمسك بالدليل الفقاهي و أما إذا أريد من الحلية الوضعية فمعناه كما عرفت أنه لا ينفذ التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فارادة هذا المعنى لا يتوقف ارادته على إحراز كون المال لامرء مسلم و لذا يشمل بعد الفسخ أيضا فهذا ان المعينان لا يجتمعان في الرواية أي لا يمكن إرادتهما من الرواية معا.

و بعبارة أخرى أن ارادة الحلية التكليفية في الرواية متوقفة على إحراز كون المال للغير لكي يحرم التصرف فيه و هذا لا يشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن كونه مال امرء مسلم بالفسخ و ارادة الحلية الوضعية لا تتوقف عليه بل هي تعم بعد الفسخ أيضا كما عرفت و من الواضح أن شموله بعدد الفسخ بعدم موضوع حلية التكليفية فكيف يمكن ارادتها كما لا يخفى.

قوله و منها قوله الناس مسلطون على أموالهم

أقول ذكر المصنف أن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و من هنا استدل المحقق في الشرائع و العلامة في بعض كتبه على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائدة الملك التسلط. و بالجملة رجوع الفاسخ الى ما انتقل عنه الى غيره بالعقد تملك لمال غيره و مناف لسلطنته فتدل الرواية على لزوم. و فيه أولا أنها ضعيفة السند كما تقدم و ثانيا أنها ناظرة إلى ثبوت السلطنة للمالك في جميع تصرفاته في ماله من الأكل و البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٤

و البذل و غيرها و أنه ليس لأحد أن يمنع من هذه التصرفات و هذا لا يناهض ثبوت جواز التصرف لغيره أيضا بالفسخ كما وقع نظيره في الشريعة المقدسة فإن لكل من الأب و الجد سلطنة على التصرف في مال الصغير سلطنة مطلقة و ليس لكل منهما أن يمنع الآخر من التصرفات و كك في المقام فلا دلالة في النبوى على لزوم بوجه كما هو واضح على أن الرواية ناظرة إلى إثبات السلطنة لكل أحد على ماله كما هو مقتضى إضافة المال الى الملاك فتفيد الرواية ثبوت السلطنة لكل أحد على ماله و هذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنة أي ما يكون رافعا لها كالفسخ و بعبارة أخرى أن دليل السلطنة يشتهى في فرض تحقق المالية و كون الشيء مالا للشخص و هذا لا يناهض بما يكون رافعا لموضوعها فان الحكم لا يثبت موضوعا لنفسه نعم لو كان النظر في الحديث الى مفهوم القلب بان يكون المفهوم من قوله الناس مسلطون على أموالهم يعنى غير المالك ليس مسلطا على أموال غيره لصح به الاستدلال و لكن مفهوم القلب ليس بحجة كما حقق في محله.

و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه

و فيه أولا أن كان المراد من الحلية هي التكليفية فلا تشمل الرواية التصرفات بعد الفسخ للشك في أنها محرمة أم لا لاحتمال كون الفسخ مملكا فلا يجوز التمسك به في الفرد المشكوك و ان كان المراد بها الحلية الوضعية كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الرواية سبيل الآية و من الواضح أنه أراد من الآية الحلية الوضعية حيث أخذ الأكل بمعنى التملك لجواز التمسك بها لإثبات اللزوم فإنها تقيده حصر نفوذ التصرف بما إذا كان بطيب النفس من المالك و من الواضح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٥

أن الفسخ ليس منه و أما الجامع فلا يمكن ارادته كما تقدم و بالجملة لو أريد من الحلية الحلية التكليفية لا يمكن الاستدلال بالآية على اللزوم.

و ثانيا: أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا باذنه و بطيب نفسه هو عدم حلية التصرفات المتعلقة به و جميع التقلبات الخارجية فإن الحل أو الحرمة إذا تعلّقا بالعين الخارجية فحيث لا معنى لحرمتها و حليتها فلا بدّ و ان يقدر في أمثال ذلك ما يناسب الحلية أو الحرمة و المناسب لها بمناسبة الحكم و الموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبة فالمناسب للحرمة المتعلقة على الخمر و على المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام أو غيره من الأدلة الدالة على حرمة الخمر هو البيع حتى لو لم يكن هنا دليل على حرمة بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها، و المناسب لحرمة الأمهات في قوله تعالى تقدير الترويج فإنه لا يحتمل أن نظره أو خدمته أو شيء آخر يتعلّق بها حرام و على هذا فلا بدّ هنا أيضا من تقدير ما يصحّ تعلّق عدم الحل به و المناسب للمقام هو تقدير جميع التصرفات الخارجية و التقلبات في الخارج و ح فمعنى الآية لا يحل جميع التصرفات و التقلبات الخارجية في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و عليه فلا تشمل التصرفات الاعتبارية كاعتبار ملكية مال الغير لنفسه و هكذا بالفسخ و نحوه فلا تدل الرواية على عدم تأثير الفسخ في حل العقد كما هو واضح.

و توهم أن الرواية شاملة على التصرفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضا بإطلاقها فتفيد اللزوم بالدلالة الالتزامية توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرفات بعد الفسخ لاحتمال كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٦

الفسخ مملكا كما تقدّم فيكون التمسك بها في التصرفات بعد الفسخ من قبيل التصرف بالمطلق في الفرد المشكوك و الحاصل إن كان نظر المصنف في الاستدلال بالرواية بأنه لا يحل تملك مال الغير إلا بإذنه بأن يقدر التملك فقط بعد الحل اي لا يحل تملك مال غيره بالبيع و نحوه إلا- بإذنه فالرواية و ان كانت تدل على اللزوم و لكنه خلاف الظاهر من الرواية فلا يمكن ان يراد من الحلية الحلية الوضعية لمكان خلاف الظهور و ان كان النظر بتقدير جميع التصرفات كما هو الظاهر و المناسب بان يراد من الحلية الحلية التكليفية أي يحرم جميع التصرفات في مال غيره إلا بإذنه.

قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم

أقول قد استدلل به على اللزوم غير واحد من المحققين بدعوى أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فيشمل الشروط الابتدائية أيضا كالبيع و نحوه.

و فيه أن الاستدلال به على اللزوم ممنوع صغرى و كبرى أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا إطلاق الشرط على الشروط الابتدائية في كلمات البلغاء و الفصحاء كما أطلق في قوله عليه السلام ما الشرط في الحيوان قال (ع) ثلثة أيام مع أنه يمكن إرجاعه إلى الشرط في ضمن الالتزام الآخر بان يقال أن إمضاء البيع مشروط بكون صاحب الحيوان ذى الخيار الى ثلثة أيام و لكن إطلاق الشرط على البيع و نحوه من الالتزامات يعد في العرف من الأغلاط فإنه لا يقال لمن باع داره أنه شرط داره و كك لا يقال لمن باع ماله أنه شرط ماله و هكذا بل لو أطلقه أحد على أمثال ذلك فيضحك منه و إن كان الإطلاق صحيحا في الواقع و عليه فالرواية منصرفه عن البيع و نحوه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٧

من الالتزامات الابتدائية و قد ناقش المصنف أيضا في صدق الصغرى و أما الوجه في منع الكبرى فلانا لو سلمنا أن الشرط يطلق على الالتزامات الابتدائية أيضا و لكن نمنع وجوب الوفاء بكل شرط فإن الرواية لا دلالة فيها على ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلالة على الحكم التكليفي بدعوى أنه و ان كان في مقام الإنشاء و جعل الحكم و لكن النكتة في إتيان

الجملة الخبرية لبيان ذلك هي بيان أن مقتضى الايمان هو كون المؤمن عند شرطه و عدم تخلفه عنه نظير قوله (ع) المؤمن عند عدته أى أن مقتضى الايمان هو أن يفى المؤمن بوعده كما أن مقتضى الايمان أن لا يكذب و قد ورد فى باب الكذب أن المؤمن قد يزنى و قد يسرق و لكنه لا يكذب و **إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكُذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ عَلَى الْإِجْمَالِ فَالزَّوَايَةُ الشَّرِيفَةُ** اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لا يتخلف منه و عن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف و عليه فتكون راجعة إلى الحكم التكليفي أى يجب لكل مؤمن أن يفى بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبة عن الدلالة على اللزوم كما هو واضح.

و توهم أن الحال كك فى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** أيضا لأنه خطاب إلى المؤمنين بقوله عز من قائل **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** فيكون دالا على الحكم التكليفي توهم فاسد فإنه إنشاء من الأول فليس إنشاء بالجملة الخبرية لتكون النكتة هى الإشارة إلى علة الحكم نعم مقتضى الخطاب إلى المؤمن يقتضى خروج غير المؤمن عن الآية كما هو كك فى بقية الخطابات و لكن مقتضى الاشتراك فى التكليف يقتضى التعميم فلا وجه للاختصاص هنا و فى بقية الخطابات كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٨

و منها الأخبار المستفيضة فى أنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أنّه إذا افترقا وجب البيع

أقول استدلل بها المصنف على اللزوم فى البيع و قد أشكل عليه المحقق الخراسانى و تبعه غير واحد ممن تأخر عنه بأنّ المستفيضة ناظرة إلى لزوم البيع فى نفسه و ليست ناظرة إلى لزومه من جميع الجهات كالغبن و العيب فلا تفيد اللزوم و من هنا أن أدلة سائر الخيارات لا تكون مخصصة لها.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ عن ذلك و نعم ما أجاب و حاصله بتوضيح منا أن الروايات المذكورة انما تدل بإطلاقها على اللزوم بلا شبهة و ان البيعان انما لهما الخيار فى المجلس فقط و إذا افترقا وجب البيع بل نفس تعرض الامام عليه السلام لثبوت خيار الحيوان مع تعرضه لثبوت خيار المجلس كالصريح فى دلالة المستفيضة على اللزوم فإنه (ع) بعد ما بين حكم خيار الحيوان قال فى جواب السائل عن الشرط فى غير الحيوان بأنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أنّه إذا افترقا وجب البيع و أنها لا خيار لهما بعد الرضا فهو كالصريح فى دلالة المستفيضة بإطلاقها على اللزوم فى خصوص البيع.

و على هذا فتكون أدلة سائر الخيارات مخصصة لها و من الغرائب ما افاده المحقق الخراسانى من عدم كون أدلة سائر الخيارات مخصصة لها.

فتحصل من جميع ما تلوناه عليك أن الأصل فى جميع العقود معاوضة كانت أم لا و سواء كانت الملكية حاصله من الأول أم لا أما إذا كانت الملكية حاصله من حين العقد و كان فيه تمليك و تملك من الأول بأن حصل شىء لأحد المتعاملين من الأول أم غير معاوضة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٩

مثل الهبة و نحوها هو اللزوم فتدل على لزومها آية حرمة أكل المال بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض فإنه لو ملك أحد ماله لغيره و لو بعنوان الهبة المجانية بحيث حصل التمليك و التملك فلا يجوز الرجوع إليه فإنه تملك لمال الغير بدون التجارة عن تراض فهو حرام فلو لم يثبت من الخارج ما يدل على جواز الرجوع فى الهبة المجانية لقلنا بعدم جواز الرجوع فيها أيضا بمقتضى الآية و كك يدل على اللزوم هنا آية **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** كما هو واضح.

و أما العقود التى لم تحصل الملكية فيها من الأول كعقد السبق و الرماية و المضاربة و المساقاة فإنه لم يحصل النقل و الانتقال فيها من الأول و لا يحصل لأحد المتعاملين فيها من الأول مال فلا تدل آية التجارة فيها على اللزوم من الأول لعدم حصول المعاوضة و النقل و الانتقال و التمليك و التملك من الأول حتى يكون إرجاعه تملكاً لمال الغير بدون الرضا و لا يكون تجارة عن تراض و انما يحصل النقل و الانتقال بعد تحقق الشرائط كما هو واضح نعم يدل على اللزوم هنا أيضا آية **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** لتحقيق العقد كما هو واضح.

[في عدم جريان الاستصحاب في المقام]

قوله و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا

أقول قد عرفت أن الاستصحاب لا تجرى في المقام لكونه من الشبهات الحكيمية و قد منعنا جريانه فيها في علم الأصول.

قوله و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين

أقول حاصل كلامه أن الظاهر من كلمات بعضهم أنا نشك في أن المالك هل انقطع علاقته من ملكه أم لا فنستصحب بقاء علاقته

فيكون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب اللزوم و ردّ بأنه ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٠

أريد من تلك العلاقة علاقة الملكية أو ما يتفرّع على الملكية فهي انقطعت جزما و ان أريد منها سلطنة إعادة العين فما دام لم ينتقل

المال من ملكه الى غيره فتلك السلطنة مقطوعة العدم فإنه لا- معنى لسلطنة الإنسان على إعادة ماله الى ملكه و انما تحصل تلك

السلطنة بعد خروجه عن ملكه و من الواضح جدا أنها مشكوكه بعد ذلك فالأصل عدمه.

قوله و ان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك

أقول غرضه ان أريد بها العلاقة التي كانت تحدث في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما

يقول الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف.

ثم أجاب عنه أولا بأن الدليل أخص من المدعى فإنه انما يتم في موارد ثبوت خيار المجلس و كلامنا أعم من ذلك و ثانيا يرجع الى

عموم أو فوا بالعقود في ظرف الشك لا الى الاستصحاب.

و ثالثا أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنة و الخيار بعد الافتراق فلا مجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثم أمر بالتأمل.

أقول قد عرفت بالكلام في دلالة الأخبار المستفيضة اليّعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناء على تمامية إطلاقها كما هو كك كما

اختاره المصنف و عليه فلا- وجه للتمسك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فإنه مع تمامية دلالتها على اللزوم كما لا مجال للتمسك

باستصحاب الخيار و كك لا وجه للتمسك باستصحاب اللزوم فإنه مع وجود الأصل اللفظي لا تصل التوبة الى الأصل العملي الا أن

يكون غرضه من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥١

التمسك بالاخبار مع الإغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفاية فإنه حينئذ يتم نفي خيار المجلس

بها و ثبوت اللزوم في البيع من جهة خيار المجلس و يبقى العقد مشكوكا من الجهات الأخر فح نتمسك في إثبات اللزوم للعقد من

سائر الجهات باستصحاب اللزوم كما لا يخفى.

و من هنا ظهرت المناقشة في تمسكه بآية أو فوا بالعقود فإنه مع وجود العموم لا- مجال للاستصحاب لا- استصحاب اللزوم و لا

استصحاب الخيار، و لعلّه الى ما ذكرناه أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله ثم أنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة

أقول ذكر المصنف أن العلامة ذكر في المختلف أن المسابقة لازمة أو جائزة بأن الأصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه الا بعموم

قوله تعالى أو فوا بالعقود و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهة مما لا يتضمن تمليكا

أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين و محصل مراده أن استصحاب الملكية إنما تجرى فيما إذا

كانت الملكية فعليه أي ثابتة حين العقد أي تثبت الملكية فيما ينشأ العقد و حينئذ كلما شككنا في جواز العقد و لزومه نستصحب

الملكية و نحكم باللزوم بواسطة الاستصحاب الحكمى فلا مجال ح لدعوى أن الأصل عدم اللزوم بل لا بدّ و أن يقال أن الأصل هو اللزوم لمكان استصحاب الملكية.

نعم لا بأس بهذا الأصل فى مثل عقد المسابقة حيث لم تثبت فيها الملكية الفعلية و أنّما الملكية فيها تقديرية أى تحصل الملكية لأحد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٢

المتسابقين على تقدير سبقه فى المسابقة فيحتد يقال أن الأصل عدم اللزوم هنا و ذلك لعدم حصول الملكية الفعلية حتى نستصعبه فى مورد الشك فى أن العقد جائز أو لازم و نحكم باللزوم بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم و نحكم بكون العقد جائزا هذا كله مع قطع النظر عن أوّفا بالعقود و الا فمقتضاه هو اللزوم.

أقول كأن المصنف لم يبين المسألة على ما حرره فى الأصل من جريان الاستصحاب التعليقى مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التجيزى و ذلك لأن ما نحن فيه يشبه القضية الحقيقية فإن الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدره فعلا و لكن ينتج الحكم فيها بفعلية الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى و لكن الموضوع تقديرى و كك فى المقام أن الالتزام فعلى و الملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزما فعلا على أن كل من سبق فله كذا و ليس الحكم هنا تعليقا كما فى العصير العنبى فإن الحكم بالنجاسة أو الحرمة فيه تعليقى أن إذا غلى ينجس لا- مطلقا فلو كان ينعكس المطلب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا و لم يقل بجريانه فى التعليقات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى.

نعم لا- نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهة عدم جريانه فى الشبهات الحكمية لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب الحكمية لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظر عن هذا الإشكال فلا محذور فيه كما لا يخفى.

فتحصل أن استصحاب الملكية جارية فى عقد المسابقة أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٣

كالبيع فيكون الأصل فيه أيضا هو اللزوم كما أن الأمر كك فى البيع فلا- وجه للمصنف لاستثنائه خصوصا على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فهو لا يجرى فافهم.

قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم أنّما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم

أقول حاصل كلامه أن ما تقدّم من التمسك بالعمومات أنّما هو فى الشبهات الحكمية و أما الشبهات الموضوعية بأن يقع العقد فى الخارج و لا ندرى أنه من القسم اللازم أو من القسم الجائز فإنّه قلنا بجواز التمسك بالعمومات فى الشبهات المصدقية فأيا لا بأس بالتمسك بالعمومات فى الفرد المردد و الا- فلا- بد من الرجوع الى الأصل العملى و هو استصحاب الأثر أى الملكية و يسمى باستصحاب الحكمى.

أقول تارة يكون فى موارد الشبهات الموضوعية أصل موضوعى يقتض الجواز فلا- كلام لنا فيه كما إذا وقعت هبة فى الخارج فلا ندرى أنها من القسم اللازم أو من القسم الجائز بان نشك فى كونها على وجه قبرى ليدخل تحت قولهم عليهم السلام ما كان لله لا يرجع أو ليس على وجه قبرى ليكون فى حق الرجوع فإن الأصل هنا عدم كونه على وجه قبرى فيثبت الجواز و كذا إذا شككنا فى كونها لذى رحم أو لغيره فنقول ان الأصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبة جائزة و هكذا إذا شككنا فى اللزوم و الجواز مع كونه مسبوقا بالخيار فإنّه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز و فى جميع ذلك مقتضى الأصل الموضوعى هو الجواز.

و اخرى يكون فى تلك الموارد أصل موضوعى يقتض اللزوم كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٤

إذا علم بأن العقد الصادر بيع و شك في جعل الخيار فيه فالأصل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازماً و هكذا لو شك بعد سقوط خيار المجلس بتفرق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم.

و أما الكلام فيما إذا لم يكن فيه أصل موضوعي يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز فهل هنا ما يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز أم لا. فالترم المصنف (ره) باللزوم تمسكاً باستصحاب الملكية و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب في الأحكام الإلهية و قد قلنا بعدم جريانه فيها حتى في الشبهات الموضوعية لابتلائه بأصالة عدم الجعل دائماً و لم يحتمل في حقه البدء حتى يتوهم أنه جعل في زمان و بدالة الخطاء العياد بالله و نسخه في زمان آخر بل لو كان مجعولاً- فهو مجعول مطلق و الا- فلا و على هذا فلا يجرى استصحاب الملكية في المقام لأننا نشك في أن الملكية هل جعلت بعد الفسخ أم لا فنلترم بعدم كونها مجعولة بعد الفسخ كما هو واضح لا ستره فيه و كلما نتأمل في عدم جريان الاستصحاب في الأحكام يزداد لنا وضوحاً.

و على مسلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بما حققناه في محلّه من أصالة عدم الأزلى و توضيح ذلك انا إذا شكنا في العقد الذى وقع فى الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الأصل عدم كونه هبة مثلاً ليكون للواهب حق الرجوع و لا يعارض هذا الأصل بأصالة عدم كونه من البيع أو الصلح أيضاً و ذلك لأن الأثر أى اللزوم أنما ترتب على عدم كون العقد هبة لا على إحراز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٥

العناوين الوجودية من الصلح و البيع فأصالة عدم كونه هبة ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملاً عليه أيضاً. و بعبارة أخرى أن مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو لزوم جميع العقود و الخارج عنه ليس الا عناوين وجودية و إذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم بأصل عدم الأزلى و قلنا انه ليس بهبة مثلاً يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى.

و على الاجمال فعنوان العقدية تحقق بالوجدان و عدم كونه هبة يتحقق بالأصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقد فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز و اللزوم لازماً هذا من جملة ثمرات القول بعدم الأزلى.

و إذا لم نقل بهذا الأصل فلا أصل يتمسك به لإثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك و عليه فتكون العين بعد رجوع المالك الأول مردداً بين كونها للمالك الأول على تقدير الهبة و بين كونها للمشتري على تقدير البيع و لا بدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحلة الترافع أو فى غير مقام الترافع كما إذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر و شك فى أن ما أوجده بيع أو هبة و فسخت الورثة فإن كان يبيعا فيطالب الورثة العين ممن انتقل اليه الثمن و الا فنطالب نفس العين و هكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعة و الا فلا أصل هنا حتى يبين حالها.

[فى بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم]

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه أقول جميع ما ذكرناه أنما يفيد فى إثبات صفة اللزوم و أما تعيين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٦

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا و عليه فلا بدّ و ان يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه الا انه فيما لم تلزم مخالفة عملية من اجزاء الأصلين مع إجراء أصالة اللزوم و ان كان كلام المصنف مطلقاً من هذه الجهة

حيث حكم بالبراءة تارة و بالضمان اخرى و لم يتعرض لصورة لزوم المخالفة القطعية.

و لكن لا بدّ في فرض لزوم المخالفة القطعية من اجراء قواعد العلم الإجمالى مثلا إذا شككنا فى كون العقد هبة أو بيعا و لم يتصرف من انتقل اليه العين فيها و ترجع مالكة العين و فسخ العقد فإنه ان كان العقد هبة تنفسخ بالفسخ و ترجع العين الى مالكة الأول و ان كان بيعا لا- يؤثر الفسخ و حينئذ لا يمكن الرجوع فى ضمان المشتري لو كان المحقق بيعا و ضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق هبة أن يرجع الى البراءة كما هو ظاهر كلام المصنف بل يحصل العلم الإجمالى بأنه أما أن المالك الأول مستحق للعين على تقدير كون العقد هبة أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقد فلا بدّ حينئذ من اجراء قواعد العلم الإجمالى و الا فيلزم من اجراء الأصل مخالفة قطعية

[القول فى أقسام الخيار]

إشارة

(فى خيار المجلس)

قوله قدس سرّه

الأول فى خيار المجلس

إشارة

أقول ذكر المصنّف أن الخيارات كثيرة و قد أنهاها بعضهم إلى السبعة و بعضهم إلى أزيد من ذلك بل المذكور فى اللمعة أربعة عشرة مع عدم ذكر بعضها و لكن المناسب جعلها سبعة لأن البقية تدرج فى خيار الشرط و يقع الكلام فعلا فى خيار المجلس و إضافته إلى المجلس من جهة الغلبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٧

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت فى حال قيام المتعاملين أيضا بل لا يختص بالمكان الذى يقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار فى حال مشيهم أيضا كما إذا تعاملوا فى مكان ثم مشيا و لكن لم يفترقا حال المشى فإنه ح أيضا يثبت الخيار.

و بعبارة اخرى أن غاية هذا الخيار و هو الافتراق فما لم يتحقق فى الخارج فلا وجه لسقوطه و لو سمي هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسنا موافقا للاخبار، و لا شبهة و لا خلاف فى ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الإمامية و النصوص به مستفيضة ففى بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا و فى بعضها التاجر بالخيار و أما الموثق الحاكي لقول امام عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح و ان كان موثقا لكونه منافيا للضرورة و الاخبار المستفيضة أو يحمل على التقيّة أو يؤل و لكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل و لا على الطرح أو الحمل على التقيّة بل هو وارد على طبق القاعدة و ذلك لان التصفيق هو ضرب احدى اليدين على الآخر و هو كناية عن اللزوم و بهذا فسر فى اللغة و على هذا فقوله (ع) إذا صفق الرجل على البيع كناية عن إلزام البيع بإسقاط الخيار و من الواضح أن لزوم البيع بإسقاط خيار المجلس موافق القاعدة فلا نحتاج الى طرح الموثقة أو تأويلها.

قوله مسألة لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كان اصليين

إشارة

أقول لا شبهة في ثبوته للمتبايعين و للموكلين في الجملة و أما الكلام في ثبوته لهم على وجه الإطلاق

و يقع الكلام أولاً في ثبوته للوكيل

إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٨

و تفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول ان يكون وكيلا في إجراء الصيغة فقط من غير أن يكون له حق التصرف في جهة من جهات العوضين كما هو المرسوم في إجراء عقد النكاح و إجراء صيغة البيوع الخطيرة كثيرا حيث يوكلون أحدا في إجراء الصيغة بحيث ليس له شأن من ذلك المعاملة إلا ان يكون كلسان الوكيل فقط و لا يكون وكيلا في أزيد من مجرد كونه آله لإجراء العقد فقط كما هو واضح.

الثاني أن يكون وكيلا مفوضا في أمر البيع الى أن يتم و تتحقق المعاملة في الخارج و لا يكون وكيلا بعد ذلك بل ينتهي أمد وكالته بعد تمامية البيع و وجوده في صفحة الوجود كأكثر الدلائل.

الثالث أن يكون وكيلا- مفوضا حتى بعد تمامية البيع بان كان له التصرف في العوضين و كان مسلطا على قلبه و انقلابه بأحاء التصرفات و التقلبات من البيع ثانيا أو الإيجار أو غيرهما من التصرفات الخارجية و الاعتبارية و هذا كعامل المضاربة فإنه وكيل مفوض على وجه الإطلاق بعد البيع و قبله و بعبارة اخرى أن يكون وكيلا في التجارة بأى نحو كان.

أما القسم الأول فظاهر الحدائق ثبوته للوكيلين في إجراء الصيغة بل يظهر منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد إجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك

و لكن المشهور عدم ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف

إشارة

و استدل عليه بوجوه

الأول: أن أدلة الخيار منصرفه عن الوكيل في إجراء الصيغة

لأن المتبادر من النص غيره.

و فيه منع الانصراف إذا لا نجد منشأ لذلك فان منشئه ان كان هو المادة فلا شبهة أنها صادقة عليه أيضا لما عرفت في أول البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٥٩

أن البيع هو مبادلة مال بمال فلا شبهة في صدق هذا المفهوم عليه إذ لم يقيد هذا بكون المال للبائع بحيث يكون التبديل بين ماله و مال شخص آخر ضرورة عدم اعتباره في مفهوم البيع بوجه أصل و لذا لم يستشكل أحد في صحته بيع الولي مال المولى عليه مع أن المال ليس للبائع و كك في صحته بيع الوقف و بيع ثمرته و كك في صحته بيع الوكيل المفوض مع أن المال في تلك الموارد ليس للبائع و من الضروري أنه لا يشك أحد في صدق البائع على الأشخاص المتصدين للبيوع المذكورة و على الاجمال لا وجه لدعوى انصراف مادة البيع الى غير الوكيل في إجراء الصيغة.

و ان كان منشأ الانصراف دعوى انصراف هيئة البيع الذى هو الفعل عن الوكيل فى إجراء الصيغهُ ففیه أن الهيئة لا تدل على أزيد من انتساب المادة إلى ذاتها و أما دلالتها على خصوصية أخرى فلا كما لا يخفى.

الثانى أن حکمة ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك

لكى يتروى و يلاحظ صلاحه حتى يختار ما هو الأصلح لحاله أو الفسخ أم الإمضاء و من البديهي أن هذه الحكمة غير جارية فى الوكيل المذكور و الحكمة و ان لم تكن مطردة و لكن نعلم بأن جعل هذا الخيار شرعا ليس لمن له اختيار البيع بلا موجب. و فيه انها لا تزيد عن العلة المستنبطة و قد حقق فى محله أنها ليست بحجة و إنما هي من القيام الذى يحرم العمل به نعم لو كانت عليه منصوصة لزم العمل بها قطعاً فلا- تكون مانعة عن شمول الإطلاقات للوكيل فى إجراء الصيغهُ أيضاً، على أنها غير دارية فى جميع الموارد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٠

كما إذا كان إبقاء البيع أصلح لهم بأن باع ما يحازى بدينار بخمسين دينارا مع علم المشتري بالغبن فإنه لا شبهة أن إبقاء البيع على حاله و عدم فسخه أصلح لحال البائع من الفسخ و مع ذلك فله خيار المجلس و على الجملة فلا وجه لرفع اليد عن المطلقات و عن شمولها للوكيل المذكور بمثل هذه الحكمة العلية نعم لهذه الحكمة وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعدة نفي الضرر و نحوها كما إذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر فإنها تقتضى ثبوتها للمالك فقط لا لمجرى الصيغهُ.

الثالث أن بعض أدلة خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان و كونه مجعولا للبائع

و من الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتضى أن يكون خيار المجلس أيضا كذلك. و ليس هذا من باب حمل المطلقات الواردة فى جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيد حتى يقال أنه لا يجرى فى الأحكام الانحلالية كقوله أكرم العلماء و أكرم زيد العالم لعدم التنافى بل من جهة عدم الإطلاق للأخيار المطلقة لأن الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان أعنى المالك و بعبارة أخرى نستكشف من تقارن خيار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فأى ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد.

و فيه أن هذا من العجائب فإنه لا ربط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصلا فإن الموضوع فى خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (ع) و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام و موضوع خيار المجلس هو عنوان البيع و أى ربط لأحدهما بالآخر و مجرد ذكرهما فى رواية واحدة لا يقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦١

اتحاد الموضوع فهل يتوهم أحد أنه لو ذكر فى رواية أن خيار الحيوان ثابت لابن البائع أو أخيه و قد ذكر فيها أيضا البيعان بالخيار فهل يتوهم أن موضوع خيار المجلس أيضا هو ابن البائع باتحاد السياق.

و من هنا ظهر الجواب من قوله مضافا الى أدلة سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغهُ لا ينبغى من الفقيه فتحصل أنه لا يمكن رفع اليد عن الإطلاقات بمثل هذه الوجوه.

و الرابع ما هو العمدة و حاصله أن المستفاد من أدلة هذا الخيار أنه حق و سلطنة

انما ثبت لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بأن يرجعه الى ملكه و يتملكه جديدا بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه بأن يتصرف فيه كيف يشاء و من الواضح أن الوكيل فى إجراء العقد ليس له التسلط على التصرفات فيما انتقل إلى البائع أو

المشترى فليس له التسلط على ما انتقل من أحدهما إلى الآخر بأن يرجعه بالفسخ.

و من هنا لا يثبت بأدلة خيار المجلس هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج فإنه لا يمكن التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا لإثبات التسلط على إرجاع العين من الشخص الآخر بالفسخ ألا ترى أنه أو شك المشتري في كون المبيع مّمن ينعق عليه لقراءة فلا يجوز أن يتمسك بأدلة خيار المجلس لإثبات السّيلطنة و كك لو نذر أن يعتقه أو يصرف المبيع في محلّ خاصّ فليس له أن يتمسك لرفع الوجوب و جواز الرجوع بأدلة الخيار.

و فيه أن هذا الوجه بظاهره لا يترقّب صدوره من المصنّف لكونه منافيا لمبناه فإنه التزم بكون مورد الخيار هو العقد دون العين مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٢

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لا استرداد العين ابتداء نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح.

و أما ما ذكره من الأمثلة فأجبت عن المقام أما ما ذكره من النذر فإن مقتضى الإطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع مندورا لأن يصرف في مورد خاص غاية الأمر ان اعمال الخيار و إرجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفه لحكم تكليفي و أما عدم ثبوت الخيار هنا و عدم جواز التمسك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه.

و أما ما ذكره من مسألة كون المبيع مّمن ينعق عليه فأيضاً لا محذور في ثبوت الخيار هنا غاية الأمر لا يرد العبد إلى البائع لعدم جواز صيرورة الحر عبدا بل يرد بدله اليه و على الجملة فمثل هذه الأمثلة لا تكون مانعة عن التمسك بإطلاق أدلة خيار المجلس كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه استدال المصنّف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصّيغة بوجوه قد عرفتها مع جوابها و عمدتها وجهان الأول ما أشار إليه بقوله

مضافا الى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصّيغة

أقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (ع) في الصحيحة في جواب السائل ما الشرط في الحيوان قال: ثلثة أيام و قال: ما الشرط في غير الحيوان قال (ع): البيعان بالخيار ما لم يفترقا و هذه الرواية و ان كانت مطلقة و غير مقيدة بكون من له الخيار في بيع الحيوان هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٣

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيدا بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما و لكن ورد في رواية أخرى أيضا معتبرة أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط و بحسب القواعد و ان لم يكن بينهما تناف و تعاند ليلزم منه حمل المطلق على المقيد لكون كل منهما مثبتين و لكن نعلم من الخارج علما جزميا أن موضوع الحكم في كلتا الروايتين هو شيء واحد و أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام في مقام التحديد فبمقتضى هذه المقدمة الخارجية نحمل المطلق على المقيد و نلتزم بثبوته لخصوص المالك و ان كانت الرواية المطلقة مع قطع النظر عن الرواية المقيدة تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البائع و ان كان غير المالك و على هذا فاتحاد السياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك.

و فيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به و الوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان و ان استعملا في خيارى المجلس و الحيوان في معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما و لم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا و هاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيع و المتبايع و لكن اختلفت الإرادة الجديدة بالنسبة إلى خيار المجلس و خيار الحيوان حيث أريد من البيعان و المتبايعان المذكورين في أدلة خيار المجلس عنوان البيع و المتبايع الشامل للوكيل و

الموكل معا و أريد منهما في خيار الحيوان المالك و صاحب الحيوان من غير تخلف في الإرادة الاستعمالية، و الدليل على هذا التقييد هو القرينة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٤

الخارجية حيث علم من الخارج أن قوله (ع) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد و أن الموضوع في قوله أن البيعان بالخيار في الحيوان الى ثلثة أيام و الشرط فيه هذا هو الموضوع في قوله صاحب الحيوان بالخيار فقهرما يقيد الحكم بتقيد الموضوع و من الواضح أنه لا- بعد في اختلاف الإرادة الجديدة بالنسبة إلى حكيمين الثابتين بعبارة واحدة و باستعمال واحدة أى بأن يكون الاستعمال في أحدهما على نسق الاستعمال في الآخر و نظير ذلك ما إذا قال الخمر حرام و نجس و يحرم بيعها و إمساكها و جميع التقلب فيها ثم ثبت التقييد في أحدهما و قال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا أو شرعا أو عرفا و كذلك في جميع المقامات و السير في ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الإرادة الجديدة في الحكيمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون في أحدهما مطلقا و في الآخر مقيدا و يكون الموضوع أيضا مطلقا و مقيدا و يتعدّد الموضوع بذلك الاختلاف و ان كانت الإرادة الاستعمالية متحدة في كليهما و ذلك لأن التقييد إنما يثبت من الخارج و على الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لا يدل على ثبوت خيار المجلس للمالك فإن قرينه الاختصاص موجودة في الأوّل دون الثاني و من هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان و لم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما و ان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين في إجراء الصيغة مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضا بواحد منهما.

على أنه لو كان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٥

المفوض أيضا مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدّس سرّه كما سيأتى.

و أما الوجه الثاني فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه

إشارة

و قد أثبت أدلة الخيار المجلس لمن له هذا الشأن و من الواضح أن الوكيل في إجراء الصيغة ليس له ذلك و لا يجوز له التصرف في شيء من العوضين من قبل الموكل.

و من هنا لو شك البائع أن المبيع هل هو ممن يعتق عليه أو يجب صرفه في نفقه من يجب إنفاقه أو يجب عتقه لندر و نحوه لا يجوز أن يتمسك بأدلة الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لا يثبت الموضوع لنفسه و قد عرفت أنها تثبت الخيار في فرض تمكن ذى الخيار من التصرف في المال الذى انتقل إلى ذى الخيار و هذا المعنى موضوع للخيار و مشكوك فيه فلا يمكن إثبات الموضوع بذلك.

و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا.

أما الأصل

مضافا الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الأدلة أنه مخالف لمسلكه فإنه ذكر في مواضع متعددة من كتابه أن الخيار انما يتعلّق بالعقد دون العين الخارجى و لذا لا يدور الخيار وجودا و عدما مدار بقاء العين و عدمه بل يجوز اعماله لذى الخيار حتى مع تلف العين و قد تقدم منه قدّس سرّه في بعض تنبيهات المعاطاة أن الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت في غيرها بالخيار فان متعلّق الجواز في المعاطاة هو

العين فلكل من المتبايعين ردّ العين و لذا سقط مع التصرف كما قيل و لكن جواز الفسخ في العقد الخياري متعلق بالعقد و لذا يبقى مع التلف أيضا. و أيضا ذكر في تعريف الخيار أنه
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٦
ملك فسخ العقد و قد كرر ذكر ذلك في خلال كلماته كثيرا فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين.

و أما الفرع

الذي رتبته على الأصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين المبيعة و لا مساس لأحدهما بالآخر أصلا فله اي لدى الخيار أن يفسخ العقد في الموارد المذكورة و بعده يتبع في كل مورد حكمه على ما تقتضيه القواعد الشرعية فإن كان فيه ما يرفع التكليف المشكوك فيها و الا فلا بد من الامتثال.
مثلا- لو اشترى عبدا و شك في قرابته و أنه هل مّمن ينعق على البائع أم لا فيجوز أن يتمسك بأصالة عدم النسبة بينه و بين العبد و يردّه الى مالكة الأول بعد فسخ العقد و ان علم بكونه مّمن ينعق عليه فحينئذ ينعق بمجرد البيع و بما عرفت أن الفسخ لا يتوقف على بقاء العين و لما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ و يعطى بدل العبد على مالكة و أما إذا كان المبيع مّمن يجب عتقه لنذر فإذا لم يعتقه فعل حراما فهو لا يزاحم و لا يعارض بأدلة الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصحّ التمانع بينهما و هكذا إذا كان المبيع ممّا يجب صرفه في نفقته من يجب إنفاقه عليه فان في شيء من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف في المبيع ليس موضوعات لأدلة الخيار أصلا و لا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار متعلقا بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع.
و قد ذكر شيخنا الأستاذ هنا وجهها آخر و جعله محتمل كلام المصنف و حاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذي يكون مالكا للالتزام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٧

نفسه بحيث له أن يبقيه و له أن يرفعه بالإقالة إذا رضى الطرف الآخر بذلك و بعد الفراغ عن سلطنة كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار و جواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على إمكان الإقالة لهما و حيث ان الوكيل في إجراء الصيغة ليس له ذلك فإنه لا يقدر على حل العقد بالإقالة فلا يثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضا.
و فيه أولا النقص بالنكاح حيث أن الخيار لأجل العيوب المعلومة ثابت فيه و لكن لا تجوز الإقالة للزوجين فلا وجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الإقالة.

و ثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالإقالة حقيقة و أنه لا يؤثر الفسخ في مورد لا اقاله فيه ففيه أن العقد شيء واحد و أنّما حصل بالالتزامين من الطرفين نظير الحبلين المشدود أحدهما بالآخر فإنه صار جبلا واحدا و هذا الشيء الواحد و ان كان في حصوله متوقفا على التزامين من شخصين و لكن في مقام الانحلال ينحل بانحلال من الطرفين كما في الإقالة و من طرف واحد كما في الفسخ و قد عرفت سابقا ان إمضاء أحدهما العقد لا يستلزم الإمضاء و الالتزام من الطرف الآخر و لكن الفسخ من طرف يستلزم الفسخ من الطرفين لانه لا يبقى مجالا للوفاء و الوجه فيه أن الفسخ هو الحل و يعبر في لغة الفارس بكلمة (وا كردن و باز نمودن) و هذا المعنى شيء واحد و معنى بسيط لا يعقل أن يحصل من طرف و لم يحصل من طرف آخر بل إذا تحقق الحل تحقق من الطرفين.
و بالجملة العقد هو الالتزام من الطرفين نظير البيعة و ضم احدي اليدين بالأخرى و هذا لا يتحقق حصولا الا من الطرفين و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٨

لكن انحلاله لا يتوقف عليهما بل يحصل بحل واحد و قد يكون ذلك هو الإقالة اي المراضاة بالحل من الطرفين و قد يكون بالفسخ و لا يعقل تحقق من طرف و توقفه على أن يتحقق من الآخر و ليس الفسخ في طول الإقالة و لا متوقفا عليها و لا أن بينهما تلازم بل قد

يتحقق أحدهما بدون الآخر و قد يجتمعان ففي النكاح يتحقق الفسخ دون الإقالة و بعد سقوط جميع الخيارات في العقود اللازمة يتحقق الإقالة دون الفسخ و في البيوع الخيارية يمكن الفسخ بكل من الإقالة و الفسخ.

فلا- معنى لهذا الوجه أيضا و ان كان نظره الانصراف و ان أدلة الخيار منصرفه الى هذا القسم فلا تثبت الخيار لغير ذلك فله وجه و لكن عرفت جوابه من أنه لا منشأ للانصراف أيضا.

و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل في إجراء الصيغة فقط نادر في باب المعاملات جدا لأنه لا يكون إلا في غير العربي مع لحاظ صدور البيع عن صيغة لا- عن التعاطي لترتيب آثار البيع بالصيغة و على هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل في إجراء الصيغة لكون ذلك للغير غالبا من حيث الموجود و فيه أولا أن غلبه الوجود لا توجب الانصراف و قد اعترف هو بذلك مرارا عديدة في كلماته السابقة و ثانيا أن الوكيل في إجراء الصيغة و ان كان قليلا بالنسبة إلى غيره و لكنه كثير في نفسه كما هو المتعارف في النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين و في البيع أن التوكيل في إجراء الصيغة خصوصا في البيوع الخطيرة كثير جدا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٦٩

فتحصل أن عمدة الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيل في إجراء الصيغة هو ما ذكره المصنف قدس سره من كونه موقوفا على جواز تصرف كل من المتبايعين فيما انتقل اليه و ما ذكره شيخنا الأستاذ من توقف الفسخ على الإقالة و قد عرفت أن ما افاده المصنف لا دليل عليه في نفسه و أنه مخالف لمذهبه و ما افاده الأستاذ مضافا الى عدم الدليل عليه و بطلانه في نفسه و الجواب الحلّي عنه أنه منقوض بباب النكاح فإنه ثبت الخيار فيه و لم يتوقف على الإقالة لعدم جريانها في النكاح.

ثم انّ لشيخنا الأستاذ وجه آخر في المقام و حاصله أن أدلة الخيار انما أثبتت سلطنة على الفسخ لمن هو مأمور بالوفاء بالعقد و من الواضح أن الوكيل في إجراء الصيغة لم يشمله دليل الوفاء بالعقد و بعبارة أخرى أن أدلة الخيار انما هي مخصصة لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و حيث أن الآية لم تشمل الوكيل في إجراء الصيغة و لم يكن هو مأمورا بالوفاء بالعقد فيكون دليل التخصص أيضا غير شامل له.

و فيه أن هذا الوجه لا- بأس به بناء على ما ذكره المصنف قدس سره في معنى الوفاء حيث جعل الأمر ظاهرا في الوجوب التكليفي بالذي يدل على اللزوم بالدلالة الالتزامية فإن لقاتل أن يقول أن وجوب الوفاء انما هو حكم ثابت على ذمة الملاك أو من يقوم مقامهم و أما الوكيل في مجرد إجراء الصيغة فليس مأمورا بذلك فإنه من الأول لم يجز له التصرف في المبيع و لا في الثمن و كك في حال العقد و بعده فلا- معنى لان يقال يحرم عليك التصرف في العوضين ليكون هذا الحكم شاملا لما بعد الفسخ أيضا حتى يتمسك به لإثبات اللزوم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٠

و أما بناء على ما ذكرناه من دلالة الآية على اللزوم بالمطابقة و كونها إرشادا إلى لزوم العقود من غير أن تدل على حكم التكليفي فلا مانع من شمولها على الوكيل في إجراء الصيغة أيضا فإنه ليس له فسخ العقد بعد إيجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآية ناظرة الى أن كل من أوجد عقدا يجب عليه الوفاء به و من جملة الموجدين للعقد هو الوكيل في إجراء الصيغة كما هو واضح فهذا الوجه أيضا لا يتم و التحقيق أن يقال انّ الوكيل في مجرد إجراء الصيغة و ان صدق عليه البائع و لكن ما دل على ثبوت خيار المجلس انما هو ناظر الى ثبوته للبيع الذي كان أو البيع بيده و هو المالك أو من يقوم مقامه و ذلك لأن أصل البيع انما هو ناظرا إلى إمضاء البيع فيكون دالا على حلية البيع الصحيح و هو بيع المالك الموكل و من الواضح ان البيع من غير المالك أو من يقوم مقامه غير صحيح من حيث انتسابه الى المالك لا- من حيث صدوره من العاقد و الوكيل في إجراء الصيغة ليس مالكا و لا قائما مقامه فيكون خارجا عن تحت الآية لأنه لم تمض البيع من حيث جهة الصدور أيضا و هذا لا ينافي صدق البائع على الوكيل في إجراء الصيغة، و عليه فأدلة خيار المجلس انما تثبت الخيار للبيع في البيع الصحيح فلا تكون شاملة للوكيل في إجراء الصيغة.

و ثانياً أن الوجوه المذكورة حتى الوجه الذى ذكرناه و ان لم تتم فى نفسها و لا تكون دالة على عدم ثبوت الخيار للوكيل فى إجراء الصيغة و لكنها توجب عدم تمامية مقدمات التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار.

و توضيح ذلك أن دليل خيار المجلس من قوله (ع) المتبايعان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧١

بالخيار و قوله البيعان بالخيار أنما يدل على ثبوت الخيار لمطلق البيع بالإطلاق دون العموم فان ما يدل على السريان هنا هو المحلى باللام و من الواضح أن دلالة على السريان ليس بالوضع بل بمقدمات الحكمة فالوجوه المذكورة توجب الشك فى التمسك بالوضع بل و تمامية مقدماته و على الاجمال لا نظمتن بشمول أدلة خيار المجلس للوكيل فى إجراء الصيغة فلا أقل من الشك على أنه لو كان مجرد إجراء الصيغة موجبة لثبوت الخيار للمجرى لها فكان ثابتا للفضولى أيضا بل أولى مع أنه لم يقل به احد فتحصل أنه لا يكون للوكيل فى إجراء الصيغة خيار المجلس.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهة فى ثبوت الخيار له لكونه بيعا حقيقه و ان أمر البيع بيده نظيره الأولياء للأطفال و المجانين و غيرهما كما لا يخفى و هذا كعامل القراض و نحوه.

و أما الوكيل المفوض فى الشراء فقط أو فى البيع فقط من غير أن يكون وكيلا- مفوضا فى مطلق التصرف و لا- أن تكون وكالته منحصرة فى إجراء العقد فقط بل واسطة بين الشقين فذكر المصنف (ره) أن خيار المجلس لا يثبت لهذا القسم من الوكيل أيضا لأننا ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكنا من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له و من الواضح أن الوكيل فى أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكنا من التصرف فيما انتقل إلى البائع المالك أو المشتري المالك لتمامية أمد وكالته بعد البيع و الشراء فيكون خارجا عن موضوع خيار المجلس و تبعه شيخنا الأستاذ على الوجه الذى تقدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٢

بيانه فى القسم الأول من الوكالة و لكن عرفت عدم تماميتها بوجه.

و أما بقية الوجوه لا تجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين لكونه أى هذا القسم من الوكيل بيعا حقيقه فلا وجه لدعوى الانصراف أو غيره من الوجوه.

و الظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و أن كان يتم بتمامية البيع أو الشراء و لكن ثبوت الخيار للمتبايعين لا يدور مدار عنوان الوكالة بقاء بل المناطق فى تحقق الخيار هو صدق البيع و من الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشراء يبيع و ان خالص أمد وكالته بعد البيع أو الشراء فتمسك بإطلاق البيعان بالخيار فنحكم بثبوت الخيار له و ان منعه المالك عن الفسخ فكونه وكيلا مفوضا عند البيع أو الشراء و صدق عنوان البيع عليه فى تلك الحالة واسطة لثبوت الخيار له حتى بعد تمامية وكالته.

و أما الفضوليين فلا شبهة فى ثبوت خيار المجلس لهما لما عرفت أنه انما ثبت لمن كان البيع مستندا اليه و كان أمر البيع بيده و أنه من لوازم البيع الصحيح و قلنا أن بيع غير المالك ليس بصحيح فان الممضى بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو جهة انتساب البيع الى المالك لا- من حيث صدوره من العاقد و من البديهي أن الفضولى أجنبى عن هذه المزاي و ان صدق عليه عنوان البيع بل هو مجرد إله فى إنشاء البيع كالوكيل فى إجراء الصيغة و أنه كلسان الموكل و الأصيل فلا وجه لثبوت الخيار للفضوليين أيضا.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و عدم ثبوته له و قلنا أنه لا يثبت للوكيل فى إجراء العقد فقط لأحد الأمرين المتقدمين.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٣

و أما الوكيل المفوض فلا- شبهة فى ثبوت الخيار له فإنه لا شبهة فى صدق البيع عليه و أن أمر البيع بيده و لا يجرى فيه شىء من الوجوه المانعة عن ثبوت خيار المجلس للوكيل فى إجراء الصيغة غير ما ذكره المصنف (ره) من أن مقتضى اقتران خيار المجلس فى بعض الروايات بخيار الحيوان يقتضى عدم ثبوت خيار المجلس لغير المالك كما هو الشأن فى خيار الحيوان فاتحاد السياق يقتضى أن

يثبت خيار المجلس لمن ثبت له خيار الحيوان دون غيره و ان كان وكيلا مفوضا و لا يكون له خيار المجلس بما أنه بائع و أما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالك و أن جميع أموره في يده حتى أمر المعاملات من الفسخ و الإمضاء فإن ذلك من جهة كونه وكيلا مفوضا لا من جهة كونه بائعا.

و على الجملة فلازم كلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوكيل المفوض أيضا بما من المتبايعين و من البيع لا بما هو وكيل من قبل البائع و يفسخ البيع أو يمضه بأمر الموكل و توكيله كما هو واضح.

بعبارة أخرى هذا نقض على المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغة من جهة اختصاصه بمن له خيار الحيوان و مع ذلك التزم بثبوته للوكيل المفوض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان.

و لكن قد عرفت أن مجرّد ذكر خيار الحيوان فيما ذكر فيه خيار المجلس لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات و على الاجمال فلا شبهة في ثبوت هذا الخيار للوكيل المفوض بل هو كالولي فإن معنى الوكالة كما ذكروا تفويض الأمر إلى الوكيل و جعله مسلطا على ما و كل لأجله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٤

نظير السلطنة المجعولة للأولياء غايته أن سلطنة الأولياء من قبل الله تعالى و سلطنة الوكلاء من قبل الموكلين و ليس الأمر كذلك في الوكيل في إجراء الصيغة.

و أما الوكيل في أمر البيع أو الشراء فقط بحيث يكون وكيلا مفوضا في جهة خاصة فقط و ينتهي أمد وكالته بعد البيع فهو واسطة بين الوكيلين المتقدمين و هو من جهة يشبهه الوكيل في إجراء الصيغة و من جهة يشبهه الوكيل المفوض أما من حيث انه شبيه بالوكيل المفوض من جهة كونه مستقلا في أمر البيع أو الشراء و من حيث أنه شبيه بالوكيل في إجراء الصيغة هو تمامية أمد الخيار بتمامية العقد كما أن الوكيل في إجراء العقد كك و أما الوجه التي ذكروها في عدم جريان الخيار للوكيل في إجراء الصيغة فبعضها لا يجرى في المقام كدعوى انصراف البيع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فإنه بيع حقيقة و أما ما ذكروا من أن جعل الخيار إلى خيار المجلس إرفاق للمالك فلا يجرى في حق الوكيل فهو جار في المقام و لكن قد عرفت عدم تماميته و هذا لا يجرى في المفوض بالمعنى الأول فإنه لا بد و ان يلاحظ مصلحة المالك و كك يجرى في المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار إنما جعل لمن يكون قادرا على الرد و الوكيل المجرى للصيغة و كك الوكيل في البيع و الشراء ليس قادرا على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الأستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادرا على الإقالة فإن من الواضح أن هذا الوكيل أيضا كالقسم الأول من الوكيل لا يقدر على الإقالة إذا رضى بها الطرف الآخر.

و لكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضا لم يتم في القسم الأول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٥

فكيف في المقام و قد عرفت أن الوجه في عدم ثبوت هذا الخيار للوكيل في إجراء الصيغة فقط هو أحد الأمرين المذكورين و هما أيضا لا- يجريان في المقام و اذن فلا- مانع من ثبوت خيار المجلس هنا لا طلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا لأنه لا شبهة في صدق البيع عليه حدوثا فيكون ذلك موضوعا لثبوت الخيار له حدوثا و بقاء و ان منعه المالك عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحدائق إذ لم يقيد إطلاق الرواية بكون البيع هو المالك أو باقيا على و كالتة لو كان هو غير المالك.

و على الجملة فكونه وكيلا عند البيع أو الشراء في أمرهما يوجب صدق البيع عليهما و إذا صدق عليهما البيع في أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقا سواء زالت الوكالة بعد ذلك التي كانت واسطة لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها. و على هذا فليس للمصنف نفى الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضا.

و أما ثبوته للموكل فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال و الظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل و

عدمه لا يتوقف على القول بثبوتة للوكيل أصلا فلا نعرف وجهها صحيحا لتعليق المصنف وقوع النزاع في ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوتة للوكيل وعدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لا يرتبط بالآخر و قد يتوهم أن لأدلة الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيع منصرفه إلى المالك العاقد فإذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار، و أيضا قيل ان الموكل لو حلف على أن لا يبيع داره مثلا فباعها و كيلها لم يحث فلو كان يصدق عليه عنوان البائع لحصل الحث.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٦

و فيه أما دعوى الانصراف فلا- وجه له لما ذكرنا أن البائع يصدق على الوكيل في إجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلو كان الموكل حاضرا في مجلس العقد و وكل أحدا في إجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف في النكاح و في المعاملات الخطيرة حقيقة يصدق أن الموكل باع داره فلا عناية فيه أصلا و من هنا ظهر ما عن بعض مشايخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبه الوجود.

و أما مسألة عدم الحث إذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع و كيله فان كان قصد الموكل حيث الحلف أن لا يبيع مباشرة فلا شبهة في عدم حصول الحث ببيع الوكيل قطعا و ان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الإطلاق أعم من بيع نفسه و بيع و كيله بان لا يستند اليه البيع أصلا فلا شبهة حينئذ في حصول الحث بكل واحد من بيع و كيله و بيع نفسه لاستناد البيع الى الموكل حقيقة و ان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقا على أن لا يبيع داره مثلا و كان غافلا عن توكيل شخص آخر في بيع داره أو ناسيا فلا يحث ببيع الوكيل في تلك الحالة و ان كان صدور البيع في حضوره أيضا لأن ظهور الحلف على عدم البيع في العمل الاختياري ففي هنا غير اختياري لعدم التفاته بكون الوكيل في البيع و كيلا عنه لغفلته عن ذلك فعدم الحث من هذه الجهة و الا فصدق عليه البائع حقيقة و ان كان غافلا عن وقوع البيع.

ثم انه لا بدّ و أن يتكلم في ثبوت هذا الخيار و عدمه لأصناف الموكل في مقابل أصناف الوكلاء على الترتيب الذي ذكرناه في ثبوتة و عدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل و كل أحدا في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٧

إجراء الصيغة فهل يثبت له الخيار أم لا فنقول تارة يكون الموكلان حاضرين في مجلس العقد و أخرى لا يكون حاضرين في مجلس العقد و على الثاني قد يكونان حاضرين في مجلس واحد حين تحقق العقد بين الموكلين في مجلس آخر و قد يكونان متفرقين. أما الأول فلا شبهة في ثبوت الخيار للموكلين لاستناد البيع إليهما حقيقة و ان الوكيلان المجريان للعقد ليسا إلا كالأله المحضه و كونهما كاللسانين للموكلين و دعوى انصراف أدلة الخيار عن المالك غير العاقد و لذا لا يحث لو حلف على عدم البيع ببيع الوكيل قد تقدم جوابهما.

و أما إذا كان الموكلان مجتمعين في محل آخر غير مجلس العقد بان جمعتما هيئة اجتماعية في محل واحد و كان بين الوكيلين و بينهما و أصل الصوت بحيث علما بوقوع العقد فيصدق عليهما عنوان البيع و لا يعتبر حضورهما في مجلس العقد كما يظهر من شيخنا الأستاذ و أما الثالث بان لا تجمعهما هيئة اجتماعية أصلا بل كانا متفرقين حال العقد فلا شبهة حينئذ في عدم ثبوت الخيار لا للوكيل و لا للموكل أما عدم ثبوتة للوكيل فقد تقدم لكونه و كيلا في إجراء الصيغة فقط و ليس أمر البيع بيده و قد قلنا ان الخيار انما يثبت لمن كان أمر البيع في يده و الوكيل في إجراء الصيغة ليس كك.

و أما عدم ثبوتة للموكل فلائذ الخيار انما يثبت للبيعان في حالة اجتماعهما الى أن يتفرقا و من الواضح انهما متفرقان من الأول فلا يكون ثابتا لهما.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٨

كان الكلام في ثبوت الخيار للموكل

إشارة

وقد عرفت أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول أن يكون وكيلا- في إجراء الصيغة فقط و حينئذ يكون أمر البيع بتمام المعنى في يد الموكل و حينئذ قد يكون الموكلين أو أحدهما حاضرا في مجلس العقد و أخرى لا يكونان حاضرين في مجلس العقد و على الثاني فتارة تجمعان هيئة اجتماعية في مجلس آخر غير مجلس العقد و أخرى لا يجتمعان في محل واحد بل كانا متفرقين في الخارج.

أما الأول فلا شبهة في ثبوت الخيار للموكلين الحاضرين في مجلس العقد لاستناد البيع إليهما حقيقة و توهم انصراف البيع عنهما الى المالك العاقد فاسد كما عرفت، كما أن توهم استناد الانصراف إلى ندره الوجود فاسد هنا أيضا و ان قلنا بصحته في الوكيل في إجراء الصيغة لأن هذا القسم من الموكل كثير جدا و لا فرق في ذلك بين كونها ملتفتين بصدور العقد و عدم التفاتهما اليه.

و أما الثاني فهو أن يكون الوكيلان مجتمعين في مجلس آخر غير مجلس العقد و وصل إليهما أن الوكيلين من قبلكما على إجراء العقد قد أوجدا العقد فإنه ح يثبت لهما الخيار بلا شبهة فإنهما حقيقة متبايعان و يصدق عليهما عنوان البيع أو المتبايع و التاجر الواردة في الاخبار التي جعلت بهذه العناوين موضوعه لخيار المجلس و دعوى أن ثبوت الخيار لهما مشروط بحضورهما في مجلس العقد كما عن ظاهر شيخنا الأستاذ لا وجه له فإن الإطلاقات محكمة عليه.

و أما الثالث فهو أن يكونا خارجين عن مجلس العقد و كانا متفرقين في الخارج فالظاهر أنه لا خيار لهما ح و ذلك فان خيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٧٩

المجلس أنما هو مغنيا بغايه و هي الافتراق و من الواضح أن تلك الغايه حاصله هنا من الأول فكيف يثبت لهما الخيار ح و هذا لا ينافي صدق البائع عليهما و استناد البيع إليهما فإن مجرد صدق البائع لا يصحح ثبوت الخيار عليه بل لا بدّ مع ذلك من اجتماعهما في مجلس واحد.

و بعبارة أخرى الافتراق رافع لخيار المجلس حين التحقيق فلا يعقل ثبوت الحكم مع وجود الرفع من الأول و الا يلزم التنافي و لا يثبت للوكيل أيضا كما عرفت لكونه وكيلا في إجراء العقد على هذا الخيار بان فوضا أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيار عن قبل الموكلين أم لا الظاهر لا فإنه لم يثبت لهما فكيف يؤكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشيء لا يكون معطيا له.

و أما الوكيل المفوض من جميع الجهات فهل يثبت معه الخيار للموكل أم لا فهو أيضا على ثلثة أقسام: الأول أن يكون الموكلان حاضرين في مجلس العقد فهذا لا شبهة أيضا في ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فإنه يصدق عليهما البيع حقيقة كما تقدم في القسم الأول و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضا عن انه لو حلف على عدم البيع فبايع الوكيل لم يحث.

و أما القسم الثاني فهو أن يكون الموكلان في خارج مجلس العقد و لكن تجمعهما الهيئة الاجتماعية في محل واحد و معامل الوكيلان المفوضان في محل و أخبر الموكلين بصدور العقد فإنه ح حقيقة يصدق عليهما عنوان البيع و المتبايع و التاجر التي هو موضوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٠

خيار المجلس و لا- وجه لاعتبار حضورهما في مجلس العقد كما عرفت في القسم الأول أما القسم الثالث فهو أن يكون الموكلان خارجين عن مجلس العقد و لم يجتمعا في محل واحد و لم تجمعهما هيئة اجتماعية في مكان واحد و حينئذ لا يثبت لهما الخيار كما تقدم لتحقق البيع حال التفرق و هذا نظير ما كتب كتابا الى أحد و أنشأ فيه بيع داره مثلا و وصل الكتاب إلى المشتري بعد مدة و قلنا بعدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول فقبل المشتري البيع فإنه لا يثبت الخيار في أمثال ذلك فان البيع قد تحقق في حال التفرق فلا يكون لهما الخيار.

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.

أقول: بناء على ثبوت الخيار للموكل أيضا فإذا كانا الموكلين موجودين في مجلس المعقد مع الموكلين المفوضين فهل المناط في سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائرا مدار اجتماعهما في مجلس العقد و تفرقهما عنه و إذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما و عن وكيلهما و الوجه في جعل الميزان في الثبوت الخيار و عدمه هو تفرق الموكلين و عدمه من جهة أنهما اصليين في المعاملة و حقيقة هما بائعان فيكون المناط هو الأصلان.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لأنهما أو جدا المعاملة و هما المناطان في ثبوت خيار المجلس و عدمه لأنهما أو جدا البيع و لو عنه وكالة.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفي في بقاء الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨١

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين في مجلس العقد في بقاء خيار المجلس و هذا الوجه الأخير قد قواه المصنف.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن كفاية بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين في المجلس حيث قال أنفا فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد متنافيان لانه لو لم يعتبر استدامة الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر في الابتداء أيضا لأن استفادة الاجتماع في المجلس أنما هو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله في المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و ان لم يكن نفس الموكل حاضرا في المجلس رأسا.

و فيه أن هذا من غرائب الكلام شيخنا الأستاذ فإن اعتبار المصنف حضور الموكلين في مجلس العقد في ثبوت الخيار لهما من جهة عدم تحقق موضوع الخيار بدونونه فإنه أنما ثبت على الهيئة الاجتماعية و مع انتفائها ينتفى الخيار و ليس غرضه نفى الخيار عن الأصيل مع الوكيل بل من هذا جهة أعم.

و أما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل و الموكل مع بقائهما في مجلس العقد و ان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفي وجود الأصيل مع الوكيل الآخر في ثبوت الخيار حدوثا أيضا فلا ينافي هذا بالكلام السابق أصلا فإن ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضا أعنى الهيئة الاجتماعية غاية الأمر هو الاجتماع بين الوكيل و الموكل الآخر.

و بعبارة أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع في ثبوت خيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٢

المجلس ابتداء و استدامة غاية الأمر أن الاجتماع أعم من اجتماع الوكيلين و الموكلين و الموكلين مع أحد الوكيلين حدوثا و بقاء. و ما ذكره المصنف من جعل المناط في سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفي في ثبوت الخيار و بقاءه بقاء الأصيل مع وكيل آخر

فهو الأقوى و ذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار الطبيعي البيع و المتبايع و جنسهما من غير اعتبار التقييد في ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معا أو الموكلين كك و عليه فيكفي في ثبوت الخيار وجود الأصيل مع الوكيل الآخر حدوثا و بقاء لصدق الطبيعة عليهما بلا شبهة.

كان الكلام في ثبوت خيار المجلس للوكيل و قلنا بعدم ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة و بثبوته للوكيل المفوض في البيع فقط خلافا للمصنف و لشيخنا الأستاذ لاعتبارهما في ثبوت الخيار قدرة ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على سلك المصنف و بقدرته على حل العقد بالإقالة على مسلك شيخنا الأستاذ و الوكيل المفوض في أمر البيع ليس له ذلك و قد تقدّم جوابهما و قلنا ان المناط في ثبوت الخيار صدق البيع و هو حاصل و ان تم أمد الوكالة كما تقدّم خلافا لصورة السابقة و أما الوكيل المفوض فثبوت الخيار له أوضح من أن يخفى و ان كان فيه شيء بناء على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان.

ثم انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل و قلنا لا شبهة في ثبوته للموكل الحاضر في مجلس العقد مع كون الوكيل و كيلا في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٣

إجراء العقد و كذا لا شبهة في ثبوته للموكلين إذا اجتمعا في مجلس غير مجلس العقد فإنه لم يعتبر في ثبوته حضورهما في مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الأستاذ نعم إذا كانا متفرقين في الخارج فلا يثبت لهما الخيار لأن البيع استند إليهما في حال التفرق و لا يثبت للوكيل أيضا لأن المفروض أنه و كيل في إجراء الصيغة فقط.

و أما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضا سواء كان وكيلا مفوضا في البيع و الشراء أو وكيلا مفوضا على وجه الإطلاق، و نفرض الكلام في الوكيل المفوض على وجه الإطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوض في خصوص البيع و الشراء من ذلك أيضا. فنقول لا شبهة في ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما في مجلس العقد فإنه لا شبهة في صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما و من الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما بالأدلة الخاصة.

و توهم انصرافها عن ذلك الى المالك المجرى للعقد فاسد كما تقدم و كك تقدم جواب الإشكال بأنه لو حلف أن لا يبيع داره فباع و كيله لم يحث فيعلم من ذلك أنه لا يثبت له الخيار لعدم صدق البائع عليه.

و كذلك لا- شبهة في ثبوته لهما إذا اجتمعا في مجلس آخر غير مجلس العقد بأن جمعتهما الهيئة الاجتماعية فإنهما أيضا من المتبايعين فيثبت لهما الخيار فلو أخبرهما أحد أن الوكيلين من قبلكما قد أجريا العقد على السلعة الفلانية و علما بثبوت الخيار لهما فلهما الإمضاء و الفسخ.

و لا وجه أيضا لاعتبار الحضور في مجلس العقد كما يظهر من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٤

شيخنا الأستاذ و أما لو كانا متفرقين فلا- يثبت لهما الخيار كما تقدم تفصيله في القسم الأول و لا- يفرق في ذلك كله بين كون الوكيلان من قبلهما مفوضين في البيع و الشراء فقط أو على وجه الإطلاق أو مختلفين.

و قد بقي الكلام في أمرين

الأول أنه إذا اجتمع الموكلان و الوكيلان في مجلس العقد

إشارة

فإنه لا شبهة في ثبوت الخيار لهما كما عرفت و انما الكلام في انه إذا عمل كل منهما الخيار من الفسخ أو الإمضاء فهل يوجب ذلك لزوم البيع أو انفساخه من قبل الجميع سواء في ذلك الموكلان و الوكيلان أم لا.

أما الفسخ

فإنه إذا تحقق من أي من الوكيلان أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فإنه يوجب هدم البيع و انفساخه بلا شبهة و الوجه فيه هو ما ذكرناه في تعريف الخيار من أنه ملك فسخ العقد أو إقراره و قلنا هناك انه فرق بين الفسخ و الإقرار فإن الإمضاء الالتزام إذا تحقق من طرف واحد سواء كان من طرف المشتري أو من طرف البائع لا يستلزم الإمضاء من طرف الآخر فإنه معنى قائم بالطرفين فيمكن الإقرار و الإثبات من احد الطرفين بان يلزم أن يفسخ العقد و لا يرفع اليد من التزامه و لكن يكون جائزا من الطرف الآخر بأن يكون مختارا في الفسخ أو الإمضاء.

و هذا بخلاف الفسخ فإنه لا يعقل أن يتحقق فسخ العقد من طرف و بقائه من طرف آخر بل بمجرد تحققه من أحد الطرفين يفسخ العقد من أصله و هذا الخصوصية في الفسخ فإنه ليس إلا عبارة عن حل العقد و هدمه فلا معنى لان ينحل العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطرف الآخر كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٥

و عليه فإذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فينحل البيع من الطرفين و يفسخ من أصله فلا يبقى موقفاً من الطرف الآخر على الفسخ أيضاً كما كان لزوم العقد من الطرفين موقفاً على إمضاء كلا الطرفين كما هو واضح.

و أما الإمضاء و إسقاط الخيار

فهل يوجب الإلزام من احد الطرفين الإلزام من الطرف الآخر أيضاً كما ذكره المصنف و التزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقياً على خياره.

و تنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيع هو الطبيعة أو أريد منها القضية الحقيقية.

و قد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع و البيع أى الطبيعة الكلية بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبيعة إنما سرت و قد تكون قائمة بفرد واحد و قد تكون قائمة بأفراد عديدة و لكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبيعة و لا يتعدد بتعدد الافراد فكل من سبق من افراد هذه الطبيعة إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد كما كان الأمر كك في الانفساخ أيضاً غاية الأمر إتيان البيع أو المتبايع بكلمة التثنية في قوله (ع) المتبايعان بالخيار أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا قرينة على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البائع و الثانى لطرف المشتري و إطلاق البيعين على البائع و المشتري أو من جهة التغليب كإطلاق الشمسين على القمر و الشمس من باب المشاكلة و المشابهة أو من جهة صحة إطلاق البائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٦

على المشتري حقيقة فإنه بمعنى ترك شيء و أخذ شيء آخر بدله كما في القاموس و الراغب و أما أن الثابت لكل طرف أيضاً متعدّد حسب تعدّد اشخاص هذا الطرف و ذلك الطرف فلا بل ثبت الخيار لصرف الوجود.

و على الاجمال فظهور الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين هو أن هنا خياران قد ثبتا على طبيعتين أحدهما قد ثبت على طبيعى البائع و الثانى قد ثبت على طبيعى المشتري و الإتيان بكلمة التثنية أما من جهة المشاكلة أو من جهة الحقيقة كما تقدّم و هاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدت لكل منهما خيار واحد فأى من افراد هذه الطبيعة سبق على اعمال الخيار بأن أمضى العقد فسقط الخيار عن الباقيين لأن المفروض أنه كان هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعة فبمجرد اعمال فرد من هذه الطبيعة ذلك الخيار سقط عن الباقيين فإن الطبيعى يحصل بصرف الوجود فقط و كك الكلام في الطرف الآخر من الطبيعى.

و على هذا فلكلام المصنف مجال واسع حيث قال

و ح فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط أختيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

فإنه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسألة و مسألة تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسألة الثانية هو أن يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٧

الفسخ أو الإمضاء من أحد طرفي العقد لا من طرف واحد فقط فإنه لا شبهة ح انه إذا فسخ أحد الطرفين انفسخ العقد من الطرفين و أما إذا أمضى أحدهما دون الآخر لا يكون العقد لازماً من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لا يخفى.

و لكن الظاهر ليس كك فالظاهر من الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضية الحقيقية كما هو كك في جعل سائر الأحكام التكليفية و الوضعية فإنها جعلت على الموضوعات المقدره المفروضة وجودها و هكذا في المقام و على هذا

فظهر الروايات ان خيار المجلس انما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البيع و التاجر فكل من صدق عليه شىء من هذا العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوض من جميع الجهات إلى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون إمضاء من قبل الموكل أيضا و ان كان لكل منهما خيار مستقل و لكن حيث كان الوكيل وكيلا مفوضا فله أن يفسخ المعاملة من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما إذا حضر مجلس العقد بعد تحقق المعاملة بين موكله و شخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فإذا كان الوكيل المفوض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوض الحاضر في مجلس و الموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضا فيكون إمضاؤه استقلالاً من قبل نفسه و وكاله من قبل الموكل فيسقط خيارهما معا حتى لو كان غافلا عن ثبوت الخيار للموكل فإن الوكاله ليست من الأمور التي اعتبر فيها قصد الوجه و لذا لو وكل احد شخصا في معاملة و عامل الوكيل تلك المعاملة بقصد الفضولية لعدم علمه بالوكاله فإنه ليس للموكل أن يرد تلك المعاملة و المعاملة معها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٨

معاملة الفضولية كما لا يخفى.

نعم لو قصد الموكل في إمضائه العقد و إسقاطه الخيار الحصه الخاصة من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلا يسقط من كليهما و أما في غير هذه الصورة فيسقط خيار الجميع بإمضاء الوكيل العقد و بهذا يمتاز الوكيل المفوض من جميع الجهات عن الوكيل المفوض في خصوص البيع و الشراء فقط فإنه ليس له إسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف في الأمور الراجعة إلى الموكل في غير البيع أو الشراء اللذان قد حصلوا و خلصت و كالتة.

نعم لو كان الخيار ثابتا لطبيعة البيع و المتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوض كالمفوض المطلق و نفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فردا من طبيعة المتبايع و البيع أيضا.

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه إلخ

إشارة

أقول: هذا هو الأمر الثاني و حاصله ان الغاية في خيار المجلس الثابت للموكلين و الوكيلين معا في مجلس العقد أى شىء هل هي تفرق الموكلين لكونهما أصلا في المعاملة أو هي تفرق الوكيلين لأنهما السبب في ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعاملة أو بتفرق الكل فيكفى بقاء و كيل مع أصيل آخر في مجلس العقد و جوه كما ذكره المصنف أو المناطق في حصول الغاية هو تفرق واحد منهم أى منهم كان كما احتمله السيد (ره) في حاشيته و جوه.

و تحقيق الكلام أنه تارة نقول بثبوت الخيار للطبيعة أى طبيعة المتبايعين و البيعين و أخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع و البيع على سبيل القضية الحقيقية.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٨٩

أما على الأول [أى ثبوت الخيار للطبيعة]

فلا يرتفع الخيار بتفرق بعضهم ما لم يتفرق مجموعهم بان كان في المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع و طبيعة البيع و يصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الأصيل الآخر بان يبقى في المجلس أحد الوكيلين من طرف و أحد الاصيلين من طرف آخر و ببقاء الاصيلين و بقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين و لكن قد عرفت أن ارادة الطبيعة من البيع و المتبايع و جعلها موضوع الحكم في المقام خلاف ظواهر الأدلة فإن الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيع على نحو القضية الحقيقية و المتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لو كان المراد من الأدلة هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل و ان لم يكونا مجتمعين في مجلس واحد بل

متفرقين في الخارج فإن طبيعي البيع و المتبايع لم يحصل التفرق فيه و مقتضى الإطلاق أن طبيعي البيع بالخيار ما لم يحصل التفرق بينهما و من الواضح أن الموكلين أيضا يصدق عليهم طبيعي البيع فيكون لهما الخيار ما لم يحصل التفرق من الوكيلين الحاضرين في مجلس العقد و هذا مما لم يلتزم به المصنف و لا أنه ينبغي أن يلزم به احد فيعلم من ذلك أى من عدم التزام المصنف بهذا النقض أنه لم يقل بثبوت الخيار للطبيعة و دعوى أن صدر الرواية و هو ثبوت الخيار للطبيعي البيع معارض مع ذيله و هو ما لم يفترقا فإنه يصدق على المتفرقين انهم يتبع تفرقوا فلا يلزم الصدر ثبوت الخيار لمن صدق عليه البيع حتى المتفرقون و لا يلزم الذيل عدم ثبوته للمتفرقين فيعارض الصدر الذيل دعوى جزافية فإن انتفاء الطبيعة بانتفاء جميع افراده و لكن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٠

و على الجملة أن ما التزم به المصنف من كون المناط في التفرق هو تفرق الكل صحيح بناء على ثبوت الخيار للطبيعة و لكنه يلزم بما لم يلتزم به أحد.

و أما على الثانى أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود الذى عبارة عن القضية الحقيقية

فإن كان الموكلان مجتمعين في مجلس غير مجلس العقد بان جمعتهما الهيئة الاجتماعية في مجلس واحد فلا شبهة في أن المناط في التفرق الذى هو غاية للخيار هو تفرق الموكلين عن مجلسهما كما أن المناط في سقوط الخيار عن الوكيلين تفرقهما عن مجلس العقد فلا ربط لتفرق الموكلين بالوكيلين و بالعكس.

و ان كان المجموع من الموكلين و الوكيلين حاضرون في مجلس العقد فالمناط في بقاء الخيار و سقوطه هو تفرق أى منهم و بقاء الآخرين فكل من خرج عن مجلس العقد سقط خياره و كل من بقى في المجلس فهو مختار بشرط أن يكون الباقي بعضهم من طرف البائع و بعضهم من طرف المشتري.

و بعبارة أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البيع على نحو الانحلال و الغاية في سقوط ذلك هو التفرق فإذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبة إلى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالأمر بالعكس و ان اختلف الأمر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الأصيل الأخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار في الباقي و يسقط عن الخارجين.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩١

و الحاصل أنه بناء على الانحلال فكل من صدق عليه البيع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيع من الطرف الآخر اجتماعا في مجلس العقد أى بقيا و ان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرقين لأن الغاية قد حصلت بالنسبة إلى المتفرقين و لكنها بعد لم تحصل بالنسبة إلى الباقيين كما هو واضح. و من هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكورة في المقام.

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا الإجازة كاشفة

أقول: قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان صدق عليهما عنوان البائع و المشتري فإنك قد عرفت ان المناط في ثبوت خيار المجلس للبائع هو كون أمر البيع فى يده و من الواضح أن الفضوليين ليسا ككك و من هنا ذكر المصنف أنه إذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضوليين أولى كما لا يخفى و أما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه مما تقدم و مما ذكره المصنف (ره) من ان البيع هو النقل العرفى و هو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع و أما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف جديد على ما تقدم توضيحه فى مسأله عقد الفضولى.

وقد أمر شيخنا الأستاذ على عدم ثبوته للمالكين في المعاملة الفضولية إذا لم يحضرا في مجلس العقد و حضورهما في مجلس الإجازة لا يكفي في ثبوت الخيار لهما لان الانتقال و ان حصل حال الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٢

الا أنه لو احتمل خصوصية الاجتماع حال العقد فلا مانع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة. أقول قد عرفت أن قوله عليه السلام البيعان بالخيار حكم انحلالى ثابت لكل من صدق عليه المتبايع مع حضورهما في مجلس واحد عند العقد حتى صدق البيع و المتبايع عليهما و من الواضح فإذا أجاز المالكين البيع فيستند البيع إليهما و يصدق عليهما عنوان البيع ح فيثبت لهما الخيار لتحقق موضوعه و لا- يفرق في ذلك بين الكشف و النقل في ذلك فإنه على كل حال فزمان الإجازة زمان استناد البيع الى المالكين و زمان الاستناد هو زمان صدق البيع عليهما و هو موضوع الخيار فيثبت لهما الخيار حين الإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف استشكل في إطلاق البيعان بالخيار مع صدق البيع على المالكين هنا لا يقصر عن صدقه على سائر البياعين فلا نعرف الفرق بين المقام و بين سائر الموارد الا من حيث مادة البيع و لا من حيث هيئته.

(في حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا).

إشارة

قوله مسألة لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره

أقول قد عرفت حكم ثبوت الخيار للبائع و المشتري في صورة التعدد سواء كانا وكيلين أو موكلين أو مختلفين، و كك لا شبهة في ثبوت الخيار فيما إذا كان المنشئ واحدا و كان الموكلين من البائع و المشتري متعددا و حاضرا في مجلس العقد فإنه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقا و إنما الإشكال فيما إذا كان شخص واحد و كيلا من قبل كل من البائع و المشتري فإنه لا تعدد في هذه الصورة من الطرفين و مفروض المسألة على ثلثة أقسام لأن الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه و قد يبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٣

من نفسه لموكله و قد يبيع من احد الموكلين للآخر. و هل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف في ذلك و الظاهر أن المعروف هو عدم ثبوت الخيار له من الطرفين و ذهب بعضهم الى ثبوته و منهم السيد (ره) في حاشيته و استدلوا على ثبوته بالإطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفتقا أو حتى يفتقا. و من الواضح أن الشخص الواحد يصدق على البائع و المشتري باعتبارين.

و لكن الكلام في ثبوت المانع عن ذلك في المقام

إشارة

و ذكروا وجوها للمناعية

الأول أن المذكور في الروايات هو المتبايعان أو البيعان

و من الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنييه فانّ الثنييه في حكم تكرار المفرد و مجرد صدق العناوين المتعددة على شيء واحد لا يصح إطلاق الثنييه عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعي مثلا فيقال ان له عنوانين أو عناوين.

و يمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتمة على ذكر التثنية هو ثبوت الخيار للبائع بعنوانه و للمشتري بعنوانه فكأنه (ع) قال البائع بالخيار و المشتري بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر و هذا لا ينافي ثبوته لشخص واحد يكون مجمعا للعنوانين فالنكتة في الإتيان بلفظ التثنية هي كون الغالب في البيوع تعدد المتعاملين و كون البائع غير المشتري بدهاه عدم موضوعية التثنية و الاثنية في ثبوت الخيار و عليه فلا مانع من التمسك بالإطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين في المقام أيضا.

الوجه الثاني أن الحكم أعني الخيار مغيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغيا بالافتراق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٤

كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و قلنا في بعض المباحث الأصولية أن جميع الشروط في القضايا الشرطية ترجع الى الموضوع و على كل حال فهذه الغاية مستحيلة في شخص واحد فإنه لا يعقل الافتراق هنا و من الواضح أنه لا معنى لكون الحكم مغيا بغاية مستحيلة كما إذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين، و هذا الوجه هو الظاهر من المصنف. و فيه أولا ما اجابه السيد نقضا من أن الغاية المذكورة قد تكون مستحيلة في شخصين كما إذا كانا متلاصقين فإنه لا شبهة في ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضا. و هذا النقض لا بأس به و كك يصح النقض بما إذا كانا متعددين غير متلاصقين و لكن كان الافتراق مستحيلا عادة كما إذا كانا في السجن المخلد فإنه لم يتوهم أحد عدم ثبوت الخيار في أمثال ذلك و عليه فيثبت له الخيار و لا يسقط الا بمسقط غير الافتراق.

و ثانيا بالحل بان يقال ان الحكم و ان كان مستحيل ان يكون مغيا بغاية مستحيلة كان يجعل على موضوع معلقا باجتماع النقيضين و لكن المقام ليس كك فإنه لا- بأس بأن يكون مغيا بغاية هي المجمع بين الممكن و المستحيل كما إذا كان قال المولى لا تجوز الصلاة في الثبوت النجس حتى يغسل أو الى أن يغسل و كقوله مثلا لا تجوز أكل المنتجس الى أن يغسل أو حتى يغسل فان الغسل قد يكون مستحيل في بعض أفراد المنتجس لكونه موجبا لانتفاء العين المغسولة و من الواضح أن الاستحالة في خصوص فرد لا يوجب بطلان الحكم المجعول إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٥

غاية جامعة بين الفرد الممكن و المستحيل و كك في المقام فان الخيار و ان كان مغيا بغاية و هي الافتراق و لكن هذه الغاية ليست مستحيلة دائما بل هي مستحيلة في بعض الافراد كما عرفت في الفروض المتقدمة فمثل هذا لا يمنع عن جعل الحكم مغيا بغاية فكما لا يمنع استحالة الغسل في مثل السكر و القند و الصبغ عن كون الغسل غاية لجواز أكل المنتجس أو لبسه و كك الافتراق المستحيل في فرد خاص لا يمنع عن جعل ثبوت الخيار للمتبايعين مغيا بغاية و هي الافتراق و هل يتوهم أحد أنه يجوز أكل السكر المنتجس و الحليب المنتجس من جهة ان استحالة الغسل فيها أوجبت سقوط الحكم بوجود الغسل نعم فيما كانت الغاية مستحيلة من جميع الجهات فلا معنى لكون الحكم مغيا بتلك الغاية.

كان الكلام في ثبوت خيار المجلس لشخص واحد الذي كان وكيلا- من قبل البائع و المشتري و هو قد يبيع مال نفسه من احد الموكلين أو مشتري من أحدهما لنفسه أو يبيع من أحد الموكلين للآخر و بناء على ثبوت الخيار له لا يسقط الا بمسقط آخر و قد تقدم أن المانع عن ثبوت خيار المجلس له من الطرفين تمسكوا بوجوه الأول:

عدم شمول الإطلاقات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين لما نحن فيه فإنها تدل على ثبوته للمتبايعين و البيعين بحيث يكونان متعددا و الشخص الواحد لا يكون متعددا.

و بعبارة أخرى أن الإطلاقات تدل على ثبوت خيار المجلس للتثنية بحيث يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا و الشخص الواحد و ان كان يصدق عليه عنوان البائع و عنوان المشتري و لكنه لا يصدق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٦

عليه عنوان التثنية فإنها في حكم تكرار المفرد والمفرد لا يصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعددة. وفيه أن الإتيان بالتثنية من جهة الغلبة فإن الغالب أن المتصدى للبيع والشراء هو شخصان وهذا لا ينافي ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضا إذا تصدى للبيع والشراء بوحده كما يثبت له بقاء أحكام البائع والمشتري والإتيان بالتثنية في حكم أن البائع له خيار ما لم يفتقر عن المشتري والمشتري له الخيار ما لم يفتقر عن البائع والقرينة على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري مستقلا من غير أن يتوقف أعماله على أعمال الطرف الآخر فالإتيان بكلمة التثنية ليس له موضوعية أصلا كما هو واضح.

الثاني ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غاية للحكم الشرعي لا يمكن أن يكون مستحيلا بل لا بد وأن يكون أمرا ممكنا ومن الواضح أن التفريق الذي غاية لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل في شخص واحد فلا يكون غاية لثبوت خيار المجلس له فيرفع الخيار في حقه نعم قد يكون الغاية المستحيلة غاية لحكم مستحيل كقوله تعالى **حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ**، وكقولك لا تقدر على الحركة و سكون معا حتى يجتمع النقيضان وهذا هو الظاهر من كلام المصنف.

وفي حلا و نقضا اما النقض فيما ذكره السيد قدس سره من فرض المتبايعين متلاصقين فإنه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك أحدهما عن الآخر فلازم الأشكال المذكور أن لا يثبت الخيار لهما أيضا مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحالة الافتراق بينهما عادة كما إذا كانا في السجن الذي لا يخرجان منه عادة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٧

وثانيا بالحل وهو أن الحكم الشرعي وان لم يكن مغيبا بغاية مستحيلة ولكن لا شبهة في جواز كونه مغيبا بغاية ممكنة ولكن بعض أفرادها ممتنع كما مثلناه كما إذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمة أكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغاية ممكنة في نفسها ولكن قد تكون مستحيلة لاستحالة الغسل في بعض المواد لزوالها بالغسل وهذا لا يوجب ارتفاع حرمة الأكل أو اللبس عن تلك المورد مثلا.

وهكذا إذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيبا بغاية وهي الطيران فان استحالته في الإنسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم، وما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل والممكن ممكن ولكن قد استحال ذلك في بعض أفراد البائع والمشتري وهو ما إذا كانا المتصدى للبيع والشراء شخص واحد الا انه لا يوجب رفع الحكم الشرعي أعني الخيار والمجلس الثابت للمتبايعين والبيوعين.

الوجه الثالث أن الغاية التي عبارة عن الافتراق غير متحقق في الشخص الواحد

لا من جهة ما تقدم من عدم جواز كون الحكم الشرعي مغيبا بغاية مستحيلة بل من جهة إباء مادة الافتراق عن ذلك وتوضيح ذلك أن الروايات الواردة في إثبات خيار المجلس على طائفتين الأولى ما كان مقيدا بقيد عدمي كقوله (ع) البيعان بالخيار بما لم يفترقا والثانية ما كان مغيبا بغاية وهو قوله (ع) البيعان بالخيار حتى يفترقا كما أشرنا إلى هاتين الطائفتين في مطاوى ما ذكرناه ولا فرق بين هاتين الطائفتين فإن قوله (ع) حتى يفترقا أيضا راجع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٨

إلى القيد العدمي من حيث المفهوم فان مفهوم حتى يفترقا ان عدم الافتراق شرط في ثبوت الخيار فتكون كلتا الطائفتين ناظرتين الى اشتراط الموضوع بعدم الافتراق وقهرا يكون الحكم أيضا مقيدا بذلك ثم ان التقابل بين الافتراق وعدم الافتراق وان كان هو الإيجاب والسلب كما هو الشأن في كل عدم مضاف إلى شيء وبدله وليسا هما كتقابل الافتراق والاجتماع فإنهما إنما يكونان في موضوع قابل فيكون التقابل بينهما هو العدم والملكة فالتقابل المستفاد من الاخبار الواقع بين الافتراق وعدمه فيكون من تقابل السلب

و الإيجاب، و لكن المتفاهم من القضية السالبة بحسب العرف هو أن الانتفاء أنما هو بحسب المحمول و ان كانت صادقة في نظر العقل بانتفاء الموضوع أيضا فإنه إذا قيل ان فلانا ليس بوسيع الدار أو ليست زوجته جميلة أو ليس له ابن يفهم أهل العرف أن له دار غير وسيعة و أن له زوجة غير جميلة و أن له زوجة و ليس له ابن لا انه ليس له هذا الأمور أصلا و ان كان ذلك أيضا صادقا و عليه فيكون التقابل بين الافتراق و مقابله من العدم و الملكة.

و على هذا فكلمة عدم الافتراق أنما تحقق و تصدق في مورد يكون قابلا للافتراق و لكن لم يتحقق الافتراق لكي يكون السلب بانتفاء المحمول كما هو مقتضى الفهم العرفي حينئذ فيكون السلب مساوقا لثبوت الخيار للمتبايعين مع عدم التفرق في موضوع قابل للتفرق و لو عممنا السلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار في صورة السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار في صورة السلب بانتفاء الموضوع أيضا بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق و عدمه هو التقابل في السلب و الإيجاب و لكن قلنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٩٩

هو خلاف المتفاهم العرفي من القضية السالبة.

و اذن فمحط الروايات و موضعها هو ما كان الافتراق فيه ممكنا مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلا له حتى يكون الخيار مع عدم الافتراق ثابتا للمتبايعين فتكون النتيجة ح أن الخيار غير ثابت في صورة اتحاد البائع و المشتري إذ ليس المورد قابلا لتفرق فيكون المورد من باب السلب بانتفاء الموضوع و قد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلا- يكون مشمولاً للاخبار نعم لو عممنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضا لكانت شاملة لما نحن فيه أيضا.

و الحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق و عدمه تقابل العدم و الملكة بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك و ما نحن فيه من قبيل السلب و الإيجاب و إذا عممنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع أيضا فيكون المقام مشمولاً لهما و لكنه خلاف متفاهم العرف و من هنا ظهر الجواب عن نقض السيد ره فان الشخصين المتلاصقين و ان كانا غير متفرقين و مستحيل افتراقهما و لكن عدم افتراقهما من قبيل العدم و الملكة لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق و ان كانا لا يقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتا لهما لكون الأخبار شاملة لهما كما عرفت.

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمة في جعل خيار المجلس لكان لثبوته لشخص واحد إذا كان و كيلا من الجانبين وجه وجهه و لكن لا دليل على هذا الحكمة و قد تقدم الكلام فيه و لا يمكن رفع اليد بها عن عموم الأدلة و إطلاقاتها الدالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٠

على صحة العقود و الإيقاعات فإن مثل ذلك من الوجوه الاستحسانية التي لا يمكن الاعتماد عليهما.

(مسألة في استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس).

إشارة

قوله مسألة قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار أقول

منها من ينعق على أحد المتبايعين

إشارة

فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس في ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق و قد استدل عليه بوجوه

الأول أن البيع و الشراء المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشراء الحقيقيين

بل هما في الحقيقة عتق فيكون البيع من البائع إيجادا للعتق بصيغته البيع مع الضمان من المشتري و عليه فلا يترتب عليه أحكام البيع أصلا و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عبر عنه بالملك التقدير و الملك الفرضي فإن الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكية أعنى البيع منتف.

و فيه أنه لا وجه للالتزام به و أنه خلاف البدهاهة فإنه لما ذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكية خصوصا إذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فبأى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فإنه و ان كان ممكنا و لكنه لا دليل عليه فإنه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد و لم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك في المعاطاة كما تقدم فإنك قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الأدلة هو الحكم بالإباحة الشرعية على ما ذهب اليه بعضهم.

الوجه الثاني ما ذكره المصنف في آخر كلامه

و حاصله أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠١

سقوط الخيار بالتصرف الشامل للإتلاف معللا في أخباره بأنه رضا منه يقتضى بالفحوى و الأولوية على عدم ثبوته في المقام لان بيع من ينعق على المشتري إتلاف له من البائع و المشتري له فإذا كان الإتلاف رافعا للخيار بعد ثبوته فبالأخرى أن يكون دافعا له. و يرد عليه أولا ما اعترف به المصنف قبل كلامه هذا من اختصاص ذلك بصورة العلم منهما و لا يجرى ذلك في فرض الجهل منهما على الحكم و الكبرى أو الجهل بالصغرى و الموضوع.

و ثانيا أن لازم ذلك هو سقوط الخيار من المشتري فإنه أتلّف المبيع و أما البائع فلا وجه لسقوط خياره و اقدمه على البيع في صورة العلم ليس اقدمه على التلف عنه بل إقدام على التلف عن المشتري.

و ثالثا أن ما سيأتي الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التصرف مسقط للخيار انما هو بعد تمامية البيع و النقل و الانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فإنه لا دليل على كونه مسقطا للخيار بل هو مقوم للبيع الذى موضوع الخيار فإنه لا يتقوم بدون القبول. و بعبارة اخرى ان التلف بل التصرف و لو كان قليلا- و ان كان يوجب سقوط الخيار و لكنه واقع بعد تحقق البيع و حصوله النقل و الانتقال و اما التصرف الحاصل بإيجاد أحد ركني البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلا يوجب سقوط الخيار و عليه فإذا فسخ كل من البائع أو المشتري العقد فيرد بدل العين التي في حكم التالف كما هو واضح.

الوجه الثالث أن في شراء العمودين و ان كان يحصل النقل و لا انتقال حقيقة الا أنه آتى فلا يقبل انا العتق

فلا يقبل المورد تعلق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٢

الفسخ و الردّ به فان الحر لا يصير عبدا و على هذا فأدلة الخيار تكون منصرفه عن المقام.

و بعبارة أخرى أن منصرف أدلة الخيار صورة بقاء العوضين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما تلفا حقيقيا أو تلفا حكيميا و شرعيا كالانتقال الى الغير بالبيع و نحوه أو كالتعلق كما في المقام خرج المورد عن منصرف الأدلة.

و الحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين أما بتعلق الحق بهما ابتداء أو كان الحق قائما بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكونا عوضان قائمين.

و فيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقا دون العين كما هو كك في المعاظة حيث ان معنى تزلزل العقد هو جواز ترداد العينين و على هذا فيجوز اعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستندا الى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقية فتسترجع العين و الأ فبدلها و دعوى انصراف الأدلة الدالة على ثبوت الخيار إلى صورة بقاء العين دعوى جزافية فإنه لا منشأ له بوجه و ان كانت نتيجة فسخ العقد أيضا هو استرجاع العين.

الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفة في ملك البائع في فرض التلف

بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلا إلى المشتري أصلا لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن و كان التصرف وقع في ملك البائع و فرض العقد كأن لم يكن مثلا إذا اشترى أحد من البائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٣

خبزا فأكله ثم فسخ العقد فمعناه أن الأكل قد وقع في ملك البائع و عليه فلا يجرى ذلك في شراء الشخص عمودية فإنه بمجرد الاشتراء ينعقد عليه بعد حصول الملكية له آنا ما و إذا انعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا في ملك البائع فإن العبد ليس من عمودى البائع حتى ينعقد عليه بل هو من عمودى المشتري فلا يعقل جريان الفسخ هنا أصلا فلا يجرى خيار المجلس في شراء الشخص عمودية كما هو واضح.

و بالجملة حيث لا يمكن فرض كون العتق في ملك البائع لعدم كون العبد أبا له مثلا فلا يمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق معناه الذى كان عبارة عن فرض كون التلف في ملك البائع و إذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلا يجرى فيه الخيار أيضا.

و فيه أولا أن لا داعى لهذا الفرض فإنه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضرورة فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع في ملك البائع كما لا يخفى.

و ثانيا لازم ذلك عدم الخيار في صورة التلف الحكمى بأن يبيع المشتري ما اشتراه من البائع الى الثالث فإنه لا يمكن هنا أيضا فرض كون البيع في ملك البائع فإنه مضافا الى أنه لا يبيع إلا في ملك لانه وقع في ملك المشتري أن لازم ذلك رجوع الثمن إلى البائع و ليس كك قطعاً فإنه مال للمشتري فلا مساس له بالبائع كما هو واضح و أما في صورة التلف الحقيقى فلا يجرى النقص لا مكان فرض كون التلف في ملك البائع فلا يقاس بالتلف الحكمى مثل البيع و نحوه.

الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقاييس

و حاصله أن ثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٤

الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك أنا ما أو أن الخيار مبنى على البيع و الانعتاق مبنى على ثبوت الملك أو العكس فعلى القول بحصول الخيار و الانعتاق بمجرد البيع أو القول بحصول الملك أو القول بكون الخيار مبنيًا على الملك و الانعتاق على البيع فيقوى القول بعدم الخيار و الوجه فيه أن أخبار العتق النص في مفاده و القول بالرجوع إلى القيمة بعد اعمال الخيار فاسد فإن القيمة بدل للعين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلق الخيار فيكون مقدما.

ثم قرب ثبوت الخيار على الوجه الأخير جمعا بين الحقين و دفعا للمنافاة من البين و عملا بكلا النصين و الإجماع على عدم إمكان

زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا- للفسخ منزلة الأرش مع ظهور عيب في أحدهما و العتق بمنزلة تلف العين فكما أنه مع ظهور العيب في أحدهما يؤخذ الأرش و في هنا يؤخذ البدل إذ لا يمكن عود الحر عبدا ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرد العقد و أن العقد علة له كما أن الملك علة للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العلة و- المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرد البيع كما هو واضح.

و فيه أنه لا يترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه و لا طائل تحته أصلا فإنه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدم الطبيعي فلا فائدة فيه.

و ان كان المراد به هو التقدم الزماني فهو خارج عن المقام أما الأول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدما رتبة على الملك و كان مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٥

الخيار أيضا مترتبا على البيع فيكون مقدما على الانعتاق رتبة لان الفرض أن الانعتاق إنما ترتب على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبة و ترتب الخيار على الملك و الانعتاق على البيع كان الخيار أيضا متقدما على الانعتاق و ان كان العكس فالانعتاق مقدّم على الخيار رتبة.

و بعبارة أخرى قد يكون الخيار مقدما على الانعتاق رتبة و قد يكون الانعتاق مقدما على الخيار رتبة و على كل حال سواء كان الخيار مقدما على الانعتاق أو الانعتاق مقدما على الخيار فلا يترتب عليه ثمر أصلا لأننا ذكرنا مرارا في كثير من الأبحاث أن المدار في اجتماع الحكّمين و عدمه و تقدم أحدهما على الآخر و بالعكس هو ملاحظة الاتحاد في الزمان فبمجرد الاختلاف بحسب الرتبة لا يفيدنا بوجه و من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعتاق رتبة أو بالعكس و على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع و الانعتاق إنما تحققا في زمان واحد فيترتب عليهما بالخيار و الانعتاق أيضا في زمان واحد و ان كان ترتب أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الرتبة لتقدم موضوع أحدهما على الآخر كك.

و أما على الثاني بأن يكون موضوع أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الزمان فيكون أحد الحكّمين أيضا مقدما على الآخر من حيث الزمان كما إذا فرضنا في مورد قد حصل البيع و لم يحصل الملك بعد كما في بيع السلم فان البيع قد حصل عند إجراء الصيغة و لكن الملكية مشروطة بالقبض و عليه فان قلنا بكون الانعتاق مترتبا على البيع و الخيار مترتبا على الملك فبمجرد تحقق البيع يترتب الانعتاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٦

على البيع كما إذا كان الثمن عبدا فإنه ينعتق على البائع الذي هو ابنه و عليه فلا يبقى موضوع للخيار أصلا فإنه كان مترتبا على الملكية و هي لم تحصل بعد و لكن هذا مجرد فرض فإنه لا دليل على الانعتاق بمجرد البيع كما هو واضح و ان كان الخيار مترتبا على البيع و كان العتق مترتبا على الملك كما هو كك فح لو فسخ ذى الخيار العقد فإنه لا يبقى موضوع للانعتاق و هذا الفرض صحيح و لكن كلام صاحب المقابس في البيع المتعارف لا- في البيع السلم و قد ذكرناه من انّ الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلام هو اجتماع الخيار و الانعتاق في محل واحد و ملاحظة دليلهما و تقدم أحدهما على الآخر لا نصية و في المقام لم يجتمعا في آن واحد بل كان الخيار مقدما على العتق موضوعا و كان ثبوته أيضا مقدما عليه فإعماله لا يبقى مجالاً للعتق فضلا عن الاجتماع و على كل حال لم نتحصل من كلامه و تشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلا و على الجملة لم نعرف وجهها صحيحا و فائدة لما تشققه و قسمه الى شقوق و أقسام و الحق أنه لا- وجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابس أخيرا فيكون ذلك مثل الأرش.

قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر المسلم اختيارا

أقول من جملة الموارد التي ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبرا فإنه لا خيار للبائع وح و إلا يلزم أن يكون مثل الأول، وقد يقال في وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلا بل هو صورة بيع نظير الوجه الأول الذي تقدم في بيع العبد ممن ينعق عليه فكأن هذا شيء لاستخلاص

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٧

العبد المسلم من الكافر وإعطاء ثمنه إياه من أي شيء كان من بيت المال ونحوه.

والحاصل أن خيار المجلس إنما ثبت في البيع للمتبايعين فبيع العبد المسلم من الكافر ليس بيعا لكي يثبت فيه الخيار بل هو استنقاذ له من الكافر وإعطاء بدلته إياه بأي نحو كان فلا يثبت ح خيار المجلس كما هو واضح كما أن في المسألة الأولى كان بيع العبد ممن ينعق عليه صورة بيع لكونه في المواقع إنشاء لصيغة العتق كما لا يخفى.

هذا وإن كان ممكنا و لكنّه خلاف ظواهر الأدلة فإن قوله (ع) في عبد المسلم عند مولاه الكافر قال بيع ممن ينعق عليه أن الظاهر منه أنه يباع عليه حقيقة لا أنه يستنقذ منه و يعطى عليه قيمته كما توهم.

وقد يقال بأن ثبوت الخيار للبائع الكافر إثبات سبيل له على المؤمن و هو منفى بنص الآية الشريفة هنا فلا يثبت خيار المجلس في مثل هذا البيع.

ولكنك قد عرفت في شرائط العوضين من الآية لا دلالة فيها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم فإن مجرد التملك ليس سبيلا و إنما السبيل هو بقاء العبد تحت سلطنة الكافر و أما إذا ملكه ثم اجبر بالبيع فلا سبيل فيه و على تقدير دلالتها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم إنما هو في الملك الابتدائي بأن يشتري عبدا مسلما من شخص و أما الملك الاستمراري فلا يكون مشمولا للآية بأن يبيع ما عنده من العبد ثم يرجعه الى ملكه بالفسخ و هذا وإن كان نحو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٨

من التملك و لكنه ليس مشمولا للآية و ذلك فقد عرفت مرارا أن الفسخ إنما يتعلق بالعقد و يرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين و يترتب عليه استرداد العين إن كانت باقية و ردّ البديل إن كانت العين تالفه و عليه فرد العين الى ملكه ليس تملكا جديدا كالتملك الابتدائي بل هي مملوكة للمولى بعين الملكية السابقة غايه الأمر قد كانت منقطعة بالبيع و ممنوعا عنه به و قد ارتفع المانع بالفسخ و رجع الى حاله الاولى و صار أيضا مملوكا لمولاه بالملكية الأولى كما هو واضح و من هنا قال الشافعي أن الزائل العائد كأنه لم يزل و ما ذكره موافق للاعتبار و إن لم يكن عليه دليل و على هذا فلا مانع من ثبوت الخيار هنا فإذا أعمل الكافر خياره و فسخ العقد و أرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضا و على الجملة لا نعرف وجها لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لا يخفى لإطلاق أدلة الخيارات.

وقد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانيا أيضا مثل التملك الابتدائي فيكون سبيلا للكافر على المؤمن فلا يجوز فلا يرجع العبد المسلم الذي بيع على الكافر اليه ثانيا بالفسخ أيضا. وقد ظهر جوابه مما تقدم فإن الفسخ ليس من المملكات ليكون إرجاع العين به تملكا جديدا بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الأول.

و على تقدير صحة هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضا كما هو مقتضى الوجه الأول لإطلاق أدلة خيار المجلس فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار و عدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانيا بل يرجع اليه بدلته و الحاصل أن ضم الوجه الثاني بالوجه الأول ينتج أن الكافر البائع له الخيار و لكن لا يترتب على فسخه إرجاع العين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٠٩

أعني العبد بل إرجاع بدلته. و الحق أن هذا أيضا ليس من المستثنيات كالمورد السابق بل أدلة خيار المجلس في كلا الموردین

محكمة.

و على الجملة فإننا نقول بعدم ثبوت الخيار أصلا فهو مناف لأدلة الخيار أو نقول بثبوته و لكن لا يترتب على اعماله إلا رد البدل فقط حفظا لكلا الوجهين و جمعا بينهما فان الفسخ لم يتعلّق برّد العين حتى لا يمكن الجمع بين الوجهين بل تعلق بالعقد و هو في الحقيقة يرفع الالتزام العقدي كما لا يخفى.

قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه

فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه أقول قد ذكروا من جملة موارد سقوط خيار المجلس شراء العبد نفسه من سيّده فإنّه بناء على جوازه كما هو الظاهر لا يثبت له الخيار لعدم شمول أدلة الخيار له.

و الوجه في ذلك الفارق بين هذا و بين بيع العبد على من ينعق عليه هو أن المانع هناك انما هو الشرع فإن الإنسان لا يملك عموديه شرعا و لذا يملك آن ما لتصحيح موضوع العتق ثم ينعق عليه بحيث لو لم يكن هنا مانع شرعى لملكه دائما و لكن لمانع شرعى ينعق على المشتري ألا أنه ينعقد البيع و لا يمنع ذلك عن انعقاده و بقانون حكم المعاوضات إذا عمل البائع الخيار فيرجع الى البدل كما أنه لو كان فيه عيب فيرجع المشتري الى الأرش و هذا بخلاف ما نحن فيه فان المانع هنا عقلي بداهة أن المولى أنّما هو مالك للعبد بالإضافة الاعتبارية كملكه لبقية أمواله ملكية اعتبارية و إذا ارتفع هذا الاعتبار فيكون العبد مالكا لنفسه و كذا لجميع أفعاله و أعماله ملكية ذاتية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٠

بحيث لا يكون لأحد التسلط عليه و هذا عين الحرية و ليس شيئا آخر ورائه و مع هذا لا معنى لاعتبار ملكيته على نفسه لكونه لغوا محضا كما أن اعتبار الملكية لكل أحد على نفسه أو على أعماله و ذممه لغو لوجود إضافة الملكية في جميع ذلك ملكية ذاتية و السلطنة الحقيقية من غير أن تقارنها سلطنة اعتبارية أصلا و هذه السلطنة هي التي أشار إليها عزّ من قائل لا أمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَ أَخِي وَ عَلَيْهِ فَلَـ. معنى في هذه الصورة شراء العبد نفسه بل هو صورة بيع و أنّما حقيقته العتق فيكون ذلك نظير العبد المكاتب فإنه ليس إلا عتقا و إطلاق البيع أنّما هو بالمشابهة و المشاكلة كما لا يخفى.

بل نظير ذلك موجود في هذا الزمان أيضا فإنه إذا كان شخص محكوما بالأعدام في المحكمة الاختصاصية و أعطى مالا و نجى عن القتل فإنه يقال انه اشترى نفسه ممّن كان حاكما على قتله و كك المقام و عليه فلا معنى لحصول البيع من الأوّل أبدا حتى آنا ما فإنه لا يقاس بالمانع الشرعى فإنه قلنا هناك بحصول الملكية آنا ما بمقتضى الجميع بين الأدلّة الشرعية و هذا بخلاف المقام فان المانع عقلي فهو مانع من الأوّل.

و الا- فلو كانت الملكية حاصلة آنا ما لم يكن وجه للسقوط بل كان باقيا إلى الأبد لعدم الدليل عليه و على هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضوعا لعدم كونه يباع أصلا كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا مانع من الالتزام بصحة البيع هنا فإن الشأن هنا هو الشأن في أعمال الإنسان و الكلى في الذمة فإنه يصح أن يشتري و يبيع ما في ذمته للغير و من الغير غاية الأمر تبدل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١١

الملكية الاعتبارية بالملكية الحقيقية لكونه لغوا و اما عدم جواز بيع نفسه فمن جهة ما دلّ على حرمة بيع الحر فيصح بيع المولى عبده من نفسه بالملكية الاعتبارية و بعد الشراء يكون العبد مالكا بالملكية الذاتية كما انه مالك لعمله و فعله و ذمته كك.

قوله و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا في شدة الحر ففي الخيار إشكال

أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن

إطلاق أدلة الخيار فإنه لم يؤخذ فيها كون المبيع قابلاً للبقاء و عليه فلا بأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضاً غاية الأمر أنه إذا تحقق الفسخ فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضة و لذا ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به إذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابلاً للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقة فضلاً عن الفقيه و هو إذا كانت العادة جارية بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعة أو نصف ساعة كالمأكولات و المشروبات بل في غير ذلك أيضاً إذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الا- زماناً قليلاً فإن المشتري بمجرد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل و لا يمكن الالتزام به فلا مناص من القول بثبوت الخيار لإطلاق الأدلة و لكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل.

و قد أشار شيخنا الأستاذ على ثبوت الخيار هنا و حاصله أن خيار المجلس انما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعتراض عن العوضين و مع علمهما بخروج المال عن المالية بمجرد البيع اما حقيقة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٢

أو شرعاً فقد أقدمنا على ذهاب مالهما و من الواضح أن في بيع العبد ممن ينعق عليه أو في شراء العبد نفسه أو في بيع الجمد في شدة الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تلف غاية الأمر أن التلف في الأولين شرعى و في الأخير مستند الى الحر فالتلف عادى و على كل حال فلا يثبت الخيار في أمثال ذلك.

و فيه أولاً أن أدلة الخيار غير مقيدة بما ذكر بل هي تدل على ثبوت الخيار على وجه الإطلاق.

و ثانياً أن متعلق الخيار و الفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن العوضين و عدم اعراضهما عنهما. و ثالثاً فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العادة بتلف المبيع أو علماً بذلك بعد ساعة أو ساعتين كما إذا كان المبيع طعاماً كالخبز و نحوه فان من يشتري الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبائع يعلم ذلك و كك أمثاله و لم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى.

و على كل فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره العلامة (ره) من عدم ثبوت الخيار في بيع الجمد و نحوه.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٢

قوله مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا

إشارة

أقول لا- شبهة أن مورد خيار المجلس انما هو البيع لاختصاص الأدلة به فلا يجرى في غيره و لكن ذكر الشيخ (ره) في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا- يدخلها قال و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى و مراده من الخيارين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٣

هو خيار المجلس و الشرط و حكى نحوه عن القاضى و لكن لا نعرف وجهاً لثبوت الخيار هنا و من هنا ذكر العلامة في التذكرة أن الخيار في أمثال هذه العقود أبدى، و احتمال في الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذا العقود كما ذكره المصنف لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه

العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرف فهو الذي يمكن توقيفه على انقضاء الخيار.

و الذي ينبغي أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما لازمة أو جائزة

أما الأولى

ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيه فإنها عقود لازمة فليس لأحد المتعاملين فسخها فإذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من الفسخ و لكنه الدليل فى مقام الإثبات قاصر فإن دليل ثبوت خيار المجلس هو المطلقات الدالة على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا و من الواضح أن هذه الأدلة مختصة بالبيع فلا تشمل غيره.

و أما العقود الجائزة

فهي جائزة بطبعها كما ذكره العلامة فلا وجه لثبوت الجواز فيها ثانيا فجعل الخيار فيها لغو محض فإنه مضافا الى أنها فى مقام الإثبات لا- دليل عليه لما عرفت من اختصاص الأدلة بالبيع فى مقام الثبوت أيضا غير معقول فإنه بعد كون الشيء جائزا بطبعه و ذاته لا معنى لثبوت الخيار له ثانيا فإنه لغو محض و دعوى أن الثابت بالعرض هو الحق و الثابت بالذات دعوى جزافية فإنه سواء كان هنا أمر عرضى يكون من قبيل الحق أم لا فان الواهب له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٤

أن يفسخ العقد و له الإبقاء فى هذه الجهة لا ثمرة و اما من جهة إسقاط الخيار و حق الفسخ فهو لا يسقط و لو أسقطه ألف مرة و معه أى فائدة فى ثبوت الخيار و بالجملة انا لا نعقل بمعنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزة لأنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات. و أما ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف (ره) من اشتراطها فى ضمن معاملة فإنها ح تكون لازمة و لكن إذا فسخ أصل المعاملة بخيار المجلس مثلا كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمة التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزة التى الشرط لزومها فيها أيضا جائزة أى ترجع الى الحال الأولى. و أما نقول لا نفهم معنى كلامه و اما يحمل على سهو القلم.

(مبدء هذا الخيار من حين العقد).

إشارة

قوله مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول وقع الكلام فى أن خيار المجلس مختص ببعض افراد البيع أو يجرى فى جميعها فعلى القول بوجود التقابض فى الصرف فلجريان الخيار فائدة واضحة و على القول بالعدم فالظاهر أنه لا ثمرة للخيار و من هنا

فلا بد من التكلم فى المقامين

إشارة

الأول فى وجوب التقابض فى الصرف و الثانى فى ثبوت الخيار و عدمه.

أما المقام الأول [في وجوب التقابض في الصرف]

فقد استدل عليه بوجوه الأول بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بدعوى أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الإقباض مخالف للوفاء بالعقد فيجب الإقباض لذلك وهذا هو العمدة في المقام.

وفيه أولا قد ذكرنا سابقا أن معنى الوفاء هو الإنهاء والإتمام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٥

فالأمر بذلك إرشاد الى أن هذا الالتزام الحاصل بين المتبايعين لا يتحد ولا ينعدم فيدل على اللزوم بالمطابقة كما تقدم فلا دلالة فيه على الوجوب التكليفي حتى يدل على وجوب المتقابض تكليفا.

وبعبارة أخرى أن وجوب التقابض على القول به وجوب تكليفي فالإيه الشريفه إرشاد إلى لزوم العقد فلا تدل على ذلك.

و ثانيا: على القول بكون وجوب الوفاء تكليفا ولكنه انما يفيد إذا ترتب عليه أثر فأى أثر يترتب على بيع الصرف و السلم قبل التقابض فإن أثر البيع هو الملكية و هي بعد لم تحصل و على هذا فيبيع الصرف و السلم خارجا عن حدود وجوب الوفاء تكليفا و عليه فلا يدل على وجوب التقابض كما لا يخفى.

و ثالثا: على القول بترتب الأثر أيضا فالعقد هنا لم يتم فإنه انما يتم إذا كان موجبا لحصول الملكية و من الواضح أنه موقوف على التقابض و هو بعد لم يحصل فلا يكون العقد حاصلًا.

وبعبارة أخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر في مقابل مال الآخر و هذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى.

و اما وجوب التقابض في بقیه فليس من جهة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل من جهة حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالا للآخر فلا بد من دفعه الى صاحبه و أما في بيع الصرف و السلم فليس كذلك.

الوجه الثاني ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض في الصرف و السلم من جهة شباهة ذلك بالربا

فإنه مع التأخير يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٦

الأجل أيضا قسما من الثمن فيكون زائدا على الثمن تقريبا فيشبهه الربا.

وفيه أن هذا الوجه عجيب من العلامة بل هو شبيه بالوجه التي تذكر في كتب العامة فإنه يرد عليه أولا: أن الدليل أخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم انما يتم فيما إذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد و أما لو كان أحدهما ذهابا و الآخر فضاة فلا يلزم ذلك.

و ثانيا أيضا ذلك أي كون الدليل أخص من المدعى أن هذا انما يتم في الطرف الذي لم يقبض بعد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى.

و ثالثا: أن الشبيه بالربا ليس بحرام ما لم يكن بنفسه ربا و الا- يلزم أن يكون كل ما يكون شبيها بالحرام حراما فالخمر حرام و لكن للشبيه بالخمر ليس بحرام و الزنا حرام و الشبيه بالزنا ليس بحرام و هكذا فان دليل الحرمة لا يدل الا على حرمة الشيء بنفسه لا على حرمة مشابهاة.

الوجه الثالث الاخبار الوارد في بيع الصرف و السلم

الظاهرة في وجوب التقابض في المجلس كقوله عليه السلام «١» و ان نزي حائطا فانز معه و كذلك غيره من الاخبار كقوله (ع) يدا بيد، فيعلم من ذلك أن التقابض في المجلس واجب و الا لم يقل عليه السلام فان نزي حائطا فانز معه فكأن وجوب تعقيب أحدهما

الأخر من جهة التقابض

(١) وسائل ج ١٢ ص ٤٥٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٧

لا من جهة وجوب النزو في نفسه.

وفيه أن الأمر بالنز وإرشاد إلى اعتبار الاجتماع في المجلس و أنه يبطل العقد بدونه قبل القبض و الا لكان النزو على الحائط واجبا مع أنه لم يتوهم أحد ذلك فيعلم أن ذلك إرشاد إلى انحلال العقد بالتفرق قبل التقابض و أن من يريد بقاء العقد و عدم بطلانه فلا بد و أن يصاحب رفيقه حتى لو نرى هو على الحائط فيتزو صاحبه عليه أيضا فيدل الحديث على مبطلية التفرق قبل القبض.

و أما المقام الثاني أعني ثبوت الخيار في بيع الصرف و السلم

إشارة

فيقع الكلام هنا أيضا في مقامين الأول في مقام الثبوت و الثاني في مقام الإثبات

أما المقام الأول [في مقام الثبوت]

فقد ذكر المصنف أنه بناء على القول بوجوب التقابض في المجلس تكليفا فأثر الخيار واضح فإنه بعد اعمال الخيار لا يبقى مجال لوجوب التقابض فإنه لا يبقى مجال لذلك.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض في المجلس فأثر الخيار و ان كان خفيا لأن سلطنة كل من المتعاقدين باقية على حالها و أنه لا حق لأحدهما في مال الآخر و لكن مع ذلك يمكن تصوير الفائدة و الأثر للخيار بان يكون أثره خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد أو أسقطه بنفسه لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن ذلك. و على الجملة فأثره الخيار بناء على وجوب التقابض هو فسخ العقد و عدم بقاء الموضوع لوجوب التقابض و على القول بعدم وجوب التقابض هو إخراج العقد عن قابلية لحوق التقابض المملك كما هو واضح و على القول بوجوب التقابض فهو واضح

و أما في مقام الإثبات

فقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٨

يتوهم شمول الأدلة الواردة في باب خيار المجلس و خيار الحيوان الدالة على ثبوت خيار المجلس للبيع و المتبايع لما نحن فيه و من الواضح أنه يصدق البيع و المتبايع على المتبايعين في الصرف و السلم فلا وجه لاجرائهما عنها.

و فيه أن الموضوع في تلك الأدلة هو المتبايعان أو البيعان و من الواضح انهما لا- يصدقان على المتعاضين و المتبايعين في باب الصرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البيع و الشراء و عدم حصول التمليك و التملك فكيف يصدق عليهما عنوان البيعان أو عنوان المتبايعين كما لا يخفى.

على أن خيار المجلس انما يثبت في مورد يكون التفرق موجبا للزوم العقد كما هو مذكور في الروايات الدالة على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يثبت خيار المجلس و كك خيار الحيوان قبل الإجازة للمالكين الحاضرين في مجلس العقد على الأول و مطلقا

على الثانى فإنه ما لم يستند العقد إليهما فلا يصدق عليهما عنوان البائع و لا عنوان المشتري و من الواضح أن استناد العقد انما يكون بالإجازة -لا- قبلها و لا- يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنه على كل حال فاستناد البيع و الشراء إليهما من حين الإجازة فصدق البيع و المتبايع عليهما من زمان الإجازة و ان حصلت الملكية من حين العقد على الكشف فلا يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١١٩

قوله: القول فى مسقطات الخيار و هى أربعة على ما ذكرها فى التذكرة

إشارة

أقول

من جملة مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه فى ضمن العقد

إشارة

ذكر المصنف قدس سره أنه لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد و عن الغنية الإجماع عليه، و قد استدل عليه بوجه

الأول دعوى الإجماع على ذلك

و فيه قد مر مرارا أن دعوى الإجماع فى مثل هذه المسائل التى نعلم فلا أقل نحتمل أن مدركها جهة كشفه عن قول المعصوم دعوى جزافية فإن الإجماع ليس بنفسه حجة و انما حجة لكشفه عن قول المعصوم فلا يكشف عنه الا مع القطع به.

الثانى المستفيضة و هى المؤمنون عند شروطهم

إشارة

و قد يقال: انها معارضة بعموم أدلة الخيار و يرجح على أدلة الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فإنه على تقدير تمامية دلالة المستفيضة فيه تكون حاكمة على أدلة الخيار لكونها مأخوذة فى موضوعها كحكومة أدلة الحرج و الضرر على سائر الأحكام الإلهية كما ذكره المصنف (ره) فجهة المعارضة و أجاب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسدا فان مقتضاه على ما هو ظاهر قوله (ع) البيعان بالخيار هو ثبوت الخيار و هذا الاشتراط مخالف له و فيه أن هذا شرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضاه هو حصول الملكية و ليس هذا مخالفا له بل هو مخالف لثبوت الخيار و من الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هى هذه كما لا يخفى.

و لكن الظاهر أن الرواية لا تدل على المقصود لا من جهة ما ذكره المصنف و ذلك هو ما ذكرنا سابقا من أن الظاهر من هذه الجملة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٠

المباركة هو الحكم التكليفى فإن قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (ع) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفى بما التزمه و بما وعده و هذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفة أيضا فيقال المرء عند كلامه و عند رأيه و

هكذا.

و عليه فلا- دلالة في ذلك على المقصود هنا فان اشتراط سقوط الخيار عند المعاملة غير قابل لتعلق الحكم التكليفي به فان اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لا يكون له الخيار في هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل الله تعالى فان الله تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضا راجع اليه و ليس من أفعال المتعاملين حتى يقدر على إسقاطه.

ومع الإغماض عن ذلك فهي مخالفة للسنة المعتمدة الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين فإنه ورد في ذيل بعض هذه الروايات الا شرطا مخالفا للكتاب و السنة و بيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين و اشتراط عدمه مخالف للسنة و هذا غير اشتراط إسقاط الخيار فإنه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجة و فرق بين اشتراط إسقاط الخيار و بين ان لا يكون له خيار أصلا فإن الثاني مخالف للسنة دون الأول.

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجملة المباركة على بعض الشروط التي من قبيل ما ذكر أي أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط و عدم الخيار و لو كان ما ذكرناه من الاشكال واردا عليه اي على جملة المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢١

و ذلك كما في صحيحة مالك بن عطية «١» قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جارية مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما يملكك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعدد ذلك على أبي إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاهما في مكاتبتهما على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم.

فان الظاهر من هذه الرواية هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتا للأمة بعد ما صارت حرة فيعلم من ذلك أن هذا الشرط ليس مخالفا للسنة و الا لما طبقها عليه الامام عليه السلام.

و فيه أولا أن مورد الرواية أجنبي عما نحن فيه فان موردها هو من قبيل اشتراط سقوط الخيار مما يقتضى الخيار في عقد ليس مقتضيا له فان عقد المكاتبه ليست مقتضية للخيار بحيث انه بمجرد ذلك يحكم بكون الأمة ذا خيار و انما المقتضى له هو الحرية الحاصلة بعد أداء مال الكتابة و من الواضح أنه لم يلتزم بذلك أحد فلا بد من الاقتصار بمورد الرواية و من هنا لا وجه لتوهم الأولوية أيضا بدعوى ان اشتراط سقوط الخيار في عقد هو مقتضى لذلك بطريق أولى فإنه لم يثبت في الأول الخيار في جميع الموارد بل في مورد الرواية فقط فكيف يمكن إثباته في المقتضى للخيار بطريق الأولوية كما هو واضح.

و ثانيا قد ذكرنا في أول الخيارات أن اشتها استعمال كلمة

(١) وسائل ج ١٦ ص ٩٥ باب ١١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٢

الخيار في الخيار المصطلح انما هو من جهة ما جرى عليه اصطلاح الفقهاء و الالفليس ذلك من معناه اللغوي و لا من مقتضيات الدليل و قلنا أن معنى الخيار لغة هو اختيار الخير لنفسه و أما القدرة على الفسخ انما هو استفاد من اللام الظاهر في الملكية و الاختصاص فيقال له الخيار اي له القدرة على الفسخ و الإبقاء بل قلنا أن كلمة الخيار و ما اشتق منها يستعمل في هذا المعنى حتى في هذا اليوم.

و عليه فقولنا عليه السلام لا يكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوي أي ليس له اختيار الفسخ في الخارج بمعنى أنها ملزمة في شرطها و لا توجد الفسخ الخارجي و لا يكون هذا مخالفا للسنة فإنها تدل على ثبوت القدرة للمتبايعين على فسخ العقد و إمضائه و هذه القدرة باقية للمتبايعين و للمتعاملين و في المكاتبه أنه إذا صارت حرة فله القدرة على فسخ عقد الزوجية الواقعة بينهما و

بين العبد و هذه القدرة باقية على حالها و لكن الامام (ع) طبق جملة المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للأمة على الشرط الذى وقع بينهما و بين ابن زوجها من جهة أن تكون الأمة ملزمة بإبقاء العقد و لا تفسخ فى الخارج و لا تختار فيه لنفسها الفسخ بل بقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لا يكون لها خيار و قدرة على الفسخ ليكون على خلاف السنة فان هذا موافق للظواهر و الاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لا يخفى.

و الشرط انما يكون مخالفا للكتاب و السنة إذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب و السنة و نظير ذلك ما سياتى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٣

فى الشروط من أن الرجل يتزوج على امرأة و تشتط الإمره عليه أن لا يأخذ سرية أو امرأة أخرى فإن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة فإنه ثبت بهما جواز أخذ السرية و المرأة على الزوجه و شرط خلافه مخالف للكتاب و السنة فلا يكون متبعاً.

اذن فلم يبقى فى الرواية ما يوجب الاشكال عليها الا- توهم أن هذا الإسقاط إسقاط لما لم يجب فان مقتضى الخيار ليس هو عقد المكاتبه ليكون حاصلًا عند الاشتراط بل هو الحرية و من الواضح انها لم تحصل حتى تكون الأمة الحره ذا خيار فى فسح عقد النكاح و عدمه فيكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الإعانة إسقاطا لما لم يجب و قد ذكر ذلك بعض الشافعية.

و فيه أن هذا صحيح فإنه يلزم أن يكون الإسقاط فى ضمن الإعانة أن لا يكون لها خيار فى فسح عقد الزوجية و لكنه لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب فإنه بلا دليل فأى مانع أن يسقط الإنسان ما لم يجب عليه بعد كما هو واضح فيكفى فى صحة ذلك تحقق ما يترتب فيه حصول ذلك الأمر الساقط فعلاً.

غاية الأمر فللمدعى أن يدعى الإجماع على بطلان إسقاط ما لم يجب بدعوى كونه تعليقا و فيه مضافا الى أنه دليل لبي يقتصر فيه على المورد المتيقن و هو صورة التعليق فى العقود أن الإجماع هنا على خلافه كما تقدم فلا وجه للمناقشة من هذه الجهة. و بالجملة فلا دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب بوجه.

و الذى ينبغى أن يقال أن الخيار الثابت للمتبايعين فى المجلس ما لم يفترقا من قبيل الحقوق التى تقبل السقوط و قد قلنا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٤

فى أول البيع أنه و ان كان لا فارق بين الحق و الحكم فان جميع ذلك حكم الهى مجعول لله تعالى و لكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله إسقاطه أو إبقائه و نسمى ذلك القسم و من الحكم حقا و لا يسقط حكما كالجواز فى الهبة.

و من الواضح أن خيار المجلس مما يقبل الاسقاط و أوضح شىء يدل على أنه يسقط بالإسقاط ما فى ذيل الأخبار الدالة على خيار المجلس و الحيوان فان فى ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالبيع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده و ليس ذلك مثل الهبة فإن الجواز فى ذلك حكى لا يسقط بالإسقاط بل و لو أسقطه ألف مرة فأیضا يبقى الجواز على حاله و إذا خالف و لم يسقط قد فعل فلا محرما و مع ذلك لو فسخ كان فسحه مؤثرا لعموم أدله الخيار.

و على هذا فشرط السقوط فى العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند البيع سقوط خياره فمرجه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذى يثبت له بعد البيع عند العقد و قد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل بالإسقاط فليس لهذا البيان إشكال إلا ما ذكره بعض الشافعية من أنه إسقاط لما لم يجب و هو و ان كان صحيحا و لكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق و الإجماع قائم على بطلانه و هو أيضا فاسد لقيام الإجماع هنا على السقوط كما عرفت فإنه ادعى بعضهم الإجماع فى المقام.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد و لا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها أن يشترط عدم الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٥

أقول شرط سقوط الخيار في ضمن العقد يتصور على وجوه الأول شرط عدم الخيار وهذا الشرط هو المراد من اشتراط الخيار وقد تقدم في ذلك و أن توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد تارة و لمقتضى الكتاب أخرى توهم فاسد كما عرفت. و قد عرفت أن الخيار من قبيل الحقوق فيسقط بالإسقاط بعد التحقق و كك قبله فليس فيه عيب الا سقوطه قبل الثبوت الذي هو من قبيل إسقاط ما لم يجب و لو خالف المشروط عليه فلم يسقط فيكون للمشروط له الخيار و لو فسخ المشروط عليه كان فسخه مؤثرا لعموم البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ

فيقول بعث بشرط أن لا- أفسخ في المجلس و هل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا و قد يقال بالثاني فإنه من قبيل اشتراط في العقد الجائز فلا يزيد الشرط على أصل العقد فان معنى أن لا يفسخ أن له خيار في العقد و لكن لا يفسخ فاشترط عدم الفسخ انما هو في عقد خيارى فلا يجب الوفاء به كما إذا شرط في الهبة أو في الوكالة أو غيرها من العقود الجائزة شرطا فان هذا الشرط لا يكون واجب الوفاء.

و فيه أن جواز العقد في ذاته لا ينافى وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فان مقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقيا و بعد زوال موضوعه يرتفع وجوب الوفاء بالعقد أيضا لارتفاع موضوعه فالجواز انما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فيكون وجوب الوفاء بالشرط قضية ما دامية و قضية حقيقية يعنى أن كلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٦

و بعبارة أخرى أن عقد الهبة و عقد الوكالة و نحوهما من العقود و ان كان بذاتها جائزة بحيث لكل من الموجب و القابل أن يفسخ العقد في أى وقت شاء الا- ان اشتراط الشرط في ضمن هذه العقود الجائزة في لا- يكون جائزا تبعا لها فان معنى الاشتراط فيها أن المشروط.

له يشترط على المشروط عليه في ضمنها الشرط المعين فهذا الشرط الواقع في ضمن العقود الجائزة انما يكون مصداقا لقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء و لكن مقيدا ببقاء ذلك العقد الجائز فإذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الإنسان مخيرا في رفع موضوع الوجوب لا- يدل على استحالة ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع. و عليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين في العقد الجائز على الطرف الآخر شرطا و يكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد.

فاشترط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الجائزة التي يشترط فيها شيء و هو أنك قد عرفت أن في سائر العقود الجائزة يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد الجائز و إعدام وجوب الوفاء بالشرط و لكنه لا يجرى في المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الا بعدم الفسخ و حفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط و بعبارة أخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه و أيضا فيحرم الفسخ أبدا.

لا يقال انه لا معنى للاشتراط أصلا في ضمن العقود الجائزة فإن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٧

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطا بالالتزام بإبقاء العقدى و من الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزا فيكون شرطا ابتدائية فإنه يقال أن الجواز و عدمه من الأحكام الشرعية فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بإبقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح.

قوله فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ

أقول لا شبهة أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي فمخالفته توجب العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعا أيضا أم لا قد احتتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تارة و تأثيره أخرى و قرب الثاني لعموم دليل الخيار و قرب الأول لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه. ثم اختياره و قال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

و قد اختار شيخنا الأستاذ أيضا عدم الفسخ و ان الحكم التكليفي و الوضعي لا يجتمعان هنا و لكن قربه بوجه آخر و قد ذكر ذلك الوجه في كثير من الموارد و أجابنا عنه في غير واحد من المباحث و حاصل هذا الوجه أن النهي تارة يتعلق بالسبب و أخرى بالمسبب أما الأول فلا يوجب حرمة المعاملة المسببة عن ذلك السبب فإن حرمة السبب لا تستلزم حرمة المسبب كما لا يخفى. و على الثاني فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٨

المالك على البيع من زيد و في المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجبا تكليفا و إذا خالف ذلك و فسخ و قد فعل فعلا محرما و لكن لا يترتب عليه الحكم الوضعي فإن التكليف كما هو مشروط بالقدرة العقلية فكذلك مشروط بالقدرة الشرعية فهى الشارع عن شيء يوجب عجز المكلف عن اقدمه ففي هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن الفسخ شرعا بمعنى أنه لا يكون مؤثرا في الفسخ على تقدير وقوعه.

و فيه قد ذكرنا مرارا أن الحرمة التكليفية عن الشيء لا يستلزم الحرمة الوضعية و كون ذلك الشيء فاسدا وضعا فإنه يحرم التصرف في مال الغير بدون اذنه مع أنه لو غصب أحد ماء الغير و طهر به ثوبه فإنه يكون مؤثرا في الطهارة و في هنا و ان كان النهي متعلقا بالسبب و لكن الأمر كذلك لو كان متعلقا بالمسبب أيضا فلو كانت الطهارة الخيشية بالماء المغصوب مبغوضا للشارع مع عدم كون الفعل عباديا و كان يغصب أحد ماء من الغير و طهر به ثوبه فإنه لا يتوهم احد عدم حصول الطهارة هنا إذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرب.

و معنى أن النهي التكليفي يسلب القدرة عن المكلف شرعا يعنى أنه قبل تعلق النهي بالفعل كان مرخصا في الفعل و الترك و بعده ليس له هذه السلطنة و لا يكون مرخصا في ذلك بل لا بد من الترك و أما أن هذه الحرمة مستلزمة للحرمة التكليفية أم لا فهو أول الكلام و تظهر الثمرة فيما إذا صدر منه الفعل في حال المغفلة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٢٩

و النسيان فإنه لا يكون حراما أيضا.

نعم انما يدل النهي على الفساد إذا كان إرشادا إليه كما في النهي عن بيع الخمر و عن بيع ما ليس عنده و نحوهما نعم انما يدل النهي التكليفي على الفساد أيضا مع قيام القرينة عليه كما في بيع الخمر فإن النهي انما عن جميع شؤنه و أنه يعلم من لسان الشرع أن جميع جهاتها مبغوضة للشارع حتى التملك و التملك فلا تحصل فيها ذلك.

و أما الجواب عما ذكره المصنف أنا لو سلمنا أن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب آثار العقد عليه من حرمة التصرف في المثلن و الثمن و لو بعد الفسخ بحيث تدل الآية بالملازمة إلى لزوم العقد و لكنه لا يجرى في وجوب الوفاء بالشرط كما في المقام فان معنى الوفاء بالشرط هنا هو عدم الفسخ و من الواضح انه لا إطلاق له لما بعد الفسخ أيضا بيان ذلك أن المشروط عليه إذا خالف الشرط و فسخ العقد فاما أن يكون فسحه مؤثرا أولا فعلى الثاني فلا وجه للتمسك بإطلاق وجوب الوفاء بالشرط بما بعد الفسخ أيضا و على الأول فلا يبقى متعلق وجوب الوفاء حتى يجب الوفاء به فإنه بعد الفسخ ينحل العقد و لا يبقى شيء حتى يجب الوفاء بالشرط و لا يفسخ العقد و

على الجملة فإذا خالف المشروط عليه بالشرط و فسخ فينعدم موضوع الشرط و لا يبقى شيء حتى لا يفسخ و يبقى على حاله. و على هذا فأدلة الخيار محكمة فكل من المتبايعين فسخ العقد و ان كان فسخ من شرط عليه أن لا يفسخ محرما.

ثم ان المعروف بين الفقهاء أن هذا الشرط صحيح و ان وقع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٠

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعا أو لا يؤثر و لكن لنا مناقشة في صحة هذا الشرط قد ذكرناه في باب المزارعة في حاشية العروة و حاصله أنا ذكرنا مرارا أن معنى الشرط في العقد لا يخلو عن معاني ثلثة بالسير و التقسيم الأول أن يكون التزاما أخرى في ضمن العقد مستقلا و غير مربوط بالالتزام العقدي بأن يلتزم كل من المتبايعين بمبادلة مال بمال و يلتزم أحدهما أيضا مقارنا لهذا الالتزام بان يخطئ ثوبا لصاحبه فليس بينهما ربط الا صرف المقارنة الزمانية و لا شبهة أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائية فليس المراد من الشرط التي حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك.

الثاني أن يكون الشرط مربوط بالعقد و هو على قسمين الأول أن يكون الالتزام العقدي مربوط بالالتزام الشرطي بحيث أن الالتزام العقدي منتف مع انتفاء الالتزام العقدي مثلا معنى اشتراط الخياطة في ضمن بيع الدار هو أن الالتزام ببيع الدار انما هو في فرض الالتزام بالخياطة و العمل به و إنهائه و الا فلا بيع هنا أصلا.

و فيه أنه قام الإجماع على بطلان التعليق في العقود فيكون هذا باطلا حتى إذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى.

الثالث أن يكون الالتزام العقدي غير مربوط بالالتزام الشرطي ليكون تعليقا و لكن كان الالتزام ببقاء العقد و إبقائه منوطا بالالتزام المشروط عليه بانتهاء الشرط و إبقائه فيكون الالتزام بإبقاء العقد و عدم قدرته على الفسخ و الحل منوطا بكون المشروط عليه و ايفا بالشرط و الا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط في العقود بحيث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣١

يجب الوفاء به بالسير و التقسيم ليس الّا هو الثالث و عليه فلا يعقل و لا نتصور اشتراط عدم الفسخ في العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ و ذلك فإنك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط و من الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم أدلة الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان كان مختارا في فسخ العقد و إبقائه و مع عدم الفسخ فالعقد أيضا باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلا نعقل معنى محصيا لهذا الشرط فيكون لغوا و يدخل في الشروط الفاسدة و يأتي الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا.

نعم لو اشترط في ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحا كسائر الشروط الصحيحة كاشتراط الخياطة أو البناءة أو النجارة أو نحوها كما لا يخفى.

الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار في العقد أن يشترط إسقاط الخيار

بأن يكون هذا الفعل صادرا من المشروط عليه و لا شبهة في صحة هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه الّا إسقاط ما لم يجب و قد عرفت ان الإجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقا فلا يجرى في المقام لقيام الإجماع على الصحة كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله و لم يسقط الخيار و لم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

ثم إذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثرا أم لا الظاهر هو الأول لعموم الأدلة الدالة على ثبوت خيار المجلس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٢

للمتبايعين كما تقدّم وقد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره في الوجه الثاني وقد عرفت جوابه. ثمّ أنّه إذا تخلّف المشروط عليه و لم يفسخ العقد قد عرفت أنه يثبت الخيار للمشروط له و لا يفرق في ذلك بين كون الفسخ مؤثرا أم لا فان نفس بقاء العقد متزلزلا مخالف لغرض المشروط له فيكون له الخيار لا جلّ التخلّف بالشرط و ان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثرا على تقدير الفسخ إذا يكون البيع لازما و عدم كونه متزلزلا مما هو محط غرض للعقلاء فلا أقلّ لنفس المشروط له. و لا ينافي ذلك لزوم العقد شرعا فإنه من الأحكام الشرعية و التزلزل انما هو مع قطع النظر عنه و في نظر المتبايعين الحكومة العرفية مع قطع النظر عن الشرع و الشريعة كما إذا كان المتبايعين غير ملتزمين بالشرع و الشريعة.

قوله قدس سره بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد

إشارة

أقول ما ذكره المصنف و ان كان له مناسبة لما نحن فيه و لكنه من مسائل مبحث الشرط التى سنتكلم فيها و تفصيل الكلام هنا على نحو الإجمال

أن اعتبار الشرط فى المعاملة على أنحاء

الأول أن لا يكون مذكورا لا فى ضمن المعاملة و لا قبلها و لا بعدها

و لم ينشأه المعاملة بانها عليها أيضا و هذا على قسمين لان الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلائي سواء ذكر أم لا كاعتبار التسليم و التسلم و أوصاف الصحة كظهور المبيع على ما وقعت المعاملة عليه فلا شبهة فى صحة ذلك الشرط و وجوب الوفاء به فان مثل ذلك الشروط كالمذكور و الارتكاز العقلائي و الارتكاز من المتبايعين قائم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٣

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل فى تخلّف أوصاف الصحة تفسده المعاملة. و ان كان من قبيل الأوصاف الكمالية كوصف الخياطة و البناء و النجارة و نحوها فلا يكون واجب الوفاء إذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط و لم يبرز هنا شيء يجب الوفاء به.

و قد يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد

اما تفصيلا كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتباً و اما إجمالاً كما إذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد و عند إجراء صيغة العقد يقول بعتك الشىء الفلانى على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمة المبهمه إلى الشروط المذكورة قبل العقد فإنه أيضا مذكور فى ضمن العقد فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد و هو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمه.

و على الجملة الإشارة فى ضمن العقد إلى الشرائط المذكورة قبل العقد و المعاملة بانها عليها مع إظهار تلك الشروط بمثل ما ذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور فى ضمن العقد صريحا فى وجوب الوفاء بها فإنه ح يبرز البائع بقوله بع كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزا مع حقيقة المعاملة كما لا يخفى فكما يكون الالتزام العقدى المظهر بكلمة بع واجب الوفاء و كذلك الالتزام الشرطى المبرز بهذه الإشارة.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد

و لكن لا يشار إليها في ضمن العقد لا تصريحاً ولا إجمالاً فهو على قسمين الأول أن يكون ذلك مغفولاً عنه عند البيع وغير ملتفت إليه من مقام المعاملة أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٤

نسيه أو كان ملتفت إليه و لكن لم يظهروا عند البيع و لم ينشأه مبنيًا على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كله لا حق بالقسم الأول و لا يجب الوفاء به و الثانى أن يكون ملتفتاً إليه عند المعاملة و كان بنائها على ذلك حتى في مرحلة إنشاء و إظهار المعاملة و لكن لم يظهروا الشرط عند الإنشاء و بعبارة أخرى الشرط موجود في مقام الثبوت و لكن ليس له دال في مقام الإثبات و الظاهر أنه شرط حقيقة و يجب الوفاء به و لكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد و ان كان العقد بانياً عليه و لكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضاً واجب الوفاء كالشيخ وغيره قال الشيخ في محكي الخلاف أنه لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي إلخ و قد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره في المتن بل منع نسبة ذلك الى الشيخ أيضاً و لذا حاول أن يوجه كلامه بأنه أراد من قوله قبل العقد أى قبل تمام العقد و استشهد عليه بملاحظة عنوان المسألة في الخلاف و التذكرة و باستدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع و قال أن ذاك كله يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه و لكن الظاهر أن ما استفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا أشكل عليه العلامة بأنه لا يكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء إلا إذا كان إيقاع العقد بانياً عليه فإنه يكون العقد مشروطاً به و كيف كان فلا يهمنا كشف مراد الشيخ أنه أى شىء أراد و إنما المهم أنما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا و الظاهر أنه لا قصور

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٥

في صدق مفهوم الشرط عليه و كونه واجب الوفاء أيضاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط.

و الوجه في أن الثانى يجب الوفاء به دون الا- هو ان معنى الشرط هو الربط بين الشئين كما في القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام و الالتزام في البيع و نحوه فإنما يكون الالتزام بالشرط مربوطاً بالالتزام العقدى إذا كان الالتزام العقدى و إبرازه باقياً على الشرط و مربوطاً اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط و عقدة ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغة و هذا المعنى هو المتفاهم عرفاً و كذلك هو المستفاد من قوله (ع) كل شرط سائغ و لازم إلا شرط خالف الكتاب و السنة و على الجملة المستفاد من كلمة الشرط الذى يجب الوفاء به و الا شرطاً خالف الكتاب و السنة هو المربوط بالعقد لا ما يكون خارجاً عنه فإنه مجرد و عد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء و عدمه.

و من الواضح أن المذكور قبل العقد إذا كان مغفولاً عنه حين إنشاء البيع أو منسياً أو متروكاً عمداً بحيث أنشأ البيع غير مبني على الشرط فلا يجب الوفاء به لا من جهة القصور في أدلة وجوب الوفاء بالشرط و لا من جهة التمسك بالإجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال ان المسألة مختلف فيها فليس في المقام إجماع بل من جهة منع صدق الشرط عليه إذ هو بالنسبة إلى العقد المنشأ خالياً عن ذكره و خالياً عن البناء عليه أن إنشاء المعاملة بانياً على هذا الشرط كسائر الأمور الأجنبية عن العقد فلا يكون واجب الوفاء و إنما هو كسائر المواعيد التى أجنبية عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٦

به من جهة عدم الموضوع و عدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون في حكم المذكور. و أما إذا كان الشرط مذكوراً قبل العقد و كان العقد المنشأ مبنيًا عليه من غير أن يكون مغفولاً عنه عند البيع فيصدق عليه الشرط حقيقة في مقام الثبوت غاية الأمر أن الدلالة عليه في مقام الإثبات منفية بحيث لو سمع أحد الكلام الذى أنشأ به البيع خالياً عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق و المعاملة المنشئة بهذا الإنشاء خالية عن الشرط و الوجه في ذلك هو ما عرفت من أن المستفاد من معنى

الشرط بحسب المتبادر من كلمته في الاخبار و من العرف و من تصريح أهل اللغة هو ما يكون مربوطا بشيء و ليس إظهاره بمظهر في مقام الإنشاء من مقومات ذلك فإذا كان إبراز المعاملة باينا عليه فيكون مربوطا بها فيكون الالتزامين أى العقدى و الشرطى مرتبطين اى أحدهما بالآخر و لا- يقاس ذلك بحقيقة المعاملات التى لا يترتب عليه الأثر إلا بعد الإظهار و الإبراز لا بمجرد الاعتبار و ذلك لأننا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عبارة عن اعتبار الكلية لكل من العوضين من كل من المالكين للآخر و إظهاره بمبرز فى الخارج و كك سائر المعاملات فإنها ليست مجرد اعتبار نفسانى و الا للزم أن يكون بمجرد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر و ليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما إذا علم كل من المتبايعين بعلم الإشراق أن الأخير اعتبر ملكية ماله له و كذا العكس فإنه لا يكون هذا بيعا ما دام لم يقترن بالإظهار فحقيقة البيع و كذلك ان حقيقة سائر المعاملات متقومة بالاعتبار النفسانى و بالإظهار الخارجى كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٧

و هذا بخلاف حقيقة الشرط فإنه ليس متقوماً بالاعتبار و بالإظهار الخارجى معا بل معناه كما ذكرناه هو الرّبط بين الشئيين و هو حاصل بمجرد البناء و القصد و إظهار المعاملة و ابرازها و إنشائها بانبا عليه فإنه بمجرد ذلك يحصل الرّبط كما لا يخفى فلا يحتاج الى اللفظ بوجه و قد ذكر ذلك المحقق الايروانى أيضا فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلا يعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الآخر.

و أما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد إذا لم يذكر فى العقد و لو بالإشارة كان لغوا و ان وقع العقد بانبا عليه و أما ما ذكره فقد ظهر جوابه مما حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الرّبط و الشرط كقوام المعاملات بالإظهار و الإبراز و قد عرفت أنه ليس كك و الحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى يقع العقد فى الخارج بانبا عليه كالمحذوف المقدر فإنه فى حكم المذكور.

و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ أيضا من أن القصور و الدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبني على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لان الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الالتزام به فى العقد و مجرد البناء ليس التزاما به و لا- يقاس ذلك على أوصاف المبيع المعبرة فيه بالارتكاز و وجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالآخر و لا يلزم أن يكون على نحو معرفه غيرهما أيضا فإن تحقق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٨

حقيقة الشرط لا- يتوقف على الإظهار كما يتوقف البيع عليه فلو كان تحققه محتاجا الى فهم الغير أيضا لزم ان لا تحقق المعاملات الواقعة فى الخفاء التى لا يطلع عليها غير المتعاملين.

قوله فرع ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط. نفى الخيار

أقول كان كلامنا فى سقوط الخيار بالشرط و قد ذكر العلامة فى التذكرة أنه قد لا يجوز اشتراط إسقاط الخيار لا من جهة إسقاط ما لم يجب فإنه لو كان صحيحا لكان جاريا فى جميع موارد اشتراط إسقاط الخيار بل من جهة أخرى كما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله على ان أعتقك إذا بعتك و قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر و يجب الوفاء به و لا يتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر و قد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامة مبنى على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له ثم قال و قد مرّ أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كك.

أقول لا يتم ما ذكره العلامة و ارتضاه المصنف و أضاف إليه الشرط صغرى و كبرى و أما الوجه فى عدم تمامية الصغرى فلان عتق العبد لا ينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثم عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانيا أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فإنه

مع الاطمئنان برجوعه الى ملكه ثانيا لا مانع من عدم الفسخ فعتقه لا ينحصر بصورة الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضا كما هو واضح. وأما الوجه في عدم تمامية الكبرى أن وجوب الوفاء بالندرة وكذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي كما تقدم قريبا وقد عرفت أنه لا ملازمة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي بأن تكون المخالفة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٣٩

بالحكم التكليفي موجبة لبطلان المعاملة المنهية عنها أيضا فلا دلة للنهي عن شيء تكليفا على فساده وضعا إلا بالقرائن كما في الخمر نعم لو كان النهي إرشاديا فيدل على الفساد كما في نهى النبي (ص) عن بيع الغرر ونحوه وعلى هذا فمخالفة الناذر ونذره أو مخالفة الشارط شرطه حرام تكليفا فإذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه أو شرط ذلك على نفسه في ضمن معاملة ثم باعه يبيعا لازما وخالف نذره فلم يعتق فلا تدل مخالفته هذه على بطلان البيع وقد تقدم في المكاسب المحرمة كثيرا أن الحرمة التكليفية لا يلزم الحرمة الوضعية بل هي تدل على مبعوضية الفعل فقط لا على عدم نفوذه.

وتظهر الثمرة فيما إذا باعه في حال الغفلة والنسيان عن نذره فإنه لا يكون حراما أيضا تكليفا لكونه مرفوعا عند الغفلة والنسيان كما هو واضح وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الحكم الشرعي يجعل الإنسان مسلوب القدرة فقد تقدم جوابه وتقرير كلامه.

قوله: مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

إشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقي

أقول لا شبهة في جواز إسقاط خيار المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقيقي كما ذكره المصنف و إنما الكلام في دليل ذلك.

وقد استدل عليه المصنف بوجوده

الأول: دعوى الإجماع عليه

ولكنه تقدم غير مرة أن الإجماع في مثل هذه المسألة ليس تعبديا بل هو مبني على الوجوه المذكورة في المسألة.

الثاني القاعدة المسلمة بين الفقهاء أن لكل ذي حق إسقاط حقه

ولعل الوجه في ذلك قوله (ع) الناس مسلطون على أموالهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٠

فإن مقتضى ذلك هو تسلط ذي الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى وبالطريق الأولوية فإن الإنسان إذا كان مسلطا لما له الذي من قبيل الأعيان فهو مسلط على حقه أيضا.

وفيه أما لمن له الخيار حق لإسقاطه أو لا- أي أن هذا الخيار الثابت له أما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فإن كان منه قبيل الحقوق فلا يحتاج إلى التمسك بفحوى دليل السلطنة أو بمنطوقه فإن معنى الحق هو كون ذي الحق مسلطا على حقه بحيث يفعل فيه ما يشاء.

و إن لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الإسقاط سواء كان هنا دليل السلطنة أم لا.

وبعبارة واضحة قد ذكرنا في أول البيع أنه لا- فرق بين الحق والحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الأحكام الشرعية التي جعلها الشارع ولكن بعض هذه الأحكام قد فوضه إلى المكلف وجعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء و

نسمى ذلك حقا في الاصطلاح و ان كان حكما في الحقيقة أيضا و هذا لا يكون إلّا إذا ثبت بالدليل فبدونه لا يمكن أن يقال ان هذا الحكم اختياره بيد المكلف. و لذا كلمات شككنا في مورد أنه يسقط بإسقاط من له ذلك أو لا- فالأصل بقاءه و عدم سقوطه بالإسقاط تمسكا بدليله.

و على هذا فلا يمكن إثبات الحقيقة بدليل السلطنة فإنه ناظر الى الكبرى و أن كل من له السلطنة على شيء فله التصرف في متعلق سلطنته كيف يشاء و بالفحوى يثبت جواز التصرف في الحق و متعلقه و لكن لا يثبت بذلك أن الحكم الفلاني حق و الحكم الفلاني مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤١ ليس بحق.

الثالث قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم

بدعوى أنه إذا شمل الشروط الابتدائية لكان شاملا لذلك أيضا فإن إسقاط الخيار بعد العقد التزام بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية.

و فيه أولا أنه لا تشمل الشروط الابتدائية للاتفاق بعدم كونها واجب الوفاء بل ليست من الشروط و قد تقدم من القاموس أن الشرط هو الإلزام و الالتزام في بيع و نحوه.

و ثانيا على تقدير كونه شاملا للشروط الابتدائية فلا شبهة لعدم شموله لإسقاط الخيار بعد العقد الذي هو محل كلامنا و ذلك فان معنى إسقاط الخيار هو الالتزام بأن لا يكون له خيار و لا شبهة ان ثبوت الخيار له و عدم ثبوته له من الأحكام الشرعية فلا يكون تحت اختيار المكلف كما لا يخفى، فلا يعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلك.

الرابع فهو العمدة و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف

معللا بأنه رضا بالبيع فيدل ذلك على أن الرضى بالبيع و بسقوط الخيار يوجب السقوط بأي كاشف كان ذلك الدال فكلاما دل على رضا ذى الخيار بسقوط الخيار فيكون ذلك موجبا للسقوط كما لا يخفى فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعية بحيث يكون سببا للسقوط تعبدا كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك

الاولى أنه لا يعتبر في إسقاط الخيار لفظ خاص

كما يعتبر ذلك في العقود و الإيقاعات على المشهور من العربية و الماضوية و غيرهما بل يسقط الخيار بكل ما يكون كاشفا عن الرضا عن ذى الخيار على ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٢

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبيع و كونه لازما و هو يحصل و لو بالإشارة بالحواس و نحوه و على هذا فيجرى في الإسقاط ما يكون شبيها بالبيع الفضولى كما إذا قال أحد غير ذى الخيار أسقط خيار الفلاني ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فإنه يكون ذلك إسقاطا فإن الإمضاء مصداق لسقوط الخيار و مصداق للرضا به كما لا يخفى فلا يعتبر هنا لفظ خاص لتحقق المناط المذكور بأي كاشف.

المسألة الثانية ما ورد في بعض الروايات و إن كانت غير جامعة لشرائط الحجية

أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا إسقاط للخيار أم لا وقد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام. لا شبهة أن كلمة اختر ليس من مسقطات الخيار تعبدا فيقع الكلام في دلالة على ذلك وقد يقال أن كلمة اختر معناه إسقاط خياره عن نفسه وإرجاع أمر العقد الى الطرف الآخر واما إذا لم يكن له خيار فمعناه تملك خياره اليه والحاصل أن قول القائل لصاحبه اختر هذا العقد معناه إرجاع أمر العقد وتفويضه اليه بحيث لا يكون للقائل اختيار في العقد أصلا و عليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضا فيسقط خيار القائل و الا فيكون تملكيا لخيار نفسه الى الطرف الآخر.

وقد يقال: ان معنى كلمة اختر تفويض الخيار الى الطرف الآخر بحيث يكون هو المفوض إليه في ذلك امام يعمل أو لا يعمل دون الاسقاط وقد يقال ان معنى كلمة اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبة إلى العقد أنه أى شيء يختار في العقد الفسخ أو الإمضاء. وعلى الثالث لا يكون التكلم به موجبا لسقوط الخيار لكونه مسوقا للتجربة والامتحان بل قيل على الثاني أيضا لا يدل على سقوط الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٣

فان تفويض الأمر الى صاحبه في أمر خيار المجلس لا يدل على سقوط خيار نفسه غاية الأمر أنه يكون مثل الموكل الذي فوض أمر شيء إلى الوكيل المفوض فإنه مع كونه وكيلا مفوضا فللموكل أيضا أن يتصرف في ذلك الشيء الذي وكل غيره فيه. وقال شيخنا الأنصاري وهو الحق أن كلمة اختر لا يدل إلا على كشف حال الطرف وامتحانه و أما أزيد من ذلك فلا شيء من الدلالات المطابقة وغيرهما الا أن تكون هناك قرينة حالية أو مقالية تدل على كون مراد المتكلم هو إسقاط الخيار وهو كذلك فإن مادة كلمة اختر هي لا تدل على أزيد من الاختيار وهي صيغة الأمر فلا دلالة في شيء من المادة والهيئة على ذلك أي سقوط الخيار بل لا يستفاد منها إلا امتحان الطرف وكشف حاله أنه يمضي العقد ويسقط خياره أم لا بد يبريد الفسخ.

قوله ثم أنه لا إشكال في ان إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر

أقول قد تقدم في أوائل الخيار أن إمضاء أحدهما العقد لا يوجب سقوط خيار الآخر وكون العقد لازما من قبله بل هو باق على خياره نعم أن فسخ أحدهما يوجب فسخ الآخر كما ذكره المصنف ثم تصدى المصنف لبيان صورة معارضة الفسخ والإمضاء وقال: لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالأصيل والوكيل فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ثم أعتقهما جميعا حيث ان إعتاق العبد فسخ وإعتاق الجارية إجازة أو اختلف الورثة في الفسخ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٤

والإجازة تحقق التعارض و ظاهر العلامة في جميع هذا الصور تقديم الفسخ ولم يظهر وجه تام وسيجيء الإشارة الى ذلك في موضعه إنشاء الله تعالى.

والتحقيق في بيان الكبرى في المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار للطبيعي بحيث كل من سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء لا يبقى مجال للآخر أصلا كما أن الشخص الواحد ليس له إلا خيار واحد من الفسخ أو الإمضاء فالطبيعي أيضا في حكمه فكأنه فرد واحد وقد احتمل هذا الوجه في ثبوت الخيار للورثة بموت المورث وقالوا بان هنا خيار واحد فأى من الورثة سبق إلى اعماله فيسقط عن الباقيين.

وقد يقال بكونه ثابتا لكل واحد ولكن يكون الخيار الثابت للثاني في طول الخيار الثابت للأول أي من فروعته وشؤونه سواء كان خياره في طول خيار الأول متعددا أو واحدا وهذا كخيار الوكيل الواحد أو المتعدد من الموكل في اعمال الخيار.

وقد يقال بثبوته لكل واحد واحد من الأشخاص على نحو الاستقلال من غير أن يرتبط بالآخر أصلا.

أما على الأول فلا شبهة في سقوط الخيار عن البقية بسبق أحد أفراد الطبيعة إلى اعماله إما بالفسخ أو بالإمضاء كما عرفت فإنه حينئذ

ليس هنا الأختيار واحد فلا- يعقل بقاءه بعد سقوطه بالإعمال إسقاطا أو أعمالا فلا يبقى لخيار الثانى موضوع أصلا لارتفاعه بفسخ السابق أو إمضائه.

و على هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطبيعة مع إمضاء الفرد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٥

الآخر فلا مناص عن التساقت حينئذ ولا يكون شىء من الفسخ أو الإمضاء مؤثرا فى العقد فيكون الخيار باقيا على حاله فان سقوطه و عدمه معا مستحيل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخيار للطبيعة كثبوتة لفرد واحد فكما لا يعقل تأثير صدور الفسخ و الإمضاء من شخص واحد بأن يكتب بإحدى يده الفسخ و بالآخر الإمضاء و يبرزهما معا أو يفسخ بلسانه و يمضى بكتابه أو بإشارته فان شىء من ذلك لا يعقل لانه مستلزم لتناقض و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيلغو كلاهما و كك فى هذه الصورة فإنه حينئذ ليس هنا أا خيار واحد فهذا الخيار الواحد لا يعقل أن يؤثر فى العقد الفسخ و الإمضاء معا. و على هذا الفرض لا وجه لكلام العلامة أصلا لانه لم يظهر له وجه تام كما ذكره المصنف لما عرفت أنه غير معقول و انه مستحيل كما لا يخفى.

و أما على الثانى بأن يكون خيار أحدهما فى طول خيار الآخر فقد عرفت أنه على قسمين الأول أن يكون الثانى الذى خياره فى طول خيار الأول واحدا كما إذا و كل أحد شخصا آخر فى أمر الخيار فان خيار الوكيل فى طول خيار الموكل أى من فروع و شؤونه. الثانى أن يكون الوكيل فى اعمال خيار الموكل متعددا كأن و كل نفرين فى اعمال خيار المجلس الثابت فان هذا الخيار الثابت للوكيل فى طول خيار الموكل.

و على كل حال فكل من سبق من الوكيل أو من الموكل إلى اعمال الخيار فيرتفع الخيار و لا يبقى للآخر مجال أصلا فإن سبق الموكل فلا- بيق مجال لخيار الوكيل و ان سبق الوكيل فلا- يبقى مجال لخيار الموكل و كك الحال فى سبق أحد الموكلين على الوكيل الآخر و الموكل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٦

و الوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل و للوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لا يبقى مجال لخيار الآخر أصلا. و ان تقارنا بان فسخ الوكيل و أمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين و أمضى الآخر فإنه حينئذ لا مناص من التساقت أيضا و من عدم تأثير شىء من الفسخ و الإمضاء لما عرفت من انه ليس هنا أا خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تارة و بالإمضاء أخرى معا فقها يحكم بالتساقت كما عرفت فى ثبوتة على الطبعي فهذان- الاحتمالان أى احتمال ثبوتة للطبيعة و احتمال ثبوتة للمتعدد طول متحدا من حيث النتيجة فلا مجال لكلام العلامة فى هاتين الصورتين و أما على الثالث: فلكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالآخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و الموكل معا على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس و الموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالآخر.

و على هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل إمضاء الآخر أو مقارنا بإمضائه أو بعده فيبطل العقد و ينحل فلا يبقى شىء أصلا فإن الفسخ يقدم على الإمضاء حتى بعد إمضاء الآخر و قد تقدم وجهه سابقا من أن فى الفسخ خصوصية يوجب انحلال المعاملة لأنه عبارة عن الحل و الحل انما يكون من الطرفين بخلاف الإمضاء فإنه إقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضا وحده.

و على هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ و مع التأخر عن الإمضاء يقدم على الإمضاء فمع التقارن يقدم أيضا بطريق الأولوية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٧

و لو كان مراد العلامة من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه و على الجملة فكلما كان الفسخ مقدا على الإمضاء فى فرض تأخره عنه فيقدم فى فرض التقارن بالأولوية أيضا و كلما وقع التعارض بينهما فى صورة المقارنة فلا يكون الفسخ مقدا فى صورة

التأخر أيضا بالأولوية لعدم بقاء الموضوع له ح.

قوله من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

إشارة

أقول: يقع الكلام في جهتين الأولى في أن المدار في الافتراق الموجب لسقوط الخيار أى شىء هل هو طبعى الافتراق و لو بمقدار إصبع أو بمقدار شعرة أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوة أو المناط هو الافتراق العرفى وجوه ثلثة التى ذكرها المصنف. الجهة الثانية فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع هو الافتراق الكاشف عن الرضا و أما ما كان عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار.

أما الكلام فى الجهة الأولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو افتراق موجب لسقوط الخيار قليلا كان أم كثيرا فان الظاهر من الأدلة هو حصول الخيار بمجرد الافتراق و انفصال الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبعى سقط الخيار. و الذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى ذيل كلامه من

قوله فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

الوجه الثانى اعتبار الخطوة فى الافتراق المسقط للخيار فقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٨

ذكره جماعة اغترارا بالتمثيل بالخطوة الواقعة فى كلمات جماعة و لكنه لا دليل عليه بوجه و إنما ذكره جماعة من باب المثال و على تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا- دليل عليه لأنه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك فى تعيين الكر و النصاب فى الزكاة و نحوهما.

الثالث أن يقال بأن المناط فى ذلك هو الافتراق العرفى و أما الوجهان الأولان فلا دليل عليهما و بيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرد الانفصال بأى نحو كان و لو كان طبعى الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الأول بالبدية فإنه قلما يتفق أن يكون إمضاء أحد المتبايعين متلاصقا بالآخر باليد أو بشىء آخر من أعضاء بدنهما و عليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلا بد و أن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا- جالسين أو قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعاملة و لو كان فى حالة المشى فلو كانا فى قبة و اجتمعا فى تلك القبة للمعاملة الخاصة فالاجتماع فيها اجتماع للمعاملة فيكون هذا المجلس مجلس المعاملة فلا يحصل التفرق حينئذ إلا بالتفرق من هذا القبة و انقضاء مجلس البيع عرفا فإنه ما دام هذا الاجتماع فى هذه القبة باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعاملة كما لا يخفى.

فلو قام أحدهما لشرب الماء فى الزاوية أخرى من القبة أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفا و ان حصل التفرق بالدقة العقلية و هكذا ان التفرق فى كل مجلس اجتماع للمعاملة بحسب حال ذلك المجلس عرفا و على هذا لا يضر التفرق بمقدار عشرة خطأ فضلا عن الخطوة الواحدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٤٩

كما ذكره جماعة بل فضلا عن التفرق بالمسمى كما ذكره المصنف بل المناط هو الصدق العرفى و انهدام الهيئة الاجتماعية لأجل المعاملة عرفا هذا بحسب ما يستفاد من الروايات.

و لكن ورد فى رواية صحيحة أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الرواية الشريفة أن المشى خطأ يوجب سقوط الخيار و ان المشى لا جل إسقاط الخيار لا لغرض آخر و عليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك و أقله بثلثة خطوات فإنه لو لم يكن المشى خطأ موجبا لسقوط الخيار لكان ذكره فى الحديث لغوا فإنه ليس من باب الصدقة فإن الحالات

الموجودة حال البيع و بعده كثيرة فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعية لم يذكره الامام عليه السلام و لذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط في سقوط الخيار و بالتفرق هو ذلك و ان الامام (ع) طبق الكبرى الكلية على المورد الخاص لا أن القضية شخصية في مورد خاص كما لا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الرواية الشريفة هو الميزان في سقوط الخيار بالتفرق.

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين و بالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بد و أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين و بعبارة أخرى هل يعتبر في التفرق أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين أو يكفي من احد الطرفين أو لا يعتبر الاختيار في شيء من الطرفين أصلاً.

الظاهر أنه لا يعتبر الاختيار في حصول مفهوم التفرق أصلاً فإنه أمر تكويني يحصل بمجرد انفصال أحد الجسمين عن الآخر و بعبارة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٠

أخرى أن التفرق و الانفصال من الأمور النسبية و هو يتحقق من الطرفين بمجرد تباعد أحد الجسمين عن الآخر و إذا انفصل أحدهما عن الآخر بأي نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقة و أما سقوط الخيار بمطلق التفرق و عدم سقوطه فهو مطلق آخر و غير مربوط بالمقام.

و أما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقاً من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقة يحصل من الطرفين بمجرد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقاً من الساكن كما هو واضح لا يخفى و يدل على تحقق الافتراق بمجرد تفرق أحدهما قوله (ع) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركاً بل كان جالسا.

(فيما لو أكره أحدهما على التفرق)

إشارة

قوله مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير،

أقول: لا شبهة أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من أمرين أحدهما التفرق و الثاني عدم الفسخ و عليه قد يكون كل منهما اختياريًا بأن يكون متمكناً من الفسخ و لا يكون مكرهاً عليه و يكون مختاراً في التفرق و عدمه و هذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أي إذا كان متمكناً من الفسخ و كان مختاراً في التفرق و مع ذلك تفرق باختياره و لم يفسخ كك باختياره يسقط خياره.

و قد يكون مختاراً في الفسخ و عدمه متمكناً عنه و مع ذلك كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥١

مكرهاً على التفرق و قد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرهاً على عدم الفسخ و لكن كان مختاراً في التفرق فالمعروف المشهور في هذين الفرضين أيضاً سقوط الخيار و الوجه فيه ما سيأتي من أنه مع كون أحد جزئي الموضوع. المركب إكراهياً و الجزء الآخر غير إكراهي لا- يوجب رفع الحكم المتعلق به أو المترتب عليه لكونه اختياريًا كما لا يخفى فافهم قد يكون مكرهاً على كليهما بأن يكون مكرهاً على التفرق و غير متمكن من الفسخ أي مكرهاً على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار

و قد استدل على هذا بوجوه

إشارة

كما يظهر من كلام المصنف

الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.

و فيه أن كلا من الإجماع المنقول و الشهرة ليس بحجة فلا يكون ضم غير الحجة بمثله مفيدا للحجة أما عدم حجية الشهرة الفتوائية فواضح و أما عدم حجية الإجماع المنقول فمن جهة أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكورة في المقام فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم (ع).

الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى

فالحكم المترتب على فعل يكون مترتبا على فعل اختياري لا على فعل غير اختياري فالمناط في التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياره لا الصادر بالإكراه فإنه حينئذ لا يسقط الخيار بل يتمسك بأصالة بقاء الخيار و يحكم بعدم سقوطه.

و قد أشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمه بجسم المضطر لا فى مقابل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٢

المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فان التبادر ممنوع.

ثم ذكر ثانيا أنه لو تم هذا انما يتم فى صورة الإكراه و الاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب فى هذه الصورة إلى سقوط الخيار.

أقول أما جوابه الثانى أى النقص بصورة الإكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهو متين و أما جوابه الأول فلا يمكن المساعدة عليه فإنه لا فرق بين الاضطرار و الإكراه بل الظاهر أن المتبادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى و غير الاختيارى الشامل لصورة الاضطرار أيضا فإن الاختيار لم يؤخذ فى الأفعال لا بموادها و لا لهيئاتها أما موادها فواضح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الأفعال أعم من الاختيارية و غيرها فتخصيصها بحصة خاصة و هى كونها اختيارية مجازفة.

و أما الهيئات فهى مختلفة بحسب المشتقات فإنها قد تدل على صدور الفعل و قد تدل على حلوله و وقوعه على المواد و هكذا فليس فيها اختيار أصلا نعم قد يكون الاختيار مأخوذا فى مفهوم المواد لعنوان التعظيم و الإهانة و الصوم و الصلاة و نحوها من الأمور التى من العناوين القصدية فان الاختيارية مأخوذة فيها بحسب المفهوم كما هو واضح.

و على الجملة لا وجه للقول بأن المتبادر من الأفعال هو كونها اختيارية سواء كان الاختيار فى مقابل الإكراه أو فى مقابل الاضطرار فإن الأفعال غير ما يكون الاختيار مأخوذا فى مفهومه أعم من الاختيارية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٣

و غيرها و من هنا ترى أنهما تنقسم إلى الاختيارى و غير الاختيارى فيقال قيام اختياري و قيام غير اختياري و موت اختياري و موت غير اختياري و قعود و اضطجاع اختياريين و غير اختياريين و هكذا.

الوجه الثالث: الاستدلال بحديث الرفع

فان ما اكراه عليه أو- اضطر عليه الإنسان مرفوع فى الشريعة المقدسة بمقتضى حديث الرفع.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه لا يمكن أن يجعل التفرق كلا تفرق بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا

مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخايير فلو كان حديث رفع الإكراه رافعا لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخايير لكان حديث رفع الاضطرار رافعا لحكم التفرق أيضا مع التمكن من التخايير.

و لكن يرد عليه أنه لا مجال لهذا النقض لما عرفت أن موضوع عدم الخيار هو التفرق و عدم الفسخ و هو انما يكون حكما إكراهيا إذا كان كلا- الجزئين من موضوعه المركب إكراهيا و أما إذا كان أحد الجزئين اختياريا و الآخر إكراهيا فيكون الحكم أيضا حكما غير إكراهي و حينئذ لا يترتب عليه حكم الإكراه مثلا إذا كان شخص مكرها على التكلم بكلمة بيع و تكلم المكره بكلمة بعث منشأ بها بيع داره مثلا فإنه لا- يتوهم أحد أن هذا الإنشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء ما أنشأ به البيع صادرا عن إكراه. و هكذا في جميع الموضوعات المركبة ففي المقام كك فإن الإكراه. بأحد الجزئين لا يجعل الحكم إكراهيا مع كون الجزء الآخر من الموضوع باقيا على اختياريته بحيث يكون الحكم غير الإكراهي به فإذا كان البائع مثلا مكرها على التفرق و لكن كان مختارا في الفسخ و عدمه فله أن يفسخ ذلك فلا يكون مجبورا و مكررا على عدم الفسخ فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٤

وجه لهذا النقض.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ عن حديث الرفع أولا أن النسيان مرفوع فيه أيضا مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة فيستكشف من السقوط في مورد النسيان ان ذات الافتراق بما انه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات.

و ثانيا أن حديث الرفع و ان لم يختص بالحكم التكليفي و لكن لا- يمكن التعدي منه الى غير الحكم التكليفي الا- الى متعلقاته أي يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفي متعلقا بالتكاليف لا موضوعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصر في متعلق التكليف كالحسد و الوسوسة و الطيرة فتعميم الرفع لموضوعات التكاليف كالسفر و الحضر و التفرق مع عدم الجامع بين المتعلق و موضوع التكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسيانا أو كرها أو أفطر كك فشربه كالعدم لا انه لو تحقق السفر أو الإقامة أو التفرق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام مثلا عن كره يجب عليه القصر.

أما نقضه بالنسيان فهو متين و لكن لا وجه لجوابه الثاني بل لم يلتزم به في الأصول و انه التزم فبه بعدم الفرق في شمول حديث الرفع بين الموضوع و المتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف و هو قد يكون متعلقا للتكليف و المراد به ما يكون مطلوبا أو منهيا عنه و قد يكون موضوعا له و يكون الحكم مترتب عليه و المراد به ما كان شرطا للتكليف لا مطلوبا بنفسه فالأول مثل الشرب الذي هو متعلق النهي في شرب الخمر و نحو ذلك و الثاني كالتفرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٥

الذي موضوع لسقوط الخيار فإنه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح و قد عرفت أنه لم يلتزم بذلك في الأصول. و الحاصل أن المرفوع انما هو فعل المكلف الذي يقع عليه الإكراه و هذه قضية حقيقية فأیما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه انما وجد الفعل و تعلق به الإ-كراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلا فإن لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفارة للإفطار في شهر رمضان إذا كان عن إكراه بأن يقال أن المرفوع انما هو الحرية لان إفطاره كالعدم و أما الكفارات فهي تترتب عليه فان حديث الرفع لا- يجعل الإفطار المتحقق الذي هو موضوع الكفارة كعدم الإفطار مع انه لم يلتزم به و كك لازم الفرق بين المتعلقات و الموضوعات في مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرمات في باب الحج التي حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد إذا صدرت عن إكراه و نسيان و غفلة أيضا بأن يقال أنه لو أكره أحد على الصيد في حال الإحرام أو نسي فاصطاد فتثبت له الكفارة لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذي موضوع لثبوت الكفارة غير مرفوع بل المرفوع انما هو الحكم التكليفي و متعلقاته أي جعل الصيد كعدمه بالنسبة إلى الحكم التكليفي و لم يلتزم المشهور بذلك.

و أما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الإقامة و السفر عن اكرهه كغير الإقامة و كغير السفر حيث ان وظيفة المكلف فى الأول هو الإتمام و فى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الإقامة و السفر هنا كعدمهما.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٦

فهو محض اشتباه حيث ان المستفاد من الاخبار أن موضوع القصر و الإتمام انما هو علم المكلف بالإقامة و عدم علمه بذلك لا الإقامة الخارجية و عدمها و أن العلم هنا تمام الموضوع لا جزئه و لذا لو علم بأنه يقيم فى مكان عشرة أيام فصلى تماما ثم تبين انه لا يبقى إلا أربعة أيام صحت صلواته فلا معنى للنقض بأنه لو كان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام و رافعا لها أيضا للزوم القول بوجوب القصر مع الإكراه على الإقامة أو السفر و لذلك لا يرتفع النجاسة بالملاقاة عن نسيان أو عن إكراه لأن موضوع الحكم فيها هو الإصابة كما يظهر من الروايات و من هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكاليف قد تكون أمورا غير اختيارية كالوقت نعم التقيد بها أمر اختيارى أى تحت اختيار المكلف.

و الحاصل أنه لا يمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين:

الأول أن الظاهر من حديث الرفع هو الإكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكرهه عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم و من متعلقة الذى ترتب تعلق به الحكم و أما ترتب الحكم على الإكراه بعدم شىء فلا يستفاد من حديث الرفع و توضيح ذلك انه إذا كان احد مضطرا إلى شىء أو مكرها عليه أو ناسيا فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراما فى الواقع مثلا فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر.

و أما لو كان الشىء متروكا عن اكرهه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمدة أى ليس الإكراه على عدم شىء موردا لحديث الرفع و موجبا لثبوت الحكم الذى كان ثابتا مع عدم الإكراه مثلا إذا كان أحد يختار صلاة الجماعة لأن يستريح من المشكوك الطارئة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٧

عليه أو يستريح من قراءة الفاتحة فإذا أكرهه أحد على ترك الجماعة فلا يوجب الإكراه ترتب أحكام الجماعة عليه من عدم الاعتناء بشكته لانه حين ما كان يصلى الجماعة لا يعنى بشكته لحفظ الامام و كك لو كان أحد متجهزا الى الجهاد و متلبسا بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب و لكن منعه شخص عن ذلك إكراه فإن الإكراه حينئذ لا يجوز لبس الحرير و الحاصل أن دليل الإكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى أكرهه عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم و لا- يكون ناظرا أبدا إلى إثبات الحكم مع الإكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلق به الحكم أى لا- يكون حديث الرفع متكفلا- لإثبات الحكم الذى ترتب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الإكراه بترك المتعلق و الموضوع.

نعم لو كان حديث الرفع شاملا- للمباحات لكان الإكراه على البقاء موجبا لرفع جواز الفسخ و لكنه فرض غير واقع فان حديث الرفع يرفع الإلزام لا الجواز و على هذا فلا يمكن الحكم ببقاء الخيار مع الإكراه على التفرق بدعوى أنه قد اكرهه على التفرق فيكون الإكراه موجبا لإثبات حكم عدم التفرق و الاجتماع.

و اما توهم أن حديث الرفع يرفع لزوم العقد مع الإكراه على التفرق فهو توهم فاسد فان التفرق ليس موضوعا لوجوب العقد و لزومه و لا- أنه مما تعلق به لزوم العقد بل هو غاية للجواز و الخيار الثابت فى المجلس تخصيصا لعموم وجوب الوفاء بالعقد بمقتضى أو فوا بالعقود فمع التفرق ينتهى أمد الجواز.

و بعبارة أخرى أن العقد كان لازما من الأول بدليل وجوب الوفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٨

بالعقد وقد خرجنا عن ذلك في زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت في المجلس وقد كان هذا الجواز مغيا بالافتراق و إذا افترقا حصلت الغاية لا أنه وجب البيع فان وجوب البيع كان من الأول كما لا يخفى فالجواز انما هو ثابت مع انحفاظ أمرين أحدهما عدم الفسخ و الثانى عدم حصول الافتراق فافهم و اغتتم. فليس اللزوم مترتبا بالافتراق أو متعلقا به ليرتفع مع الإكراه على التفرق و يبقى الجواز على حاله.

الثانى أنه على تقدير شمول حديث الرفع لما ذكر و كونه موجبا لإثبات الحكم و لكنه وارد في مقام الامتنان و من الواضح أنه شموله للمقام على خلاف الامتنان فإنه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ و هو على خلاف الامتنان.

و الحاصل أنه ذكرت وجوه ستة على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن إكراه مع عدم التمكن من الفسخ و قد عرفت أن شيئا منها لا يرجع الى محصل و قد عرفت أن من جملة ما استدلل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما أجاب عنه المصنف و شيخنا الأستاذ و عرفت أيضا أن شيئا من المذكورات لا تصلح للجواب عن ذلك.

و قد عرفت أننا أجبنا عنه بجوابين الأول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما إكراه عليه الشخص كالأمثله المتقدمة فلو إكراه على التفرق فلا يوجب حديث الرفع إثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذى هو نقيض التفرق.

الثانى أن حديث الرفع انما ورد في مقام الامتنان و من الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتنان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فإنه بعد الحكم بعدم سقوط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٥٩

الخيار فإذا أعمل الشخص خياره فيكون ذلك سببا لرد ما كان تملكه المشتري مال البائع بالبيع و الشراء الى ملك البائع بالفسخ و رد الثمن الى ملك المشتري كك و هو على خلاف الامتنان.

ثم أجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غاية لسقوط الخيار و ليس موضوعا للزوم العقد و انما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سببا للزومه و انما هو غاية جواز الفسخ اعنى الخيار في المجلس و لكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم في جواب شيخنا الأستاذ أن في الموضوعات المركبة لا يكون حديث الرفع رافعا للحكم المترتب عليها إلا بالإكراه على كلا جزئى الموضوع كما إذا كان التكلم في حال القيام حراما فإنه إذا أكره أحد على التكلم في حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمة عند الإكراه بحديث الرفع و هكذا و اما إذا كان أحد الأجزاء مقدورا و الآخر غير مقدور فلا- موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع إكراه أو متعلقا بما لمتعلق الإكراهى كما لا يخفى فافهم.

و لذا قلنا في محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطا بشروط غير مقدورة إذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمرا مقدورا و كان ذلك الأمر المقدور مقيدا بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقيد مقدورا أى إتيان العمل مقيدا بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمة و لذا عرفت كون التكليف مشروطا بشرط غير مقدور و لكنه و لا يصح في المقام و ليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهة أو أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٠

و قد تحقق على الفرض و الجزء الآخر التفرق و هو انما تحقق بالإكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختياريا فعليا بل الكراهيا فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما إذا كان موضوع الحرمة التكلم في حال القيام كما تقدم و قد تحقق القيام باختياره و بعد تحققه بالاختيار فأكره القائم على التكلم فإنه ترتفع الحرمة حينئذ و ما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فإنه ح الإكراه بأحد الاجزاء لا- يوجب كون الموضوع إكراهيا لىوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبة إلى إيجاد الجزء الآخر فلا يكون الموضوع إكراهيا حتى يوجب رفع الحكم كما لا يخفى.

ففى المقام أن موضوع اللزوم هو العقد و التفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقد و ان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقد و لكن بعد التخصيص بأدلة الخيار صار مقيدا بالافتراق عن مجلس العقد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع هما معا اى العقد و التفرق و قد تحقق العقد على الفرض و هو لا ينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه و مما لا بد منه و لكن التفرق أمر اختياري فيدور سقوط الخيار و عدمه على الفسخ و عدمه و على التفرق و عدمه و لكن إذا أكره أحد المتبايعين أو كلاهما على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققا فى الخارج بالإكراه فيكون ذلك مشمولا لحديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فافهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر و هو العقد قد تحقق بالاختيار فإنه بعد تحققه لا ينقلب عما هو عليه نعم قبل العقد فموضوع اللزوم هو العقد و التفرق فإذا أكره على أحدهما أو وجد الآخر بالاختيار لا يكون مترتبا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦١
على موضوع اكراهى كما لا يخفى.

و التحقيق فى الجواب أن يقال أن الافعال قد يكون ظاهرا فى الاختيارية و قد يكون أعم من الاختيارية و غيرها أما الأول فلا شبهة فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعا عند الإكراه و أما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم و بعبارة أخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى و المضارع و الأمر و نحوها فان ذلك إذا نسب الى الفاعل يكون أعم من الاختيارية و غيرها كقولنا مات زيد أو قعد و تفرق و نحو ذلك و قد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل - بالإرادة و الاختيار فهذا ظاهر فى الاختيارية. و عليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلف بالإرادة و الاختيار متعلقا للتكليف كقوله لا تشرب الخمر أو من موضوعاته كقوله من أظفر فى شهر رمضان فله كذا كفارة فلا شبهة أن الحكم المتعلق به أو المترتب عليه يرتفع عند الإكراه بلا شبهة و أما الفعل الجامع بين الاختيارى و غيره فلا يرتفع عند الإكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (ع) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى و غيره فيكون مع هذا العموم موضوعا للحكم فلا يكون الحكم المترتب عليه مرفوعا عند الإكراه و عليه فكما يسقط الخيار و بالتفرق بالإرادة و الاختيار فكذلك يسقط الخيار بمطلق التفرق و ان كان بالإكراه و الاضطرار هذا كله فالتنقض المذكور أى النقض بالنسيان كانفى فى الجوابية عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه و الفرق و بين الإكراه و النسيان كما صنعه شيخنا الأستاذ لا يرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فافهم.

و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصارى (ره)

أن الظاهر من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٢
المطلقات الواردة فى جعل الخيار ما لم يفترقا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا فإذا كان عن غير اختيار لا يكشف عن الرضا فلا يوجب سقوط الخيار. و فيه أولا أنه لا موجب لذلك و لا منشأ لهذا التبادر و بأى وجه نستكشف عن كاشفية التفرق الذى يوجب سقوط الخيار عن الرضا كما لا يخفى. و ثانيا أنه يلزم الالتزام بذلك فى صورة النسيان أيضا فإنه ليس التفرق نسيانا أو غفلة كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان و الغفلة كما لا يخفى فافهم.

الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيحة «١» الفضيل

فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا

المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذا لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعا و الحاصل أن النص انما يدل باعتبار التفرق مع الرضا في سقوط خيار المجلس و من الواضح أنه منتف في صورة التفرق مع الإكراه فلا يكون الخيار ساقطا مع عدم التمكن من الفسخ. و فيه أن الرواية و ان كانت صحيحة و لكن لازم من ذكره المصنف ان يكون الحال كك في صورة النسيان أيضا و ليس كك على ما ذكره المشهور و أما معنى الرواية و الله العالم أن المراد من قوله (ع) فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالا على اعتبار كون التفرق كاشفا عن الرضا بالعقد بكون التفرق و عدم الفسخ عن الرضا

(١) وسائل ج ١٢ ص ٣٤٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٣

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولى المتعلق بالعقد حين البيع غاية الأمر أنا خرجنا من ذلك في زمن الخيار و مع التفرق يكون الرضا الاولى باقيا على حاله أيضا لا أن هنا رضا جديدا متصلا بالتفرق و بعبارة اخرى أن المراد من الرضا في الرواية الرضا الذي ثبت عليه لزوم العقد لا الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذي وقعت المعاملة عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن إكراه.

الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا في ذيل الصحيحة

فكأنه ره طبق الصحيحة عليه و قال أو يقال أن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ. و فيه أيضا انه ظهر جوابه مما ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطا للخيار لكونه كاشفا نوعا عن الرضا بالعقد. و فيه انه ظهر جوابه مما تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى في صورة النسيان أيضا فإنه ليس التفرق هنا كاشفا عن الرضا نوعا مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته. و من هن ظهر انه لا- وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الفارق بين الإكراه و النسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسيانا و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصا يدل على ذلك و أما صحيحة الفضيل فهي أجنبية عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى.

قوله مسألة لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخايير و بقي الآخر في المجلس

أقول بناء على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقا سواء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٤

كان بالإكراه أو بغيره و سواء كان عن التفاوت أو بغيره فلا مجال للبحث على هذه المسألة فإنه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أمّا بناء على أن التفرق الحاصل عن إكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول: قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار و قد يكون احد هما عن اختيار و الآخر بغير اختيار و على الأول فقد يكون كل منهما أيضا متمكنا عن الفسخ أيضا و قد لا يكون كلاهما أو أحدهما كك و على الثاني فقد يكون أحدهما مكرها على التفرق و ترك التخايير أيضا و بقاء الآخر في المجلس مختارا في المصاحبة أو التخايير و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرها مع المنع من التخايير و ذهاب الآخر اختيارا فذكر المصنف أن محل الاختيار في التفرق فهل لا- بد من كون كل من المتبايعين مختارا في التفرق بحيث أن الغاية لسقوط الخيار هو التفرق منهما اختيارا أو يكون في سقوط خيار المجلس كون أحدهما مختارا في التفرق فقط و ان لم يكن الآخر كك و على الأول فهل التفرق الموجب لسقوط الخيار بعنوان الاستغراق بمعنى أن تفرق كل منها يوجب سقوط خيار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنى أن تفرقهما

مجموعاً عن اختيار يوجب سقوط خيارهما و على الثاني فهل يكون مجرد كون أحدهما متفرقا بالاختيار موجبا لسقوط الخيار عن الآخر الذى كان باقيا فى المجلس أو يفصل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما و قد اختار القول بهذا التفصيل العلامة (ره) فى التحرير اذن فالأقوال فى المسألة أربعة.

و التحقيق أنه لا بدّ من ملاحظة مدرک الحكم باعتبار الاختيار فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٥

التفرق و ترك التخايير فى المسألة السابقة فإن كان مدرکه هو الإجماع فبناء على حجتيه و انجباره بالشهرة الفتوائية كما فى المتن فلا يشمل المقام فان المتيقن منه ما إذا كان كل من التفرق و ترك التخايير إكراهيا من الطرفين فلا يشمل ما إذا كان أحدهما مختارا فى ذلك فإنه دليل لبي فلا بدّ من أخذ المتيقن منه.

و أما إذا كان مدرک اعتبار الاختيار فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو غير الإجماع فالظاهر أنه لا يسقط الخيار الا بحصول التفرق بالرضا و الاختيار من الطرفين و انه لا- يمكن الاكتفاء بتفرق واحد منهما عن اختياره مع كون التفرق من الأخرى عن غير اختياره و الوجه فى ذلك أن التفرق من الأمور الإضافية و من المقولات النسبية كعنوان الأبوة و و البنوة و الاخوة و العمومة و السببية و المسببية و العلية و المعلولية و غيرها من المقولات الإضافية و من الواضح أن شيئا من المقولات الإضافية لا توجد فى الخارج و لا تحقق الّا بالطرفين فلا يعقل الأبوة بدون الابن و لا البنوة بدون الأب و هكذا سائر المقولات الإضافية.

و مفهوم التفرق أيضا ككك فإنه لا- يتحقق الا- بالطرفين فإنه عبارة عن انفصال شىء عن شىء و افتراق جسم عن جسم فلا يعقل أن يصدق هذا العنوان على شىء واحد فقها يعتبر افتراقه عن شىء آخر و يلاحظ باعتباره و عليه فلا يسقط الخيار المجلس الذى كان مغيا بالافتراق الّا بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم و ان لم يعتبر فى تحقيقه الاختيار كما تقدم لا من حيث المادة و لا من حيث الهيئة لصدقه على الجمادات أيضا فضلا عن اعتبار الاختيار فيه فإنه يصح أن يقال أن الجدار افتراق بعضه عن بعض و كك يصح نسبته الى كل جماد و غيره باعتبار انفصال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٦

بعض أجزائه عن بعض فإنه بمعنى الانفصال فكما لا يعتبر فيه ذلك فلا يعتبر فى الافتراق أيضا ذلك.

و لكن مع لحاظ تلك الدالة على اعتبار الاختيار فى التفرق فيكون التفرق الحاصل من الإكراه و بعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلا يكون موجبا لسقوط الخيار فتكون النتيجة هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التخايير.

أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادر اختيارية التفرق بدعوى أن المتبادر من الفعل المسند الى الفاعل المختار هو اختياريته فلان ما يكون صادرا عن غير اختيار لا- يكون تفرقا أصلا كما هو المفروض و عليه فلا يكون خروج أحدهما و لو باختياره عن المجلس تفرقا.

و أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحیحته الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاها موجبا لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرها على التفرق لا يكون التفرق منهما كاشفا عن رضاها فلا يكون موجبا لسقوط الخيار و من هنا ظهر أنه بناء على كون التفرق كاشفا عن الرضا النوعى كما ذكره المصنف فى ذيل الصحیحته فلا- يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجبا لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعا.

و أما لو كان دليل اعتبار الاختيار فى التفرق هو حديث الرفع كما هو العمدة فلان التفرق الحاصل بالإكراه من أحدهما كعدم التفرق و حينئذ فيكون ما يتحرك و يخرج باختياره فى حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الإضافية فلا يتحقق من شخص واحد أو فى شىء واحد بل لا بدّ و أن يتحقق بين شيئين فحيث كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٧

تفرق المكره في حكم العدم بحديث الرفع فلا- يصدق عنوان التفرق على خروج الآخر أيضا و ان كان خروجه بالاختيار كما هو واضح.

و بالجملة فلا- نعرف وجها صحيحا بناء على اعتبار الاختيار في التفرق المسقط للخيار لسقوط الخيار إذا كان أحدهما مختارا في التفرق و الآخر مكرها في ذلك.

و لكن هنا شيء و هو أنه ورد في الصحيحة على ما تقدم أنه قال (ع) فلما استوجبت البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر منه أن التفرق من طرف واحد يوجب سقوط الخيار و وجوب البيع فإنه (ع) لم يتعرض بكون تفرقه كان مع التفاوت الآخر و اختياره فيكون إطلاق كلامه شاملا لكون الطرف الآخر مكرها في البقاء أو غافلا عن تفرقه (ع) فيكون دالا على كفاية التفرق من طرف واحد عن رضا و اختيار و لكن ذلك لا يزيد عن حكاية فعل المعصوم (ع) فلا إطلاق فيه فلعله مشى مع التفات الآخر و عدم متابعة الآخر مع التفات و اختياره فلا يكون دليلا لكفاية التفرق الاختياري من طرف واحد مع كون الطرف الآخر مكرها في ذلك.

قوله مسألة لو زال الإكراه فالمحكي عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس

أقول: إذا ارتفع الإكراه بعد التفرق عن كره فهل يكون خياره فوريا كما زعمه بعض أو يكون ممتدا الى أن يطرئه المزيل الآخر غير التفرق لحصول التفرق أو المناط في التفرق هو التفرق بعد زوال الإكراه عن الهيئة التي كان المتعاملان عليها فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد.

أما الوجه الأخير فذكر المصنف أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٨

حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس زوال العقد و الحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لأن المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و اما من القول بالتراخي الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

و بالجملة فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال لا وجه له لعدم كونه خارجا عن ظهور الأدلة فيدور الأمر بين القول بفورية الخيار و بين القول باستمراره ما لم يطرئه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسك بالعام و هو هنا ما دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الإكراه.

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتي لحكم الخيار فيما لم يدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسك بالعام فيكون الخيار فوريا و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمرا و تعرّضه في خيار الغبن.

و لكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالإكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشيء عما هو عليه فان التفرق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لا محالة بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لا في مادة التفرق و لا في هيئة الا أنه مع ذلك فهذا التفرق كعدمه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٦٩

من حيث عدم ترتب الأثر عليه في نظر الشارع و ذلك لانه قد دلت الأدلة السابقة على عدم كون التفرق بنفسه غاية لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودي كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة و العدمي كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخر فإنه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة أو على فرض اعتبار الرضا في التفرق لصحيحة فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعا فيكون التفرق المقيد بالرضا موجبا لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادما

للرضا و حاصلًا بدونه فيكون لغوا و لا يترتب عليه تمر أصلا فيكون أدلة الخيار محكمة لعدم حصول الغاية و بعد ذلك لا تحصل تلك الغاية أيضا فإن التفرق قد حصل بالإكراه قطعا و قد عرفت أن الشيء لا ينقلب عما هو عليه و بعده لا يعقل حصول التفرق عن الرضا فإنه ذكر المصنف أن المراد من الرضا هو الرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانيا مع الرضا كما لا يخفى.

و على تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن إكراه و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الإكراه فتكون الغاية لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدميًا فلا يرتفع الخيار بالتفرق الخالي عن عدم الإكراه فبعده لا يمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلا فلا ينقلب الشيء عما هو عليه و على هذا فيكون الخيار باقيا و ممتدا ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتضى أدلة الخيار لكونها مغيية بغاية اما الوجودى أو العدمى فإذا حصل التفرق بغير تلك الغاية فيكون الخيار باقيا على حاله الى الأبد فلا يمكن أن يكون التفرق بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٠

ذلك مسقطا له و اعتبار التفرق عن مجلس زوال الإكراه كما توهمه بعضهم خارج عن مفاد أدلة الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدلة على التفرق عن مجلس العقد عن كل مجلس و على كل حاله فالحق أنه بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق فالخيار باق مع التفرق الإكراهى حتى بعد ارتفاع الإكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفرق كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل أنه إذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفرق الإكراهى فإذا زال الإكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فإنه يدور الأمر بين التمسك بعموم أدلة اللزوم فيكون الخيار فوريا و بين التمسك باستصحاب حكم المخصّص فيكون الخيار مستمرا ذكر المصنف (ره) أنه ذكر بعضهم أن المناط على التفرق بعد زوال الإكراه فالمناط هو مجلس زوال الإكراه و ذكر أنه لا وجه لذلك لانه ليس لنا ما يدل على جعل مجلس زوال الإكراه مجلس العقد بحيث يكون التفرق عن ذلك المجلس مسقطا للخيار و إنما الأدلة دلّت على أن الخيار باق و لم يرتفع بالتفرق و أما التفرق فهو حسى لا شك فيه و أدلة الخيار ساكت عن غاية هذا الخيار أى الأدلة الدالة على ثبوت الخيار مع التفرق عن إكراه ساكتة عن بيان أمد الخيار بل هى ناظرة إلى أصل ثبوت الخيار و عدم سقوطه بالإكراه كما لا يخفى و أما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفورية الخيار و بين استصحاب حكم المخصّص و القول بثبوته مستمرا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧١

أقول: أما ما افاده من عدم دلالة الدليل على جعل التفرق كعدم التفرق فهو متين جدا فان التفرق حاصل تكوينيا فلا يمكن أن بعد ذلك غاية للخيار فإن الشيء لا ينقلب عما هو عليه و الحاصل أنه لا يمكن القول بأن المناط هو التفرق عن مجلس زوال الإكراه فى سقوط خيار المجلس فإنه كما ذكر المصنف لم يدل دليل على تنزيل مجلس الزوال منزلة مجلس العقد و لا على بقاء التفرق و أن الحاصل منه كعدم بحيث يلاحظ ذلك جديدا بعد زوال الإكراه فإنه كما عرفت قد حصل التفرق حسا فلا يمكن أن يكون ذلك غاية للخيار بعد و لكن ما ذكره من جعل الأمر دائرا مدار فورية الخيار للتمسك بعموم أدلة اللزوم فإنه يقتصر فيما لم يدل دليل خاص على ثبوت الخيار على المتيقن و هو الفور و اما من الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص و الحكم بثبوت الخيار على الدوام و وجه الضعف هو أنا نحكم بثبوت الخيار هنا تمسكا بعموم أدلة الخيار و لا يسقط ذلك الا بمسقط آخر غير التفرق فان التفرق الحاصل بالإكراه لا يكون غاية لسقوطه فإنه لم يكن بما هو تفرق غاية لسقوط الخيار بل الغاية انما هو التفرق المقيد بعدم الكره بناء على أن دليل الدال على اعتبار الاختيار هو دليل رفع الإكراه و المقيد بقيد وجودى و هو الرضا بناء على أن دليل اعتبار الإكراه هو صحيحة الفضيل أو انصراف الفعل الى الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل على كل تقدير هو التفرق و هو بنفسه ليس غاية و ما هو

غاية أعنى التفرّق المقيد فلم تحصيل فيكون المورد مشمولاً لأدلة الخيار فتكون أدلة الخيار دالاً على ثبوته من غير أن يكون مغياً بغاية إذا الغاية كما عرفت هو التفرّق المقيد بأحد القيدتين المذكورين و من الواضح أنه حصل بغير ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٢

القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلك فتكون دالة على بقاء الخيار إلى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفرّق.

و على الجملة فالخيار ثابت هنا بإطلاق أدلة الخيار فلا يقاس ذلك بما يأتي في خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعاً فلا بدّ اما من القول بالفورية تمسكاً بعموم أدلة اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسكاً بالاستصحاب.

قوله و من مسقطات هذا الخيار التصرف

أقول لم يرد في نصّ و لا في رواية ان التصرف يوجب سقوط خيار المجلس أو خيار الشرط الا أن يدعى بقيام الإجماع عليه و هو كما ترى نعم ذلك في خيار الحيوان و قد تمسك المصنف و جعل التصرف مسقطاً للخيار و التعليل المذكور في بعض أدلة خيار الحيوان حيث قال فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان ثم عقب قوله هذا بالتأمل و هو في محله بيان ذلك أنه لا يمكن التعدي عن مورد الرواية و هو خيار الحيوان الى غيره فان سقوط الخيار فيه انما هو بالتعبد و التعليل وارد في مورد التعبد فلا يمكن تسريته الى غيره لأنه لا شبهة أن التصرف مسقط لخيار الحيوان سواء كان مقارناً بالرضا أم لا حتى لو صدر مع الغفلة عن حكمه فيكون أيضاً مسقطاً كما إذا اشترى الجارية فقبلها بتخيل انها مملوكة له مع عدم كونه راضياً بالبيع أي رضاً جديداً غير الرضا بأصل العقد بل يريد التروى و مع ذلك ليكون مسقطاً كما في رواية أخرى أريت ان لا مس أو قبل فذلك رضى فيه بالبيع و على هذا فكيف يمكن التعدي الى غير مورده مع ما نرى بالعيان و نشاهد-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٣

بالوجدان أن التصرف لا يكشف عن الرضا بالبيع.

نعم لا نضائق باستفاده الكبرى الكلية من هذه الرواية و هي أنه يسقط الخيار بإسقاط ذي الخيار لكونه راضياً بالبيع كما أشرنا الى ذلك في التكلم على أن إسقاط الخيار يوجب سقوطه أم لا.

و أما الزائد عن ذلك فلا اذن فالحق أن تصرف المتبايعين أحدهما أو كلاهما فيما انتقل إليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى ألا أن يدعى في المقام إجماع على مسقطية التصرف فهو كما ترى.

(في خيار الحيوان) قوله

الثاني خيار الحيوان،

إشارة

أقول: لا خلاف بين الفرقين في ثبوته في الجملة في بيع الحيوان و انما الكلام في خصوصية ذلك

و يقع الكلام في ذلك في جهات عديدة.

الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد منه الا لحمه

فظاهر النص و الفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى الزنبور و الجراد و السمك و نحوها.

و لكن ذكر المصنف أنه لا يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه حياته في الجملة فبمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الإناء خارج عن مورد هذا الأدلة لأنها لا تباع من حيث انها حيوان بل من حيث انه لحم ثم أشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب.

و ان كان مراده من ذلك الكلام أن ما يقصد لحمة بشخصه فلا خيار فيه فلا بدّ و أن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٤

فيما كان الشراء للحمة أو لأجل الهدى و نحوه ثم بدئ فلم يذبح فإنه لم يقل أحد و لم يتوهم متفقاً بسقوط الخيار هنا و ان كان غرضه أن ما كان بنوعه مقصوداً منه اللحم فلا خيار فيه.

و فيه أولاً أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الأدلة مطلقاً و ثانياً أنه أمر لا ينضبط إذ يمكن أن يكون غرضه المشتري فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الإبقاء كالسمك مثلاً نعم في مثل الجراد لا يكون غرض للإبقاء و ثالثاً قد لا يمكن ان يكون الغرض في بعض الحيوانات الحياة من النوع الذى قصد منه الحياة كما إذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلاً بحيث لا يعيش مع أن الغرض تعلق بحياته و بالجملة أن هذا الحكم لا يمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البائع ثم أعطاه لا يضمن بشيء أصلاً و قد ذكرناه في البحث عن بيع هياكل العبادة المتبدعة أنه قد يكون الغرض الأصيل من المبيع هو المادة فقط كبيع الصليب للخطب و عليه فلا تلاحظ الهيئة أصلاً و لو كان فيها عيب و كك في المقام فإذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئة أصلاً.

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الإطلاقات أن الخيار يمتد الى ثلثه أيام فلا يكون فورياً.

ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى أيضاً

ثم قرب اختصاصه بالشخصى و لكن لا ندري من اين جاء هذا الاحتمال و دعوى أن الحكمة من جعل الخيار و هو التروى مختصة بالمبيع الشخصى لعدم جريانه في الكلى مجازفة لعدم لزوم الاطراد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٥

في الحكمة أو لا- و لأين المراد من التروى في أصل البيع لا- في المبيع و هو جار فيما إذا كان المبيع كلياً و هذا ثانياً فلا مجال لهذا الاحتمال أصلاً

قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق في النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الإجماع أقول قد يكون الكلى في المعين و قد يكون في الذمة و على الثانى قد يكون حالاً و قد يكون مؤجلاً كالسلم و قد تقدم أقسامه في بيع صاع من صبرة أما الأول فلا شبهة في ثبوت خيار الحيوان فيه و الشيخ أيضاً لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فإن القسم الأول نظير البيع الشخصى كما إذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فإنه يكون الخيار ح ثابتاً للمشتري أولاً و للبائع معاً.

و أما القسم الثالث من الكلى فذكر شيخنا الأستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشتري لا يملك مطالبه الكلى في باب السلم قبل موسم قبضه فلا يمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثة من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوتها في الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما.

ثم ذكروا أن أدلة الخيار منصرفه عن بيع الكلى و أن حكمة ثبوتها هي النظرة و التروى في مدة ثلثة أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا و أنه صلاح له أم لا و من الواضح أن هذه الحكمة غير جارية في الكلى في الذمة إذ لم يسلم المبيع فيه بعد

حتى يتروى المشتري فيه و يرى أنه صلاح له أولاً.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٦

أقول: الظاهر ثبوت الخيار في بيع الحيوان في البيع الشخصي و الكلى أيضا بأقسامها الثلاثة أما ما ذكره من الانصراف فلا وجه له بوجه بعد ما كانت الأدلة مطلقة و لا نعرف منشأ للانصراف خصوصا بعد ملاحظة أن خيار الحيوان قد ذكر في بعض الأحاديث مع خيار المجلس و من الواضح أنه لو يستشكل أحد في ثبوت خيار المجلس في البيع الكلى و ليس بينهما فرق و لا في أحدهما خصوصيته الا أن أمد خيار الحيوان الى ثلثة أيام و أمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلا وجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس.

و أما ما ذكره من أن حكمه خيار الحيوان هو التروى و ملاحظة ان الحيوان صلاح للمشتري أم لا و فيه أولاً أن الحكمة غير سارية الى جميع الافراد بل قد توجد في بعض الافراد و قد لا توجد كما هو شأن الحكمة في كل مورد.

و ثانياً أن ثبوت خيار الحيوان و ان كان هو التروى الا أنه لا بدّ من التروى في البيع و ملاحظة أنه صلاح للمشتري أو لا دون التروى في المبيع و من الواضح أنه بناء على هذا فللمشتري أن يتروى في البيع لكي يرى أنه صلاح له أم لا و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الإيجاب الخالي عن القبول فكما أن الإيجاب الخالي عن القبول ليس ببيع فكك بيع السلم فإنه قبل القبض ليس ببيع و إنما يتم و يكون يباع بعد القبض كما أن الإيجاب يكون يباع مع القبول و عليه فلا بأس من القول بثبوت الخيار في بيع السلم و يكون مبدئه حين تحقق القبض كما لا يخفى فيكون مشمولاً لأدلة خيار الحيوان و على الجملة لا نرى مانعا عن شمول أدلته

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٧

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصياً أم كلياً و سواء كان الكلى في المعين أم في الذمة مؤجلاً- أم حالاً- فدعوى انصرافها عن القسمين الأخيرين من الكلى دعوى جزافية كما لا يخفى.

قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

أقول في المسألة ثلثة أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشتري و هو المشهور بين الأصحاب حديثاً و قديماً الثاني ثبوته للبائع و المشتري معا و هو المنسوب الى السيد المرتضى و هو أول من ذهب الى هذا القول و لعل مراده فيما كان المبيع حيواناً دون ما كان الثمن حيواناً.

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البائع أم المشتري و أما مدارك الأقوال فمدرك القول الأول هو جملة من الروايات «١» الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و في بعضها تصريح بذلك و في بعضها نظرة ثلثة أيام أى مهلة ثلثة أيام و لا شبهة أن جملة منها صحيحة و بعضها موثقة.

و مدرك القول الثاني صحيحة «٢» محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا:

فإنها قريب من الصراحة في كون الخيار ثابتاً لكل من البائع و المشتري.

و مدرك القول الثالث صحيحة محمد بن مسلم أيضاً المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام و في بعضها قيد صاحب الحيوان بالمشتري كما في موثقة بن فضال «٣».

(٢) وسائل ج ١٢ باب ٣ و ٣٤ حد ٣.

(٣) وسائل ج ١٢ ص ٣٤٩ حد ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٨

أما الطائفة الأولى من الروايات فلا شبهة في دلالتها على اختصاص الحكم بالمشتري بل قد عرفت أن بعضها صريح في ذلك فتدل بمفهومها على نفي الخيار عن غير المشتري لا من جهة القول بمفهوم الوصف بل هي مسوقة لبيان التحديد و أن خيار الحيوان لا يثبت في غير المشتري و هذا هو صريح الأسئلة في بعضها و صريح الجواب في بعضها الآخر و أصرح من الكل رواية «١» قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشتري أو البائع أو لهما و هذا واضح.

و نظير ذلك التحديد ما ورد في بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (ع) أي مقدار لا ينجس و لا ينفعل من الماء قال (ع) كر من الماء فان الجواب حيث كان في مقام التحديد فيدل على المفهوم و كذلك ما ورد في قصر الصلاة حيث سئل في كم يقصر المسافر قال في أربعة فراسخ ذهابا و إيابا أو ثمانية فراسخ ذهابا على ما هو مضمون الرواية.

و على هذا فتقع المعارضة بين هذه الطائفة و صحيحة محمد بن مسلم و عليه فان كان مجرد تعدد الرواية موجبا للترجيح فنأخذ الروايات الدالة على اختصاص الخيار بالمشتري و لكن قد ذكرنا في مبحث التعادل و الترجيح أن الشهرة على تقدير كونها مرجحة ليس معناها أن يكون احد المتعارضين أكثر من حيث العدد من الآخر بل كون الرواية ظاهرا في نفسها لكونها منقولة في الأصول و لم يكن نادرا و لذا جعلها في الرواية من الأمر الين رشده و من الواضح أن كل من الطائفة الدالة على

(١) وسائل ج ١٢ ص ٣٥٠ حد ٩.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٧٩

اختصاص الخيار بالمشتري و صحيحة محمد بن مسلم من الأمور البينة رشدها كما لا يخفى.

و عليه فلا بد من أخذ مرجح آخر و من الواضح أن ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري موافق لعموم الكتاب و السنة دون الصحيحة فإن العمومات كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ بَيَّاعَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع و غير ذلك من العمومات الدالة على لزوم فلو لا المعارضة بين الروايات لأخذنا بصحيفة محمد بن مسلم و نخصص بها العمومات و لقلنا بعدم لزوم البيع و بالنسبة إلى المتبايعين في بيع الحيوان لثبوت الخيار للمتبايعين كما أنها خصصت بثبوت خيار المجلس لهما كما لا يخفى.

و لكن لأجل المعارضة لا يمكن الأخذ بها فلا بد من الأخذ بما هو موافق للكتاب كما لا يخفى و اذن فلا بد من رفع اليد عن صحيفة محمد بن مسلم مع جلالته و عظمته لقانون المعارضة و يؤيد ذلك اعتضاد ما دل على اختصاص الحكم بالمشتري بالشهرة بل قيل ان رواية محمد بن مسلم قد اعرض عنها الأصحاب و لم يعمل بها إلا السيد المرتضى.

و قد يقال بتأويل رواية محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت الخيار للمشتري و حيث أن البائع طرف له و يقع الخيار بينهما و لذا قيل المتبايعان بالخيار.

و لكنه تأويل بارد و على خلاف الظاهر بل خلاف الصراحة منها فلا يمكن حمل الصحيحة عليه فإنه حمل بلا وجه.

و قد يقال بأن المراد من الصحيحة هو صورة كون العوضين حيوانا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٠

بأن يكون كل من الثمن و المثلن حيوانا فإنه حينئذ يكون كل منهما ذي خيار.

و لكن يرد عليه أولا أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها.

و ثانياً إن حملنا الصحيحة على هذا الاحتمال لزم أن يهمل الامام (ع) حكم ما هو الغالب فإن الصحيحة على هذا يتعرض حكم بيع غير الحيوان بقوله و في غير الحيوان حتى يفترقا و أيضاً تعرض حكم البيع الذي اشتمل على كون كل من العوض و المعوض حيوانا و لكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد غايته و قد يتوهم أن التعليل في بعض الروايات من الطائفة الأولى يدل على اختصاص الحكم بالمشتري فيما كان المبيع حيوانا لان قوله (ع) نظرة ثلثة أيام هو منطبق على المشتري فله أن ينظر ثلثة أيام و فيه أن النظرة بمعنى المهلة فليس هنا تعليل أصلا فهو اشتباه محض و أما الطائفة الثالثة الدالة على أن صاحب الحيوان بالخيار سواء كان هو البائع أو المشتري فقد يقال باختصاص هذه الطائفة بالمشتري بدعوى أنه ذكر في بعضها صاحب الحيوان المشتري بالخيار فيكون مطلق مقيدا بذلك و فيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد في الأحكام الانحلالية الغير المتنافية فلا تنافى بين كون الخيار لمطلق صاحب الحيوان و بين كونه للمشتري أيضا.

و عليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن إطلاق هذه الطائفة من الروايات و حملها على صاحب الحيوان المشتري اعنى من انتقل اليه المبيع و بين رفع يد عن ظهور الطائفة الاولى من الرواية في التقييد و اختصاص الحكم بالمشتري و نفيه عن البائع بل يحمل على الفرد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨١

الغالب لأن الأغلب أن الحيوان يكون مبيعا في بيع الحيوان فحيث أن الطائفة الأولى ظهورها في التقييد أقوى من ظهور الطائفة الثالثة في الإطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفة الثالثة و مع الإغماض عن ذلك فإنه لا بد من رفع اليد عن الطائفة الثالثة و العمل بالطائفة الأولى لأن الطائفة الأولى موافقة للكتاب و السنة بخلاف الطائفة الثالثة فإنه قد ثبت بالعمومات من السنة و الكتاب لزوم و العقد و القدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري و أما ما دل على ثبوته للبائع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضة كان مخصصا للعمومات و حيث ابتليت بالمعارضة فإنه لا بد من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفة للعمومات الكتاب و السنة.

قوله: مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار

أقول: قد ذكر في الغنية أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها و حكم غير واحد من القدماء بضمان البائع لها مدة الاستبراء و توهم بعضهم ملازمة ذلك مع ثبوت الخيار للمشتري و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مدة الاستبراء و الحكم بضمان البائع أما الأول فلانه لا ملازمة بين القول بثبوت الخيار للمشتري و بين كون ضمان الأمة على البائع في مدة الاستبراء إذا لم تثبت الملازمة بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمة بالعكس فإنه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له و أما في كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلا فإن كثيرا ما يثبت الضمان و لا يكون خيار لطرفه كما إذا كان المنشأ للتلف شيئا آخر. و على الجملة فلا يمكن كشف الخيار للمشتري من ثبوت الضمان على البائع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٢

و أما الحكم بثبوت ضمان الأمة في مدة الاستبراء على البائع فأیضا لا- دليل عليه فإنه لم يثبت لنا ضمان البائع على الأمة في مدة الاستبراء و كيف كان فالحكم في الأمة هو الحكم في بقية الحيوانات من غير فرق بينهما فأدلة خيار الحيوان محممة في جميعها.

قوله: مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد

إشارة

أقول: الظاهر من الروايات الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة في أن ثبوت خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله (ع) الشرط

فى الحيوان ثلثة أيام و فى غيره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان أنما يثبت من حين خيار المجلس و ان خيار المجلس انما يثبت من حين العقد كما هو واضح.

و عليه فلو انقضت ثلثة أيام انقضت به خيار الحيوان سواء حصل التفرق أم لا.

و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه:

الأول الأصل العملى

بأن يقال ان الأصل بقاء الخيار الى ثلثة أيام مثلا إذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضى ساعة من حين العقد و مضى ثلثة أيام من حين التفرق و ثلثة أيام و ساعة من حين العقد فنشك ح فى أنه هل الخيار ثابت فى هذه الساعة الأخيرة أم لا فنستصحب بقاءه. و بتقريب آخر فنشك فى ثبوت خيار الحيوان من حين العقد و عدم ثبوته فالأصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق. و كلا- الأصلين لا- وجه له اما الأول فيرد عليه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكلية كما حققناه فى محله. و ثانيا ان هذا المورد من قبيل الشك فى المقتضى بمعنى أنا نشك فى ثبوت الحكم فى عمود الزمان من جهة حصول الغاية و امتداد المقتضى و عدمهما و قد ذهب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٣

المصنف الى جريانه فى ذلك و منع شيخنا الأستاذ عنه و خص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الراجع مثلا إذا شكنا فى تحقق الطلاق و عدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب و نقول: ان الأصل عدم تحقق الطلاق و بقاء الزوجية كما كانت و أما إذا شكنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلا يمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك فى أن المقتضى موجود أم لا فنشك فى امتداد المقتضى حسب عمود الزمان فحيث لا يقين لنا بأن المقتضى لبقاء العقد المنقطع أى مقدار من الزمان فنحكم بعدم جريانه كما ذهب إليه الأستاذ و على الجملة أن الشك فى المقتضى بهذا المعنى أى بمعنى أن المقتضى أ هو أمر ممتد أم لا لا يجرى فيه الاستصحاب و ان ذهب المصنف الى جريانه فمقامنا من هذا القبيل لأننا نشك أن أمد خيار الحيوان و المقتضى لثبوته هل هو ثلثة أيام من حين العقد أو من حين التفرق فإذا شكنا فى ساعة أن الخيار باق أم لا من جهة الشك فى مبدء الخيار فلا يجرى فيه الاستصحاب من جهة الشك فى المقتضى لعدم جريانه فيه.

و أما الأصل الثانى فجوابه واضح فان عدم حدوث خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس لا يثبت الخيار بعد انقضاء ثلثة أيام من حين العقد فى الساعة المشكوكه كما فى المثال المذكور الا على القول بالأصل الميثب فان ثبوت الخيار فى ذلك الساعة بأصالة عدم حدوثه الى انقضاء المجلس من اللوازم العقلية كما هو واضح.

و مع الإغماض عن جميع ذلك فالأصل لا مجال له لأن الأدلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة فى ثبوته للمشتري من حين العقد و أنه على نسق خيار المجلس الثابت للمتبايعين من حين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٤

العقد.

الوجه الثانى: الاخبار الدالة على أن تلف الحيوان فى الثلاثة ممن انتقل عنه

أى ممن ليس له الخيار و بضميمة ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف أن مبدء خيار الحيوان بعد التفرق لانه لو كان مبدئه أول زمان العقد الذى يشترك فيه البائع و المشتري فى الخيار لما كان التلف على البائع.

أقول تنقيح المقام أن مقتضى القاعدة الأولية هو أن تلف كل مال من مالكة و لا يكون محسوبا من كيس شخص آخر بل من كيسه

إلا إذا ثبت بالدليل الخارجى و عليه فكلما حوسب التلف على المالك فهو موافق للقاعدة.

و عليه فإذا دل الدليل على أن التلف فى زمان الخيار مَمَّنْ لا- خيار له يكون ذلك تخصيصا للقاعدة المذكورة كما أن التلف قبل القبض كك أى تخصيص للقاعدة المذكورة فكك أن كون التلف فى زمن خيار المشترك أى عند اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس من مال البائع تخصيص بهذه القاعدة فى المورد المذكور فان كون التلف على مالك فى زمن خيار المشترك لم يرد عليه دليل خاص بل هو مما تقتضيه القاعدة الأولى.

و بعبارة أخرى فلا- تنافى بين كون خيار الحيوان مبدئه من حين العقد و مع ذلك يكون التلف محسوبا من البائع فإن أدله خيار الحيوان كما يكون تخصيصا للقاعدة الأولى القائمة على أن تلف كل مال على صاحبه فكك يكون تخصيصا لها فى زمن خيار المشترك فيحكم بكون التلف من البائع فإن زمان خيار المشتري من مصاديق القاعدة مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٥

المذكورة لا أنه ورد نص خاص على كون التلف على المالك كما لا يخفى و قد ذكر المصنف أن أدله التلف من البائع يمكن أن يكون محموله على الغالب حيث يكون التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر. و فيه مضافا الى أن التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر. و فيه مضافا الى أن التلف قبل التفرق ليس بقليل فى نفسه و ان كان قليلا بالنسبة إلى التلف بعد التفرق و أن غلبة الافراد لا يكون موجبة لصرف المطلق الى الفرد الغالب و قد ذكرناه مرارا كثيرة.

الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم أن يجتمع سببان على مسبب واحد

فهو كما لا يمكن فى الأسباب التكوينية فكذلك لا يمكن فى الأسباب الشرعية. و فيه أن هذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فان اجتماع خيارين فى عقد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب و اجتماع خيار العيب مع خيار الشرط و هكذا فلا يكون هذا إشكالا فى المسألة.

و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان العقد بوجوه:

الأول بالأصل العملى.

و يرد عليه أن مقتضى الأدلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري هو ثبوته له من حين العقد و مع ذلك فلا مجال للأصل كما لا يخفى.

الوجه الثانى: الاخبار الدالة على أن التلف فى ثلاثة أيام مَمَّنْ لا خيار له

مع ضميمه أن التلف فى زمان خيار المشترك من مال المالك فإنه لو كان خيار الحيوان ثابتا من حين العقد لكان التلف على البائع دون المشتري.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٦

و فيه أنه لم يرد فى آية و لا رواية أن التلف فى زمان خيار المشتري من مال البائع ليؤخذ بإطلاقه و يحصل التنافى بل هو حكم على طبق القاعدة الأولى لأن القاعدة الأولى أن تلف مال كل أحد على مالكة فكما ثبت التخصيص لهذه القاعدة الأولى فى موارد خيار الحيوان و كون التلف على البائع و كذلك ثبت التخصيص لذلك فى مورد خيار المشترك أى مع اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس الذى هو مشترك بين البائع و المشتري و حمل ما دل على كون التلف بعد التفرق لكونه هو الغالب كما صنعه المصنف لا

يمكن الالتزام به فإنه مضافا الى أن غلبة الافراد لا يوجب الانصراف أن إخراج الساعة الاولى أعنى ساعة عدم التفرق و ملاحظته نادرة بالنسبة إلى البقية من ثلثة أيام لا وجه له فان كل ساعة من ثلثة أيام نادرة بالنسبة إلى مجموع ثلثة أيام و عليه فلما ذا لا نخرج الساعة الأخيرة من ثلثة أيام و نقول بعدم كون التلف فيها من البائع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون في غيرها فتكون الإطلاقات منصرفه إلى غيرها و هكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح.

الوجه الثالث: أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له أسباب عديدة

و الا لزم تأثير علتين في معلول واحد و هو محال فلا بد و أن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق و انقضاء خيار المجلس و قد عبر بعضهم عن ذلك باجتماع المثليين.

أقول لا شبهة في أن الخيار حكم شرعى كسائر الأحكام الشرعية و الأمور الخارجية أجنبية عن ذلك بالكلية لا انها من قبيل الأسباب و لا أنها من قبيل المعرفات بل هي أجنبيات في ذلك بل الحكم الشرعى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٧

من حيث أنه فعل للشارع و هو حكيم فلا- بد و أن يكون تابعا للمصلحة و المفسدة و أنها ناشئة عن ذلك فليس للأمور الخارجية تماس بالأحكام الشرعية أصلا.

و على الجملة فلو كان غرضهم من كون الأمر الخارجى سببا اصطلاحيا أو معرضا فهو باطل من أصله.

و ان كان غرضهم من كون الأمور الخارجية سببا للحكم الشرعى هو أن يكون موضوعا له تمام الموضوع كالنجاسة و الطهارة بأن يكون نسبة الحكم الى الموضوع كنسبة العلة الى المعلول بان لا- ينفك الحكم عن ذلك الأمر الخارجى كما لا ينفك المعلول عن علته و ان كان مرادهم ذلك فلا شبهة أن الأمور الخارجية حينئذ حقيقة أسباب للأحكام الشرعية لا أنها معرفات.

و عليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان و خيار المجلس امرا مستقلا فيثبت له الحكم اى الخيار مستقلا من غير أن يرتبط أحدهما بالآخر كما هو كذلك في باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من موجبات الكفارة موضوع لوجوب الكفارة فلا يرتبط أحدهما بالآخر و ان لم يكن كذلك بأن لا- يكون المورد قابلا- لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل ان لم يمكن التأكد كما في باب النجاسة و فى المقام نحكم بالتداخل لما عرفت سابقا أن الخيار ملك فسخ العقد فهو حكم وضعى اعتبارى و من الواضح أنه لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد و كذلك فى بقية المملوكات فإن الشىء الواحد لا يملك مرتين كما هو واضح فلا يعقل أن يملك الإنسان بفسخ العقد مرتين كما لا معنى لذلك فى غير هذا المورد لأن الأمور الاعتبارية لا تعدد فيها بل يمكن أن يقال ان هذا الاشكال مدفوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٨

من أصله حيث انه ليس هنا خياران حتى يقال بكونهما مسببين عن سببين و لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد، بل هنا خيار واحد و تقسيمه الى خيار المجلس تارة و الى خيار الحيوان أخرى اصطلاح من الفقهاء و الا فالظاهر من الاخبار هو أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين ما لم يفترقا و للمشتري إلى ثلثة أيام و بيان ذلك أنه ثبت فى طائفة من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع.

و دلت صحيحة محمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار فى الحيوان ثلثة أيام و فى غير الحيوان ما لم يفترقا و لكن رفعنا اليد عن ذلك لمعارضتها بالروايات الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و دلت صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار و ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشتري و يكون المستفاد أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء كان فى الحيوان أم فى غيره و أن صاحب الحيوان الذى هو المشتري بالخيار الى ثلثة أيام فملاحظة هذه

الرواية مع الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشتري إلى ثلاثة أيام تنتج أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين الى حين التفرق و للمشتري إلى ثلاثة أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحالة صدور الواحد عن الكثير.

قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملك

أقول إذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما فى العقد الفضولى بناء على النقل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٨٩

و كعقد الصرف و السلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك و اختار المصنف الثانى تبعا لما استظهره بعض معاصريه و هو صاحب الجواهر.

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف و السلم و فى الفضولى أيضا سواء قلنا بالنقل أو بالكشف و الوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك و يكون يباع له و مستندا اليه بعد الإجازة و قبلها ليس يباع للعاقده و هو واضح و لا يباع للمالك إذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الإجازة.

و قد عرفت أن الأمر كذلك على القول بالكشف أيضا حيث انه يحكم من زمان الإجازة أن البيع يبيع للمالك من الأول أى يحكم بحصول الملكية للمالك فى زمان الإجازة من الأول و هذا أمر موافق للعرف أيضا فإن العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكية من الأول عند الإجازة و ترتيب آثار الملك على العقد من الأول و قد تقدم ذلك.

و قد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهر من الأدلة أن خيار المجلس و خيار الحيوان انما يثبتان للبيع و ما يصدق عليه البائع و قد عرفت فى صحيحه محمد بن مسلم قال (ع) المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة أيام. و حيث ان زمان الإجازة زمان صدق البيع على البائع و المشتري فيحكم فى زمان الإجازة بترتب آثار العقد عليه من الأول حتى على الكشف لا- بمعنى أن كل أثر يترتب عليه و يحكم بكون النماءات الحاصلة له بل من الآن يحكم بحصول الملكية من زمان العقد و ترتب الأثر عليه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٠

و هذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدلة خيار الحيوان من زمان الإجازة كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل.

و أما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فإنهما مع فقدهما القبض كالإيجاب الخالى عن القبول فكما ان الإيجاب ليس موضوعا للخيار و كذلك الإيجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزلة الإيجاب و عبارة اخرى أن أدلة الخيار انما هى تخصيص لأدلة الزوم الوفاء بالعقد و الزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما أدلة الزوم حتى تخصصها بأدلة الخيار.

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان القبض.

ثم انك قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضا و عليه فلا وجه لتخصيص المثال فى بيع السلم بما إذا كان الثمن حيوانا بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان.

قوله مسألة لا إشكال فى دخول الليتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام

لا لدخول الليل في مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج
أقول وقع الكلام بين الأصحاب في ان المراد من ثلثة أيام هل هو النهار
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩١

فقط و الليل خارج عنه أو المراد من اليوم هو مجموع أربع و عشرين ساعة و هذا البحث جار في المقام و في أيام الحيض و في إقامة
عشرة أيام و ربّما يقال أن اليوم اسم لمجموع اليوم و الليل و ان مجموع اربع و عشرين ساعة يسمى يوما و لكنه بديهى البطلان لعدم
إطلاق اليوم على ذلك المجموع و انما اليوم اسم لما هو بين طلوع الشمس و بين غروبها فالقوس النهارى يوم و القوس الليلي يسمى
ليلا و دائرة نصف النهار منصفه للقوس النهارى الى نصفين و نصف الليل منصف ليل الى نصفين و ليس أحدهما داخلا في الآخر الا
بالدليل الخارجى كما في الصوم حيث ان الشارع اعتبر كونه من أول الفجر الى زوال الحمزة عن قمة الرأس و أما في غير ما اعتبر
الشارع دخول أحد القوسين في الآخر فلا يطلق أحدهما على الآخر.
و عليه فلا- تكون الليالى داخلة في الأيام فيما كانت الأيام موضوعه للحكم بحسب المفهوم الا- من جهة عناية أخرى من اعتبار
الاستمرار فى الحكم مثلا.

و عليه فلو عامل أحد مع غيره و باعه حيوانا فى أول طلوع الشمس فيمتد خياره الى غروب الشمس من يوم الثالث و لا تكون الليلة
الأخيرة داخلة و لا يثبت له الخيار فيها بخلاف ما لو قلنا بدخول الليل فى مفهوم اليوم فإنه يمتد الخيار الى صبيحته يوم الثالث و يكون
له- الخيار فى الليل أيضا و أما الليلتان المتوسطتان فهما داخلتان بلا شبهة لا من جهة أن الليل داخل فى مفهوم اليوم بل من جهة ان
الخيار حكم ثابت لذى الخيار الى ثلثة أيام مستمرا فلو لم تكن الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الموضوع لانقطع الخيار فهو خلاف
الظاهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٢

من الأدلة و هكذا الحال فى إقامة عشرة أيام و أيام حيض المرأة و نحوهما و اما الليلة الأخيرة فهى خارجة عن حريم الخيار فإنها غير
داخلة لا من حيث صدق اليوم عليها و لا من حيث الاستمرار.
و أما لليلة الأولى فيما إذا وقعت المعاملة فى أول الليلة أو نصفها فهى أيضا داخلة بلا شبهة لما عرفت من أن الأدلة ظاهرة فى اتصال
مبدء الخيار بالعقد فإذا تحقق العقد تحقق الخيار فيستمر الى ثلثة أيام فدخول الليلة الاولى من جهة اتصال مبدء خيار الحيوان بالعقد و
استمراره الى ثلثة أيام.

و قد يتوهم أن الليلة الأخيرة أيضا داخلة لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و الا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد و لكن
قد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسطتين أيضا ليس من جهة الأصالة بل من جهة استمرار الخيار الى ثلثة أيام و
اتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال.

و اما مسألة التلفيق فيما إذا كان وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو خاص المرأة فى وسط النهار فهل
يجوز أن يحسب نصف هذا اليوم و النصف من اليوم الثالث و جعلهما يوما واحدا أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و
يؤيد ذلك أنه قل ما يتفق أن المرأة تحيض فى أول طلوع الشمس و المسافر لا يرد البلد الذى يقيم فيه فى أول طلوع الشمس و هكذا
فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعا للحكم لتعرض له الامام عليه السلام و هذا المعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى
محل كذا يوما مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك و لو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٣

و كل ذلك لا شبهة فيه و ما افاده المصنف هنا متين جدا.

(في مسقطات خيار الحيوان)**إشارة**

قوله مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدهما اشتراط سقوطه في العقد

أقول قد تقدم في خيار المجلس اشتراط عدم الخيار أو اشتراط إسقاطه في ضمن العقد و لا نحتاج إلى الإعادة و لكن ذكر المصنف هنا شيئاً يجرى في خيار المجلس أيضاً فلا بأس بالتعرض له و حاصله أنه لا شبهة في جواز إسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول أسقط خيارى من مجموع هذا الحيوان و هل يجوز إسقاط الخيار من نصفه أم لا فالظاهر هو عدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما إذا كان المبيع حيواناً.

و أما إسقاط بعضه من حيث الزمان بأن أسقط خياره يوماً أو يومين أو أقل أو أكثر فالظاهر هو الجواز لأنه ملك فسخ العقد فدى الخيار مالك لذلك فله أن يسقط حقه بأجمعه أو ببعضه و لا يلزم المحذور المذكور هنا لأن إطلاق الأدلة تشمله حتى في الان القليل من الزمان و بعبارة أخرى فإدلة الخيار تشمل المبيع إذا كان حيواناً في كل آن و زمان.

و الثاني

إسقاطه بعد العقد.

قوله الثالث التصرف

و لا خلاف في إسقاطه في الجملة

، أقول:

قد اضطرت كلمات الفقهاء في مسقطية التصرف غاية الاضطراب و لعل مثل هذه المسألة قليلة في الفقه و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات و القواعد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٤

و التحقيق أنك قد عرفت في مبحث المعاطاة أن مقتضى القاعدة كفاية كل ما يكون مصداقاً للإنشاء في مقام إنشاء العقد و نحوه فان المناط في ذلك صلاحية ما يتحقق به الإنشاء لإظهار ما في النفس و إبرازه سواء كان من قبيل الفعل أو من قبيل القول و اللفظ و من أفراد ما يظهر به ما في الضمير و ينشأ به المعاملة و الا فلا خصوصية له الا إذا قام الدليل على عدم كفاية غير اللفظ في مقام الإنشاء كما في الطلاق.

و عليه فكما أنه يكتفى في إنشاء العقد بكل ما يصلح أن ينشأ به العقد و كذلك يكتفى بكل ما يبرز ما في الضمير في إسقاط الخيار هذا ممّا لا شبهة فيه و أنه أمر تقتضيه القواعد و لكن الكلام في الصغرى و انه أى شىء يكون صالحاً لان يتحقق به إسقاط الخيار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فليس هنا قاعدة تتكفل لبيان ذلك المقدار المتيقن كون التصرف مصداقاً للإسقاط و الا فلا دليل على كونه مسقطاً للخيار حتى التصرفات الجليئة فضلاً عن التصرفات الحقيرة فإنه ربما لا يكون المتصرف عالماً بالموضوع أو الحكم أو يكون غافلاً- عن ثبوت الخيار له و يتصرف فيه و حينئذ كيف يمكن الحكم بأن التصرف مصداق

للإسقاط فلو وطأ الجارية التي اشتراها لا يكون ذلك مسقطا للخيار و أن أصر عليه شيخنا الأستاذ و قال بكون مثل الوطى مصداقا للإسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعدة.

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث في الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أو جب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهة للتعبد الشرعي و أما ما لا يوجب الأحداث فقد ذكرت أمور مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٥

في الرواية التي سئل فيها عن تفسير الحديث: إنها إحداث حدث مع انه ليس بحدث في العرف و ذلك كالنظر إلى الجارية و اللمس و التقبيل و نحوها مع أنها ليس بحدث فيكون مثل ذلك داخلا في الحدث بدليل الحاكم و بالتعديد الشرعي فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضا هذا ما يتحصل من الاخبار.

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعدة من كون التصرف مصداقا لسقوط الخيار و الثاني التصرف الذي يوجب احداث الحدث في الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقا للحدث تعبدا و حكومه فإن هذا أيضا يوجب سقوط الخيار و أما في هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطا للخيار و لو كان التصرف من التصرفات الجليلة كما تقدم فضلا عن التصرفات الخفيفة كيف فإنك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقا للتصرف فأى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادرة حال الغفلة أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فيكون الخيار باقيا على حاله و لو كان التصرف مثل وطى الأمة كما عرفت بل الظاهر من صحیحة الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث و الثاني ركوب الدابة و سئل بكلمة أو أنهما يسقطان الخيار أم لا فوقع الامام (ع) إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء الله فلو كان مثل الركوب أيضا مسقطا للخيار لإجابته أيضا بأنه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات في الحيوان المشتري مما لا بد منه فلو كان كل تصرف موجبا لسقوط الخيار لكان جعل الخيار و تشريعه لغوا محضا كقود الحيوان إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٦

القبه و ركوبه من مكان المعاملة إلى منزله للتجربة و الامتحان و الأمر بمشى الأمة أو العبد للتجربة و الامتحان و أمرهما بسقى الماء و نحوه بل النظر الى شعر الأمة ليرى أنها شابة أو كبيرة قد بيض شعره الى غير ذلك من التصرفات التي مما لا بد منه عادة في مدة ثلثة أيام و على الجملة مقتضى أدلة اللزوم من الايات و الروايات هو لزوم العقد و قد خصصت بأدلة خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلا بد من رفع اليد عن إطلاق أدلة الخيار و عمومها بما يدل على التخصيص و التقييد و ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطتين ففي أى مورد تحقق واحدة من هذه الضابطه نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم.

و الحاصل أن كلمات الفقهاء في أن التصرف مسقط أم لا مضطربة غاية الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفا عن الرضا الشخصى مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الأنصارى و غيره أن التصرف كاشف عن الرضا النوعى فيكون مسقطا للخيار و لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقطا للخيار و منشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات في المقام متعددة منها صحیحة «١» ابن رثاب فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلثة أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له: و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء.

فان الظاهر من هذه الرواية ان الحدث مسقط للخيار فإذا أحدث المشتري حدثا فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطا ثم سأل ابن رثاب عن الحدث و أنه أى شىء فقال (ع) أن لا مس أو قبل أو

(١) وسائل ج ١٢- ص ٣٥١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٧

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام (ع) من جعل اللمس أو التقبيل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعاً و اذن فيدور الأمر بين أن يكون ذلك حاكماً بتوسعة دائرة الحدث و جعل كل واحد من الأمور المذكورة من أقسام الحدث أو بجعلها مثلاً لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار فإذا لم تكن الرواية ظاهرة فيما ذكرناه من جعل الأمور المذكورة مصداقاً للحدث تعدياً فليس لها ظهور في جعلها أمثلةً لمسقطية التصرف ليكون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار و كيف كان فلا دلالة فيها على كون التصرف على إطلاقها موجبا لسقوط.

و منها صحيحة «١» الصيفار قال: كتبت الى أبي محمد (ع) في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ إله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها في فراسخ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إنشاء الله.

فهذه الرواية صريحة في أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار و أما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فإما ممنوعة لعدم تعرض الامام (ع) لذلك أو هي تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فإن السائل إنما سأل عن أمرين أحدهما إحداث الحدث

(١) وسائل ج ١٢- ص ٣٥١- حد ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٨

في المبيع و الثاني الركوب فقد أجاب الإمام (ع) عن الحدث و أنه مسقط للخيار و سكت عن الركوب الذي هو من أظهر أفراد التصرف فهذا السكوت لو لم يدل على عدم كون التصرف مسقطاً للخيار فلا دلالة فيها على كون التصرف مسقطاً. و على الجملة فإما لا دلالة في الرواية على كون التصرف مسقطاً أو فيها دلالة على عدم كونه مسقطاً. و منها صحيحة «١» قرب الاسناد قال: قلت له أرايت ان قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقض الشرط و لزم البيع فقد جعل الامام (ع) في هذه الرواية نفس الأمور المذكورة موجبا لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث أصلاً.

و المتحصل أن ما يكون مسقطاً للخيار من التصرف أمور ثلثة من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعية أصلاً الأول: ما يكون مصداقاً للإسقاط و مبرزا لما في ضمير المتكلم من كونه موجبا لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعدة الأولية و لا شبهة فيه. الثاني ان يكون التصرف احداث حدث في الحيوان فإنه أيضا يكون موجبا لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحة على بن رئاب و صحيحة الصفار و إطلاق الحدث شامل لكل حدث و لو كان بمثل جز الشعر و نحوه.

الثالث أن يكون المشتري لا مس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر إليه فإنه أيضا موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الأمور الثلثة

(١) وسائل ج ١٢- ص ٣٥١- حد ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ١٩٩

فلا يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار بوجه فإنه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت.

ثم انه بقي الكلام في أن المراد من قوله (ع) فذلك رضا منه بالمبيع في صحيحة ابن رئاب أي شيء فذكر المصنف احتمالات أربعة الأول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصي فيكون المعنى ان التصرف-الموجب لإحداث الحدث في المبيع يكون كاشفا عن الرضا الشخص و هذا واضح الدفع فان كثيرا ما لا يلتفت المشتري الى ثبوته الخيار له فيحدث حدثا في المبيع فكيف يكون ذلك كاشفا عن الرضا الشخص بالمبيع و بسقوط الخيار مثلا لو اشترى أحد دجاجة و قص جناحها لئلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت

الى ثبوت الخيار له في ذلك كما هو كذلك في نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا- يلتفتون بثبوت الخيار لهم في مثل الدجاجة و نحوها و في مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفا عن الرضا الشخص كما هو واضح.

الثاني أن يكون كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع و سقوط الخيار كما ذكره المصنف و هذا أيضا لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفا عن الرضا النوعي بحيث يكون المناط في كون التصرف مسقطا للخيار هو الرضا النوعي فإنه لا وجه لدعوى أن في أغلب الناس يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعي فإن أغلب الناس و لا يلتفتون الى ذلك كيف فان خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات الى الخيار عند التصرف بل يثبت لكل شخص حتى اليهود و النصارى و المخالفين و غيرهم و من الواضح أنه مع ذلك فالغلبة في غير مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٠

الملتفتين بالخيار عند التصرف فكيف يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعي من جهة التفات أغلب الناس بالخيار عند التصرف. و كيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع.

الثالث أن يكون ذلك بنفسه جوابا للشرط و حكما ثابتا للموضوع فيكون ذلك إشارة إلى نفس ذلك التصرف الذي هو الحدث.

الرابع أن يكون توطئة للجواب و هو قوله و لا- شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة فيكون إشارة الى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالتصرف و مرجع هذين الاحتمالين إلى شيء واحد و ان كان البيان فيهما مختلفا.

و قد ذكر المصنف أن لازم أخذ هذين الاحتمالين هو الالتزام بكون مطلق التصرف مسقطا للخيار و لكن الأمر ليس كذلك فان قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع هو أن نفس هذا التصرف الذي يوجب احداث الحدث رضا بالبيع لا كل تصرف كما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حيث قال: ان أحداث حدثا فذلك رضا منه بالبيع.

(الثالث من الخيارات خيار الشرط)

إشارة

قوله الثالث خيار الشرط اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد أقول لا شبهة في جواز جعل الشرط في العقود و لا خلاف فيه بين الأصحاب سواء كان متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

و يمكن الاستدلال على جواز ذلك بطائفتين من الرواية

الأولى صحيحة «١» ابن سنان

عن ابى عبد الله عليه السلام في حديث قال: و ان كان بينهما شرط

(١) وسائل ج ١٢- ص ٣٥٥- باب ٨- حد ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠١

أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع و في رواية السكوني ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى

في رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار فإنها تدل على جواز جعل الخيار في هذين الموردين الخاصين.

و الطائفة الثانية الأخبار المستفيضة الواردة في اشترط الفسخ برد الثمن

كما سيأتى نقلها فإنها أيضا تدل على جواز جعل الخيار في موردها فان جاز التعدي عن موردها فيها لدعوى الضرورة أنه لا خصوصية لموردها و الا فلا بد من التماس دليل آخر و ح نأتى إلى العمومات.

و قد استدل على مشروعية هذا الخيار و جواز جعله و اشترطه بالأدلة المستفيضة بل المتواترة بين الفريقين المؤمنون عند شروطهم الا شرطا خالف كتاب الله و سنة نبيه فإنها تدل بإطلاقها على لزوم الوفاء بكل شرط غاية الأمر خرج عنها الشروط الابتدائية و بقى الباقي و من جملة اشترط الخيار في العقود.

و قد أشكل عليه في المستند بأن الأدلة العامة لا تكفي لإثبات صحة اشترط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السنة لأن السنة تدل على أنه بالافتراق يجب البيع فاشترط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و على الجملة فلا يمكن الاستدلال بهذا الأدلة على جواز جعل الخيار.

و قد أجيب عنه بجوابين الأول ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الجواز و كذلك اللزوم على قسمين الأول الجواز و اللزوم الحكمي و الثاني اللزوم و الجواز الحقي. أما الأول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٢

أصلا أما الجواز فكالمهبة حيث ان جوازها حكمي فلا يتغير أصلا و لو قال الواهب أسقط حق الرجوع ألف مرة.

و أما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه بإقاله و نحوه فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكمي لا حقي.

و أما الثاني فالجواز الحقي مثل الوكالة و نحوها و اللزوم الحقي كجميع العقود التي تجرى فيها الإقالة حيث انه يستكشف من ذلك أن اللزوم فيها حقي و الا لم يرتفع بالإقالة فما يكون مخالفا للكتاب و السنة هو الخيار في العقود التي أن اللزوم فيها حكمي كالنكاح لا في مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقا.

و فيه أنه قد عرفت في أول البيع أنه لا فرق بين الحق و الحكم أصلا فإن كلاهما بحكم الشارع و جعله غاية الأمر قد سموا الفقهاء الحكم الذي اختياره بيد المتبايعين حقا و هذا لا يوجب اختلافهما في الحقيقة و عليه فكما ان الجواز حقيقة واحدة مجعولة بجعل الشارع و كذلك اللزوم فهو حقيقة واحدة و الاختلاف بحسب الحكم الطارئ عليه لا أن هنا حقيقتان إحداهما حقي و الأخر حكمي كما لا يخفى و عليه فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار في العقد مخالف لحكم الشارع بلزومه.

و بعبارة اخرى أن اللزوم في جميع العقود انما هو حكم الشارع و ثابت بدليل واحد غاية الأمر أنه مطلق في بعض الموارد كما في النكاح و مشروط بعدم الإقالة في بعض الموارد الأخر كما في البيع و نحوه على ان النكاح أيضا قد يطرئه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح.

و الجواب الثاني ما يظهر من السيد ره من أن جعل الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٣

مخالف لإطلاق العقد لا لمقتضاه فإن إطلاق العقد يقتضى الملكية على وجه الإطلاق فاشترط الخيار مخالف لإطلاقه لا لمقتضى أصل العقد. و هذا الجواب من العجائب فان كلامنا في الشروط المخالف للكتاب و السنة لا في الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو لإطلاقه.

و توضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفا لمقتضى العقد بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك أو يقول الواهب و هبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبة في ملكي و هكذا فان هذه الشروط كلها مخالفة لمقتضى العقد و لكن لا دليل على بطلانه الا لزوم

المناقضة و التناقض فان معنى البيع هو تملك العين المبيعة و كونها ملكا للمشتري و معنى اشتراط عدم كونه ملكا للمشتري هو أن لا يكون المبيع ملكا للمشتري و هما متناقضان و كذلك فى الهبة.

و أما إذا كان الشرط مخالفا لإطلاق العقد فلا محذور فيه أصلا لعدم لزوم التناقض و محذور آخر فيه كما ذكره السيد فإنه أن محذور فى أن يقول البائع بعتك هذا الثوب و شرط عليك أن تخطى لى ثوبا آخر فإن إطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكا للمشتري على وجه الإطلاق و الشرط مخالف له.

و أما الشروط المخالفة للكتاب و السنة فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفة للعقد أو لإطلاقه فإنه لا يفرق فى الشروط المخالفة للكتاب و السنة بين أن تكون مخالفة لأصل الكتاب و السنة أو لاطلاقهما مثلا لو باع حيوانا و اشترط أحدهما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزها لا دواء فإنه هل يتوهم أحد جواز ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٤

لكونه مخالفا لإطلاق الكتاب لا أصله.

و الحق فى الجواب أن يقال: أن هذه الروايات انما وردت لجعل خيار الشرط فى مورد لزوم العقد فتكون مخصصة للأدلة الدالة على اللزوم لا منافية لها لتكون مطروحة أو مأولة و توضيح ذلك أن معنى اشتراط شىء فى العقد هو توقف لزوم العقد على وفاء الشروط عليه بالشرط و الا فلا يلزم عليه أن يتوقف على اللزوم و معنى عدم وجوب التوقف على اللزوم هو ثبوت الخيار له بحيث ان شاء يفسخ و ان يشاء يمضى و ان شاء يبقى العقد على حاله غاية الأمر أن اشتراط شىء على البائع أو المشتري فى العقد جعل خيار بالدلالة الالتزامية و جعل الخيار لأحدهما أو كلاهما فى العقد جعل خيار بالدلالة المطابقية و قد تقدم ذلك فيما سبق و قلنا و بان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار و الحاصل أن الأدلة على أن المؤمنين عند شروطهم واردة فى مورد جعل الخيار بناء على أن كل شرط يرجع الى جعل الخيار بالبيان المتقدم فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة و بعبارة أخرى أن هذا الروايات الدالة على لزوم الوفاء بالشروط و ارد فى مورد جعل الخيار بناء على أن مرجع جعل الشروط الى ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام على العقد منوط على بقاء الالتزام على الشرط و مع التخلف يثبت الخيار و عليه فلا يكون جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنة الا أن الشرط مخالفا لهما و الحال أن فى العالم شروط صحيحة غير منافية للكتاب و السنة فهذه الروايات واردة فى هذه الموارد الى مرجعها الى جعل الخيار.

و يمكن الجواب عن صاحب المستند بناء على المشهور أيضا من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٥

عدم رجوع الشرط الى جعل الخيار. بدعوى عدم مخالفة الشرط الخيار للكتاب و السنة. أما عدم مخالفته للكتاب من جهة أن أو فوا بالعقود ناظر إلى إفادة اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذى أنشأ المنشئ و هذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مرارا أن الإهمال فى الواقعات من الأمور مستحيلة و عليه فهذا العقد الذى اشترط فيه الخيار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الإطلاق فلا بدّ و أن يكون منشأ على وجه التقييد فيكون الملكية المنشئة بقيد خاص موردا للأمر بالوفاء بالعقد فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب بل دليل اللزوم من الأول لا يشمل الا هذه الملكية الخاصة المقيدة بحد خاص.

و بعبارة أخرى أن دائرة الملكية من الأول محدودة و مقيدة بعدم الفسخ فان الحاصل من البيع قد يكون ملكية مطلقة و يكون المنشأ هو ذلك و قد يكون المنشأ ملكية مقيدة بحصة خاصة و بحد خاص أى المقيدة بعدم الفسخ و حينئذ أن منافاة لهذا الشرط للكتاب بل الكتاب لا يشمل من الأول الملكية المطلقة بل يشمل الملكية المقيدة و هو واضح.

لا يقال أن الملكية المنشئة مطلقة حتى بعد الفسخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسنة أو سنتين لكونه باطلا إجماعا فإنه يقال لا شبهة فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و أن البائع أنشأ ملكية مطلقة للمشتري و أبدية و لكن كلامنا ليس فى الإطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الحالات و لا شبهة أن المنشأ بالنسبة إلى الفسخ و عدمه الذان من الحالات الطارئة لعقد اما مطلق أو مقيد و

ذكرنا أنه مقيد فالملكية المنشئة محدودة بالنسبة إلى الفسخ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٦

و عدمه الى الزمان فتشملها أدلة اللزوم مع هذه الحيثية المقيدة فيكون لازما الى أن لا يفسخ و الا فلا لزوم لعدم شمول أدلته له. و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسبة إلى الفسخ و عدمه أن أنه أنشأ الملكية سواء فسخ أم لا مع اشتراط الخيار في العقد دعوى متناقضة كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الإقامة في بلد و كان عالما بمسافرتة أو شاكا فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح.

و لا- يقاس كون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ بالبيع إلى سنة فان الثاني باطل بالضرورة بخلاف الأول فإنه كان متعارفا في جميع الأزمنة فيكون مشمولا لوجوب الوفاء بالعقد.

و كيف كان بناء على المشهور أيضا لا يكون شرط الخيار مخالفا للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلا يكون الأمر بالوفاء بالعقود شاملا الا ما أنشأ بأى كيفية أنشأ. فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكية المحدودة بعدم الفسخ.

و أما السنة فقد ظهر جواب توهم مخالفة الشرط للسنة من ذلك أيضا فإن قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكية المحدودة لازمة على وجه الإطلاق بعد انقضاء المجلس بل الملكية المحدودة بعدم الفسخ فلا تكون هذه الاخبار شاملة من الأول الى ما بعد الفسخ حتى يتوهم كون الاشتراط مخالفا لمقتضى الكتاب.

ثم انه لا شبهة في جواز جعل الخيار مدة خاصة معينة

إما متصلا بالعقد أو منفصلا عنه لإطلاق الأدلة نعم ذكر بعض الشافعية أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فإنه لا ينقلب الى الجواز بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٧

اللزوم و لكنه بديهي البطلان فان كثيرا ما يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم كما في موارد خيار تأخير الثمن و موارد خيار الرؤية و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم فلا يمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضا.

و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مدة العمر نظير الوقف بحسب العمر أم لا

فلم يستشكل أحد في جوازه الا شيخنا الأستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الأول أنه يوجب كون العقد غرريا و ذلك لانه لا يعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غرريا فيبطل لذلك.

و فيه أنه الغرر هو الخطر و لا نرى في ذلك خطرا أصلا غاية الأمر أنه يكون مثل العقود الجائزة فهل يتوهم أحد أن الهبة أو الوكالة أو نحوهما من العقود الجائزة غررية. و سيأتى الكلام في نفس الغرر مع الجهل بالشرط.

الوجه الثانى ما ذكره (ره) من أن جعل الخيار إلى الأبد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلالة مطابقيه أعنى حصول الملكية للمشتري فالبيع يقيد بالمطابقة حصول الملكية للمشتري على وجه الإطلاق و دلالة الترابية أعنى كون المتبايعين ملتزمين بمفاد العقد و أنه لا-

يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت إلى الأبد فاشترط الخيار إلى الأبد و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد بحسب الدلالة المطابقيه أعنى حصول الملكية المطلقة و لكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلالة الترابية أعنى لزوم العقد إلى الأبد و أما جعل

الخيار في زمان خاص فلا بأس به لعدم كونه مخالفا لمقتضى العقد من الجهتين غاية الأمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٨

أنه شرط الخيار في زمان خاص.

و فيه قد عرفت أنه لا دليل على بطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد الا من جهة المناقضة و من الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكية للمشتري مثلا مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا يملك المشتري أو يهب بشرط أن يبقى العين الموهوبة في ملك الواهب و أما جعل الخيار في البيع إلى الأبد فلا يستلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فإنه أى مناقضه لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبائع أو للمشتري خيار مدة العمر فيكون نظير العقد الجائر نعم لو كان هنا دليل التعبدى يدل على أن الشروط لا بد و أن لا يكون مخالفة لمقتضى العقد لأخذنا بإطلاقه و بالنسبة إلى الدلالة المطابقية و الالتزامية.

و الحاصل قد علم أن المنشأ في موارد جعل الخيار بالشرط ملكية محدودة فأدلة لزوم من الأول قاصرة عن الشمول لذلك فضلا عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفة الكتاب أو السنة.

و مع الإغماض عن ذلك فنقول: ان الظاهر من السنة الدالة على لزوم العقد هو الحصه الخاصة من العقد الذى لم يجعل فيه الخيار و أما ما جعل فيه الخيار فلا يكون مشمولا لها.

و توضيح ذلك أن الأدلة على ثبوت خيار المجلس و ان دلت على لزوم البيع بمجرد الافتراق و كونه واجبا على وجه الإطلاق و لكن لا بد من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد فى بعضها أن اللزوم و الوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (ع) فلا خيار لهما بعد الرضا و قد ذكر أن المراد من هذه بالعقد كقوله (ع) فلا خيار لهما بعد الرضا و قد ذكر أن المراد من هذه العبارة الشريفة أنه لا خيار لمجلس لهما بعد ما أقدم على المعاملة و رضيا بها و عليه فهي صريحة فى عدم شمول السنة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٠٩

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدموا و لم يرضيا على المعاملة الأعلى النحو الذى أنشأها و من الواضح أنهما أنشأ ذلك بحيث يكون لهما أو لأحدهما حق الفسخ بعد شهر مثلا أو الى شهر من زمان العقد فلا يشمل قوله (ع) فإذا افترقا وجب البيع بعد الرضا إذا لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم.

ثم انه قد عرفت أنه لا شبهة

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٦، ص: ٢٠٩

فى جواز اشتراط الشرط فى العقد من دون أن يلزم فيه محذور أصلا

و قد عرفت أنه يجوز أن يشترط فيه الخيار مدة معينة بل ما دام العمر و قد عرفت مناقشه شيخنا الأستاذ فى ذلك و عرفت الجواب عنه.

و هل يجوز اشتراط الخيار فى مدته مجهولة فى الظاهر و معيئة فى الواقع

إشارة

(كأن يجعل البائع المشتري لنفسه الخيار الى قدوم الحاج أو نزول المطر و نحوهما) أو لا- يجوز و الظاهر هو الجواز لعموم الأدلة

المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم.

و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلاثة

الأول ما أرسله العلامة

من أنه نهى النبي (ص) عن الغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منها عنه و يكون المشروط به أيضا منها عنه. وفيه مضافا الى عدم ثبوته إذ الثالث المنقول هو نهى النبي (ص) عن بيع الغرر أنه لا- دلالة فيها على فساد المعاملة المشروط بهذا الشرط الفاسد ألبناء على سرايته الى المشروط و هو فاسد و سيأتي الكلام منه.

الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مدة مجهولة مخالف للسنة فيكون فاسدا

و ذلك فإنه ورد النهى عن بيع الغرر
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٠
فى الشريعة المقدسة فاشترط الشرط الغررى مخالف له فيكون فاسدا و هذا هو الذى ذكره المصنف و ذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الأول بفساد هذا الشرط بدليل النهى عن البيع الغررى.
و كيف كان هذا الوجه أيضا لا يتم فإنه ان كان المراد من الشرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بما يكون مخالفا للكتاب و السنة أيضا مخالفا لهما فيرد عليه أنه مبنى على سراية فساد الشرط الفاسد الى المشروط و بعبارة أخرى فالصغرى مسلم و لكن الإشكال فى الكبرى من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا.
و ان كان المراد به نفس الملتزم به ليكون هو بنفسه مخالفا للكتاب و السنة فلا شبهة أن الملتزم به ليس مخالفا للكتاب و السنة فان جعل الخيار و ليس فيه مخالفة لهما و الا لكان كل خيار فى كل عقد مخالفا للكتاب و السنة و على الجملة فإن كان المراد من الشرط نفس الملتزم به فليس فيه مخالفة للكتاب و السنة و ان كان المراد به نفس الالتزام و هو و إنكار مخالفا للكتاب و السنة لكونه حراما على الفرض و لكن لا يرى كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد أم لا.
الثالث: النبوى المعروف من أنه نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بدعوى أن اشتراط الخيار فى البيع مدة مجهولة غررى فيسرى إلى البيع فيكون البيع أيضا غرريا. و على هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنة يحتاج إلى إرجاع الشرط الى نفس الملتزم به و لا إلى النهى عن المطلق الغرر لاحتاج الى البحث عن ثبوته و عدمه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١١

و لكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهالة فلا جهالة فى المبيع و ان كان الشرط مجهولا فإنه أى جهالة فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع إذ لا تسرى الجهالة من ناحية الشرط الى المبيع أصلا.
و بعبارة أخرى بناء على تمامية ما دل على النهى عن الغرر من حيث السند و كون الغرر بمعنى الجهالة فما يكون موجبا لبطلان هو جهالة ما يرجع الى الثمن و المثلن لا جهالة الخارجية و من الواضح أن العوضين هنا معلوم فلا تسرى الجهالة إليهما من ناحية الشرط المجهول كما هو واضح على أن الرواية ضعيفة السند و الغرر ليس بمعنى الجهالة.
و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ما قربناه سابقا فلا خطر هنا أيضا فإن الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله البائع أو المشتري أن مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون المالية التى تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهولة فان هذا خطر.
و أما إذا كان ما يساوى ماله معلوما فان فسخ يملك ما بذله نفسه و الا يملك ما بيده الذى أخذه من طرفه فأى خطر فى ذلك و لو لم يعلم أن العقد يفسخ أولا و أنه فى أى وقت يفسخ فان هذا لا يضر بمالية المبيع أن الثمن فلا يجعلها خطيرة و الا فهذا يجرى فى جميع

موارد الخيارات إذ لا يعلم أن ذى الخيار يفسخ أو لا فهذا بنفسه لا يوجب الغرر.

نعم فالمالية في الثمن أو المثلث تكون خطيرة باعتبار ترق القيمة السوقية أو تنزلها الى زمان الخيار و الفسخ إذ لا يعلم أنه متى يجيء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٢

الحاج أو ينزل المطر حتى يثبت الخيار لذى الخيار فيمكن أن تكون قيمة المبيع نازلة بحيث لا يسوى شيئاً فيكون البيع حينئذ خطرياً من ناحية هذا الشرط على أن دليل نفي الغرر ضعيف و غير منجر بشيء و قد عرفته في البحث عن القدرة على التسليم و لكن هذا يجري في جميع موارد الخيارات فلا يختص بالمقام فإنه يمكن أن يطرأ هذه الحالة للمبيع في بقیة الخيارات أيضاً ففیما ليس فيه خطر لا وجه لفساد الشرط و فیما فيه خطر فهو مشترك بين المقام و بين بقیة موارد الخيارات.

هذا كله إذا كانت المدة مجهولة في الظاهر و معلومة في الواقع كأن قال بعتك هذا الشيء على أن يكون لي الخيار مدة خاصة و لم يبين المدة أو قال لي الخيار و أطلق فهذا باطل ثبوتاً أيضاً لاستحالة إمضاء أمر المجهول الا أن يقال أنه يحمل على ثلثة أيام. كما افتي به جمع من الأكابر و ذكر الشيخ الطوسي أن عليه أخبار الفرقه و قد عامل بعضهم معاملته الرواية و لكن الظاهر أنه لا يكون دليلاً في المقام إذ لم نجد رواية تدل على هذا الرأي و لم ينقله احد حتى الشيخ في كتابه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره و الظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات و ذكر أن عليه أخبار الفرقه و قد ذكر نظير ذلك في قصر الصلاة عند الخروج الى الصيد و وجدنا الموارد التي استنبط ذلك منها و عليه فان كان هنا إجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلثة أيام نأخذ به و الا فيحكم بالبطان كما هو الظاهر.

(في مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد

أقول ان كان وقت خيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٣

الشرط معلوماً بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار في اليوم الفلاني فهو و الا بأن أطلق و قال بعتك على أن يكون لي الخيار الى خمسة أيام فإن ظاهر الإطلاق هو كون الخيار من حين العقد و الا كان الإطلاق الغوا و لو جعل لأحدهما الخيار في اليوم المعين فالإطلاق يقتضى أن يكون مبدء الخيار من أول ذلك اليوم و قال المصنف انه لو شرط خيار الغد كان مبدئه من طلوع الفجر و لكنه مبنى على أن يكون أول النهار من طلوع الفجر و لكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس و آخره غروبها و بعبارة أخرى قد ذكرنا في مباحث الصلاة أن قوس النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الأرض لا يتحقق النهار و مقابل ذلك الليل.

و قد ذهب الشيخ و الحلبي الى أن مبدئه من حين التفرق و وجه الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم جوابه بأنه لا مانع من استناد الخيار الواحد إلى أسباب عديدة و يترتب عليه الثمر فيما إذا سقط واحد فإنه يفسخ بالآخر و قد تقدم أيضاً النقض بأنه قد يجتمع خيارات عديدة في محل واحد و كيف كان فلا محذور فيه على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار الحيوان أيضاً.

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان الخيار في زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد أشار الى ذلك في السرائر.

و فيه أولاً أن التبادر في نفسه ممنوع و ثانياً ما ذكر المصنف انه لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلثة و لم يلتزموا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٤

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و مع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا الجعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلب إذ لا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس ثم أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن تبعية العقود للقصد و وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر مصاد له كما إذا قصد المتبايعين البيع و ترتب عليه الهبة أو الإجازة أو قصد المتعة و ترتب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أما بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقة ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و ان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه إلى سنة مثلا فلو حكم الشارع بأنهما ما داما فى المجلس ليس لهما خيار الشرط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد.

أقول: ان كان مراد المصنف أنه يلزم التخلف إذا كان قصد المتبايعين ثبوت الخيار لهما من حين العقد إلى خمسة أيام فأمضى الشارع بعد التفرق إلى خمسة أيام و مقدار زمان قبل التفرق كخمسه أيام و نصف أو ساعة بحيث يضيف الناقص من الأول إلى الآخر فلا شبهة فى كون ذلك من تخلف العقد عن القصد فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الأستاذ.

و ان كان مراده أن المتبايعين قصدا لنفسها الخيار من حين العقد إلى خمسة أيام و لكن الشارع ضيق دائرة خيارهما و نقص من خمسه أيام بمقدار بقائهما فى مجلس فح لا يلزم التخلف فان المورد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٥

ح من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك و إمضاء البيع فى ما يملك و عدمه فيما لا يملك. و عليه فإشكال شيخنا الأستاذ متين و نظير ذلك كثير فى الشريعة كبيع الصرف و السلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و كبيع الفضولى و نحو ذلك.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو جعل مبدء الخيار من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار و قد تقدم أن شرط إذا كان غريا يفسد و يستلزم كون البيع فاسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و الا فيكون الفاسد هو الشرط فقط و لا يسرى الغرر الى المبيع و قد تقدم و لكن يمكن عدم الغرر و الجهالة هنا فى هذا المثال كما إذا جعل الخيار من حين التفرق فان الشرط هنا لا يكون مجهولا لان آخره معلوم فهذه المدة مدة الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فما داما فى المجلس فيه و بعده بخيار الشرط غاية الأمر سبب الخيار مجهول.

(فى جعل الخيار للأجنبى)

إشارة

قوله مسألة يصح جعل الخيار لأجنبى

أقول

يقع الكلام فى جهات

الاولى هل يشرع الخيار لا جنبى بعنوان أنه وكيل

لان جعل الخيار له فى قوّة جعل الخيار لنفسه و لا شبهة أيضا فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام.

و انما الكلام فى جعله للأجنبى بغير عنوان الوكالة فقد يقال:

بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفا للالتزام و يكون له الخيار فى حل التزامه و إبقائه على حاله و

من الواضح أن الأجنبي خارج عن ذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٦

و يضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعية هذه الشرط فيكون مخالفا للمشروع فان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بد خول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين.

أقول: لا- وجه للتمسك في ذلك بالروايات المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم و ذلك لما عرفت سابقا أن هذه الروايات ناظرة إلى الحكم التكليفي و أنه لا بدّ و أن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (ع) المؤمن عند عهده بل في بعضها و ليف بشرطه فتكون خارجة عن الأحكام الوضعية و عن نفوذ الشرط و ضعا على أن هذه الروايات ناظرة إلى الشروط التي سائغة شرعا فيجوز جعلها في العقود في الشريعة المقدسة فلا تكون دالة على تشريع الشروط و جعلها.

و بعبارة أخرى أنها مسوقة لتجوز جعل الشروط التي سائغة في الشريعة فلا تكون مشرعة في نفسها و موجبة لجعل شرط لا نعلم مشروعيتها قبل ذلك و عدمها و لذا قلنا أن هذه الروايات واردة في مقام جعل الخيار لرجوع الشروط بالأخرة إلى جعل الخيار بالالتزام و من الواضح أن مشروعية الخيار ثابت في الشريعة المقدسة و أما في غير ذلك فالشروط مخالفة للكتاب و السنة فلا يجب الوفاء بها. و الظاهر أنه لا دافع لهذا الإشكال إلا ما ذكرناه سابقا من أن المنشأ هو الملكية المحدودة بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدين انما هو على هذا النحو الخاص و ليس على وجه الإطلاق فإنك قد عرفت أن الملكية المنشأ قد يكون مطلقة و قد تكون مقيدة لاستحالة الإهمال في الواقعات فالملكية المنشئة هنا مقيدة بعدم فسخ الأجنبي فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٧

ما هو يكون مشمولاً للعقد الملكية المقيدة كما هو و بالجملة فكون الملكية محدودة بجعل الخيار للأجنبي كتحديد الملكية بجعل الخيار لنفسه.

فتكون أدلة اللزوم من الأول دالة على لزوم هذه الحصّة فقط فيكون غير هذه الحصّة خارجة بالتخصص و قلنا أن تملك المبيع و بيعه بالملكية المحدودة من حيث الكيف لتقيده بعدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف في الخارج فيكون مشمولاً لأدلة اللزوم بنفس أدلة اللزوم تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط فلا تكون هذا الشروط مخالفة للكتاب و السنة. و لا دافع لهذا الإشكال إلا هذا و الا فلا مقتضى لمشروعية هذا النحو من الشرط.

الجهة الثانية في أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول

بحيث ما لم يقبل الأجنبي هذا الشرط لا- يثبت له الخيار و للمتبايعين الشرط كما أن توكيل الغير يحتاج الى قبول أو لا يشترط فيه ذلك و ربما يقال أن مقتضى كون كل شخص مسلطا على نفسه هو أن يكون تملكه شيئا باختياره و سلطنته فان هذا المضمون و ان لم يكن واردا في الاخبار و انما الوارد الناس مسلطون على أموالهم و لكن هذا أمر وجداني بل ثابت بالأولوية فإن كون الإنسان مسلطا على ماله يقتضى كونه مسلطا على نفسه بالأولوية القطعية- و قد قال موسى (ع) إني لا أملك إلا نفسي و أخي و حكاه سبحانه و تعالى في كتابه الكريم و على هذا فمقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار للأجنبي الا بقبوله.

أقول: لا شبهة في أن تملك أى شىء انما هو بالأسباب الاختيارية التي جعلت في الشريعة المقدسة من الأسباب المملكة غاية الأمر ثبت على خلاف هذه القاعدة تملك الورثة أموال المورث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٨

بالأسباب القهرية و كذلك في بعض الموارد من غير مسألة الإرث كالمصالحات القهرية و نحو ذلك فليس لأحد جبر غيره تملك شىء إلا باختياره و لذا أفتوا بعدم وجوب قبول البذل في الحج ليكون مستطعا و يجب عليه الحج.

ولكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك و ان فسرناه بملك فسخ العقد و تحقيق ذلك أنه قد تقدم في أول البيع في بيان الفرق بين الحق و الحكم أن الجواز الثابت في العقود الجائزة أو اللازمة بواسطة جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحية الشارع غاية الأمر أن ما ثبت في العقود اللازمة يفترق عما ثبت في العقود الجائزة بوجهين الأول أن الثابت في العقود اللازمة اما بالجعل أو بواسطة جعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان يقبل السقوط بالإسقاط بخلاف العقود الجائزة فإن الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع و لا يقبل السقوط حتى بإسقاط المتعاقدين و لو قالوا أسقطنا ألف مرة.

و قد تقدم في ما سبق في أدلة خيار المجلس و الحيوان قوله (ع) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالإسقاط و بعبارة اخرى أن في ذيل تلك الأدلة ما دل على سقوط الخيار بالرضا.

الثانى أن الخيار الثابت في العقود اللازمة ينتقل الى الوارث بموت المورث و نحوه و الخيار الثابت في العقود الجائزة بحسب المطيع بحكم الشارع لا يقبل ذلك بوجه و لكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى و لا يوجب بينهما بحسب الحقيقة و الا فالجواز شىء واحد بحسب الحقيقة و لا يميز بينهما و لا بينونه بينهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢١٩

بحسب الحقيقة فالنتيجة أن الخيار و الجواز في العقود الجائزة و العقود اللازمة شىء واحد و حكم شرعى جعله الشارع للمتعاقدين و كذلك ما جعله المتعاقدان فإنه أيضا من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدين و على هذا المنهج فباب الخيارات بالكليّة أجنبية عن حدود الاملاك المصطلحة و عليه فلا مانع من جعل الخيار للأجنبى من غير أن يكون ثبوته له محتاجا الى القبول فان هذا الحكم شرعى يثبت للأجنبى و كونه من قبيل الحقوق و الاملاك الحقيقة سالبة بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيدا بعدم فسخ الأجنبى فإذا فسخ بطل العقد و الا فيبقى على حاله و لا يكون لقبوله و عدمه أصلا مدخل في ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيدا بعدم فسخه كما هو واضح.

غايته بجعل المتعاقدين و من هنا يظهر أنه لا يسقط بإسقاط الأجنبى فإن الدليل على سقوط الخيار بإسقاط ذى الخيار انما هو فى المتعاقدين فان الظاهر من أدلة ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الأجنبى بعد قيام الدليل على جوازه فلا يكون قابلا للسقوط بإسقاطه. فلا يكون ساقطا كما لا يخفى.

الجهة الثالثة: أنه هل يجوز للمتعاقدين إسقاط هذه الخيار عن الأجنبى أم لا

فقد اختار السيد (ره) فى حاشية الوجه الأول قال (أن شرطه كون الأجنبى ذا خيار فخيار الأجنبى حق للمشروط له فكما يجوز إسقاط خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذلك فى الأجنبى و ليس الشرط حدوث الخيار للأجنبى بل دوامه فيكون كخيار نفسه فى جواز إسقاطه و لا يضر سقوط حق الأجنبى أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٠

للأجنبى إسقاطه فيسقط المشروط له أيضا قهرا عليه).

أقول أن ثبوت الخيار للأجنبى و ان كان حق للمتعاقدين و لكن ذلك فى ناحية الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للأجنبى حدوثا انما هو بجعل المتعاقدين و حق لهما فى أن يجعلوا الخيار فى العقد لنفسهما أو لغيرهما و أما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط بإسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا يسقط بإسقاط نفس الأجنبى أيضا فكون ثبوت الخيار للأجنبى حدوثا حقا للمشروط له لا يلازم كونه بيده أيضا بقاء بل لا بدّ بعد ثبوته للأجنبى ملاحظة ما دل على سقوط الخيار بالإسقاط و من الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه بإسقاط المتعاقدين بل بإسقاط نفس الأجنبى فيكون نظير الجواز الثابت فى الهبة و غيرها من العقود الجائزة فلا يعقل انفكاكه عن العقد ما دام العقد باقيا و لا شبهة أن سقوط الخيار بالإسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالإسقاط فى الخيارات

المجمولة لنفس المتعاقدين فان في ذيل أدلة خيارى فى المجلس و الحيوان ما يدل على سقوطه بالرضا و أما ما جعلاه للأجنى فلا دليل على سقوطه بالإسقاط.

و بعبارة أخرى تارة يشترط المشروط له فى العقد أن يخطط المشروط عليه له الثواب و لا شبهة أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخطط له الثوب و له حينئذ أن يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له.

و أخرى يجعل الخيار و للأجنى فلا شبهة حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثا و أما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢١

ثابتا للأجنى فلا دليل لسقوطه بإسقاط غيره.

و قد انتهى الكلام الى جعل الخيار للأجنى و قد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكية المنشأ و كون المنشأ من الأول مقيدا فتكون أدلة اللزوم من الأول قاصرة الشمول لما بعد الفسخ فضلا عن أن يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة.

و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين

الاولى فى أن خيار الأجنى هل هو مشروط بملاحظة الغبطة و المصلحة أم لا

فنقول قد يكون جعل الخيار للأجنى مشروطا بمراعاة مصلحة من جعل الخيار له و حينئذ فلا شبهة فى كون خياره مقيدا بذلك فلا يكون فسخه نافذا بغير ملاحظة المصلحة و قد يجعل له الخيار على وجه الإطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحة أم لا و حينئذ فيكون له الخيار على وجه الإطلاق هذا لا شبهة فيه مع التصريح بذلك فى مقام الإثبات و أما لو جعل الخيار للأجنى مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الإطلاق بل إطلاق فهل يثبت له الخيار أيضا على وجه الإطلاق أم ينصرف إلى صورة كون الفسخ مصلحة للمشروط له.

أقول ان كان جعل الخيار للأجنى من كلا المتبايعين فلا وجه لملاحظة المصلحة لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحة لأحدهما و غير مصلحة للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشتري أو ربح البائع و قلما يتفق أن يكون البيع مصلحة للبائع و المشتري معا و عليه فلا وجه لملاحظة المصلحة فهما و لو كان جعل الخيار و للأجنى من أحدهما فقط دون الآخر و مع ذلك أطلق فى جعله فهل ينصرف ح إلى صورة وجود المصلحة فى الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخيار للأجنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٢

على وجه الإطلاق و ان كان ممكنا ثبوتا و لكنه ينصرف إلى صورة كون فسخ الأجنى مصلحة للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخيار له ليس على وجه يكون فى نفس الجعل غرض بل هو من جهة أن المشروط له ليس له بصيرة على حال البيع و انه جاهل بخصوصيات البيع و المبيع و أن هذه المعاملة مصلحة له أم لا- لكونه غيريا مثلا- فجعل الخيار له من جهة أن يلاحظ مصلحة هذا الشخص و الا فيكون نقضا للغرض كما لا يخفى.

و عليه فدعوى الانصراف إلى صورة وجود المصلحة ليست بدعوى جزافية الا أن يصرح على كون الخيار للأجنى على وجه الإطلاق.

الجهة الثانية: أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع الأجنى أو لعدة أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع أو غير ذلك

و قد عرفت فى خيار المجلس نظير ذلك فنقول إجمالا أن الخيار تارة يكون ثابتا للطبيعة على نحو الكلى الطبيعى بحيث كل من سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء يتحقق الطبيعى فى ضمنه فلا يبقى خيار لفرد آخر من هذه الطبيعة أصلا و هذا لا شبهة فيه و قد يكون ثابتا لكل فرد بعنوان الفردية لا بما أنهم من مصاديق الطبيعة و على هذا فيكون كل واحد منهم ذى خيار و عليه فان سبق أحدهما إلى الفسخ فلا يبقى موضوع لخيار الثانى فإنه يوجب انهدام العقد و انحلاله من أصله فلا يبقى شىء حتى يكون الثانى يعمل

خياره.

و ان كان أمضى العقد فيكون العقد ممضى من قبله فقط فلا يكون ذلك مضاء من قبل الآخرين و قد عرفت النكتة بين الفسخ و الإمضاء فى خيار المجلس و قلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلا يعقل الا من الطرفين
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٣

و هذا بخلاف الإمضاء فإن الإمضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الإمضاء من الطرف الآخر.
و قد يكون الخيار ثابتا للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثة و عليه فإمضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الآخرين باقيا على حاله فلهم الفسخ أو الإمضاء فإن اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد و الا يبقى العقد على حاله و كيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح.
قوله مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي فى أمر العقد أقول

حيث كان الكلام فى جعل الخيار للأجنبي فلمناسبة ذلك ذكر مسألة الاستيمار فى أمر العقد

إشارة

و ان لم يكن من جعل الخيار فى شىء.

فنقول انه يمكن تصوير ذلك بوجوه و لكن المناسب للمقام اعنى مسألة جعل الخيار للأجنبي. وجهان الذان ذكرهما السيد (ره).

الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبي بالفسخ و الا فلا

و عليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الأمر و الاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لأنه أنما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير إذ لا خيار له بدونه و أما لو أمر الأجنبي الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا و الظاهر هو جواز الفسخ بهذا الأمر و ذلك لان الاستيمار ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار للمشروط له و أنما هو طريق الى تحصيل الأمر من الغير فإنه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الإمضاء بدون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٤

الاستيمار و لذا يستأمر منه و الا فالغرض هو تحصيل الأمر فقط و عليه فيجوز الفسخ ان أمر به الأجنبي بدون الاستيمار فإنه يثبت له الخيار بذلك الأمر.

ثم انه إذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل بارك له فى معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلا إذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ و ان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ و يجوز له أن لا يفسخ لأن الحق له نعم لو كان عنده أمر بالفسخ حق للطرف الآخر أيضا بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ و جب عليه الفسخ كما لا يخفى.

و أما وجوب الفسخ فلا يثبت له حكم تكليفى و جوبى لما عرفت أن الخيار حق لذى الخيار فيثبت به له حق فى فسخ العقد أو إمضائه و أما الحكم التكليفى فلا يثبت هنا بوجه.

ثم انه بناء على ما تقدم من ذهاب المشهور الى بطلان الشرط بكونه مجهولا كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلا شبهة فى بطلان البيع لمجهولية الخيار الناشئ من جعل الاستيمار من شخص لنفسه بناء على هذا الوجه الذى هو الظاهر و المناسب لمسألة جعل الخيار للأجنبي فإن الشرط ح يكون مجهولا إذ لا فرق بين هذا و بين جعل الخيار على تقدير قدوم الحاج و من الواضح أن جعل الخيار على تقدير أمر الفلان بالفسخ إذا استأمره أمر مجهول فلا مناص لهم من القول بالبطلان لجهالة المعاملة على

مذاق المشهور و أما بناء على ما ذكرناه من عدم كون البيع غرريا بذلك مع كون ما يأخذ كل منهما من الآخر بعد الفسخ معلوما أعنى العوضين. و قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٥

عرفت ذلك و هذا هو الوجه الأول و هذا هو المرتكز فى الأذهان و ينصرف إليه الإطلاق.

الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ ما لم يأمر الأجنبى بذلك

بحيث يكون فى ذلك حق لكليهما معا بخلاف السابق فإنه كان الشرط لأحدهما فقط و هذا الوجه لا محصل له أصلا فإنه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم يأمر به المستأجر بالفتح فلو فسخ قبل الأمر يفسخ العقد و لكن يثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط و ح فلا يبقى مجال لثبوت الخيار للطرف الآخر مع التخلف إذ لا يبقى موضوع للخيار أصلا بعد انهدام العقد و توضيح ذلك أنه على المختار من رجوع الشرط الى جعل الخيار على تقدير التخلف فلا يبقى موضوع لذلك فإنه يكون فسخه مؤثرا فى العقد فلا يبقى هنا عقد حتى يفسخه الطرف الآخر بخيار تخلف الشرط من جهة عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنى به عدم الفسخ قبل الأمر و بالجملة فاشترط عدم الفسخ ح لا أثر له أصلا.

و على مسلك المشهور من كون الاشتراط موجبا لمجرد إثبات حكم تكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خيار الفسخ بالأمر بعد الاستيمار ففسخ قبل الأمر قد فعل فعلا محرما و أما عدم نفوذ فسخه فلا مانع منه فان ثبوت الحكم التكليفى لا يمنع عن تأثير الحكم الوضعى فيمكن أن يكون الفسخ حراما و مع ذلك يكون نافذا و أما على مسلك شيخنا الأستاذ من كون الشرط موجبا لعجز المكلف تكليفا عجزا شرعيا لكون المنع الشرعى كالمنع العقلى فلا يكون الفسخ مؤثرا و لكن قد عرفت عدم تماميته و يأتي التراضى بذلك فى باب الشروط إنشاء الله.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٦

و ان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الأمر فيكون ذلك عين الوجه الأول فلا يكون وجهها آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير أمر الأجنبى به.

الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك

بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى و هذا صحيح غير الوجه الأول و لكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف و عليه فإذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأجر بالكسر فيها و آلا فيثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح.

قوله مسألة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار

إشارة

و هو جائز عندنا

أقول قد عرفت. أصل خيار الشرط و وجه ثبوته للمشروط له و يقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفرادها ما هو المعروف الذى يسمى ببيع الخيار فى العرف اى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعا على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن و قد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقة الناس بأموالهم و احتياجهم الى البيع و يريد أن يجمع بين الحقين و هذا لا خلاف فى جوازه بين الأصحاب و لكن العامة بنوا على خلافه و جرى عليه القانون الحكومى فى الخارج و لذا لا يمتصون مثل هذه المعاملة بل بنوا على معاملة الرهون.

و كيف كان فلا شبهة في مشروعيتها هذه المعاملة و يكفي في مشروعيتها مضافا الى التسالم بين الفقهاء الأدلة المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم و أن القاعدة تقتضى صحة ذلك لكون انشائهم على هذا النحو الخاص و يدل على صحة ذلك مضافا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٧

الى ما ذكر من الروايات الكثيرة بين صحيحة و موثقة و غيرهما فإنها صريحة في صحة هذا النحو من البيع و أنما الكلام في تصوير ذلك

[فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور]

[الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه]

إشارة

فقد ذكر المصنف هنا وجوها خمسة.

الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن

بحيث متى ردّ الثمن ان يكون له الخيار في رد المبيع.

الثاني: أن يكون رد الثمن قيدا للفسخ

بأن يشترط على الطرف أن يكون الرد قيدا للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء في المدة من زمان العقد الى زمان ردّ الثمن و لكن ليس له أن يفسخ الّا بعد ردّ الثمن.

و الظاهر أن هذا الوجه ليس وجها آخر في مقابل الوجه الأول فإنه إذا كان الفسخ مقيدا بردّ الثمن فمعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبل ردّ الثمن و معنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا- خيار له قبل ردّ الثمن فيكون الفرق بين الوجهين بحسب الصورة فقط و الالفى الثاني أيضا نفس الخيار مقيد برد الثمن و قبله لا خيار له أصلا.

الوجه الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخا فعليًا

بأن يراد منه تملك الثمن ليمتلك منه المبيع. أقول الظاهر أن هذا الوجه أيضا عند التحقيق ليس وجها آخر في مقابل الوجه الأول فإن معنى كون ردّ الثمن فسخا فعليًا أنه لا خيار له قبل رد الثمن غاية الأمر أن فسخه مقيد بكونه بردّ الثمن و عدم تحققه بالقول فتكون دائرة الفسخ مضيقه و هذا لا يوجب جعله قسما آخر في مقابل الأول و الافيمنكن أن يكون هنا تقسيمات كثيرة باعتبار القيام و القعود و لبس البياض و لبس السواد و غير ذلك من الاعتبارات و لا شبهة ان المراد بكون ردّ الثمن فسخا ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٨

رده على وجه الإطلاق و لو كان الرد بعنوان الوديعة أو العارية أو غير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخا و يتحقق به الفسخ و اذن فيكون معناه أن له الخيار بعد ردّ الثمن بشرط أن يكون الفسخ بردّ الثمن دون غيره و ليس هذا الا- كون أصل ثبوت الخيار مقيدا بقيد خاص.

الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيدا لانفساخ العقد.

و الظاهر أن هذا أيضا ليس في مقابل الوجه الأول وجها آخر في المقام و ذلك لا مرجع هذا الى ان العقد يفسخ بحصول سبب الفسخ و إيجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الأول فإنه عليه أيضا يفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقبله إذا جاء الثمن و استقاله و هذا الوجه مغاير للوجه الأول فإن المشتري يشترط على البائع أن يقبله إذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الإقالة و ح فإذا جاء بالثمن فاستقاله البائع فأقاله فيها و الا كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه. و على الجملة فمرجع الوجوه الخمسة إلى الوجه الأول الا هذا الوجه الأخير.

قوله (ره) الأمر الثاني الثمن المشروط رده

أقول قد عرفت أنه لا شبهة في جواز جعل الخيار بردّ الثمن ثم ان الثمن الذى كان الخيار مشروطا برده قد يكون كليًا في ذمة البائع قبل البيع و قد يكون عند المشتري أما الأول فكما إذا كان البيع مقروضا لزيد عشرة دنانير فباع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٢٩

منه كتابا بعشرة أيضا فإنه لا شبهة ح في سقوطه عن البائع فلا يعقل هنا اشتراط الخيار بردّ الثمن و هذا خارج عما نحن فيه نعم لو تفاسخا و ردّ المشتري المبيع إلى البائع يكون ذمة البائع أيضا مشغولة بما كان مشغولة به أولا كما هو واضح.

و أما إذا كان الثمن عند المشتري كليًا أو شخصيًا أو في ذمة شخص آخر على نحو الكلى في الذمة أو فى المعين فنقول ح أن الكلام تارة يقع قبل القبض و أخرى بعده أما إذا كان قبل القبض فقد يكون كليًا و قد يكون شخصيا أما الأول فالظاهر ثبوت الخيار للبائع فإنه و ان كان الخيار مشروطا بردّ الثمن إلى المشتري و كان المتفاهم العرفى من الرد كونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ و لكن الرد بنفسه ليس له موضوعية بل الغرض وصول الثمن إلى المشتري و كونه عنده و من الواضح أن هذا النتيجة حاصلة قبل القبض و الإقباض فما لم يقبض المشتري الثمن من البائع فله الخيار الى الوقت الذى جعل فيه الخيار مشروطا بردّ الثمن و لا شبهة أن هذا مما عليه الارتكاز العرفى و هل له الخيار بعد انقضاء المدّة و قبل الإقباض بأن اشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار له إذا رد الثمن الى ثلثة أشهر و تم ثلثة أشهر فلم يقبض المشتري الثمن حتى انقضت المدّة فقد احتمل المصنف هنا وجهان الأول لزوم البيع لانقضاء المدّة التى اشترط فيها الخيار بردّ الثمن.

و الثانى عدم اللزوم بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله فان الرد بدون القبض لا معنى له فحيث لم يحصل الشرط فلم يكن البيع لازما بل يكون متزلزلا كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٠

و فيه أن الرد بحسب المتعارف و المتفاهم و إن كان منوطا بالقبض و لكن ارتفاع الخيار المشروط بالرد ليس متوقفا على تحقق القبض فليس له موضوعية فما لم يخرج أمد الزمان الذى فيه الخيار مشروطا بالرد الثمن فللمشروط له الخيار قبل القبض و بعد انقضاء المدّة يتم أمد زمان الخيار المجمعول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فليس هنا شرط آخر أيضا يدور مداره الخيار و لا يفرق فى ذلك حصول القبض و عدمه نعم قبل انتهاء زمان الخيار فعدم القبض يفيد فائدة الرد كما عرفت و الحاصل أن ردّ الثمن و ان كان موجبا لثبوت الخيار و ان عدم القبض يفيد فائدته و لكن فى زمان خاص و المفروض أنه تم هذا الزمان كما لا يخفى فافهم.

نعم يثبت للبائع الخيار لكن لا بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمنى حيث أن من المرتكزات الضرورية أن كل من يعامل فيشترط

فى ضمن العقد وصول بدل ماله إليه فى أى وقت يطالبه الا مع اشتراط التأخر فإذا تخلف الشرط و تأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى.

و أما إذا كان الثمن شخصيا.

فتارة يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار برّد عين الثمن.

و أخرى برد بدله مع التلف و الا فيرد عينه.

و ثالثة يشترط لنفسه ثبوت الخيار برّد بدل الثمن سواء كانت عين الثمن موجودة أو تالفة.

و رابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن و يطلق و لم يصرح برد بدله و عدمه أما الأول فلا شبهة فى ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣١

و مع التلف يسقط الشرط و يكون البيع لازما لاستحالة رد عين الثمن بعد التلف و أما الثانى فهو واضح أيضا فإن ثبوت الخيار تابع للشرط فإذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء و رد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط إذا كان الرد فى زمن الشرط.

و أما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن و لو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلك فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلك.

أقول تارة يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لا من جهة أن يكون الثمن باقيا فى ملك البائع و يعطى بدله للمشتري بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقة عند المشتري ليضمن من رد أصل الثمن و يرّد بدله الى نفس البائع و هذا لا شبهة فيه بوجه فلا يكون البدل ملكا للبائع إلا إذا حصلت مراضاة جديدة و مبادلة جديدة.

و ان كان غرضه كون المثل عوضا عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه و لكن الظاهر أنه لا- مانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البائع عند اشتراط هذا الشرط يفعل أمرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ و الثانى يشترط على المشتري المبادلة بين الثمن و بدله على تقدير الفسخ و لو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز و عليه فإذا فسخ المعاملة برد بدل العين يفعل أمرين أحدهما فسخ المعاملة و الثانى تبديل بدل الثمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٢

بأصله بمراضاة جديدة و لا شبهة فى صحه مبادلة مال بمال و ان لم يكن أحدهما ثمنا و الآخر ثمنا فان نفس عنوان المبادلة عن تراص من المعاملات المشروعية فى الشريعة المقدسة.

و بعبارة أخرى أن تبديل الثمن بغيره و لو كان ذلك الغير مثله من جميع الجهات و ان كان يحتاج الى مراضاة جديدة و لكن البائع قد اشترط ذلك فى ضمن العقد و قد اشترط فسخ المعاملة بالرد و اشترط أيضا تبديل بدل الثمن بالتمن فافهم. و أما إذا كان البائع اشتراط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقا فقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطا برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله و هذا الذى أفاده و ان كان متينا فى غير هذا المورد و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فى خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفية و متفاهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه فى محاوره و لكن حيث كان له رغبة إلى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعا بين الحقين فإذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشتراط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف و ان أطلق البائع فى مقام الاشتراط و هذا واضح جدا.

و بعبارة أخرى قد ذكر المصنف أنه إذ اشترط البائع على المشتري الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشترط رد الثمن يكون منصرفا الى ما هو الظاهر و الغالب مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٣
أعنى نفس الثمن دون بدله.

و ذكرنا أن هذا الذى ذكره المصنف انما هو متين فى غير هذا المورد فان الظاهر من إطلاق الثمن هو نفسه و أما فى المقام فلا لخصوصية تقتضى أن يراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه و من بدله و هذه الخصوصية أعنى قيام القرينة الخارجية على ذلك فان كون المشتري فى مقام صرف الثمن و احتياجه الى ذلك مع اشتراط الخيار على تقدير رد الثمن يقتضى إرادة الأعم من رد نفس الثمن و ردّ بدله و هذه القرينة تقتضى رفع اليد عما ذكره المصنف فى خصوص المقام. و لكن لا بدّ من تخصيص ذلك بما إذا كان الثمن الذى احتاج الى صرفه من النقود أو ما يشبه النقود كالحنطة و نحوها بحيث إذا صرف فى المحاوج لا يبقى له موضوع أصلا و أما إذا كان مما لا يكون كذلك بحيث يبقى مع رفع الاحتياج كأن أخذ كتاب الجواهر للمطالعة بعنوان جعله ثمنا لمتاع فاشترط ثبوت الخيار على تقدير ردّ الثمن فإنه لا يمكن رفع اليد عما ذكره المصنف و حمل كلامه على الأعم من رد الثمن و رد بدله.
هذا كله إذا كان الثمن شخصا و أما إذا كان كليا فان كان كليا فى ذمّة البائع فقد عرفت خروجه عن مورد الكلام فإنه بمجرد تحقق البيع يسقط و لا يبقى شىء فلا يعقل رد الثمن حينئذ غاية الأمر إذا تفاسخا تكون ذمّة البائع أيضا مشغولة بالثمن ثانيا.
و ان كان كليا فى ذمّة المشتري أو شخص آخر بحيث يكون ما يعطيه المشتري للبائع مصداقا من ذلك الكلى لا- عين الثمن فان المفروض أن الثمن هو الكلى و حينئذ ان اشتراط المشتري أن يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٤

المردود عند الرّد هو نفس ما يعطيه المشتري للبائع و الا فلا خيار له فهذا الاشكال فيه فان ردّ البائع نفس ما أخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم فى الثمن الشخصى و ان اشتراط البائع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله و هذا أيضا لا شبهة فيه فيكون الشرط متبعا كما تقدم فى الثمن الشخصى و أما إذا اشترط البائع على المشتري ذلك و أطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكر المصنف أن المتبادر بحكم الغلبة فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار و هو رد ما يعلم البدل اما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمة الا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

أقول لا- شبهة فى أنّه إذا كان الثمن كليا فلا- يكون المدفوع بعينه ثمن بل ممّا ينطبق عليه الثمن الكلى و على هذا فلو اشتراط البائع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقا فلا- يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد و عليه فيكون مقتضى الإطلاق هو رد ما يكون مصداقا للكلى و مما ينطبق عليه الثمن و من الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبة إلى المأخوذ و الى بدله سياتى فان كليهما ليس بثمان حقيقة و ان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلى فدعوى انصرافه إلى المأخوذ و بدله يحتاج إلى عناية زائدة و هى منتفية كما هو واضح إلا إذا اشترط رد خصوص المأخوذ الشخصى و هو خارج عن الفرض.

و عليه فالإطلاق هنا متعاكس مع الإطلاق فى صورة كون الثمن شخصا فإن الإطلاق هنا كما عرفت منصرفة إلى رد خصوص نفس الثمن و لكنه فى المقام يعم المأخوذ و بدله على حسب القاعدة من غير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٥

احتياج الى دعوى الغلبة أصلا كما كان كذلك فى السابق.

قوله الأمر الثالث قبل ظاهر الأصحاب إلخ

أقول: قد ذكر أن ظاهر الأصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع أنه لا يكفى مجرد الرّد فى

الفسخ و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و ذكر المصنف ان هذا حسن مع عدم الدلالة أما مع فرض الدلالة عرفا بكون رد الثمن تملিকা للمشتري و أخذ للمبيع على وجه المعاوضة فلا وجه لعدم الكفاية مع تصريحهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة.

أقول قد يقال أن الوجه في قولهم هذا هو اشتراط كون الفسخ بلفظ كما اشترطوا ذلك في العقود و إيقاعات و من الواضح أنهم لم يشترطوا في الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه إظهار الفسخ و لو كان برد الثمن بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف. و ذكر شيخنا الأستاذ أن رد الثمن مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقالة فيجب بعده إنشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الإقالة بغير هذا الرد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الإقالة.

و فيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التملك أو تملكه للمشتري ليأخذ المبيع لا تملিকা مجانيا فلا شبهة في تحقق الفسخ بذلك و كونه مبرزا للفسخ فلا يكون الرد مقدمه للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف و غيره. و ان كان بعنوان أن يبقى في ملكه و لكن يكون عند المشتري و ديعه أو عاريه على نحو الوثيقة العرفية ليضمن بأنه يرد الثمن بعد ما فسخ العقد فلا شبهة حينئذ أن كون ما عند المشتري بدلا عما بذله

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٦

للبائع يحتاج إلى مراضاة و معاملة جديدة كما عرفت و هو خلاف الظاهر و خلاف المرتكز العرفي و بدون ذلك فلكل منهما مطالبة حقه من الآخر و بعبارة أخرى أن ما رده البائع إلى المشتري اما بعنوان التملك أو بعنوان العارية يبقى في ملك البائع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الأول و قد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح.

قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط

أقول ذكروا أن من جملة مسقطات هذا الخيار هو الاسقاط و لا شبهة في سقوطه بالإسقاط و لكن مقتضى ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيارى الحيوان و الشرط بعد العقد بناء على أن مبدء خيارى الحيوان و الشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك إسقاط لما لم يجب فإنه عليه لا يجوز إسقاط هذا الخيار أيضا بناء على أنه أنما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه بناء على عدم جواز إسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام و بين ما فى التذكرة من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ و لو بإيجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن و يفسخ و لكن الأمر ليس كذلك فى خيارى الحيوان و الشرط بناء على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس.

و لكن يرد عليه وجهان: الأول: أن الدليل أخص من المدعى فإنه قد لا يكون المشروط له متمكنا من الرد فلا يكون ما ذكره المصنف جاريا هنا و ثانيا: أن المتمكن من إيجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن إسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقدير بته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٧

و التحقيق أنه لا دليل لفظى على عدم جواز إسقاط ما لم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لا يساعده العرف أيضا كما إذا إسقاط خياره المجلس قبل البيع مثلا.

و عليه ففى كل مورد قامت السيرة على عدم الجواز تأخذ به و فى غيره لا بأس من الالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب كما هو واضح إذ لا يلزم منه محذور عقلى و لا شرعى أصلا.

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة مع عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط فإنه لا شبهة فى سقوط هذا الخيار حينئذ لأنه بعد خروج

المدّة لا مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما في خيارى المجلس و الحيوان ثم انه إذ ردّ البائع الثمن فتيين بعد انقضاء المدّة أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلا- شبهة في عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفلة فإن ما رده غير ما اشترط الخيار برده و ما اشترط الخيار برده لم يرد إلى المشتري فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثر في الفسخ و ليس له حق الفسخ بعد ذلك و لو رد عين الثمن أيضا لا لانقضاء المدّة كما هو المفروض.

ثم انه إذا ظهر الثمن المردود معيبا فهل يكون الفسخ مؤثرا حينئذ أم لا و الظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ و عدم تأثيره منبى على ما ذكر في بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثلن الى العوضين الصحيحين اى فيما إذا كان كل من الثمن أو المثلن كليا فإنه لو أعطى كل منهما الآخر عينا شخصية معينة بعنوان الثمن و المثلن فهل يحسب هذا ثمنا أو مثمنا بحيث ليس للبائع مطالبه ذلك لو رضى به المشتري أو لا يكون ذلك من الثمن و المثلن فى شىء بل لكل منهما مطالبه ماله من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٨

الأخر غاية الأمر لو رضى يكون المعيب بدلا عن الثمن أو المثلن فإنما هو بمعاملة جديدة.

و الظاهر أنه لا شبهة في انصراف العوضين فى البيع الكلى إلى الصحيح و مع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفى عن العوض الصحيح من غير احتياج إلى المبادلة الجديدة و توضيح ذلك أنه إذا باع أحد داره بالثمن الكلى فإنه يكون ذلك منصرفا بحسب الشرط الضمنى إلى الثمن الصحيح فإذا طبقه المشتري فى مقام الإعطاء و الإقباض بثلن معيب فللبائع استبداله بثلن آخر صحيح و له إسقاط وصف الصحة أيضا و الرضا بالمعيب و ليس للبائع مطالبه هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثلن كما كان له ذلك إذا ظهر من غير جنسه و الوجه فيه ان المعيب حقيقة مصداق لكلى الثمن غاية الأمر قد فقد وصفا من الأوصاف المعبرة فيه.

و بعبارة أخرى أن هنا معاملتان أحدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثلن كلى و هذا قد تم بالإيجاب و القبول و لا شبهة فى انصراف الثمن فى هذه المعاملة إلى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازى.

ثم ان الثمن بعد ما كان كليا فيحتاج تطبيقه على أى فرد من أفراد ذلك الى معاملة و مراضاة جديدة حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثلن واقعا بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج إلى المراضاة فإذا طبقه بفرد فظهر معيبا فللبائع فقط هنا استبدال لأنه إنما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحا فإذا تخلف فله هدم هذه المعاملة الثانية و مطالبه الثمن الصحيح و تطبيق الكلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٣٩

على غيره ثانيا و هكذا و له أيضا إسقاط هذا الشرط و القيد الذى اعتبره فى الثمن من الصحة و ليس للبائع دعوى مطالبته كما كان له ذلك عند ظهوره بغير جنسه و للمشتري مطالبه ثمنه و كان جعل غير الجنس عوضا عنه محتاجا إلى معاملة جديدة بخلافه إذا ظهر معيبا كما لا يخفى.

و لكن هذا الكلام لا يجرى فى المقام أعنى ما إذا كان الخيار مشروطا برد الثمن أو الفسخ كان مشروطا برده و ان قلنا أن مرجعهما عند التحقيق إلى شىء واحد و ان كان الثمن منصرفا الى الفرد الصحيح و توضيح ذلك أنه بعد البناء على انصراف الثمن الى الثمن الكلى لا يجرى هنا ما ذكرناه فى البيع الكلى فإنك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق على الصحيح و المعيب فى بيع الكلى غاية الأمر قد اعتبر بحسب الارتكاز و الشرط الضمنى فى الثمن الكلى قيد و هو وصف الصحة فإذا تخلف فللبائع استبداله و الرضا به بأن يرفع اليد عن القيد المعبر فى الثمن.

و لكنه لا- يجرى فى المقام فان هنا قد ترتب شرط الخيار على رد الثمن و اشترط البائع على المشتري أنى متى رددت الثمن أو بدله مثلا فى الخيار أو يفسخ العقد فإذا انصرف الثمن أو بدله الى الصحيح فمعناه أنه متى رددت الثمن الصحيح أو بدله الصحيح فلى الخيار فكأنه قد صرح بذلك فإنه حينئذ يكون رد غير الصحيح خارجا عن حدود الشرط فكأنه قد رد غير الجنس من الثمن فهل يتوهم أحد أنه مع التصريح برد الثمن الصحيح لو رد الثمن المعيب يفسخ فكك إذا لم يصرح بذلك فينصرف الثمن الكلى إلى الثمن

الصحيح كما لا يخفى.

و بالجمله أن انصراف الثمن الى الصحيح و ان كان صحيحا في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٠

بيع الكلى و فى المقام و لكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود إلى المشتري معينا كظهوره من غير جنسه فيكون باطلا فلا يقاس بالكلى كما عرفت.

نعم إذا رضى المشتري بهذا المعيب بمعاملة جديدة عن عوض ثمنه الصحيح و رد المبيع إلى البائع فيكون ذلك اقاله للبيع و فسخا له بغير عنوان رد الثمن و هذا واضح جدا.

قوله و يسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين

أقول المعروف بين الأصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا و فى المثلث فى خيار الحيوان و فى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصا أو كليا و لكن اشترط رد عين هذا المأخوذ و ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية أى سبزواری أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و أشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصايح بأن ذهب المشهور إلى مسقطية التصرف أنما هو فى التصرفات الى فى زمن الخيار دون غيره و من الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفا فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفا مسقطا و بعبارة اخرى أن صاحب المصايح تسلم كلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤١

الأردبيلي من حيث النتيجة أعنى عدم سقوط الخيار بالتصرف قبل الرد و لكن الأردبيلي التزم بعدم تخصيصا و السيد التزم بعدم ثبوته

و قد أشكل صاحب الجواهر على السيد بوجوه:

الأول: ان لازم كون الخيار بعد الرد يقتضى أن يكون مبدء الخيار مجهولة إذ لا يعلم تحقق الرد فى أى زمان.

الثانى: أن المتفاهم من العرف كون الخيار من الأول فإنهم يفهمون فى مثل ذلك ثبوت الخيار من زمان العقد.

الثالث: أن الظاهر بمن تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ الطوسى بتوقف الملك على انقضاء الخيار بأن الظاهر من بعض الاخبار المتقدمة أن غلة المبيع للمشتري كون مجموع المدّة زمان الخيار.

و قد ناقش المصنف فى جميع ذلك أما ما ذهب إليه الأردبيلي من عدم كون التصرف قبل الرد مسقطا بأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المستحب فى غير مورد النص عليه باتفاق - الأصحاب.

و أما ما ذكره من كون بناء هذا العقد على التصرف فلأن الغالب المتعارف هو البيع بالثمن الكلى بحيث يكون ما دفع المشتري الى البائع ممّا انطبق عليه الكلى لا ثمنا واقعيًا و قامت القرينة الحالية أيضا أن رد مثل الثمن يكفى فى تحقق الشرط أعنى رد الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البدل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٢

و عليه فلا يكون التصرف فى عين الثمن المدفوع موجبا لسقوط الخيار و دليلا على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصا أو كان كليا و لكن اشترط المشتري على البائع رد عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا: و كيف كان فلا منافاة بين فسح العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع

التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف لأنه ليس مسقطا تعديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد. و أما ما ذكره صاحب المصباح من كون التصرفات قبل الرد خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهة أن الإسقاط القولي قبل الرد مسقط لهذا الخيار و كذلك لا شبهة أن التصرف يسقط الخيار كقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرد و لا شبهة أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقوط الفعلي فيكون التصرف مثله. و بالجملة أن الظاهر كون التصرف مسقطا فعليًا في كل زمان يكون القول مسقطا بحيث أن القول مسقط فعلي قيل الرد فيكون التصرف أيضا كذلك و ان ذكر المصنف أنه يصح إسقاط الخيار الثالث بعد الرد إذا كان ذى الخيار متمكنا من إثباته برد الثمن و عدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الإسقاط هو الإسقاط الفعلي.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشة في كون الخيار مجهولا لو كان مبدئه بعد الرد و فيه أنها لا تقدم مع تجديد زمان مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٣

التسلط على الرد و الفسخ بعد إنشائه و فرق واضح بين المقام الذي اختياره من حيث الرد و عدمه ليكون له الخيار و بين ما ذكره في التذكرة من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدئه عند الإطلاق من حين العقد و وجه الفرق أن التصرف هناك ليس في اختيار أحدهما فإنه إذا أراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه في المقام فلا تكون هنا جهالة تضر بالعقد. و قد تقدم منا أنه ليس هنا جهالة أصلا غاية الأمر لا يعلم سبب الخيار و قلنا أيضا أن جهالة الشرط لا تضر بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا إذ يرجع مع الفسخ أيضا مال كان من المتعاملين الى صاحبه.

و أما ما ذكره من فهم العرف و حكمهم بكون الخيار من الأول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع أو بجعل المتعاقدين ففي المقام هو الثاني و من الواضح أن المتعاقدين شاكان في ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الأول. و أما ما ذكره بعض الأصحاب في ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل به من الاخبار.

و ما أفاده المصنف متين جدا و لكن لنا كلام في أصل مسقطية التصرف كما تقدم في خيار المجلس و أي إطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف و إطلاقات أدلة مسقطية التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقا غير أن التصرف انما يكون مسقطا إذا كان مصداقا للإسقاط أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٤

موجبا للحدث و قد ثبت في غير هذين الموردین سقوطه بالتقيل و اللمس بدليل الحاكم و في غير ذلك فلا دليل عليه فيتمسك بعموم أدلة الشروط كما لا يخفى.

و بعبارة اخرى أن هنا تصرفات ثلث الأول ما يكون نفسه مصداقا للإسقاط و هذا لا شبهة فيه الثاني: أن يكون موجبا لإحداث الحدث حقيقة أو نازلا بمنزلة بدليل الحاكم كالتقيل و نحوه الثالث ما لا يكون كذلك أما القسم الأول فلا إشكال في كونه مسقطا للخيار في جميع الموارد و أما الثاني فهو و ان كان يوجب سقوطه و لكنه أمر تعدي يقتصربه في خيار الحيوان فقط و أما في المقام فلو اشترى جارية و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصا بالبائع فقط) فتصرف فيها بما شاء من غير أن يكون التصرف مصداقا للتصرف بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها و لمسها فإنه لا دليل على كون التصرف مسقطا هنا و أما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسقطا للخيار لا في المقام و لا في غير هذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف كان فلا دليل على مسقطية التصرف بوجه كما هو واضح.

قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الرد أو بعده

أقول مقتضى القاعدة الأولى أن تلف مال كل احد عليه و لا يحسب على غيره و هذا مما عليه السيرة القطعية و قد ذكر ذلك في بعض الروايات المذكورة في أحكام الخيار و سيأتي من أنه سئل (ع) من أنه إذا تلف المبيع مّمن يكون قال (ع) ان نفعه على من قال من المالك فقال (ع) فهو على مالكة و كيف كان فهذه القاعدة لا شبهة فيها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٥

و قد ورد عليها مخصّصان: الأول أن التلف قبل القبض من مال البائع مع انه من ملك المشتري و يحمل أن يكون هذا مورد السيرة أيضا.

و الثاني أن التلف في زمن الخيار مّمن لا خيار له و هذا لم تقم عليه السيرة بل هو صرف التعبد فإنه مع قطع النظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيد مع كونه عنده من زيد و لا يساعده فهم العرفي أصلا فضلا عن قيام السيرة عليه و لكن التعبد يقتضى ذلك.

ثم انه لا- معنى لكون التلف محسوبا على البائع قبل القبض أو على من لا- خيار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله إذا تلف عنده يذهب هدرا و كذلك تلف المبيع قبل القبض أو في زمن الخيار و لا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله في ملكه أناما و يتلف و يرجع الثمن إلى المشتري أيضا كما هو قانون الانفساخ لا أن معنى كون التلف على البائع أو من لا خيار له ان يضمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فإنه لو لم نحكم بالانفساخ لكان ضامنا بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح.

و الوجه في ذلك أنه فرق في الرواية أن التلف في زمن الخيار من مال من الأختيار له فإنه لا- يعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد و الا نحكم بالضمان بالمثل كما عرفت.

إذا عرفت ذلك فنقول في المقام أنه إذا باع شخص داره بشرط أن يكون له الخيار متى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب ممن لا خيار له أم لا فيقع الكلام في مقامين الأول فيما إذا تلف المبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٦

فهل هو من المشتري إذ لا خيار له أو من البائع فنقول انه لا شبهة في كون التلف من المشتري و لكن لا من جهة القاعدة المذكورة من أن كل تلف في زمن الخيار مّمن لا خيار له التي تثبت على خلاف القاعدة و كونها مخصّصة للقاعدة الأولى من أن تلف مال كل أحد على مالكة و ذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعدة الأولى كما قلنا بأن التلف في زمن الخيار مّمن لا خيار له كما إذا تلف الحيوان عند المشتري في ضمن ثلثة أيام فإن مقتضى التعبد حكم بكونه على البائع مع أن الحيوان ملك للمشتري و كانت القاعدة الأولى تقتضى كون التلف من المشتري و كذلك التلف قبل القبض.

و أما في المقام و ان كانت التلف في زمن الخيار و لكن قد تلف مال المشتري عند نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعدة الأولى لا مخالف لها و عليه فلا- وجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ في المورد الأولين و على الجملة فكون تلف مال كل شخص على نفسه ليس أمرا مخالفا للقاعدة بل موافق لها كما عرفت فتلف المبيع عند المشتري تلف من ماله فيكون من ماله على ما تقتضيه القاعدة.

و عليه فلا يمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجهة ليكون ضمان المبيع على المشتري.

و هل في هذه الصورة يبقى خيار البائع على حاله بحيث له أن يفسخ العقد و يسترد مثل المبيع أم لا و قد يقال انه لا خيار له من جهة أن غرضه قد تعلق باسترداد العين و إذا تلف ينتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخيار له حينئذ.

و فيه أن هذا الكلام و ان كان صحيحا حيث تعلق غرض البائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٤٧

بحفظ العين و لكن لا يلزم من ذلك سقوط خياره أيضا إذ قد عرفت في أول الخيارات أن الخيار ليس متعلقه رد العين بل أنّما متعلقه

العقد نعم أنما جعل له الخيار مشروطا ببقاء العين بحيث أن العين متعلق أمد الخيار و قد اشترط البائع عدم إتلافه و وجوب بقائه و مع هذا الشرط فقد اشترط لنفسه الخيار بعد رد الثمن و قد تعلق الغرض بحفظ العين على هذا النحو و بلحاظ أن الخيار مقيد ببقائها و الحاصل قد اشترط بقاء العين لشروط الخيار و هذا لا ينافي بمالية العين بل كما تعلق غرضه بحفظ العين و كذلك تعلق غرضه بحفظ المالية أيضا و انما باعه بأقل من ثمن المثل لأجل جعل الخيار إذ لا يرغب المشتري اشتراؤه بثلث المثل مع جعل الخيار للبائع و لو كان البائع قد أغمض نظره عن مالية العين لكان باعه في السوق بثلث المثل و انما إقدامه على البيع بأقل من ثمن المثل من جهة أن تبقى العين له مع هذه المالية و الا ليست الخصوصيات العينية الغير الدخلية في المالية موردة للرغبة غالبا و عليه فيبقى خيار البائع على حاله. و من جميع ذلك ظهر حكم الجهة الثانية أيضا من أنه ليس للمشتري أن يتلف العين بل لا بد له من إبقائه فإن البائع اشترط له ذلك و لو بالشرط الضمني و عليه فإذا تخلف و أتلف فهل فعل فعلا محرما فقط لمخالفة الحكم التكليفي كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعي كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و سيأتي الكلام في ذلك في أحكام الخيار بإنشاء الله تعالى.

و أما إذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البائع أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۸

على المشتري و قد يفرض الكلام بعد رد الثمن إلى المشتري و أخرى قبل رده.

و لا- بدّ و ان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو المثلن إذا كان كلياً فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هو المبيع أو الثمن و نتكلم في أنه من البائع أو المشتري أي ممن لا- خيار له أم لا و من الواضح أن هذا أنما يجري فيما كان التالف هو المبيع أن الثمن لا- غير و الا- يلزم أن يكون تلف مال آخر لأحد المتبايعين الذي له خيار من صاحبه الذي لا خيار له و بديهى أن المدفوع إلى المشتري إذا كان المبيع كلياً أو المدفوع إلى البائع إذا كان الثمن كلياً ليس مبيعا و ثمننا فان المبيع و الثمن ما جرى عليه العقد و أن تلف ما جرى عليه العقد ممن لا خيار له و هذان الفردان لم يجر عليهما العقد بل العقد انما جرى على الكلي و المدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو المثلن على حالهما أيضا إذا فالكلي خارج عن المقام.

(و اما إذا كان شخصياً و كان التلف بعد الرد) انتهى الكلام الى أن التلف في زمن هذا الخيار من البائع أو المشتري و قد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشتري حكم على طبق القاعدة و لا- يحتاج الى التمسك بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له و أما ثبوت الخيار للبائع حينئذ فقد عرفت كما تقدم.

و أما لو كان التالف هو الثمن فتارة نعرضه كلياً و أخرى شخصياً أما إذا كان كلياً فلا شبهة في خروجه عن مورد الكلام فان ما يدفع الى البائع من العين عوضاً عن الثمن ليس هو نفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلي و لا فرق بين هذا و بين ما يرد البائع بدلا عن ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۹

فان كلا منهما مما ينطبق عليه الكلي كما لا يخفى.

و أما إذا كان الثمن شخصياً فتارة يكون التلف قبل رده الى المشتري و أخرى بعد رده و أما إذا كان التلف بعد رده فان كان الرد بعنوان الفسخ فلا شبهة في انفساخ العقد و عليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البائع أو من مال المشتري إذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلا فهذا خارج أيضا عن موضوع البحث و اما إذا كان الرد لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوديعة أو نحوها ليفسخ بعد ذلك و تلف الثمن عند المشتري فيقع الكلام حينئذ في أن تلفه من البائع أو المشتري فمقتضى القاعدة الأولى تقتضى كونه من البائع لكونه مالكا له و تلف مال كل مالك عليه و مقتضى العلم بقاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له أن يكون من المشتري فإنه لا خيار له في هذا الزمان بل الخيار للبائع و تنقيح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بالخصوص بلفظ أن التلف أو كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له و لا أنه ورد نص بهذا المضمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لا خيار له في

الموردين الخاصين.

الاولى ما فى الصحیحة المتقدمة فى خيار الحيوان من أنه إذا تلف الحيوان فى ضمن ثلثة أيام فهو من مال البائع الذى لا خيار له و الثانية فى خيار الشرط و هى صحیحة ابن سنان من أن التلف فى زمن خيار الشرط من مال من لا- خيار له و الحقوا بذلك خيار المجلس أيضا لاستفادة العموم من اخبار الخيار فان ذیل بعضها حتى ينقضى الشرط و قد استفاد ذلك العموم المصنّف من تلك الاخبار و يأتى فى أحكام الخيار.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٠

و أما إذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يدلّ على كون التلف ممّن لا خيار له بحيث يفسخ العقد بذلك كما عرفت سابقا من أن كون تلف مال احد من الآخر بقانون أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له يوجب انفساخ العقد إذ لا يعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التلف ممّن لا خيار له حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى. و على الجملة لا- دليل على كون تلف الثمن فى زمن الخيار من مال من لا خيار له ليكون ذلك تخصيصا للقاعدة الأولية و حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

ثم انه استظهر صاحب الجواهر من رواية «١» معاوية ابن ميسرة أن التلف من المالك و لا- يكون ذلك لمن لا خيار له فيكون تلف الثمن من البائع المالك بالثمن عند التلف فتدل الرواية على أن تلف الثمن حينئذ من البائع و إن كان له خيار. و قد منع المصنف عن ذلك الاستظهار و حكم بعدم ظهور رواية معاوية ابن ميسرة فى ما ذكر صاحب الجواهر و هو كذلك لأننا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار و ذلك لان رواية معاوية بن ميسرة كما تقدم اشتمل على حكيم أحدهما أن رجلا باع دارا من رجل، و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال (ع): له شرطه، قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين، قال: هو ماله و قال أبو عبد الله عليه السلام أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار

(١) وسائل ج ١٢ ص ٣٥٥ باب ٨ حدّ ٣.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥١

دار المشتري.

و لا- شبهة انه لا- اشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيدة من لزوم الوفاء بالشرط و أما كون منفعة الثمن للبائع فهو أيضا موافق للقاعدة فإن منفعة مال كل أحد له و من الواضح أن الثمن ملك للبائع كما هو واضح و كذلك كون تلف الدار من المشتري أيضا موافق للقاعدة فإنك قد عرفت أن تلف مال كل أحد على نفسه إلا إذا ثبت نصّ خاص على خلافه كما فى تلف المبيع فى زمن الخيار فإنك قد عرفت كونه ممّن لا خيار له بدليل خاص و يكون العقد منفسخا كما لا يخفى.

و على الجملة فلا إشعار فى شىء من الأحكام المزبورة بكون التلف فى زمن الخيار من المالك كما استظهره صاحب الجواهر، و لذا ذكر المصنّف أنه ليس فى الرواية الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممّن لا- خيار له فلا- حاجة لهما الى تلك الرواية أى الرواية اشتملت على هذين الحكيم كما ذكرناه فشىء منهما لا مساس بما ذكره صاحب الجواهر. فان ما اشتمل عليه الرواية حكم موافق للقاعدة الأولية كما ذكره المصنّف فلا يحتاج إلى الرواية. فلا تكون الرواية مخالفة للقاعدة نعم يمكن ان يكون نظر صاحب الجواهر على ما ذكره المصنّف إلى قاعدة الخراج بالضمان بدعوى أن منافع الثمن ملك للبائع فيكون ضمانه عليه أقول ان هذه القاعدة ليس له أساس صحيح بل هى مذكورة فى النبوى الضعيف المنقول من طرق

العامة و قد عملوا بها حتى أن أبا حنيفة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٢

عمتها الى موارد الغصب و قال ان منفعة للغاصب لكون الضمان عليه و قد وقع النكير عليه في صحيحة أبي ولاد في كراء البغل الى قصر بنى هبيرة و مخالفته ذلك و ركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعدة.

نعم لو كان معنى القاعدة هو أن منفعة مال كل مالك كما هو مقتضى القاعدة و كذلك تلفه أيضا عليه إذ لا معنى لكون تلف مال شخص على شخص آخر و قد عرفت أن هذا حكم موافق للقاعدة فلا يحتاج الى هذه القاعدة و في المقام نحكم بكون تلف الثمن من البائع لكونه مالكا له و منفعته له فيكون غرامته أيضا عليه.

و على هذا لو كانت تلك القاعدة أى قاعدة كل التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ثابتا في جميع موارد تلف المبيع و الثمن لكان تخصيصا لقاعدة الخراج بالضمان على المعنى الذى ذكرناه لورودها في مورد قاعدة الخراج بالضمان و لكن قد عرفت أنه لا دليل على كلية تلك القاعدة في جميع موارد تلف المبيع فضلا عن الثمن بل هي مختصة بموردين بحسب النص اعنى مورد خيار الحيوان و مورد خيار الشرط و تفصيل الكلام في أحكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشتري بل من البائع و لو قلنا بكون تلف المبيع في زمن الخيار من المشتري إذ لا دليل على التعدى و الحكم بكون تلف مال الغير على شخص آخر كما لا يخفى.

و ان كان التلف قبل الرد فيجوز فيه جميع ما ذكرناه في صورة كون التلف بعد الرد و لكن في المورد خصوصية و هو أن التلف قبل الرد لا يحسب الا من البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٣

أشكل عليه المصنف أولا بمنع المبنى فإنه لا نسلم كون الخيار بعد الرد بل يكون قبل الرد كما تقدم في جواب صاحب المصباح ثم أشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أن منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة فان في ذيل بعضها حتى ينقضى و هو يجرى في خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسألة على كون الخيار بعد الرد و سيأتى الكلام في جميع ذلك.

ثم ان المصنف أشار الى ثمره البحث و حاصله انه بناء على كون تلف الثمن من المشتري انفسخ العقد و ان قلنا بكونه من البائع و ان كان الشرط أعم من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البائع مثل الثمن و يرتجع العين المبيعة و الا فلا خيار فلزم البيع كما هو واضح.

قوله الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ

أقول لا إشكال في انه إذا باع عمرو متاعا من زيد و اشترط عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن الى شخص المشتري فلا بد من رده الى شخصه و الا فلا يثبت له الخيار برده الى غيره و إذا اشترط رده الى أعم منه و من وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه و على كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فإذا حصل فيكون له الخيار و الا فلا خيار له كما لا يخفى.

و انما الكلام في صورة إطلاق الشرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص رده الى شخص المشتري أو يكفي رده الى وكيله أيضا أو الى الحاكم كما إذا كان المشتري غائبا أو مريضا أو مجنونا و ذكر المصنف في حصول الشرط برده الى الحاكم كما اختاره المحقق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٤

القمى في بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله قولان.

و ظهر من صاحب الحدائق على ما ذكره المصنف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه وقع الخلاف في أنه هل يعتبر في فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد عليه أم لا فذهب العامة و بعض الشيعة إلى اعتبار حضور المفسوخ عليه

أو الإشهاد على الفسخ و المشهور من علمائنا إلى عدمه و بعد ما ذكر صاحب الحدائق ذلك قال: ان ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة الى أن يجيء المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة.

و هذا الكلام عجيب من صاحب الحدائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنف أيضا و ذلك لان هنا مسألتان إحداهما مسألة حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الإشهاد عليه بل بعض من اعتبر هنا حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغير ذلك نظير الطلاق الذي لا ينفذ بدون حضور العدلين و مع عدم الاعتبار يفسخ في عالم نفسه و في مرحلة الإثبات يحتاج الى الترافع و على كل حال ليس هنا من مسألة رد الثمن عين و لا اثر حتى لو كان الفسخ بنفس الرد فان اعتبار حضور المشتري و رده اليه ليس من جهة اعتبار حضور بالمشتري في الفسخ بل من جهة اعتبار رده اليه.

و الثانية مسألة رد الثمن إلى المشتري و أنه مع شرط الخيار برد الثمن هل يكفي الرد الى الوكيل أو الحاكم أو لا بد من الرد الى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٥

نفس المشتري و من الواضح أن احدي المسألتين غير الأخرى فلا ترتبط إحداهما بالأخرى فما ذكره صاحب الحدائق من الخلاف في حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ إنما هو في المسألة الاولى دون الثانية فإن المسألة الثانية كما ذكره المصنف غير مفروض في كلمات القوم و لم نجد من يتعرض لها الا ما أشار إليها المحقق القمي في أجوبة المسائل و كيف يمكن دعوى الاتفاق على اعتبار حضور المشتري و كيف قد خلط صاحب الحدائق إحدى المسألتين على الأخرى و أما أصل مسألتنا هذه غير مذكور في كلمات الأصحاب فنقول انه ليس هذا الخيار من الأمور المجعولة شرعا حتى تتمسك بظهوره و نحكم بثبوت الخيار له بل هذا خيار جعلي إنما جعل بجعل المتعاقدين فبأى نحو جعله فيتبع رأيهم في ذلك و إذا شك في مورد فلا بد في كشف المراد الى الارتكازات العرفية و الذي نفهم من الرجوع الى الارتكازات العرفية أن العرف لا يرى فرقا بين رد الثمن الى نفس المشتري و بين رده الى وكيله فإنه بعد العلم بأن غرض البائع هو انحفاظ المبيع له و عدم جواز أن يتلفه المشتري و أنه لا موضوعية لرد الثمن الى نفس المشتري إلا وصول ماله اليه و عليه فان المشتري حيا و كان الوصول اليه ممكنا فيرد الثمن اليه و يفسخ المعاملة و الا فيرده الى وكيله أو الحاكم أو من يرده اليه بحيث يصل الثمن إلى المشتري و يفسخ ذلك بملاحظة أنه لو كان المشتري محبوسا أو مريضا أو غائبا و كان له وكيل فالظاهر انه لا يشك أحد في جواز رده الى الوكيل و نحوه فان معنى رد الثمن إلى المشتري ليس هو رده الى نفسه بل معناه وصول الثمن إليه بأن يكون من جملة أمواله اللهم الا أن يشترط الرد الى شخصه فهو أمر آخر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٦

و كذلك الكلام في طرف البائع فإنه لو لم يتمكن أن يرد الثمن إلى المشتري لمرض أو موت فيرد وكيله أو ورثته إلى المشتري أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته و ليس رد الثمن من ورثة البائع إلى المشتري أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهة عدم الفرق في نظر العرف في الرد بين كونه من نفس البائع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشتري أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى.

و على الجملة فالارتكاز العرفي يقتضى أن المناطق في جعل الخيار برد الثمن إنما هو رجوع كل من العوض و المعوض الى حالتها الأولية و هو يحصل و لو برده الى من يقوم مقام المشتري كما يحصل برد من يقوم مقام البائع و هو واضح كما ذكره المصنف. ثم أنه لو اشترى الأب أو الجد شيئا للطفل و اشترط البائع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفي الرد هنا الى الجد مع كون المشتري هو الأب أو الى الأب مع كون المشتري هو الجد أم لا و الظاهر هو الأول لأن لكل من الأب و الجد ولاية مطلقة على الطفل الثابتة بالأدلة اللفظية فيكفي الرد الى أي منهما يشاء و هو واضح.

ثم إذا اقتضت المصلحة حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالا له ببيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنف

أنه يجوز للحاكم الثاني أخذه إذ ليس في أخذ الحاكم الثاني ذلك مزاحمة للأول فبناء على عدم جواز مزاحمة الحاكم لا بد له أن يرد إلى الحاكم الأول مع احتمال عدم الوجوب فإنه مال آخر للصغير يتملكه بالفسخ الذي هو معاملة جديدة و ليس له ربط بالمعاملة الأولى التي وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٧

ولكن قد ذكرنا في باب الولاية أنه لا دليل على ولاية الحاكم للصغير إلا من باب الحسبة ومعنى الحسبة إتيان الأمر من باب كونه أمراً قريباً بحيث إن الشارع يرضى بذلك و لا يرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبة إلى قربه إلى الله و من باب كونه مطلوباً للشارع و يكون حفظه محبوباً.

و عليه فولاية الحاكم من باب القدر المتيقن فإنه لا نحتمل أن علمه مانعاً عن التصرف في مال الصغير مع الاحتياج و كذلك لا تحتمل أن عدالته مانعة و إذا كان مال الصغير و نفسه محتاجاً إلى الحفظ و إلى النقل و الانتقال و إلى التصرف فيه و كان الأمر دائراً بين أن يباشره الحاكم أو غيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح و عليه فلا يجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثاني بعين هذا الملاك فإنه نشك في أنه بعد وضع الحاكم الأول يده عليه أن لا يجوز للثاني أن يتصرف فيه فحيث أن المورد ممّا لا بدّ من أخذ القدر المتيقن لعدم وجود الدليل اللفظي على ولاية الحاكم كما عرفت إذا فلا يجوز للثاني أن يتصرف فيما وضع الحاكم الأول يده عليه نعم لو شكنا في جواز تصرف الحاكم الأول بعد التصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه و لكنه بديهى البطلان فإنه غير محتمل قطعاً. و كيف كان فليس المورد من موارد مزاحمة الحاكم حتى يقال لا تجوز مزاحمته.

قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك البرد الجميع

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ

أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن إلى المشتري أنه ردّ جميع الثمن و عليه فلو ردّ بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئاً أصلاً فلا يثبت له الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٨

فإن هذا خيار جعلي تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشتري التصرف في ذلك فإنه باق على ملك مالكة و هو البائع و تصرف المشتري تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلك وديعه عنده.

و توهم أن هذا يكون إقالة فإن المشتري إذا أخذ بعض الثمن المردود إليه كشف ذلك عن رضاه بالفسخ فيكون إقالة و فيه أنه مضافاً إلى منع كشفه عن رضا بالانفساخ فإن أخذ أعم من ذلك و من كونه إقالة ثم إن الإقالة غريبة عن ذلك فإن كلامنا في تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبائع بذلك على النحو الذي تقدّم سواء رضى المشتري بالفسخ أم لم يرض و أي ربط له برضاها بالإقالة و الفسخ كما هو أوضح.

قوله و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية

أقول حاصل كلامه إذا دفع البائع بعض الثمن إلى المشتري على وجه الثمنية كان ضامناً له إذا تلف إلا أن يصرح البائع بكونه أمانة عنده فإنه حينئذ لو تلف لا يكون ضامناً.

أقول لا- وجه لهذا الكلام فإنه إذا كان الخيار مشروطاً برد تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنية بحيث يكون ثمننا بالفعل فإن كونه ثمننا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخل في ملك المشتري و المفروض أن العقد لا يفسخ إلا برد الجميع و لا يثبت له الخيار برد البعض و عليه فلا معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنية بل يكون ذلك أمانة مالكية عند المشتري ليكون ثمننا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمننا بالقوة كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٥٩

نعم إذا اشترط في مقام الرّد أن يكون المشتري ضامنا عند التّلف و قبل المشتري فيكون شرط لازم الوفاء. و قد يتوهم الضّمان بدعوى أنه نظير المقبوض بالسوم الذي ذهب المشهور الى الضّمان في تلفه في يد من أخذه أى المشتري. و فيه أنه فرق واضح بين المقامين فان المقبوض بالسوم على تقدير الضّمان في تلفه أمّا أخذه المشتري لصالح نفسه و ملاحظه أنه مصلحة له أم لا فيكون ضامنا إذا تلف المقبوض بالسوم في يده.

و هذا بخلاف المقام فإن البائع إنما يقبض بعض الثمن لصالح نفسه لا لصالح المشتري بل كثيرا أن المشتري لا يرض بالفسخ أصلا فإن الغالب بل الدائم في مثل هذا البيع أى البيع بالخيار أن المبيع يكون ثمنه أقل من البيع بدون الخيار فان غرض البائع كان هو رد عينه فلذا باعه كذلك لرفع احتياجه فلو كانت قيمته مساوية لقيمة المبيع الذى يشتري بالقيمة السوقية بلا خيار لم يقدم المشتري بذلك و كيف كان لا نعرف وجهها للقول بضمّان المشتري إذا تلف بعض الثمن عنده كما لا يخفى فافهم.

قوله و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التّبعيض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع

أقول قد عرفت أن هذا الخيار خيار جعلى من المتعاقدين فيتبع الشرط على النحو الذى شرطه فلو شرط البائع على المشتري ثبوت الخيار له برد بعض الثمن يثبت له ذلك إذا ردّ ما يصدق عليه بعض الثمن المقصود فى العرف لا بمقدار يكون خارجا عن الصدق العرفى أو عن كونه مقصودا لهما و لا يقاس ذلك بخيارى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٠

المجلس و الحيوان فإنه لا- يجوز الفسخ فيهما فى بعض المبيع دون- بعض فإنهما إنما ثبتا بجعل الشارع بالنسبة إلى مجموع الثمن و المثلن فإذا فسخ من له الخيار البيع لا بدّ له أن يفسخ فى المجموع دون البعض و أما فى المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما على النحو الذى جعلاه كما لا يخفى فافهم.

و قد ذكر المصنف ره و لو شرط البائع الفسخ فى كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعيض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع و خرجت المدة و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك.

أقول الظاهر انه لا- وجه لهذا الكلام و انه لا- تتعلّق مورد فى هذا المقام يثبت فيه للمشتري خيار تبعض الصفقة و بيان ذلك أنه قد عرفت أن هذا الخيار إنما بجعل المتعاقدين فبأى كيفية جعلاه كان متبعا و عليه فشرط الخيار و فسخ العقد برّد بعض الثمن لا يخلو عن وجوه: الأول: أن يشترط على المشتري فسخ مجموع العقد برّد جزء معيّن من الثمن أو جزء غير معيّن و لكن فسحا متدرجا بأنّه يفسخ المجموع برّد الثمن تدريجا بأنّه كلّما أدى من الثمن جزء يفسخ فى مقابله الى أن يفسخ المجموع فى الحقيقة يكون ذلك توسعه للبايع فى رد الثمن كما لا يخفى إذ ردّ مجموعه دفعة واحدة كلفة عظيمة عليه.

و عليه فلو فسخ فى بعض و بقى بعض الآخر حتى خرجت المدة كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الأول فإن كلّ جزء جزء من الفسخ كان مشروطا بفسخ الجزء الآخر حتى يتم فسخ مجموع العقد فإذا فسخ و لكن بقى جزء واحد كان الفسخ باطلا من الأول لعدم حصول شرطه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦١

و هذا نظير مشروطية عتق المكاتب برّد مجموع مال الكتابة و نظير اشتراط صحة الصلاة بالتّشهد و السّلام و نظير اشتراط الصوم بالجزء الأخير من الوقت فيكون العمل صحيحا بشرط حصول هذا الشرط و الا يبطل كما هو واضح.

الثانى انه أن يشترط البائع على المشتري فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرّد (اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرّد أو كان الرّد من مقدّمات الفسخ) مشروطا بالفسخ فى الجزء الأخير و هذا على قسمين فإنه تارة يشترط ان يكون

ردّ كلّ جزء من الثمن فسحا للعقد أو مقدمه للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطا برّد جزء آخر وفسخ العقد في ذلك الجزء الآخر وأخرى يكون هذه الصورة و لكن يشترط المشتري أيضا على البائع أنه إذا فسخ فلا بدّ له أن يفسخ في الكل و الا فلم يفسخ أصلا اما الأول فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت: أن هذا خيار جعلي فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النحو الذي جعله و لا يقاس ذلك بخيارى المجلس و الحيوان كما عرفت.

و عليه فلو فسخ البعض و لم يفسخ البقية حتى خرجت المدّة فليس على البائع شيء أصلا فإن المؤمنون عند شروطهم فلازم الوفاء به هو ذلك و لا يثبت هنا شيء للمشتري و يكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهم أحد أنه إذا فسخ البائع هذه المعاملة و ذلك يستلزم الفسخ في معاملته الأخرى أيضا و كذلك المقام كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٢

و أما الثانى فإن كان مقتضى الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البائع العقد فى كلّ جزء جزء من المبيع برّد كلّ جزء جزء من الثمن سواء فسخ فى البقية أيضا أم لا كما عرفت فى سابقه و لكنه حيث اشترط المشتري أيضا عليه أنه إذا فسخ فى جزء فلا بدّ له أن يفسخ فى البقية أيضا فإذا لم يفسخ البائع فى البقية ألزمه المشتري بذلك على حسب اشتراطه و الا فيثبت له خيار تخلف الشرط و كذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المدّة كما هو واضح.

و فى جميع هذه الاقسام لا- نرى موردا لتبعض الصفقة أصلا كما هو واضح و أعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بأنه لا يبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المدّة و وجه العجب مضافا الى ما ذكرناه من عدم الوجه و التعلل الخيار تبعض الصفقة أصلا أنه كيف يثبت ذلك للمشتري قبل خروج المدّة فإنه فى ضمن هذه المدّة لعمل البائع برّد الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقة يناهى ذلك.

و بعبارة أخرى أنه لم يتم أمد خيار البائع و مع ذلك كيف يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة و قد كان جعلهما هذا الشرط للمشتري على هذا النحو بأن يرّد الثمن و يفسخ البيع الى وقت معنى و الفرض أنه لم يخرج الوقت و المدّة بعد كما لا يخفى و لعل هذه العبارة من غلط النسخة و لم نر من الحواشى من يتعرّض لذلك.

قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن

أقول قد عرفت: أنه لا شبهة فى جواز البيع و اشتراط الخيار فيه برّد الثمن و أنه مقتضى القاعدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٣

مضافا الى ورد الروايات عليه.

و كذلك يجوز للمشتري أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الروايات و ان وردت فى اشتراط الخيار برّد الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعية هذا الشرط لا تحتاج الى الروايات لكونه موافقا للقواعد فإن القاعدة الأولية تقتضى مشروعية هذا الشرط فى الثمن و المثلن اما على النحو الذى ذكرناه من كون إنشاء الملكية من الأول مضيقة أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح و كيف كان لا شبهة فى جواز اشتراط الخيار للمشتري برّد المبيع.

نعم فرق بين المقام و بين اشتراط الخيار برّد الثمن و هو انك عرفت قيام القرينة العرفية و الارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعم من رد شخصه أو بدله فان ما أوجب البائع ان يبيع داره مثلا من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه و اشتراط الخيار برد نفس الثمن لا يفيد و لا يرفع حوائجه كما هو واضح.

و لكن تلك القرينة العامة فى المقام على العكس حيث أنه قد تعلق غرض البائع بحفظ المبيع كما عرفت و الا لباع متاعه بأكثر من ذلك فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمة كما عرفت و عليه فاشتراط المشتري الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أنّما هو ظاهر بحسب

الارتكاز العرفي في ردّ عين المبيع كما هو واضح.

و عليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري و أما البائع فسقوط خياره و عدمه تابع لشرطه كما لا يخفى نعم لو اشترط المشتري على البائع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار برّد بدله كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٤

ثم انه هل يجوز اشترط الخيار بالردّ أعم من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أو لا و قد استشكل المصنف في ذلك هنا كاستشكله في اشترط الخيار برّد الثمن أعم من ردّ العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن و الوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف القانون الفسخ فيكون غير مشروع و ذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يرّد كلّ مال الى صاحبه بالفسخ و يكون الثمن راجعا إلى المشتري و يرجع المبيع إلى البائع فإن معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشترط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح.

و قد ذكرنا سابقا أن ما ذكره المصنف و ان كان متينا و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر و لو كان ضمينا بأن يشترط في نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع و يشترط أيضا أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث ان المشتري بفعل فعلين بحسب الاشترط أحدهما فسخ العقد و الثاني تبديل المبيع بعين آخر و لو كان هذا التبدل بالوكالة من قبل البائع كما عرفت ذلك في السابقة.

و على الجملة فاشترط الخيار برّد المبيع أو بدله حتى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشتري أو فسخ العقد بالردّ و الثاني تبديل كونه و كيلا في تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهة المبادلة المستقلة الجديدة الحاصلة بعد الفسخ فلا يكون الشرط مخالفا لقانون الفسخ و دعوى أنه لو كان التبدل بعنوان المبادلة الخاصة لكون المشتري و كيلا في ذلك لكان باطلا بعزل الموكل الوكيل قلنا هذا مبني على جواز عزل الوكيل الذي اشترطت و كالتة في ضمن العقد اللازم و عدمه فإنه بناء على الجواز فلا مانع منه هذا فيما إذا كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٥

الشرط شرط الفعل و أما إذا كان الشرط شرط النتيجة بأن يشترط المبادلة بعد الفسخ فالأمر أوضح فإنه بمجرد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببديل آخر كما هو واضح.

و الأمر أوضح إذا اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمة و بالقيمة في المثلي فإنه حينئذ تكون المبادلة في الذمة بين القيمي و المثلي و تكون الذمة مشغولة بالقيمة بعد ما كانت مشغولة بالمثل و حيث ان الأمر هنا أوضح و لذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز في العين الخارجية بدعوى أن اشترط التبدل هنا بمنزلة اشترط إبقاء ما في الذمة بغير جنسه الا اشترط ضمان التالف المثلي بالقيمة و بالعكس و هذا بخلافه في السابق فان اشترط البدل هناك اشترط للفسخ على وجه غير مشروع لكونه مخالفا لقانون الفسخ فيكون مخالفا للكتاب و السنة ثم أمر بالتأمل.

و لكن على ما ذكرناه لا فارق بين المسئلتين الا ان التبدل في الاولى في العين الخارجية و في الثانية في الذمة و هو واضح.

ثم انه يجوز اشترط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو بدله و يجري في كل من الطرفين كل واحدة على حدة الذي ذكرناه مفصلا

قوله مسألة لا اشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كلّ معاوضة لازمة

إشارة

أقول هل يجري خيار الشرط في غير المبيع من العقود أم لا الظاهر أنه لا خلاف في عدم اختصاصه بالبيع و جريانه في غيره أيضا لا من جهة الروايات الخاصة الواردة في هذه المسألة فإنها مختصة بموارد خاصة كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعدة

فيجری فی غیره أيضا و لذا تعدوا من موارد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٦

الروایات فان موردها صورة ردّ تمام الثمن و تعدوا و التزموا بجوازه أى بجواز اشتراط الخيار برّد بعض الثمن كما عرفت و هذه القاعدة أما لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه إلى إنشاء الملكية المحدودة أو غير ذلك و هذا فى الجملة مما لا شبهة و لا خلاف فيه و انما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد المعاملات حتى الإيقاعات أم لا.

و قد يقال: بمنع جريانه فى الإيقاعات

بدعوى أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار و الإيقاع إنّما تقوم بواحد.

و فيه ما ذكره المصنف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب و القبول ألا ترى أنهم جوزوا ان يشترط فى إعتاق العبد اشتراط خدمة مدة متمسكا بعموم المؤمنون عند شروطهم و هذا لا شبهة فيه و عليه فلا مانع من اشتراط شيء فى الطلاق و العتاق تمسكا بعموم القاعدة الدالة على جواز الشرط كما هو واضح.

و قد يظهر من المصنف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الإيقاعات و قد أصر عليه شيخنا الأستاذ فى عدة موارد و حاصله أن الخيار إنّما يجرى فى مورد يكون العقد قابلا للإقالة و الانفساخ بها فإنه يستكشف من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقيقيا يدخل فيه الشرط أيضا و أما ما لا تدخل فيه الإقالة فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فى العقد و حيث ان الإيقاعات ما لا تدخل فيه الإقالة فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٧

فلا يدخل فيه خيار الشرط و هذا هو الكبرى الكلى فى كلّ عقد يدخل فيه خيار الشرط و ما لا يدخل فيه خيار الشرط.

أقول: قد عرفت فى أول البيع أنه لا فارق بين الحكم و الحق من حيث الحقيقة بل كلاهما من حقيقة واحدة و من مجعولات الشارع غاية الأمر أن الشارع قد اعطى الاختيار بيد المتعاملين فيقبل الحل و الفسخ و كذلك فى الجواز و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حقا و فى الآخر لم يجعل فيه لأحد سلطنة أصلا و لا يقبل الفسخ أصلا كما أن الجواز الحكمى كذلك فإنه لا يقبل النقل و الاسقاط و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حكما كما هو واضح.

و عليه فلا بدّ فى تمييز اللزوم الذى لا يقبل الفسخ عما يقبل الفسخ و كذلك فى الجواز من الرجوع الى الأدلة كما هو واضح و من هنا نرى أن النكاح لا تدخل فيه الإقالة و لكن يدخل فيه الخيار من بعض الجهات كما فى موارد العيوب الخاصة و لا يدخل فيه الخيار من غير هذه الجهة و على الجملة فدخل الإقالة فى العقد و عدم دخوله ليس ميزانا فى المقام و عليه فكما دلّ الدليل بعد الرجوع اليه من عدم دخول الشرط و الخيار بعقد أو إيقاع و كونه لازما من جميع الجهات أخذ به و الافةعمومات و جوب الوفاء بالشرط متبع و عليه فيجری الخيار فى كلّ عقد و إيقاع حتى الطلاق ما لم يدل دليل على خلافه.

و قد يستدل فى ذلك بدليل لزوم الوفاء بالشرط و قد منع - بعضهم جريانه فى الإيقاعات بدعوى أن مفهوم الشرط ما كان بين اثنين و الإيقاعات لا- تقوم الا- بواحد و فيه أن المستفاد من الشروط ما كان بين شخصين لا كونها متوقفة على الإيجاب و القبول كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٨

ثم منع المصنف عن جريان شرط الخيار فى الإيقاعات بدعوى منع صدق الشرط فى الإيقاعات و انصرافه الى العقود خصوصا على ما فى القاموس من تفسير الشرط بما كان فى العقود ثم ذكر وجه آخر لمنع جريانه فى الإيقاعات و أسر عليه شيخنا الأستاذ فى موارد عديدة و حاصله ما أشرنا اليه من أن الخيار إنّما يجرى فى عقد كان اللزوم فيه حقيقيا بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالإقالة و

أما فيما كان اللزوم فيه حكماً فلا يجرى فيه ذلك و من الواضح أن الإيقاعات لا تدخل فيها الإقالة فنكشف من ذلك عدم جريانه في الإيقاعات كما هو واضح.

وقد عرفت الجواب عنه و قلنا أن اللزوم حكم الهى قد جعل في العقود و فى أن مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه نأخذ به و الـ فلا- فدخول الإقالة فى بعض العقود و عدم دخولها فى بعض ليس ميزانا لجريان الخيار فيها و عدم جريانه فيها فلا يوجب ذلك كون حقيقة اللزوم متعددا حقا تارة و حكماً أخرى بل الحقيقة فى جميعها على نسق واحد و من هنا ترى جريان الخيار فى عقد النكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الإقالة فيه و على الجملة جواز جعل الخيار فى العقود و عدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففى كل مورد دلّ الدليل على جواز نأخذ به و الّا فنحكم باللزوم للعمومات الدالة على اللزوم.

و التحقيق أن يقال انه بناء على كون دليل الشرط الخيار فى العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد فى الروايات المستفيضة لا يمكن التمسك بها لوجه آخر بل دليل الشرط هو شىء آخر قد أشرنا إليه فيما سبق و حاصله أن المنشئ الذى يشترط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٦٩

الخيار فى العقود أنما ينشئ من الأول ملكية محدودة بعدم الفسخ فيكون ما التزمه كل منهما فى مقام الإنشاء مشمولاً لأدلة الوفاء بالعقد و لا- تكون تلك الأدلة شاملة لها من الأول حتى يتنازع فى خروجها عنها و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فى العقود لخصوص المنشئ فى الإيقاعات أن ينشئ من الأول حصة خاصة و ملكية محدودة و زوجية محدودة و طلاقاً محدوداً من الأول فلا يكون المشمول لأدلة اللزوم الا خصوص هذه الحصة الخاصة فقط فإن أدلة اللزوم تدلّ على لزوم ما التزمه العاقد لا غيره و الّا لتخلف العقد عن القصد.

و أما ان كان المدرك لجعل الخيار فى العقود و الإيقاعات هو دليل الوفاء بالشرط و هو لا يشمل الإيقاعات أصلاً لوجهين الأول أنك قد عرفت فيما سبق أن معنى المؤمنون عند شروطهم هو الحكم التكليفي أن أن المؤمن لا بدّ و ان يقف عند شرطه و لا يتجاوز عنه بالتخلف نظير المؤمن عند عهده و وعده و فى بعض الروايات و ليقى بشرطه و نظير ذلك و ليس للمؤمن أن يتخلف من شرطه و عهده بعد ما عهد و اشترط على نفسه فعلاً- فان من لوازم الايمان هو ذلك كما ان من لوازم الايمان هو إتيان الواجبات و ترك المحرمات و كذلك من لوازم الايمان أن يقى المؤمن بشرطه.

الوجه الثانى أن مقتضى الظاهر من قولهم (ع) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط و اعتبر على نفسه فى عقد فلا بدّ من الوفاء عليه و من الواضح أن هذا لا- يتم فى الإيقاعات فإن المطلق مثلاً هو الذى يشترط على الزوجة شرطاً من غير إطلاق منها فلا يكون شرطاً عليها ليشملها المؤمنون عند شروطهم إذ ليس عندها شرط أصلاً حتى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٠

يفيها و مع الغرض عن الإشكال الأول فأيضاً لا يشمل الحديث الإيقاعات.

و عليه فيختص بمورد كان متعلق الشرط هو الفعل ليكون العمل به ممكناً و عليه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلاً و هذا هو الظاهر من قضية المؤمنون عند شروطهم و ان قلنا أن مرجع الشرط- بالأخرة إلى جعل الخيار و لكن بالالتزام لا بالمطابقة، و أما إذا كان المدرك لجعل الخيار فى العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله فى جميع العقود و الإيقاعات بأن يكون المنشئ قد إنشأ الطلاق المضيق و مقيداً بعدم الفسخ مثلاً أم لا و الظاهر هو الثانى فإن المتفاهم من جعل الشرط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار فى إعدام الأمر الثابت بالإنشاء و فى الإيقاعات مثل الطلاق و المعتاق و الإبراء ليس الأمر كذلك فإنها أمور عدمية و توضيح ذلك أنه لو أغمضنا عن عدم شمول دليل الوفاء بالشرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الزوايه لشرط الخيار أيضاً و لكن الظاهر من الشرط ما يكون المشروط فيه إثباتاً لشيء و إيجاداً له فى مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط عليه لثبت للمشروط له الخيار و

الإيقاعات المسلمة مثل الطلاق و العتق و الإبراء خارجة عن ذلك بحسب الارتكاز العرفي فإنها عبارة عن رفع شيء و إزالته فإن الطلاق رفع الزوجية و العتاق رفع العبودية و الإبراء إعدام اشتغال الذمة و هكذا فليس هنا إثبات شيء و إيجاده للطرف الآخر بحيث إذا تخلف بالشروط فيفسخ المشروط له ذلك و يعدم ما أثبتته للمشروط عليه و يحله فان الطلاق يعدم الزوجية و لذا ورد في بعض الروايات يلقي حبلها عليها. أي يقطع العلاقة بينهما و من الواضح لو ثبت فيه الخيار فلازم ذلك أن يرجع إليها من التخلف و لو بعد سنين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧١

و اختياره زوجا آخر فبناء على عدم اختصاص دليل الوفاء بالشروط بالافعال فالارتكاز العرفي مانع عن جريانه في الإيقاعات أيضا حتى على ما ذكرنا أيضا من المبني فان المتفاهم من الأمور المذكورة إعدام الموضوع على وجه الإطلاق فالتوقيت ينافي ذلك كما هو واضح.

و أميا ما ورد من جواز عتق العبد و الأمة مع الشرط عليها فليس ذلك في الحقيقة اشتراطها الخيار أو الشرط في الإيقاع بل العبد و جميع شؤونه من الأول ملك لمالكة و المالك انما رفع اليد عن مقدار عن ملكه و أبقى مقدارا آخر لا- أنه يعتق العبد على وجه الإطلاق ثم يشترط عليه شرطا كما هو واضح.

و الحاصل أنه بناء على ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط هو إنشاء المنشأ مقيدا و مضيقا بحد خاص ليكون المشمول لأدلة اللزوم هو هذه الحصة الخاصة أيضا لا يمكن جعل الخيار في الطلاق و العتق و الإبراء لأنها أمور عدمية فالطلاق إعدام الزوجية و العتاق إعدام الرقية و الإبراء إعدام اشتغال الذمة و الظاهر من مفهوم هذا الأمر بحسب الارتكاز اعتبار الشرط و الخيار فيها منافيا لمفهومها فان معنى الطلاق هو الإطلاق و الإرسال المعبر عنه في الفارسية (رها كردن) و من الواضح أن شرط الخيار بحيث أن يكون له الفسخ و لو كانت المرأة المتروجة ليضرها مناف لهذا المفهوم كما هو واضح و كذا مفهوم العتق و مفهوم الإبراء.

و أميا الوقف و الإيضاء فبناء على كونهما من الإيقاعات كما هو الظاهر فليسا من الأمور العدمية فيكونا مثل العقود فلا بد أيضا من التكلم فيها بأنه هل يجري فيهما و في جميع أقسام العقود أم لا.

فنقول أما النكاح فقد ادعوا الإجماع على عدم جريان الخيار و شرطه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٢

فيه و ذكر السيد ره أن عدم جريانه فيه و كونه مفسدا للنكاح على تقدير الاشتراط من جهة الإجماع و الالفمقتضى القاعدة هو جواز الاشتراط فيه و عدم كون الشرط مفسدا له.

و لكن الظاهر أنه لا يجري فيه الشرط و على تقديره يكون مفسدا و ليس ذلك مثل بقية الشروط التي لا تكون مفسدة للعقد. و الوجه في ذلك هو ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط في العقود هو تضيق دائرة المنشأ و جعله على قسم خاص و كونه مقيدا بعدم الفسخ و عليه فإذا اشترط الخيار في عقد النكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح أو لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلا- يعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا- و حيث أنه لم يرد النكاح في الشريعة الا على قسمين دائمي و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فإنه ليس بدائمي لكون الزواج مقيدا بعد الفسخ كما عرفت إذا لا معنى لاعتبار الزواج بعد الفسخ أيضا لكونه دائما لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلائنه مشروط بكون الوقت معلوما و مسما كما ورد في الروايات الكثيرة بل في قراءة بن عباس إلى أجل مسمى حيث أضاف لفظ المسمى و حيث ليس الأجل هنا معلوما فيكون باطلا فلا يقاس ذلك ببقية الشروط الفاسدة الغير المبطله للعقد و اذن فاشترط الخيار في النكاح فاسد و مفسد للعقد.

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشارع كالطلاق و العيوب الخمسة فلا مانع منه فإنه أمر تعديدي حتى لو صرحا الزوج و الزوجة من الأول بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شيء من العيوب.

و أما الوقف سواء كان من العقود أو الإيقاعات فقد ذكرنا في بيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٣

الوقف أنه على قسمين الأول أن يكون تحريرا و فكا للملك كالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فيكون من الأمور العدمية فالوقف بعدم الملكية و يفكها و يجعلها محررة و يجرى فيه جميع ما ذكرناه في الطلاق و العتق و الإبراء فلا يمكن فيه جعل الخيار لكونه منافيا لمفهوم التحرير بحسب الارتكاز العرفي.

فإنه لا معنى للتحرير مع كونه مختارا في إرجاعه إلى ملكه، نعم لو كان كذلك لم يكن وقفا بل يكون من قبيل السكنى و العمرى و الرقبي.

و القسم الثاني و هو ما كان من قبيل التملك كالأوقاف الخاصة و كالوقف على المسجد بناء على كونه ملكا للمسجد لا أنه يكون مثل المسجد محررا فالظاهر أنه مبنى على أن التأييد مأخوذ في حقيقة الوقف أم لا فإنه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط لأنه يكون الاشتراط بالنسبة إلى الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضى التأييد و الاشتراط يقتضى التوقيت بناء على ما ذكرناه من رجوع الشرط الى تضيق دائرة المنشأ و هما لا يجتمعان و اعتبار التأييد حتى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح و أما بناء على عدم أخذ التأييد في الوقف و القول بجوازه سنة نظير السكنى و الرقبي فلا بد من تنقيح هذه الكبرى و أن التأييد مأخوذ في الوقف أم لا.

و أما ما في الموثقة من قوله (ع) من أوقف أرضا ثم قال ان احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث فلا دلالة فيها على المدعى حيث ان محل كلامنا في شرط الخيار و الزاوية راجعة إلى شرط النتيجة و رجوع الوقف الى ملك الواقف مع الاحتياج فأحدهما أجنبي عن الآخر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٤

و ربما علل على عدم جريان الخيار في الوقف باشتراط القربة في الوقف و هو ممنوع صغيرى و كبير أما الكبرى فلعدم الدليل على اعتبار القربة في الوقف و أما الصغرى فكذلك فإنه لا دليل على أن القربة مانعة عن الاشتراط مع وجود الدليل على الاشتراط أما دليل الوفاء بالشرط أو ما ذكرناه في الوقف كما هو واضح فالظاهر أن شرط الخيار و عدمه متوقف على ما ذكرناه من اعتبار من التأييد في الوقف و عدمه.

و الحاصل أنه قسم المصنّف العقود على ثلثة أقسام الأول ما لا يدخل فيه الخيار اتفاقا كالتكاح و نحوه الثاني ما يدخل فيه الخيار كالبيع و نحوه من أقسام المعاملات الثالث ما يكون مختلف فيه كالوقف و نحوه.

أقول التحقيق أن يقال: أن في كل مورد نعلم بجواز شرط الخيار في عقد نحكم بصحة أخذه فيه و في كل مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار في عقد نحكم بعدم صحته أخذه فيه و في مورد الشك نرجع الى الأصل و من الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه و عدم ترتب الأثر على غير ما أخذه المتبايعان في العقد.

بيان ذلك أنك قد عرفت أننا أن معنى جعل الخيار في العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البائع مثلا بيع داره مقيدا بعدم فسخه و قلنا أن التملك الموقت و ان كان لا معنى له فان معنى بيع الدار هو تملكها مؤبدا من حيث الزمان و غير مقيد بزمان و لكن ينافى ذلك تحديده من حيث الزمانات فيبيع داره مقيدا بعدم فسخه أى ينشئ ملكية داره لزيد مقيدا بالقيود المذكور لا على وجه الإطلاق و عليه فيكون أدلة اللزوم و الصحة شاملة لذلك فإذا شككنا في جواز ذلك فبمقتضى القاعدة نحكم بجوازه و بعدم كون غير ذلك منشئا و عدم كون التملك على وجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٥

الإطلاق فإن القدر المتيقن هو التملك الخاص فالزائد عنه مشكوك فالأصل عدمه.

و بعبارة أخرى أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الى سبب و الفرض أن المالك لم ينشئ إلا ملكية محدودة فإن

أمضى الشارع ذلك فهو والآى و ان امضى ملكية مطلقه يلزم أن يمضى الشارع ما لم ينشئ فيكون المنشأ غير ممضى و الممضى غير منشئ و عليه فكلما شككنا فى نفوذ شرط و خيار فالأصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النفوذ هو الحكم بما نشك فى إنشائه فالأصل عدمه كما لا يخفى.

هذا ما يقتضيه الأصل الذى لا بدّ من الرجوع اليه عند الشك ثم ان الشرط قد يرجع الى الخيار و قد لا يرجع و يتضح ذلك بما سنذكره و إذا عرفت ذلك فنقول لا- بدّ من تحقيق معنى الشرط و ما يجوز جعله فى العقود و ما لا يجوز ليتضح ما هو الضابط فى المقام اعنى ما يدخل فيه الخيار و ما لا يدخل فيه الخيار حتى نرجع فى غيره الى الأصل.

اما الشرط الذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط أمر غير اختياري و اخرى يرجع الى اشتراط أمر غير اختياري و على كل حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار و قد لا يرجع.

اما إذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياريه كما إذا اشترى عبدا فشرط كونه كاتباً أو اشترى متاعاً آخر فشرط كونه على وصف خاص فإنه لا شبهة فى ان كون العبد كاتباً أو كون المبيع على وصف خاص من- الأوصاف التى ليس فى اختيار البائع غير اختياري للبائع و عليه فلا- معنى للاشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى فإنه لا يتصور لهذا الاشتراط معنى الا ان يكون العقد معلقاً عليه ان أبيع على هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٦

الشرط و الا فلا أبيع مثلاً معنى بيع العبد بشرط كونه كاتباً انه أبيع ذلك على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع فيكون باطلاً للتعلق. و اما ان يكون المراد من الالتزام الشرطى التزام آخر فى ضمن الالتزام البيعى من غير ان يرتب أحدهما بالآخر و اما ان يراد ما ذكرناه من توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى من غير ان يكون البيع متوقفاً على ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام على البيع و الوقوف عليه موقوف على الشرط كما هو واضح.

و على هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيراً فى بقاءه على التزامه و عدم بقاءه فيكون له الخيار.

و اما إذا كان الشرط فى العقود من الأمور الاختيارية فهو على قسمين: الأول: ان لا يكون العقد مما يجرى فيه الخيار كمثل النكاح مثلاً فان معنى الشرط حينئذ هو مجرد توقف الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى من خير ان يكون مرجعه الى جعل الخيار أصلاً بل فائدته ليس إلا إلزام المشروط عليه تكليفاً على الوفاء و الوقوف على التزامه فان المشروط له انما أنشأ العقد على هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقب الإيجاب المنشأ على هذا النحو لقب مقيداً لكان باطلاً لعدم المطابقة بينهما و قد ذكرنا فى أوائل البيع انه لو أنشأ الموجب عقداً مشروطاً بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب و على كل حال فهذا الاشتراط ليس له فائدة إلا إلزام المشروط عليه و لا بأس بذلك أيضاً و يترتب عليه الأثر من حكم النشوز و نحوه فى النكاح و لا يضر تعليق العقد بذلك فان بطلان التعليق فى العقود ليس الا من جهة الإجماع و من الواضح ان المتيقن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٧

منه صورة كون المعلق عليه مشكوكاً لا فيما يكون منجزاً و لذا قالوا يعتبر التنجز فى العقود و هذا المعنى متعارف فى العرف أيضاً فإنه يقول بعضهم لبعض بعثك هذا المتاع لك بشرط ان تلتزم بذلك الشرط أو يقول احد الزوجين للآخر زوجتك نفسى بشرط ان تلتزم بالشرط الفلانى من تعيين المكان و نحوه ذلك و من هذا القبيل اشتراط الشرط الفاسد فى العقد من شرب الخمر و نحوه فان الشرط اعنى الالتزام حاصل بالنسبة إلى المشروط عليه و لكن لم يمضه الشارع فمورد الشروط الفاسدة هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع.

الثانى ان يكون الشرط مرجعاً لكلا الأمرين بأن يكون الشرط امراً اختيارياً و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلاً مقيداً بالتزام الطرف الآخر بالشرط فيكون منحللاً إلى أمرين أحدهما إلزام الطرف اى المشروط عليه أو لا بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء يثبت

للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتي تفصيل ذلك في باب الشروط.

و بعبارة اخرى ان الشروط على ثلثة أقسام: الأول: ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشروط له كاشتراط الأوصاف في المبيع مثلا الخارجة عن القدرة كما إذا باع عبدا فشرط المشتري على البائع كونه كاتباً فان كونه كاتباً ليس في قدرة البائع فإذا ظهر غير كاتب فليس - للمشتري إلزامه بكونه كاتباً و هكذا في جميع الأوصاف الغير الاختيارية غاية الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له ان يفسخ العقد و يرجع الثمن.

الثاني: ان يكون متعلق الشرط امراً اختيارياً كما إذا اشترى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٨

أحد شيئاً و شرط في ضمنه امراً مقدوراً للبائع كخياطة ثوبه و بنائه داره أو نجارته بابه و نحو ذلك من الأمر المقدورة للبائع و في مثل ذلك فالشروط مجمع للأمرين إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالعقد بدون الشرط و له ان يفسخ العقد.

الثالث: ان يشرط احد المتعاقدين على الآخر شرطاً في العقد الذي لا يجرى فيه الخيار الا فيما عينه الشارع بدليل خاص كعقد النكاح فإنه لا يجرى فيه الخيار إلا بالأسباب التي عينها الشارع بدليل خاص فمقتضى الشرط هنا ليس الا تعليق الالتزام العقدي على الالتزام الشرطي فلا شبهة في جواز التعليق حينئذ فإن المعلق عليه و هو التزام المشروط عليه حاصل و التعليق انما يضر إذا كان متعلقاً مشكوكاً و ليس كذلك فما هو باطل هو الثاني دون الأول فإن مورد المتيقن من الإجماع هو الثاني و اما الأول فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلاً.

و عليه فلو تخلف المشروط عليه عن شرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فإن فائدة هذا الشرط ليس إلا إلزام المشروط عليه على الوفاء و مع عدمه لا- يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الآثار عليه في مثل عقد النكاح من عدم تحقق النشوز و نحوه مثلاً- كما اشترط الزوجة مكاناً خاصاً لزواج فلم يف فذهاب الزوجة الى ذلك المكان لا يوجب النشوز و لا يضر ذلك بصحة العقد فان المعلق عليه حاصل جزماً اعنى التزام المشروط عليه و كذلك إذا كان الشرط فاسداً فان تعليق العقد بالوفاء بالشرط الفاسد من هذا القبيل أى الشرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غاية الأمر لم يمضه الشارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٧٩

العقد كما سيأتي في باب الشروط.

نعم مع عدم الالتزام في جميع الصور المتقدمة من الأول لم يبطل العقد من الأول لأن ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله المشتري لم ينشئه البائع كما لا يخفى.

ثم انك عرفت من جميع ما تقدم في معنى الخيار ان معناه ليس الا تحديد الملكية المنشئة بزمانين و معنى التحديد ان البائع مثلاً يعتبر ملكية داره لزيد إلى الأبد من حيث الزمان و يلزم بذلك على وجه الإطلاق و لم يقيد أصل التزامه بشيء فإن الإطلاق و التقييد في أصل الالتزام غير معقول و لكن يقيد ذلك بحسب الطوارئ و الكيفيات من حيث الزمانيات و نتيجة ذلك ان المشتري له التصرف في المبيع بأى كيفية يريد حتى بالأعدام و نحوه فان له ذلك على وجه الإطلاق و لكنه ملكيته و سلطنته اعنى الواجديه هي محدودة بحد خاص و هو عدم الفسخ فإذا فسخ ترتفع هذه السلطنة و ما يجوز له من التصرفات و تنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلك كثير في العرف فإنه يكون شخص سلطاناً إلى سنة كما هو كذلك في الرئاسة الجمهورية و لكن تصرفاته في الاملاك مطلقه فله ان يتصرف في زمان سلطنته تصرفاً مطلقاً و تصرف خمسين سنة بأن يوجر أرضاً إلى خمسين سنة و هكذا و كذلك المتصرفين المنصوبين في البلاد من قبل الملك فان سلطنتهم و ان كانت مقيدة بأمد خاص و لكن تصرفاتهم مطلقه و لذا تنفذ أمورهم بعد انزالهم أيضاً كالطرق و الشوارع و كذلك رئيس الوزراء و نحوهم و كك الأمر في كل معاملة خيارية فان معناه تحديد المنشأ فيكون نفس

السلطنة خاصة و لكن نفوذ التصرف بجميع أنحاء مطلقا.

و الحاصل ان أصل الالتزام و ان كان غير قابل للإطلاق و التقييد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٠

فإنه كالإنشاء إما يوجد أولا و انما الإطلاق و التقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شيء ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعي بحسب- الاستمرار بالالتزام الشرطي فتكون النتيجة من المجموع كون الملكية مقيدة بحد خاص كما هو واضح.

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنة المشتري عن العين بالكلية و كذلك التلف فإنه إذا تلف مال احد تنقطع سلطنته عن العين و عن ماليته بالكلية إلا إذا كان التلف مستندا الى شخص يكون إتلافه موجبا للضمان فإنه ح تكون سلطنته باقية في المالية فإن ذمة المتلف تكون مشغولة بذلك و اما إذا لم يكن مستندا الى شخص فتكون سلطنة المالك منقطعة عن العين و عن ماليته بالمرء كما كان تنقطع بالفسخ فإذا تلف المبيع عند المشتري في غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعة عنه.

و لكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ و ان كانا مشتركين في أصل انقطاع سلطنة المالك عن العين فإنه في صورة التلف فالمعاقدة باقية على حالها بحيث ان المتبايعين و كذلك العرف و العقلاء يعتبرون ملكية العين التالفة للمشتري في هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون ان المشتري كان مالكا قبل التلف بخلافه في الفسخ فإنه بالفسخ تنفسخ المعاملة من الأول و لذا لو ادعى البائع ملكية المبيع و ضمان المشتري عليه بالمثل بحيث ان يرد ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشتري كان التلف في ملكي و انا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقدة التي تبقى و المقام شبيه بالحجة حيث ان الفاعل إذا اتى بعمل مستندا الى حجة شرعية ففي أى وقت سئل عن وجه إتيانه فيقول كانت الحجة عندي فلو قيل: أعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨١

فيقول الحجة تقتضى عدم الإعادة و كذلك بعد الوقت ففي كل وقت يدعى بقاء الحجة و استناد عمله اليه و كذلك في المقام فإن المشتري في كل وقت يدعى كون التلف في ملكه و عدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقدة معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فاني عاملت عليه و يدعى في كل وقت بقاء المعاقدة و استناد عدم الضمان على مثله أو قيمته إلى المعاقدة و من هنا تجوز الإقالة بعد التلف فح يرجع البائع إلى مثل العين أو قيمته و يرد الثمن إلى المشتري ان كانت عينه باقية و الا فمثله أو قيمته.

فحال الفسخ و رفع الملكية و قطعها عن العين حال الإقالة بعد تلف العين فمع الفسخ أيضا ان كانت العين باقية فترد إلى البائع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ و انقطاع السلطنة به بالتلف و انقطاع السلطنة به من جميع الجهات بل القياس في انقطاع السلطنة بهما فقط ليس الافاهم.

إذا عرفت ذلك كله فاعلم أن الميزان الكلي و الضابطة الكلية في جعل الخيار في العقود و الإيقاعات هو أن لا يلزم من جعله ما ينافي مفهوم العقد بأن ينافي التحديد مفهوم نفس العقد أو الإيقاع كما إذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو إبراء ذمة المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الأبدية و التوقيت ينافيها فمعنى الإبراء إفراغ الذمة إلى الأبد و التوقيت إمهال لا إبراء و معنى الطلاق الإرسال و الإطلاق و التوقيت ينافيه و كذلك العتق.

أو كان هنا إطلاق أو عموم يقتضى صحة العقد الذي يجعل فيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٢

الخيار ففي البيع و نحوه من المعاملات مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سائر الأدلة هو صحة المعاملة التي جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار و أما بعد الفسخ فلا فتكون المعاملة المنشئة بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولاً لأدلة لزوم المعاملة فالزائد عن ذلك يكون خارجاً عن حدود الأدلة الدالة على اللزوم من الأول.

و أما في مثل النكاح فليس هنا إطلاق أو عموم تقتضى صحة عقد النكاح المقيّد بوقت و المحدود بحدّ بعد ما كان ممكنا ثبوتا مع العلم من الخارج بان عقد النكاح لا بد اما و ان يكون دائما أو موقتا و لكن إلى أجل معلوم اى مسمى كما في بعض الروايات و في قراءة ابن عباس.

و عليه فجعل الخيار في عقد النكاح لا يدل دليل على صحة هذا القسم من النكاح اى المحدود بحد خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرًا بقسمين لكانت العمومات الدالة على لزوم مطلق العقد محكمة و لكن قد عرفت جوابه.

ثم انك عرفت عدم جواز جعل الخيار في النكاح بل الخيار فيه منحصرًا بالأسباب الخاصة و قد عرفت عدم جريانه في الإيقاعات المذكورة من الطلاق و العقد و الإبراء و عرفت أيضا ان جريانه في الوقف مبنى على اعتبار التأييد في الوقف و عدمه فإنه بناء على الأول لا يجرى فيه الخيار لكونه منافيا لمفهوم الوقف كما عرفت في الطلاق و العتق و الإبراء و هذا هو المشهور بين الفقهاء و هذا هو الظاهر من الرواية التي ذكرها المصنف هنا من انه وقف الواقف شيئا و اشترط عوده الى ملكه مع الاحتياج فحكم الامام (ع) بعوده ميراثا و بطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحد من الروايات المذكورة في باب الوقف بل في بعضها ذكر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٣

الامام (ع) انه وقف الى ان يرث الله الأرض و من عليها.

و اما الصدقة فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فإنها لله فما كان لله لا يرجع بل هو كك في اعتبار العرف أيضا فإنه لا يجوز العرف جواز رجوع المصدق إلى الصدقة بعد مدة فهي نظير الوقف بناء على اعتبار التأييد فيه بل قسم من الوقف و على الجملة فالصدقة حيث كانت امرا قريبا فلا ترد و اما الوصية سواء كانت إيقاعا أو عقدا فان كان قبل الموت فهو جائز بطبعه فلا يدخل فيه الخيار بل كلما أراد الفسخ يفسخ و ان كان بعد الموت فهو لازم فيجوز فيه جعل الخيار إذ لا نرى فيه ما ينافى مفهوم الإيصاء و انه موافق لما دل بإطلاقه على صحة الوصية و لكن في جعل الخيار فيها استبعادا محضا و ذلك فان مقتضى جعل الخيار فيه انه بالفسخ من المورث أو من له الخيار ان المال يرجع الى ملك الميت فإنه الذي إنشاء العقد و جعل فيه الخيار و كان المال في ملكه ثم بتوسط الميت ينتقل إلى الورثة فان في هذا استبعادا محضا بأنه كيف يملك الميت بعد موته و لكنه مجرد استبعاد فلا محذور فيه.

و اما الهبة المعوضة التي لا تكون لذي رحم أو على وجه قريبي أو من الزوج للزوجة فلا شبهة في جعل الخيار فيه فإنه من العقود التي لا محذور فيها لجعل الخيار بوجه كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل انك قد عرفت ان معنى جعل الخيار في العقد هو جعل المنشأ مقيدا بقيد خاص و بحد خاص فيكون مفاد العقد هي الملكية المحدودة بعدم الفسخ ثم انك قد عرفت أيضا ان معنى جعل الشرط في العقد هو كون البيع اى الملتزم به معلقا بذلك الالتزام الشرطي بحيث انه لو لا ذلك الالتزام الشرطي المعلق عليه لما باع البائع ما له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٤

أصلا و قلنا ان التعليق في أمثال ذلك لا يضر فإنه إنما يضر ان كان لأمر مشكوك الحصول لا لأمر منجز كما لا يخفى و لا يفرق في ذلك أي صحة العقد المعلق على الالتزام الشرطي بين كون الشرط فاسدا كسرب الخمر و نحوه و بين كونه سائغا فإن ما علق عليه العقد و هو الالتزام قد حصل تكويننا و ان لم يمضه الشارع كما لا يخفى فافهم.

ثم انك قد عرفت ان العقد إذا توقف على شيء بحيث قد حصل مقيدا بذلك الشرط و الالتزام كان المنشأ محدودا بحد خاص و بقيد خاص بحيث ان المنشأ قد أنشأ هكذا فيكون المشمول لعموم أو فوا بالعقود و سائر أدلة اللزوم هذه الحصّة الخاصة من المنشأ المحدود و لا شبهة انه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خيار تخلف الشرط فيكون هنا التزام آخر من المشتري على انه إذا خالف الشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط فيما إذا كان مرجع الشرط الى الخيار كما ذكرناه سابقا و يكون ذلك في العقود التي يجرى فيه الخيار فافهم فيكون دليل الوفاء شاملا للعقد المقيّد و المحدود بالتزامين و العقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولا له.

و الحاصل إذا كان البيع مثلاً معلقاً على شرط كالخياطة و نحوها و التزم المشتري بالوفاء بها فيكون البيع مقيداً بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدوداً بذلك فيكون مشمولاً لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثم ان معنى جعل الشرط في العقد هو كون المشروط له مخيراً في حل ذلك العقد على تقدير مخالفة المشروط عليه بالشرط و عليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشتري بالشرط و الثانى التزامه بأن للمشتري حل العقد على تقدير مخالفته و حينئذ فيكون المنشأ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٥

مقيداً و محدوداً بكلام الالتزامين و معلقاً عليهما و يكون العقد المقيد و المحدود بهما مشمولاً لا وفوا بالعقود و سائر أدلة اللزوم و عليه فلا- مجال لتوهم ان حل العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط اعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير و لا شبهة في عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بدهاءة تفاوت قيمة المبيع مع الخيار و بدونها فإذا كانت قيمة المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل في نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعاملة إلا السفيه كما هو واضح هذا فاعتنم.

ثم انه وقع الخلاف في جريان الخيار و عدمه في بعض العقود

إشارة

و قد عرفت عدم جريانه في النكاح و ما عن السيد في العروة انه لا يجرى في النكاح للإجماع في غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قد عرفت أيضاً عدم جريانه في الوقف أيضاً بناء على اعتبار التأييد فيه كما هو الظاهر من الرواية التي ذكرها المصنف في المقام و من بقية الروايات الدالة على كون الموقوف وقفاً الى ان يرث الله الأرض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار في الوقف منافياً لمفهومه.

و اما الصدقة

فلا- يجرى الخيار فيه أيضاً لأنه كالوقف في اعتبار التأييد فيها و انها وقعت لله و ما كان لله لا يرجع كما ذكر المصنف بل في بعض الروايات ان أخذ الصدقة هو الله تعالى فإذا كان الطرف هو الله فكيف ترجع الصدقة و ربما يتوهم كما توهم بعض المحشين من ان ما مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٦

ذكره المصنف هنا من كون الصدقة لله تعالى و ما كان لله لا يرجع مناف لما ذكره في الوقف من الإشكال في الكبرى في عدم اعتبار القرية ان عدم الدليل على ذلك و لكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه و بيانه ان الروايات الكثيرة قد دلت على اعتبار القرية في الصدقة و كونها على وجه قربي و معنى اعتبار القرية هنا ان طرف الصدقة هو الله و الآخذ هو كما في بعض الروايات فكأن المصدق يعطى الصدقة لله تعالى و ما أخذه الله تبارك و تعالى لا يرجع.

و هذا غير كون الفعل قريباً اي مأتياً به على وجه قربي لا جل ابتغاء الثواب و هذا لا ينافى جواز حل ذلك العقد و إرجاع ما اعطى على وجه قربي و لو قلنا بكون المعاملة مستحبة بذاتها و ان أنكرنا ذلك في المكاسب المحرمة و قلنا ان الاستحباب من جهة الفعل فلا يكون ذلك موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع احد داره من عالم أو سيد قرية الى الله تعالى و قصد في معاملته التقرب بها الى الله تعالى فهل يتوهم احد ان ذلك مانع عن جريان خيار المجلس في ذلك فالكبرى الذي تسلمها المصنف هنا غير الكبرى الذي منعها في الوقف فان الآخذ هنا هو الله فلا معنى لإرجاع ما أخذه بل هذا كك في العرف أيضاً فإن من اعطى شيئاً للسلطان ليس له ان يدق بابه بعد مدة و يطلب ذلك بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلك و على تقدير تسليم اعتبار القرية في الوقف فهو من القبيل الثانى دون الأول و عليه فلا- مانع من جعل الخيار في الوقف مع قطع النظر عن كون التأييد فيه مانعاً عن جريان الخيار فيه على انا قد

استشكلنا في اعتبار القرية في الوقف تبعا للمصنف وقلنا انه لا دليل عليه كما عرفت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٧

و اما الصلح

فان كان لقطع الخصومة فلا بأس لجعل الخيار فيه فان مرجع جعل الخيار فيه هو تقييد المنشأ و تحديده بعدم الفسخ و من الواضح انه لا بأس لقطع الخصومة إلى زمان خاص و لو صرح احد المتخاصمين أو كليهما بذلك فهل فيه محذور. و ان كان الصلح لإسقاط الدعوى فيكون ذلك مثل الإبراء فلان لكل شخص ان يدعى على أخيه المسلم و غيره من حقه و يحضره عند الحاكم للمحاكمة و له حق الإحضار عنده و ليس للمدعى عليه الإبراء عن ذلك بوجه فإذا أسقط حقه هذا بالمصالحة فيكون ذلك مثل الإبراء و عليه فيكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الصلح كما هو واضح فان معنى الاسقاط هو عدم بقاء حق للمدعى على المدعى عليه فيما ادعاه و انه سقط إلا إذا ادعى حقا آخر غير الساقط و الشيء بعد سقوطه لا يرجع الى حالته الأولية و الحاصل معنى السقوط و الإبراء هو فراغ ذمة من عليه الحق من الحق إلى الأبد فاشترط التوقيت في ذلك منافا لذلك فلا يكون إسقاطا و إبراء كما لا يخفى.

و اما الضمان

و هو عند الخاصة عبارة عن انتقال الدين من ذمة المديون إلى ذمة الضامن فيكون ذمة المديون بريئا و يكون ذلك أيضا مثل الإبراء كما هو واضح.

و اما الرهن

فقد يقال بكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الرهنية فإن الرهن وثيقه و كون المرتهن على اطمينان من دينه فجعل الخيار فيه يناهى الاطمئنان.

و فيه ان الرهن و ان كان وثيقه الا انه وثيقه للدين و معنى كونه وثيقه للدين هو وصله به اي ان الرهن متصل به و لذا يقال وثيقه للدين مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٨

اي مشدود به فيحل عند أداء الدين و أخذ الوثيقة بمعنى الاطمئنان لسهولة الاطمئنان من لوازم الوثيقة و الا فمعنى الوثيقة في اللغة هو الشد و منه قوله تعالى فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فَإِمَّا مِّنَّا بَعِيدٌ وَإِمَّا فِتْنَاءٌ أَي شَدُّوا وَصَالِكُمْ وَ عَهْدِكُمْ وَ مِنْ هُنَا يُقَالُ لِلشَّخْصِ الَّذِي أَمِينٌ أَنَّهُ مَوْثِقٌ أَي أَنَّهُ لَا -تَجْرُ فِي أَخْبَارٍ وَ لَا تَرْدُ بِلِ خَبْرِهِ مُتَّصِلٌ بِاعْتِقَادِهِ وَ لَيْسَ كَاذِبًا فِيهِ وَ لَذَا يُطْلَقُ الْإِعْتِقَادُ عَلَى وَثَاقَةِ الْقَلْبِ بِشَيْءٍ وَ يُقَالُ اعْتَقَدَ عَلَيْهِ وَ لَيْسَ لَهُ تَرْدٌ لِيَقْدَمَ رِجَالًا وَ يُؤَخَّرُ أُخْرَى كَمَا هُوَ وَاضِحٌ وَ عَلَيْهِ فَلَا مَانِعَ فِي جَعْلِ الْخِيَارِ فِي الرَّهْنِ فِيهِ أَيْضًا إِذْ لَا تَنَافِي فِيهِ بِمُقْتَضَى الرَّهْنِ أَصْلًا فَإِنَّهُ مَعَ جَعْلِ الْخِيَارِ فِيهِ أَيْضًا فَالرَّهْنُ مُتَّصِلٌ بِالذِّينِ وَ بَعْدَ الْفَسْخِ يَبْقَى الذِّينُ كَحَالِ الرَّهْنِ فِيهِ فَلَا مَانِعَ فِي ذَلِكَ مَعَ إِقْدَامِ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ.

و كيف كان فالضابط الكلى في جعل الخيار في عقد أو إيقاع هو عدم منافاة الخيار بمفهوم العقد و عدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك العقد أو إطلاقه كما عرفت في النكاح بل و كونه موافقا للعموم أو الإطلاق الدال على صحة هذا العقد كما عرفت.

ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار في المعاطاة

بدعوى ان المعاطاة إنما هي بالتراضى الفعلى و من الواضح ان الشرط الذكري لا يرتبط بالتراضى الفعلى و هو واضح.

و لكن يرد عليه ان التراضى أمر قلبى و انما يحصل فى أفق النفس و يحصل ارتباط كل من الشرط و المشروط فى ذلك الصقع و انما المبرز مختلف و مع اختلاف يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المرز بعضها ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض اجزاء المبرز بعضه ببعض و على الجملة فالبيع مثلا عبارة عن إظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٨٩

لا- يفرق فى كون أصل مبرزا المعتبر النفسانى بين اى مبرز و كذلك لا- يفرق بين ما كان مبرز أصل الاعتبار النفسانى فعلا و بين ما كان مبرز ما يعتبر فى أصل المعتبر النفسانى من الشروط قولاً كما هو واضح.

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمرضاة الفعلية لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت ان المناط فى ارتباط الشرط بالمشروط هو فى عالم الاعتبار و اما فى عالم الإبراز فلا يلزم ربط جميع اجزاء المبرز بعضه ببعض و هذا واضح جدا كما لا يخفى فافهم.

(فى خيار الغبن) قوله

الرابع خيار الغبن:

إشارة

أقول: من جملة الخيارات الثابتة فى المعاملات خيار الغبن و هو بمعنى الخديعة، و لكن تحقق خيار الغبن فى البيع و نحوه لا يتوقف على صدق الخديعة بل يجرى ذلك فى بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعة كما إذا كان البائع و المشتري كلاهما جاهلين بالغبن اى التفاوت.

ثم انه انما يلاحظ الغبن بالنسبة الى جميع القيود و الشرائط التى اعتبرت فى العقد فإنه لا شبهة ان قيمة المبيع تختلف باعتبار الطوارى و العوارض و القيود و الشروط و قد يكون ثمن شىء خمسين دينار و يكون مع الشرط ثلاثين دينارا فهذا التفاوت لا يكون غبنا و خديعة بدهاهة تفاوت القيمة بالخيار و عدمه نعم يلاحظ النقصان و الزيادة بالنسبة إلى مجموع المبيع و الشروط و القيود و هو واضح.

ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين فى تحقق الغبن

الأول: ان يكون المشتري جاهلا بالقيمة السوقية و اشترى المبيع بأكثر ما يسوى فى السوق

و اما علم البائع فإنها هو شرط فى تحقق الخديعة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٠

و الا فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثم انه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البائع بقيمة الثمن إذا كان من غير النقد و هذا نادر و الغالب هو الأول.

الشرط الثانى: ان يكون ما أخذه الغابن ما زيادة القيمة بما يتسامح

كأن كانت قيمة العين خمسين دينارا فباعها من المشتري بمائة دينار فإنه لا شبهة فى تحقق الغبن هنا فإن الزيادة ح ليس بما يتسامح و اما إذا كان الإقدام بالزيادة بعلم من المتبايعين معا أو كانت الزيادة بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد و خمسين دينار

فإنه لا خيار للمشتري إذ لا يتحقق الغبن بزيادة الدينار فيما يسوى بخمسين في السوق و لعل هذا المقدار من التفاوت كان من جهة التفاوت في الأسواق فإن قل متاع يكون قيمته في جميع الأسواق و في جميع الدكاكين واحدة بل المتاع واحد تختلف قيمته بحسب الدكاكين و الأسواق مع كون المتاع واحد في جميع الخصوصيات من حيث الجودة و نحوها كما لا يخفى، و نتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا.

[في أدلة التي يذكر في إثبات هذا الخيار و نفيه]

إشارة

ثم انه لا شبهة في ثبوت هذا الخيار في الجملة بل ادعى بعضهم الإجماع عليه، و لكن أنكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوصا

و قد استدل العلامة في التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى **إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**

بدعوى ان المعاملة الغبنية ليست تجارة عن تراض إذا علم المغبون بالحال لم يرض بها أصلا و حيث ان ما كان مفقودا اعنى التساوى في المالية انما هو وصف من أوصاف المبيع الذي هو قيد له و ليس من الأركان ففقد انه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩١

و قد ناقش المصنف في ذلك صغرى و كبرى أما الصغرى فلان كون العوضين متساويين في المالية ليس الا من قبيل الداعى و لا شبهة ان تخلف الداعى لا يوجب الخيار.

ثم ناقش في الكبرى بأنه لو سلمنا أن أخذ ذلك في المبيع على وجه التقييد و لكن تخلفه لا يوجب الخيار فإنه ليس من الأوصاف المذكورة في ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا.

أما الأول فيرد عليه أن تخلف الداعى و ان كان لا يوجب الخيار أصلا كما إذا اشترى متاعا بداعى الضيافة فلم يفعل الضيافة فإن تخلفه لا يوجب الخيار أصلا لكون الدواعى كلها غريبة عن العقد فتخلفها لا يستتبع شيئا، و لكن المقام ليس كك إذ الدواعى هي تصور الغايات ليعتد إلى إيجاد العمل في الخارج و لا يعقل ان يكون ذلك قيذا في العمل الموجود في الخيار و هذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى العوضين في المالية مأخوذ في العقد أخذ وصفا ضمينا في العقد فيكون على وجه التقييد فإن تعين بين آدم موقوف على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين في المالية فيناط التبديل بالتساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العادة جرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالية فلا يكون ذلك الا كالشرط المذكور صريحا و كيف يكون من قبيل الدواعى.

و اما ما ذكره من المناقشة في الكبرى من ان الشرط إذا لم يذكر في متن العقد فلا يكون تخلفه موجبا للخيار ففيه ان عدم الذكر انما يوجب عدم الخيار مع التخلف إذا لم يكن في حكم الذكر و اما إذا كان مأخوذا فيه ضمنا و بالدلالة الالتزامية فلا شبهة في انه بمنزلة أخذه في العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٢

صريحا.

و بعبارة اخرى ان الشروط ابتدائية و ان لم تكن واجبة الوفاء و لا يكون تخلفها موجبا للخيار و لكن إذا قامت قرينة على اعتبار وصف في المبيع و ان لم يكن مذكورا في متن العقد فيكون ذلك مثل المذكور و من الواضح ان بناء العرف و العقلاء و ارتكازاتهم على

اعتبار تساوى المالية فى تبادل العوضين و هذا بمنزلة الصغرى و حيث ان ذلك من المقومات للعقد و من أركانه كما إذا باع عبد فظهر حرا أو باع ذهابا فظهر مذهبا فيكون تخلفه موجبا للخيار و هذا بمنزلة الكبرى فقد ثبت ان تخلف الشروط الضمنية موجب للخيار و من ذلك تساوى العوضين فى المالية.

و قد ثبت فى بعض الموارد ان تخلف الشرط الضمنى الذى اعتبر فى العقد بحسب الارتكاز و بالقرائن الحالية يوجب بالخيار منها اعتبار نقد البلد فلو باع و اعطى المشتري غير نقد البلد ثبت للبائع خيار تخلف الشرط الضمنى. و منها اعتبار التسليم فلو لم يسلم المشتري إلا- فى وقت يشاء نفسه فلم يشك احد ثبوت الخيار للبائع و ليس للمشتري ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به و نعطى الثمن فى أى وقت نريد و نظائر ذلك كثيرة فى الفقه و قد اعترف المصنف به أيضا و على هذا فما ذكره العلامة فى غاية الجودة و المتانة مع قطع النظر عن الآيه أيضا.

و الحاصل ان مقتضى بناء العقلاء و ارتكازاتهم هو تساوى المالية فى العوضين بحسب العادة و لو كان التفاوت فى ذلك لا بد و ان يكون مما يتسامح و يكون اعتبار التساوى فى المالية مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به و هذا مما لا شبهة فيه بحسب الصغرى و اما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى و الذى يكون دليلا على ثبوت خيار مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٣ الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى.

و قد استدل على مشروعية خيار الغبن و ثبوته بأية النهى عن الكل المال بالباطل بوجهين

الأول: ما ذكره المصنف

و حاصله ان المعاملة التى وقع فيها غبن قد لا يلحق بها العلم بالتبين و لم يظهر الغبن فيها بعد و قد تبين الغبن فيها و هو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد و قد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد: اما إذا كان راضيا بالمعاملة بعد تبين الغبن فلا شبهة فى صحة المعاملة ح فإنه لا- يكون فيها ما يمنع عن صحته و لا يكون أكلا للمال بالباطل لأنه تجارة عن تراض و اما إذا كان التبين قبل الرضا بالعقد فتكون المعاملة أكلا للمال بالباطل إذا المشتري لم يرض بذلك فيكون أكلا للمال بالباطل و اما إذا كان قبل تبين الخدع فى المعاملة فذكره ان مقتضى الآيه و إن كان حرمة الأكل حتى قبل التبين الا انه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

أقول يرد عليه أولا- ان مقتضى التمسك بالآيه فى المقام هو بطلان العقد و انفساخه بمجرد ظهور الغبن فيه من غير ان يثبت للمغبون خيار الفسخ فإنه بمجرد ظهور الغبن فيها قبل الرضا بذلك يشمل عليه قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ فيحكم ببطلانه لأن أكل المال بالباطل حرام و ضعا و تكليفا و لا يحتاج ببطلانه الى الفسخ مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعاملة مخير بين الفسخ و الإمضاء.

و ثانيا: انه لا وجه لإخراج ما قبل تبين الخدع عن الآيه بالإجماع بحيث انه لو لا الإجماع كانت الآيه شاملة له و لكن الإجماع أوجب- مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٤

التخصيص و ذلك إذ بعد شمول الآيه بالمعاملة و حكمها بكونها أكلا للمال بالباطل و حراما و ضعا و تكليفا لا معنى للتخصيص فهل يتوهم احد ان أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فإنه مع كونه أكلا للمال بالباطل جائز و هذا لم يلتزم به فقيه.

و ثالثا: انه لا يفرق فى شمول الآيه و حكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرضا بالمعاملة الغبية اى على كل تقدير فإن الآيه إنما فصلت بين الأسباب الصحيحة و الأسباب الباطلة و نهى عن المعاملة بالأسباب الباطلة و فصل بينهما كما مر مرارا و تكون الآيه ناظرة إلى أسباب المعاملات، و عليه فلا يفرق فيه بين تبين الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلاثة يحكم بصحة المعاملة

لكون سببها تجارة عن تراض كما هو واضح. و من هنا ظهر انه لا معارضة بين حرمة الأكل بالباطل و بين تجارة عن تراض.

الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ

بأن الرضا الحاصل من المتعاملين بالمعاملة حين إيجادها انما هو الرضا بمعنى الاسم المصدري الذي له بقاء فيكون رضى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعاملة تجارة عن تراض و مشموله للمستثنى اعنى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً، من غير ان نحتاج فى تصحيح ذلك الى الإجماع ليكون ذلك تخصيصا و بعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان و هذا معنى ثبوت الخيار للمغبون.

و فيه انه يرد عليه ما أورده اولاً على المصنف من ان لازم ذلك بطلان العقد نفسه من غير ان يحتاج الى الفسخ أصلاً كما لا يخفى مع ان الفقهاء لم يلتزموا بذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٥

و ثانياً: ان المراد من التجارة هو المعنى المصدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدري الذى له بقاء و الا فلان ذلك ان يكون له الفسخ فيما إذا ترقى القيمة السوقية فإن البائع ليس براض يكون العين للمشتري بعد ما ترقى القيمة كما إذا باعها بدينار ثم صارت بدينارين.

و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت خيار الغبن للبائع

فيما اشترى فى تلقى الركبان و ليس ذلك الا من جهة الغبن و لا يفرق فى ذلك بين الموارد أصلاً فورود الرواية هنا لا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن و ان المكارى صار و مغبونين لعلم المتلقين بالسعر و عدم علم المكارين به. و لكن يرد عليه انه لم يثبت هذا الحديث و لم يذكر فى الكتب المودعة للرواية و انما هو مذكور من طرف العامة فلا يعلم كونه رواية أصلاً و عليه فلا يجبر ضعفه بالشهرة لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهرة كما لا يخفى.

و قد استدل أيضا بقوله (ص) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام

بل ذكر المصنف ان أقوى ما يستدل به على ثبوت هذا الخيار حديث لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام بدعوى ان لزوم هذه المعاملة و عدم تسلط المغبون على الفسخ ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيان لان الشارع لم يحكم بحكم ضررى أصلاً و لم يسوغ إضرار بعض المسلمين ببعض.

و لكن أشكل عليه بوجهين الأول: عن صاحب الكفاية بأن غاية ما استدل عليه الرواية هو رفع اللزوم و اما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلما لا يكون الجواز هنا جواز حكماً نظير الجواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٦

فى الهبة و اما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الإسقاط أو انتقاله إلى الورثة بعد الموت و نحو ذلك فلا يستفاد من الرواية و الحاصل ان دليل نفي الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر منه و اما إثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفي الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكيم فقط نظير الجواز فى الهبة فلا يكون للمغبون حق الإسقاط و حق المصالحة عليه و لا ينتقل الى الوارث.

و فيه انك قد عرفت مرارا انه لا فرق بين الجواز الحكيم و الجواز الحقيقى بل هما من جنس واحد و حقيقة واحدة و قد جعلها الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما فى موارد خاصة غاية الأمر قد اعطى السلطنة فى بعض الأحيان لأحدهما بحيث ترتب عليه جميع آثار

الحق الآدمي من الانتقال و النقل بأى نحو كان و لم يرتب عليه ذلك فى بعض الموارد كما فى الهبة، حيث انه ليس للواهب غير حق الرجوع الى المتهب.

و عليه فان دليل نفي الضرر انما رفع اللزوم الذى يلزم الضرر من قبله فيكون المرفوع من اللزوم مقدارا يرتفع به الضرر و ح فيكون الخيار فوريا عرفيا بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ و الإمضاء لمسقط خياره فيعلم من ذلك انه من الحقوق فيسقط بإسقاط ذى الخيار أيضا و دعوى ثبوت الجواز الذى يكون ثابتا إلى الأبد نظير الجواز فى الهبة يحتاج إلى العناية الزائدة فلا دلالة فى دليل نفي الضرر عليه.

و إذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصلح عليه بالمال، و اما انتقاله إلى الورثة فلا يتكفله دليل نفي الضرر بل لا بد من مقدمة خارجية لأن عدم انتقال مقدار من مال الموارث إلى الورثة ليس ضررا عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشمل دليل نفي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٧

الضرر فنقول انه ورد فى بعض روايات الوصية انه لا يجوز للمورث الإيضاء على المال بأزيد من الثلث لأنه إضرار للورثة فيعلم من ذلك ان الورثة وجود تنزيل للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثة فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتا للورثة أيضا كما هو واضح.

و أيضا يرد على صاحب الكفاية ثانيا: انه إلا شبهة فى جواز المعاملة إسقاط جميع الخيارات بأنه اقدم على المعاملة على متاع على اى نحو كان فى الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى فى الواقع بدينار و أقدم المشتري على شرائه بخمسين دينار على ان نحو كان فى الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشيء لا شبهة فى صحة هذه المعاملة و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى فى الواقع الا بدينار فإذا صح إسقاط الخيار فى الحدوث صح إسقاطه بقاء بالأولوية كما هو واضح لا يخفى.

و قد أجاب عن ذلك شيخنا الأستاذ بجواب آخر و هو انه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضمنية فالاستدلال بلا ضرر فى محله لان مفاده ان الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفة التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار.

و اما لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائية أو الدواعى التى لا إشارة فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقة و لا التزاما فلا وجه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٨

للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انما نشأ من إقدام المشتري أو البائع بذلك و لو كان اقدمه عن جهل فإنه حيث تخيل التساوى بين المالكين فأقدم عليه فلا يكون ما اقدمه عليه مشمولاً لدليل نفي الضرر فلو كان مجرد الجهل يكون اقدمه ضرريا لحكم بعدم الضمان بدليل نفي الضرر فيما لو أقدم احد على إتلاف مال غيره جهلا مع انه لا شبهة فى الضمان ح لأنه أقدم على إتلاف مال غيره فيكون ضامنا و الحاصل ان مجرد الجهل لا يكون مانعا عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان و سببا لشمول دليل نفي الضرر عليه فهو واضح.

و الجواب عن ذلك اما عن نقضه بباب الضمانات فهو أجنبي عن المقام فان دليل نفي الضرر لا يشمل ذلك فإنه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك و قد ذكرنا فى محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الموارد التى على خلاف الامتنان كما ان بقية أدلة الرفع لا تشمل الموارد التى على خلاف الامتنان و هو واضح.

و على الجملة نفي الضرر عن المتلف لمال الغير غفلة بحديث لا ضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان و قد حقق فى محله انه لا يشمل موارد خلاف الامتنان.

و اما المقام و لو قلنا بعدم الشرط الضمنى بكون القيمتين متساويتين و مع ذلك لا يوجب الاقدام على هذه المعاملة التى معاملته غبنية إقدامه على الضرر حتى لا يثبت له خيار الغبن و ذلك لان المشتري مثلا إنما أقدم عليها باعتقاد ان قيمة العين متساوية مع الثمن و ان لم يكن التساوى فى القيمة مأخوذا فى ضمن العقد و عليه فلو لم يكن العقد لازما لم يتضرر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٢٩٩

المغبون فيفسخ العقد و لكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم الشارع باللزوم و يكون مرتفعا بدليل نفي الضرر كما هو واضح.

و على الجملة فحيث ان المغبون إنما أقدم على المعاملة باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فالزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعا بحديث لا ضرر.

ثم انه ناقش المصنف فى الحديث بأنه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الأول: ان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل ان يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه و يكون ذلك مثل ما اختاره العلامة فى التذكرة و احتمله فى القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحة فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و يرد عليه انه لا وجه لكون المغبون مخيرا بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد فإن الالتزام بالتقسيت انما يصح إذا أمكن الالتزام بالانحلال و يقال بكون البيع الواحد منحلا الى بيوع عديدة كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاة مع الخنزير و كبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو فى المملوك و بطلانه فى ما لا يملك و غير المملوك غاية الأمر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى المالية و الا فلا يلزم محذور أصلا و الوجه فيه هو ان البيع و ان كان واحدا و لكنه بحسب الحقيقة بيوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٠

متعددة حسب تعدد المبيع و هذا واضح.

و اما فى المقام لا يمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه و إمضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد و البيع واحد و قد وقع البيع على المثلث بثمان خاص و هو دينارين مثلا و قد كان ثمنه فى الواقع دينارا واحدا فلو التزمنا بما ذكره المصنف و قلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بإمضاء الشارع غير ما أنشأه المتعاقدان فإن البائع أنشأ بيع ماله بدينارين فإمضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و إمضاء لما لم ينشأه البائع فلا يكون ما إمضاء منشأ و ما يكون منشأ ليس بمضى و كم فرق بين المقامين.

و اما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحة من انه مع كذب البائع من اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار بربح نصف دينار فظهر انه كان نصف دينار فربح دينارا فأیضا لا يرتبط بالمقام و ذلك فان فى المقام قد إنشأ البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه دينارا التزام يكون ما إنشأه الشارع غير منشأ كما عرفت و ليس كذلك فى بيع المرابحة فإن المعاملة قد جرى على المتاع بثمان اشتراه البائع واقعا مع ربح معلوم فظهور كذب البائع فى اخباره برأس المال و جواز رجوع المشتري الى التفاوت لا يوجب الالتزام بكون المضى غير المنشأ بل هو فى الحقيقة رجوع إلى الزائد من الثمن الذى أخذه البائع من المشتري.

و بعبارة اخرى ان البيع فى بيع المرابحة انما وقع على الثمن الذى اشترى به البائع من شخص آخر مع ربح معلوم و هما ثمن من الواقع و تطبيقه على الزائد عن ذلك من جهة كذب البائع فى اخباره فيكون نظير خطائه فى الاخبار فيكون ذلك من باب الخطاء فى التطبيق فلا يجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠١

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلاً نعم يكون المقام نظير بيع المرابحة لو قال البائع للمشتري أنما أبيعك هذا المتاع بالقيمة السوقية و هي دينارين مع كونها ديناراً واحداً.

ثم أنه ذكر المصنف احتمالاً آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفي الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبة مستقلة كما في الإيضاح و جامع المقاصد.

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فإنه بعد صحة البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد في هذا البيع فبأى ملزم يغرم البائع فهل هنا موجب للضمان و الغرامة من اليد و الإلتلاف غاية الأمر أن للمشتري مطالبة التفاوت من القيمة المتعارفة و أما قبل المطالبة فلا شيء للبائع أن الغابن أصلاً، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البائع مشغول الذمة للمشتري المغبون أو يكون البيع باطلاً و كيف كان فلا- نعرف وجهها للغرامة أصلاً. و من هنا التزم الفخر و المحقق الثاني و شيخنا الأستاذ بكون المأخوذ هبة مستقلة لعدم ارتباطه بالمعاملة أصلاً و على الجملة لا نعرف وجهها لمنع التمسك بدليل نفي الضرر بشيء من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسك بحديث نفي الضرر فلازمه بطلان العقد لا ثبوت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحة العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٢

ناحية اللزوم و من الواضح أن دليل نفي الضرر انما هو ناظر الى رفع الحكم الضررى فقط و لا يكون ناظراً الى إثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخيار، فان حديث لا ضرر لا يتكفل بإثبات الحكم و انما هو يرفع الحكم الضررى و هو صحة العقد كما عرفت فيكون العقد باطلاً.

و لكن ذلك مخالف للإجماع و الضرورة فإنه لو كانت المعاملة الغبية باطلة لبان و ظهر كظهور حرمة الربا فان وجود الغبن فى المعاملات بين المسلمين من الكثرة بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعاملة الغبية عن مورد الإجماع بالتخصيص.

على أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان و من الواضح أن شموله فى المقام بحيث يحكم ببطلان المعاملة الغبية خلاف الامتنان لأنه ورد فى مقام الامتنان لجميع الأمة و من الواضح أنه على خلاف الامتنان على البائع فإن الحكم بكون هذه المعاملة باطلة يوجب ضرره و لو من جهة فوت المنفعة من كيسه فتكون هذه المعاملة خارجة عن حديث لا ضرر تخصصاً و هو واضح.

ثم انه استدل على بطلان المعاملة الغبية بجملة من الروايات الناهية عن حرمة الغبن

و فى بعضها الغبن من السحت و قد ذكرها المصنف فى المتن.

وفيه أن الظاهر من غير رواية عمار المتضمنة لكون غبن المسترسل سحتاً هو التحريم التكليفى فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعية و يمكن أن يراد منها حرمة الغبن بفتح الباء فيكون من الخيانة فى الرأى و المشاورة فإنه من المحرمات فتكون مثل الروايات الدالة على حرمة خيانة المؤمن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٣

و أما رواية عمار فذكر المصنف أنها و ان كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة أكل السحت

فى استحقاق العقاب على أصل العمل و هى الخديعة فى أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذى بأخذه زائد على ما يستحقه بمنزلة السحت فى الحرمة و الضمان و يحتمل ارادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت فى تحريم الأكل فى صورة خاصة و هى إطلاق المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها ثم ذكر أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من المساواة للتالث و لكن ما ذكره المصنف من الحملين الأولين بعيد.

أقول: لا- شبهة أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا فى اللغة و من الأول ما ورد فى الروايات الكثيرة التى تقدمت فى المكاسب المحرمة كقولهم (ع) ثمن الخمر سحت و ثمن العذرة سحت و أجور الفواجر سحت و السحت أقسام كثيرة منها الرشوة و هكذا.

و من الواضح أن كون الغبن من السحت إنما يلائم المعنى الثانى أعنى نفس الحرام فإنه هو الفعل أعنى أخذ الزيادة فى المعاملة و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانة أى الخيانة سحت و قد ورد النهى عن خيانة المؤمن فى روايات كثيرة و كيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصية.

قوله مسألة يشترط فى هذا الخيار أمران

إشارة

أقول: قد أشرنا فيما سبق إلى أنه يشترط فى خيار الغبن أمران

الأول جهل المغبون بالتفاوت

إشارة

و الثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الأول فلا شبهة فى أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت القيمة و كذا ما يقوم مقام العلم من الاطمئنان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٤

فإنه مع ذلك قد أقدم على الضرر و لا يثبت الخيار له مع اقدمه عليه من دون فرق فى ذلك بين ما إذا كان مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى فإنهما ينتفیان مع الاقدام على المعاملة مع العلم بالتفاوت.

و كذلك لا شبهة فى عدم ثبوت الخيار له إذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعدمه بل كان شاكا فيه و محتملا لذلك و لكن يقدم على المعاملة على أى تقدير بمعنى أنه يشتري المتاع سواء كانت قيمته متساوية للقيمة السوقية أم لا بحيث لا يتسامح فإنه ح لا يثبت الخيار له إذ هو قد أقدم على الضرر على تقدير تفاوت القيمة و ليس المراد من اقدمه على الضرر اقدمه على المعاملة بأن يقال: حيث ان المشتري قد أقدم على البيع فقد أقدم على الضرر المتحقق فيه أيضا و ذلك لان الإقدام بالبيع لا يستلزم الاقدام على الضرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فإذا شاهد الضرر و الغبن فيه يفسخ المعاملة بل المراد اقدمه على نفي الضرر اى يقدم على المعاملة على تقدير الضرر فيه كما إذا صرح بأنى أقدم على هذه المعاملة بأى قيمة كان المبيع فى السوق و لو كان التفاوت بمقدار لا يتسامح فإنه لا- يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الأول مع ظهور الغبن أنه كان له الخيار فيسقط و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى.

و قد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انما هو من جهة انتفاء الملتزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل

المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملتزم به عن واقعه و إذا تخلف ثبت له الخيار و أما إذا لم يكن هنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٥

التزام و ملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشتري فلا موضوع لتخلف الشرط أصلا فضلا عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى. و في المقام بعد ما فرضنا أن المشتري إنما أقدم على المعاملة على أي نحو اتفق و بأى قيمة كان المبيع في السوق فقد أقدم عليها مطلقا بلا توقف و قوفه عليها على تحقق الملتزم به من البائع فلا يكون هنا خيار من ناحية التخلف إذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه و هو واضح هذا كله لا شبهة فيه و إنما الكلام في ثبوت الخيار و عدمه مع الشك في عدم تساوى قيمة المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعبر بالتساوى مع عدم اقدمه على المعاملة على أي تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيار حينئذ للمشتري أم لا الظاهر انه لا شبهة في ثبوت الخيار في جميع صور الشك من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى وفاقا للمصنف و لشيخنا الأستاذ.

و الوجه في ذلك ان المشتري لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمدا على الشرط الضمنى و هو تساوى العوضين في القيمة و لذا ربما يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالإقدام على المعاملة مع ظن التساوى و الشك أو الاحتمال في عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى. بل الأمر كذلك مع الظن بالتفاوت إذا لم يكن الظن معتبرا فان ذلك كله لا يوجب انه قد أقدم على الضرر فإنه مع ذلك يحتمل عدم الضرر و يقدم عليه و عليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين في المالية موجود فيثبت الخيار مع التخلف و كذلك يجرى دليل لا ضرر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٦

بناء على كونه دليل ذلك الخيار. و لا شبهة ان بناء العقلاء و ارتكازهم على هذا حتى من غير المتشعرة و لذا يثبت هذا الخيار فيما إذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن أحدهما الآخر فإنه يثبت خيار الغبن في ذلك فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين و ان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقم دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء و من الواضح ان الظن بالتفاوت أو احتمالاه أو الشك فيه لا يقاوم بناء العقلاء و لا يكون قرينة لرفع الشرط الضمنى و لا يصح اقدم هذا الشخص على الضرر بمجرد ظنه و شكه و وهمه و هو واضح لا شبهة فيه.

نعم قد يكون الاقدام على الفعل مع الشك و الاحتمال مصححا للوم و الذم بل الضامن و يحكم عليه بالمؤاخذه في المحاكمات العرفية فيما إذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثرة اهتمام الشارع بالحفظ كما إذا رثى احد شبعا من بعيد و شك في كونه إنسانا أو غير إنسان أو احتمال كونه إنسانا فأرسل إليه بندقه فقتله فبان أنه إنسان محقون الدم فإنه يذم في المحاكم العرفية بلا شبهة بل يعزر لو لم يحد و يقتل قصاصا و يؤخذ منه الدية و كذا لو أوقع احد بالماء مزاحا بزعم انه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه إذا لم يحسن السباحة و علم الموقع ان من أوقعه عليه لا يحسن السباحة فإنه لا شبهة في كونه مؤاخذا ح في المحاكم العرفية و ان لم يؤخذ في المحكمة الشرعية نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى و الوجه في ترتب الضرر على الاقدام مع الشك و الاحتمال في أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه و كونه مما يجب فيه الاحتياط و لذا يترتب عليها الحكم مع الإقدام في حال الشك أيضا و هذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٧

و الحاصل انه فرق بين المقام و بين الموارد المذكورة فان في الموارد المذكورة قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المعذر و الحجته الشرعية من الامارات و الأصول و الا فمجرد احتمال ترتب قتل النفس المحترمة على الفعل يتنجز التكليف و يحكم

بعدم الجواز و هذا بخلاف المقام فان الواقع لم ينتج فالشرط الضمنى موجود ما لم يقد دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكورة حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فإذا أقدم على معاملة و لو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجة شرعية.

ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كون قيمة هذا المتاع مساويا مع - القيمة السوقية و مع ذلك قد أقدم عليه و ظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده

إشارة

فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسألة أربعة

الاولى ان يكون ما اعتقده من زيادة بما يتسامح و مع ذلك أقدم عليه

و لم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمة الأمتعة فى الأسواق فإنه فلما يوجد شىء تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفة فإن بعض الناس يأخذ الربح الكثير و بعضهم يقنع بالقليل لقله مخارجه أو قلّه طمعه أو كثرة منافعه و بعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكورة فإذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الأشياء فظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده بما لا يتسامح بان اشترى شيئاً بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم و مع ذلك ظهر التفاوت بأربع مائة فلس و من الواضح ان الدرهم فى الدينار مما يتسامح و لكن الثلث مائة و خمسين مما لا يتسامح.

الصورة الثانية: ان يعتد التفاوت بما لا يتسامح

فظهر التفاوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٨

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما إذا اعتقد ان قيمة المبيع عشرة دنانير فى السوق و أقدم على شرائه بأربعة عشر دينار فظهر ان قيمته لا يسوى إلا ستة دنانير فإنه لا شبهة فى ثبوت خيار الغبن فى هذين الصورتين بلا شبهة لان ما أقدم عليه من الضرر غير الضرر الذى لم يقدمه و من الواضح ان ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن و لا يفرق فى ذلك أيضا بين القول بان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمنى أو دليل نفي الضرر كما هو واضح.

الثالثة ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه

و من المعلوم و قد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ انه يثبت الخيار فى هذه الصورة أيضا فإن ما اقدمه المغبون و ان كان مما يتسامح كالدراهم فى الدينار و الوجه فيه ان ما اقدمه و ان كان مما يتسامح و به و لكن المجموع ليس مما يتسامح به و لم يقدم عليه المشتري فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار و بعبارة اخرى ان ما اقدمه من الضرر الذى يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذى لم يقدم عليه مما يتسامح أيضا بشرط لا و هكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد مما أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فإذا انضم الى تفاوت آخر الذى لم يقدم عليه مع كونه مما يتسامح يكون المجموع مما لا يتسامح و هو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى كما هو واضح و لو لا ذلك للزوم عدم ثبوت الخيار على هذا النحو.

الرابعة: الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد مما يتسامح به منفردا

فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا ولكن شيخنا الأستاذ قوى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٠٩

عدم ثبوت في هذه الصورة و ذكر انه لا يقاس على الصورة الأولى لأن في الصورة الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لم يكن موجبا للخيار و في المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدمه لا يكون موجبا للخيار.

و لكن الظاهر ثبوت الخيار في هذه الصورة أيضا و ذلك لان ما اقدمه مما لا يتسامح لا يوجب على اقدمه على كل مرتبة من الضرر و من الواضح ان المرتبة التي ظهرت بعد الاقدام مما لا يتسامح و ان كان التفاوت بين ما اقدمه و ما لم يقدمه مما يتسامح.

و بعبارة أخرى بحيث يظهر وجه ثبوت الخيار هنا ان ظهور التفاوت بين ما اقدمه المتعامل و بين القيمة السوقية لا يوجب الخيار بلا شبهة و هو واضح فالمراد من التفاوت مما يتسامح هو هذا اي ما يكون تفاوت قيمة المبيع مما أقدم عليها المشتري من القيمة السوقية و اما في غير المتسامح فالشرط الضمني موجود بثبوت الخيار للمغبون و حيث انه أقدم على مرتبة من الضرر و هو لا يوجب الخيار و لكن لا- يلزم منه الاقدام على مرتبة اخرى منه أيضا و ان كان التفاوت بين الضررين مما يتسامح فان التفاوت بما يتسامح انما يكون معفوا في أصل ظهور التفاوت بين أصل قيمة المبيع و بين ما اقدمه المشتري لا بين ما اقدمه من الضرر و ما لم يقدمه فالشرط الضمني باق على حاله فيثبت للمغبون الخيار.

ثم ان المراد من متساوى القيمة حال العقد أو بعده ذكر المصنف ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٠

ثم احتمل عدم الخيار بدعوى ان التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت المراد المشروع لتدارك الضرر كما لو برء المغيوب قبل الاطلاع على عيبه بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد ثم ذكر و أشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لان الملك قد انتقل اليه ح من دون نقص في قيمته نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابلة الناقص.

أقول ان ما احتمله المصنف ثانيا من عدم ثبوت الخيار فهو متين بناء على كون مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر في الإسلام فإنه قد ارتفع بزيادة القيمة أو بنقصانها و بعده لا خيار لأحدهما كما هو واضح لارتفاع الضرر الذي يدور الحكم بثبوت الخيار مداره.

و بعبارة اخرى ان الحكم انما هو تابع لثبوت موضوعه فكلما ثبت الموضوع ثبت الحكم و الا- فلا- فاستمرار الحكم تابع لاستمرار الموضوع و حيث ان مدرك ثبوت خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يقتضى دوران الحكم مدار الضرر وجودا و عدما فما دام هو موجود فيكون الخيار ثابتا و الا فيرتفع بارتفاعه سواء كان الارتفاع قبل العلم به أو بعده ما لم يرد العقد و لم يعمل خياره و هو واضح فيما ذكره المصنف في بيع الصرف و السلم مما اعتبر القبض في حصول الملكية إذ لم يحصل الملك حتى يتحقق الضرر و يوجب ذلك شمول دليل الضرر عليه كما هو واضح الا على ما ذكره العلامة من وجوب الإقباض و هو كما ترى.

و اما إذا كان المدرك لخيار الغبن هو الشرط الضمني كما هو الموافق للتحقيق فلا بد حينئذ و ان يلاحظ ان الشرط الذي اشترط في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١١

ضمن العقد أعني تساوى القيمتين أى مقدار من التساوى من حيث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخيار هو التفاوت المستمر أى يكون العوضين متفاوتين فى عمود الزمان و طوله بحيث لو حصل التساوى فى آن من الآتات لسقط الخيار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحيث لا اعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو التفاوت حال العقد كما هو الظاهر.

ان كان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو الشق الأول فلا- شبهة فى سقوط الخيار فى أن زمان حصل التساوى بين

العوضين من حيث القيمة لحصول الشرط الذى هو تساوى القيمتين فى أى وقت من الأوقات فى عمود الزمان و طوله و هو واضح و بعبارة اخرى ان المتعاقدين أنما اشترطا التساوى بين العوضين فى المالىة فى أى وقت من الأوقات بحيث لو حصل ذلك و تحقق حال البيع أو بعده من أى وقت كان حصل الشرط و كفى ذلك فى صحة المعاملة و أما لو لم يحصل ذلك بل كان التفاوت بين العوضين مستمرا إلى الأبد فهو يوجب الخيار كما هو واضح و لكن هذا مخالف للإجماع و الضرورة و الارتكاز العقلانى و قد ادعى المصنف قيام الإجماع على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد و هذا الإجماع و ان كان يبعد كونه تعبديا و لكنّه موافق للارتكاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذى ذكرناه أنما هو بحسب بناء العقلاء فلا يثبت البناء فى مثل ذلك كما هو واضح.

و أما التفاوت حال التقابض بأن كان ما يوجب الخيار هو التفاوت حال القبض دون غيره فلا خيار لو كان التفاوت بعد ذلك أو قبله و هذا مناف لما ذكره المصنف فى الفرع الآتى من أنه لو ثبتت الزيادة أو النقصان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٢

بعد العقد فإنه لا عبرة بما إجماعا كما فى التذكرة فإن الظاهر أن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار و هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك ان لا يفيد حصول التساوى بعد العقد و لو كان ذلك عند القبض فلا يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد و عليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار اى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العوضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الأول كما ذكره المصنف فى الفرع الأول و هو ما كان العوضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى و بعد ذلك وجه و لكنه مخالف لما ذكره بعد ذلك فى الفرع الثانى و هو حصول الزيادة و النقصان بعد العقد بان كان التساوى حين العقد حاصلًا و حصلت الزيادة أو النقصان بعد ذلك حيث قال لا عبرة بهما إجماعا و كيف فلا يمكن التفريق بين الفرعين بل هما من واد واحد و عليه فلا وجه لما أسر به شيخنا الأستاذ من الفرق بين المقامين فراجع كلامه.

و الظاهر ان المناط فى الشرط الضمنى هو حال العقد و يتضح ذلك بضم احد الفرعين بالآخر و الإجماع الذى ذكره المصنف فى الفرع الثانى و ان لم يكن إجماعا تعبديا لبعده كما هو واضح و لكنّه موافق للارتكاز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٣

كما ذكرناه آنفا فان بناء العقلاء و ارتكازهم أنما قام على كون العوضين متساويين حال العقد و يتضح ذلك بملاحظة حال التجار حيث يربحون فى المعاملات أو يخسرون فيها بعد العقد و يغبن احد المتبايعين و يربح الآخر من غير ان يدعى أحدهما الغبن و يدعى ثبوت الخيار لنفسه و ليس ذلك الا من جهة عدم ثبوت الخيار له و عدم بناء العقلاء و ارتكازهم على ذلك بعد العقد بل هو كذلك عند العقد.

و الحاصل انه ان كان المراد مما هو شرط فى ضمن العقد من اشتراط تساوى القيمتين هو التساوى المستمر أو التساوى حال العقد و هو مخالف للإجماع فإنه قائم على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد فان الظاهر ان الفرعين من واد واحد فإنه لو كان التساوى المستمر شرطا أو التساوى حال القبض شرطا فحصلت الزيادة و النقصان بعد العقد يكون هذا داخلا تحت الإجماع بأنه لا اعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد اى ما يحصل بعده فيكون داخلا تحت هذا الإجماع مع ان المصنف تسلّم عدم الاعتناء بالثانى مدعى الإجماع عليه و التزم بجوازه حتى تدارك الضرر فى الأول و قد عرفت عدم الفرق بينهما و لا يفرق فى ذلك بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى العقدى و الظاهر ان المراد من التساوى و هو التساوى حال العقد و ما يوجب الخيار من التفاوت

حاله و يدل على ذلك ما هو المرتكز بين العقلاء و يتضح ذلك من ضم الفرع الثاني إلى الأول و ملاحظة عدم الفرق بينهما و ان ما ادعى عليه الإجماع فى الفرق الثاني هو الارتكاز إذ من البعيد ان يكون المراد من ذلك الإجماع التعبدى و هو واضح.

و اما الوكيل فان كان وكيلا فى مجرّد إجراء الصيغة فهو خارج عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٤

المقام فإنه ليس الا- آله محضه و ليس له شأن مميّا يرجع الى البيع حتى يتكلم فى ثبوت الخيار له و عدمه و أنّما البائع هو الموكل بلسان الوكيل الذى يجرى الصيغة كما هو واضح و قد تقدم تفصيل ذلك فى خيار المجلس و ان كان وكيلا فى أمر البيع أيضا بأن يكون وكيلا مفوضا فى البيع بحيث له ان يبيع المتاع من اى شخص شاء و كيف يشاء و لكن ينتهى أمد وكالته إلى تمامية البيع و بعد ذلك ليس له وكالة و الظاهر انه لا يثبت له الخيار فى هذا الصورة أيضا لو ظهر غبن فى المعاملة فإن الوكيل و ان كان بائعا حقيقة و لكن الخيار انما ثبت بدليل الشرط الضمنى لمن كان مغبونا فى المعاملة و من الواضح ان المغبون أنّما هو الموكل و ليس للوكيل بشىء من أمر البيع بعد تمامية البيع فضلا عن ان يكون مغبونا أو غير مغبون و اما ثبوت خيار المجلس لمثل هذا الوكيل فى خيار المجلس فإنما هو من جهة النصّ الدال على ان البيع بالخيار ما لم يفترق و من الواضح ان هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البائع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح.

نعم لو كان وكيلا مفوضا حتى بعد البيع أيضا بحيث يكون أمر البيع راجعا اليه حتى بعد البيع و يكون أمر المال راجعا اليه كالعامل فى القراض مثلا فلا شبهة فى ثبوت خيار الغبن له ح بالشرط الضمن كما هو واضح و اما الوكيل فى خصوص أمر الخيار بان يكون وكيلا فى اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه و كلا منا فى ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنى كما هو واضح. ثم انه لو اطع الموكل على معاملة الوكيل و يرى انه يعامل بأقل من قيمة المثل فهل يكون اطلاعه تقريرا للبيع و لا يثبت الخيار له ح أم لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٥

فربما يظهر من المصنف و غيره عدمه و لكن الظاهر انه ليس كذلك و ذلك لأنه ان الوكيل وكيلا عن الموكل بالبيع على التساوى فقط دون غيره فلا- شبهة انه كان البيع ح فضوليا لان الوكيل أنّما هو وكيل فى مجرّد البيع مع تساوى العوضين دون غيره فإن أجاز الموكل صح البيع و الا- فلا- و ان كان وكيلا على نحو الإطلاق فلا شبهة فى ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه على المعاملة لا يوجب سقوط الخيار فإن اطلاعه عليه كاطلاعه على ان الوكيل يعامل معاملة و شرط فيه الخيار للموكل غاية الأمر ان الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على إيجاب الوكيل معاملة خيارية له يوجب سقوط خياره و هذا واضح جدا.

قوله ثم ان الجهل أنّما يثبت باعتراف الغابن

أقول ان اعترف الغابن بالغبن أو ان المغبون اقام بينه عليه فلا- شبهة فى ثبوت خيار الغبن ح و اما إذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامة البينة فهل لنا طريق إلى إثبات الخيار أم لا فشقوق المسألة ثلثة.

الأوّل ان يكون الاختلاف فى أصل زيادة الثمن و نقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زيادة الثمن و نقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت القيمة فيه أقل من القيمة السوقية و يقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمة فيه مساوية مع القيمة السوقية فلا غبن فيه.

الثانى ان يكون الاختلاف فيه من جهة العلم و الجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمة و ينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت و هنا صورة ثالثة قد تعرض لها المصنف فى الأمر الثانى و سنتعرض لها هناك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٦

اما الاختلاف فى العلم و الجهل فقد ذكر المصنف وجهين فى ثبوت الخيار للمغبون.

الوجه الأول أنه مع الجهل بأن المشتري عالم بذلك أو غير عالم فالأصل عدم العلم فحيث ان الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالأصل فبتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له و هو واضح.

الوجه الثاني ما ذكره في أثناء كلامه من ان كون المشتري عالما بقيمة المبيع أو غير عالم بها لا يعلم إلا من قبله فعليه و يعسر له إقامة البينة على ذلك اى على جهله مع انه لا يمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثم أمر بالتأمل.

و يمكن المناقشة في كلا الوجهين اما الثاني فباب المناقشة فيه واسع و ذلك إذ لا وجه لمنع انه لا يمكن إقامة البينة للمغبون على جهله فإنه كسائر الأوصاف النفسانية التي يمكن له إقامة البينة عليها و لو باعتبار آثارها و كذلك لا وجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهة أنه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسة و الممارسة كما هو واضح على انه لا وجه لهذه الكبرى اى ان كل ما يعسر إقامة البينة عليه فيقبل من المدعى إذ لا دليل عليه بوجه أصلا كما سيأتي.

و اما الوجه الأول فأصالة عدم العلم لا فائدة لها إذ العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار و عدمه فلو بدل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر إنما هو موضوع الخيار فالإقدام مزيل له فأصالة عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار إذا الجزء الآخر و هو الغبن محرز بالوجدان و اما العلم و الجهل فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٧

يترتب عليهما الأثر بوجه إلا من جهة ان العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر و الجهل من مقدمات الاقدام على الضرر و لا يكون أصالة عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضيح ذلك ان الشرط الضمني موجود في كل معاملة بتساوي القيمتين سواء كانا ملتفتين بذلك أم لا و قد جرت المعاملة على الأشياء بهذا الشرط و إذا شككنا في ان المغبون هل أقدم على المعاملة مع العلم بعدم التساوي بحيث يكون اقدامه على الضرر مزيلا لهذا الشرط فالأصل عدمه اى عدم اقدامه على ذلك فيكون الشرط باقيا على حاله مع كون الضرر وجدانيا فلا يترتب ثبوت الشرط على الأصل بل الشرط ثابت ببناء العقلاء (على انا نشك في اعتبار الملكية بعد الفسخ للغابن فالأصل عدمه إلا ان يعارض بمثله و تحقيق الكلام في الاستصحاب).

و على الجملة هذا الذى أفاده المصنف قدس سره متين لو بدل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الإقدام فإن عدم العلم ليس موضوعا للخيار بل الموضوع هو الضرر مع عدم اقدامه عليه اى مقيدا بذلك فلا شبهة ان الضرر محرز بالوجدان و القيد محرز بالأصل فيثبت الحكم و هو الخيار للمغبون بالأصل الموضوعى الحاكم على أصالة اللزوم. هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و إلا فالظاهر عدم الاعتناء بقوله فإنه لا معنى لكونه أهل الخبرة

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٦، ص: ٣١٧

و مع ذلك يدعى الجهل بالقيمة فإنه يرجع الى التناقض أو يكون دعواه غير عقلاني أصلا فإن مقتضى الظاهر من كونه من أهل الخبرة هو صدور المعاملة منه عن علم فان دعوى كونه جاهلا بالقيمة نظير ان يدعى أحد ليس له مال و لا صنعه بل يتعيش التسؤل ان لى على ذمة فلان خمسين ألف دينار فإنه لا يسمع منه أصلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٨

و لا يترتب عليه أثر التداعى و المحاكمة الا ان يدعى الغفلة على ذلك و كان دعواه الغفلة عقلانيا فإنه حينئذ يسمع دعواه و لكن يكون قوله مخالفا للظاهر و يكون مدعيا لذلك فان الظاهر ان المعاملة قد صدرت منه فى غير حال الغفلة و انه أقدم على الغبن عن

علم لكونه من أهل الخبرة كما هو واضح و على هذا فلا- بد له من اقامة البيئنة على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه عافلا بالقيمة حال العقد أو انه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم انه لم يكن غافلا عن القيمة حال العقد.

و قد يتوهم انه إذا ادعى الغفلة يسمع دعواه فان ما لا يعلم الا من قبله فيسمع دعواه فيه.

و قد أجاب عنه المصنف بما فيه من الخلط بين الكبيرين إحداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسر عليه إقامة البيئنة و الثانية دعوى قبول قول المدعى فيما لا يعلم الا من قبله و نقض عليه بان هذا يستلزم قبول دعوى مدعى الفساد مع تعسر إقامة البيئنة عليه.

اما الكبرى الاولى فلا دليل عليه أصلا و الا فيلتزم ان يقبل قول كل من يدعى شيئا و لكن على نحو يتعسر عليه إقامة البيئنة و حينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على ان اليمين للمنكر دون المدعى و اما الكبرى الثانية فلم يثبت إلا- في موارد خاصة اعنى دعوى المرأة كونها حاملا- أو حائضا أو طاهرة و انها خرجت عن العدة و اما في غيره هذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على انا لو سلمنا صدق الكبيرين فلا- نسلم كون المقام منهما أو من أحدهما فإنه لا يتعسر إقامة المدعى البيئنة على غفلته حيث انه يقيم البيئنة على انه كان مشغولا بأمور أخر أو كان مصابا من جهات قد وقع من اختلال الأفكار و لم يدر انه اى شىء فعل و كذلك لا نسلم كون المقام مما لا يعلم الا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣١٩

من قبله.

و بالجملة فاصل الغفلة و ان كان امرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص و لكنها معلومة للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات و الافعال و الصفات النفسانية كالعدالة و العلم و نحوهما.

و هذا لا شبهة فيه و اين هذا مما يتعسر عليه إقامة البيئنة أو لا يعلم الا من قبله.

و اما إذا كان الاختلاف فى زيادة القيمة و نقصانها و كان منشئه أى أمر من الأمور المذكورة من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زيادة الثمن و نقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمة الشىء مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما إذا اتفقا على ان العقد وقع على خمسين و لكن يدعى المشتري ان قيمته ثلاثين فحصل فيه المغبن و يدعى البائع ان قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على ان العقد قد وقع على خمسين.

و هذا يكثر وقوعه فى الأشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر و نحوها و الا فيعرضون المتاع للسوق و يكشفون عن قيمتها.

الصورة الثانية: ان يكون الاختلاف فيما وقع على المعقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على خمسة و عشرين و العين تساوى عشرة فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسة و عشرين و اما العشرة فلم يقع عليه العقد و يدعى البائع ان العقد قد وقع على عشرة فلا غبن حتى يثبت للمشتري خيار الغبن.

الصورة الثالثة ان يكون النزاع فى التغير و عدمه بان يدعى أحدهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٠

من الغابن أو المغبون التغير و يدعى الآخر عدمه و هذه الصورة الثالثة تنحل الى ثلثة أقسام: الأول ان يتفقا على ان قيمة العين كانت عشرة قبل وقوع العقد عليه و قد اشتراه المشتري بثلاثين أو كان القيمة قبل العقد ثلاثين و قد باعه من شخص بعشرين فالغابن فى الشق الأول يدعى التغير و كون القيمة حال وقوع العقد على العين بثلاثين ديناراً و فى الثانى يدعى التغير و هو المشتري و يقول ان القيمة تغيرت و كانت عند وقوع العقد على العين بعشرين و لو كانت قبله ثلاثين.

الثانى ان يقع الاختلاف فى حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمة الفعلية بان يدعى البائع ان المبيع حال العقد يسوى عشرة و انما تنزلت قيمته فعلا- و صارت ثمانية فلا- غبن لكون التغير فى ملك المشتري و الحاصل ان البائع يدعى التغير و المشتري

يدعى عدم التغير و كون المبيع فى حال وقوع العقد عليه يسوى بشمانية فالمعاملة غنية فله الخيار.

الثالث: ان تكون قيمة العين قبل وقوع العقد عليها عشرين و بعده أيضا كذلك و لكن يدعى البائع انها لم تتغير و انما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما انها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبونا و يدعى المشتري ان قيمتها و ان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين و كذلك بعده و لكن تغيرت عند وقوع العقد عليها و كانت تساوى بعشرة فليس هنا غبن و قد ادعى المصنف فى جميع هذه الصور كما هو مقتضى إطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الأول أصالة عدم التغير و انه موافق للزوم و مرادف له.

و فيه أولا انه لا يثبت الخيار الا على القول بالأصل المثبت فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢١

عدم التغير ليس موضوعا للخيار كما هو واضح على أنه لا يعتم أصل عدم التغير جميع صور الاختلاف فان فى الصورة الاولى اعنى ما كان الاختلاف فى أصل القيمة و فى الصورة الثانية أعنى ما كان الاختلاف فيما وقع عليه العقد ليس الاختلاف و النزاع فى التغير و عدمه حتى نجري فيه أصالة عدم التغير بل فيما وقع عليه العقد كما هو واضح.

و ثانيا أن أصالة عدم التغير ليس موافقا للزوم العقد دائما بل قد يكون مفاده ثبوت الخيار مع قطع النظر عن المثبتة كما عرفت فى الشق الأول و الثانى و هو واضح.

الوجه الثانى مما استدل المصنف على اللزوم هو أصالة اللزوم و فيه ان كان المراد من ذلك اللزوم و الاستفادة من أدلة اللزوم من أوفوا بِالْعُقُودِ و أحل الله البيع و تجارة عن تراض و غير ذلك من أدلة اللزوم فلا شبهة فى عدم صحة ذلك فإنه قد خصصت تلك العمومات و نشك فى أن الفرد المشكوك من الخارج أن من الباقي تحت العام و من الواضح أن إثبات اللزوم فيه من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصادقية فلا يجوز و ان كان المراد منه الأصل الحكيمى أعنى استصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ بحيث تكون النتيجة هى اللزوم و هو و ان كان له وجه بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمية و لكن يمكن المناقشة فيه أيضا من جهة أن الشك فى ان الملكية المجعولة انما هى محدودة بما بعد الفسخ أو مطلق لا يرفعه الفسخ فلا يكون الاستصحاب جاريا للشك فى أصل الجعل فيكون معارضا بأصالة عدم الجعل و على الجملة فلا وجه لجريان الاستصحاب أى أصالة اللزوم هنا.

و التحقيق أن يقال: أن المراد من الشرط الضمنى فى المعاملة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٢

الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا و عدما ان كان هو تساوى القيمة أى تساوى الثمن و المثلن فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهة فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالأصل عدمه فتكون النتيجة هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمة كما هو واضح.

و ان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعة و أن لا يخدع كل منهما الآخر و أن لا تكون القيمة زائدة عن القيمة السوقية و أن لا يشتري المشتري بأقل من القيمة السوقية بحيث يكون الشرط عنوانا عدميا فح لا شبهة فى كون الأصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فإن أصالة عدم الزيادة عن القيمة السوقية و أصالة عدم النقيصة هى أصل عدم الأذى يوافق لزوم العقد فيكون الأصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح و يؤيد إطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فإنه يلزم كون الشرط هو عدم الخديعة و بعبارة أخرى كلما شككنا فى الزيادة أو النقيصة فأصالة عدم الأذى تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الأصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح و هذا من جملة الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى و هذه نعمة الثمرة.

الأمر الثانى: أن يكون التفاوت فاحشا

و هذا الشرط مما لا ريب فيه فإنه لا شبهة فى تفاوت قيمة الأشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشئ الواحد و لو كان

مطلق التفاوت موجبا للغبن لم تبق معاملة الآ و يكون فيه الغبن و لذا قيدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح.

و أنّما الكلام فى تعيين حدّ ما يتسامح فيه و ما لا يتسامح فعن بعض العامة أنّ التفاوت بالثلث ممّا يتسامح فيه و أشكل عليه المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٣

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا يتسامح فيه قطعاً بل التفاوت بالربع بل بالخمس أيضاً ممّا لا يتسامح فيه و سكت عن التفاوت بما فوق الخمس أقول الظاهر أنّ ذلك يختلف باختلاف المعاملات فإنه قد يكون التفاوت بالخمس مما يتسامح فيه بل يكون التفاوت بأقل منه أيضاً ممّا يتسامح فيه كما إذا كانت المعاملة فى المحقرات كأن اشترى خضرة من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه يساوى بأربعة أفلس أو ثلثه و نصف فإنه لا يعتنى على ذلك فى العرف و لا يقال انه معاملة غنية و قد يكون التفاوت بالخمس بل العشر بل المائة غنياً كما إذا باع ما يساوى أربعة آلاف بخمسة آلاف أو باع ما يساوى مائة مليون بمائة و واحد مليون فإنه لا شبهة فى كون المعاملة حينئذ غنية.

نعم الواحد فى ألف لا يكون غنياً قطعاً و على الجملة قد يكون التفاوت غنياً بلا شبهة و قد لا يكون غنياً بلا شبهة لكونه مما يتسامح فيه و قد يشك فى كونه غنياً و عدم كونه غنياً و لا بدّ و أن يلاحظ فى أن مقتضى القاعدة حينئذ أى شىء يقتضى.

و قد يقال كما عن شيخنا الأستاذ إذا كان الشك فى المصداق فلا يمكن التمسك بقاعدة نفى الضرر لان التخصيص و ان كان ليا اعنى بناء العقلاء على عدم الاعتناء بضرر يتسامح فيه و وقع الاقدام عليه الا أن الخارج إذا كان عنواناً كلياً كخروج يد المحسن عن قاعدة على اليد يكون للبي كالفظى فى عدم جواز التمسك بعموم العلم فى الشبهة المصداقية.

و لكن يرد عليه أنّ هذا الكلام أنّما يجرى فيما إذا كان هنا خارج معلوم و لكن يشك فى أن المشكوك من الخارج أو من الافراد الباقية تحت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٤

العام و أما المقام فأجبنى عن ذلك فان الضرر له مراتب فيصدق عليها على نحو التشكيل فمرتبة منها خارج قطعاً و هى ما أقدم عليها المتبايعان و الباقي مشكوك فيتمسك بإطلاق الدليل كما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهة المصداقية أصلاً و ذكر المصنف أو لا أن المرجع فى ذلك أولاً هو أصالة ثبوت الخيار لانه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه فان الخارج من دليل لا ضرر هو الضرر الذى يتسامح و أما ما يشك فى كونه مما يتسامح أو لا فيبقى تحت الإطلاق. ثمّ عدم عن ذلك و وجه اللزوم و ذكر أنه يحتمل الرجوع الى أصالة اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يناقشون فيه و لا يكون مورداً للتسامح بل يعد ضرراً عند العقلاء و أما فى غير فيشك فى خروجه عن تحت الأدلة الدالة على لزوم العقد و عدمه فيرجع الى العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا ليرفع اليد عن العمومات كما لا يخفى.

أقول ان كان دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فلا بدّ من اختيار الوجه الأول فلا مسوغ له لرفع اليد عن الأول و الميل الى الثانى و ذلك فان المخصص للعمومات الدالة على لزوم العقد حينئذ هو دليل نفى الضرر و هو دليل لفظى يتمسك بإطلاقه فى كل مورد يصدق فيه الضرر إلا إذا ثبت التخصيص و من الواضح أن التخصيص انما هو اقدم المغبون بالضرر فيرفع اليد عنه بالمقدار الذى ثبت فيه الاقدام و فى البقية يرجع الى دليل نفى الضرر حتى لو لم يكن دليل على خروج الضرر الذى يتسامح فيه أو أقدم عليه المغبون لشمله إطلاق دليل نفى الضرر و لكن خرج ذلك ببناء العقلاء ففى غيره نرجع إلى الإطلاق.

و توهم أن التمسك فى المورد المشكوك بدليل نفى الضرر تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية قد تقدم جوابه كما هو واضح و لكن قد عرفت أن دليل نفى الضرر لا يكون دليلاً لخيار الغبن كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٥

و أما إذا كان الدليل لخيار الغبن هو الشرط الضمنى و بناء العقلاء على أن المعاملة مشروط بتساوى القيمتين فلو زاد الثمن على قيمة

المثمن أو زادت قيمة المثمن على الثمن ثبت الخيار للآخر كما هو واضح.

وعليه فما ذكره من أصالة اللزوم هو المتبع والوجه في ذلك أن المعاملة انما وقعت على المبيع مطلقا من غير تقييد بقيد بحسب اللفظ فمقتضى الإطلاق في مقام الثبوت هو عدم تقيدها بقيد وبحسب تبعية مقام الثبوت و نفس الأمر لمقام الإثبات تكشف الإطلاق في مقام الثبوت أيضا فنحكم بكون العقد مطلقا فيكون مشمولاً لأدلة اللزوم وليس في المقام شيء يصلح للقرينية إلا ما ذكره وليس أزيد من ذلك شيء يصلح للقرينية نعم قد ثبت التقييد بحسب الارتكاز وبناء العقلاء لبا في صورة عدم تساوى القيمتين على نحو لا يتسامح فإنه قامت السيرة القطعية على اعتبار التساوى بين القيمتين ومع التخلف على نحو لا يتسامح الذي مورد الشرط قطعاً يثبت الخيار للمغبون وأما في غير هذه الصورة ليس هنا دليل لفظي متمسك به ونحكم بثبوت الخيار بل لا بد من أخذ إطلاق الكلام في المعاملة والتمسك بأدلة اللزوم كما هو واضح وهذا هو الصحيح في المقام كما لا يخفى.

قوله بقى هنا شيء [و هو الفرق بين الضرر الشخصي والنوعى]

و هو أن ظاهر الأصحاب وغيرهم

أقول قد ذكر المصنف بما حصل كلامه أن دليل رفع الضرر في الإسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفرادها على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات وعلى هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا في باب المعاملات ان الضرر نوعي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٦

فيلاحظ فيه نوع الناس مع قطع النظر عن ملاحظة حال الناس ولكن في باب العبادات ذكروا أنه شخصي فيلاحظ فيه حال الأشخاص. وعبارة أخرى ذكروا أن المناط في باب المعاملات هو ملاحظة الضرر بالنسبة إلى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالي ولذا إذا تحقق في مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف مقابله من المضرات ولكن المناط في باب العبادات حال الأشخاص ولذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع وان كان هنا ضرر مالي وبلغ ما بلغ وأما إذا كان مضراً لشخص فإنه يرتفع بدليل نفى الضرر وما الفارق بين المقامين وكذلك الحال في دليل نفى الحرج.

أقول والذي ينبغي أن يقال أن نفى الضرر ونفى الحرج كسائر الأحكام تابع لموضوعهما ففي كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفى الحرج والضرر كما هو الحال في سائر الأحكام الثابتة على الموضوعات على عنوان القضية الحقيقية كما أن بقية الأحكام تدور مدار ثبوت الموضوع وعدمه نفياً وإثباتاً ويلاحظ بحسب حال كل شخص شخص وهكذا الضرر والحرج ونفيهما فأدلة نفى الضرر ونفى الحرج ناظرة إلى نفى الحرج والضرر عن الموضوعات المحققة مثلاً قد ورد في الشريعة أنه إذا زالت الشمس وجب الظهران ومن الواضح أن هذا حكم كلي ثابت بعنوان القضية الحقيقية ويلاحظ بالنسبة إلى كل شخص لكونه موضوعاً لهذا الحكم فزوال كل شخص يلاحظ بالنسبة لأي شخص أدرك الزوال صار موضوعاً لوجوب الصلاة مع دركه بقية الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبة إليه ولا يقال زال أي نقطة من النقاط بالنسبة إليه بحيث إذا تحقق في نقطة وجب الظهران على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٧

شخص وان لم يكن في هذه النقطة بل في نقطة كانت ليلاً حين الزوال في تلك النقطة كما هو واضح. وعلى هذا فدليل نفى الحرج والضرر حكمان واردان على موضوع مقدار الوجود أي بعنوان قضية الحقيقية ففي أي مورد تحقق الضرر في أي نحو كان سواء كان مالياً أو عرضياً أو نفسياً أو غير ذلك لشملة حكمه سواء كان المورد عبادة أم معاملة فان الضرر المالي أيضاً ضرر فلا وجه أصلاً لملاحظة الضرر والحرج نوعياً بل لا أساس له وإنما هما كبقية القضايا الحقيقية كما هو واضح وعليه فلا يفرق بين المعاملات والعبادات أصلاً نعم قد يكون نفس الضرر والحرج موضوعاً للحكم أو حكمه للتشريع كما ان اختلاط المياه حكمه لتشريع العدة وهو

مطلب آخر غير مربوط بنفس لا ضرر و لا حرج الذين كبقية الأحكام الشرعية كما هو واضح و هذا كما في قوله (ص) لو لا أشق على أمتي لا مرتهم بالسواك و لو لم يكن حرج على الأمة لحكم بنجاسة الحديد، و أما ملاحظة الضرر بحسب الأحوال في باب الوضوء فهو بنص خاص في باب الوضوء و أنه لا بد و أن يشتري الماء للوضوء و ان بلغ ما بلغ إلا أن يكون مضرا بحاله بحيث له عيال يموتون جياعا لو اعطى ماله و أخذ ماء للوضوء و يكون الضرر مجحفا عليه أى لا يبقى له مال يمون به عياله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص الخاص و من هنا يلتزم الفقهاء رضوان الله عليهم بذلك في غير باب الوضوء من العبادات كما إذا صلى في مكان فلانى لسرق السارق ماله فافهم و هكذا.

ثم انه ذكر المصنف في آخر كلامه أنه يمكن الالتزام بعدم الضرر أصلا في باب العبادات لان ما يصل اليه من الأجر أعظم مما يفوت عنه من المال و قد وقع في مقابل ماله أجر كما أنه لا يقال أن فلانا تضرر إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٨

باع ماله و أخذ الدينار فان في مقابل ماله وصل اليه الدينار فلما ذا يكون ضرر عليه.

و فيه أولا- النقض بسائر أبواب العبادات فإنهم لم يلتزموا بذلك في غير باب الوضوء كما أشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر إليه غير معلوم فإنه مع نفي الحكم بأدلة نفي الضرر و حكومه أدلته على الأحكام الأولية لا- يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر و يصل اليه الثواب فان الثواب انما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجية.

و الحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى في باب الوضوء لا يتحقق فإنه يحصل في مقابله أجر له فلا يكون ضررا عليه و قد ذكر وجه ذلك في قاعدة لا ضرر حيث قال أن المنفى بدليل نفي الضرر انما هو الضرر الغير المتدارك و الضرر هنا متدارك بالثواب أو أن هنا ليس ضرر أصلا حتى يكون متداركا فان ذلك نظير إعطاء الفلاس و أخذ المتاع كما لا يخفى.

فافهم و عليه فلا يكون الضرر المالى في باب الوضوء ضررا.

أقول: أما تفصيل نفي الضرر بالضرر الغير المتدارك مما لا وجه له أصلا لعدم الدليل عليه و أما أن القول بأنه ليس هنا ضرر لوصول الأجر عليه فهو يشبه العرفان بداهة أن هذا ضرر بلا- شبهة على أنه لو كان وصول الأجر في مقابل المال في باب الوضوء موجبا لتدارك الضرر أو أن لا يكون هنا ضررا أصلا فلازم ذلك أن نقول بذلك في جميع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصيل الماء على بذل مال كثير لا بد من بذله لعدم الضرر فيه مع أنه لم يقل به فقيه على أنك قد عرفت أن وصول الأجر إليه غير معلوم كما لا يخفى.

قوله فيقع الإشكال في تصوير غبن كل من المتبايعين معا

أقول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٢٩

قد وقع الكلام في تصوير الغبن من الطرفين البائع و المشتري في المعاملة و ذكروا في تصوير ذلك وجوها: الأول ما ذكره صاحب القوانين عند السؤال عن عبادة اللمعة في تصوير الغبن من الطرفين و حاصله أنه لو باع متاعه بأربعة توامين على أن يعطيه ثمانية دنانير بزعم أن ثمانية دنانير يسوى أربعة توامين و الحال أن المتاع يسوى بخمسة توامين و أن ثمانية دنانير تسوى بخمسة توامين فإنه حينئذ يكون البائع مغبونا لانه باع ما يسوى بخمسة توامين بأربعة توامين و المشتري مغبون لأن أعطى ثمانية دنانير بزعم أنه يسوى بأربعة دنانير مع أنه يسوى في الواقع بخمسة و قد اشكال عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن في المعاملة بالنسبة إلى مجموع ما يرجع إليها من الشرائط و العوض و المعوض و من الواضح أنها ليست بمعاملة غبية من حيث المجموع فلا يكون هذا وجه لتصوير الغبن من الطرفين لان هذه المعاملة مع ملاحظة الشرائط مجموعا من حيث المجموع ليست بمعاملة غبية و بعبارة أخرى ان كان الشرط و المشروط ملحوظا معا و لو حظ معاملة و أخذه مستقلة فلا شبهة أنها ليست بغبية و ان كان الشرط أجنيا عن المشروط و لم يكن له

تماس بالمعاملة بل لو حظه مستقلا فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون في أحد هما المشتري و في الآخر البائع كما لا يخفى و من هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسألة فيما إذا باع شيئين في عقد واحد بثمانين مثلاً بأن باع كتاب المكاسب و كتاب الرسائل صفقة واحدة و لو حظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدینار و كتاب المكاسب بدینارين و نصف مع أنه يسوى بدینارين ففي هذه المعاملة يكون كل من البائع و المشتري مغبونا كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٠

و وجه الظهور أنه ان لو حظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ المجموع من حيث المجموع و من الواضح أن المجموع من حيث المجموع ليس بمعاملة غبنية و ان لو حظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا فيكون البائع مغبونا في أحد هما و المشتري مغبونا في الآخر فلم تكن هنا معاملة يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح.

و منها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد في مكانين مع كون قيمة المثلثا مختلفا بحسب المكانين كما إذا فرضنا أن المبيع هو الحنطة و كان ثمن كل من منها في خارج البلد ديناراً لنزول العسكر فيه مثلاً و لكن في داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدي من أهل الخارج بكل من بثلثة أرباع دينار فإنه يكون البائع مغبونا في هذه المعاملة فإن الفرض أن كل من من الحنطة كان ديناراً فقد باعها بثلثة أرباع دينار و المشتري أيضا مغبون فان المفروض أن قيمة الحنطة في البلد كانت كل من بنصف دينار و قد صار مغبونا بربع دينار.

و فيه أن المراد من الغبن في المعاملة هو ملاحظة مكان تحققها فان كان بيع الحنطة في خارج البلد مع كون التسليم فيه و من الواضح ان البائع مغبون فإن قيمة كل من من الحنطة في ذلك المكان ديناراً فقد باعها بثلثة أرباع دينار و ان كان البيع في البلد أو بشرط أن يسلم المبيع في البلد فيكون المشتري مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين في معاملة واحدة كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و قد نقل المصنف عن مفتاح الكرامة تصوير كون الغبن من الطرفين بحسب الحكم الظاهري دون الواقعي كما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن كما إذا باع ثوبا بفرس بظن المساواة ثم ادعى كل منهما نقص

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣١

ما في يده عما في يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه، مع أن في الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما.

أقول هذا انما يبتنى على ان كل من يدعى شيئا و يتعسر عليه إقامة البينة فإنه يقبل قوله مع يمينه كما تقدم و عليه فكل من البائع و المشتري إنما يتعسر عليه إقامة البينة فيقبل قوله مع يمينه فيثبت ما يدعيه من الغبن و لكن قد عرفت انه لا دليل عليه خصوصا إذا كانت الدعوى مما يطلع عليه كل احد و انما لم يطلع عليه من جهة العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما في مقام البيع ليكون بينة للواقعة و قلنا في السابق ان الحلف انما هو للمنكر و ليس منه وظيفة المدعى الحلف.

و اما بناء على فساد هذا المبني كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعيا و الآخر منكرا فللمدعى البينة و للمنكر اليمين و مع كون كل منهما مدعيا للغبن و منكرا لكون الآخر مغبونا فيتخالفان فيحكم بعدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهما خيارا أصلا كما عرفت على ان مقتضى التحالف ان يحلف كل منهما على انه لم يغبن الآخر فيكون مقتضى ذلك ان لا يكون ان منهما مغبونا لا ان يكون كلاهما مغبونا و هو واضح.

فتحصل انه لا- يمكن تصوير الغبن من الطرفين في معاملة واحدة كما ذكره بعض المحشين للروضه و قال (فلا- يعقل كونهما معا مغبونين و الا- لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية و أكثر و هو محال فتم) نعم يمكن تصوير ذلك إذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعة كما إذا باع فرشاً بأربعة دنانير على انه من شغل كاشان فبان انه من شغل همدان و مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٢

ذلك انه يسوى بثمانية دنانير و حينئذ فقد خدع كل منهما فى هذه المعاملة و هو واضح.

والذى ينبغى ان يقال انه كان مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يمكن فرض الغبن من الطرفين بخلافه إذا كان مدركه الشرط الضمنى الذى ذكرناه اما الأول كما إذا باع حطبا من زيد كل حقه بمائة فلس مع كون الحطب كل حقه بدرهم و اشتراط المشتري عليه ان ذلك من خشبة أبنيته و واضح ان هذه المعاملة ضررية لكل من البائع و المشتري اما كونها ضررية للبائع فلان تسليم المبيع يتوقف على تخريب الدار و هو ضرر على البائع، و اما كونه ضررا على المشتري فلان قيمة الحطب انما هى كل حقه بدرهم و قد باع منه البائع كل حقه بمائة فلس فيكون الدرهم زائدا عن القيمة السوقية و لا يجرى هنا ما ذكره المصنف من الجواب عن المحقق القمى فإن هذا الشرط ليس له دخل فى زيادة الثمن أصلا فإنه لا يفرق فى الحطب بين كونه من أخشاب البناء و بين كونه من أخشاب الحديد بل ربما يوجب كونه من أخشاب البناء نقصا فى الحطب لكونه بالية كثيرا بخلاف ما إذا كان من أخشاب الحديد فهذا الشرط ليس مثل اشتراط كون أربعة توامين ثمانية دنانير (الا ان يقال ان هذا الشرط أيضا ليس له دخل فى المزية و انما المزية من جهة الخطأ فى التطبيق، من المقرر) و على هذا فيكون العقد جائزا من الطرفين كما هو واضح.

و اما إذا كان دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا يعقل الغبن من الطرفين بحيث يثبت الخيار للمتبايعين و يكون العقد جائزا من الطرفين. فان الشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى القيمتين أو عدم زيادة القيمة و عدم نقصه لا يعقل الا من طرف واحد فيكون الغبن من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٣

طرف واحد كما هو واضح فافهم.

قوله مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد

إشارة

أقول: قد عرفت انه لا شبهة فى ثبوت خيار الغبن فى المعاملات و انما الكلام فى ان ثبوت هذا الخيار من حين تبين الغبن أو من حين العقد وجهان و قد اختلف كلمات الفقهاء فى ذلك اختلافا شديدا و صار ذلك منشا للوجهين و قد جمع المصنف بين شتات آرائهم بالفرق بين ثبوت الخيار فعلا بحيث يكون لدى الخيار سلطنة فعلية على الفسخ و بين ظهور الخيار له واقعا فالأول لا يثبت الا بعد ظهور الغبن بخلاف الثانى ثم تكلم فى آثار ذلك الخيار و لكن الظاهر انه لا وجه لذلك التفصيل فان معنى الخيار هو السلطنة الفعلية اعنى السلطنة على فسخ العقد كما تقدم فى أول الخيارات و إذا ثبت ثبوت له ذلك و الا فلا يعنى معنى ثبوت الخيار هو ثبوت السلطنة الذى الخيار على فسخ العقد كما هو واضح فليس لهذا التفصيل مجال أصلا.

و انما المهم هو التكلم فى جهتين:

الاولى فى ان هذا الخيار ثابت من الأول أو من حين تبين الغبن

والذى ينبغى ان يقال: انه لا بد من ملاحظة دليل هذا الخيار فلو قلنا بكون دليله هو دليل نفي الضرر كما ذهب اليه المشهور من المتأخرين و اختاره المصنف أو قلنا بان دليله هو الشرط الضمنى فعلى كان حال فلا شبهة فى كونه ثابتا من الأول فإن دليل نفي الضرر ينفي الضرر الواقعى و كك ان شرط الضمنى هو اشتراط التساوى الواقعى بين العوضين ان كون هذا لازم الشرط الضمنى كما تقدم فان الشرط الضمنى هو عدم الزيادة أو عدم النقصه اى يشرط كل من المتبايعين على الآخر بان لا يكون ما له زائدا عن مال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٤

طرفه بما لا يتسامحه و هذا واضح و نعبّر عن ذلك بلازمه اعنى تساوى القيمتين. و على الجملة فبناء على كون دليل خيار الغبن اى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الأول كما هو واضح.

نعم لو كان دليل خيار الغبن هو الإجماع أو ما تقدمت الإشارة إليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابان و قال إذا جئوا بالسوق فلهم الخيار بناء على انصراف ذلك النبوى إلى صورة ظهور الغبن لا إثبات الخيار على وجه الإطلاق بمجرد المجيء إلى السوق سواء ظهر غبن فى المعاملة أم لا. كما ذهب إليه ابن إدريس الذى هو خلاف منصرف النبوى فإنه بناء على ما هو الظاهر من النبوى من كونهم ذى خيار بعد مجيئهم إلى السوق إذا تبين لهم الغبن لا مطلقاً فإنه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجيء إلى السوق تعبداً و الا لكان ثابتاً من الأول و كيف كان فبناء على ظاهر النبوى فيكون دليلاً على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقد و كذلك لو كان المدرك هو الإجماع فإن المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن و لكن يرد على الإجماع انه ليس بحجة و على النبوى انه ضعيف السند إذ لم نجده فى كتب الأصحاب المعدة للحديث و انما ذكروه فى كتب الاستدلال و أخذوهم من العامة، و لم ينجر ضعفه بشيء إذ لم يثبت كون عملهم على طبقه و انما استندوا بغيره من الوجوه المذكورة فى المسألة بل ثبت عدم استنادهم إليه الا قليل كما يظهر من ملاحظة كلماتهم. على انه يمكن المناقشة فى دلالته أيضاً بدعوى ان المراد من ثبوت الخيار بعد المجيء بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت و ان هذا التبين طريق الى الواقع لا انه موضوع بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الأول و ان كان تبينه من الان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٥

فيثبت له الخيار من الأول و بعبارة اخرى انا لا نحتمل ان العلم جزء الموضوع لثبوت خيار الغبن بل تمام الموضوع له انما هو الغبن لا الغبن المعلوم فإذا ثبت الخيار للمغبون من الأول و نظير كون التبين هنا طريقاً الى الواقع كتبين الفجر فى شهر رمضان فى قوله تعالى كَلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْمَأْيُصُّ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ فَإِنْ تَبَيَّنَ فَان تَبَيَّنَ هُنَا لَيْسَ لَهُ مَوْضُوعِيَّةٌ لِحَرْمَةِ الْأَكْلِ بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يَتَبَيَّنَ الْفَجْرُ الْغَيْمِ وَ نَحْوَهُ إِلَى أَنْ مَضَى سَاعَةٌ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَأَيْضاً يَجُوزُ الْأَكْلُ فَهَذَا غَيْرُ مُحْتَمَلٍ قَطْعاً إِذْ فِيكون التبين طريقاً الى الفجر كما هو واضح و كك فى المقام.

فتحصل ان ثبوت خيار الغبن من حين العقد هذا ما يرجع الى الجهة الاولى و عليه فلا وجه لتفصيل المصنف بين ثبوت الخيار له واقعا و كونه ذى حق فى الواقع و بين ثبوت السلطنة الفعلية له فعلا على فسخ العقد.

الجهة الثانية أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن

وانه هل يترتب على هذا الخيار من الآثار ما يترتب على بقية الخيارات من الآثار بعنوان الخيار من خصوصية لإحدى الخيارات أو لا يترتب عليه آثار بقية الخيارات أقول و من جملة آثار الخيار انتقاله إلى الورثة بعد موت المورث و عليه فان قلنا بثبوت خيار الغبن من حين العقد كما هو كذلك و مات المورث قبل ان يتبين الغبن فإنه يثبت الخيار لوارثه فان الخيار من الحقوق الذى يورث فلا فارق فى ذلك بين خيار الغبن و سائر الخيارات و من جملة الآثار انه يجوز إسقاطه قبل ظهور الغبن كما إذا قال ان كان لى خيار فى هذا العقد فأسقطه أو يقول بنحو العموم ان كل خيار لى فقد أسقطه فإنه ح يسقط خياره هذا و ان لم يعلم به كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٦

هو واضح و الجهة الأخرى من الثمرات انه وقع الخلاف بين العلماء فى انه يجوز التصرف فى الثمن أو المثلث فى زمان الخيار أولاً فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقاً و بعضهم الى الجواز مطلقاً و قد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالترم بعدم الجواز و بين غيره و التزم بالجواز و لكن ادعوا عدم الخلاف و ثبوت الاتفاق على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان خيار الغبن فان التصرف

يوجب كون العين في معرض التلف و من المحتمل أن ذى الخيار يفسخ العقد و يرجع بالعين و ان التفاتهم على هذا انما هو بعد ظهور الغبن لا قبله و قد ذكروا انه يكشف من هذا الاتفاق ان خيار الغبن انما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن. و لكن الظاهر ان جميع الخيارات في ذلك على حد سواء ان جاز التصرف في زمان الخيار جاز في كلها و الا فلا يجوز في شيء منها و انه لا- يكون هذا الاتفاق ماثرا بين المقامين و ذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فإنه لا نظمئن باتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور المغبين من جهة أنهم يرون عدم جواز التصرف في زمان الخيار و جوازه في غير زمان الخيار و حيث انهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك انه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من جهة انه يحتمل قريبا ان جملة من القائلين بجواز التصرف في العوضين قبل ظهور الغبن انهم التزموا بذلك لذهابهم الى جواز التصرف في العوضين في زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن. نعم لو كان لنا علم بان اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٧

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن و لكن اني لهم ياثباته.

على انه لا- دليل على عدم جواز التصرف في العوضين في زمان الخيار و توهم ان التصرف يوجب كون العين في معرض التلف لا يكون مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا ان متعلق الخيار هو العقد و هو باق حتى بعد تلف العين فإنه إذا عمل صاحب الخيار خياره يرجع الى بدل العين لا الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ و اما انه لا يجوز التصرف في العين في زمان الخيار فهو باطل فإنه بعد كونه مالا لمالكه فبأى وجه عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على أموالهم.

و من جملة الثمرات انه هل التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له أو انه من مالكة و قد تقدم سابقا في خيار المجلس و الحيوان ان مقتضى القاعدة الأولية هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و ان لا يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النص على ان تلف الحيوان في زمان الخيار ممن لا خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا بكون تلف المبيع مطلقا في زمان الخيار ممن لا خيار له و كذلك تعدينا الى تلف الثمن أيضا لقلنا في جميع الخيارات و في تلف الثمن و المضمن في زمان الخيار في جميع المعاملات حتى خيار المجعول الذي من مصاديقها خيار الغبن الثابت بخيار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد النص فقط فلا يحسب تلف المبيع أو الثمن على من لا خيار له في زمن الخيار سواء كان خيار الغبن أو غيره و هو واضح جدا.

و لكن قد تقدم ان هذا الحكم قد ثبت في مورد خاص بالنص فلا يجوز التعدي الى غير مورده فتكون القاعدة الأولية المذكورة محكمة فافهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٨

و على كل حال فلو عمم ذلك اي كون التلف المبيع في زمن الخيار ممن لا خيار له الى غير مورده لكن في مورد خيار الغبن أيضا ممن لا- خيار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء على ما ذكرناه من ثبوته من الأول و ان لم يعلم به المغبون و من جملة الآثار انه إذا قلنا بثبوت الخيار من الأول و قلنا بكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا فيكون هنا أيضا مسقطا كما هو واضح.

و قد تقدم فيما سبق انه لم يثبت كون التصرف مسقطا تعديا إلا في مورد خاص اعنى بيع الحيوان فإنه ثبت فيه ان التصرف الخاص موجب لسقوط الخيار كقوله (ع) أ رأيت ان لامس أو قبل إلخ و كذلك ثبت كون التصرف مسقطا في خيار المجلس و كذلك التصرف المغير و اما كون مطلق التصرف مسقطا للخيار فلم يثبت بدليل و انما كونه مسقطا من جهة الظهور العرفي و كونه ظاهرا في إسقاط الخيار عرفا فكلما كان له ظهور في الإسقاط الفعلي يحكم بمسقطيته و الا فلا.

و الحاصل ان الافعال كالأقوال في إبراز ما في الضمير و إظهاره فكما ان الاسقاط القولي موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن

إبراز ما فى الضمير و كذلك الإسقاط الفعلى فإنه أيضا يكون من مصاديق الإسقاط و إذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الإسقاط فلا يكون له قابلية لإسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض انه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على اى وجه اتفق كما هو واضح فافهم.

قوله مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد العقد

أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل:

الاولى: ان يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٣٩

الثانية: الإسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض.

الثالثة: الإسقاط به مع العلم به مع العوض.

و الرابعة: الإسقاط به مع العلم به مع عدم العوض.

اما المسألة الاولى فلا شبهة فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بان يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعاملة و لا شبهة فى ذلك بناء على ثبوت الخيار من الأول غاية الأمر بأنه لا علم بالخيار فمجرد عدم العلم به لا يمنع عن تأثير الإسقاط فإنه لو قال احد كلما لى من الخيار فقد أسقطه فإنه لا شبهة فى شموله لكل خياره و ان كان لم يعلم به و هو واضح جدا.

و اما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فأسقط المغبون خياره بعد الغبن و قبل ظهوره و العلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف انه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به و هذا كان فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه و لا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب.

و لكن يرد عليه ان المقتضى ان كان تام التأثير بحيث يؤثر فى المعلول بالفعل فيكون الخيار ثابتا بالفعل و لا يكون معلقا على حدوثه بعد العلم بالغبن و هو خلف الفرض.

و ان لم يكن المقتضى تام التأثير فلا يكون الإسقاط بمثل هذا المقتضى من تحت الإسقاط لما لم يجب فيبقى المحذور فى حاله.

و لكن الظاهر انه لم يدل دليل على عدم جواز الإسقاط بما لم يجب الا ما يتوهم من كونه تعليقا و من الواضح ان المتيقن من ذلك هو العقود بالنسبة إلى التعليق بأمر مجهول فلا يجرى فى غيره و على الجملة لا نعرف أساسا صحيحا لعدم جواز إسقاط ما لم يجب فلا نرى فى ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٠

يسقط الإنسان بما يتعلق له من الحق بذمة غيره قبل تعلقه بها و لم يرد فى آية و لا فى رواية ما يمنع عن ذلك كما هو واضح لا يخفى بل هو من جهة الإجماع و لعله ليس إجماعا تعديا بل من جهة عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلك و يمكن ان يكون مدرك الإجماع ما ورد من النهى عن بيع ما لم يملك بعد و عن بيع ما ليس عندك و العقلاء لا يعتبرون الملكية فى أمثال ذلك أيضا و عليه فإذا اعتبر العقلاء أثرا عليه فى مورد فلا مانع من إسقاط ما بم يجب.

ثم انه مع العلم بالغبن تارة يكون ما أسقطه من الغبن موافقا للواقع و هذا لا شبهة فيه و قد يكون أقل مما اعتقده و هذا أيضا لا شبهة فيه و قد يكون مخالفا بان يكون الغبن أزيد مما اعتقده فحينئذ يقع الكلام فى صحة الإسقاط و عدمه و انه إسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده و توضيح ذلك انه إذا أسقط خياره قبل العلم بالغبن باعتقاد انه إذا كان هنا غبن يكون خمسا فى الخمسين و لكن

لما تبين الحال فظهر انه مغبون في الخمسين بثلاثين فهل يسقط خياره مطلقا أو يسقط بالنسبة إلى مرتبة خاصة أعنى ما اعتقده في مقدار الغبن وقد عنون المصنف ذلك في صورة كون الغبن معلوما و لكن المسألتان من واد واحد فيجربى هذا البحث في كلتا المسألتين كما هو واضح.

و على كل حال فلا يمكن ان يكون المقام من باب التقييد بان يكون ما أسقطه من الخيار مقيدا بكون الغبن خمسة في الخمسين و يكون خياره باقيا في المرتبة اخرى التي لم يسقطها و بعبارة أخرى إسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبة الغبن لو كان موجبا لتقييد الاسقاط بتلك نظير تقييد المبيع بالصورة النوعية لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زيادة الغبن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤١

عما احتمله أو اعتقده وجه الّا أنه لا يمكن التقييد في المقام لان الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب و لا يقبل التأكد و في المقام لا يقبل التخصص بسبب دون سبب كما في اجتماع خيارى الحيوان و المجلس في عقد واحد فان مائة دينار مثلا مرتبة واحدة من الغبن فلا يعقل إسقاط مقدار منه و بقاء مقدار آخر و اذن فيكون من قبيل الداعى يعنى أن اعتقاده بكون الغبن خمسة في الخمسين داعى إلى إسقاط خيار الغبن على ما هو عليه في الواقع بأى نحو كان كما هو واضح و بأى مرتبة وصل فيكون إسقاطه خيار الغبن باعتقاد كونه بمقدار خاص إسقاطا لخيار غبته من أصله و أساسه و لا يقاس ذلك باب الدين فإنه إذا اعتقد عمرو كون زيد مديونا له عشرة دنانير و أسقطه فبان أنه مائة دينار أو اعتقد كذلك و قال أسقط جميع ما فى ذمة زيد من الدين لى فإنه لا بأس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته انما هو بمقدار و عشرة دنانير و لكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا و الوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ان سقط، سقط من أصله و ان لم يسقط فلا يسقط من أصله و قد قلنا أن اعتقاد كونه بمقدار خاص ثم إسقاطه من باب الداعى فيكون الإسقاط إسقاطا له من أصله و هذا بخلاف باب الدين فإنه منحل الى ديون متعددة نظير بيع أمور عديدة فى صفقة واحدة فإنه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعددة فكك الدين فمأة دينار من الدين منحل الى ديون عديدة بحساب الدينار بل بحساب الدراهم بل أقل من الدرهم الى أن ينتهى الى ما لا يقبل المالىة و لا ينصف بها و عليه فإسقاط مرتبة من الدين لا يضر ببقاء مرتبة أخرى فى ذمة المديون كما هو واضح و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بسقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطان الاسقاط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٢

لبطان التقييد كما عرفت و حيث عرفت أن الظاهر فى مثل المقام هو الداعى فيكون إسقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسة فى الخمسين فبان أنه بمقدار عشرين فى الخمسين إسقاطا لأصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى.

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون إسقاط المغبون خياره معلقا يكون الغبن خمسة فى خمسين و الّا فلا يسقط خياره و هذا لا محذور فيه الا إشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا و لكن يرد عليه أن بطان التعليق فى العقود و الإيقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالإجماع و هو دليل لى فلا بد من أخذ المتيقن من ذلك و هو ما لا يتوقف أصل تحقق العقد عليه و لعل الإجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهة أن العقلاء لا يعتبرون فى مثل موارد التعليق الملكية كما لا يعتبرون فى بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجية و عتق مشكوك الرقية فإن مشكوكية المعلق عليه لا يضر بصحة الطلاق و بصحة العتق فان الطلاق و العتق ممّا يتوقف أصل تحققه على الزوجية و الرقية فلا يضر التعليق فى مثل ذلك بصحة العتق و الطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صورة الإسقاط مع العلم بالغبن.

و على الجملة أن المسقط الأول هو الاسقاط و قد ذكرنا أن فى المقام اربع ما سئل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن و الثانية الإسقاط بعد العلم بالغبن و الثالثة و الرابعة الفرضين مع كون الإسقاط فى مقابل العوض.

أما المسألتان الأولتان فقد ظهر حكمهما ممّا ذكرناه و حاصله أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٣

المحذور من الاسقاط هنا ليس إلا أمران أحدهما في صورة كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن و ذكروا أن ذلك من قبيل إسقاط ما لم يجب و الثانى في صورة العلم بالغبن مع الاعتقاد بأنه خمسة في الخمسين فبان أنه أكثر و قد قلنا أن سقوط الخيار هنا إذا كان الغبن بالخمس فقط انما يصح إذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ما تقدم من أن التعليق إذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الإيقاع لا يضر لكونه خارجا عن الإجماع كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام في حكم المسألة الثالثة و الرابعة أعني إسقاط الخيار في الصورتين بالعوض كالمصالحة مثل أما المسألة الأولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصلح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فإن أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالبطل إذ لا بد و أن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا في مقابل شىء كما هو شأن المصالحة و المبادلة و قد عرفت أنه لا- تجوز المصالحة على سقوط الخيار قبل الظهور الغبن و العلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود أو ليس بموجود و معه لا تحصل المبادلة بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه في مقابلة من العوض فلا يكون شىء في مقابل العوض فتخرج عن المبادلة بين الشئين و قلنا لا مدفع لهذا الإشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحاباة.

و لكن يمكن تصحيح المصالحة هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحة واقعة على إسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته و العوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه في مقابل الفعل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٤

الذى هو إسقاط الخيار على تقدير ثبوته و من الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه إسقاط على كل تقدير و لكن فائدته للطرف الآخر على كل تقدير فإنه يحصل منه الاطمئنان له فلا يحصل تزلزل في العقد بعد ذلك بحيث ينجر الى المحاكم العرفية و من الواضح أن حصول الاطمئنان له غرض عقلاىي يوجب مالمية للإسقاط الذى هو فعل المغبون و هذه و ان كانت مصالحة و لكن نتيجة الإجارة فتكون كإجارة شخص لإيجاد فعل في الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأجير بالإجارة و كذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا إذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا في مقابل إسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعني الاسقاط كما هو واضح.

و من الواضح أنه ليس هنا شىء حتى يقع العوض في مقابله فإنه لا يعلم أنه مغبون في الواقع حتى يكون له حق الخيار و يكون سقوطه في مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا- احتمال الخيار الناشى من احتمال الغبن فمجرد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا في المصالحة عليه و سببا لا كل أموال الناس في مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحة على سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح إلا إذا كان ذلك في ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحة بين شئين أو أوقعا معاملة مستقلة و اشترطا في ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون إسقاط خياره على تقدير وجوده بإزاء العوض تعين عليه ذلك و ان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحة محاباتية بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر و الآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا أمر آخر و الا فلا مدفع للإشكال المذكور.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٥

و أما لو علم المغبون بوجود الغبن فأراد أن يصلح ذلك بشىء فإن صالح ما اعتقده من الغبن بشىء فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه و ان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث محتملات بطلان الصلح من أصله و صحته مع كونه لازما و صحته متزلزلا و الحق هو الأخير و يظهر بطلان الوجهين الأولين من بيان وجه الصيحة في الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمنى موجود في المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقضا و قد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء و الا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا المعنى بعينه جار في المصالحة أيضا فإن كل من المتصلحين يشترط على الآخر أن يكون ما أعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه و كذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى

تسالما عليه فهذا الشرط الضمني موجود في المصالحة فإذا تخلف في مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجعولة في المعاملات و المصالحة في المقام كذلك فان المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصلح حق خيار غبته بمبلغ معين و هذه المصالحة و ان كانت مطلقة و لكن يشترط فيها بالضمن العقدى أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذي جرى عليه التسالم و ألا فيثبت له خيار تخلف الشرط و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحة و صحتها بدعوى أن الحق أن خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقل جريان المصالحة على بعضه و سقوطه بالمصالحة و بقاء بعضه الآخر فانا لا ندعى سقوط الحق بمقداره و بقاءه بمقداره الآخر ليلتزم فيه هذا المحذور و كك بطل قول من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٦

توهم أن المصالحة باطله بدعوى أن تحقق المصالحة لم يقع على الحق الموجود و ما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحة فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطلان المصالحة و وجه البطلان أو المصالحة قد جرت على الحق الموجود و لكن مترزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين إفراط و تفريط.

ثم ان ما ذكرناه جار في خيار الرؤية و خيار العيب أيضا على النحو الذي تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمني و خيار العيب و ان كان منصوصا و لكنه ليس على خلاف القاعدة بل النص ورد على طبق القاعدة نعم ثبوت الأرش في خيار العيب بالنص على خلاف القاعدة.

قوله الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

أقول قد تقدم ذلك في خيارى الحيوان و المجلس و قد ذكر المصنف ذلك هناك و ما أشكل عليه بوجه عمدتها أنه إسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط إسقاطه فيه إسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف و أجابنا عنه أيضا بما عندنا و لا نعيده و لكن مما يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انما يتوجه لنتحتاج الى الجواب إذا كان مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الخبر الوارد في تلقى الركبان فإنه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه في ضمن العقد و لكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمني فلا مجال لهذا الإشكال أصلا فإن مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الأول إذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذي يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمني فإذا لم يجعل ذلك لم يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٧

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعاملة غريبة و سيأتى تفصيل ذلك.

و أما الكلام في المسألة الثانية أعنى إسقاط الخيار في ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك في خيارى المجلس و الحيوان و عمدة الإشكال في ذلك هو لزوم إسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهة أن في ظرف الاسقاط ليس حق و في ظرف الحق ليس إسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد في دليل أنه لا يجوز إسقاط ما لم يجب و انما هو من جهة اللغوية و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه و لو كان هنا إجماع فمنتشئه هو ذلك و إذا فرض في مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلائي بإسقاط الحق الموجود في ظرفه من الآن فلا محذور فيه فإنه يخرج عن اللغوية كما هو واضح و هذا لا شبهة فيه و لكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الإشكال في المقام الأبناء على كون دليل الخيار دليل نفي الضرر أو الخبر الوارد في تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط في ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار في متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمني من الأول فلا يلزم هنا إشكال إسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس

إسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعاملة حينئذ تكون غررية فإنهما أقدا على شىء لا يعلم أن مقدار ماليته فى أى مرتبة و بأى مقدار و قد ذكر ذلك الشهيد فى المقام و فى خيار الرؤية و بيان ذلك أما لزوم الغرر فى إسقاط خيار الرؤية من جهة أن بيع العين الغائبة و لا يصح الا بذكر الأوصاف التى بها تختلف مالية المال و مرجع إسقاط الخيار الى اشتراء المال بأى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٨

وصف كان و هذا غررى لأن الأوصاف لها دخل فى المالية فمقدار المالية من هذا المبيع غير معلوم و أما فى خيار الغبن فكذلك فان اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس إلا لأجل العلم بمقدار ماليته فإذا كان الجهل بالمبيع أو بالصفة راجعا أى الجهل بالمالية فإسقاط خيار الغبن أيضا يرجع الى الجهل بمقدار مالية المال فيلزم الغرر، و على الجملة فإسقاط الخيار أى عدم جعل الخيار فى العقد مع احتمال الغبن يوجب غررية المعاملة إذ لا يعلم أن ما تملكه و أخذه أى مقدار من المال و أى مقدار له مالية و هو واضح.

و قد أشكال عليه المصنف بما حاصله أن الخيار من الأحكام الشرعية فلا يكون ثبوته فى البيع موجبا لارتفاع الغرر و الا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل فثبوت الخيار و عدمه بالنسبة إلى ثبوت موضوع الغرر فى المعاملة و عدمه سيات.

و يرد عليه أن هذا المطلب متين فيما كان الخيار ثابتا بجعل الشارع فإنه من الأحكام الشرعية التى لا ترتبط بالغرر نفيا و إثباتا فلا يكون ثبوته رافعا للغرر و لا أن سقوطه يوجب الغرر و لكن لا شبهة فى أن الخيار الثابت بجعل المتعاقدين يوجب رفع الغرر فإن المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا- تكون غررية أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر و موجبا لسقوطه فان الغرر هو المخاطر فمع هذا الشرط فأى خطر فى المعاملة فإنه مختار مع ظهور الغبن فيها أن يرض أو يفسخها و هو واضح فتحصل أن جعل الخيار فى المعاملة يوجب رفع الغرر فيها.

و لكن الذى ينبغى أن يقال أن المعاملة بدون جعل هذا الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٤٩

أيضا ليست بغررية و ذلك لان الغرر بمعنى الخطر فهو انما يكون إذا لم يعلم أن تصاحبه بالمبادلة أى شىء أو أنه متصف بأى وصف و لذا اشتراطوا فى البيع كون المبيع معلوم الوجود و معلوم الوصف و إذا انتفى أحدهما أو كلاهما كان البيع غرريا فلو باع أحد داره بما فى الكيس فلا يعلم أنه أى مقدار فى الكيس و أنه أى شىء فيكون البيع غرريا و أما إذا علم كل من البائع و المشتري ما يأخذه من الآخر و تملكه أى شىء بل يراه و هو فى نصب عينيه و لكن لا يعلم أن قيمته السوقية أى مقدار و الجهل بالمالية من جهة الجهل بالقيمة السوقية فإنه لا يكون ذلك غرريا فنفرق أنه ليس فى العالم سوق و لا عقلاء الا البائع و المشتري فهل يتوهم أحد أن معاملتهما غررية و هذا بخلاف الجهل بأصل الشىء أو بوصفه فإنهما يوجبان الخطر حتى لو لم يكن فى العالم سوق و لا عقلاء غير المتبايعين فان الرغبات تختلف بينا باختلاف الأشياء و أوصافها و هو واضح.

و لو سلمنا أن اعتبار العلم بالقيمة السوقية أيضا من شرائط البيع و اصنفنا ذلك الى شرائط البيع و قلنا لا بد من العلم بأصل وجود المبيع و بأوصافه و بماليته مع أنه لم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء أنه ليس هنا غرر أيضا فإنه يرتفع بالاطمينان الحاصل اما من اخبار الثقة أو بأصالة الصحة بناء على اعتبارها أو الرؤية السابقة أو غير ذلك و ان لم يكن اطمينانه بمرتبة القطع فإذا اطمأن البائع بعدم كون المبيع أقل من القيمة السوقية أو اطمأن المشتري بعدم كونه أزيد من القيمة السوقية فلا يكون البيع خطريا حينئذ و ان لم يكن فى الواقع كذلك لما عرفت فى البحث عن بيع الغررى أن الخطر انما هو قائم بحالة ترد النص و عدم اطمينانها و إذا اطمأن و ان يكن قاطعا بعدم كون قيمة المبيع أقل من القيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٠

السوقية فباع على هذا الاطمئنان فلا يكون غرريا و بهذا قلنا أن إسقاط خيار العيب و الاقدام بمعاملة مع الاطمئنان يكون المبيع صحيحا و ان كان معيبا واقعا لا يكون غرريا بل يصح المعاملة كشراء الجارية مع الاطمئنان يكونها صحيحة مع أنها مسلوثة و من هنا ظهر حكم

الشراء بانبا على الرؤية السابقة على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عادة أن المبيع لا- يتغير في هذا المدة فإنه يكون البيع حينئذ صحيحا مع إسقاط الخيار و ان لم يكن المبيع كذلك في الواقع إذ لا تردد للمشتري في ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعاملة مع الاطمئنان بالصحة أما اعتمادا على قول الثقة أو على الرؤية السابقة أو على أصالة الصحة بناء على اعتبارها مع إسقاط خيارى الغبن و الرؤية و حينئذ لا يوجب كون المعاملة غررية.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن

أقول ذكر المصنف أن المشهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن و بين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فإنهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن و العيب و التدليس في الأول دون الثاني.

فإن كان المراد بذلك هو الطريقة فهو متين بأن كان التصرف - كاشفا عن الرضاء بالعقد و طريقا إليه إذ لا فرق في المسقط بين المسقط القولى و بين المسقط الفعلى إذ الميزان انما هو كونه مبرزا لما فى النفس من الرضاء بالعقد و كاشفا عن سقوط الخيار و من الواضح أن التصرف حين العلم بالغبن له طريقه الى سقوط الخيار إلا إذا قامت قرينه على عدم كونه طريقا الى السقوط فى هذه الحالة و ان كان المراد من هذا الفرق الموضوعية بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية فى سقوط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥١

الخيار فهو باطل إذ كثيرا يوجد التصرف مع العلم بالغبن و لا يكون مسقطا للخيار كما إذا علم بالغبن و بنى على الفسخ و لكن لم يفسخ ليتصرف فى المبيع و لا- يكون التصرف فى ملك الغير كأن اشترى لحاقا و التفت الليل الى الغبن و بنى على الفسخ بناء على عدم فورية هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليلة من جهة برودة الهوى ليتصرف فى اللحاف مع كونه فى ملكه و أصبح و فسخ فإن القرينة قائمة على عدم كون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار فلو كان له موضوعية لكان مثل هذه التصرف أيضا مسقطا للخيار و هكذا لو كان التصرف واقعا فى مقدمه الإسقاط كما إذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعاملة غبنية و ركه ليرده إلى البائع و يفسخ العقد عنده فان مثل هذا التصرف لا يكون مسقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما إذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضاء بالعقد حتى لو ظهر فيه غبن كما هو المفروض فلو كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية فى سقوط الخيار لما كان ذلك موجبا لسقوط الخيار نعم مع العلم بالغبن يكون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار غالبا إلا إذا قامت قرينه على الخلاف و عكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن.

و على الجملة ما ذكره المشهور من الفرق فى مسقطية التصرف بين ما بعد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصل إذا كان غرضهم الموضوعية بل له وجه إذا كان غرضهم الطريقة و قد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق فى إبراز الاسقاط بين المبرز الفعلى و المبرز القولى كما هو واضح ثم انه لا- وجه لقياس خيار الغبن بخيار العيب و التدليس فان سقوط الخيار بالتصرف فى خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٢

و اما فى خيار التدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هذا كله فيما إذا كان المدرك لهذا الخيار هو دليل لا ضرر و صدق على هذا التصرف الاقدام على الضرر فإنه مع هذا الصدق يسقط الخيار فى صور العلم بالغبن و عدمه و أما إذا لم يصدق على التصرف الاقدام على الضرر فلا- يسقط الخيار على كل تقدير أى مع العلم بالغبن و عدمه و هكذا إذا كان الدليل هو الشرط الضمنى فإنه ان كان التصرف مصداقا للإسقاط يسقط به الخيار و ألا فلا، فلا يفرق فى ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه غاية الأمر أنه بناء على الأول فالخيار مجعول شرعا و بناء على الثانى فهو مجعول بجعل المتعاقدين.

و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فهل هو غير ثابت مع الرضاء أو يقال أن الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب كما ذكره المصنف

فيه بحث ثم أمر بالتأمل وقد يقال ان الاستصحاب لا يجرى هنا من جهة أن المدرك للخيار هنا هو الإجماع وقد حقق في محله أنه إذا كان المدرك هو الدليل اللبى فلا مطرح للاستصحاب فيكون دفعا لا رفعا ولكن يرد عليه أنه لا فرق عند التحقيق وعند المصنف في جريان الاستصحاب بين كون دليل الحكم هو الإجماع أو غيره كما حقق في محله وقد يقال ان وجه الإشكال في الاستصحاب هو كون الشك في المقتضى أى لا يعلم وجود المقتضى للخيار مع التصرف للشك في أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا. وفيه أن مورد الشك في المقتضى ما إذا كان الشك في نفس الزمان بأن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزمان لا بقاءه من حيث الزمانى وبالنسبة الى كل طار و عارض و الارجع كل ما يشك في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٣

الرافع الى الشك في المقتضى.

وقد يقال بان الوجه في عدم جريان الاستصحاب هو عدم بقاء الموضوع كما ذكره شيخنا الأستاذ فإن الموضوع في المقام ليس ذات المغبون بل هو مع الرضا كما ان عنوان السفر والحضر لهما دخل في القصر والإتمام و عنوان العدالة له دخل في جواز تقليد المجتهد بحيث يعد الفاسق موضوعا آخر غير العادل وهكذا هنا فالوصف العوانى يوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص و إن كان الموضوع حقيقة شيئا واحدا ولكن طرو الأوصاف المتغايرة يوجب التعدد.

ولكن هذا أيضا ليس بصحيح و ان كان صحيحا في المسافر والحاضر والعادل والفاسق في مسألة التقليد إذ ليس لعنوان الرضاء دخل في ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غاية الأمر أن التصرف الصادر عن الرضاء مصداق للإسقاط نظير الإسقاط القولى.

بل الوجه في عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه في علم الأصول من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية فلو لا هذه الجهة لم يكن مانع في جريان الاستصحاب هنا و كان الشك في الرفع لا-الدفع و لحكمنا معه بجريان الاستصحاب فافهم و إذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد.

قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن

إشارة

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعقود، أقول نسب المصنف ره الى المحقق و من تأخر عنه سقوط خيار الغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهر ذلك من كلام الشيخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٤

أو تصرف فيها سقط الرد و استظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد في شرح قول الماتن و لا يسقط الخيار بتلف العين.

و كيف كان انما الكلام في دليل ذلك

إشارة

فقول

إن كان المدرك لخيار الغبن هو الإجماع

فيمكن أن يقال ان الإجماع دليل لبي فالمتيقن منه أنما هو فرض بقاء العين و أما في فرض تلف العين فلا إجماع في البين على أن هذا الفرع ليس معنونا في كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الإجماع التعبدى على ذلك و ان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره.

و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر

إشارة

و هو ثابت في هذه الصورة أيضا لأن لزوم هذا العقد ضرر على المغبون فيرتفع بدليل نفي الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ العقد و يرد مثل العين الى الغابن و هكذا الحال فيما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فإنه موجود في صورتى بقاء العين و تلفها

و لكن الكلام في أنه على القولى بكون مدرك الخيار هو دليل لا ضرر أشكل عليه بوجهين

الأول أنه يسقط الخيار مع التصرف فى العين تصرفا مخرجا عن الملك

فإنه اقدام على الضرر فمعه يسقط الخيار.

و فيه ما ذكره شيخنا الأنصارى ناقلا عن شيخنا الشهيد ره بأن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداما على الضرر فان الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الاقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٥

و على الجملة فمثل هذا التصرف الواقع فى حال الجهل ليس اقداما على الضرر إلا إذا قامت قرينة على ذلك فإنه يوجب سقوط الخيار على النحو الذى تقدم فى المسقط الثالث و عدم بقاء العين لا يضر ببقاء الخيار لان متعلقه العقد كما عرفت مفصلا دون العين.

الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج عن الملك ضرر على الغابن أيضا

فيكون مشمولاً لدليل نفي الضرر و ح- فيتعارض دليل لا- ضرر بالنسبة إليهما و يتساقط و هو واضح فالوجه الأول ناظر الى منع المقتضى و الوجه الثانى ناظر الى إبداء المانع و فيه أيضا ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لا ضرر فى ذلك على الغابن لا العين المبيعة ان كانت مثلية فلا ضرر عليه لأنه يأخذ المثل و ان كانت قيمية فيأخذ القيمة و على كل حال لا ضرر على الغابن غاية الأمر تفوت الأوصاف الشخصية الغير الدخيلة فى زيادة القيمة و ليس فيه ضرر على الغابن و ان كان مثل تلك الأوصاف أيضا موردا لغرض الغابن بشخصه كما إذا كان كتابا مختوطا بخط أبيه فإنه خصوصية شخصية و له دخل فى الغرض الشخص و لكنها لا توجب التفاوت فى القيمة السوقية كما هو واضح.

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا تصرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هذا التصرف سقوط الخيار بناء على كون مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى إلا إذا قامت قرينة على كونه اقداما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فإنه ح يسقط الخيار بذلك.

قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشتري

أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري بناء على كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٦

الضمنى فإنه على كلا التقديرين لعموم الدليل بهما نعم بناء على كون مدرك الخيار هو الإجماع لا يشمل ذلك البائع لأن المذكور فى كلماتهم هو المشتري فيكون هذا حكما تعبديا مختصا بالمشتري كما هو واضح و لكن قد عرفت عدم وجود الإجماع التعبدى فى المقام.

قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك المالك كالتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاستيلاء

أقول بناء على عدم ثبوت الخيار بالتصرف المخرج عن الملك لا فرق فيه بينما يكون التصرف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بستة فلوس بخمسين فلسا فأكله أو كانت العين باقية و لكن زالت الملكية عنها كما إذا اشترى عبدا فأعتقه ثم علم بالغبن أو كانت العين باقية مع وصف الملكية و لكن كانت ملكا للغير كما إذا باعها المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين باقية فى ملك المغبون أيضا و لكن تصرف فيها تصرفا أوجب ذلك التصرف المنع عن الرجوع كما إذا اشترى أمه فاستولدها فان التعين لم تتلف و لم تزل عنها الملكية أيضا و لكن وجد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فإنه على القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن المالك جهلا- لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقاءه أيضا لا يفرق بين هذه الصور.

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائر أو التدبير و الوصية أم لا ذكر المصنف ما صرح به جماعة أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلا.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن فى مورد النقل يمتنع الفسخ ما دام العين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٧

المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون و لو كان النقل جائرا لأن الفسخ يقتضى رد العين من ملك الفاسخ الى ملك المفسوخ عليه ورد بدلها من ملك المفسوخ عليه الى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الرد و لكنه تسلم إمكان الرد فى التدبير و الوصية لأن نفس الفسخ ابطال لهما.

أقول يمكن أن يقال ان النزاع بأنه يمكن أن يقال يمكن الفسخ فى مورد النقل بالعقود الجائرة كما ذهب اليه شيخنا الأنصارى أو يستحيل كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ خارج عن المقام أصلا و لا موضوع لهذا البحث و ذلك لان من يفسخ العقد يقصد مع ذلك رد العين إلى البائع فما يفسخ به العقد من الفعل أو القول يكون ذلك إنشاء لفسخ العقد الذى غبن فيه المغبون و أيضا إنشاء للعقد الجائر الناقل للعين الى غيره فيكون فعله هذا أو قوله الذى يقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدين العقد اللازم الذى وقع فيه الغبن و العقد الجائر الناقل للعين الى غيره و بعبارة أخرى أن المغبون إذا فسخ العقد يقصد بذلك رد العين الى الغابن و معنى رد العين الى الغابن ليس الا فسخا للعقد الجائر فيكون فسخ المغبون العقد الذى وقع فيه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائر أيضا و عليه فلا موضوع لما ذكره المصنف من إمكان الرد و لا لما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان الفسخ هذا كله لا اشكال فيه.

و أما إذا نقل المغبون العين الى غيره بالإجارة فهل يبقى الخيار مع ذلك أم لا

أما بناء على بقاء الخيار مع ما ذكرناه من النواقل اللازم و الجائرة فواضح لا شبهة فيه و أما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكورة فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار و ذلك لأن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٨

العين باقية فى ملك المغبون و ليس عن ردها الى الغابن مانع أصلا و ليس المقام مثل الأمور السابقة الناقلة للعين الى ملك الغير نقلا

لازما أو نقلا جائزا ولا أن هنا مانعا عن الرد كالاتيلاذ غاية الأمر أن العين مسلوبة المنفعة إلى مدة معلومة فيفسخ المغبون العقد و يملك الغابن العين و لكن مسلوبة المنفعة إلى مدة معلومة على انك عرفت أنه مع عدم إمكان ردّ العين أيضا يمكن لأن متعلقه هو العقد دون العين الخارجية كما لا يخفى.

و على الجملة أن التصرف المخرج عن الملك حقيقة أو حكما لا يمنع عن بقاء الخيار و هكذا التصرف في المنفعة كما في الإجارة بل عدم سقوط الخيار هنا أولى.

ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك سقوط الخيار أم لا

و على تقدير ان لا يكون موجبا لسقوط فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا و هنا مسألتان الاولى في أن الخيار هل يبقى مع الامتراج أم لا و الثانية أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا أما المسألة الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و كذلك في المقام سواء كان الامتراج بالأعلى أو بالأدنى أو بالمساوى و سواء اختلط بمال المشتري المغبون أو بمال غيره و ذلك لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى شخص آخر انتفاء موضوع الفسخ و أما أن الامتراج مثل التصرف المخرج عن الملك فمن جهة أن الامتراج يوجب خروج العين عن الملك لإتمامها بل ببعضها و بهذا الخروج تحصل الشركة الإشاعة فينتقل بعض من كل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٥٩

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركة على وجه الإشاعة.

و أما المسألة الثانية فهي أنه هل يمكن الرد هنا أم لا- فنقول أما إذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتراج بالأعلى أم لا فلا شبهة في انتقال حقه الى المثل أو القيمة فإن ما أخذه المغبون من الغابن لم يكن ممتزجا بغيره و لم يكن مشتركا بينه و بين غيره فالشركة عيب في ماله فله أن لا يقبله و يطلب من المغبون مثله أو قيمته فإنه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوباً بهذا العيب كما هو واضح.

و على الجملة فللغابن أم لا- يرض بالمتزج و طلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركة و ان كانت عيبا في المال و موجبة لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الإشاعة بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه و ماله غاية الأمر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون و له مطالبه نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان في ماله من القيمة عن العيب الذي هو الشركة و ليس ذلك اعتبار وصف زائد فيه حتى يكون ذلك عناية زائدة و لا يكون للغابن حق المطالبة. و الأمر كذلك في جميع المقامات التي يشترط المشتري كون المبيع واجد الوصف الكمال و لكن في مقام التسليم و التسلم يغمض النظر عن حقه و لا يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلا لو فرضنا أن زيدا اشترى عبدا كاتباً من عمرو و هو عند المطالبة يطالب عبدا فاقدا للكتابة و يغمض عن جهة الكتابة لأنه إغماض عن حقه و ليس للبائع إجباره و بالعبد الكاتب مثلا إلا إذا كان الواجد للوصف مباينا مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٠

فإنه لو وقعت المعاملة على فرش كاشان و رضى البائع بفرش همدان و لكن لا يرض المشتري بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهة أخرى فإنه ليس له أن يجبر البائع بذلك و ان كان إغماضا عن الحق بل ينفي البيع الأول في تسليم فرش همدان بل يحتاج إلى معاملة أخرى لأنها بجودة الأول و رده الثاني من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما إذا كان المبيع الحنطة الفلانية التي جيدة و رضى البائع بالحنطة الفلانية التي رديئة و رضى المشتري بالردى فإنه ليس للبائع إجباره بالجيد لأن المبيع شيء واحد غاية الأمر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشتري هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا يخفى فافهم و تأمل و من

هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فإنه لو لم يرض به الغابن لا بد له من إعطاء المثل أو القيمة و أما لو رضى به فليس للمغبون إجباره بالمثل أو القيمة بدعوى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبه الغابن ماله كالاتراج غاية الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبه المثل أو القيمة مع عدم الرضاء بالمعيب و أما مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح.

و أما لو زادت العين فقد تكون الزيادة عينيه و قد يكون حكميه و أما إذا كانت الزيادة عينيه كما إذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزيادة مانعة عن ثبوت الخيار للمغبون و عن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار و لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦١

العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك و أما رد العين فالظاهر أنه ليس للغابن رد العين على هذه الحالة بل لا بد اما من الرضاء بالمثل أو القيمة أو الرضا بالعين على هزالتها و صغرها مثلا و تكون الزيادة للمغبون لحصولها في ملكه فتحصل الشركة و يكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فافهم و تأمل.

و قد عرفت أن الامتراج ليس مانعا عن رجوع الغابن الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعا عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركة قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركة بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند الله و لعل هذا هو المعروف بين الأصحاب الثاني: أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركة ملكيه ناقصه و الفرق بين الأول و الثاني أن ملكية المالك في الوجه الأول مستقلة لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلا و لكن المملوك ناقص فإنه هو النصف و أما في الوجه الثاني فالمملوك مستقل و هو مجموع العين المشتركة و لكن مالكية المالك ناقصه فإن كل منهما نصف المالك و المجموع مجموع المالك منهما مالك واحد مستقلا كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الامتراج أيضا مانع عن الرد كبقية النواقل اللازمة و ذلك لأنه يوجب الشركة بحسب السيرة العقلية ليكون كل جزء مشتركا بين الشريكين الى ان ينتهي الأمر الى الاجزاء الصغار التي لا تفيد القسمة بالآله التي لا يعتبر لها العقلاء المالية فيكون الامتراج من أسباب الشركة و فاقدنا عن الرد فأما على الاحتمال الأول من وجهين الشركة فمن جهة أنه ينتقل بالامتراج نصف مال كل من الشريكين إلى الآخر و بالعكس فيكون كل جزء مشتركا بين الشريكين واقعا و ما قيل أنهما يكونان مشتركين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٢

في الظاهر فلا وجه له إذ ليس الواقع مجهولا لنا حتى نقول بالملكية الظاهرية و عليه فيكون الامتراج مثل سائر النواقل اللازمة مانعة عن الرد فينتقل الضمان الى البدل من المثل أو القيمة.

و على الوجه الثاني من وجهين الشركة فربما يتوهم أن المملوك هنا شيء واحد و لكن الملكية ناقصه فلا مانع من الرد و لكنه واضح الفساد أيضا بدهاه أن ملكية كل من الشريكين ناقصه بالنسبة إلى المملوك و أن كل واحد منهما نصف المالك على مجموع العين فمالكية كل من الشريكين المستقلة انتقلت الى الشريك الآخر فبالعرض يكون المملوك أيضا منتقلا الى الآخر بمعنى أن العين تكون مملوكة للشريك الآخر مجموعا بنصف الملكية و لم تكن العين قبل الشركة كذلك و منتقلة إلى الآخر فالنقل متحقق على كل تقدير كما هو واضح و عليه فلا يمكن رد العين أيضا لكون المقام كسائر النواقل اللازمة.

ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع الى ملكه فهل للغابن مطالبه ذلك

و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و ان ذلك أيضا مانع عن الرد أو يفصل بين ما كان الإرجاع بسبب جديد كالشري و

التوارث و الهبة فلا- يرجع اليه الغين أو بسبب هو من شؤون السبب الأول كالفسخ والإقالة و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الأستاذ تفصيلا في المقام و تفصيل المقام في جهتين الاولى في ثبوت الخيار و الثاني في رد العين أما الأول فلا شبهة في ثبوت الخيار لعين ما تقدم فإنك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقية أو تالفه فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء و الا فإلى المثل أو مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٣

القيمة ففي المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملك المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعة عن الرد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لا يخفى فافهم. و أما الجهة الثانية فسيأتي الكلام فيه في تصرف الغابن هذا كله في تصرف المغبون. و أما لو تصرف الغابن في العين التي انتقلت اليه بالنوازل اللازمة كالبيع و الهبة لذي رحم و الهبة المعوضة و نحوها من النوازل اللازمة فهل يوجب ذلك سقوط الخيار و عدم جواز رد العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فإننا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذي هو ذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرف الغابن الذي عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لا يخفى و أما بالنسبة إلى رد العين أى فهل للمغبون رد العين التي نقلها الغابن الى غيره بالنوازل اللازمة أم لا ففيه وجوه الأول تسلط المغبون على ابطال ما أوجده الغابن من أصله الثاني تسلطه على إبطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا و لا ذلك بل إذا فسخ المغبون كانت العين منتقلة إلى شخص آخر بناقل لازم كالوقف و العتق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو القيمة. أما مدرك القول الأول أعني البطلان من رأسه فمن جهة أن العقد الذى أوقعه الغابن فإنما أوقعه في متعلق حق الغير كما في بيع الرهن فيكون ذلك موجبا لتزلزل العقد من الأول و عليه فمقتضى قانون الفسخ هو تلقي الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثاني و ح فيكون الفسخ إبطالا- لعقد الغابن ليتمكن رد العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ كما هو واضح فان معاملته لا يزيد على المعاملة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٤

الفضولية و على بيع الراهن العين المرهونة فيكون الفسخ راد لذلك.

و أما مدرك القول الثاني أن العقد انما وقع على العين التي هي متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية و انما يظهر له بظهور السبب فللمغبون استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد في ملك الغابن فلا- وجه لبطلانه من أصله بل يبطل من حين الفسخ و بعبارة أخرى أن الجميع بين دليل سلطنة الناس و دليل الخيار يقتضى نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حد المزاحمة لحق المغبون فإذا بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار السلطنة على فسخ المعاملة و أخذ العين عن يده.

و أما مدرك القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى يكون فسخ العقد الأول فسخا له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول بلزوم عقد الغابن و رجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل أو القيمة و ذلك اما من جهة أن التصرف في زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم كما هو الحق و سيأتي في أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل و اما من جهة عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الإشارة اليه و سيأتي التعرض له في أحكام الخيار.

أما الوجه الأول فيمكن المناقشة فيه أن هذا انما يصح إذا قلنا ان متعلق الفسخ هو العين فإنه ح يكون الفسخ المغبون إبطالا لعقد الغابن من الأول لكون العين متعلقة بحقه فيكون الفسخ ردا لها من الأول فيحكم ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح و لكن الأمر ليس كذلك بل متعلق الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا- مجال لبطلان عقد الغابن بناء على الأول يكون عقد الغابن كعقد الفضولي لكون العين متعلقة لحق الغير كالعين المرهونة إذا باعها الراهن فإن الفضولي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٥

ليس منحصرًا ببيع مال الغير بل يعم بيع متعلق حق الغير أيضا و عليه فيكون فسخ المغبون ردا لبيع الغابن من الأول و لكن قد عرفت أن

الأمر ليس ككك على أن كون المقام بمنزلة الفضولي يقتضى أن لا يكون عقد الغابن صحيحا مع عدم الإمضاء ان لا يكون بطلانه متوقفا على الرد فقط فانا لو فرضنا أن المالك لم يلتفت الى العقد الفضولي حتى مات فهل يتوهم أحد أن ذلك العقد يكون صحيحا، نعم لو التفت الى العقد الفضولي و مع ذلك سكت فيمكن أن يكون سكوته اجازة فافهم.

و أما الوجه الثانى فيرد عليه أن متعلق حق الخيار ان كان هو العين فتكون تصرفات الغابن مراعاة بإجازة المغبون العقد الفضولى فإن أجاز صحت تصرفاته و الا فتكون باطله من الأول و على الثانى فتكون تصرفات الغابن نافذة سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لإبطال عقد الغابن من حين الفسخ أصلا لأنه اما أن يكون باطلا من الأول أو أنه صحيح لا يبطل أصلا كما هو واضح و إذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث و قد عرفت و سيأتى فى أحكام الخيار أن تصرفات من عليه الخيار نافذة من دون توقف على اجازة المغبون و عليه فإذا فسخ المغبون العقد و كانت العين منتقلة إلى الغير بتصرف الغابن فيرجع المغبون الى المثل أو القيمة نعم لا يجوز لمن عليه الخيار فى العين فى البيع الخيارى كما عرفت فإنك قد عرفت أن بناء المتعاقدين فى مثل ذلك على بقاء العين كما هو واضح.

و أما الاستيلاء فهو لا يمنع عن ثبوت الخيار و لا يوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ المغبون العقد و يرجع اما الى العين أو البدل و أما بالنسبة إلى رد العين بان يقال هل يكون الاستيلاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٦

مانعا عن رد الأمانة نفسها أو لا فقد احتمل المصنف جواز الرد و عدم كون الاستيلاء مانعا عن الرد من جهة أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاء فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ و لكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاء يرفع موضوع حق الخيار و ان كان متقدما فلا يوجب تقديمه جواز الرد إذ ليسا هما الى حق الخيار و حق الاستيلاء من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار لتقدم سببه بل حق الاستيلاء يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فإنه ورد فى الشريعة المقدسة أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولها إلا فى قيمة رقيبتها و من الواضح أن النفى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك و لو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى و عليه فالاستيلاء مانع عن الرد.

و أما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو رد العين أم لا كما إذا تصرف الغابن فى العين المنتقلة إليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبه جائزة فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل اللازم لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك و السرفيه ما تقدم أن تصرف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد و كيف تصرف الغابن.

و أما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبة إلى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون و ذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن و الالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسحا لكلام العقدين أى أصل العقد و عقد المغبون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٧

اعنى العقد الجائز الذى هو محل الكلام هنا و بعبارة أخرى الفسخ الواحد يكون مبرزا لفسخ كلا العقدين و لكن لا يجرى ذلك فى المقام حيث ان العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و فى ملكه و فسخ المغبون أصل العقد و لو مع قصد رد العين لا يكون فسحا لعقد الغابن لو صرح المغبون بأنى فسخت عقد الغابن أيضا لا يفيد الا أن يفسخ الغابن بنفسه فإنه يفسخ بفسخه فهذا الوجه لا يفيد.

و قد ذكر صاحب المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فيه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العين فى ملكه و اما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول مما استحقه بالفسخ الى غيره ثم قال اللهم الا أن يقال انه لا منافاة لأن

البدل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها ثم قال لكن ذلك انما يتم مع كون العين باق على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل البدل. على انا لم نقل ببدل الحيلولة لعدم الدليل عليه كما عرفت في محله سابقا و التحقيق أنه لا- دليل على تسلط المغبون على إرجاع العين إذا فسخ العقد إذا كانت العين منتقلة إلى غيره من الغابن سواء كان الانتقال بعقد لازم أو جائز فإن المغبون ليس له أزيد من التسلط على فسخ العقد ورد العين إذا كانت غير منتقلة إلى شخص آخر و الا فلا دليل على إجبار الغابن على فسخه عقده الجائز و مع امتناعه يفسخ الحاكم و مع عدمه يفسخ المغبون كما هو واضح فإنه ليس للمغبون شيء من ذلك لعدم الدليل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٨

عليه و حق فسخه انما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون.

و الحاصل أنك قد عرفت أنه يقع الكلام في مقامين الأول في فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن و الثاني في فسخه بعد رجوعه اليه أما الأول فقد عرفت أنه لا وجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لأنه انما وقع في ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلولة يمكن أن يكون أخذ البدل من جهة الحيلولة بين المالك و انتفاعه عن العين و لكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلولة أنه فرق بين المقام و بين موارد بدل الحيلولة كما عرفت.

و أما إذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأن كانت العين منتقلة إلى الغير ثم رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أو ليس له ذلك فالظاهر من المصنف و صريح شيخنا الأستاذ هو التفصيل بين ما إذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد و بين ما رجعت اليه بزوال السبب الذي به انتقلت العين الى الغير كفسخ العقد و إقالته فإنه على الأول التزما بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لا بد و أن يرجع الى البدل من المثل أو القيمة و على الثاني فله الرجوع الى العين و ذكر شيخنا الأستاذ أن كلام الشافعي من العائد الزائل كأنه لم يزل أو كأنه لم يعدله وجه هنا و ليس نقله لمجرد حسنه كما أورده بعض على المصنف فإنه على الأول فالزائل العائد كأنه لم يعد فإنه إذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن و أما على الثاني فكأن الزائل العائد لم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر و لم يزل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٦٩

من ملكه بل هي باقية على ملكه على السبب الذي انتقل اليه بهذا السبب.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين صورتين فإنه على كلا التقديرين يرجع المغبون الى العين لكونها متعلقة لحق المغبون فإذا وجدت في ملك المغبون فله الرجوع إليها و ليست الملكية قابلة للرد حتى يقال أن الملكية الزائلة كالذي لم تزل أو كالذي لم تعد أو يقال بأن قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن على النحو الذي تلقاه من المغبون بل هي إذا زالت، زالت بالكلية و لم تعد بعد و انما الكلام في كون العين متعلقة لحق المغبون فإذا وجدت في ملك الغابن يرجع إليها كيف ما كان و قد ذكر ذلك السيد ره هذا كله فيما إذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما إذا لم يكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف إلى أقسام الأول أن لا يكون موجبا للتغير بوجه لا من حيث الزيادة و لا من حيث النقص و هذا خارج عما نحن فيه فإنه لا شبهة في عدم منعه عن الرد و اما أنه يوجب النقص أو يوجب الزيادة و قد يكون موجبا للامتزاج و أما على تقدير كونه موجبا للنقص فذلك قد يكون بنقصان جزء من المبيع و أخرى بنقصان وصف الصحة و ثالثه بنقصان وصف الكمال بحيث لها دخل في زيادة المالية و رابعة بنقصان وصف ليس دخيلا في زيادة القيمة أصل أما الأخير فهو أيضا خارج عن المقام فإنه لا يوجب شيئا أصلا كما أن المبيع كان واجدا لوصف غير دخيل في زيادة المالية و قد فقد بالفعل كأن يكون عبدا كان يجب المحل البارد و فعلا لا يجبه و أما الوجه الأول أعنى النقصان بنقصان جزء المبيع فلا شبهة أيضا في أنه يرجع المغبون إلى البقية و يأخذ البدل للجزء الفائت لكونه تالفا و أما المتوسطن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٠

أعنى ما كان الفأنت هو وصف الصحة أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحة و التزم بلحوقه بالجزء الفأنت و بين فوات وصف الكمال و التزم برجوع المغبون الى العين بدون شىء فيه أصلا.

ثم ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال ما لو وجدت العين مستأجرة فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مدة الإجارة و لا يجب على الغابن بدل عوض المنفعة المستوفاه بالنسبة الى بقية المدة بعد الفسخ لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعة الدائمة تابعة للمالك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعة العين بأسرها ثم ذكر أنه يحتمل انفساخ الإجارة فى بقية المدة لأن ملك منفعة الملك المترزل مترزل و هو الذى جزم به المحقق القمى إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع ثم اشكال على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعة نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشتري المؤجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب.

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحة و التزم بالأرش و بين وصف الكمال و التزم بالرجوع الى العين بدون شىء لا يرجع الى محصل و ذلك لاین الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال ان كانت تقابل بالمال فلا بد من الرجوع الى الأرش فى كليهما و الا- فلا و اذن فلا وجه للفرق بين وصف الصحة و بين وصف الكمال و حيث ذكرنا مرارا و ستعرف فى أحكام الشروط أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالمال فاذن فلا وجه للرجوع الى الأرش بل إذا رجع المغبون الى العين و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧١

واجده لها و يرجع الى التفاوت بينهما لا أن الأوصاف لها قيمة فيرجع إليها. على أنه لو كانت الأوصاف تقابل بالمال فمقتضى القاعدة أن تنقص من الثمن سواء طالب المغبون أم لا- لا- أن يرجع الى الغابن و يؤخذ منه الأرش و أما ثبوت الأرش فى خيار العيب مع المطالبة فمن جهة النص.

و بعبارة أخرى أن التفرقة بين وصف الكمال و وصف الصحة إنما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصحة بمنزلة الجزء الفأنت بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه بحيث لانزمه ان ينقص من الثمن مع فوته عند الغابن دون وصف الكمال و لهذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل و لا يمكن الالتزام به لأن الأوصاف و ان كانت موجبة لزيادة مالية المال الا أنها لا تقع فى مقابلها شىء من العوض فى عقد المعاوضة و ثبوت الأرش فى خيار العيب فى مقابل وصف الصحة إنما هو بالتعبد لا من جهة وقوع الثمن بإزائه و الا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن.

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصحة تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بان الضمان المعاوضى و ان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحة دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا- فرق بين الأوصاف فى أنها بأجمعها مضمونة على المفسوخ عليه كما تكون مضمونة على الغاصب لان وجه الضمان فى البابين انما هو قاعدة ضمان اليد و أنه لا بد من رد العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليد ضمان فلا و أن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقدة لجهة دخيلة فى مالية العين فلا بد و أن تقوم العين واجدة لها و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٢

فاقدة لها و يؤخذ التفاوت و على الجملة لو تمت هذه القاعدة لا يكون ضمان لوصف الصحة أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شبهة و كيف كان فمقتضى قاعدة ضمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الذى وضع الغابن يده عليها فان كانت موجودة صحيحة أخذت العين و الا فالبدل بالمقدار الذى فاتت عنها كلا أو جزء كما لا يخفى فافهم.

لا يقال أو يوم الفسخ هو يوم الضمان و من الواضح أن المعين فى هذا اليوم فاقدة للوصف فلا يكون وصف الصحة تحت الضمان

فإنه يقال أن الضمان المعاملي الذي هو المعنى في كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفساده موجود من الأول فلا بد وأن يخرج من عهده كما إذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فإن المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصحيح عينا أو بدلا فافهم.

و أما ما أورد على المحقق القمي من عدم كون الملكية متزلزلة من الأول في عقد الإجارة صحيحة ولكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون الا العين الخالية عن المنفعة و الا فربما يكون الغبن في إرجاع العين بلا منفعة إلى نهاية مدة الإجارة أكثر من الغبن في أصل العقد و لا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجره بقیة المدة كما ذكره في القواعد بل مقتضى قانون الفسخ و قاعده ضمان اليد ان يرجع الى العين على النحو الذي اسلمها الى الغابن بجميع خصوصيات تلك العين و حيث كانت الخصوصيات فائتة فتقوم العين صحيحة و واجدة لجميع المنافع بالفعل و فائدة للمنفعة إلى مدة فيؤخذ التفاوت و لكن هنا نكتة تنبه بها شيخنا الأستاذ و ليس ان نقصان العين عن القيمة المتعارفة انما كان فاقدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٣

لمنفعة مدة خاصة و إذا فيكون التفاوت بمقدار اجرة مثل بقیة المدة و لذا عبر في القواعد بأجرة المثل فافهم.

و الحاصل ان التصرف قد لا يكون موجبا للتغير لا عينا و لا حكما و هذا لا شبهة في انه يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شيء آخر و قد يكون موجبا للتغير اما بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج أما النقيصة فقد عرفت انها قد تكون بنقصان الجزء و قد يكون بنقصان وصف الصحة و قد يكون بنقصان وصف الكمال و قد يكون بنقصان وصف لا دخل له في زيادة المالية أصلا اما الأخير فلا شبهة في خروجه عن محل الكلام بدهاه عدم دخله في المالية أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصلا و اما بقیة الأقسام فلا شبهة في كون النقصان فيها موجبا للضمان فتقوم العين واجدة للخصوصية الفائتة و فاقدة لها فتؤخذ التفاوت و الوجه في ذلك ان قاعده ضمان اليد تقتضى ضمان العين على النحو الذي أخذها من المالك و وجب عليه ردها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيلة في المالية و ما ذكره المصنف من الفرق بين وصف الصحة و صفة الكمال لا يمكن المساعدة عليه فإنهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسهما و من حيث دخلهما في زيادة المالية كما لا يخفى.

و كذا إذا كانت العين مستأجرة فإن مقتضى اليد هو إرجاع العين على النحو الذي أخذها الغابن من المغبون و من الواضح ان العين لم تكون مسلوبة المنفعة حين ما أخذها الغابن من المغبون فلا بد من ردها واجدة للمنفعة و حيث انها مستأجرة و مسلوبة المنفعة إلى مدة معينة فتقوم واجدة للمنفعة و فاقدة لها و يؤخذ التفاوت و لا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشيء على الغابن كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٤

ثم ان هنا قسما آخر من النقيصة الذي لم يتعرض له المصنف و لعله كان من جهة الوضوح و هو ان النقصان قد يكون حكما بمعنى يكون نقصان في القيمة السوقية و هذا لا يدخل تحت الضمان بوجه فان مقتضى ضمان اليد هو إرجاع العين على النحو الذي أخذت من المالك و من الواضح ان العين إذا ردت ككك يسقط الضمان عن ذي اليد و اما تفاوت القيمة فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم.

و اما إذا كان التصرف موجبا للزيادة فقد تكون الزيادة حكمية بأن يكون التفاوت في زيادة القيمة السوقية و هذا لا يوجب الضمان أيضا كما كان لا يوجب في طرف النقيصة فليس للغابن ان يرجع الى المغبون بزيادة القيمة فإن مقتضى قاعده اليد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيلة في ماليتها و المفروض انها رجعت ككك و اما زيادة القيمة السوقية كنفصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتضى للضمان هنا أصلا لا زيادة و لا نقيصة كما لا يخفى و إذا فسخ المغبون و رجع الى العين فليس للغابن ان يدعى ان العين قد زادت قيمتها و ان ترد الزيادة لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزيادة و انه أخذ العين على النحو الذي كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيلة في المالية فزيادة القيمة أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم.

و ان كانت الزيادة في الأوصاف التي لا تكون دخيلة في المالية أصلا كما تقدم نظيره في طرف النقيصة أيضا كقصاره الثوب (أو

غسله) و صفاء الذهب بان نظفه فصار نظيفا و هكذا فمثل هذه الزيادة أيضا لا شيء عليها كما لا شيء على مثلها في طرف النقيصة.

و اما إذا كانت الزيادة في الأوصاف التي لها دخل في زيادة المالية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٥

كتعليم العبد صفة العلم و الكتابة و الخياطة أو صنعة من الصنائع و كضرورة العين سميها و غيرها من الأوصاف التي أحدثنا المشتري في العين و أوجبت زيادة المالية فإذا فسخ المغبون العقد و قدر صارت العين متغيرة بمثل هذه الزيادة في ملك الغابن مثل فهل للغابن ان يرجع الى هذه الزيادة أم لا فقد ذكر المصنف انه يصير شريكا للعين مع المغبون.

أقول ان أراد من الشركة في العين فلا- وجه له و ذلك لان الأوصاف و ان كانت واسطة لثبوت المالية أو زيادتها في العين و لكنها بأجمعها لا تقابل بالمال كما عرفت و عليه فلا وجه لحصول الشركة في العين بزيادة تلك الأوصاف لعدم المقتضى لذلك و ان أراد ان حصول الشركة في المالية فهو متين بمعنى ان تلك الأوصاف قد أوجبت زيادة المالية في العين فتلك الأوصاف بنفسها و ان لم يقابل بالمال و لا تدخل تحت الضمان و لكنها تقابل المال بتبع العين فهي واسطة لثبوت المالية أو زيادتها في العين و العين واسطة لعروض المالية على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكا في مالية العين مع زيادة الوصف الموجب لزيادة قيمة العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخله تحت الضمان في طرف النقيصة أيضا كما هو واضح و الشاهد على حصول الشركة في المالية هي السيرة العقلانية فان سيرتهم قائمة على ان زيادة الأوصاف توجب زيادة المالية بحيث يكون المحدث شريكا مع أصل المالك كما إذا اشترى صفرا من شخص فجعله قدرا أو اشترى صوفا و جعله عباء أو فراشا و هكذا ثم ظهر ان المعاملة مشتملة على الغبن فإن السيرة قائمة على ان الغابن شريك في مالية العين في مقابل تلك الأوصاف التي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٦

أوجدها في العين و ليس للمغبون أخذ العين بلا رد شيء إلى الغابن مع ان الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوي عشر ما يساوي القدر و العباء.

و الفرق بين الشركة في العين و الشركة في المالية انه لو أخذ المغبون العين و زالت صفة الزيادة الموجبة الزيادة المالية بلا تفریط من المغبون و قبل رد حصة الغابن كما إذا زالت صفة السمن أو صفة الكتابة أو صفة العلم و نحوها فإنه يزول حق الغابن لقوامه بالصفة الزائدة و المفروض انها زالت و هذا بخلاف ما إذا قلنا الشركة في العين فإنها قائمة بنفس العين فما دامت العين موجودة فالشركة موجودة سواء زالت الأوصاف أم لا.

ثم ان الظاهر انه لا فارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى فإنه على كل تقدير فالشركة في المالية حاصله فان ما يقابل الأوصاف الزائدة من المالية ليست اجرة لعمل الغابن حتى يتوهم ان الزيادة إذا كانت بفعل الله تعالى فلا عمل للمشتري حتى يقابل بالأجرة بل المقابل بالمال انما هي نتيجة العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزيادة بفعل الله تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان في النتيجة فتكونان موجبتين للشركة في المالية فلا وجه لما فرق به شيخنا الأستاذ بين ما كانت الزيادة بفعل الغابن فالشركة وجه و بين ما كانت الزيادة بفعل الله تعالى فلا وجه للشركة، و لو كان للعمل دخل فلا بد من القول بثبوت الأجرة فيما إذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما إذا علم العبد الكتاب و لم يتعلم لبلادته فافهم.

و قد عرفت ان الكلام قد يقع في صورة الإلتاف و قد تقدم الكلام فيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٧

و قد يقع في صورة النقيصة على أقسامها و قد يقع في صورة الزيادة و قد عرفت ان الزيادة إذا كانت في القيمة السوقية فلا حق للغابن ان يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فإن له رد العين على النحو الذي أخذها و المفروض انه لم يحدث في العين حدثا حتى يوجب زيادة المالية بل هي من جهة زيادة القيمة السوقية. و كك الكلام في النقيصة و اما الزيادة الأوصاف الكمالية أو الصحة فقد عرفت

انها تدخل تحت الضمان و توجب الشركة في المالية كما لا يخفى و اما الزيادة في الأوصاف الغير الدخيلة في المالية فلا توجب شيئا بوجه.

ثم ان الزيادة قد تكون عينا ممتازا عن المبيع أو الثمن الذي غبن فيه و هذه الزيادة قد تكون أجنبية عن العين بالكلية و غير مربوطة بها و هذا كما إذا اشترى الغابن دكانا في الجادة و وضع فيه المتاع و التفت بالمغبون بالغبن ففسخ العقد فإنه يأخذ دكانه و ليس للغابن ان يقول ان ثمن متاع في هذا المكان اغلى من المكان الآخر و النقل اليه يكون ضررا عليه فلو انتقله لحديث نفى الضرر فان ذلك الزيادة من جهة خصوصية المكان لا من جهة ان الغابن عمل هنا عملا فذلك العمل قد أوجب الزيادة و هذا خارج عن المقام.

و قد تكون الزيادة مع كونها ممتازة عن العين التي وقعت عليها المعاوضة مربوطة بالعين كما إذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الأشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا و خاط فيه النقوش التي هي موجودة بعينها.

و تفصيل الكلام هنا انه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشخص و لكن اشغلها شخص آخر غصبا بان غصبها و بنى فيها البناء أو غرس فيها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٨

الأشجار و كذلك لو انتقلت الأرض إليه بعقد فاسد و غرس فيها الأشجار و مثل ذلك ما لو أجرها من شخص و انتهى أمد الإجارة و قد اشغلها المستأجر بالبناء نحو ذلك من الموارد فإنه لا شبهة في أمثال ذلك ان لمالك الأرض ان يطالب من مالك البناء تفريغ أرضه فإنه لا عرق الظالم و إذا منع فرغه بنفسه كما حقق في محله و ليس عليه شيء أصلا فإنه مالك على الأرض و ليس للغاصب ان يمنعه من التصرف في ملكه حتى لو كانت قيمة البناء عشرة آلاف دينار و قيمة الأرض عشرة دنانرا فأیضا لمالك الأرض مطالبه أرضه و لو مع رضاء مالك البناء بالبقاء على الشركة كما هو واضح لان مالك الأرض له السلطنة على ملكه بمقتضى دليل السلطنة و ليس لأحد ان يمنعه من ذلك و ليس المقام مشمولاً لدليل نفى الضرر لكونه في مقام الامتتان و المقام ليس كك على ان مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره.

و قد يكون ملك المالك على الأرض ملكية محدودة من الأول كما إذا كان لأحد حديقته فوهب أرضها لأحد أولاده و أشجارها لأولاده الأخر فإنه ليس لمالك الأرض ان يجبر مالك الأشجار على إجبار تفريغ الأرض فإنه مالك على الأرض من الأول ملكية محدودة لا ملكية مطلقة و عليه إذا باع مالك الأشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصية بأن تبقى الأشجار فيها لا انها تفلح و من هذا القبيل إرث الزوجة من البناء دون العقار فإنه إذا باعته من شخص ليس للورثة ان يجبروا المشتري بقلع البناء و ليس لهم ان يجبروها بقلع البناء فإنها تستحق البناء لا الأحجار و الأخشاب كما لا يخفى.

و هنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الأول أو من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٧٩

القسم الثاني و هو ما نحن فيه اعنى تملك الأرض بفسخ العقد بخيار الغبن فهل يملك المغبون الأرض ملكية مطلقة حتى يكون له مطالبة الغابن بتفريغ أرضه بلا أرش أصلا أو لا يملكه إلا ملكية محدودة فليس له ذلك و مثل ذلك تملك الأرض بحق الشفعة ففي المقام أقوال ثلثة قول بأنه مثل القسم الأول فلمالك الأرض الذي هو المغبون ان يطالب الغابن تفريغ أرضه من دون ان يكون عليه شيء كما اختاره في المختلف في الشفعة أو عدم تسلطه عليه كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا.

و منشا الخلاف ان الغابن الذي يستوفى منفعة الأرض إلى مدة هل يكون بذلك مالكا المنفعة الأرض إلى انتهاء المدة التي استوفى منفعتها الى تلك المدة بحيث لو عادت الأرض إلى ملك المغبون تبقى المنفعة في ملك الغابن أيضا بغير ان يكون عليه شيء من الأجرة كما هو كذلك في الإجارة بأن أجز العين إلى مدة معينة حيث الإجارة لم تفسخ لوقوعها في ملك الغابن و كذلك الأمر هنا

فان التصرف قد وقع في ملك نفس الغابن فلا يتوجه عليه غرامة أصلا.

و بعبارة أخرى شأن الغرس و الزرع و البناء على الأرض شأن إجارتها من شخص آخر إلى مدة فكما انها تكون مسلوبة المنفعة في الإجارة و مع ذلك ليس للمغبون فسخ عقد الإجارة و كذلك في المقام فان الاستيفاء يكون سببا لتملك المنفعة فتكون الأرض مسلوبة المنفعة و ليس للمغبون ان يطالب تفرغ الأرض غاية الأمر له حق مطالبه الأجره على الأرض.

و بعبارة أخرى ان الغارس قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٠

باقيا كما في الإجارة فيجب عليه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجرة المثل أو قيمة النقص و التفاوت و لا يبعد ان يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء.

أو يقال ان مالك الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغه عن البناء و الأشجار و واجده للمنفعة فله مطالبه أرضها بعد فسخ العين أو انفساخه على النحو الذي دفعها اليه و لم تكن ذلك مسلوبة المنفعة أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ و دليل ضمان اليد كما هو واضح و الحق هو الثاني فإن مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذي دفعها الى الغابن و من الواضح ان الأرض التي دفعها اليه لم تكن مسلوبة المنفعة فلا بد له من ردها كذلك و اما قياس المقام بالإجارة فيلا وجه لكونه مع الفارق فان في عقد الإجارة قد يعتبر ملكية المنافع إلى مدة للمستأجر و هذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنة و لا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم و اما تصرف الغابن بنفسه في الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبة المنفعة إلى مدة و يستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكية له بوجه و إذا فإذا فسخ المغبون العقد فله مطالبه أرضه فارغه عن البناء و الغرس و له قلع ذلك كله و تفرغ أرضه فإن مقتضى اليد هو ذلك.

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمة الأشجار المغروسة أو البناء فإنها بعد القلع تكون أحجارا و اخشابا فيكون متضررا و هو منفي في الشريعة المقدسة أو ليس له ذلك و قد يقال بثبوت تفاوت القيمة بين البناء و الأحجار و بين الشجر و الخشب على صاحب الأرض فلا بد له ان يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعدة نفي الضرر فان قلع بناء الغابن أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨١

أشجاره عن الأرض ضرر عليه فيكون منفيًا بحديث نفي الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرض لصاحب البناء أو الأشجار.

و فيه أولا ما ذكره المحقق الايرواني من أنه ليس هنا ضرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فإنه قد بنى في هذه الأرض البناء و غرس فيها الأشجار أو علم العبد الصناعة مثلا لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لا أنه تضرر إذ ليس له ملكية مطلقة على الأرض مع البناء و الأشجار الموجودة فيها بل كانت ملكيته محدودة بحدّ خاص و بوقت معين و إجبار مالك الأرض الغابن بقلع شجره أو بنائه ليس ضررا عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح.

و ثانيا أن دليل لا ضرر لا يشمل موردا يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فإنه بالنسبة الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لأحدهما معارضا بشموله للآخر فان إجبار صاحب البناء على قلع بنائه بدون الأجره ضرر عليه و إعطاء صاحب الأرض قيمة البناء باستثناء أحجاره ضرر على صاحب الأرض فإنه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب إلا أرضه فمقتضى قاعدة اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذي أعطاها للغابن و لا وجه لتضرره من جهة فعل الغابن كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن حديث لا ضرر وارد في مقام الامتنان فلا يشمل موردا يكون شموله ضررا على الغير لأنه خلاف الامتنان (و هنا وجه ثالث نذكره في الوجه الثاني) الوجه الثاني أن قاعدة احترام مال المسلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدرا فان إجباره على قلع شجرة أو أشجار عن أرض المغبون بلا إعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلا بدّ له من إعطاء تفاوت القيمة بين البناء و الأحجار و بين

الأخشاب و الأشجار و قد: ذكر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٢

ذلك شيخنا الأستاذ.

و فيه أولا أن حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمة إتلافه و الا يكون المتلف ضامنا و أما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعدة ففي المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن إلا أرضه على الذى أعطاها إياها فلا بد للغابن ان يردها الى المغبون و حيث كانت تلك الأرض فارغة و غير مسلوبة المنفعة فلا بد للغابن ان يردها كذلك و من الواضح ان ذلك لا يمكن الا ان يفرغ الغابن الأرض و يقلع بنائه و أشجاره و اى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون.

و بعبارة اخرى ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا يذهب هدرا بإتلاف أحد لا انه يقتضى ان يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلا فالمغبون لا يطلب إلا أرضه و ليس له شغل بإتلاف مال الغابن و انما الغابن يتصدى بإتلاف ماله لعدم حق له فى إبقائه فى أرض الغير و بعبارة اخرى ان إبقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلا فإنه بعد الفسخ يكون إبقائه ذلك فى أرض الغير غصبا و ليس لعرق الظالم حق.

و يرد على كلا الوجهين النقض بما إذا غرس احد أشجارا فى أرض الغير جهلا بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى انه تعلق الأشجار و ليس على الغارس شىء مع انه ليس غاصبا حتى يقال انه يؤخذ بأشق الأحوال مع ان لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعدة الضرر أو لقاعدة احترام مال المسلم لكان لازم ذلك ان يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسألة أيضا و قد عرفت انه لم يقل احد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل انه لا يثبت تفاوت القيمة على المغبون كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٣

و قد عرفت انه كان الكلام فى تصرف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون و كان الكلام فى صورة الزيادة بما لا يكون متصلا بالعين و انتهى الى ما إذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لإبقائها فيها أو لا و قد عرفت ان هنا أقوال ثلثة الأول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الأشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعة بالإجارة الثانى تسلطه على إجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا و قد اختاره العلامة فى شفعة المختلف الثالث للمغبون ان يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجرة و هذا القول قد اختاره المسالك و تبعه جمع من المتأخرين و قد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجرة الذى هو قول العلامة و اخترناه لان المغبون له حق مطالبة أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد و ان كان لازم ذلك صيرورة أشجار الغابن حطبا و قد عرفت أيضا مدرك ثبوت الأجرة من قاعدة لا ضرر و قاعدة احترام مال المسلم و قد عرفت جوابهما أيضا.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ أو الغابن و ان كان لم يملك الأرض ملكية مطلقة و لكنه مالك للأشجار فإذا أجبره المغبون على القلع تكون الصورة الشجرية متبدلة بصورة الحطبية فتزول المالية الشجرية و من الواضح ان هذا ضرر عليه و لكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بإزالة المالية عن الأشجار و ازالة الصورة الشجرية و انما له مطالبة أرضه فارغة كانت أو لا بمقتضى دليل اليد و لا يستند انتفاء المالية من الشجرة إلى المغبون بوجه و انما لازم مطالبته الأرض هو ذلك و هو بمجرد لا يستلزم الضمان و هل يتوهم أحد انه إذا نسى أحد أو غفل ان الأرض الفلانية ملك شخص آخر فغرس فيها أشجار ان تفاوت القيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٤

بين الشجرية الخشبية بعد القلع على صاحب الأرض و ليس كذلك و على الجملة فنقطة الكلام هو ان مقتضى دليل اليد هو وجوب رد ارض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح و لا يقاس المقام باستيفاء المنفعة بالإجارة لكون ذلك بالملك كما عرفت.

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس و الزرع فالترزم فى الأول بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مدة ينتظر فيها و فى الثانى

بلزوم الصبر مع الأجرة لوجود مدة ينتظر فيها و لكن لا نعرف وجها صحيحا لهذه التفرقة الأطول المدة و بعدها فإن المدة كما كانت محدودة في الزرع كذلك كانت محدودة في الغرس أيضا فاني معنى للقول بان في الزرع مدة فيتفرغها دون الغرس فأطول ما يعيش من الشجر هو النخلة فإنها على ما يقولون تعيش مائة سنة و مع ذلك فهذه المدة محدودة فتتحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المدة و قصرها و لكنه لا يكون فرقا في المقام فان المغبون له مطالبة أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك و لو كانت مدته قليلة و دعوى عدم ثبوت حق إجبار قلع الزرع مع قصر المدة دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا في دليل اليد و من البديهي انه لا دليل عليه كما هو واضح فإنه فأى مخصص لها بالنسبة الى ما إذا كانت مدة التصرف في العين قليلة و قد وجه شيخنا الأستاذ كلام المسالك بأنه إذا كانت الأرض مشغولة بالزراعة فليس فيها ضرر على المالك إذ الأرض قابلة للزرع و معدة له و إذا اعطى الغابن أجرة الأرض فلا- يكون هنا ضرر على المالك حتى يتعارض الضرران هذا بخلاف كون الأرض مشغولة بالغرس فإنه ضرر على المالك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٥

و فيه انه ليس لهذا الكلام إلا- الصورة فإنه يمكن ان يقال ان الأرض المغروسة معدة للشجر فإذا غرس الغابن فيها شجرا و اعطى أجرتها لمالكها لا يكون في ذلك ضرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقة أيضا و على الجملة ان مقتضى دليل اليد هو تسلط صاحب الأرض على مطالبة أرضه من الغابن و ان استلزم ذلك ضررا على الغابن فان ذلك لا يستند اليه فافهم.

ثم انه هل يفرق بين المقام و بين مسألة التفليس أم لا و قد ذهب المشهور إلى انه ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرض في التفليس و ذكر المصنف انه يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لان سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعها و لو مع الأرض بلا خلاف أقول لا شبهة على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام و بينه فرق أصلا بل في كلا الموردین للمالك بعد الفسخ ان يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد و ليس لأحد ان يمنع من ذلك كما هو واضح فلا وجه لما ذكره المصنف من ملاحظة الأسبقية و اللاحقية فإنه على القول بالثبوت يتزاحمان و لو كان أحدهما سابقا و الآخر لاحقا إذ الأسبقية يوجب عدم التزاحم في المدة الخالية عن المزاحم و لكن في مدة وجود المزاحم يتزاحمان بقاء كما لا يخفى و لكن الذي يسهل الخطب ما ذكرناه في عدم ثبوت حق للمشتري في مسألة التفليس أيضا حتى يتكلم في التزاحم بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشتري و ان استلزم ذلك ضررا على المشتري كما لا يخفى الا ان الكلام في أصل ثبوت الخيار في مسألة التفليس مع انتقال العين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٦

الى غيره بالهبة أو بالبيع فإنه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح و قد حقق ذلك في كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار إرجاع العين كما في المقام.

ثم انه على القول بثبوت حق المطالبة لمالك الأرض أرضه من الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشرة أو يطالب قلعها من الغابن فإذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر انه ليس له مباشرة قلعها فان الثابت على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبة حقه عن الآخر فلمالك الأرض مطالبة أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبة أشجاره من المغبون فإذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم و هو يجبره على ذلك و الا- باشر كل منهما على تفريق حقه بنفسه و لو باشر مالك الأرض مثلا قلع أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فضمن نقصان القيمة لكونه إتلافا لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامنا و من هنا ظهر حكم الأغصان الداخلة على الجار فان الجار له إجبار مالك الأغصان على القلع و تفريع أرضه من ذلك و هكذا الحيوان الداخل على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب الحيوان على الأخذ و الا فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون ضامنا و ما ذكره المصنف بين الأغصان الداخلة على الجار فلا يجوز

للجار إجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الأشجار فى أرض الغير فله إجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لا وجه له فان دخول الأغصان على الجار و ان كان بلا اختيار حدوثا و لكنها باقية فى ملك الغير باختيار المالك بقاء فله مطالبة تفرغ داره عن ملك الغير كما لا يخفى فافهم.

و اما لو كان التغير بالامتراج ذكر المصنف ره صوراً فى المقام لانه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٧

اما ان يكون بغير جنسه و اما ان يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفاً لا يحكم فى مثله بالشركة كما تراج ماء الورد بالزيت فإنه يعد تالفاً غاية الأمر يوجب مزية المالىة فى الخليط الآخر فى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زيادة مالىة العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك و ان كان الامتراج على وجه لا يعد تالفاً كالخل الممتزج بالانجيين فى كونه شريكاً أو كونه كالمعدومة و جهان و ان كان الامتراج بالجنس فان كان بالمساوى تثبت الشركة و كذلك بالأردى و لو كان بالأجود احتمل الشركة فى الثمن و ان كان الأجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثاً إلخ.

و الظاهر ان ما ذكره المصنف من الأول إلى آخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابق من حكم الامتراج فى تصرفات المغبون و الظاهر انه لا فرق بينهما موضوعاً و حكماً و قد ذكر سابقاً ان الامتراج فى حكم التالف لحصول الشركة المانع عن الرد و عليه فلا وجه لما ذكره هنا من حصول الشركة بين البائع و المشتري و قد ذكرنا سابقاً فى تقريب كلام المصنف ان قانون الفسخ يقتضى رد كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح ان الامتراج يوجب الشركة التى عبارة عن انتقال مقدار من مال كل من الشريكين الى الآخر لتحصل الشركة فى تمام الأجزاء التى لا تقبل القسمة عرفاً و عليه فإذا فسخ المغبون و أراد رد عينه فلا يرجع اليه جميع ما أعطاه الآخر من العوض بل مقداراً منه و مقداراً من مال الغير لان المفروض هو حصول الشركة كما لا يخفى و على هذا فلا بد من الرجوع الى البدل بعد الفسخ.

و بعبارة أخرى تارة نتكلم فى بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتراج

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٨

و هذا لا شبهة فيه لأنها قلنا بثبوتها مع التلف و كيف بالامتراج و الشركة و اخرى نتكلم فى إمكان رد العين مع الامتراج و هو لا يمكن فان قانون الفسخ يقتضى رد العين على النحو المأخوذ و المفروض انها امتزجت بغيرها و حصلت الشركة بينهما فلو رجعت نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضح فلا بدح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة هذا الذى ذكرناه سابقاً و يجرى مثله فى المقام أيضاً فإنه لا فرق بين الامتراج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل المغبون و هذا واضح جداً.

ثم ان التكلم فى أقسام الامتراج و حصول الشركة فى بعضها دون بعض و ان كان خارجاً عن المقام و لكن لا بأس بالتعرض لذلك لمناسبة تعرض المصنف له و الا- فليس مربوطاً بخيار الغبن لما عرفت ان المزج يلحق بالخروج عن الملك و معه يتمتع الرد كما لا يخفى فنقول ان ما يمتزج من المال بمال آخر اما ان يكون بحيث يعد معدوماً عرفاً إذا امتزج الآخر و يكون مستهلكاً فيه عرفاً من غير ان يكون ذلك موجباً للشركة قطعاً و هذا كما إذا اشترى الغابن زيتاً من المغبون و مزج فيه مقداراً من العطر فإنه يعد ذلك العطر تالفاً فى نظر العرف فلا يوجب المزج الشركة هنا نعم قد يوجب ذلك زيادة المالىة و ح يكون ذلك من صغريات الزيادة بتصرف الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً و هذا نظير ان يقع الجرة من الحائط و حسب مائه الحلو بحوض احد فيما ماء المر فإنهما و ان كانا من جنسين و قد امتزج أحدهما بالآخر و لكن ماء الجرة لقلته بعد تالفاً فى ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتراج لا يوجب الشركة قطعاً ثم ان كان ذلك بغير اختيار فيذهب العطر و ماء الجرة هدراً لعدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت و الحوض من اليد و الإتلاف فلا يرجع عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٨٩

لعدم استناده اليه و لا ان هنا ما يوجب الاشتراك كما عرفت و ان كان باختيار شخص و ان كانت يده يد ضمان فلا بد عليه من أداء بدل العطر و الماء و ان كانت يده يد امانة فلا شئ عليه هذا حكم ما لو كان احد (المتزوجين) تالفا في الآخر مع التفصيل في الضمان.

و ان كان الامتزاج بحيث يستهلك كل من الخليطين في الآخر و لا تبقى لكل منهما الصورة النوعية بل تحصيل هنا صورة نوعية اخرى و ان كان المادة منهما باقية و هذا كمزج الترياق مع الزعفران مع بعض الأجزاء الأخر فان ذلك يوجب تشكيل صورة نوعية التي تسمى بمعجون البزج الذي كان مرسوما سابقا و كان يأكله الشيوخ و لا تبقى الصورة النوعية لكل من الاجزاء في نظر العرف و لا يبعد ان يكون السكنجيين من هذا القبيل حيث ان كل من الخل و العسل قد زالت صورتها النوعية في نظر العرف و ان كانت باقية بالدقة العقلية و انما تحققت هنا حقيقة أخرى.

و عليه فيكون كل من مالك الخل و مالك العسل شريكا في العين بحسب المالية لا بحسب مقدار المزوجين يعني يقوم العسل و يقوم الخل و ينسب أحدهما إلى الآخر فيكون كل منهما مالكا للماهية المركبة الحاصلة من الخليطين بحساب المالية لا بحساب مقدار العوضين و الا- فلان ذلك ان يكون السكنجيين الحاصل من العسل و الخل الذان كل منهما كيلو واحد ان يكونا شريكين في السكنجيين على نسق واحد مع ان قيمة العسل عشر مقابل قيمة الخل بل أزيد و يختلف ذلك زيادة و نقيصة باختلاف الموارد اي باختلاف مالية المزوجين و كيف كان فتحصل الشركة هنا في العين باعتبار نسبة مالية المزوجين لا قدرهما و ليست الشركة هنا في المالية فقط و لا في المقدار فقط.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٠

الثالث ان يكون الممتزجان من جنس واحد و لم يكن الامتزاج موجبا لإتلاف أحدهما أو كليهما كما في القسمين المتقدمين بل تكون عين كل منهما موجودة حتى في نظر العرف و ان كانا مع ذلك متساويين من حيث الجودة و الرداءة فلا- شبهة في حصول الشركة في العين كما هو واضح.

و إذا كان المزج بالجنس و لكن بالأردى لا بالمساوي فذكر المصنف انه تحصل الشركة أيضا و هل يستحق المغبون أرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو امتزج بالأجود احتمل الشركة في الثمن أو في المالية ثم ان هذه الوجوه تجرى فيما إذا مزج المغبون ففي صورة مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلثة و بالأجود وجهان كما ذكره المصنف و ذكر شيخنا الأستاذ ان الشركة في المزج بالأردى أو الأجود انما تكون في العين بحسب المقدار لا بحسب المالية و ذلك لان الفائد ليس إلا الخصوصية الشخصية دون أصل المال و وصفه و ماليته فيأخذ كل منهما بمقدار ماله و لا وجه للشركة في المالية لأنه إذا أمكن الشركة في المقدار لا تصل النوبة إلى الشركة في القيمة نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالاردء فعليه أرش النقص.

أقول: لا- شبهة في ان المزج يوجب الاشتراك سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فإنه على كل تقدير يوجب الشركة و ذلك لبناء العقلاء على ذلك و على هذا فلو حصلت الشركة القهرية بين مالي شخصين بان مزج حيوان حنطة احد بحنطة غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوي منا منها بدرهمين و الآخر أردى منه و الظاهر انه لا يتوهم احد ان الشركة الحاصلة هنا بالمزج ليست باعتبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩١

المالية بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالين مثلا إذا كان لصاحب الردى منان و لصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان و صاحب الجيد منا و يكون التفاوت بينهما بين المجيد و الردى تالفا يعني تذهب صفة الجودة هدرا إذ ليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه و الظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد و لا يشك ذو مسكة أن الشركة هنا في المالية فإن بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركة بالمزج و كك بنائهم على كونها في العين بحسب المالية في مثل المزج بالردى أو

بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركة في القيمة و أما الرجوع الى الأرش فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال و كذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجة و الاشتراك في الثمن بل لا بد من الشركة في العين باعتبار ملاحظة المايه كما هو واضح.

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركة في القيمة نعم بقي هنا شيء و هو ما ذكره شيخ الطائفة من أنه إذا كانت الشركة في المايه يلزم الربا فإنه إذا مزج من الحنطة الجيده بمن من الحنطة الرديه و قلنا بالشركة بحسب المايه فإنه يكون لصاحب الحنطة الجيده أكثر من صاحب الحنطة الرديه كما إذا كانت قيمة الردى درهما و قيمة الجيد درهمن فان العين الممزوجة تقسم بينهما أثلاثا فيأخذ صاحب الجيد ثلثين و صاحب الردى ثلثا و يلزم الربا.

و لكن يرد عليه ان الربا لا يجرى إلا في المعاملات المشتملة على المعاوضات و حصول الشركة القهريه بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الربا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٢

ثم انه ربما يقال ان المزج إذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطة الرديه المغصوبه بحنطته الجيده فتكون الشركة هنا في المقدار لان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لكن يرد عليه أنه لا دليل على أنه يؤخذ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و ما ذكرناه من الشركة في المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجيين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختياري ثم هذا كله إذا لم يكن المزج موجبا لنقصان القيمة بأن تكون قيمة كل من الردى و الجيد محفوظا كما إذا اشترى الغابن منا من الحنطة الجيده من المغبون التي قيمتها درهمان و مزجه بمن من حنطته الرديه التي قيمة درهم واحد و كانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فإنه ح لم ينقص من قيمتها شيء و قد ينقص من قيمة الجيد بواسطة المزج كما إذا اشترى كيلوا من الأرز الرشتى بمائه فليس و مزج ذلك بارز كان قيمته عشرين فلسا و مزجهما الغابن فإنه ح تكون قيمة الأجود نازلا فإن زيادة القيمة من جهة جودته و صفائه و لعل قيمة الممتزجة لا- تسوى أكثر من درهم واحد و على هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا في هذا النقص و ان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شيء على صاحب الردى لانه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن رده كك فيأخذه بحسب المايه يعنى يأخذ من العين بنسبة ماله ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير ان يعطى تفاوت القيمة لعدم استناده اليه و هذا واضح جدا.

ثم بقي هنا شيء و هو انه لو امتزج

غير الجنس بغير جنسه من غير ان يكون أحدهما مستهلكا في الآخر بحيث يكون تالفا كما تقدم من مزج

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٣

العطر بالزيت و لا ان يكون كلاهما مستهلكا بحيث يكون المزج موجبا لتشكيل هيئة خاصة و ماهية مركبة و تكون صورتها النوعية العرفية غير الصورة النوعية في إجراء المركب بحيث تكون الشركة في المايه كما تقدم في مثل مزج الخل بالانجيين و لا ان يكون من قبيل مزج الجنس بالجنس بحيث تكون الشركة في العين في فرض تساوى القيمتين و في المايه في فرض عدم تساويهما بل يكون مزج غير جنس بغير جنسه بحيث يكون كل منهما ممتازا عن الآخر كمزج الحمصه مع الأرز و كمزج دقيق الأرز مع دقيق الشعير و هكذا فان هذا القسم لا يجرى فيه شيء من الأقسام المذكورة فلا بد فيه من الحكم بالشركة في العين بحسب المايه أيضا كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت ان التكلم في أقسام الشركة بالمزج لا- يرتب بخيار الغبن أصلا فإن المزج الذي يوجب الشركة كسائر النواقل اللازمة و انما التكلم هنا بمناسبة تكلم المصنف فيه فتحصل ان المزج يوجب الشركة في العين اما باعتبار المايه أو باعتبار المقدار فلا يلزم منه الربا أيضا و لا يرجع الى الأرش أو البيع و الاشتراك في الثمن.

قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن

إشارة

أقول التكلم فى التلف من جهة دفع توهم ان تصرف المغبون يكون مسقطا للخيار فالتلف أولى بأن يكون مسقطا للخيار والا كان الاولى التعرض لذلك فى أحكام الخيار و انما ذكره هنا لدفع هذا التوهم ثم ان المصنف قسم التلف إلى أقسام فإنه اما ان يكون فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون و على كل تقدير ان التلف اما بأفء سماوى أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبي و الظاهر انه لا فائدة لهذا للتقسيم كما ذكره المصنف فإنه لا يفرق الحكم بين ان يكون التلف فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٤

و بين ما ان يكون التلف بنفسه أو بتسبب غيره من أحدهما أو من الأجنبي

بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلث

إشارة

الأول فى حكم التلف و الإتلاف فإنهما واحد الثانية فى حكم إتلاف كل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذى انتقل من أحدهما إلى الآخر الثالث فى حكم إتلاف الأجنبي

اما المسألة الاولى [فى حكم التلف و الإتلاف]

فقد يكون التلف بعد الفسخ و قد يكون قبل الفسخ اما الأول فلا شبهة فى كونه موجبا للضمان فإنه بعد الفسخ يكون المال مال غير فيكون حكمه حكم الغصب فيكون ضمانه على الفاسخ فان يده بعد الفسخ يد ضمان فلا بد من الخروج عن عهده لانه على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو كان ذلك بالسيرة سواء كان التلف غير مستند الى شخص اى شخص كان أو مستند اليه و اما إذا كان التلف قبل الفسخ فتارة يكون الكلام بالنسبة إلى الخيار و اخرى بالنسبة إلى الضمان اما الأول فقد عرفت فيما سبق ان الفسخ متعلقه العقد لا العين و عليه فيبقى الخيار على حاله سواء كان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الأجنبي أو بنفسه فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع كل منهما الى البدل مع تلف العينين لان الرجوع الى العين مستحيل نعم بناء على كون متعلق الفسخ هو العين كما ان متعلق جواز الرجوع فى المعاطاة هو العين لكان لسقوط الخيار بالتلف وجه و لكن ليس الأمر كك.

و اما الكلام فى الضمان فلا شبهة انه إذا فسخ ذو الخيار العقد فيكون ضامنا للعوض فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى دليل اليد أو السيرة العقلية و لكن حيث يستحيل الرجوع الى العين فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة و هذا لا شبهة فيه و انما الكلام فى انه مع الرجوع الى القيمة هل إلى أعلى القيم من زمان الضمان الى زمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٥

الأداء أو قيمة يوم الفسخ أو قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الأداء وجوه و قد تقدم تفصيل المسألة فى المقبوض بالعقد الفاسد و قد تعرضنا هنا لحكم الغصب و ما فى حكمه من المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه و إجمال الكلام هنا انه قد يقال بضمان أعلى القيم فان مقتضى اليد ان لا يخرج من عهدة الضمان إلا بأداء ما وضع يده عليه و من المعلوم ان العين مع قيمته الأعلى تحت يد الغاصب فتكون مضمونة على الغاصب و من فى حكمه ممن يأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ و لكن الظاهر انه لا دليل على الضمان بأعلى القيم بوجه كما تقدم فى مسألة الغصب و قد أشرنا الى ذلك آنفا و الوجه فيه ان ما يدخل تحت اليد بواسطة الغصب و نحوه انما هو العين مع

الأوصاف الدخيلة في زيادة المايئة فإن دليل على اليد أو السيرة العقلانية يقتضى أداء العين مع جميع تلك الخصوصيات و حيث استحال ذلك فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة و اما ترقى القيمة السوقية أو تنزلها فلا يدخل تحت الضمان أصلا فإن القيمة السوقية قائمة بالاعتبار فتريد تارة و تنقص اخرى فلا تدخل تحت قاعدة ضمان اليد كما هو واضح فإنها لم تؤخذ حتى تكون معنى بالأداء.

و اما ضمان العين بقيمة يوم التلف فقد يقال به من جهة ان وقت الانتقال إلى القيمة هو ذلك اليوم فيضمن الغاصب و من في حكمه بذلك القيمة و قد أجبنا عن هذا الوجه فيما سبق بأنه و ان كان يوم التلف هو يوم الانتقال إلى القيمة و لكن أى القيمة هل هي قيمة يوم التلف كما زعمه المستدل أو قيمة يوم الغصب أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرد كون يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة لا يدل على ان تلك القيمة هي قيمة يوم التلف كما هو واضح و على القول بتماميته في مسألة الغصب لا يجرى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٦

هنا فإنه فيما يكون المال مغصوبا و مضمونا بعينه لكي ينتقل الى البدل يوم التلف و في المقام ليس كذلك فان التلف انما وقع في ملك الغابن أو المغبون على الفرض فان المفروض ان التلف انما هو قبل الفسخ فلا ضمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين إلى القيمة يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن ان يقال باعتبار ضمان قيمة يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه. بقى الكلام في ان المناط في وقت الضمان هل هو يوم الفسخ أو يوم الأداء فذهب شيخنا الأستاذ في خصوص هذه المسألة ان المناط هو قيمة يوم الأداء كما هو مقتضى القاعدة و تقريب ذلك ان الغاصب إذا غصب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها في ذمة الغاصب و من في حكمه الى وقت الأداء و ح حيث لا يعقل رد العين التالفه مع التلف فقهرنا تنتقل إلى القيمة أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمة يوم الأداء و هذا الذى تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه في تلك المسألة اى مسألة الغصب و لكن قلنا في تلك المسألة ان صحيحة أبى و لاد و اردة على خلافها فإنها اعتبرت في الضمان و فى وجوب أداء القيمة قيمة يوم الغصب و عليه فرغنا اليد عن القاعدة في مسألة الغصب و ما فى حكمه و حكمنا بوجوب قيمة يوم الغصب و هل يجوز التعدى من مورد الصحيحة الذى هو الغصب الى غيره أم لا- فالظاهر انه لا مانع من التعدى و تقريب ذلك ان النسبة بين قيمة يوم الغصب و يوم الأداء هي العموم من وجه فإنه قد تكون قيمة يوم الغصب أكثر و قد تكون قيمة يوم الأداء أكثر و قد يتساويا فإذا كانت قيمة يوم الغصب أقل من قيمة يوم الأداء فيحتمل ان يكون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه و لم يلاحظ حال غيرهم من الضمانات مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٧

و اعتبر عليهم قيمة يوم الأداء و هو مقطوع العدم فإن القاعدة عكس ذلك و قد ذكر الفقهاء ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و يحتمل ان يكون ذكر يوم الغصب فى الصحيحة من جهة كونه هو المناط فى الضمان بالقيمة فحيث كان الأول مقطوع العدم فيتعين الثانى كما هو واضح فيحكم بكون المناط فى الضمان هو يوم الغصب حتى مع القول بان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فإن المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحة فى المطالبة سواء كان واجدا أم فاقدا كما يجب المسامحة فى مطالبة الدين مع العسر بل الغاصب حكمه حكم الواجد يحل عرضه و عقوبته.

و العجب من شيخنا الأستاذ مع انه بنى فى المقبوض فى العقد الفاسد على ان المناط فى الضمان انما هو يوم الغصب لصحيحة أبى و لاد و مع ذلك بنى فى المقام بان المناط هو قيمة يوم الأداء عملا بالقاعدة.

المسألة الثانية فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف

بأن أتلف الغابن ما انتقل منه الى المغبون و بالعكس ثم فسخ المغبون العقد و الغرض هنا بيان ان الغابن بأى شىء يضمن بإتلافه و ان المغبون بأى شىء يضمن بفسخه و هكذا إذ أتلف المغبون ما انتقل منه الى الغابن و يتكلم فى ان المغبون أى شىء يضمن بإتلافه مال

الغابن و ان الغابن بأى شىء يضمن بفسخ المغبون العقد و تحقيق الكلام إذا أتلغ الغابن مثلا مال المغبون الذى انتقل منه إليه فإن أدى الغرامة فلا كلام لنا فيه و ان بقيت الغرامة حتى فسخ المغبون العقد فإنه يرجع الى الغابن بماله و حيث ليست العين موجودة فيأخذ قيمتها ان قلنا ان المناط فى الضمان بقيمة العين انما هو يوم التلف فلا كلام لنا فيه و كذا إذا قلنا بكون المناط قيمة يوم الأداء إذا لا يختلف الحال حينئذ بين ضمان المتلف و الضمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٨

الحاصل بالفسخ فان المناط فى الضمان انما هو قيمة يوم التلف و ان كان الفسخ متأخرا فإنه ح يسقط الضمانين بالتهاتر فان المغبون يطلب ماله من الغابن الذى أتلغه بقيمة يوم التلف و الغابن يطلب عين هذا المال من المغبون الفاسخ أيضا بقيمة يوم التلف فيقع بينهما التهاتر و هكذا لو كان المناط هو قيمة يوم الأداء كما هو واضح و انما الكلام فيما إذا قلنا بان المناط فى ضمان القيمة انما هو قيمة يوم الغصب فإنه حينئذ يختلف ضمان الغابن بقيمة العين و ضمان المغبون بها و كثيرا ما يكون أحدهما أكثر من الآخر كما إذا أتلغ الغابن العين التى انتقلت منه الى المغبون و كانت قيمته فى ذلك اليوم الذى هو يوم الغصب و الضمان عشرة ثم مضت مدة ففسخ المغبون العقد و كانت قيمة العين فى يوم الفسخ عشرين و كان هذا اليوم الذى ضمن المغبون القيمة لكونه بمنزلة يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صورة كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل مما ضمنه المغبون بالفسخ و ضمان اليد و عليه فلا يمكن ان يقع التهاتر بينهما بالنسبة إلى تمام ما اشتغلت ذمة المتلف و ذمة الفاسخ بل بالنسبة إلى مدار خاص و اما المقدار الزائد فلا بد للمغبون ان يخرج من عهده و يطلب من الغابن ثمنه.

و بعبارة اخرى ان المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى أتلغها الغابن و الثانى الثمن الذى أعطاه للغابن فإنه يطلب منه ذلك بعد الفسخ اما الثمن فلا شبهة فى انه يطلبه من الغابن على كل تقدير و اما العين التى أتلغها الغابن فان كان اشتغال ذمتها بقيمة يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمة الفاسخ أيضا مشغولة بقيمة يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٣٩٩

ذمتها بقيمة يوم الأداء فلا شبهة فى سقوط حق كل منهما عن ذمة الآخر بالتهاتر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو أحدهما و هذا لا شبهة فيه و ان قلنا بضمان قيمة يوم الغصب فح تختلف الحال فى ضمان كل منهما للآخر فإنه ربما يكون ذلك فى أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاتر إلا فى الجزء فقط.

و لكن يمكن ان يقال بحصول التهاتر هنا و ان قلنا فى المقبوض بالعقد الفاسد و مثله بكون المناط فى الضمان بالقيمة هو قيمة يوم الغصب لصحيفة أبى ولاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه و بيان ذلك ان مقتضى القاعدة كما عرفت انما هو ضمان نفس العين ابتداء و انما ينتقل الى مثل أو القيمة مع عدم إمكان رد العين و عرفت أيضا ان العين تبقى فى الذمة إلى وقت الأداء ففى ذلك الوقت تنتقل إلى القيمة كما هو واضح لعدم إمكان أدائها حتى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدره إلهية كان الواجب على الضامن ان يؤديها إلى المضمون له كما هو واضح و عليه فإذا كان ذمة كل من الغابن و المغبون مشغولة بعين واحدة أحدهما بالإتلاف و الآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفى هو وقوع التهاتر فى ذلك و عدم ثبوت حق مطالبته كل منهما على الآخر كما إذا أخذ أحد خبزا من الخباز بعشرين فلسا مع كون الخبز خمس أفلس ثم غصب الخباز ذلك الخبز فأكله ثم التفت المغبون الى الغبن ففسخ العقد فإنه يرجع اليه و يأخذ منه عشرين فلسا و ليس للغابن فى نظر العرف ان يطالب منه خبزه و يقول وجب عليك ان تعطى خبزي و وجب على ان اعطى خبزك فإن أهل العرف يقولون ان ما عطيته هو الذى أخذته و أكلته.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٠

و بعبارة اخرى ان الضمان بالقيمة انما هو مع عدم التمكن من العين و قد عرفت ان العين انما هو باقية فى ذمة الضامن الى وقت الأداء

و عليه فإذا أتلّف الغابن العين التي انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين و حيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسها فلا بد من أداء مثلها أو قيمتها و إذا فسخ المغبون العقد فتكون ذمته أيضا مشغولة بنفس تلك العين فإذا لم يخرج عن عهده الغرامة قبل الفسخ ليكون المغبون ح متمكنا من أداء العين فإن ذمته كل منهما مشغولة بالعين كما عرفت فيقع التهاثر فيحصل الأداء كما هو واضح و ح تنقلب القيمة أو المثل الى نفس العين كما إذا عادت العين بمعجزة و من الواضح ان مورد الصحيحة انما هو صورة عدم التمكن من أداء العين و كون الضمان في طرف واحد فلا تشمل المقام و توهم أنها مطلقة بالنسبة إلى عود العين أيضا لاستحالة الإهمال في الواقع فاسد بل الحكم مقيد في الواقع و في مقام الثبوت بعدم العود و في مقام الإثبات لم يقيد المولى و انما أهمل لعدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة و قد فرضنا الكلام في إتلاف الغابن مال المغبون و يجري جميع ذلك في عكس ذلك كما يظهر بالتأمل فلا يحتاج الى التكرار ثم لا يخفى انه في حكم الأداء لو ابرء احد ذمته المتلف فهو بمنزلة القبض.

المسألة الثالثة ان يكون المتلف هو الأجنبي

فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمة يتعين رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس و اما لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعين على كل منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف و الرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب و لكن لا يجري مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠١

ذلك بناء على اعتبار قيمة يوم الفسخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال و ان كان في ذمته المتلف أيضا ألا أنه قد أتلّف هو ما ليس للفاسخ قبل الفسخ بل لطرفه فيكون الأجنبي ضامنا للمالك. الفعلى دون المالك الأصلي و المالك الأصلي يطلب مصداق ماليه يوم الفسخ فلا يشتغل بقيمه يوم الفسخ إلا الطرف لا المتلف لكونه مكلفا بأداء قيمة يوم التلف أو يوم الأداء و ما ذكرناه أوضح بناء على كون الطرف ضامنا لنفس العين بمقتضى دليل اليد و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم الى يوم القيامة

قوله مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية

بناء على الاستناد في ثبوته في البيع الى نفى الضرر أقول لم يقع التعرض لثبوت هذا الخيار في غير البيع في كلمات الأصحاب كما وقع التعرض بجريان خيار الشرط في غيره و لكن عدم تعرضهم لذلك لا يكشف عن اعتقادهم بعدم جريانه في غير البيع أو جريانه فيه و أما تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع من جهة ذهاب بعض العامة إلى جريانه في ما عدا البيع أيضا. ثم انه لا دليل بالخصوص على جريانه في غير البيع أو عدم جريانه فيه و انما المهم هو التعرض لمدرّك هذا الخيار حتى يعلم أنه على نحو يجري في غير البيع أيضا أو لا فنقول ان كان مدرّك خيار الغبن هو الإجماع فلا شبهة في عدم جريانه في غير البيع لأنه دليل لبي و لا بد من أخذ المتيقن منه و هو البيع و ان كان مدرّكه هو نفى الضرر فيشمل ذلك غير البيع أيضا إلا إذا كان هنا اقدام على الضرر فإنه مع الاقدام لا يكون هنا خيار و لا يبعد صدق الاقدام على الضرر مع العلم و الجهل كما تقدمت الإشارة الى ذلك سابقا و لا يختص ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٢

بصورة العلم بالغبن كما ذكره المصنف و بنى عليه و كيف لا يهمننا التكلم في ذلك بعد ما عرفت من عدم تمامية دلالة حديث لا ضرر على المقصود و انما المدرّك هو الشرط الضمني كما تقدم تفصيله و عليه فلا بد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون

البناء في المعاملة على الدقة و عدم المغابنة و قد يكون على السمحة و المسامحة و قد لا يكون العقد مبني على شيء اما الأول فلا شبهة في تحقق الشرط الضمني فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينة نوعية على تساوى القيمتين و مع انتفاء القرينة النوعية فتلاحظ القرينة الشخصية على ذلك و من ذلك الإجارة و الصلح في مقام البيع و الإجارة و لا يفرق فيه أيضا بين أفرادها إلا إذا قامت قرينة خارجية على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فإنه إذا وقع الغبن في ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا.

و اما الثاني فلا يجرى فيه الشرط الضمني كالصلح في مقام المرافعة حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافي ذلك و كذلك الصلح في غير موارد البيع و الإجارة بأن كان على إبراء جميع ما في الذمة كائنا ما كان إلا إذا ظهر الحال و علم ان ما في ذمة المديون من الديون أضعاف ما اعتقده المتصالح فإنه حينئذ لا قرينة نوعية و لا شخصية على عدم الشرط هنا بل القرينة الشخصية قائمة على تحقق الشرط الضمني كما هو واضح.

و اما الثالث فلا بد فيه من ملاحظة حال الأشخاص في شخص المعاملة كالجعالة فعلم ان جريان الغبن في أى معاملة يحتاج الى جريان الشرط الضمني فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمني على تساوى القيمتين يحتاج إلى القرينة النوعية أو الشخصية و الحاصل ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٣

مقتضى أصالة اللزوم انما هو الحكم بلزوم كل معاملة و عليه فمقتضى الأصل الاولي هو اللزوم في جميع المعاملات و ح فلا بد من رفع اليد عنها من ملاحظة القرائن الخارجية القائمة على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينة عامة كبناء العقلاء أو خاصة على عدم التسامح و التساهل في المعاملة أزيد مما لا بد منه فلا شبهة في تحقق الشرط الضمني فيها على التساوى و عدم التغايب لان هذه القرينة قرينة على الاشراف فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك في كل عقد و معاملة حتى الصلح الذي كان البناء فيه على التسامح و التساهل إلا إذا ظهر التفاوت أزيد مما اعتقد المتصالح فإنه بالنسبة إلى الزائد يجرى الاشراف المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك في السابق الى جريان الخيار في التفاوت الزائد عن المقدار الذي وقع فيه التسامح و في كل مورد قامت قرينة عامة أو خاصة على ان بناء المتعاقدين على المسامحة و المساهلة بحيث تكون هذه القرينة دالة على عدم الاشراف فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو يباع فإنه ربما تقوم القرينة على عدم الاشراف و ان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما إذا باع الوالد مالا من ولده بخمسين دينارا مع الغفلة عن كونه يساوى بالماء فإنه و ان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفي بل القرينة الخاصة أعنى رأفة الوالد على ابنه قائمة على عدم الاشراف إلا إذا لم تكن بينهما رأفة تقتضى ذلك فإن القرينة العامة أو الخاصة قائمة على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضا و من هنا ظهر ان المناط في الاشراف و عدم الاشراف انما هو البناء الشخصي على الاشراف و ان كانت القرينة على الاشراف ربما تكون نوعية اعنى بناء العقلاء على الاشراف و لكن مع ذلك قد تكون القرينة الحاصلة أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٤

موجودة على ذلك اعنى بناء الشخصي من المتعاملين على التساوى أو على عدمه و قد نقل المصنف عن بعض و قواه شيخنا الأستاذ بل قد تنحصر القرينة بالثاني مع انتفاء الاولي و قد تكون القرينة الخاصة أعنى البناء الشخصي مقدما على القرينة العامة كما ان بناء العقلاء على التساوى في البيع و مع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر انه لا نحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن و كون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لا من جهة عدم وروده في الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهة ان مبني المسألة لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح.

قوله مسألة اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين

أقول ذهب المشهور الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و ذهب بعض آخر الى ثبوته ما لم يطرئه رافع للاستصحاب و ذكر في الرياض ان المستند في الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر هذا فنقول ان ثبوت الخيار بعد الآن الأول يحتاج الى انتفاء أحد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم في الآن الثاني و الثاني عدم المانع عنه فإذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن فلا بد في المقام من تنقيح هذا المطلب أى المقتضى و المانع و لذا ذكر جامع المقاصد ان العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان و المانع عنه مفقود فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن و قد أشكل المصنف عليه و على بقیة الوجوه المذكورة في المقام بما ذكر أشار إليه في المقام و ذكر تفصيله في كتاب الرسائل و حاصل: ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٥

الحكم الثابت على العام تارة يكون ثابتا على افراده بحسب التعدد و التکثیر بان يكون لما تحت العام حكم في كل آن بحيث يتكثر الحكم في طول الزمان و يكون للعام افراد طويلة كما تكون له أفراد عرضية كما إذا قال أكرم العلماء فيكون غرضه تعدد الحكم بحسب قطع الزمان فيكون الزمان مكثرا للحكم و يكون هنا إكرام متعدد حسب تعدد الآنات و الساعات و قد يكون الحكم الثابت لافراد العام حكما واحدا مستمرا إلى الأبد بحيث لا يكون الزمان مفردا و مكثرا و قيذا للحكم و موضوعا له بل يكون ظرفا كما إذا فرضنا في المثال المتقدم ان وجوب الإكرام شيء واحد ثابت لافراد العلماء من غير ان يكون التعدد بحسب الآنات بل لكل واحد من افراد العام حكم واحد مستمر من غير ان يتعد حسب تعدد الآنات فعلى الأول فإذا ورد مخصص على العام بان خرج إكرام زيد العالم عن تحت العموم في يوم الجمعة فلا بد من الاقتصار في التخصيص بخصوص ذلك فقط فلا يمكن التعدد إلى اليوم الثاني أيضا بالاستصحاب لانه من قبيل اسراء الحكم عن موضوع الى موضوع آخر فهو لا يجوز لان الحكم في حكم آن مستقل و هذا بخلاف الثاني فإنه إذا ورد التخصيص على العام و اخرج الفرد عن تحت حكمه كان ذلك موجبا لخروجه عن تحته مستمرا و الى الأبد و في هنا إذا شك في ثبوت حكم العام بعد المخصص نستصحب حكم المخصص فلا مورد هنا للاقتصار بالقدر المتيقن لكونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا يفرق فيه بين خروج عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و اما كشف ان الحكم الثابت على العام استمراري أو لا فلا بد و ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٦

يثبت من الخارج أو بدليل اللغوية كما ان قوله (ع) حلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة و حرامه حرام الى يوم القيامة يدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة فلو ثبت من الخارج انقطاع الحلية أو الحرمة و عدم استمرارهما الا الى وقت خاص لا يكون ذلك مشمولا للرواية فيكون خارجا عنها فإنها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة مع عدم الانقطاع و بعده لا حلال و لا حرام حتى يستمر الى يوم القيامة و ليس فيها تعرض لإيجاد الحلال حتى يكون مستمرا و الا يلزم إيجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فإذا ورد عام و وردت رواية مثلا على استمرار حكم العام أو قامت قرينه على ذلك من لغوية عدم الاستمرار نحكم بذلك فإذا ارتفع الحكم في زمان يخرج عن تحت العام و نستصحب مع الشك حكم الخاص و لا يكون ذلك الدليل مقتضيا لاستمراره مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد و لا شبهة انه لا معنى لحصول الملكية في آن دون الآن الثاني بحيث يكون في كل آن حكم مستقل فمن جهة لزوم لغوية حكم الوفاء بالعقد استفدنا استمرار الحكم في جميع الأزمنة و إذا رفع الحكم في زمان اعنى الوفاء لارتفاع الملكية كما في المعاطاة بناء على عدم إفادتها الملكية و كعقد ازدواج بعد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغوية الزوجية في آن دون غيره لا تشمل بعد الرفع و لم يبقى هنا شيء حتى يجب الوفاء به و لا يكون الدليل الدال على الاستمرار جاريا في المقام فان الدليل

انما كان هو لزوم الغوية الملكية في آن واحد دون غيرها و المفروض انه ليس هنا ملكية حتى يلزم اللغوية من اعتبارها في زمان دون زمان آخر كما هو واضح و ان اللغوية لا توجد الملكية و الا يلزم تعرض الحكم لموضوعه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٧

و الحاصل ان روح كلام المصنف انه إذا ورد الحكم على الاستمرار و الزمان فيكون حينئذ للعام افراد طوليئ نظير الأفراد العرضية فيكون الزمان قيدا للحكم و كثيرا له فإذا ورد التخصيص في زمان لا يكون مخصصا إلا في ذلك الزمان الخاص كما هو واضح و اما إذا ورد الاستمرار على الحكم بحيث يكون الحكم موضوعا للاستمرار فيكون الحكم ثابتا للفرد مستمرا فإذا خرج عن تحت العام خرج أبديا كما هو واضح و ان ورود الاستمرار على الحكم انما هو اما بدليل اللغوية أو بدليل خاص كما إذا فرضنا ورود الرواية عليه مثلا.

و اما الوجه في ملاحظة الاستمرار هو ما ذكره المصنف من لزوم اللغوية من عدم ملاحظة الاستمرار أو قيام الدليل الخارجي على ذلك و الا- فالظاهر من تعلق الحكم بالفعل هو الآن الأول لا الاستمرار و من هنا ظهر ما ذكره من تغاير مورد التمسك بالعام و مورد التمسك بالاستصحاب فان مورد التمسك بالعام انما هو صورة كون الزمان كثيرا فلا يجوز ح التمسك بالاستصحاب حتى مع وجود المانع عن التمسك بالعام بل لا بد من التمسك بأصل آخر و مورد التمسك بالاستصحاب هو فرض كون الزمان ظرفا فإنه ح لا يجوز التمسك بالعام حتى مع المنع عن التمسك بالاستصحاب.

أقول هذا الذي أفاده المصنف انما يتم في الجملة لأنه لا يجري بالنسبة إلى الأحكام التكليفية بل يجري في الأحكام الوضعية اما الأول:

فلانه لا- معنى لتوهم الاستمرار في الأحكام التكليفية أصلا فإن الحكم الوارد على الافعال سواء كان بعنوان الاستقلال و العام الاستغراقى أو بعنوان العام المجموعى يلاحظ بالنسبة الى كل فرد و على كلا التقديرين لا يلاحظ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٨

الاستمرار فيه مثلا لو قال المولى أكرم هؤلاء العشرة ثم اخرج منها واحدا لا يرتفع الحكم عن الباقي بل لا بد له في إكرام العشرة أو قال الكذب حرام فان الظاهر منه ان كل فرد من الكذب فيكون لكل فرد حكم أى حرمة خاصة و يسرى الحكم الى جميع الافراد بعنوان الاستغراق أو بعنوان العام المجموعى و على الأول تكون الحكم بالنسبة الى كل فرد مستقلا واضح فإذا ورد التخصيص بإخراج فرد من العام يبقى الباقي تحته كالحكم بحرمة الكذب مع إخراج فرد منها و كذا في ناحية الوجوب و على الثانى ان الظاهر أيضا من تعلق الحكم بالفعل هو ثبوته له على نحو الاستقلال كما إذا قال أكرم هؤلاء العشرة فإذا أخرج منها واحدا تبقى التسعة تحت العام و يجب إكرامهم و ليس هنا استمرار أيضا فإن اعتبار وجوب الإكرام فى ساعة دون غيرها لا يستلزم اللغوية.

و اما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا إذا ورد من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك و استفدنا من دليل خارجى أو من لزوم الغوية أن تكون الملكية حاصله فى آن دون آن آخر فتحكم ح بحصول الملكية المستمرة فإذا ورد فى دليل خاص أو اللقطة العمران لا- يملكها الواحد فيكون ذلك خارجا عن عموم من حاز ملك على تقدير كونه رواية و عن عموم من استولى على شىء فهو له و لا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغوية المقضية للملكية المستمرة شاملة للاستيلاء على اللقطة و حيازتها لعدم حصول الملكية هنا حتى تكون مستمرة فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٠٩

و قد انتهى كلامنا الى التمسك بالعموم بعد ورود التخصيص عليه و ان المصنف قد ذكر ان مورد التمسك بالعام يغير مورد التمسك- بالاستصحاب ففى مورد تمسك بالعام لا يجوز التمسك بالاستصحاب حتى مع عدم التمسك بالعام و فى مورد التمسك بالاستصحاب لا يجوز التمسك بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسك بالاستصحاب و فيما ورد الزمان على الحكم و ثبت الاستمرار

عليه فلا يجوز التمسك بالعام بعد ثبوت التخصيص لان الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار و انما هو من دليل خارجي فحيث ورد التخصيص في الافراد الطولية على هذا الدليل الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسك بالعام فى المشكوك فالمورد هنا مورد الاستصحاب و إذا كان الحكم فى العام ثابتا على الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثم طبق ذلك على المقام فقال ان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو ثبوت الحكم لكل عقد من الافراد الطولية فإذا خصص هذا العام و خرج منه عقد واحد فى زمان فلا يجوز التمسك بالعموم بالنسبة إليه فى زمان آخر لعدم إمكان تعرض الحكم لاستمراره الثابت بدليل خارجى أعنى لزوم اللغوية من اعتبار الملكية مثلا فى زمان دون زمان آخر فلا بد من التمسك بالاستصحاب.

أقول لا- بأس بما ذكره على نحوه الاجمال لا- فى جميع الأحكام التكليفية و الوضعية بل فى الثانية فى الجملة و توضيح ذلك ان الاحكام التكليفية لا- معنى فيها لورود الاستمرار اى الزمان على الحكم بحيث تلاحظ على نحوين و ذلك لأنها تحريمية كان أو وجوبية استغرافية كانت أو مجموعية إنما تتعلق بالافعال اى بأفعال المكلفين و لا شبهة ان الفعل يتقدر و يتقطع بالزمان و إذا كان ذلك الفعل متعلق للعام أو المطلق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٠

توجد له أفراد طولية كماله افراد عرضية سواء كان الحكم تحريما أو وجوبيا غاية الأمر، الأمر فى الأول أوضح و على هذا فقد ذكرنا فى علم الأصول ان الإهمال فى الواقع و مقام الثبوت محال فلا يعقل ان يكون الحكم فى الواقع لا مطلقا و لا مقيدا بل كان مهملا لانه لا يعقل ان يجعل المولى حكما و لكن لا يلتفت الى أنه بأى نحو مطلق أم مقيد و ان كان ذلك ممكنا فى مقام الإثبات و على هذا فإذا ورد حكم من المولى و كان فى مقام البيان و لم يقيد بشيء نستكشف من ذلك سريان الحكم الى جميع افراد العام أو المطلق الأفراد العرضية أو الافراد الطولية و عليه فإذا ورد تخصيص أو تقييد فاخرج فرد من افراد العام أو المطلق متمسك فى الباقي بالإطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوك فلا- مورد هنا للاستصحاب أصلا مثلا- إذا ورد عام أو مطلق على ان الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا شبهة ان متعلق الحرمة هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف و انه يتقدر بالزمان بحيث ان الكذب الصادر منه فى هذا الزمان غير الكذب الصادر منه فى زمان قبله كما انه غير الكذب الصادر منه فى زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان و عرضه فردا مغايرا للأفراد الأخر فحيث إن الإهمال فى الواقع محال فلا بد و ان يكون الحكم فيه اما مطلقا أو مقيدا فحيث لم يقيد الخطاب فى مقام الإثبات مع كونه فى مقام البيان فحسب تبعية مقام الثبوت لمقام الإثبات من حيث الإطلاق و التقييد فنكشف الإطلاق فى مقام الثبوت أيضا كما هو واضح و على هذا فإذا خرج فرد من افراد الكذب عن تحت الإطلاق أو العموم فإنه لا شبهة فى جواز التمسك بالعموم أو الإطلاق فى الافراد الأخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه و كذلك إذا ورد النهى عن شرب الخمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١١

فان مقتضى الإطلاق حرمة أى شرب كان من أفراد العرضية و الطولية فإذا خرج فرد من تحته متمسك فى الباقي بالإطلاق كما هو واضح إلا لوحظ الحكم بعنوان العام المجموعى أى يكون الحكم الواحد ثابتا للأفراد بين المبدء و المنتهى من غير ان يكون لكل فرد حكم واحد و كذلك الكلام فى الأحكام الوجوبية سواء كانت استغرافية أم مجموعية ثم ورد مخصص فإنه يرجع فى الافراد الباقية العام و المطلق أما فى الاستغرافي فواضح و أما فى المجموعى فأیضا كك كما إذا قال أكرم هؤلاء العشرة ثم أخرج واحدا فإنه لا محالة يمنع عن التمسك بالعام فى التسعة الباقية.

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث أصرّ فى المقام و فى الأصول على ورود الاستمرار على الحكم فى الأحكام التحريمية بدعوى أنه لا معنى لكون الشيء حراما فى آن واحد لأنه حاصل بالضرورة إذ ما من محرّم إلا و يكون متروكا آنا ما فيكون الحكم التحريمى لغوا فنكشف من ذلك أن الحكم التحريمى مستمر دائما فيكون الاستمرار واردا على الحكم و عليه فإذا ورد عام مشتمل على حكم

تحريمي ثم ورد عليه تخصيص فلا وجه للتمسك بالعام بل يتمسك باستصحاب حكم الخاص كما هو واضح.

ولكنه واضح الدفع فان مقتضى إطلاق الخطاب هو كون كل فرد من أفراد الطولية بحسب قطع الزمان محرما وأن المولى قد لاحظ في مقام الثبوت إطلاق الحكم وشموله بجميع الأفراد مع ما عرفت أن الفعل الذي هو متعلق الحكم يتقدّر بالزمان فلا يكون الحكم ثابتا على جميع الأفراد بحسب الإطلاق ففي المقام وان كان الاستمرار موجودا ولكنه ليس بمعنى أن الحكم الواحد مستمر كالملكية مثلا بل معناه هنا انه يستمر الحكم باستمرار موضوعه يعنى ان حرمة شرب الخمر مستمرة حسب تعدد الشرب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٢

و استمراره و يكفي في ذلك كون الحكم ثابتا على الطبيعة الصرفة غير مقيدا بقيد بل ترفع عنها جميع القيود كما هو معنى الإطلاق لا ان هنا استمرار ثابت من الخارج ببرهان اللغوية.

و على الجملة استمرار الحكم في التكاليف المحرمة من جهة إطلاق الحكم و تعدد متعلقة اعنى فعل المكلف المتقدر بالزمان لا من جهة دليل خارجي كما لا يخفى و أعجب من ذلك ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوزوا و اشرب الخمر في حال المرض لاستصحاب الحرمة فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحية الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسك بالاستصحاب بل لا بد لهم من التمسك بالعام فحيث ان الاستمرار في الأحكام التحريمية ثبت من الخارج لا من ناحية الحكم و لم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكوا بالاستصحاب في إثبات الحرمة في حال المرض و وجه العجب ان ذلك خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص في زمان و شك في ان الفرد الخارج خارج دائم أو في الزمان الأول و اما إذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلك ففي المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمة شرب الخمر بالنسبة الى حال المرض حتى يتمسك بالنسبة إلى المريض في غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شك في ثبوت الحكم في جميع الحالات أو في بعضها فتمسك بالإطلاق لما عرفت من إطلاق الحكم ثبوتا و إثباتا على انه لا نعرف ذهاب الفقهاء إلى الحرمة للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلالية قليلة و مع ذلك فليس كلهم ذاهبين إلى الحرمة للاستصحاب نعم لا بأس بالواحد و الاثنین فنحصل ان الاحكام التكليفية بأجمعها تحريمية أو وجوبية استغرافية أو مجموعية و اما الأحكام الوضعية فحيث ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٣

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكية و الزوجية و نحوهما له قابلية الاستمرار فيمكن تصديق كلام المصنف هنا في الجملة.

و توضيح ذلك ان اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجي بحيث يكون واردا على الحكم من جهة اقتضاء الدليل الخارجي ذلك و قد يعتبر في الحكم من جهة دلالة نفس الدليل المتكفل لبيان الحكم على ذلك اما الأول كما إذا لم يكن نفس الدليل متضمنا لذلك بإطلاقه أو بعمومه بل لو اعتبر الاستمرار فيه انما يعتبر من جهة برهان اللغوية أو الدليل الآخر من الرواية و نحوها كما إذا ورد ان من استولى على شيء فهو له أو من حاز ملك فإنه لا معنى لحصول الملكية بالحيازة أو بالاستيلاء أنا لكون ذلك لغوا بل حصول الملكية في زمان مقيد به كالشهر أو شهرين أو سنة فهو ترجيح بلا مرجح فلا بد من القول بحصول الملكية الدائمة ففي مثل المقام فالعموم أو الإطلاق انما يتضمن بيان أصل الحكم اى حصول الملكية بالاستيلاء و الحيازة و اما الاستمرار فهو يعلم من الدليل الخارجي فإذا ورد تخصيص على ذلك و دل دليل على عدم حصول الملكية بالحيازة و الاستيلاء كاللقطة و مجهول المالك و شكنا في ان ذلك خارج عن تحت العام أو المطلق في زمان خاص أو دائما فلا يمكن التمسك بالإطلاق أو العام إذ المفروض عدم الإطلاق أو العموم و اما الدليل الخارجي الدال على الاستمرار فهو لا يمكن ان يتعرض موضوعه بل هو ثابت متى ثبت موضوعه و في المثال المذكور متى ثبتت ملكية فهي تستمر و اما مع عدم ثبوت الملكية فأى شيء تستمر و لا شبهة ان دليل الاستمرار يستحيل ان يتعرض لإيجاد موضوعه فإنه في فرض وجود موضوعه يدل على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٤

الاستمرار و لا يمكن ان يتعرض الحكم لموضوعه. فما ذكره المصنف صحيح في مثل ذلك و اما إذا كان الدليل الدال على الحكم بنفسه دالا على العموم أو الإطلاق أما بقيد أضيف إلى الخطاب أو بمقدمات الحكمة فح لا شبهة في جواز التمسك بالإطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقه على نحو العموم الاستغراقي أو العموم المجموعى و توضيح ذلك ان الاستمرار تارة يفرض فى الجعل من انه مستمر أو لا و اخرى فى المجموع اما الأول بأن الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرد النسخ أم لا فهو خارج عن المقام و اما الثانى فلا شبهة فى جواز التمسك بإطلاق المجعول أو بعمومه و إثبات الحكم للأفراد العرضية و الطولية للعام لان الإهمال مستحيل فى مقام الثبوت و المولى فى مقام البيان و فى مقام الإثبات و لم يقيد كلامه بقيد فنكشف منه الإطلاق مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فإذا فرضنا ان الملكية المنشئة لم تقيد بشىء فى مقام الإنشاء و هكذا الزوجية فنكشف من ذلك كونهما دائمية فإن إطلاق المنشئة يدل على ثبوتها و تحققهما فى الافراد العرضية و الطولية و لا يفرق فى ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعى كما إذا إنشاء الملكية الواحدة بين المبدء و المنتهى و هذا هو المعروف أو على نحو الاستغراق كما إذا كانت هنا فى كل آن ملكية مستقلة منضمة بعضها مع بعض بحيث تستمر افراد الملكية بحسب الانضمام لا ان هنا ملكية مستمرة بين المبدء و المنتهى و عليه فإذا أورد تقييد أو تخصيص بالنسبة إلى فرد فى زمان و شككنا فى كونه دائما أو لا فال مورد مورد التمسك بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص و هكذا الكلام إذا لم يكن هنا إطلاق بمقدمات الحكمة أو عموم و لكن يكون فى الدليل دال آخر على الاستمرار كما إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٥

قال المولى مثلا أمضيت الزوجية المستمرة أو الملكية المستمرة فان الاستمرار يستفاد من القيد و من دال آخر فإنه أيضا إذا شككنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص إلى الأبد أو موقتا فتمسك بعموم العام أو بإطلاق المطلق لان الحكم و الاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد و ان كان الدال متعددا و تعدد الدال غير استفادة الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسك بالعموم و الا فلا- طلاق دائما يستفاد من مقدمات الحكمة فلو كان مجرد تعدد الدال و لو فى دليل واحد مانعا عن التمسك بالإطلاق أو العموم لكان لازم ذلك عدم جواز التمسك بالإطلاق فى مورد أصلا فى الفرد المشكوك بعد التخصيص كما هو واضح.

و على الجملة حيث ان متعلق الأحكام الوضعية ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل أجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه و عليه فان كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار واردا على الحكم فلا يجوز التمسك بالعام فال مورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف و ان كان مستفادا من إطلاق الدليل أو عمومه بحيث يكون المنشأ مطلقا بالنسبة الى الافراد كما عرفت فلا بأس بالتمسك إلى الإطلاق أو العموم الدال على إطلاق المنشأ و عمومه بالنسبة الى كل فرد عرضيا كان أو طوليا و ان كان ذلك الإطلاق مستفادا من مقدمات الحكمة.

و حاصل الكلام من الأول ان الحكم قد يكون متعلقا بفعل المكلف و قد لا يتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحازا عنه و مستقلا فى نفسه، اما الأول فكالاحكام التكليفية فإنها متعلقة بأفعال المكلفين فيكون متقدرا بالزمان فيلاحظ العموم أو الإطلاق فى نفس الحكم باعتبار متعلقه و لا يفرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٦

فى ذلك بين ان يكون العموم استغراقيا كان يكون الحكم ثابتا لكل فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحيث يكون لكل منها حكم مستقل أو يكون العموم مجموعيا بحيث يلاحظ مجموع الافراد مجموعا و يجعل لها حكم واحد بحيث يكون كل فرد جزء للموضوع كقول المولى أكرم هؤلاء العشرة فإن الحكم هنا ثابت للمجموع من حيث المجموع فإذا شككنا فى ان الخارج عن تحت هذا الحكم هو دائمي أو مقيد بيوم الجمعة فتمسك بعموم العام و أيضا لا يفرق بين كون الحكم إيجابيا أو تحريميا و عليه فإذا ورد على الحكم

تقييد أو تخصيص بالنسبة إلى جزء في العام المجموعى و بالنسبة إلى فرد في العام الاستغراقى و شككنا فى خروج فرد آخر أو خروج الجزء دائما أو فى ساعة فيتمسك بعموم العام أو بإطلاقه فرد المشكوك فليس المورد من مورد التمسك بالاستصحاب و الوجه فى ذلك ان الحكم فى جميع هذه الصور وارد على الزمان سواء كان الزمان قيذا للحكم أو ظرفا فعلى كل لا يجرى الاستصحاب اما إذا كان قيذا فلان الاستصحاب فيه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر و اما إذا كان ظرفا فلان الأصول اللفظية لا يجرى مع الأصل اللفظى الحاكم عليها.

و اما إذا لم يكن الحكم متعلقا بالفعل كالأحكام الوضعية و ان كان ذلك حاصلًا من فعل المكلف فيلاحظ العموم أو الإطلاق بالنسبة إلى نفس الحكم المجعول فيتمسك بالإطلاق أو العموم لورود الحكم فى ذلك أيضا على الزمان لان الظاهر ان الحكم المجعول انما جعل مطلقا فالملكية المجعولة أو الزوجية المجعولة إنما جعلنا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما إذا لوحظت هنا أحكام متعددة بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكية متعددة منضمة بعضها الى بعض أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٧

بعنوان المجموعى كما إذا لوحظت هنا ملكية واحدة مستمرة بين المبدء و المنتهى فعلى كل حال جاز التمسك بالإطلاق أو العموم الملحوظان- بالنسبة إلى نفس الحكم الوضعى و عليه فإذا خرج عن العام فرد واحد أو انقطعت الملكية فى زمان خاص و شككنا فى خروج فرد آخر طولى عنه بحيث ان يكون الملكية فى الآن الثانى أيضا خارجة عن العموم أو الإطلاق أو شككنا فى انقطاع الملكية فى المجموعى إلى الأبد أو فى جزء واحد من الزمان فنتمسك بإطلاق الحكم المجعول أو بعمومه و الوجه فى ذلك أيضا هو ما ذكرناه من ورود الحكم على الزمان دون العكس لما عرفت ان المجعول مطلق أو عام اما ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم تعرض الحكم لاستمراره و هو يجرى فى الجعل فقط لا- فى المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره و انه ينسخ أو لا- و ان كان الجعل و المجعول من قبيل الإيجاد و الوجود و لكن بينهما فرق من جهة و هى ان الجاعل يمكن ان يجعل الحكم عاما أو مطلقا و مع ذلك لا يكون جعله مطلقا فلا أقل انه بالنسبة إلى النسخ فان الجعل لا يتعرض ببقائه و لو من حيث نسخه.

هذا كله فيما إذا كان الاستمرار مفهما من نفس الحكم بحيث يكون الحكم واردا على الاستمرار كما عرفت و اما إذا كان الاستمرار واردا على الحكم و يكون مفهوما من دليل خارجى كما إذا كان دليل الحكم بالنسبة إلى الاستمرار مهما و غير مقيد بالاستمرار و عدمه و لكن استفدنا من الخارج كونه مستمرا فإنه حينئذ يجوز التمسك بالاستصحاب بعد التخصيص فى بعض الصور مثلا إذا ورد ان من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك ورد تخصيص على ذلك من الأول بأن قال الا الصبى مثل بان اعتبر فى التملك بالاستيلاء أو الحيازة البلوغ و ان غير البالغ لا يملك بالحيازة و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٨

حينئذ إذا شككنا فى انه يملك بعد بلوغه ما حازه فى الصباوة أو لا فلا بد من التمسك باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدال على الحكم ليس له عموم أو إطلاق كما هو المفروض و اما الدليل الآخر الدال على الاستمرار انما يدل على استمرار الحكم الثابت و لكن لا يمكن ان يتكفل الدليل الخارجى الدال على اعتبار الاستمرار بإثبات الحكم لان الحكم مأخوذ فى موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم اعنى الاستمرار لا يعقل ان يتكفل بموضوعه كما هو واضح. و على الجملة فإذا كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى و كان التخصيص واردا من الأول ثم شككنا فى كون الخارج دائما أو موقتا لا يمكن التمسك بالعام أو المطلق و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون الحكم استغراقيا أو مجموعا و اما إذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الأول ثم ورد تخصيص فإنه أيضا يكون المورد مورد التمسك بالعام فان العام قد شمل جميع الأفراد الطولية و العرضية قبل التخصيص و بعده فإذا خرج فرد واحد متمسك فى الباقي بالعام ثم ان ما ذكرناه من الأول إلى هنا فيما إذا كان ثبوت الحكم فى كل زمان و بقاءه مدلولًا للدليل سواء كان مدلولًا بما دل على الحكم أو مدلولًا للدليل خارجى و اما إذا كان ثبوته فى كل زمان مفهوما من الدليل

التزاما لا- مطابقة بأن دل الدليل على الاستمرار مطابقة و لازم الاستمرار هو ثبوت الحكم فى كل زمان فإنه ح إذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلالة الالتزامية أيضا فلا- يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلا- يجوز بعد ذلك التمسك بالعام و الظاهر انه قد استوفينا جميع صور التمسك بالعام و عدمه و اما تطبيق ذلك على المقام أعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فنقول ان كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤١٩

المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفي أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد و عليه فيتمسك بعموم أَوْفُوا حتى بعد الفسخ أيضا فإن الحكم التكليفي أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد حكم تكليفي استغراقى بحسب الأفراد العرضية أى بالنسبة الى كل عقد و بالنسبة الى الأفراد الطولية الملحوظة بحسب الآتات و الأزمنة فإذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقي بعموم العام و هو واضح و اما بناء على ما ذكرناه فى معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من كونه إرشادا إلى الحكم الوضعى أعنى لزوم العقد و انه لا يفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فإن الآية تدل على ان كل عقد فى كل زمان لازم لا يفسخ بالفسخ فإذا خرج فرد من الافراد الطولية يتمسك بالعموم كما يتمسك به فى الافراد الطولية. و مع التنزل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ فَإِنَّ النِّهْيَ عَنِ الأَكْلِ باعتبار الافراد المتعدد اعنى هذا الأكل و ذلك الأكل الذى عبارة عن التمسك فإذا خرج فرد و شككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسك بالعموم و هكذا قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان ذلك يدل على تعدد الحكم حسب تعدد الزمان و انه فى كل زمان و ان إخراج فرد واحد لا يمنع ذلك عن التمسك بالعموم.

و إذا شككنا فى ان المغبون هل له الخيار إلى الأبد أو لا فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن لأنه بالنسبة إلى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبة إلى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعى و فى غيره مشكوك فنتمسك بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٢٠

الزائد إلى أصالة الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا.

و قد تحصل موارد استمرار حكم العام عن غير الاستمرار كما هو واضح ثم انه هل يتمسك بعموم العام فى مورد الشك بثبوت الخيار أو يستصحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى إلى التمسك بعموم العام و خالفه شيخنا الأستاذ و المصنف فذهبا الى استصحاب حكم المخصص فيقع الكلام فى انه هل يمكن الحكم بجريان الاستصحاب هنا مطلقا أولا سواء أمكن التمسك بعموم العام أو لا أو يفصل بين إذا كان مدركه الإجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول اما بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فواضح فلا- مورد للاستصحاب لابتلاءه دائما بالمعارضة و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصية نمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر ان فى المقام خصوصية تقتضى عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك ان مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعدة نفي الضرر أو الإجماع اما إذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهة فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الأول دون الآن الثانى المشكوك فإثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرار الحكم من موضوع الى موضوع آخر إذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعبارة اخرى ان شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائما و انما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و اما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام إذا كان مدرك الخيار هو قاعدة نفي الضرر فان الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٢١

انما يثبت بها من مقدار يرتفع به الضرر لا- انه أمر دائمي فإثبات الحكم اعنى الخيار فى ان آخر قياس و بعبارة اخرى ان الضرر انما توجه من دوام اللزوم فإذا ارتفع اللزوم فى آن ارتفع الضرر أيضا فإثبات الحكم لغير المتضرر قياس فان اللزوم فى الآن الثانى مثلا ليس بضررى أصلا و الحاصل انه على تقدير كون دليل الخيار الشرط الضمنى أو قاعدة نفى الضرر فالخيار ليس بدائمي كما هو واضح و من هنا ظهر الحال إذا كان مدرك الحكم هو الإجماع و ذلك من جهة ان الإجماع دليل لبي فلا بد من الأخذ بالمتيقن و هو المتضرر نعم لو كان الإجماع على ثبوت الخيار للمغبون كان الاستصحاب جاريا فى الآن الثانى أيضا و لكن لا نحتمل ثبوت الإجماع التعبدى على ذلك بل مدركه اما قاعدة نفى الضرر أو الشرط الضمنى فعلى كل تقدير فلا- يمكن إثبات الحكم فى الآن المشكوك بالاستصحاب و بعبارة اخرى ان الأمر دائر بين ان يكون معقد الإجماع هو المتضرر أو المغبون فحيث انه أمر لبي فلا- بد من أخذ المتيقن و هو المتضرر على انه لا- نحتمل وجود الإجماع التعبدى على ثبوت الخيار للمغبون فاذن لا يمكن إثبات الخيار للمشكوك أيضا.

و الحاصل انه مع القول بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فلا يجرى الاستصحاب فى المقام لعدم بقاء موضوعه بل تغيره كما عرفت فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن التمسك باستصحاب حكم الخاص و هو الخيار فلا بد من الرجوع الى عموم العام و مع عدم جريانه فيرجع الى أصالة الفساد كما هو واضح فتحصل ان الخيار فورى خلافا لشيخنا الأستاذ و للمصنف من حيث المدرك لا المدعى كما لا يخفى.

ثم ان المراد بالفورية هل هى الفورية الحقيقية و الآن الدقى العقلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٦، ص: ٤٢٢

أى الزمان الذى يمكن فيه الفسخ و لو كان مقدار يمكن فيه الأخذ بالخيار أو المراد من ذلك ما لا ينافى بعض الأفعال عادة مثل الصلاة و الأكل و الشرب و النوم و نحو ذلك أو هى أمر عرفى لا أمر دقى و لا أمر عادى الظاهر هو كذلك فان هذا الشرط كما ذكرنا ثابت بالارتكاز و هو قائم و موجود ما لم يتحقق التوانى عرفا و هذا لا ينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلاة و النوم إذا كان وقته و لعل ذلك يختلف باختلاف الأشخاص بل الأمكنة و- نحوها كما هو واضح و بعبارة اخرى ان الحكم فى أصل الخيار فى أمده كل ذلك بالارتكاز بالمقدار الذى يساعده الارتكاز يحكم بثبوت الخيار و الا فلا كما لا يخفى فافهم.

ثم ان هذا الخيار انما يثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنه أو سنتين فيحكم بثبوت الخيار له بعد ذلك على المقدار المتعارف من الفورية بحيث لا- يكون ذى الخيار متوافيا و لا يقول من عليه الخيار فى أى مكان كنت فى طول هذا الزمان هذا تمام الكلام فى خيار الغبن.

يوم الأحد أول شهر ربيع الأول سنة ١٣٧٦ تم الجزء السادس من هذا الكتاب و يتلوه الجزء السابع ان شاء الله تعالى و الحمد لله أولا و آخر

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

الجزء السابع

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تنمة كتاب الخيار]

[تتمة أقسام الخيار]

إشارة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف بريته محمد و آله الطيبين الطاهرين و اللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهة لشيخنا الأستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمد على التوحيدى التبريزى رضوان الله تعالى عليه من تقارير أبحاث فقيه الأمة فى جامعة الشريعة آية الله العظمى المولى المعظم و المحقق الأعظم المرجع الدينى الأعلى الورع التقى السيد أبو القاسم الموسوى الخويى متع الله المسلمين عامة و المحصلين خاصة بطول بقاء وجوده الشريف، و أرجو من الله تعالى ان يمن علينا من فضله و أنعامه أن يوفقنى لطبع هذا الأثر العظيم ليتنفع به عامه الطالبين و المحصلين و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً حمداً دائماً بدوام ملكه.

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه و أمسه م ه دى حاجيانى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤

قوله:

الخامس خيار التأخير

إشارة

أقول قال العلامة فى التذكرة من باع شيئاً و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين، و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا اجمع،

و انما الكلام فى مدرک ذلك

إشارة

فقد ذكر وجوه لإثباته:

الأول: ذهب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع

و قد ذهب الشيخ الطوسى إلى البطلان و اختاره صاحب الحدائق عملاً بظاهر الاخبار و تردد فيه الأردبيلى و فيه أن الشهرة و الإجماع المنقول ليسا بحجيتين فلا- يكونان مدركا لذلك، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الإجماع فى المقام مع ذهب الشيخ و صاحب الحدائق و صاحب الكفاية إلى البطلان و تردد الأردبيلى فى ذلك.

الثانى: أن لزوم البيع هنا ضررى

بل الضرر هنا أكد من الضرر الموجب للخيار الغبن فيكون اللزوم مرتفعا و تقريب شمول قاعدة الضرر للمقام بجهات الجهة الأولى: ما ذكره في التذكرة من أن الصبر على ذلك ضرر على البائع فيثبت له الخيار.

الجهة الثانية: أن المبيع هنا في ضمان البائع و تلفه منه و ليس له التصرف فيه لكونه ملكا للغير و هذا ضرر على البائع.

الجهة الثالثة: أن حفظ المبيع على البائع و هو ضرر عليه فلا بد ثبوت الخيار له لكي يرتفع الضرر بذلك.

أما الجهة الأولى: فيرد عليها أن الصبر على البيع و ان كان ضروريا الا- أنه كسائر الديون فلا ربط له بالخيار فإن الخيار متعلق للعقد فالصبر على الدين أو عدمه أجنبي عنه فلو قلنا بشمول القاعدة للمقام ترتفع بها لزوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥

الصبر على الديون و عليه فان قدرت على المطالبة و الأخذ فيأخذ الثمن من المشتري و الا فيبقى في ذمته كما هو واضح.

و على الجملة ارتفاع وجوب الصبر عن البائع لا- يوجب ثبوت الخيار بل له أن لا- يصبر و يطلب الثمن من المشتري لا- أن يكون له الخيار ان شاء فسخ العقد و ان شاء لم يفسخ.

و أما الجهة الثانية: فيرد عليها أولا أن كون التلف على البائع في ثلاثة أيام أيضا ضرر على البائع فلا يختص ذلك بما بعد ثلاثة أيام و

ثانيا أن كون تلف المبيع على البائع ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر و يكون ذلك تخصيصا لقاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من

مال بايعه فلا مساس له بثبوت الخيار للبائع و يمكن أيضا رفع الضرر بالتقاص و هو ليس خيارا بل له مع ذلك مطالبة الثمن أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الجهة الثالثة أيضا و يضاف الى جميع ذلك أنه لما ذا يختص الخيار بما بعد ثلاثة أيام فلا يجرى فيها أيضا

مع أن شمول القاعدة بالنسبة إليها و الى غيرها على حد سواء كما لا يخفى فافهم.

الوجه الثالث: الاخبار الكثيرة المستفيضة

إشارة

فإنها تدل على أنه إذا باع أحد ماله و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن أن الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن أقبضه المشتري الثمن فيها و

الا فلا بيع بينهما كما في رواية «١» على ابن يقطين و لا بيع له أي المشتري كما في غيرها من الروايات «٢» حيث استدل بها على ثبوت

خيار التأخير للمشتري و لكن يرد عليه أنها ظاهرة

(١) وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٧، (ح ٣).

(٢) ابن الحجاج، وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٦، (ح ٢)- زرارة ح ١- ابن عمار (ح ٤).

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦

في بطلان البيع لا في نفي اللزوم فان كلمة لا تنفي الجنس و كلمة البيع موضوعه للمبادلة الخاصة فمن اين يستفاد نفي اللزوم.

و قد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفي اللزوم.

الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهرة في بطلان البيع بتأخير الثمن

و لكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع و عدم بطلان البيع أن المراد الجدى من تلك الروايات هو نفي اللزوم لا

نفي الصحة، فيكون فهم العلماء و حلمة الأخبار نفي اللزوم مما يقرب هذا المعنى، لأننا نكشف من فهمهم أن المراد من تلك الاخبار

هو نفي اللزوم لا نفي الصحة.

و فيه أن هذا يتم فيما إذا فهم هؤلاء الاعلام و حملة الاخبار من كلمة لا بيع المذكورة في هذه الاخبار نفى اللزوم بحيث كان المنشأ لذهابهم الى هذا الرأي فهمهم ذلك من تلك الاخبار ابتداء و أما إذا كانت القرينة الخارجية و التسالم الخارجي موجبة لحملهم تلك الأخبار على نفى اللزوم فلا- يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فإن أبيت عن الثاني فلا أقل من الاحتمال فلا يكون ذلك قرينة على ارادة نفى اللزوم من تلك الاخبار على أنا نجزم بالوجه الثاني إذ لا يتوهم أحد من أهل العرف و اللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفى اللزوم، بل يراد من ذلك نفى الصحة كما هو واضح.

الوجه الثاني: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب إجمال تلك الروايات

و ح ترجع الى استصحاب صحة البيع.

و فيه أنه ظهر جوابه مما تقدم في الجواب عن الوجه الأول فإن الروايات ظاهرة في نفى الصحة بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧

موجبا للإجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا.

الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور في تلك الاخبار هو نفى البيع للمشتري

حيث قال (ع) لا- بيع له و من الواضح أن نفى البيع حقيقة لا- يمكن إلا- بإرادة نفى البيع من الطرفين و عليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين في متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا تخصيص الذكر بالمشتري فقط كما لا يخفى. فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع و ثبوت الخيار للبائع و قد عبّر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البائع كما لا يخفى. و فيه أن هذا الوجه و ان كان وجيها بالنسبة إلى الوجهين المذكورين و مع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر في رواية على بن يقطين نفى البيع من الطرفين و هو مورد التفات المصنف أيضا.

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشتري ليس من جهة اختصاص الحكم به بل من جهة أن مورد السؤال في تلك الروايات هو المشتري فلذا خصّه الامام (ع) بالذكر لا أن ذلك من جهة كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهة يمكن أن يكون قرينة لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا- أن يكون قرينة لثبوت الخيار للبائع فإن الثاني ليس أرجح من الأول لو لم يكن الأول أرجح من الثاني فغاية الأمر تكون الروايات مجملته و ح فيرجع الى رواية على بن يقطين في ترفع الاجمال عن بقيه الروايات و يؤخذ بظاها و هو نفى صحة البيع من المقرر).

الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البائع دون المشتري انما هو لأجل الإرفاق على البائع

اما لكون المبيع قبل القبض في ضمانه و اما لتوقف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أي حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨

خياره، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى).

و فيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهة الإرفاق حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات و جعل ذلك حكمة بحسب الاعتبار العقلي و ان لم يكن بعيدا و لكن لا- يوجب ذلك ترتب الأثر عليها بحيث ترفع اليد بها عن ظهور الروايات أيضا، و على هذا فنقول بكون ثلاثة أيام شرطا في صحة البيع كما أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الصرف و

السلم و على هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسى ناسبا ذلك الى رواية الأصحاب و تبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامة حيث قال بصحة البيع عملا- بالاستصحاب فافهم فان مقتضى الجمود فى ظاهر الأخبار هو ما ذهب إليه هؤلاء الاعلام من الشيخ و من تبعه.

الكلام فى شروط خيار التأخير

إشارة

ثم ان الكلام يقع فى شروط هذا الخيار و على مسلكنا فى شروط بطلان البيع بتأخير الثمن و هى أمور:-

الأول: عدم قبض المبيع

إشارة

بأن لا- يقبض البائع المبيع من المشتري، و الظاهر أنه لا- خلاف فى اشتراطه و قد خالف فى ذلك صاحب الرياض، و تبعه بعض معاصرى المصنف فأنكر دلالة الاخبار على هذا الشرط و لكن قوله عليه السلام فى رواية على بن يقطين: (الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما) حجة عليه إذ المراد من البيع فى هذه الرواية هو المبيع.

و قد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض فى دلالة الرواية على المقصود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقرة من الرواية عن النسخة التى أخذها صاحب الرياض منها، أو احتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد: يعنى قبض بايعة الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره فى الروضة من أصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة فإنه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فأصالة عدم المدّ ينفى الأول و يبقى الثانى.

أقول: أما احتمال سقوط هذه الفقرة من نسخة صاحب الرياض فبعيد جدا، و أما احتمال أنه قراءة لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمدفوع من جهة أن الأخبار الصادرة عن الأئمة عليهم السلام قد وصل إلينا بواسطة الرواة يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءة كل واحد منهم على أستاذه و استجازته منه، و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق لكى تحفظ به إشكال الألفاظ الواردة فى الروايات.

و من الواضح جدا أن المشهور قد اعتبروا هذا الشرط استنادا الى هذه الرواية و لم ينكر أحد ذلك غير صاحب الرياض و بعض معاصرى المصنف فلو كان لفظ قبض بالتخفيف و لفظ البيع بالتشديد لأفتى أحد على مضمونه فيعلم من ذلك أن من احتمله المصنف من الوجه توجيهها لكلام صاحب الرياض لا يمكن المساعدة عليه، و هذا الذى ذكرناه هو الوجه فى جواب ما ذهب اليه صاحب الرياض من إنكار الشرط المذكور.

و أما ما ذكره المصنف أولا من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغة العرب حتى يرى أنه استعمال أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغة فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفة على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمال فى موارد آخر لم نصل إليها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠

على أنه إنما يضر عدم الاستعمال إذا كان الإطلاق من السماعيات و ليس كذلك في المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الأوزان القياسية فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله في مورد آخر أم لا.

و أما ما ذكره من أصالة عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصالة عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام (ع) أن التشديد موجود في الرواية على كل تقدير فإنه إذا قرئنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الأصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالأصل عدمه على أن أصالة عدم كون البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبى عن الآخر فيكون الأصلان معارضان كما عرفت.

نعم ما ذكره الشهيد من إجراء أصالة عدم المدّ في لفظ البكاء فله وجه لكون البكاء بالمدّ و القصر مادة واحدة فيمكن إجراء عدم زيادة المد هنا فان هذه المادة قد صدرت قطعا و لا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصر فالأصل عدم المدّ.

و على الجملة، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت، و عليه فمقتضى الرواية هو اعتبار الشرط المذكور في المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرط في ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطا في بطلان البيع فلو باع أحد شيئا فلم يقبض المبيع و لم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن و الا فللبائع الخيار أو يبطل البيع من الأول بعد ثلاثة أيام و كيف كان فالرواية صريحة في هذا الشرط، نعم لا دلالة للروايات الأخرى على ذلك.

و على الجملة فإطلاق رواية على بن يقطين حجة لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال في الفرعين الآتين: أحدهما أن يكون عدم قبض المشتري المثل من جهة عدوان البائع بأن بذل المشتري الثمن للبائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١

و لكنه امتنع من أخذه و قباض المثل. الثاني أن يأخذ المشتري المبيع بغير اذن البائع و اطلاعه مع عدم إقباض المشتري الثمن منه. فذكر المصنف، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشتري المبيع على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبنى على كفاية هذا المقدار من القبض في ارتفاع الضمان عن البائع و عدمه فان قلنا بكفاية التخلية بين المال و مالكة في رفع الضمان عن البائع إذا تلف لعدم كونه قبل القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعدة نفى الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بإمكان دفعه بالمقاصة و نحوه و إذا لم نقل بكفاية ذلك في القبض بحيث كان ضمان المبيع إذا تلف على البائع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر عليه فتشمله قاعدة نفى الضرر كما هو واضح.

أقول: قد عرفت في الجواب عن شيخنا الأستاذ أن مقتضى إطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهة الإرفاق على البائع حتى نلاحظ ذلك فإذا تحقق في مورد نحكم بثبوت الخيار و الا فلا، بل إطلاق الروايات حجة على ذلك، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعة و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور و صحة البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الإقباض مستندا إلى البائع فإذا تحقق ذلك فلا خيار له، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البائع أولا، فان الواجب علينا ملاحظة ظهور الرواية نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لا ابتناء المقام بالمسألة الآتية وجه فإنه مع عدم ضمان المبيع على البائع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك إنما هو الروايات كما عرفت و الأ فيمكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصة و نحوها.

و الحاصل: أنه إذا باع أحد شيئا فلم يقبض إلى ثلاثة أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الإقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشتري أخذه بدون قباض من البائع فان في جميع ذلك يصدق عليه أنه لم يقبض البائع المبيع كما هو

واضح، فهذا الإطلاق متبع والحكمة المذكورة مندفعه بهذا الإطلاق أيضا. وحاصل الكلام: أن إطلاق رواية علي بن يقطين يقتضى اعتبار عدم قباض المبيع فى خيار الشرط أو فى بطلان البيع كما عرفت وقد انتهى

الكلام الى فروع هذا الشرط.

الفرع الأول: هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض الجائز

بحيث يجوز للبائع أن لا يقبض المبيع لعدم وصول الثمن اليه أو يشمل الحكم لمطلق عدم الإقباض وان كان ذلك عن عدوان بان جاء المشتري الثمن و امتنع البائع عن أخذه و إعطائه المثلن قد عرفت أنه ذكر المصنف اختصاص الحكم بالصورة الأولى لأن هذا الحكم مبنى على الإرفاق و هو منفى فى صورة العدوان و لا تشمله قاعدة نفى الضرر أيضا لأنه امتنع عن الإقباض بنفسه فقد أقدم على الضرر.

ولكن قد عرفت أن الاخبار المذكورة خالية عن اعتبار الإرفاق فى الحكم و لا وجه لاعتباره هنا كما هو واضح. و الذى يستفاد من الأخبار أمران الأول: أن يقبض البائع الثمن و قد دلت على هذا عدة من الروايات فعمدتها الصحيحة الأخيرة فى كلام المصنف فمضمون تلك الأخبار أن المشتري إذا جاء بالثمن فيها و الا فلا بيع له.

و رواية علي بن يقطين قد دلت على اعتبار أمر آخر وراء هذا الشرط و هو أن يقبض المبيع فلا تنافى بينها و بين تلك الروايات بوجه، لكى يتوهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣

التعارض بينهما بالعموم من وجه بل مفاد رواية علي بن يقطين ان البيع يبطل من جهة أخرى أو يكون خياريا و هى عدم إقباض البائع مع عدم أخذ الثمن و أن أمكنه المشتري من ذلك كما أن بطلان البيع من جهة الغرر مثلا لا ينافى بطلانه من جهة انتفاء شرط آخر له و أن بطلانه مثلا للغرر، لا ينافى بطلانه أو خياريته من جهة عدم قباض الثمن كما لا يخفى.

و على هذا فلا يفرق بين كون عدم إقباض جائزا كما فى صورة عدم دفع المشتري الثمن اليه أو عدوانيا كما إذا أمكنه المشتري من قبض الثمن و هو أى البائع لا- يقبضه و لا- يدفع اليه المبيع عدوانا فإنه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثة أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور.

و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع بدون اذن المالك

فقد ذكر المصنف أنه مبنى على المسألة الآتية من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض و عدمه فإنه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح و قد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر و قد عرفت بطلانه بل المدرك لذلك هو الروايات و هى تدل على بطلان البيع أو تزلزله بدون قباض المبيع بحيث يكون عدم الإقباض مستندا إلى البائع كما عرفت ذلك من إطلاق رواية علي بن يقطين فافهم.

الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع

فهل هو كلا قبض لظاهر الأخبار فإنها ظاهرة فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحة على مسلكتنا أو باللزوم على المشهور لانصرف الأخبار الى صورة عدم قبض شىء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض و غيره و جوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالترتم بالتفصيل لعدم تضرر البائع فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤

والتحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر وهو أنا ذكرنا مرارا أن المبيع إذا كان ذى أجزاء بحيث يعد في العرف متعددا و باعه صفقة واحدة فالبيع ينحل الى بيوع متعددة كانهل الأحكام الاستغراقية حسب تعدد الافراد الى أحكام عديدة و يكون ذلك في الحقيقة بيعان مستقلا و بهذا صححنا ما إذا باع شخص شيئا فظهر بعضه مستحقا للغير فحكمنا بصحته على طبق القاعدة و هكذا ما إذا باع أحد الشاة و الخنزير أو الخمر و الخل صفقة واحدة فإن البيع يصح في ما يملك و يبطل في غيره و كذا إذا باع مال غيره فأجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فأجاز مالك بعض و لم يملك البعض الآخر فان البيع في جميع هذه الصور يصح في جزء و يبطل في الجزء الآخر و الوجه في جميع ذلك هو انحلل البيع الى بيوع متعددة لانه واحدا بحسب الإنشاء لا في الحقيقة كاتحاد الحكم الاستغراقى بحسب الإنشاء و تعدده في الحقيقة و مع عدم القول بالانحلال أو في الموارد التي لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلا للحكم بالصحة مطلقا كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع بيع واحد فمع قبض بعض المبيع لا يصدق عليه اقباض المبيع كما أنه إذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البائع تمام المبيع إلى ثلاثة أيام بطل البيع أو كان البائع له الخيار كما لا يخفى فافهم

الشرط الثاني: عدم قبض البائع مجموع الثمن،

فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا- قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبي بكر العياش القاضى الذى ذكر ذلك فى روايه ابن الحجاج «١» و هى أنه قال اشترت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥

صاحبه ثم احتسبت أياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بابى بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت بقول صاحبي، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و الّا فلا بيع له. حيث ان مورد المحاكمة و السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا و قد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر.

أقول: ان تم الإجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أو صحته فهو و الا فلا دليل على ذلك، و لكن الإجماع التعبدى لم يتم فإنه قد استدل بعضهم كالتذكرة و غيره بالروايات تبعا لفهم أبى بكر بن عياش و مع تسليم أن أبى بكر بن العياش رجل صحيح ثقة، و لكن فهمه ليس بحجة لنا لعدم كونه معصوما قطعاً و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحة فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الأقوى و الا- فيحكم بالبطلان فى الجميع كما عرفت فى طرف المبيع و أما الصحة مطلقا فلا وجه له أصلا فافهم.

ثم انه لو قبض البائع الثمن بغير رضى المشتري فهل يحكم بسقوط الخيار أو بصحة البيع حينئذ لتحقق قبض الثمن فان من شرائط صحة البيع على المختار أو من شرائط لزومه على المشهور هو عدم تحقق قبض الثمن فإذا تحقق بأى نحو قد حصل الشرط أو أن هذا القبض كلا- قبض فان الظاهر من الاخبار هو تحقق ذلك بالاختيار و الرضا من المشتري كما قلنا بلزوم تحقق اقباض المبيع باختيار البائع و رضاه و الا فيكون وجوده كعدمه.

نعم إذا مكن البائع المشتري من المبيع و لم يقبض المشتري ذلك فإنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦

حينئذ جاز للبائع أخذ الثمن من المشتري بأى نحو كان و لو بالجبر و الإكراه فإنه حينئذ يجب على المشتري إقباض الثمن، و انما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الأول فإن أخذ الثمن من المشتري بغير اذنه عدوان فلا يجوز و ان كان المال أى الثمن للبائع، و لكن ما لم يعطى المبيع للمشتري أو لم يمكنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله و المفروض أنه لم يقبضه و لم يمكنه أيضا من ذلك: و بعبارة أخرى أن المستفاد من الأخبار المتقدمة أنه إذا لم يترتب أثر البيع عليه و هو إقباض البائع المبيع و قباض المشتري الثمن فلا يجب لكل منهما الإقباض و لا يجوز لكل منهما الأخذ من الآخر بدون اذن الآخر فان وجوب الإقباض أو جواز الأخذ و لو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط بإقباض أحدهما و الا فلا يجوز و قد ذكر في الأخبار أنه لا يبيع إذ لم يجئ المشتري الثمن و لم يقبض البائع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإقباض من أحد الطرفين فإنه حينئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا و هو واضح جدا.

ثم أنه إذا أخذ البائع الثمن بغير رضى المشتري ثم أجاز المشتري فهل يكون ذلك موجبا لصحة البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الإجازة قد تكون فى ضمن ثلاثة أيام و قد يكون بعدها و ان كانت فى ضمنها فلا شبهة فى صحة البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البائع على خيار كان مشروطا بان لا يجيء المشتري الثمن فى ضمن ثلاثة أيام و من الواضح أن قبل انقضاء الثلاثة لما أخذ البائع يكون مثل مجيء الثمن كما هو واضح.

و عليه فلا ثمره ح فى البحث عن أن الإجازة كاشفة أو ناقلة أى الثمرة المترتبة على الإجازة بعد ثلاثة أيام و ان كانت هنا ثمره أخرى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧

و ان كانت الإجازة بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالكشف فيحكم بصحة البيع أو بلزومه و ذلك لأن بالإجازة تكشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثة و قد عرفت أن الخيار كان مشروطا بعدم مجيء الثمن بعد الثلاثة كما هو واضح.

و على القول بالنقل فيحكم ببطلان البيع على المسلك الحق و يكون البائع ذى خيار على المشهور إذ الإتيان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثة أيام الذى كان موضوعا لثبوت الخيار للبائع و هذا واضح لا شبهة فيه.

ثم هل الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة يظهر من المصنف أن الإجازة هنا ناقلة مع أنه ذهب فى البيع الفضولى إلى الكشف الحكيمى و عليه فلا ملازمة بين المسألتين و هذا هو الحق فالقول بالكشف هناك لا يلازم القول بالكشف فى هذه المسألة أيضا و توضيح ذلك أن البيع و الشراء و كذا سائر العقود و الإيقاعات أمور خفيفة المؤنة لأن قوامها بالاعتبار الذى هو خفيف المؤنة فيمكن أن تتعلق بالأمور السابقة فلا مانع فى نفسه أن يبيع أحد دار نفسه قبل سنة بأن اعتبر كونها ملكا لزيد قبل سنة و هكذا فى بقية العقود فلا يرى العقل محذورا فى ذلك الا أن ذلك مما لا يساعده العرف و أنه بعيد عن أذهانهم و مرتكزاتهم و لا يعتبرون ذلك بوجه و عليه فتكون أدلة إضاء العقود منصرفه عن ذلك فلا يشملها أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه من أدلة اللزوم و الصحة فيحكم بالبطلان و لكن قد ذكرنا فى بيع الفضولى أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف و أنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولاً للدالة الدالة على لزوم العقود و صحته كما هو واضح فلا شبهة فى أن العرف يعتبر البيع إذا صدر عن غير المالك و إذا لحقته اجازة المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولاً للدالة المذكورة.

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع و نحوه قبل زمان الإجازة، لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨

يجرى فى التكوينيات إذ لا معنى لكون الأمر التكويني الواقع فى زمان واقعا فى زمان آخر بالاعتبار فإن الأمور التكوينية لا تختلف بالاعتبار و عليه فاقباض الثمن أو المثمن فى ضمن الثلاثة أيام الذى هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكويني فهذا الأمر التكويني لا بد و أن يتحقق فى ضمن الثلاثة فلو تحقق بعد ثلاثة فلا يكون موجبا للصحة أو اللزوم و لذلك ما إذا

لم يتحقق أصلا و عليه فإذا أخذ البائع الثمن في ضمن الثلاثة بغير رضى المشتري فهو كلا قبض فلا يكون موجبا لصحة البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكويني فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا في ضمن الثلاثة بالإجازة بعد ثلاثة أيام، فيكون الكشف ح لغوا فلا مناص من القول بالنقل هنا كما ذهب اليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبائع على المشهور لتحقق القبض من حين الإجازة كما هو واضح.

ثم ان هنا شيء لم يتعرض المصنف، و هو أنه إذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشتري المثلث من البائع بدون إذنه بأن سرقه منه أو أخذه منه قهرا و اكراها من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجاز البائع ذلك بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهة في ظهور الثمرة هنا فإنه على القول بالنقل يحكم بالبطلان و على القول بالكشف يحكم بالصحة بعين ما ذكرناه في طرف المشتري و أما على مسلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرض له لأنه ذهب الى صحة العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه في ذلك أن الخيار هنا للبائع فإذا أجاز القبض فإن قلنا بالكشف فلا شبهة في صحة البيع لتحقق شرطه على الفرض و على القول بالنقل فإن البائع و ان كان يقبض المبيع من حين الإجازة و لكنه يسقط الخيار بذلك فان أجازته القبض السابق إسقاط للخيار كما هو الظاهر، و لا يرد عليه أنه يقبض مال المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩

إليه بالإجازة فإعطاء مال الناس اليه لا يكون موجبا لسقوط خياره فإنه يقال ان المال و لو كان للمشتري و لكن لم يكن له حق الأخذ بدون اذن البائع فإذا أخذه بدون إذنه فأجازة البائع يكون ذلك كاشفا بالالتزام عن سقوط خياره و الا فلم يجز القبض و ليس من المتعارف أن يجز القبض و يبقى خياره إلى مدة كما هو واضح.

الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و أن لا خيار بتأخير الثمن

و الوجه في ذلك أن الأخبار المتقدمه منصرفه عن هذه الصورة و ذلك لأنها متوجهة إلى فرض أن يكون للبائع حق مطالبته الثمن لكي يترتب عليه أنه إذا لم يجزى بالثمن فله الخيار إذ المشتري لم يعمل بوظيفته، و أما إذا اشترط ذلك المشتري على البائع فإنه ليس للبائع الخيار كما لا يخفى فافهم.

الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره

نص عليه الشيخ في المبسوط و هو ظاهر كثير من الفقهاء على ما في المتن و ذكر المصنف أن هذا الخيار أى خيار تأخير الثمن مختص بالعين الشخصية فلا- يجرى في المبيع الكلى و قال ان كلمات الفقهاء موردها ذلك و كك معاهد إجماعاتهم فإنها مختصة بالعين الشخصية فلا تشمل المبيع الكلى كما لا يخفى.

و أما حديث نفى الضرر فهو أيضا مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله اليه بخلاف الكلى فإنه لا- تلف فيه ليكون دركه على البائع و يتضرر من ذلك ثم ذكر النصوص فرويتا «١» ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٧، ح ٣ و ٤.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠

المراد به المبيع و الوجه في إطلاقه على المبيع قبل البيع هو كون المبيع معرضا للبيع و لا مناسبة لإطلاقه على الكلى لعدم صحة كونه معرضا للبيع فلا يصح هذا الإطلاق فيه فلا تشمل الروايتان على الكلى.

و أما رواية «١» زرارة فهي أيضا ظاهرة في المبيع الشخصي فلا تشمل الكلي وذلك لأن قول السائل فيها، الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمانه قال: ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له، ظاهر في المبيع الشخصي فإن المتاع ظاهر في ذلك و كذا قوله ثم يدعه فان الإيداع لا يمكن في المبيع الكلي، كما لا يخفى.

و أما رواية أبي بكر بن عياش من اشترى شيئا فان إطلاقه و ان شمل المعين و الكلي كليهما الا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى و من الواضح أن الكلي المبيع ليس موجودا خارجيا و الوجه في ذلك هو أن الشيء مجاز مشهور في الأمور الخارجية فلا يحتاج في إطلاقه عليها إلى القرائن الخارجية، كما لا يخفى. هذا حاصل ما ذكره المصنف، و لكن جميع ما ذكره مورد للمناقشة، أما ما ذكره من ظهور كلمات الفقهاء في الشخصي و اختصاص معاهد إجماعاتهم بالمبيع المعين الخارجى فهو واضح البطلان فإنه و ان كان بالنسبة إلى بعضهم مسلما كعبارة الشيخ فى المبسوط و أنها ظاهرة فى ذلك و لكن لا شبهة فى صراحة عبارة بعضهم أيضا فى المبيع الكلي، كما لا يخفى، بل نسب الشهيد (ره) تخصيص الحكم بالعين الشخصية إلى الشيخ، فيعلم من ذلك أنه لم يقل بذلك غير الشيخ و من تبعه فضلا عن اتفاق كلماتهم أو إجماعهم على ذلك فلو كان هنا إجماع لم يذكر الشهيد (ره) ذلك و واضح أن الشهيد ممتاز فى فهم كلمات الفقهاء

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٦، ح ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١

بل قيل انه لسان الفقهاء و لو سلمنا اختصاص كلمات المشهور فهم بذلك فإنه لا يصل الى حد الإجماع بعد كلام الشهيد (ره). و أما حديث نفي الضرر فقد ذكرنا أنه لا يثبت الخيار فلا يكون دليلا على المطلب و على تقدير كونه دليلا على الخيار فلا شبهة فى شموله على المبيع الكلي أيضا و ذلك لما عرفت أن الضرر هنا يكون من جهات ثلاث الاولى الضرر من جهة تلف المبيع و الثانية من جهة حفظها للمشتري و عدم جواز التصرف فيه و هاتان الجهتان لا تجريان فى المبيع الكلي و الثالثة أن يكون الضرر من جهة أن عدم إعطاء المشتري الثمن للبائع ضرر عليه فلا شبهة أن هذه الجهة تجرى فى صورتى كون المبيع شخصا أو كليا كما هو واضح، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلا على ثبوت خيار التأخير للبائع و دعوى ان عدم دفع الثمن إلى البائع من ترك المنفعة كما توهم لا من الضرر دعوى جزافية كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهة فى ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار فى البيع الكلي فإن المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهة أن قول السائل فلا يقبضه فى رواية على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى يباع فى رواية ابن عمار صريح فى إرادة المبيع من البيع فإنه لا معنى لقبض البيع و كذلك قوله عليه السلام اشترى يباع فإنه أيضا لا معنى لشراء البيع و هذا واضح لا شبهة فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهة أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضا للبيع فلا- معرضية فى الكلي و ذلك لأنه يرد عليه أولا أن الوجه فى إطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف، بل من جهة ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع ميبعا و يعرض عليه البيع فلذا أطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلاً فله سلبه و فى قوله تعالى إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا. و غير ذلك من الموارد التى يصح الإطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢

فيها باعتبار ما يؤل اليه.

على أنه يصح المعرضية فى الكلي أيضا فإن الكليات الذميمة قابلة للمعرضية على البيع، بل غالب البيوع من هذا القبيل كالبيوع الواقعة بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكلية فإنهم عقد و فى حجراتهم فيبيعون و يشترون كليا.

و على الجملة فظهور البيع أعم من الكلية و الشخصية كما هو واضح ففى كفاية هاتين الروايتين فى شمول الحكم للكلي غنى و كفاية و ان لم تكن الروايات الأخر ظاهرة فى الكلي كما لا يخفى، و أما صحیحته زرارة فالمتاع المذكور فيها فى قول السائل كلفظ المال و

الماء من المفاهيم الكلية فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصية و أما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهة قوله و يدعه عنده فممنوع فإنه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا و تركه عند البائع، و لا شبهة في صدق ذلك على الكلى، بل كثر إطلاق ذلك في الثمن فإنه يقال انه باع و لم يأخذ الثمن، بل تركه عند البائع حتى مع التصريح بكون الثمن كليا يصح هذا الإطلاق و مع ظهوره في العين الشخصية فلم يذكر ذلك في كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم و اختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغاية الأمر فلا ظهور لهذه الرواية في الكلى و لكن ليس له ظهور في نفي الحكم عن المبيع الكلى و عليه فتكفينا الروايتان المتقدمتان كما هو واضح.

و أما رواية أبى بكر عياش أولا أنها ضعيفة السند، و ثانيا: أنه لا شبهة في شمولها للمبيع الكلى و الشخصى لأن الشئ من المفاهيم العامة يطلق على جميع الأشياء، بل لا-شئ أعم منه لإطلاقه على الواجب و الممكن و على الأمور الاعتبارية و المتأصلة كما هو واضح.

و لا شبهة ان الكلى قبل تعلق الاعتبارية و كونه مبيعا و ان لم يكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣

شيئا و لكن يطلق عليه الشئ بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكون مشمولا للحديث و قد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الأول ان الشئ عبارة عما هو مشىء وجوده فلا- يطلق على غير الأمور الوجودية لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى و لا يطلق الشئ عليه و فيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفة و الا فلا شبهة فى إطلاق الشئ على جميع الأشياء الوجودية و العدمية و سلب الشئية فى بعض الموارد، و عن الأمور العدمية باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى **يَحْسَبُهُ الظُّمَانُ مَاءً حَتَّى إِذَا جَاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئًا** أى لم يجد شيئا و هو الماء الذى يطلبه و الا كان هناك شئ قطعاً فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزا فأیضا يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء، و قد عرفت أن الشئ من المفاهيم العامة فيشمل جميع الأشياء الموجود و المعدومة و لا شبهة أن الكلى الذى تعلق به البيع و اعتبار العقلاء الشئ ثابت فى ذمه البائع، كما لا يخفى.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف من الفراق لفظ الشئ عن الكلى إلى الموجود الخارجى، بحيث صار مجازا مشهورا لا يحتاج فى إطلاقه إلى القرائن.

و فيه أنه لا وجه لهذه الدعوى، فإنه بعد تسليم إطلاق الشئ على جميع المفاهيم حتى الواجب و جميع الأشياء الموجودة و المعدومة و الاعتباريات- فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لورود النهى عن بيع شئ مثلا فى وقت كيوم الجمعة فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معاملة كلية لا تكون ذلك محرمة، على أنه لو أغمضنا عن جميع ذلك و سلمنا ظهور هذه الرواية الضعيفة فى المبيع الشخصى و لو بضميمة الانصراف و لكن لا يوجب ذلك رفع اليد عن الروايتين الأولتين فى الكلى كما تقدم، فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤

قوله

ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار

أقول قد ذكرت هنا أمور بلحاظ أنها معتبرة فى هذا الخيار.

الأول: عدم الخيار لأحدهما، أو لهما قال فى التحرير و لا خيار للبائع لو كان فى البيع خيار لأحدهما و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسألة بقوله، و لم يشترط خيار لهما أو لأحدهما، و قد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطا بهذا الشرط على وجه الإطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه فى هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما، و الوجه فى ذلك هو

عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط، كما هو واضح.

ثم وجه هذا القول بأمرين الذين ينتج ضم أحدهما إلى الآخر اشتراط خيار التأخير بهذا الشرط أى بعدم الخيار لأحدهما أولهما. الأول: أن النصوص الواردة فى مشروعية هذا الخيار كلها منصرفه عن ذلك، لأنه انما ثبت فى حق من له حق المطالبة لبدل ماله من الآخر و مع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبة، و لا أن وظيفة من له الخيار وجوب التسليم، بل له أن يقبض و له أن لا يقبض كما هو واضح.

الأمر الثانى: أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار إقباض الثمن أو المثمن من الطرف الآخر، كما فى التذكرة، حيث قال: انه لا- يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على التسليم و ضم أحد الأمرين إلى الآخر ينتج أن من له حق تأخير العوض و عدم إقباضه من الطرف الآخر بحيث له أن يؤخر الإقباض لحق لا يثبت عليه خيار التأخير لانصراف الأدلة عن ذلك.

و الحاصل: أن من له الخيار كأنه شرط على الأخير تأجيل العوض فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥

يثبت عليه خيار التأخير.

و قد أجاب عنه المصنف على فرض تسليم المقدمتين حيث قال

و فيه بعد تسليم المقدمتين فان كلامه هذا ظاهر فى أنه لا يسلم المقدمتين.

و حاصل جوابه على فرض تسليم المقدمتين النقص بخيار المجلس و خيار الحيوان و قال ان لازم ذلك كون مبدء الثلاثة من حين التفرق فى خيار المجلس و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف و ان ذهب الصدوق الى كون الخيار فى الجارية بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص.

ثم حيث انه ما من معاملة الا و قد ثبت فيها خيار المجلس الا ما شذ و ندر، فلذا لو خص خيار التأخير بغيره لزم حمل الأخبار الواردة فيه على مورد نادر، فلذا ذكر المصنف أنه يلزم أن يكون خيار التأخير فى ذلك بعد التفرق و أما لو قلنا باختصاص ذلك بغير موارد خيار الحيوان فلا يلزم فيه المحذور المذكور، و لذا نقض المصنف بأنه يلزم اختصاص ذلك بغير خيار الحيوان كما هو واضح.

و قد أشكل شيخنا الأستاذ على ما ذكره المصنف و تسلّم ما ذكره العلامة فى التذكرة و ابن إدريس فى السرائر و قال كلتا المقدمتين مما لا بدّ من تسلمهما أحدهما أن من له حق التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح.

و المقدمة الثانية: هى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و الإقباض.

أما المقدمة الاولى: فلأن الأخبار منصرفه عمّن جاز له التأخير، و ليس موظفا بالإتيان لأن الظاهر من تلك الأخبار هو أن الإتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام و لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثة أيام و الا فللبائع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦

و هذه المقدمة مما لا- شبهة فيها، بل ذكر المصنف فى الشرط الثالث أن الأخبار منصرفه عن صورة اشتراط التأخير و قلنا أن خيار التأخير انما جعل لمن كان له المطالبة و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالأداء و أما المقدمة الثانية فقد أشكل عليه شيخنا الأستاذ من أن له لا- يجب عليه التسليم و توضيح ذلك أن بناء المعاملة على التسليم و التسلم و التبديل و التبديل فيصير القبض و الإقباض من الشروط الضمنية التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنية أو الصريحة غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما فى ضمنه من التعهدات الضمنية، بل الصريحة غير لازمة الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم فى العقد الخيارى و عليه فلا يجرى فيه خيار التأخير و هذا المعنى قد التزم به

المصنف في أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلي أن من ظلم على أحد و لم يسلم المبيع الذي باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فإنه أيضا معصية و أجاز عنه المصنف بأنه إذا منع البائع في التسليم للمشتري أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد أنكر المصنف ذلك هنا و في أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافي خيار المجلس إلاً في فرض نادر بأن بقيا في مجلس العقد الى بعد ثلاثة أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير.

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا يمنع عن هذا الخيار فإن غايه ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدلة من مناسبة الحكم و الموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثة بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار في هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا اشكال، فلا ينافي اعتبار ذلك مع ما في المختلف من الاتفاق على ثبوته في الحيوان.

نعم بقي هنا شيء و هو أنه لو اجتمع خيار التأخير مع خيار الحيوان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧

لزم تعدد السبب مع كون المسبب واحد فهذا لا- محذور فيه كما في تقرير شيخنا الأستاذ فراجع أقول: أما ما ذكره من أن مطلق الشروط الضمنية و الصريحة ليس بواجب الوفاء في العقد الخيارى و منها التسليم و التسلم.

فرد عليه أن هذا انما يتم بناء على كون دليل اللزوم هو الأمر بوجود الوفاء على العقد و كان المراد من ذلك هو ترتيب الأثر عليه و يكون المراد من وجوب الوفاء هو الحكم التكليفي على ما ذكره المصنف و عليه فيقال: أن ترتيب جميع آثار العقد عليه انما يصح فيما إذا لم يكن العقد خياريا و إلا فلا يجب ذلك كما هو واضح، و قد ذكرنا في محله أن معنى الوفاء هو الإنهاء و الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و إتمامه و حيث لا- يناسب ذلك بالوجوب التكليفي فيكون الأمر به إرشادا إلى أنه لا ينحل و أنه لازم، و ذكرنا أيضا أن من أدلة اللزوم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه و أنه يحرم أكل مال الناس بغير تجارة عن تراض، و غير ذلك فلا شبهة أنه إذا تحقق البيع و حصل النقل و الانتقال فيكون المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع فيحرم لكل منهما التصرف في الآخر بدون اذنه لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه و أنه لا يجوز لكل أحد أن يتصرف في مال غيره بدون اذنه و لا يفرق في ذلك بين كون العقد خياريا أم لا، نعم من لا يريد أن يسلم العوض في المعاملة مع كونه ذي خيار فسخ المعاملة ثم لا يسلم العوض كما هو واضح و أما ما ذكره من أن المصنف ذكر ذلك في أحكام القبض فهو ممنوع لان ما ذكره في القبض لا يمس بالمقام فإنه مبنى على أن من الشروط الضمنية في العقد أن يسلم كل من المتعاملين العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما يجوز التخلف للآخر أيضا كما هو واضح، و هذا غير كون من له الخيار، لا يجب عليه التسليم كما هو واضح، و أما ما ذكره من أنه لا ينافي خيار الحيوان لأن اللازم أن لا يكون أداء الثمن متأخرا من الجزء الذي يتم به الثلاثة فليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨

بميتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشتري أن يسلم الثمن إلا أنه قد أمهل الشارع للمشتري في ضمن الثلاثة بالنسبة إلى ثبوت الخيار للبائع فبمجرد انتهائه يثبت الخيار للبائع أو يبطل البيع كما هو واضح فلا يحتاج إلى التأخير في الآن الذي تم الثلاثة و بعبارة أخرى أن الروايات قد دلت على أن المشتري ان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فيها و إلا فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثة إنما هي أيام النظرة بالنسبة إلى ثبوت الخيار للبائع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح، فلا ينافي ذلك بوجود تسليم الثمن في الثلاثة أيضا و أما ثبوت الخيار فليس مشروطا بالتأخير عن الجزء الذي يتم به الثلاثة بل في نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبائع كما لا يخفى.

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه و قد أفاد فيه وجهين:- الأول: أن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاز عنه المصنف بان ضرر الثلاثة بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و لذا أجاز

عنه بأن الضرر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و عليه فيندفع الضرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف، نعم يرد عليه أن هذا الوجه مبنى على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر فإنه ح يشترط في ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبائع و أما إذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل.

الوجه الثاني: النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع في الثلاثة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩

فيختص هذا الخيار بغير صورة ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار أن البيع لازم في ضمن الثلاثة فإذا كان للبائع خيار في ذلك لا يكون البيع لازماً، فلا يكون هذه الصورة مشمولة للأخبار كما هو واضح، و على هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتاً في مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار و لا يتقيد الحكم بسببه، يعني أن الخيار هنا حكم ثابت للبائع و لا يكون مقيداً بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازماً بانتفائه من هذه الجهة فقط، لا ينافي ثبوت خيار آخر للبائع كما هو واضح، بل الثابت هو طبيعي الخيار الثابت للبائع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظراً الى لزوم البيع في الثلاثة بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشتري إذا جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فهو، و الأ فله الخيار، فالظاهر من ذلك أن الإتيان بالثمن في الثلاثة يوجب نفي خيار التأخير، و لا ينافي ذلك ثبوت خيار آخر للبائع غير خيار التأخير، و ليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه، بل الثابت هو طبيعي الخيار، و لكن يكون البيع لازماً بانتفاء هذا الطبيعي من هذه الجهة فقط و لزوم البيع من هذه الجهة لا ينافي ثبوت خيار آخر للبائع من جهة آخر كما هو واضح، و من هنا لا ينافي هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فإنه مع أن لازم الوجه الثاني عدم ثبوت خيار المجلس أيضاً في ضمن الثلاثة.

قوله: و منها تعدد المتعاقدين

أقول قد ذكر المصنف وجهين لاختصاص الخيار بصورة تعدد العاقد:

الأول: اختصاص النص الوارد في المقام بصورة التعدد.

و الثاني: أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع إسقاطه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠

أما الأول: فلأنه لا شبهة في أن الظاهر من النصوص الواردة في المقام و ان كان هو تعدد المتعاملين و من بيده العقد أي المالكين أو من يكون نازلاً منزلة المالك من الولي و الوكيل المفوض، و لكن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه، بل يمكن ذلك مع اتحاده أيضاً، فإنه بمنزلة الآلة فقط، ليس له الا- إجراء العقد كما هو واضح، و بعبارة أخرى أن المناط في ذلك هو عدم الإقباض و القبض و لا إشكال في تصوره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد في ثبوت خيار التأخير لغو محض و غلط فاحش.

و أما الوجه الثاني: فقد ناقش فيه المصنف من حيث الصغرى من أنه قد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه و اشتراط عدمه، نعم لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الا و لأن أعنى عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد و لكن الظاهر المناقشة في الكبرى أيضاً بأنه لا دليل على كون خيار التأخير بعد خيار المجلس غاية الأمر أن خيار المجلس في الأغلب يبقى إلى ساعة و ساعتين أو أقل أو أكثر و لا يبقى إلى الثلاثة أيام حتى يجتمع مع خيار التأخير و لو بقى المجلس إلى الثلاثة مع عدم تحقق القبض و الإقباض لكان خيار المجلس مجتمع مع خيار التأخير كما هو واضح.

قوله و منها أن لا يكون المبيع حيواناً

أقول من جملة الشروط لثبوت خيار التأخير أن لا يكون المبيع جارية، بل حيواناً مطلقاً فإن المحكى عن الصدوق في المقنع أنه إذا

اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن، فان جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر، و الا فلا بيع و ظاهر المختلف نسبة الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان، و لكن الظاهر أن الصدوق التزم بذلك في خصوص الجارية في انه ذكر في الفقيه أن الخيار في ما يفسده بيومه بعد يوم و في غيره إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١

ثلاثة أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوص الجارية و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر في الفقيه أيضا إلا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبة ذلك الى الصدوق في مطلق الحيوان لا نفهم له وجهها. و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استنادا إلى رواية علي بن يقطين و قد أشكل على الرواية بوجهين:

الأول: من حيث السند فإنه حكى عن العلامة في المختلف أن الرواية ضعيفة و لكن لا- نفهم لضعف الرواية وجهها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق (ره) الى ثبوت الخيار للبائع في الجارية بعد شهر، و قد ضعف العلامة عن هذه الرواية و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامة أي شيء فان هنا روايتان إحداهما رواها الصدوق عن ابن فضال عن علي بن رباط عن زرارة أو عمن رواه كما في الوسائل أو عمن رواه كما في الوافي، و هذه الرواية على تقدير عدم الإرسال فهي ضعيفة لعلي بن رباط و الرواية الثانية قد رواها في التذهيب، عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي إسحاق عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة عن علي بن يقطين فهذه الرواية معتبرة أما غير أبي إسحاق فواضح، و أما أبي إسحاق و هو أن كان مشتركا بين أشخاص عديدة ضعاف و ثقات، و لكن الأشهر هو إبراهيم بن هاشم على أنه ينقل عن ابن أبي عمير و ينقل عنه محمد بن احمد بن يحيى و غيرهم أكثرهم من أصحاب الصادق و الباقر (عليهم السلام) و من هو من أصحاب الهادي (ع) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما إبراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن أبي عمير، على أنه أيضا معتبر فراجع كتب الرجال.

الثاني: إعراض المشهور عن العمل بها فإنهم لم يعملوا بها، بل لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢

ينسب العمل بها إلا الى الصدوق و لا شبهة ان إعراضهم عن العمل بالرواية يوجب وهنها و لعل مراد العلامة من الضعف هو ذلك فإنه لم يقيد الضعف بكونه في السند بل ذكر أن الرواية ضعيفة و لا شبهة أن اعراض المشهور عندهم يوجب الوهن فتكون الرواية ضعيفة بالعرض لا بالذات.

و يرد عليه أولا الإشكال في الصغرى حيث لم يعلم اعراض المشهور عن هذه الرواية بل يحتمل ان يكون عدم عملهم بها من جهة أنهم حملوها على بعض الوجوه بأن تكون محمولة على صورة اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، إذ كلامنا في صورة عدم اقباض المبيع كما تقدم و ليس في هذه الرواية عدم اقباض الجارية حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها و اذن فلا بأس من حملها على صورة اشتراط تأخير الثمن الى شهر في ضمن العقد، و الأقله الخيار أو يمكن أن يكون عدم عملهم بها من جهة حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثة أيام إلى شهر و على هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح.

و ثانيا: الإشكال في الكبرى و هو أن اعراض المشهور عن الرواية لا يوجب وهنها كما أن عملهم بها لا يوجب الاعتبار، و قد تقدم ذلك مرارا و قد نقحنه في علم الأصول و على هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الرواية و قد حملها المصنف على الوجهين المتقدمين و لكنهما بعيدا خصوصا الحمل على الاستحباب، فلا بدح من العمل بها في خصوص الجارية كما عمل بها الصدوق (ره) فظاهرها ثبوت الخيار للبائع في بيع الجارية بعد شهر سواء أقبضها من المشتري أم لا لإطلاقها و لا وجه لتقيدها بصورة الإقباض.

و على الجملة فحيث ان النص وارد في خصوص الجارية فيكون أخص من الرواية المتقدمة فتكون مقيدة لها و قد يتوهم أن النسبة بينها و بين الروايات المتقدمة هي العموم من وجه حيث ان هذه الرواية أخص من حيث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣

الموضوع و هو الجارية و الروايات المتقدمة أعم من الجارية و غيرها و ان هذه الرواية أعم من حيث قباض المبيع و الروايات المتقدمة ناظرة إلى خصوص قباض المبيع و يقع التعارض في مورد الاجتماع و هو صورة الإقباض فإن هذه الرواية تدل على ثبوت الخيار بعد الشهر و الروايات المتقدمة تدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثة أيام، و حينئذ فيحكم بالتساقط، و لكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد.

أولاً: أن النسبة بينها و بين الروايات المتقدمة إنما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهة أن هذه الرواية أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمة.

و ثانياً: على تقدير لحاظ النسبة بينهما من حيث الموضوع و الحكم معاً أنه لا يمكن الحكم بالتساقط في مادة الاجتماع إذ من البعيد جداً أن يكون الخيار في صورة الإقباض بعد شهر، و في صورة عدم الإقباض أن لا يكون للبائع خيار أصلاً، و اذن فلا بدّ من ترجع هذه الرواية على فرض المعارضة و هذا واضح جداً.

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلثة أيام و الّا فله الخيار، أى للبائع أن مبدء الثلاثة من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مدة الغيبة ثلاثة أيام خلاف الظاهر من الرواية.

في مسقطات خيار التأخير

إشارة

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر

أقول

الأول إسقاطه بعد الثلاثة،

و هذا لا شبهة فيه، بل لا خلاف فيه أيضاً إذ لا محذور فيه بوجه أصلاً، و أما سقوطه بالإسقاط في الثلاثة فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفى الضرر و هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤

حاصل بعد الثلاثة فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في إسقاطه بوجود المقتضى، و الأمر أشكل فيما إذا اشترط سقوطه في ضمن العقد و وجه الأشكالية أن المقتضى الذي هو العقد كان موجوداً في إسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثة و لكنه منفي هنا لعدم تمامية العقد بعد كما هو المفروض و أيضاً ذكر المصنف أن السقوط لعله من جهة عموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا إجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فلننظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدلة الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح.

و قد يقال بجواز شرط النتيجة بأن يشترط السقوط بعد الثلاثة.

و فيه ان كان المراد هو اشتراط السقوط بعد الثلاثة بلا سبب و هو بديهي البطلان إذ لا موجب لسقوطه بلا سبب.

و ان كان المراد من سقوطه بعدها بالإسقاط قبل الثلاثة بحيث ينشئ من الآن سقوطه بعد الثلاثة فيعود المحذور، فإنه من قبيل إسقاط من لم يجب.

أقول: قد ذكر المصنف في خيار المجلس جواز الإسقاط في مثل هذه الموارد من جهة وجود المقتضى و قد ذكرنا أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب ليس مدلولاً لدليل لفظي بل إنما هو من جهة الإجماع على بطلان التعليق في العقود و الا فلا استحالة عقلية هنا، بل لا يرى العقل محذورا في إنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء البيع قبل الشراء، و إنما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهة الإجماع و لا شبهة أن جواز إسقاط ما لم يجب أمر معروف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥

بين الفقهاء فلا يكون داخلا في معقد الإجماع فيكون ذلك مشمولاً لأدلة الشروط كما هو واضح.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ أن للبائع حق المطالبة حتى في ضمن الثلاثة فله أن يسقط حق المطالبة و لا يكون الإسقاط حينئذ إسقاطا لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الأستاذ حيث ان حق المطالبة أمر أجنبي عن الخيار، و لا شبهة في ثبوت ذلك، الحق في زمان الخيار و قبله و بعده فإسقاط أحدهما غير مربوط بإسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبة من الأحكام فلا يقبل الإسقاط.

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدلة الشروط قد مرّ جواب عن ذلك.

الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن

و قد ذكره العلامة في التذكرة استصحابا لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حسن لو استند في الخيار الى الاخبار و اما إذا استند إلى قاعدة الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صورة الضرر أيضا، و عليه فما ذكره في التذكرة متين جدًا.

أقول: أما الوجه الأول فهو متين فإنه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعدة نفي الضرر فلا شبهة في أنه يرتفع بأداء الثمن، و لكن قد عرفت سابقا أن مدركه ليس دليل نفي الضرر، و الا- لأمكن رفعه بغير الخيار أيضا و أما الوجه الثالث و هو صورة بذل المشتري فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه إذا جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبة إلى صورة بذل الثمن و غيرها و دعوى الانصراف إلى صورة عدم بذل الثمن بلا وجه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦

قوله الرابع: أخذ الثمن من المشتري.

أقول: بناء على سقوط الخيار ببذل الثمن فلا موضوع لهذا البحث حيث انه بمجرد البذل يسقط الخيار فلا تصل النوبة إلى الأخذ كما هو واضح.

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط و كون الأخذ موجبا له و كاشفا عنه، فليس ذلك أمرا مستقلا، بل مرجعه الى المسقط الأول و هو الإسقاط فإنه أعم من الإسقاط الفعلي أو القولي كما هو واضح.

نعم ينبغي ان يبحث بعنوان التنبية بأنه هل يشترط افادة العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفي الظن بذلك و أن البائع راضى به فإنه أمارة عرفية على الالتزام كالقول أو لا يعتبر الظن أيضا في ذلك و جوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الأقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العبارة فإن الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الأقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا في خيار الحيوان أن أقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الا فلا موجب لسقوط أما الوجه الأوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا، فلا- دليل عليه، لان الظن لا يغني عن الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن

الرضا بالعقد فأیضا لا دلیل علیه، فإنه يمكن أن لا يكون الأخذ بعنوان الثمنية كما إذا كان ذلك عن غفلة و جهل، فإنه لا كاشفیه له حينئذ عن الرضا بالعقد، بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنية أيضا فإن الثمن مال للبائع فيمكن أن يأخذه و مع ذلك يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلك مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧

و بعبارة اخرى أن الكاشفیه النوعية انما هي في باب حجیة الظواهر حيث ان الألفاظ تدل على المعاني التي وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفیه النوعية العقلية و ظاهرة في ذلك لا من جهة التعبد ببناء العقلاء بل من جهة تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلاني فقد أراد المعنى الفلاني و يكون ذلك التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المدليل و كونها مرادة للمتكلم و أما في المقام فلم يتعهد البائع بأني متى أخذ الثمن فرضيت بالمعاملة ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح، و عليه فلا كاشفیه للأخذ عن ذلك، و إذا فلا بدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنانی بأن تقوم القرينة على الكاشفیه و حصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذي هو حجة عقلية و من هنا ظهر أن مطالبه البائع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فإن المطالبة أعم من الأخذ و قد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد و عدمه فكيف تكون المطالبة كاشفة عن الرضا كما هو واضح، نعم قد ذكرنا في خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللبس و التقييل و ركوب الدابة و لكن ذلك من جهة النص الخاص لا من جهة كاشفیه أي تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح، بل من جهة النص الخاص الوارد في خيار الحيوان.

مسألة في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي،

إشارة

أقول وقع الكلام في أن خيار التأخير فوري أم لا، تحقيق الكلام هنا في مقامين:- الأول: بحسب الأصول العملية. و الثاني: من حيث الروايات.

أما الأول [بحسب الأصول العملية]

فقد استوفينا الكلام فيه في خيار الغبن و قلنا ان الاستصحاب اي استصحاب الخيار لا يجرى في المقام، بل لا بدّ من التمسك بالعموم و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن ففي الزائد عن ذلك نرجع الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨

العمومات الدالة على لزوم البيع و لا يضر عدم إمكان التمسك بـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيرجع الى الأدلة الأخرى مما دل على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه و حرمة تملكه إلا بالتجارة عن تراض و من الواضح أن الفسخ في الآن الثاني الذي نشك في ثبوت الخيار أكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

و بعبارة أخرى أنه و ان لم يجز التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على ما تقدم في خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا- أن في العمومات الأخر الدالة على اللزوم غنى و كفاية فينقطع التمسك بالاستصحاب أي استصحاب حكم الخيار فالنتيجة هي فورية الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفى الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لاندفاع الضرر به.

و أما المقام الثاني: فالروايات الواردة في المقام

بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثة أيام لا على البطلان مطلقاً بالنسبة إلى الآن الأول و الآن الثاني، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبائع على وجه الإطلاق بعد الثلاثة و على القول بفورية الخيار في خيار الغبن كما هو كذلك، فلا بدّ من الالتزام بعدم الفورية في المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصّصة للعمومات، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزاً بالعرض بعد الثلاثة غاية الأمر أن الجواز في الهبة حكيم و في المقام حتى للبائع إسقاط حقه أي خياره و نعم ما ذكره المصنف من هذه الرواية بعد عدم إمكان نفي الحقيقة فيها نظراً إلى نفي اللزوم إلى الأبد و لا يرد عليه ما ذكره الأستاذ من الالتزام بإهمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الرواية.

قوله مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع،

أقول: ذهب الفقهاء إلى أن التلف قبل القبض من مال البائع و انما الكلام من مدرک

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩

هذا الحكم و يقع الكلام في مقامين:

الأول: أن يكون التلف بعد الثلاثة.

الثاني: أن يكون ذلك قبل الثلاثة.

أما الأول: فقد استدل بوجوه- الأول: الإجماع و فيه أنه على تقدير تحققه فالمظنون أن مدرکه النبوی الذي سنذكره، فلا يكون إجماع تعبدی.

الثاني: النبوی المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و فيه أن هذا النبوی و ان كان مشهوراً و لكنه لم يذكر إلا في كتب العامة و عليه فلا- يمكن الالتزام بانجبار ضعفه صغرى و كبرى أما من حيث الصغرى فلأنه لم يذكر في كتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به و انما ذكروا فتاواهم بغير تعليل و عليه فلا ندرى أن استنادهم بذلك حتى يوجب ذلك انجبار ضعف النبوی و أما من حيث الكبرى فقد عرفت مراراً أن عمل المشهور لا يوجب الانجبار لضعف الرواية كما لا يوجب اعراضهم و هن الرواية الصحيحة.

الثالث: رواية عقبه بن خالد (١) في رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يفيض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه.

و فيه أن هذه الرواية لا يكون دليلاً لهذا الحكم لأنها ضعيفة السند و لا يكون منجبراً بعمل المشهور أيضاً حتى بناء على تسليم ذلك الكبرى فإنه

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١٠، ح ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠

لم يعمل احد بمضمونها فإنها تدل على كون الضمان على البائع ما لم يقبض خارجاً و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الأكثر التزم بكفاية التخليه بين المشتري و المبيع في القبض و لا يجب الإقباض الخارجى، أما الإخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبراً في القبض على خلاف الضرورة بل يمكن أن يقبض المشتري المال و يجعل عند البائع أمانة كما هو واضح.

و على الجملة فلا- دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البائع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلاني فإن بناء

العقلاء قائم على أن التلف قبل القبض يحسب على البائع إذ الأخذ والإعطاء من متمات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل ينسخ من أصله إذ البيع مبادله مال بمال فمع تلف المبيع أى شىء يعطى البائع للمشتري و مع انتفاء القبض فلا إعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن و الظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه إذا باع أحد عباءة من شخص و تلفت بعد ساعة و قبل القبض أن له حق مطالبة الثمن عن المشتري مع أنه لا يعطى شيئاً، ففى الحقيقة أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو إعطاء المبيع و إقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته ما دام المبيع لم يتلف قبل القبض و إذا تلف فدركه على البائع و كيف كان فلا ثمره فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشروط بالشروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضمانه عليه أنه ينسخ العقد به لا أنه يجب على البائع إعطاء بدله كما هو كذلك فى الغاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصورة عدم تسليم المبيع قهرا على المشتري و غصبا عليه فإنه يجبر على الإقباض و لا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكويننا كما فى صورة التلف.

و كيف كان أن معنى البيع هو الأخذ و الإعطاء و مع تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري يوجب انعدام مفهوم البيع و يكون ضمانه على البائع و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١

ان كان المال من المشتري و لكن ضمانه بحسب الارتكاز على البائع فإنه مشاهد صدق على انفساخ البيع.

لا يتوهم أنه إذا انسخ البيع كان التلف فى ملك البائع فلا يكون تخصيصاً لقاعدة الخراج بالضمان بل تخصصاً.

فإنه يقال: انه انما يدخل فى ملكه فى آن قبل التلف و التخصيص باعتبار أنه لو كان له نماء فى آن قبل التلف لكان للمشتري دون البائع فافهم و الذى يمكن أن ينافى هذه القاعدة الارتكازية أمران:- الأول: قاعدة الخراج مع الضمان فإنها و ان ذكرت فى روايات العامة و التزم بها أبو حنيفة و لكنها قاعدة مسلمة و ليست مختصة بالعامه بل هى أيضا قاعدة ارتكازية فإن العقلاء حاكمون على أن ضمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعدة فى بعض الروايات أيضا، حيث تقدم فى خيار الحيوان فى بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بأنه ممن يكون قال الامام عليه السلام الله أ رأيت أنه إذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك، فقال عليه السلام الله فضمانه أيضا له على ما هو مضمون، الرواية و على هذه القاعدة فلا بدّ و ان يكون التلف من المشتري لكونه مالكا و منفعة المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه.

الثانى: القاعدة المعروفة أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فإنه لا شبهة أن الخيار بعد الثلاثة للبائع فمقتضى هذه القاعدة أن يكون التلف من المشتري لعدم وجود الخيار.

و على الجملة مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشتري فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعدة المتقدمة من أن التلف من البائع.

أما القاعدة الأولى: فهى أعم من تلك القاعدة الارتكازية لأنها واردة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢

فى موردها حيث ان مقتضى الارتكاز على كون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتكاز العقلانى فى موارد البيع على كون التلف قبل القبض من البائع و ان كان المال لشخص آخر فتكون هذه القاعدة الارتكازية مانعة عن تحقق تلك القاعدة فى جميع الموارد، بل تكون لأعميتها مخصصة بذلك كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن قاعدة الخراج بالضمان مقتضى لكون التلف من المالك و قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع مانع عن كون الضمان للمالك فلا منافاة بين المقتضى و المانع و لا بعد فى كون ضمان مال أحد على شخص آخر كما فى الغاصب فإنه إذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه على الغاصب.

نعم الضمان فى باب الغصب انما هو بالمثل أو القيمة فإنه إذا تلف المال تحت يد الغاصب فيكون ضامنا ببدله فيجب عليه اما أداء

المثل أو القيمة.

و أما الضمان هنا انما هو كون المبيع تالفا من كيس البائع بحيث لا يجوز له مطالبة الثمن من المشتري فيحكم حينئذ بانفساخ العقد لا أنه يجب عليه أن يعطى بدل المبيع كما هو واضح.

و أما القاعدة الثانية أعنى الحكم بكون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، فلا دليل عليها حتى بمثل النبوى و نحوه، فإن قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع قد ذكر لها دليل من النبوى و نحوه و لكن هذه القاعدة لا دليل عليها أصلا غير أنها مورد التسالم و الإجماع نعم ثبت ذلك في خيار المجلس و الحيوان و الشرط و أما في غيرها فلا دليل عليه فيحكم بعدم ذلك فضلا عن يكون منافيا لما ذكرناه من الارتكاز، و في الموارد التي ثبت ذلك يكون تخصيصا لما ذكرناه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣

و حاصل الكلام أن التلف قد يكون بعد الثلاثة و قد يكون قبل الثلاثة أما إذا كان بعد الثلاثة فهو من مال البائع لا من جهة الرواية كما تقدم بل من جهة القاعدة العرفية الارتكازية على أن التلف قبل القبض من مال البائع فإن حقيقة البيع قائمة بالأخذ و الإعطاء و من الواضح أنه إذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقة و تنهدم و لا يبقى ذلك المفهوم لعدم بقاء الأخذ و الإعطاء حينئذ و لا ينافى ذلك إلا أمران، أحدهما دعوى الملازمة بين كون منفعة الملك لمالكه و بين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعدة الخراج بالضمان و قد ثبت هذه القاعدة بالنص و الإجماع عندنا و كذلك عند العامة و كذلك حكم بها العرف أيضا.

الثاني: قاعدة ان التلف في زمن الخيار ممن لا- خيار له أما القاعدة الاولى فلا تنافى لما ذكرناه من القاعدة على كون الضمان قبل القبض على البائع لأن ما ذكرناه وارد في مورد تلك القاعدة و مانع عنها فتكون مخصصة لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتري و كان لازم ذلك أن يكون دركه أيضا عليه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصها و أثبت الضمان للبائع و حينئذ لا يكون الارتكاز من العقلاء على كون الضمان للمشتري المالك لكون الارتكاز الثاني الذي ذكرنا على كون الضمان للبائع مانعا عنه و قرينته على عدمه هنا.

و أما قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له فلا دليل عليه حتى يتمسك بإطلاقه في جميع الموارد، بل انما ثبت في خيار الحيوان و الشرط و الحق بهما خيار المجلس و أما في غير هذه الموارد فلا، كما هو واضح.

و أما إذا كان التلف في ضمن الثلاثة و قبل القبض، فالمنسوب الى المفيد و السديد هو كونه من المشتري و لكن الظاهر أنه أيضا من البائع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤

بل كونه من البائع هنا أولى من كونه له فيما إذا كان التلف بعد الثلاثة و قبل القبض فإنه يمكن ان يقال فيما إذا كان بعد الثلاثة و قبل القبض ان التلف من المشتري و لو بوجه غير وجيه بان يقال أن التلف بعد الثلاثة انما هو في زمن الخيار و التلف في زمن الخيار ممن لا- خيار له و إذا تعارض في مورد مع القاعدة الارتكازية بأن التلف قبل القبض من مال البائع تعارض العموم و الخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعدة الأولية من أن تلف كل مال على مالكة.

و على الجملة أن كون التلف من المشتري بعد الثلاثة و قبل القبض له وجه و ان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف في زمن الخيار من البائع و لكن لا- وجه لكون التلف هنا من المشتري أصلا إذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشتري من جهة عدم ثبوت الخيار هنا للبائع، لأن البيع هنا لازم على الفرض و القاعدة المسلمة ان التلف قبل القبض من البائع لا دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشتري فمقتضى الملازمة بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشتري قبل الثلاثة و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه واردة في تلك القاعدة فلا بد من كون الدرك على البائع لكون التلف قبل القبض.

وعلى الجملة لا نعرف وجها أصلا لكون التلف قبل الثلاثة وقبل القبض من المشتري وما نسب الى المفيد والسيد ان لم نحققه و لعل النسبة غير صحيحة و على تقدير الصحة لعلها ناشئة من غلط النسخة و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد والسيدان، بكون التلف من المشتري مع كون القاعدة المسلمة و هي ان التلف قبل القبض من مال البائع على أنه لو كان نظرهم في كون التلف قبل الثلاثة من البائع على قاعدة الخراج بالضمان فلما ذا لم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥ يلتزموا بذلك بعد الثلاثة بل كان الالتزام به هناك اولي.

ثم ان للشيخ الطوسي هنا عبارة قد تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامة في المختلف عن الشيخ أنه قال في النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فان العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له، و ان مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فان هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و ان كان قبضه إياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع و ان هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لان الخيار له بعدها، انتهى المحكى في المختلف.

و قد وقع الكلام في كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، فإنه كالصريح في شموله لما بعد القبض أيضا مع أنه إذا كان القبض متحققا لا يكون التلف من البائع و لذا تنظر العلامة في ذلك بعد ما نقلها في المختلف و قال: و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العبارة هو صورة الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهرة فيه، و كثيرا غير الشيخ بعبارة ظاهرة في غير مراده و تعميم العلامة إلى صورة اللزوم أيضا بلا وجه و اختار المصنف أيضا هذا الوجه و ذكر أن العلامة جعل الفقرة الثالثة و هي قوله و ان هلك بعد الثلاثة أيام إلخ، مقابلة للفقرتين فيشمل الحكم ما بعد القبض أيضا خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع منافي لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام فإن من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦

و الظاهر أن عبارة الشيخ و نظر العلامة و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامة و توجيههما عبارة الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذي ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البائع على كل حال صريح في أن الخيار له كما ذكره المصنف و أخذه قريبة (قريبة) على عدم ارادة الشيخ صورة اللزوم و بذلك أشكل على العلامة و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشتري لأنه ممن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهة و أن مقتضى كون الخيار للبائع هو كون الضمان على المشتري.

و على الجملة انا و ان قلنا ان قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا- خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك و علل كلامه بها و عليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البائع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامة أيضا فإن قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح في شمول الحكم لصورة اللزوم أيضا و لكن تعليقه كالصريح أيضا في عدم إرادة صورة اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخة فيه غلط و انما أبدلت كلمة المبتاع الذي هو المشتري بكلمة البائع اشتباها و قد استعملت كلمة المبتاع في كلامه في المشتري كثيرا و تعليقه كون التلف من المشتري على كل حال من جهة أن القبض بعد الثلاثة و القبض بعد الثلاثة لا يوجب سقوط خيار البائع و ح فيكون التلف في زمان خيار البائع و التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فكأن الشيخ تعمل بهذه القاعدة أو أن غرضه من التعليل هو التعليل على أحد طرفي الحكم و هو صورة عدم القبض و أما صورة القبض فحكمها واضح من جهة أن التلف بعد القبض من مال المشتري و هذا الثاني البصق بكلام الشيخ فإنه بعد ما قسم

التلف قبل الثلاثة إلى قسمين أن يكون قبل القبض أو بعده و حكم على كل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧

واحد بحكم ثم تعرض لحكم التلف بعد الثلاثة فسياق الكلام يقتضى ثم لو مكن البائع المشتري من القبض فلم يقبض المشتري المبيع و لم يتسلمه تم تلف عند البائع فهل يكون ضمانه على البائع أو على المشتري؟ فذكر المصنف أنه لو كان الضمان المترتب على عدم القبض مرتفعا بهذا المقدار من القبض أى التخليه بين المبيع و المشتري كان الضمان على المشتري و الا كان الضمان على البائع ثم ذكر أن ارتفاع الضمان بذلك هو الأقوى.

و الذى ينبغى أن يقال انه ان كان مدرك القول بان التلف قبل القبض من مال البائع هو النبوى أو رواية عقبه بن خالد «١» فلا شبهة فى كون التلف من البائع فإن معنى القبض المذكور فيهما هو الأخذ الخارجى و لا يصدق ذلك على مجرد التخليه بين المالك و المال، بل اعتبر فى رواية عقبه بن خالد أن يخرج البائع المتاع من بيته و الا فيكون ضمانه عليه، و لكن قد عرفت أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند و غير منجبره بشىء خصوصا الرواية الثانية لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء، و لا شبهة فى حصول القبض بمجرد التخليه و تمكين المشتري من القبض فإنه لا يشك أحد فى أنه إذا باع أحد متاعا و مكن المشتري من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشتري مثلا، إذ اشترى أحد شيئا و قال البائع خذ متاعك و قال المشتري يبقى عندك أجيئك بعد ساعة فمضى المشتري و احترق المتاع و هل يتوهم أن ضمان فى مثل ذلك على البائع و على هذا فما ذكره المصنف هو الأقوى على أنه ليس من المتعارف فى التحارج قباض المبيع من المشتري خارجا.

قوله مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه

فان جاء بالثمن ما بينه و بين

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١٠، حد ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨

اللَّيْل و اللَّأ فلا بيع له

، أقول: ذهب المشهور إلى أنه لو اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و لم يقبضه و لم يقبض الثمن، فان جاء الثمن ما بين الثلاثة و اللَّأ فلا بيع له و للبائع الخيار، و تحقيق فى مدرك ذلك فقد استدل عليه بمرسله محمد بن أبى حمزة «١» و هى من حيث السند مرسله و لكن الظاهر أن المشهور استندوا إليها فى فتياهم بكون البائع على خيار فى هذه المسألة و عليه فلا تجرى فيها المناقشة الضرورية من احتمال استنادهم الى غيرها نعم يبقى الاشكال فيها من حيث الكبرى حيث قلنا ان الشهرة لا توجب جبر ضعف الرواية كما لا يخفى.

ثم أن فى الوسائل نقل عن الصدوق عن ابن فضال عن الحسن بن على بن رباط عن زرارة «٢» قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل و يقع الكلام تارة من حيث السند و أخرى من حيث الدلالة أما من حيث السند، أن السند الذى نقل صاحب الوسائل هذه الجملة و نسب روايتها الى الصدوق و ان كان لا بأس به و لكن الاشكال فيه من جهتين، الاولى: أن الصدوق نقل فى الفقيه ما دل على ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري إلى ثلاثة أيام، و كون الحدث للبائع ثم ألحق بذلك قوله و من اشترى جارية، و قال للبائع أجيئك بالثمن، فان جاء فيما بينه و بين شهر و اللَّأ فلا بيع، ثم قال: و العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل.

و الذى نظن ظنا اطمئنانا أن الصدوق نقل الرواية الدالة على كون الحدث فى الحيوان للبائع إلى الثلاثة و أراد أن يجمع ما يشبهه

فألحق

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١١، حديث ١.

(٢) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٩، حديث ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩

به مضمون رواية علي بن يقطين «١» الدالة على ثبوت خيار تأخير الثمن في الجارية بعد شهر، و ألحق به مضمون مرسله محمد بن أبي حمزة الدالة على ثبوت الخيار للبائع فيما يفسده بيومه اذن فتكون الرواية هنا مختصة بمرسله ابن أبي حمزة، و قد افتي الصدوق بطبقها في ذيل الرواية الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فإنه ألحق بها مضمون رواية أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الرواية قد نقلها الشيخ في التذهيب بالسند الذي نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين الجملتين، على أن سوق العبارة يقتضى أن لا يكون الجملتان من الرواية و لا يشبه كلام الامام عليه السلام الله كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الأكثر كصاحب الحدائق وغيره و مع الغرض عن حصول الظن الاطمئنانى بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشمله أدلة حجية الخبر، بل لا بد من إحرازه كما لا يخفى و مع الإغماض عن جميع ذلك فالرواية ليست منقولة عن زرارة، بل أيضا مرسله كمرسله ابن أبي حمزة فإن الحسن بن علي بن رباط ينقل عن روه لا عن زرارة و انما كتب لفظ زرارة و عن روه كليهما في نسخة الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه عن روه بزارة و الالفى مرسله كما في حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث الدلالة فمع الإغماض عن ضعف سندها فلا دلالة فيها على المقصود حيث ان المراد من كون العهدة على البائع إلى الليل ليس هو ثبوت الخيار له في أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان كان تلقا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمة العهدة هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا في العرف.

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٧، حديث ٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠

و أما مرسله محمد بن أبي حمزة فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها و قلنا ان الظاهر ان المدرك هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى ذلك نفس هذه المرسله فبناء على انجبار ضعف الرواية بالشهرة فتكون منجبرة بها، و انما الإشكال في الكبرى. و أما من حيث الدلالة فدلالته على المقصود يحتاج إلى تأويل إجمالا و ان كان لا بأس به.

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبائع فيه الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضا و عليه فلا فائدة لثبوت الخيار للبائع فإن أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروعه بالفساد فأى فائدة للخيار فإنه مع فسخ العقد أيضا يقع البائع في الضرر نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فإنه لسان الفقهاء و يطلع على مرادهم و ان كان كلامهم مجملا فلا اضطراب في كلمات الفقهاء فإنه عبر عن هذا الخيار في الدروس بخيار ما يفسده المبيت و عليه فأول الليل ليس زمان شروع بالفساد لأن المبيت هو المفسد للمبيع فيكون الخيار في أول الليل دافعا لضرر البائع و أما تطبيق الرواية على هذا فيمكن أن يراد من اليوم، اليوم مع ليلة، كما هو المتعارف في الإطلاقات كثيرا و على هذا فلا فساد في استناد المشهور في فتياهم على المرسله فلا بأس بهذا المقدار من خلاف الظاهر، و لكن الذى يسهل الخطيب أن الشهرة لا تجبر ضعف الرواية اذن فلا مدرك للقول بثبوت الخيار هنا.

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبائع بقاعدة لا ضرر و قد تقدم الجواب عنها فإنه لم ينشأ الضرر من ناحية لزوم العقد بوجه بل.

اما من جهة ضمان البائع به فإنه التلف قبل القبض من مال البائع فيرفع ضمانه و ان كان من جهة لزوم حفظه للمشتري فيرفع وجوب ذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١

و اما من جهة تأخير الثمن فيرتفع الضرر بغير الفسخ من المقاصة و نحوها و كيف كان فدفع الضرر عن البائع ليس منحصرًا بفسخ العقد حتى يلتزم بالخيار بدليل نفي الضرر كما هو واضح.

ثم ان الشروط التي ذكرناها في خيار التأخير جار هنا بناء على ثبوت الخيار هنا للبائع فإن هذا أيضا قسم من خيار التأخير. ثم هل يضمن البائع المبيع لو تلف عنده و لم يجئ المشتري بالثمن أم لا؟ قد تقدم في خيار التأخير، أن التلف سواء كان قبل الثلاثة أو بعده على البائع إذا كان قبل القبض للارتكاز العقلاني و لكن هذا الارتكاز منفي في المقام فإنه لا يساعد أحد على أنه إذا اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و خلى عند البائع و تلف عنده كان البائع ضامنا لو ادعى أحد ضمانه على البائع يضحك عليه. و بعبارة أخرى أن ما ذكرناه سابقا لم يكن التلف فيه مستندا الى عدم مجيء المشتري، و في المقام ان التلف مستندا الى عدم مجيئه لأن المبيع لا دوام للبقاء فيتلف من جهة تأخيره و الحكم أوقع فيما إذا كان المتاع يفسد من ساعته كالثلج و نحوه، و في جميع ذلك أن التلف عن المشتري و من هنا يعلم أن الحكم في أمثال المقام لا يحتاج إلى الرواية، بل هو على طبق القاعدة من كون التلف عن المالك كما هو واضح.

و الحاصل: ان كان مدركه هو مرسلة ابن أبي حمزة فهي من حيث الدلالة و ان كانت تامة لأن المراد من اليوم المذكور فيها هو اليوم و ليله فلا- يرد عليها أنها لا- تنطبق على فتوى المشهور، و لكن الضعف السند مانع عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الرواية بالشهرة.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعدة نفي الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا يتوقف على ثبوت الخيار للبائع على أن النسبة بين ما ذكره المشهور من ثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢

الخيار للبائع من أول الليل و بين مفاد لا ضرر عموم من وجه فإنه قد يكون الضرر قبل انتهاء اليوم و قد يكون في وسط الليل، و قد يكون أول الليل فاذن فلا تنطبق القاعدة على فتوى المشهور.

و قلنا: ان الذي ينبغي أن يقال أن السيرة قائمة على أن التلف قبل القبض من مال البائع كما تقدم لأن الأخذ و الإعطاء من متمات البيع و مع الانتفاء ينتفي البيع، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيرة غير جارية في بيع ما يفسد ليومه، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو في مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا إلى تأخير المشتري في الإتيان بالثمن، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر في إتيان الثمن حتى تلف المبيع، فإنه حينئذ يحسب التلف على المشتري و ان كان قبل القبض فإن البائع لم يمنع عن التسليم من قبله، بل مكنه من الأخذ و تركه المشتري عند البائع ليحجى بالثمن فلم يجيء فتلف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه، بل يجري فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فإن السيرة الدالة على ضمان البائع قبل القبض لا يجري في ذلك كله بوجه.

و على هذا فهل يثبت الخيار للبائع هنا من جهة تأخير الثمن بأن يفسخ المعاملة و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن لا يجيء بالثمن أصلا فإذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرًا خصوصا إذا لم يعرف المشتري لكونه غريبا أو لا يتمكن من أخذ الثمن منه أو ليس له خيار، يمكن أن يقال بثبوت له من جهة السيرة أيضا بدعوى أنها جارية على حفظ المالية في المبادلات و انما وقعت المبادلة بين المالكين فإذا كان مال البائع في معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيرة و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبائع لئلا يضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيرة فتكون حكمته نفي الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيرة فإثبات الخيار مشكل جدا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣

و يمكن إثبات الخيار بالسيرة أيضا و لكن بيان آخر حاصله أن المعاملة الواقعية بين المشتري و البائع حينئذ ليست بنسبته غاية الأمر أن المشتري استمهل من البائع أن يتأخر بالإتيان بالثمن على هذا فالمتبايعان قد اشترطا في المبيع من الأول ضمنا بحسب بناء العقلاء و ارتكازهم و سيرتهم أنه يجب على كل من المتبايعين إعطاء العوض للآخر فإذا تخلف أحدهما عن ذلك ثبت للآخر خيار تخلف الشرط غاية الأمر أن البائع قد أسقط خياره هذا في الجزء الأول من الزمان و اما في غيره فخياره باق على حاله فالخيار في أمثال المقام من جهة تخلف الشرط.

و دعوى أن له خيار واحد فإذا أسقطه في أول الوقت سقط دائما لعدم تعدد الخيار حتى يبقى الآخر بعد سقوط واحد من ذلك دعوى جزافية لأن الخيار هنا واحد بلا شبهة الا أنه ينحل بحسب الزمان فالإسقاط بحسب مقدار من الزمان لا أصله فيكون في غير زمان الإسقاط باقيا على حاله كما هو واضح.

و بعبارة أخرى قد ذكرنا في معنى جعل الخيار لأحد المتبايعين أن مرجعه إلى إيقاف التزام البائع بالمبيع على التزام المشتري بالشرط الذي اشترط في البيع كأن باع ماله منه و اشترط عليه خياطه ثوبه مثلا فان توقف التزامه بالمبيع بالتزام المشتري بالشرط يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط فيكون الشرط واجب الوفاء على المشتري و يكون مرجع هذا الاشتراط الى كون البيع مقيدا بذلك و أنه مع عدم هذا الالتزام الشرطي ليس هنا التزام بالمبيع فإذا تخلف البائع عن التزامه يتخلف المشتري أيضا عن التزامه فلازم ذلك ثبوت الخيار للبائع فالخيار و ان لم يثبت بالاشتراط بالمطابقة و لكن يثبت بذلك بالالتزام كما هو واضح.

و على هذا ففي المقام أن البائع قد اشترط في ضمن العقد و لو بحسب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشتري و وجوب تسليم الثمن نقدا و لكن إمهاله في تأخيره مقدارا من الزمان و أسقط شرطه الثابت بحسب السيرة مدة خاصة لأنه حق له فقد قامت السيرة القطعية على جواز إسقاط الحق فلا يرد أن الإسقاط بلا دليل في مقام الإثبات و ان كان ممكنا ثبوتا فإذا لم يجيء المشتري الثمن في هذه المدة فللبائع الخيار من جهة تخلف ذلك الشرط في ضمن العقد فثبوت الخيار ح على القاعدة و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزما قطعيا و لا يفرق في ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو في يومين أو في ساعة أو في ساعتين، بل يجري في جميع ذلك، بل يجري ذلك فيما لا يتلف، بل يبقى مدة كثيرة و لكن يذهب سوقه لبعض إلا- متعة في هذه البلاد في أيام الزوار فإذا اشترى أحد سبعة من شخص و خلى عنده و قال أجيء بالثمن فلم يجيء و كان الصبر أزيد من ساعة مثلا، موجبا لزوال السوق فله الخيار فإذا فسخ العقد و إذا جاء المشتري فليس له شيء.

السادس خيار الرؤية

إشارة

قوله السادس خيار الرؤية:

أقول: ان كان المراد من خيار الرؤية الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فإذا رآه المشتري مثلا فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا- شبهة حينئذ في كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط و انما ذكروا ذلك مستقلا لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصا من شيخنا الأنصاري حيث جعل عنوان المسألة ما هو ظاهر في إدراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥

فيه المتبايعان) و عليه فلا يفرق في ثبوت ذلك بين المشتري و البائع في الثمن و المثمن.

و ان كان المراد من ذلك أن المشتري قد أقدم على الشراء باعتقاد أن المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكون والديه عالما أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشتري من غير اشتراط ذلك في البيع بالشرط الضمني ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل في خيار الغبن فيكون للمشتري الخيار و على هذا الوجه لا يكون مندرجا في خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر في مقابل خيار تخلف الشرط و غيره و لا شبهة أن كلمات الفقهاء مضطربة في هذا المقام و لم يعنون هذه المسألة على ما ينبغي في كلماتهم و قد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من ناحية الاشتراط و لكن الظاهر من الرواية هو الوجه الثاني و أنه خيار آخر في مقابل بقیة الخيارات و الرواية هي صحيحة جميل بن درّاج «١» قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام، الله عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام انه لو قلب منها و نظر الى تسعة و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية.

فإن إطلاقها يشمل صورة عدم الاشتراط أيضا بأن اعتقد كون جميع الضيعة على النحو الذي رآها جملة منها و على الوجه الذي اعتقد بها و لو من توصيف البائع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير الذي اعتقد بها، فقال الامام عليه السلام الله في ذلك ان له خيار الرؤية و مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول.

(١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٦١، باب ١٥، حديث ١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦

فهذه الرواية تدل بإطلاقها على ثبوت خيار الرؤية للمشتري بل يمكن دعوى اختصاصها بصورة عدم الاشتراط الذي هو مورد خيار الرؤية و توضيح ذلك أن الرؤية ليست لها موضوعية في صحة البيع بالضرورة و لا في لزومه بحيث أن يحكم بطلان البيع مع عدم الرؤية أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئا بالتوصيف ثم رآه المشتري فيثبت له خيار الرؤية بمجرد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤية مع الاعتقاد بكون المبيع واجدا لوصف كذا، اما بالتوصيف من البائع أو بحسب الاعتقاد المبني على المواطأة بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون ذلك موجبا لنقص القيمة فإنه يثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية و هذا النحو من التخلف غير التخلف في صورة الاشتراط فتكون الرواية شاهدة لثبوت خيار الرؤية و على الجملة لا يدور خيار الرؤية مدار الرؤية و عدمها لعدم الموضوعية لنفسها بالضرورة بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصيف و نحوه فليس كل تخلف تخلفا للشرط الموجود في العقد حتى يرجع ذلك الى خيار تخلف الشرط فتكون الرواية حينئذ اجنبية عن خيار تخلف الشرط بهذا البيان على أن مورد الرواية هو صورة عدم الاشتراط حيث أن المشتري بعد ما اشترى الضيعة فدخلها و خرج منها فاستقال من البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: الله فله خيار الرؤية فلو كان هنا اشتراط فإنه لم يكن محتاجا إلى الاستقالة بل فسح بمقتضى خيار تخلف الشرط، و كيف فلا بأس بدلالة الصحيحة على ثبوت خيار الرؤية ثم انه لم يذكر في الرواية إلا خصوص المشتري فلا تشمل الرواية على البائع إلا بدعوى الإجماع على عدم الفرق بينهما أو بتتقيح المناط في الرواية بأن يقال ان البيع قائم بالطرفين من البائع و المشتري فإذا ثبت خيار الرؤية فيه للمشتري يثبت للبائع أيضا إذ نقطع بأن المناط في ثبوت الخيار له ليس إلا إرفاق حال و ملاحظة أنه لا يقع في الضرر و هو جار في البائع أيضا و من لم يذكر في الرواية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧

إلا أن المشتري اشترى ضيعة و دخلها و قلبها أو فتشها كما في بعض النسخ فخرج منها و استقال البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: الله أنه إذا لم يقطع منها فله الخيار و من البديهي أن عدم رؤية المشتري لا خصوصية فيها لكي نخصص الحكم به بل نقطع من

ذلك أن المناط في ثبوت الخيار له هو الإرفاق و عدم الرؤية و اذن فلا بأس بتميم الخيار للبائع أيضا.

أقول: أما الوجه الأول فهو دعوى الإجماع على التعميم فمضافا الى عدم حجية الإجماع المنقول أنه من المحتمل أن يكون مدرك المجمعين هو ارجاعهم هذا الخيار بخيار تخلف الشرط فحينئذ يكون ثبوت الخيار على القاعدة فلا يكون الإجماع ح إجماعا تعديدا، بل يكون مدركه هو اشتراط المتبايعين كما هو واضح.

أما الوجه الثاني: فنقول أن دعوى ثبوت خيار الرؤية للبائع قد يكون في الثمن و أخرى في المثلن أما الأول فلا شبهة في صحته تنقيح المناط لأن نسبة البيع إلى البائع و المشتري و الى الثمن و المثلن على حد سواء فإذا ثبت الحكم بالنسبة إلى المثلن لخصوص المشتري في مورد مع عدم ذكر خصوصية له في ما دل على ثبوت ذلك الحكم له فنجزم من ذلك أن الحكم يعم البائع أيضا و أما دعوى ثبوت ذلك في المثلن بأن باع شيئا باعتقاد أنه كذا اعتمادا على توصيف شخص ثم رأى أنه أرقى مما وصفوه له، و لكن لا بحيث يكون موجبا للغبن و الا- فيكون له خيار الغبن، بل كانت الاروائية على نحو لا- يوجب زيادة الثمن بل كانت القيمة التي باع المتاع بها قيمة عادلة بل أكثر من ثمن المثل فهل له خيار الرؤية هنا بتنقيح المناط؟ أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك و ان كان محتملا و لكن بمجرد الاحتمال لا يمكن الحكم بثبوت الخيار للبائع بمجرد تخلف اعتقاده عن الواقع كما هو واضح.

و ذكر المصنف أنه حكى عن بعض أنه يحتمل في صحته جميل أن يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨

التفتيش عن البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري و ح فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما و فيه أنه واضح الفساد و لا ندرى أن المصنف لما ذا نقله فإنه خلاف ظاهر الرواية، بل صراحتها حيث ان الضمائر كلها ترجع إلى المشتري على أن مورد الرواية هو المشتري و السائل إنما سأل عنه فكيف يمكن حمل التفتيش على تفتيش البائع و حمل الجواب على الأعم من البائع و المشتري و كيف كان أن ظهور الرواية في ثبوت خيار الرؤية لخصوص المشتري مما لا- ينكر و لا بأس بإثباته للبائع في خصوص الثمن بتنقيح المناط ثم انه استدل في الحدائق على ثبوت خيار الرؤية على المشتري بصحيفة «١» زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا تشتري شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج ثم قال و توضيح هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام إذا عدلت القسمة الخبر.

أقول: لم نفهم وجه الاستدلال على المقصود برواية زيد الشحام و لا وجه الاستشهاد عليه برواية عبد الرحمن بن الحجاج أما الثاني فلان رواية عبد الرحمن ناظرة إلى بطلان القسمة المذكورة بأن اشترى جماعة أغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معينا ثم أدخلوها في قبة ثم يخرجوها

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٣٦٢، يب: ج ٢، ص ١٤، الفروع: ج ١ ص ٣٩٢، فقيه: ج ٢ ص ٧٦.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩

منها فيقف رجل بالباب فيعد لصاحب الخمسة خمسة، و لصاحب الاثنين اثنين و لصاحب العشرة عشرة و هكذا و بين الامام عليه السلام وجه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمة عادلة لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمة في الغنم الواحد أيضا بأن ذبحوه بعد الشراء و يأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم، و هذا واضح فليس في هذه الرواية إشعار بثبوت خيار الرؤية لأحد المتبايعين و لا أن فيه إشارة إلى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم، فالرواية أجنبية عن المقام و أما صحيفة زيد الشحام فهي أيضا خارجة عن المقام و الوجه في ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشتري لسهم القصاب ان اشتره

مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية لعدم التعين و ان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤية فيه و على تقدير الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع.

ثم ذكر المصنف تفسير الرواية بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة فيكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم. و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الرواية على ذلك.

و يمكن أن يقال: ان المراد من الرواية أن الامام عليه السلام: الله قد حكم بطلان البيع لكونه من قبيل شراء ما لا يملكه البائع لعدم خروج السهم على الفرض ثم حكم بالخيار بعد ذلك، أى بكونه مختارا فى الشراء و عدمه بعد القسمة و خروج السهم فيكون المراد من الخيار الاختيار اعنى معناه اللغوى.

فتحصل أن خيار الرؤية خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحة جميل بن دراج، فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠

قوله: مسألة مورد هذا الخيار،

أقول: ذكر المصنف

أن مورد هذا خيار الرؤية بيع العين الشخصية الغائبة

و ذكر أن المعروف أنه يشترط فى صحته ذكر أوصاف المبيع التى يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاه لكان غررا، أقول: الظاهر أن مراده من ذلك نفي خيار الرؤية فى المبيع الكلى فى الذمة فإنه لا يمكن فى مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤية فإنه إذا لم يكن ما سلمه البائع إلى المشتري موافقا للمبيع الكلى فله التبديل دون الخيار و أما فى الكلى فى المعين و فى المشاع يعنى إذا كان المبيع شيئا منهما فلا بأس بثبوت خيار الرؤية فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤية من جهة تخلف الشرط الضمنى فإنه لا شبهة فى إمكان تخلف الوصف فى مثل بيع المشاع و الكلى فى المعين كما إذا وصف صبرة و اعتقد المشتري أنها واجدة لوصف فلانى، أو وصف شخص آخر، ذلك و اعتقد عليه المشتري فاشترى نصف المشاع منها أو اشترى صاعا منها ثم انكشف أن الصبرة غير واجدة لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح فى المسألة السابقة بانتفاء خيار الرؤية فى المبيع المشاع فى الجواب عن الاستدلال برواية شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو.

و فيه أن المصنف لم يذهب هناك الى نفي خيار الرؤية عن المبيع المشاع، بل كان غرضه فى مورد شراء سهام القصابين ليس خيار الرؤية سواء كان المبيع مشاعا أو معينا لأنه قد رأى المبيع و اطلع عليها و لا يلزم بعد الرؤية و الاطلاع على أوصافه تخلف ليلزم خيار التخلف الوصف و انما التفاوت منشأ من ناحية شراء سهامهم قبل الشراء حيث لا يعلم أنها على أى كيفية أنها أقل أو أكثر و أنها جيدة أم لا فالمورد له خصوصية تقتضى انتفاء خيار الرؤية لأن المبيع قد لوحظ قبلا فلا يكون هنا خيار الرؤية سواء كان المبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦١

مشاعا أو معينا على أنه إذا كان معينا فهو باطل و لا يلزم من ذلك نفي خيار الرؤية فيما كان المبيع مشاعا أو كليا فى المعين بان اعتقد على توصيف فظهر خلافه.

و أما على مسلكنا من كون خيار الرؤية للرواية فلا شبهة فى ثبوته فى العين الشخصية الغائبة لكون ذلك مورد الرواية و لا يبعد الالتزام بثبوته فى المبيع المشاع لأنه و أن كان خارجا عن مورد الرواية و لكن مقتضى فهم العرفى هو أن لا يفرق بين شراء الضيعة بتمامها الذى هو مورد الرواية و بين شراء نصفها مثلا مشاعا، فيمكن بذلك أن يدخل المبيع المشاع أيضا مورد الرواية و أما بيع الكلى فى المعين فهو خارج عن ذلك قطعاً كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه عبر جماعة عن أوصاف المبيع التي ترتفع بها الجهالة بما يختلف الثمن باختلافها كما في الوسيلة وجامع المقاصد وغيرهما لأن الرغبات يختلف باختلاف أوصاف الأشياء و عبر عنها جمع آخر بما يعتبر في صحة السلم بحيث لا يكون بيع السلم غرريا و جمع آخر و الشيخين اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة ثم ذكر أن مراد جميعهم واحد و هو اعتبار ذكر الوصف على نحو يرفع الغرر

ثم ذكر عبارة التذکر و ذکر أنه قد يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح في السلم ذكر بعض الأوصاف لإفضائه الى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافى بوجهين و لا يهمننا شرح كلام القوم و الذى يهمننا أنه لا شبهة في شمول العمومات الدالة على صحة البيع لكل بيع، و لم يخرج من تلك العمومات الا ورود النهى في النبوى عن بيع الغرر الذى تقدم ذلك في شرائط العوضين و توضيح ذلك أنه قد يراد من نفى الغرر لزوم ذكر الأوصاف في السلم و غيره بما يرفع الجهالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٢

المداقة بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف بأوصاف المبيع حتى مدحظه الطمع مثلا في مثل البطيخ و نحوه و هو بديهى البطلان قطعاً لعدم اعتبار ذلك في صحة بيع السلم قطعاً لإفضائه الى عزة الوجود و قد يراد من نفى الغرر ذكر الأوصاف على نحو الاجمال و التسامح في ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الأوصاف التي تختلف بها الرغبات و هذا أيضا منفى و بديهى البطلان لأنه ينجر الى الغرر و النزاع و المشاحة و قد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بناء على تماميته أو قيام السيرة على ذلك كما تقدم في شرائط العوضين بل لا بد من الأخذ بالوسط و الأمر بين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهالة عرفاً و لا يلزم المداقة في ذلك و لا يكفى المسامحة في ذلك، و على هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم و لو كان هذا التوصيف بذكر الأجانب غير المالك و على هذا فإذا تخلف الوصف ثبت للمشتري خيار الرؤية بمقتضى الرواية و ان لم يكن اشتراط في العقد ليلزم تخلف الوصف و ثبت الخيار من جهة ذلك لعدم التزام البائع بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشتري الأوصاف من الأجانب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا بد في الغرر و أن يرجع الى العرف كما اعترف به المصنف أيضا بل السيرة قائمة على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف و الشرع في الغرر و القول بأن الغرر العرفى أخص من الشرعى كما في كلام المصنف إذ لم يرد في الشريعة ما يرجع الى الغرر الا- قول النبي (ص) نهى النبي عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه و حقيقته فلا- وجه لأخذ الغرر الشرعى أعم من العرفى بل الغرر عرفى دائما، نعم ورد اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و لكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٣

لا من جهة نفى الغرر، بل لموضوعية المكيل و الموزون حتى لو كان الغرر مرتفعا بوجه آخر فأیضا لا يصح فيهما البيع بدون الكيل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطة في أحد كفتى الميزان و الشعير في الطرف الأخر مع كون قيمتهما مساوية فرضا و مع ذلك لا يصح البيع و كذا أن اعتبار العلم بجنس المبيع ليس من جهة الغرر، بل للإجماع على ذلك الا أن يناقش فيه بأن مدرک المجمعين هو دليل نفى الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبيع من جهة أن لا يكون البيع غرريا كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج المبيع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم.

ثم أجاب أولا- و حاصله ما ذكره في البحث عن بيع الغرر أنه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى يزول بالاطمئنان على وجود المبيع و

أوصافه فإذا وصفه البائع أو شخص آخر ذلك المبيع واطمأن المشتري على كونه متصفا بوصف كذا ارتفع الغرر و إذا انكشف الخلاف ثبت له خيار الرؤية بالرواية المتقدمة و هي صحيحة جميل بن دراج، و هذا وجه وجيه.

ثم أجاب ثانيا بأن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد فبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا ضرر فيه ح عرفا، و هذا الوجه أيضا وجيه و ان كان الخيار الثابت في البيع ح خيار تخلف الشرط و توضيح ذلك أن الأعيان الخارجية غير قابلة للإطلاق و التقييد، بل هي موجودة على ما هي عليها فلا تتغير عن واقعها بقيد من القيود و عليه فلا مناص من رجوع التقييد فيها الى الاشتراط فمعنى أنه بعثك العبد الكاتب أن البيع مشروط بالكتابة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٤

أى أن التزام المشتري بالكتابة مشروط بكون العبد كاتباً و الا فله الخيار في ذلك اذن فلا وجه لبطلان البيع كما هو واضح.

ثم أنه لا معنى لكون الاشتراط هو الالتزام بالوصف الخارجي بأن يلتزم البائع بكون المبيع متصفا بوصف كذا و على هذا فالاشتراط قد يكون راجعا الى البيع بمعنى أن إنشاء البيع يكون معلقا بكون المبيع واجدا لذلك الوصف و الا فلا بيع أصلا فهذا لا شبهة في بطلانه لكونه تعليقا و التعليق في العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصورة النوعية العرفية بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذلك ضروري فضلا عن يكون موردا للإجماع القائم على بطلان التعليق و ان كان راجعا الى الالتزام بأن يلتزم كل من البائع و المشتري على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابة أو يخطط البائع للمشتري ثوبا و نحو ذلك بأن يشترط في البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف و ان لم يكن ذلك بالاشتراط بل بالتوصيف و لو من غير البائع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشتري خيار الرؤية بالرواية على مسلكنا و ان كان التخلف في أوصاف الصحة ثبت للمشروط له خيار العيب سواء كان مع ذلك خيار تخلف الشرط و خيار الرؤية أم لا، و حينئذ كان المشروط له مخييرا بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو بدونه و أما في غير صورة انتفاء وصف الصحة فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص في فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوباً أي منتفياً عنه وصف الصحة لا مطلقا كما لا يخفى.

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخرين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعدة كما يظهر من المنتهى و ذهب اليه المحقق الأردبيلي، بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظة موارد ذلك في الفقه يقتضى الخروج عن ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٥

و عدم كون التخلف موجبا للبطلان، بل ثبوت الخيار فقط و الوجه في ذلك أن ما وقع عليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع و المبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطلان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه.

و لكن يرد عليه أن الشرط ان كان راجعا إلى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا- من جهة الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه في العقود إلا إذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزله.

و ان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصورة النوعية فيكون موجبا للبطلان و كان لما ذكرناه وجه لأن ما جرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا بالبطلان ليس موافقا للقاعدة.

و العمدة في ذلك الذي استند اليه القائل بالبطلان و ان لم يكن الوصف المتخلف من الصورة النوعية ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسدة بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام و أن لم يكن من باب التخلف في الصورة النوعية كما إذا قال بعثك ما في البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطلان في المقام أيضا أعنى صورة تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالأوصاف في معنى كون القصد الى بيعه بانها على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد ف- لمقصود غير حاصل فينبغي بطلان البيع كما التزموا بالبطلان في اشتراط الشرط الفاسد في البيع كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن بطلان العقد لاشتراط الشرط الفاسد فيه بناء عليه انما هو من جهة كون البيع مقيدا بالالتزام على هذا الشرط و قد جعل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٦

الشارع هذا الالتزام كلا التزام و أخرجه عن عموم المؤمنون عند شروطهم بكونه مخالفا للشرع فيكون ذلك موجبا للبطلان و هذا بخلاف صورة تخلف الشرط فان الالتزام لم يجعل كلا التزام، بل انما لم يوجد متعلق الشرط في الخارج فيكون ذلك موجبا للخيار و كم فرق بين الأمرين.

و دعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى إنما إنشاء البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع فيكون الالتزام ح أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافية فإنه خارج عن الفرض و أنه تعليق مجمع على بطلانه و كلامنا في فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح.

و الحاصل: أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف في العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتباً هو التزام البائع بكتابة العبد فلا بدّ أما أن يرجع الاشتراط إلى أصل العقد و الالتزام العقدي أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابة أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتباً فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابة كان العقد صحيحاً سواء كان تخلف الوصف أم لا، و لكن ثبت للمشتري خيار تخلف الوصف و على تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتباً مثلاً كان البيع باطلاً للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الإجماع على بطلان العقد بالتعليق نعم إذا كان التعليق بالصور النوعية فلا يكون ذلك موجبا للبطلان فإنه ضرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يذكر إذا التعليق بالصور النوعية كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لا بد منه لأنه مما يتوقف عليه صحة العقد فإنه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضح، و من هنا يحكم ببطلان العقد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعية كأن اشترى عبدا فظهر حماراً أو اشترى كأساً فظهر جرّة و نحو ذلك.

و على الجملة أن التعليق فى العقود إذا كان بالأوصاف الكمالية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٧

يوجب البطلان الا أن تخلفها لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعية لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان.

ثم ان المراد من الصور النوعية هنا ليس ما هو المعروف فى علم الفلسفة المبنى على التدقيق و التحقيق، بل المراد منها هو الصور النوعية العرفية و بينهما عموم من وجه إذ قد يكون الوصف من الصور النوعية العرفية و لا يكون منها بحسب الدقة و الفلسفة كاشترى أحد أمة شابة فظهر عبدا شائبا فان الأنوثة و الرجولة و ان كانا من حقيقة واحدة عند الدقة حيث انهما من أفراد الإنسان و الإنسان نوع واحد و لكنهما فى نظر العرف نوعان و عليه فلا شبهة فى بطلان البيع حينئذ لأن ما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب.

و قد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصاف المقومة و الصور النوعية و لكنه يكون من الصور النوعية فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن على المختلفه الحقيقة بأن باع لبن شاة فظهر لبن جاموس، لا يمكن المساعدة عليه فان الغنم و الجاموس و ان كانا من جنسين و لكن لبنيهما شىء واحد حقيقة و جنس واحد و على تقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل.

هذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعية أو من الأوصاف الكمالية و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعية أو من الأوصاف الكمالية فهل مقتضى القاعدة هنا البطلان أو الصحة؟ و بعبارة أخرى تارة تعلم كون الوصف من الصور النوعية و لا شبهة فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكمالية و لا شبهة فى أن التخلف هنا لا

يوجب البطلان، بل انما يوجب الخيار و أما إذا شككنا في كون الوصف من الصور النوعية العرفية المقومة أو من الأوصاف الكمالية فهل مقتضى القاعدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٨

هنا هو البطلان عند التخلف؟ أو عدمه؟ و هل يجوز التعليق في مثل ذلك أم لا يجوز؟

و يقع الكلام هنا في مقامين، الأول: في جواز التعليق في مثل ذلك و عدمه، و الثاني: في حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق و اشتراط.

اما المقام الأول: فالظاهر أنه لا- يوجب البطلان و توضيح ذلك أنه لا دليل لفظي على بطلان التعليق في العقود و انما الدليل على بطلانه انما هو الإجماع و من الواضح أنه دليل لبي فلا بدّ من أخذ المتيقن منه و لا ريب أن المتيقن انما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكمالية بحيث أحرز كونها من ذلك و أما إذا احتمل كونها من الأوصاف الكمالية أو من الصور النوعية فلا نجزم بوجود الإجماع هنا على بطلان التعليق إذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعية التي يجوز التعليق فيها و توهم أنا نكشف من الإجماع ببطلان التعليق أينما سرى مفهومه الا التعليق بالصور النوعية أو بأصل وجود المبيع توهم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

و عليه فتشمله العمومات الدالة على صحة البيع و لا يكون تمسكا بالعام في الشبهات المصادقية حيث لا نشك في أنه داخل تحت الإجماع أو لا بل نقول أنه خارج عن الإجماع فيكون العمومات بالنسبة إليه سليمة عن المخصص كما هو واضح.

ثم إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه ان كان التخلف في الواقع في الصورة النوعية فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع و أن الثمن لم يعلم في مقابل أي شيء وقع و ان لم يكن في الصورة النوعية فيحكم ببطلانه للتعليق في غير الصورة النوعية.

و أما المقام الثاني: فهو ما تعاملنا على شيء بحسب الارتكاز على كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٩

واجدا للوصف الكذائي ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعية ليوجب التخلف البطلان أو من الأوصاف الكمالية حتى لا يوجب التخلف البطلان كما إذا باع كتاب شرح للمعة على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشي فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعية حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكمالية حتى لا يكون التخلف موجبا للبطلان، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشمله العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن في مقابل أي شيء وقع و لم يحرز المبيع فيكون التمسك بالعمومات تمسكا بها في الشبهات المصادقية و هو لا يجوز و على هذا فلا يجوز لكل من المتبايعين التصرف في الثمن و المثمن لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا مع الاذن منه أو بالتجارة عن تراض و من الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجارة عن تراض إذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن في مقابل أي شيء وقع في الخارج فيكون باطلا و على الجملة أن العمومات انما نحكم بصحة المعاملة بعد إحراز تحقق البيع في الخارج و وقوعه بمبيع كلي أو شخصي و من الواضح أنه لم يحرز في أن المبيع أي شيء و أن البيع بأي شيء وقع فإنه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعية فلا بيع أصلا و على تقدير كونه من الأوصاف الصالحة أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بإزاء أي شيء فإنه مع كون الوصف من الصور النوعية فما هو مبيع غير موجود، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من أوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا- يكون أخذ الثمن في مقابله إلا تجارة عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الأول أو من الثاني فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع في مقابل أي شيء فيكون المورد مشمولاً لما دل على حرمة أكل مال الناس بغير رضی منه، و لا تجارة عن تراض كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٠

هو واضح و لم نر التعرض لهذا البحث و هو بحث لطيف.

مسألة

قوله: مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري،

إشارة

أقول وقع الخلاف بين الأصحاب في أن خيار الرؤية فوري أم لا و تحقيق ذلك في مقامين:- الأول: من حيث القواعد. و الثاني: من حيث الروايات.

أما المقام الأول: فمقتضى القواعد،

أى العمومات هو ثبوت الخيار فى كل آن و زمان لما عرفت سابقا فى خيار الغبن أن العموم الزمانى ثابت للعمومات فتمسك بها فى كل آن فنثبت فيه الخيار و إذا خرج فرد من ذلك يقتصر بالمقدار المتيقن فلا يمكن استصحاب حكم المخصص فى الزمان البعد. و هكذا الحال إذا كان الدليل لخيار الرؤية هو الشرط الضمنى حيث ان مقتضى ما شرطاه المتبايعان بحسب الارتكاز هو ان يكون لكل منهما الخيار مع التخلف و لا شبهة أن هذا الاشتراط موجود فى مقدار من الزمان بعد الرؤية بحيث يتمكن المشروط له من الفسخ الذى سميه فوريا و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضيه الارتكاز.

و أما بحسب الروايات

فقد عرفت أن الدليل على ذلك انما هو رواية جميل و تحقيق الكلام فى دلالة ذلك أن قوله عليه السلام الله فيها فله خيار الرؤية أن الخيار الذى أضيف إلى شىء لا يخلو بحسب الاستقراء عن أقسام ثلاثة و ان كان لها أقسام كثيرة بحسب التقسيم العقلى. الأول: أن تكون إضافته من باب إضافة الخيار الى متعلقة كخيار الحيوان حيث أن الحيوان ليس سببا للخيار و لا ظرفا له، بل هو متعلق الخيار أى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧١

هو المبيع الذى تعلق به الخيار و قد يكون من باب إضافة المسبب الى السبب كخيار الغبن فان الخيار هنا مسبب عن الغبن و لا يبعد أن يكون من هذا القبيل إضافة الخيار الى العيب فان العيب هو سبب الخيار.

و قد تكون من قبيل إضافة المظروف الى ظرفه كخيار المجلس فان المجلس ليس سبب الخيار و لا متعلقة، بل الخيار واقع فى هذا الظرف كما هو واضح، ففى المقام أن الرؤية ليست متعلقة للخيار بلا شبهة بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فى بيع الحيوان، فإن الرؤية غير قابلة للبيع و تعلق الخيار بها و بعيد أن تكون سببا له أيضا، و ذلك من جهة أن الرؤية ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجرد الرؤية و تكون لها موضوعية فى ذلك فان هذا غير محتمل.

و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤية كاشفة عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤية كاشفة عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤية سببا للخيار كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار أن يكون الحكم أى الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الرواية جميل دلت على أن المشتري للضيعة إنما رأى مقدارا منها و أشتريها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البائع فلم يقله، فقال الامام (ع): لو لم ير قطعة منها فله خيار الرؤية، فإن ظاهر هذه الرواية أن المشتري قد رأى الضيعة و سئل عن حكم المسألة بعد الرؤية

فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال، فله خيار الرؤية، فإن التقييد حينئذ لغو محض، فإنه بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤية، بل يقال فله الخيار، فان ذلك نظير أن يقال إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، و هكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم و على هذا فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٢

يبقى للرواية ظهور في ذلك، بل الصحيح أن الإضافة من قبيل إضافة الظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا فله خيار إذا رأى أى في زمان الرؤية و على تقدير أن لا- تكون الرواية ظاهرة في ذلك فليس لها ظهور في السببية فتكون مجملته، فلا يمكن الأخذ بمفاد السببية و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار هو عدم الفورية تمسكا بإطلاق الرواية فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطراه مسقط فتكون الرواية نظير الروايات الواردة في خيار التأخير حيث ذكرنا أن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفى إثبات الخيار إلى الأبد و لو بعد سنة و لو إعطاء الثمن ما لم يطراً عليه مسقط فتكون هذه الرواية أيضا بإطلاقها دالة على ثبوت خيار الرؤية إلى الأبد ما لم يطراً عليه مسقط، و هذا بخلاف الوجه الأخير أعنى أخذ الرؤية ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أن الخيار ثابت حال الرؤية، و حينئذ لو كان للرؤية مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا كخيار المجلس لكان لما ذكره أحمد بن حنبل وجه، و ليس مما ذكره بلا- وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤية ما دامت ممتدة في مجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر من الرواية أن الخيار ثابت في حال الرؤية من غير أن تكون ظاهرة في امتداد الخيار بامتداد الرؤية، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفورية بالآن الأول الحقيقي من الرؤية أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفورية فورية حقيقية و لكن لا شبهة في انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤية فورية بالفورية العرفية كما هو واضح.

في مسقطات خيار الرؤية

قوله مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا؟

أقول: من جملة المسقطات لخيار الرؤية الاسقاط فتارة نتكلم في جواز إسقاطه بعد العقد و قبل الرؤية، و أخرى في ضمن العقد، أما الأول: فإن كانت الرؤية كاشفة عن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٣

ثبوت الخيار قبله فلا شبهة في جواز الاسقاط قبل الرؤية و لكن ذلك خلاف الظاهر من الرواية و ان كانت الرؤية كاشفة عن ثبوته عنده و حال الرؤية فلا إشكال في جواز الاسقاط قولاً الا من جهة إسقاطه إسقاطا لما لم يجب فقد تقدم سابقا أنه لا شبهة في جواز إسقاط ما لم يجب بان ينشئ من الآن إسقاط حقه في ظرفه على تقدير تحققه، ففي المقام ينشئ سقوط خياره فعلا بعد الرؤية إذا كان له خيار فهذا لا محذور فيه، نعم لو إنشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول إذ لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه و على الجملة لا دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب الّا قيام الإجماع على بطلان التعليق في الإنشاء، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما إذا كان المقتضى موجودا فلا يشمل الإجماع ففي المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود، فلا بأس بإنشاء سقوط الخيار في ظرفه بالفعل، نعم فيما يكون التعليق موردا للإجماع فلا- يجوز كما أنه لا- يجوز أيضا فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الإجماع كإنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء الهبة قبل التملك كما هو واضح. هذا كله إذا كان الاسقاط قوليا.

و أما إذا كان بالفعل، فقد عرفت سابقا في خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقا للإسقاط الفعلى فيكون مسقطا للخيار و الّا فلا دليل على كونه مسقطا للخيار الا ما ثبت في موارد خاصة في خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك، نعم ظاهر الرواية هنا هو عدم ثبوت الخيار بعد التلف الحقيقي لا من جهة أن الخيار يتعلق بالعين فهي تالفه، بل من جهة أن الرواية ظاهرة في ثبوت الخيار حال

الرؤية و عندها، و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقى موضوع للرؤية أصلا كما هو واضح، و أما في موارد التلف الحكمي مثل الهبة و البيع و نحو ذلك فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤية كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٤

انتهى الكلام إلى صورة اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد ففي هنا وجوه: - الأول: أن يكون الشرط فاسدا و العقد صحيحا و الوجه فيه أنه إسقاط لما لم يجب فهو باطل و هذا بناء على أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد و فيه ما مر مرارا أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب انما يضر من جهة الإجماع و بناء العقلاء على عدم ترتيب الأثر عليه في بعض الموارد ففي المقام لا يطمئن بوجود الإجماع على عدم الجواز و بناء العقلاء أيضا يساعده كما هو واضح، نعم الإسقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفي و هو مورد الإجماع أيضا، و على هذا فيدور الأمر بين الوجهين الآخرين: - أحدهما: الفساد مطلقا، أي الشرط و العقد، كما ذهب إليه العلامة و اختاره المصنف، و الوجه في ذلك أن دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع الا- أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل الي ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافي بين الأمرين واضح فيكون الشرط فاسدا و مفسدا للعقد.

الثاني: الالتزام بصحة الشرط و العقد كليهما.

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر في المعاملة مرتفعا بواسطة الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و الا فلا و توضيح ذلك أن المشتري قد لا يكون عالما بأوصاف المبيع أصلا لا بإخبار البائع و لا بإخبار شخص آخر، و مع ذلك يقدم على المعاملة و يشتري المتاع المجهول و العين الغائبة و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف ففي مثل ذلك لا شبهة في كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط و معه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٥

يرتفع الغرر و لا وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعي يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر و لا يوجب رفعه، و ذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فإنه إذا تخلف الوصف يفسخ المعاملة و مع ذلك أي خطر هنا لا بد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل، و أيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع و اما قيود للبيع، و ذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا- وجه للالتزام بالأوصاف الخارجية الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أي بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجية غير قابلة للإطلاق و التقييد، بل هي موجودة على ما هي عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجية و أما إرجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف، بل لا بد من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لا بد و أن يذكر قبل التفصيل.

و أما إذا علم و اطمأن البائع و المشتري بكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبة متصفة بوصف كذا، و لو كان ذلك بوصف البائع أو بتوصيف الأجنبي و مع ذلك احتمال البائع التخلف في الوصف و يشترط الإسقاط في ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فإنه أجنبي عن الغرر إذ قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني فيدفع بالاطمئنان، فالإسقاط لا يوجب الغرر أصلا ثم ان المصنف نقل في آخر عبارته ان دليل نفي الغرر لا يشمل المقام لأن المشتري قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفي الضرر لا يشمل صورة إقدام المتبايعين على الضرر و هذا عجيب حيث ان حديث نفي الغرر انما مورده صورة إقدام المتبايعين على المعاملة الغررية فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفي الضرر، فان مورده غير هذه الصورة و أنه ورد في مقام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٦

الامتنان فشموله لصورة الإقدام على الضرر لا ينافي الامتنان، و كيف كان فلا وجه لقياس حديث نفى الغرر بحديث نفى الضرر كما هو واضح.

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل في جواز إسقاط خيار الرؤية و عدم جوازه جار في خيار العيب أيضا ففي كل مورد اطمأن كل من البائع و المشتري بأوصاف الصحة في العين و عدم كونها معيبة سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أو صاف العين على الآخر أم بتوصيف الأجنبي يصح في هذه الصورة اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فان ذلك لا يترتب بالغرر فان الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح، ففي أي مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعاملة على الاشتراط بحيث تكون المعاملة بدونه غررية فلا يصح اشتراط الإسقاط حينئذ لأن المعاملة حينئذ تعود غررية فتبطل كما هو واضح. هذا ما تقتضيه القاعدة و لكن ورد النص في خيار العيب بأنه يثبت خيار العيب للمشتري مع عدم تبري البائع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبري لا يثبت الخيار للمشتري مطلقا و لا يجرى التفصيل المذكور في المقام من جهة النص كما هو واضح.

و على الجملة فالمدار في فساد الشرط و إفساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغررية المعاملة و عدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح و أيضا فلا وجه لنفي لقياس المقام بالبيع مع البراءة من العيوب لما عرفت من جهة الاعتماد في صورة البراءة من العيوب على أصالة الصحة الموجبة لنفي الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد في خيار العيب و أما أصالة الصحة فإن كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغررية كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحة أو قامت بينه على ذلك أو التوصيف من البائع أو من الأجنبي فإنه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٧

و الحاصل: أنه ان كان رفع الغرر بالاشتراط فلا شبهة في كون إسقاط الخيار موجبا للغرر و الا بأن كان رفع الغرر بالتوصيف أو بشيء آخر أو بأصالة الصحة التي توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا يكون إسقاط الخيار في ضمن العقد موجبا للغرر كما هو واضح.

قوله مسألة: لا يسقط هذا الخيار، [ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: قد عرفت الحال في حكم صورة تخلف الأوصاف و يقع الكلام في سقوط الخيار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دليل على سقوطه ببذل التفاوت لأن الخيار ان كان ثابتا بالتعبد فتمسك بإطلاق دليل التعبد و ان كان ثابتا بالاشتراط و تخلف الشرط فتمسك بإطلاق دليل ذلك فنحكم بثبوت الخيار حتى بعد بذل التفاوت.

و أما الإبدال بأن يشترط المشتري ابدال المبيع على تقدير التخلف على نحو شرط النتيجة بأن يكون شيء آخر بدلا عن المبيع في صورة التخلف من غير أن يكون التبدل بفعلهما بل يكون الإبدال في ظرف التخلف بهذا الاشتراط لان المبيع عين شخصية فالإبدال محتاج إلى معاوضة جديدة و مراضة جديدة و هي منفية كما هو واضح و نقل المصنف عن الشهيد أن الأقرب الفساد و ذكر في وجه ذلك أن البذل الذي يستحقه المشتري في صورة التخلف ان كان بإزاء الثمن بأن يرجع المبدل الى ملك البائع و يدخل البذل في ملك المشتري بإزاء الثمن فلازم ذلك أن يفسخ البيع بهذا الشرط في ظرف التخلف و تكون هنا بعد ذلك معاوضة جديدة بين البذل و الثمن.

و يرد عليه أولا أنه لا مقتضى هنا للمعاوضة الجديدة بحيث يكون هنا بيع بدون الإنشاء بل بمجرد الشرط السابق في ضمن العقد و لم يدل دليل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٨

على صحة مثل هذا المعاملة من النقل و العقل و لم يقد عليه (على) صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضى أيضا لانفساخ العقد بنفسه.

و ثانيا: أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا في نفسه و مشروعا فدليل وجوب الوفاء بالشرط يلزمه حين الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعاملة قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم يثبت جوازه في نفسه فيكون غير موافق للكتاب و السنة فيدخل تحت المستثنى في قوله عليه السلام:
الله الا شرطا مخالفا للكتاب و السنة.

و ثالثا: أن المعاوضة الواقعة بين البدل و الثمن على تقدير ظهور المخالفة معاوضة تعليقية أى ينشئ البيع على تقدير المخالفة فهو معاملة تعليقية فيحكم بالبطلان إجماعا.

و ان كانت المعاوضة واقعة بين المثلين و البدل بأن يكون البدل واقعا في مقابل المبدل على تقدير ظهور المخالفة و تقع المعاوضة بينهما و فيه أنه مضافا الى عدم المقتضى لذلك بأن تقع هنا معاملة في صورة المخالفة بغير معامل، بل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد و لا دليل على صحة ذلك بحسب نفسه من الآيه و الرواية و السيرة و الارتكاز و كون المعاملة تعليقية و هي باطلة أن المعاملة هنا غررية حيث ان المفروض جهالة المبدل و على أى تقدير أن الظاهر في مثل ذلك أن يفسد الشرط و يفسد العقد أيضا.

و الحاصل: أن شرط الابدال على تقدير ظهور المخالفة على نحو شرط نتيجة لا يمكن تصديقه لأنه أمر غير مشروع فلا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط لأن مرجع ذلك الى انفساخ العقد بنفسه بمجرد هذا الشرط و من الواضح ان انفساخ العقد بلا موجب لم يثبت جوازه شرعا فلا مقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٧٩

له على أن اشتراط انفساخ العقد في نفسه قبل تحققه أمر غير مشروع فلا يكون دليل الوفاء بالشرط موجبا لكونه مشروعا.
أقول: أما بناء على كون الاشتراط من قبيل شرط النتيجة فالشرط و أن كان فاسدا لأن اشتراط انفساخ العقد بدون سبب قبل في عقد لم يتحقق بعد أمر لم يثبت في الشريعة المقدسة قبل هذا الاشتراط فيكون من الشروط الغير المشروعة و لكن يكون المقام ح من صغريات الشرط الفساد، فلا يكون مفسدا للعقد الا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و حيث ان الموافق للتحقيق و فتاوى المشهور عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا يكون العقد فاسدا، و دعوى كون العقد باطلا من جهة الغرر، حيث لم يعلم ان المبدل بأن وصف و بأى كيفية دعوى جزافية و ذلك لأن الظاهر أن الشهيد قد تكلم في صحة العقد و فساده من ناحية الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحة العقد من بقية الجهات، فيمكن ارتفاع الغرر هنا من جهة الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخارجية من توصيف البائع أو شخص آخر، فلم يصبح المبدل مجهولا حتى يكون البيع غرريا ثم ساق كلامه، أى الشهيد إلى أنه يفسد بالشرط الفاسد أم لا؟

و أما بناء على كون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان يشترط المشتري على البائع أن يبذل المبيع بغيره على تقدير التخلف كما هو ظاهر من كلام الشهيد حيث عبر بلفظ الابدال و لا شبهة أن الظاهر منه هو إبدال البائع و هو فعل من أفعاله، فالظاهر ح أن العقد و الشرط كلاهما صحيحان و لا وجه لكون الشرط ح فاسدا فضلا عن كونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف في السوق كثيرا حيث ان المشتري يشتري عينا شخصية و و يطمئن بكونها من الجنس الذى يريد و لكن يحتمل التخلف و يشترط عليه البائع الإبدال على فرض التخلف، و لا شبهة أن الإبدال في نفسه معاوضة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٠

مشروعة في الشريعة المقدسة فيكون لازما بدليل وجوب الوفاء بالشرط على الاشتراط فان ظهرت المخالفة فأراد المشتري الابدال فأبدله البائع فيها و ألا فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فيفسخ العقد بذلك و العجب من الشهيد (ره) كيف رضى مع ذلك بفساد الشرط و العقد بل هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفة كما هو واضح.

نعم، لو كان البيع من الأول واقعا على المبدل على تقدير عدم المخالفة و على البدل على تقدير المخالفة، و كان المبيع أمرا مرددا

لكان العقد و الشرط باطلا، للتعليق كما تقدم في شرائط العوضين.

و على الجملة سواء قلنا بكون الشرط هنا من قبيل شرط النتيجة أو قلنا بكونه من قبيل شرط الفعل لا دليل على كونه مفسدا للعقد غاية الأمر أنه على فرض كون الشرط شرط النتيجة يكون الشرط فاسدا فقط، و أما توهم كون المعاملة غررية فقد عرفت الجواب عنه و كذلك يكون هنا تعليق.

و حاصل الكلام: أن المحتمل في كلام الشهيد ثلاثه، الأول: أن يكون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل كما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن يشترط المشتري على البائع تبديل المبيع على تقدير ظهور المخالفة و على هذا فلا شبهة في صحة الشرط و العقد كليهما، فان لم يظهر المخالفة كان العقد لازما و مع ظهور المخالفة يطالب المشتري الابدال فان بدله فهو و الا كان له الخيار، كما هو واضح.

الثاني: أن يكون المراد من الاشتراط شرط النتيجة يعنى يشترط المشتري على البائع المبادلة بأن يكون الثمن في مقابل البدل أو تقع المبادلة بين المثلين و البدل، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر و قد عرفت أنه على هذا كان الشرط فاسدا لكونه مخالفا لشرع حيث ان اشتراط انفساخ العقد في نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت في الشريعة المقدسة و كذا انفساخ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨١

بلا موجب، و تحقق معاوضة أخرى بلا سبب، فان كل ذلك لم يثبت فلا يكون مشمولاً للعمومات و لكن قد عرفت أنه على هذا، و ان كان الشرط فاسدا الا أن المشهور بين المتأخرين أن فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما هو واضح على أن الظاهر أن هذا الشق ليس مراد الشهيد لمكان الإبدال في كلامه الظاهر في شرط الفعل.

الثالث: أن يراد من الاشتراط التعليق من الأول بأن مبيع المبدل على تقدير عدم المخالفة و المبدل على تقدير المخالفة و على هذا و ان كان البيع باطلا للتردد و التعليق، و لكن ليس ذلك محتمل كلام الشهيد و كيف كان فالظاهر من كلامه هو الشق الأول و عليه فلا وجه لما التزم به الشهيد من فساد العقد و الشرط، بل يصح كلاهما كما هو واضح.

ثم أن هنا كلاما لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فإنه ذكر في صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد (أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولا) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد في صورة الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفة أو ظهور الموافقة ثم أورد على هذا الإطلاق بأنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سببا في الفساد لعدم الأخبار المتقدمة و لعل مراده من الاخبار المتقدمة هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملازمة على الصحة مع عدم الخيار في صورة عدم المخالفة و ليس المراد من دلالتها على الصحة بالملازمة أن لازم ثبوت الخيار في البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلالة الاخبار على الصحة مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الأول من الدلالة دون الثاني، و مع عدم الاخبار فلعمومات الايات غنى و كفاية، و كلامه الى هنا صريح في أنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٢

يستشكل على الشهيد بأنه لا وجه للقول بالبطلان على الإطلاق بل على تقدير ظهور المخالفة فقط، و هكذا ذيل كلامه حيث قال و بالجملة فإنى لا- أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق و جها يحمل عليه، و لكن ينافى ذلك ما صدر عنه (ره) في وسط كلامه حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة و لا يجبره هذا الشرط الإطلاق الأخبار في الخيار ثم ذكر أن الأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهر و عدمه) حيث مدعاه في هذه العبارة هو فساد العقد حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال (و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار) و هذا مما لا يمكن حله.

قوله مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد،

أقول: وقع الخلاف بين الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية في غير البيع من الصلح والإجارة وغيرهما و عدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة و ذكر في وجه ذلك أن المحتملات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع، و ذلك مع تبين المخالفة.

فاما أن يحكم ببطان العقد كما تقدم عن الأردبيلي في بيع العين الغائبة.

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار.

و اما أن يحكم بصحته مع الخيار أما البطلان فهو مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروط في المعقود عليه و أما احتمال اللزوم بدون الخيار فهو أيضا فاسد لأن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه و من المعلوم أن عدم الالتزام بترتيب أثر بالعقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد، و ح فيثبت الاحتمال

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٣

الثالث و هو صحة العقد مع الجواز و الخيار.

أقول: أن كان مدرك خيار الرؤية هو الشرط الضمني على ما ذكرناه في أول المسألة فلا شبهة في ثبوته في كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن في كل عقد وقع فيه الغبن، و لكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذي ذكره المصنف على تقدير صحته فإنه يشبه الأكل من الفقا، بل يثبت الخيار ابتداء لتخلف الوصف كما هو واضح.

و ان كان مدركه هو النص و التعبد به فلا شبهة في اختصاصه بالبيع و تقدم أن فيه قرينة على كون مورد خيار الرؤية قريبا من صورة تخلف الشرط حيث ان المشتري بعد ما رأى الضيعة و قبلها أو مشتبتها فخرج فاستقال فلم يقبله فإنه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقالة بل فسخ ابتداء لتخلف الشرط و على هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى في غيره.

ثم ان التقسيم الذي ذكره المصنف ليس بصحيح فان بطلان توهم بطلان العقد من جهة أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد و كونه خياريا، بل يمكن أن يكون لازما.

و دعوى المصنف أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و لا يصدق النقص على عدم الوفاء مع تخلف الوصف لا يمكن المساعدة عليه فإنه.

فإنه أولا: أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفي في إثبات كونه جائزا بل لا بد في ذلك من إثبات عدم اللزوم كما هو واضح.

و ثانيا: أن عدم شمول آية وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفي في لزومه أحل الله البيع و تجارة عن تراض و الروايات الدالة على لزوم العقد على ما تقدم.

و ثالثا: يكفي في إثبات اللزوم استصحاب الملكية على مسلك المصنف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٤

فإنه مع الشك في أن الملكية الحاصلة بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكية و ثبت اللزوم و على هذا فمقتضى القاعدة هو اللزوم في غير البيع و عدم جريان خيار الرؤية في غير البيع كما هو واضح.

قوله مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة،

أقول: فى توضيح المقام أن لهذه المسألة صور ثلاث، وقد استشار إليها المصنف و ان لم يصرح بجميع الأقسام:
الأول: أن يكون اختلافهما فى أصل الاشتراط بان ادعى المشتري اشتراط وصف فى المبيع من الكتابة و الخياطة و البناية و نحوها و ادعى البائع خلاف ذلك و كون البيع مطلقا.

الثانى: ان يتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف فى متعلق الشرط بأن ادعى أحدهما كونه خياطة و يدعى الآخر كونه كتابة العبد و هذا فى النتيجة يرجع الى الأول.

الثالث: أن يتفقا على أصل الاشتراط و على اتحاد متعلقه و لكن يدعى البائع وجوده و ينكره المشتري أو يدعى البائع أنه كان موجودا فقد زال فيدعى المشتري أنه لم يكن موجودا أصلا، أما الكلام فى الصورة الأولى و الصورة الثانية التى مرجعها إلى الصورة الأولى، فذكر المصنف بما حاصله أنه إذا اختلف المشتري و البائع فى اشتراط وصف فى المبيع و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك، فالقول قول مدعى الخيار، لا- من جهة أن مدعى الاشتراط تقدم قوله يثبت الخيار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الأصل هو عدم الاشتراط فإنه إذا اختلف البائع و المشتري فى أصل اشتراط شرط فى البيع و عدمه فإن أصالة عدم الاشتراط يدفعه فيكون البيع لازما بمقتضى العمومات بل من جهة ما أشار إليه هنا و صرح به فى أوصاف المبيع أن الأوصاف التى اشترطت فى المبيع الشخصى راجعة إلى التقييد أى تكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٥

العين الشخصية المبيعة مقيدة بهذه الأوصاف و ان كان ذلك فى صورة الاشتراط و على هذا فمرجع الاختلاف الى الشك فى أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أى أن المبيع كان مقيدة بصفات فهى مفقودة و قد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات أو أنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجودة و المفقودة و من الواضح أن اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و أما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من آثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح.

أقول: يرد على المصنف: أولًا: فساد المبنى حيث أنك قد عرفت سابقا أنه لا معنى لتقييد العين الخارجية إذ الإطلاق و التقييد فيها مستحيل و غير معقول فلا يتقلب الشيء عن واقعه بالاشتراط و عدمه و اذن فيدور الأمر بين رجوع القيد إلى أصل البيع بان يكون البيع على تقدير وجود الوصف الخاص فى المبيع و اتصافه به و بين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفى من الاشتراط و خلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعاملة الصحيحة لا على المعاملة الفاسدة فيكون الثانى هو المراد، و عليه فيرجع الأمر إلى النزاع فى أصل الاشتراط ليلزم من التخلف الخيار أو عدم الاشتراط فقد عرفت أنه (ره) التزم فى هذه الصورة بعدم الخيار لأن الأصل عدمه.

و ثانيا: أنا لو سلمنا رجوع الاشتراط الى تقييد المبيع و أغمضنا عن استحالة ذلك و لكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشتري من جهة كون اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود، بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٦

الذى اعتبر كون المبيع مقيدا به فى البيع و من الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالأصل عدمه، و لا يعارض هذا الأصل بأصالة عدم كون العقد واقعا على العين الموجودة مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعة العقد، فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا، كما هو واضح.

و دعوى أن الأصل عدم الإطلاق يكفى فى عدم لزوم العقد فلا نريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان أصالة عدم الإطلاق بالنسبة إليه مثبت فإنها فاسدة لأن مقتضى هذا الأصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف و هو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل

حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء و سيرتهم على عدم المعاملة في تخلف الأوصاف معاملة الفساد بحيث أن يحكموا في صورة تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد، بل حكموا بصحة العقد مع الخيار و على هذا فأصل صحة العقد مفروغ عنه و انما الخلاف في ثبوت الخيار في ذلك و عدم ثبوته بحيث يكون الإطلاق و التقييد من المتضادين يعنى يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجودة مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين و أما إذا عملنا بأصالة عدم كون العقد مطلقا فلا يكفى ذلك في عدم لزوم العقد و كفاية فسخت في الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعية بل المراد منه هو البناء على إعدام العقد و عدم استمراره.

و بعبارة أخرى أن المتبايعين كانا بانين على المعاملة و المبادلة و النقل و الانتقال و بالفسخ بينان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصالة عدم وقوع العقد مطلقا، فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فإنه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا و على تقدير وقوعه فمقتضى هذا الأصل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٧

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفساد، بل الصحة مفروغ عنها كما عرفت و انما الكلام في كونه خياريا و عدمه و حيث كانت الصحة مفروغا عنها فأصالة عدم الإطلاق لا تثبت ثبوت الخيار إلا بالملازمة و على هذا فيكون الإطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفي أحدهما و ان كان لا يثبت الآخر إلا بالملازمة العقلية و يكون الأصل ح مثبتا و لكن أصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود فإن الأول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به في العقد فالأصل عدمه و أما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت و على هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه مبنى و بناء فلا بد من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف (ه).

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار في الحقيقة عبارة عن الاختيار و هو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد في الخيارات المصطلحة و مرجع جعل الخيار في العقود كالبيع مثلا إلى إنشاء الملكية المحدودة لما ذكرنا أن الإهمال في الواقعات محال فلا بد، أما أن يكون المنشأ مطلقا أو مقيدا فحيث ان الإطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فقهرها تكون الملكية مقيدة أى محدودة بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلك العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الإطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد و على هذا فنشك في أن الملكية هل وجدت مطلقة أو مقيدة فنقول ان الأصل عدم كونها مقيدة فتمسك بالعمومات الدالة على اللزوم و لا يعارض ذلك بأصالة عدم كونها مطلقة لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضيات طبع العقد لا من آثار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٨

إطلاقه حتى يترتب على نفيه نفى اللزوم كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أنه إذا اختلف البائع و المشتري في اعتبار شرط في البيع و عدمه أى اعتبار وصف في المبيع و عدمه أو كان الاختلاف في متعلق الشرط فلا- يمكن التمسك هنا بعموم أو قوا بِالْعُقُودِ، لا- التمسك به هنا لإثبات اللزوم من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية إذ لا- نعلم أن الملكية الحاصلة هنا هل هي مطلقة ليجوز التمسك به أولا و لكن لا بأس من التمسك بما دل على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه و حرمة أكل المال بالباطل إلا بالتجارة عن تراض و بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فان مقتضى ذلك أن التصرف في مال الغير بغير تجارة عن تراض حرام الا- في موارد الخيار فإن أكل ذى الخيار مال الطرف الآخر بالفسخ ليس بحرام و لكن نشك في مورد اختلاف المتبايعين في جعل الشرط و عدمه أن الملكية المنشئة مطلقة لثلا يكون له الخيار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالأصل عدم تحقق الملكية المقيدة فتمسك بعموم ما دل على حرمة أكل مال الغير بغير تجارة عن تراض فلا يكون

الفسخ مؤثرا ولا يلزم ح محذور التمسك بالعام في الشبهات المصدقية بأن يدعى أن هذا المورد لا نعلم أنه من القسم الخارج عن العموم أم لا، فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسك به في الشبهات المصدقية فهو لا يجوز.

و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع في جهتين،

إشارة

الاولى فيما كان الاختلاف في أصل الاشتراط و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف في متعلق الاشتراط مع الاتفاق على أصل الاشتراط.

الثاني: أن يكون الاختلاف في وجود متعلق الشرط و عدمه مع الاتفاق على أصل الاشتراط و متعلقه كان يقول البائع أن المشروط هو خياطة العبد و هي موجودة و يقول المشتري أنها معدومة أو يقول البائع أنها كانت حين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٨٩

البيع موجودة فقد انعدمت و يقول المشتري لم تكن موجودة.

أما الكلام في الجهة الأولى [فيما كان الاختلاف في أصل الاشتراط و عدمه]

فقد عرفت كلام المصنف و جوابه و أما تحقيق المسألة و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكية فلا شبهة في معارضة أصالة عدم الملكية المطلقة مع أصالة عدم إنشاء الملكية المقيدة إذا لاحظنا الإطلاق و التقييد بحسب أنفسها و أما إذا لاحظنا أصالة عدم الخيار و الملكية المقيدة مع ملاحظة العمومات الدالة على حرمة أكل مال الغير بغير تجارة عن تراض و بلا طيب نفس فلا معارضة بينهما لعدم الأثر في أصالة عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمة الأكل و أصالة عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار في البيع الى تقييد الملكية المنشئة أي إنشاء الملكية المحدودة بعدم الفسخ و لا ينافي ذلك بكون الملكية مطلقة أي في جميع الأزمنة على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذلك و على هذا فاصلة عدم كون المنشأ هي الملكية المقيدة معارضة مع أصالة عدم كون الملكية هي الملكية المطلقة فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضة لا يقال ان أصالة عدم كون العقد مطلقا تجرى فيرتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج إلى إثبات الخيار حتى يلزم كونها من الأصول المثبتة و لا شغل لنا بأصالة عدم كون الملكية مقيدة لتلزم المعارضة و ان كان بينهما معارضة من حيث لحاظ الإطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فإنه يقال قد عرفت أنه لازم ذلك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصالة عدم الإطلاق بل اعتبار العقد كعدمه و لا يثبت ذلك بأصالة عدم الإطلاق إلا على القول بالأصول المثبتة و كيف كان فلا شبهة في معارضة الأصلين من حيث النظر إلى الملكية المطلقة و الملكية المقيدة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٠

نعم، لا مانع من جريان أصالة عدم التقييد و إحراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الدالة على لزوم كل عقد. و توضيح ذلك أنه ثبت في الشريعة المقدسة أنه لا يجوز التصرف في مال أحد إلا باذنه و أنه لا يحل أكل مال الغير إلا بالتجارة عن تراض و إذا باع أحد ماله من شخص آخر في مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و يأخذه منه إلا أن يكون هنا أيضا تجارة عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما إذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لأحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا في البيع مثلا كخيار المجلس فإنه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجارة عن تراض و بغير طيب نفس منه و على هذا فإذا شككنا في أن العقد هل وقع على المطلق أو على المقيد

أى المنشأ هل هو ملكية مطلقة أو ملكية مقيدة فنجري أصالة عدم وقوعه على المقيد فنحزرها بها موضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصالة عدم وقوع العقد على المطلق ح أثر حتى تكون معارضة بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب أنفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الإطلاق و العام ليس أمرا وجوديا ليلزم إحرازه و لا يمكن التمسك به و يكون الأعلان متعارضان بخلاف الخاص فإنه أمر وجودي و جب إحرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام في الشبهة المصدقية إذ بالأصل نحزرها أن الأمر الوجودي الذي هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام.

و بعبارة أخرى أن الشارع قد حكم بحرمة أكل مال الناس مطلقا إلا أن تكون تجارة عن تراض، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ في البيع مثلا غايته أن الثاني مخصص منفصل فهو كالم متصل و إذا شككنا في مورد في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩١

ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملين فننفيه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودي فكلما شككنا فيه فالأصل عدمه و ليس عنوان العام أمرا وجوديا أيضا حتى يحتاج إلى الإحراز فيجري فيه الأصل أيضا، بل هو أمر عدمي و هو عدم جواز أكل مال الغير و حرمة التصرف فيه بدون اذنه فليس للأصل في ناحية الإطلاق هنا أثر و على هذا فلا مانع من إحراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظير ما إذ شككنا في ثبوت الخيار الشرعي في معاملة مثلا فإنه نتمسك بالعمومات فنحكم باللزوم كما إذا شك في ثبوت خيار الحيوان في الصلح مع عدم كونه يباع كما هو واضح، نعم لا يمكن التمسك هنا بعموم أو فورا بالعقود فإن الآية تدل على الوفاء بكل عقد و هو انتهاء أمده و عدم انهزام الالتزام به و من الواضح أن الالتزام بالعقد التزام واحد اما يتعلق بالملكية المطلقة أو يتعلق بالملكية المقيدة فالآية تدل و تلزم على إنهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقا فمطلقا ان مقيدا فمقيدا فلا بدح من إحراز ذلك من الخارج فحيث لم يحرز أن الالتزام على أى كيفية هنا فلا يمكن التمسك بالآية و إثبات اللزوم بها في المقام كما هو واضح و هذا بخلاف بقية العمومات المتقدمة فإنك قد عرفت أنها تدل على حرمة أكل مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بدون اذنه في جميع الأوقات و الحالات و الا زمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لأحد المتبايعين أو كلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما بجعل منهما أو بجعل من الشارع و هو أمر وجودي إذا شككنا فيه فالأصل عدمه حتى أن نحزرها و لا يعارضه الأصل في طرف الإطلاق لعدم ترتب الأثر عليه إذ عنوان العام أمر عدمي أعني عدم جواز التصرف في مال الغير، فلا يلزم إحرازه أى لم يترتب الأثر على إحرازه حتى نفيه بالأصل و نحكم بعدمه ما لم نحزرها وجوده قطعا.

و أما الجهة الثانية أعني الاختلاف في أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٢

ففي هنا ينعكس المطلب فيقدم قول مدعى الخيار حتى يثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه في ذلك أن ما تعلق به الشرط قد يكون وصفا مفارقا و قد يكون وصفا غير مفارق.

أما الأول فكالخياطة و الكتابة و نحوهما فإذا وقع الاختلاف في وجود مثل تلك الأوصاف فالأصل عدم تحقق تلك الأوصاف إلى زمان البيع فيثبت أن البيع لم يقع على العبد الكاتب.

و بعبارة أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالأصل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه حكمه و على هذا فيثبت للمشتري في هذه الصورة الخيار و كذا للبائع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه في كون الأصل هنا مع مدعى الخيار أن تلك الأوصاف أمور مسبوقه بالعدم و لها حالة سابقة فمع الشك فيها يستصحب عدمه.

و أما الثاني: أعني ما كان مورد الاختلاف في الأوصاف الغير المفارقة فكالقرشية و ككون الحنطة من المزرعة الفلانية و هكذا ففي

هنا و ان لم يكن لتلك الأوصاف حالة سابقة لأن الحنطة الخارجة من العدم الى الوجود اما خرجت متصفه بكونها من مزرعة فلانية أو غير متصفه بكونها من المزرعة الفلانية و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الأزلية و أن الأصل عدم اتصاف الحنطة بكونها من مزرعة فلانية فيما خرجت من العدم الى الوجود كما هو كك فى القرشية.

قوله مسألة: لو نسج بعض الثوب،

إشارة

أقول: قد ذكر غير واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا يحضرنى المختلف مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٣

الان حتى أتأمل فى دليله و لكن ذكر بعد أسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف فى بعض صور التى ذكرها و الذى يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظى لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفة و نظائره على البطلان فيما لا بدّ من القول بالصحة و يلتزم العلامة بالصحة فى مورد، لا بدّ فيه من البطلان

و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور فى هذا الفرع أربعة،

الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصى الذى موجود مع منسوج آخر كلى فى الذمة

مثل ذلك المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى، فالظاهر أنه لا شبهة فى صحة هذا القسم و لا يتوهم أحد بطلان بيع الكلى و لا- يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا، و عليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو، و الا فلا بدّ للبائع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشتري، نعم لو كانت الهيئة الاتصالية لها مدخلة فى زيادة الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقة كما هو واضح.

الثانى: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا

و لكن يشترط المشتري على البائع نسجه مثل الأول و هذا أيضا لا شبهة فى صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنة، و لا فيه جهالة ليوجب البطلان من جهة الغرر و عليه فإذا تخلف الشرط ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، كما هو واضح.

الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل الكلى فى الذمة

و لكن يشترط المشتري على البائع أن ينسجه مثل الأول ففى هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلومية الشرط و مشروعيته و لا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا و عليه فإذا تخلف لا- يثبت الخيار للمشتري ابتداء إلا إذا أنجز إلى تخلف الوصف و تبعض الصفقة الموجب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٤

لقله مالىة المبيع كما هو واضح.

الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد العناوين المتقدمة

و هذا باطل، لأنه بيع آخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيرة على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحة كما أن السلم ككك أى كالكلى و المظنون فلا- أقل من الاحتمال أن النافين لصحة البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحة كالعلامة فى المختلف ناظر الى الوجه الثلاثة الأول و اذن فالنزاع لفظية و على تقدير أن لا- يكون النزاع لفظيًا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح، هذا تمام الكلام فى خيار الرؤية.

فى خيار العيب قوله

السابع: خيار العيب،

أقول: قد تسالم الفقهاء على صحة البيع مع الجهل بصفة المبيع التى من أوصاف الصحة، و قالوا إذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هذا الخيار عن بقية الخيارات بأن من له الخيار فى بقية الخيارات مخير بين الإمضاء و الفسخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الإمضاء مجاناً أو مع العوض، و لكن وقع الإشكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غررًا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بأنه انما يكون البيع غررًا إذا لم يكن هنا ما تحرز به صحة المبيع و لا شبهة فى أنها تحرز بأصالة الصحة و السلامة و إذا استند المتبايعان إلى أصالة السلامة فيرتفع الغرر و يكون البيع صحيحاً و إذا ظهر العيب فى المبيع فيكون للمشتري خيار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتماداً على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٥

أصالة الصحة.

و لكن يرد عليه أنه لا- دليل على أصالة السلامة فى الأمتعة بوجه حتى يمكن الاستناد إليه فى ذلك و توهم استصحاب الصحة إذا كانت أمراً وجودياً فاسد لأن عدم الصحة أيضاً أمراً وجودياً و التقابل بينهما هو العدم و الملكة فلا يجرى الاستصحاب فى طرف واحد نعم الأصل الأولى فى الأشياء مع قطع النظر عن جميع الطوارى هو أن يكون سالماً فى العيوب كما أن الأصل فى جميع الأجسام أن يكون كروياً مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجية فإن نسبة الهواء إليها على حد سواء و مع ذلك فالغالب فى الأشياء هو عدم الكروية و قد عرفت ذلك فى أول الخيارات و فى المقام أيضاً نقول أن الأصل فى الأشياء و ان كان هو الصحة و السلامة و لكن مع ذلك أن الغالب فيها غير الصحة لأننا نشاهد بالوجدان و نرى بالعيان أن أغلب الأشياء معيوب و سقيم و غير صحيح و على هذا فكيف يحرز بأصالة الصحة أن المبيع سالم عن العيب و ليس بغررى و خطرى و مع كون أغلب الأشياء صحيحة و غير معيبة فأيضاً لا يمكن رفع الغرر عن البيع بذلك لأن هذا لا- دليل على اعتباره الا من باب أنه يفيد الظن و لو من باب أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا- يغنى من الحق شيئاً و يبقى دعوى الإجماع على صحة البيع فى المقام بان يقال ان الإجماع قد قام على صحة البيع فى المقام بغير اشتراط فيكون ذلك مخصصاً للنهى عن بيع الغرر بمعنى أن البيع الغررى باطل لما فيما تعامل المتعاملان على المبيع بغير الوصف الصحة فإذا ظهر فيه عيب ثبت خيار العيب للطرف و لكن ثبوت الإجماع التعبدى على ذلك بعيد جداً و الحكم بفساد هذه البيوع الواقعة على الأشياء بغير علم بجميع أوصافها أبعد فتصبح أن المسألة تكون مورد اشكال قوى و دعوى إمكان إحراز ذلك فى ما إذا كانت الحالة السابقة فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٦

المبيع الصحة فاسد إذا استصحاب الصحة لا يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر و هو أمر نفسانى، فلا يرتفع بالاستصحاب كما لا يخفى، و لكن يمكن الجواب عنه على ما اخترناه فى ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافاً للمصنف و جميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن

الخيار من الأحكام الشرعية الثابتة على العقد الصحيح أى من أحكام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلك فإن العقد بعد كونه صحيحا لا يعقل أن يكون غرريا لأن غررية العقد توجب بطلانه.

و لكن قد ذكرنا سابقا أن ما لا يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجعول بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجعول بجعل المتعاملان فلا شبهة فى ارتفاع الغرر به، لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فأى خطر فى إقدام الشخص على شراء شىء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط كونه على وصف كذا و إذا ظهر على الوصف فهو و أأ فله الخيار فلا يكون المشتري بعد هذا الاشرط الذى لازمه جعل الخيار فى خطر أصلا و لا يتوجه عليه محذور كما هو واضح.

و على هذا المسلك يسهل لنا دفع الاشكال المتوجه على البيوع المتعارفة أعنى إشكال غرريتها، نعم يصعب على مثل الشيخ (ره) دفع ذلك كما عرفت.

و توضيح ذلك أن المتبايعين حين الاقدام على المعاملة قد اشترط كل منهما على الآخر بحسب ارتكازهما كون العوض سالما عن العيوب كما اشترط كل منهما كون كل من الثمن و المثلن مساويا للآخر كما تقدم و إذا تخلف هذا الشرط كان للمشروط له خيار تخلف الشرط و على هذا فالمشتري مثلا و ان لم يعلم بأوصاف الصحة للمبيع و لكن قد اشتراه مشرطا على البائع كون ذلك صحيحا عن العيوب و إذا ظهر على خلاف ما اشترط عليه كان له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٧

الخيار فأى غرر و خطر فى هذه المعاملة فإنه مع ظهور المبيع سالما فلا- غرر و لا خطر و مع ظهوره غير سالم فأیضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخيار فإذا لم يرد يفسخ المعاملة كما هو واضح، فلا يقع فيه الغرر كما إذا صرح بهذا الشرط فى ضمن البيع فهل يتوهم أحد أن البيع هنا غررى و لا شبهة أن الشرط الضمنى كالاشرط صريحا كما هو واضح، و على هذا البيان لا ريب أن خيار العيب من فروع خيار تخلف الشرط لا من الخيارات المقابلة لخيار تخلف الشرط كخيار الحيوان و التأخير و الرؤية و نحوها غاية الأمر ثبت هنا الأرش للرواية الخاصة و بالجملة على هذا المسلك فخير العيب الذى ثبت فيه الأرش قسم من خيار تخلف الشرط و على هذا أيضا لا يفرق فى كون الخيار خيار عيب مع ظهور العيب فى المبيع بين أن يكون الشرط بحسب الارتكاز أو غيره و يدل على هذا التعميم الروايات منها صحيحة زارة «١» عن أبى جعفر عليه السلام: الله قال «أیما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبر اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» فإن إطلاق هذه الرواية و غيرها هو ثبوت خيار العيب للمشتري مع الاشرط صريحا أيضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط، بل يكون خيار خيار عيب فيرتب عليه حكمه، ثم ان خيار العيب و ان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط و لكن مع ذلك فرق بينهما فإنه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطية التصرف فيه بخلافه هنا فإن الرواية دلت على أن احداث الحدث

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٣٦٢، حديث ٢.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٨

يوجب سقوط الخيار و يبقى حق مطالبه الأرش فقط للمشتري لا يقال أن هذه الرواية لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حالة كما لا دلالة فيها على سقوط خيار الحيوان.

فإنه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمسقطية التصرف قد جعل فى مورد خيار تخلف الشرط فلا يعقل بقائه بعد التصرف بخلاف خيار الحيوان فإنه أخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من إطلاق قوله عليه السلام فإن أحدث فيه حدثا فله الأرش دون الفسخ على ما هو مضمون الرواية، و قد عرفت سابقا أن

الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد المقيد بكذا قد سقط.

هكذا ينبغي أن يحرز المقام ثم ان ما ذكرناه يظهر أن ثبوت خيار العيب ليس من جهة انصراف المبيع الى الفرد الصحيح حتى يجب عنه تارة بأنه لو تم الانصراف بما يختص بالمقام، بل يتم في سائر الموارد أيضا من مطلق تخلف الشرط الذي هو مورد خيار تخلف الشرط وغيره، و يجب اخرى كما في المتن بأنه لو تم الانصراف فلازم ذلك بطلان العقد، لأن ما وقع عليه العقد اعنى الصحيح ليس بموجود و ما هو موجود فليس بمبيع فيكون المقام كتخلف الصور النوعية كما هو واضح.

ثم انه أيد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صورة التصريح بالشرط برواية يونس فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل القيمة و علل التعميم بأن اختصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٩٩

الرد بالتصرف مع أن الاشتراط فرض فى الرواية صريحا كما هو ظاهر قوله عليه السلام: الله على أنها عذراء و لا يرد عليها أن الاشتراط هنا لم يكن صريحا، بل ارتكازيا لثلاث- تعم الرواية صورة الاشتراط صريحا، و ذلك لما عرفت أن ظهور قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصريح، و الحاصل أشكل على الرواية ثانيا بأنه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا فى صورة الاشتراط و لكن لم يفرض فى الرواية سقوطه بالتصرف ليكون ذلك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صورة الاشتراط صريحا و عدمه و دعوى أنه لو كان الخيار خيار الاشتراط لم يسقط بالتصرف و قد فرض فى الرواية سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صحيحة لأنه لم يفرض التصرف فى الرواية لو سلمنا كون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض فى الرواية حيث أن الظاهر من قوله عليه السلام فلم يجدها عذراء أنه تصرف فيه و لم يجدها عذراء، لا أنه علم بذلك بالعلم الخارجى من البينة و نحوها فإنه لا- يطلق الوجدان على ذلك بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفة الحاصلة من العلم الخارجى، و على كل حال فالرواية ظاهرة فى التصرف فلا يرد على كون المفروض فى الرواية هو خيار العيب بقرينة سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف فى الرواية.

بل الجواب عن تأييد المصنف أنه ليس وصف الثيبوبة عيبا فى المرأة ليكون وصف العذرائية من أوصاف الصحة، بل هو من وصف الكمال، فان العيب ما يكون نقصا فى البدن فذهاب البكارة لا يوجب النقص فى البدن و ألا يلزم كون أكثر النساء معيوبة و عليه فلا يكون الخيار فى مفروض الرواية خيار عيب، بل خيار تخلف الشرط غاية الأمر لو كانت الرواية صحيحة لكانت دالة على ثبوت الأرش فى مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٠

سقوطه بالتصرف كما يثبت الأرش بذهاب البكارة فى النكاح، يعنى ينقص من المهر ما بين تفاوت البكر و الثيب و سيأتى التعرض لكون الثيبوبة عيبا أم لا فى العيوب؟

قوله: مسألة: ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش،

إشارة

أقول: قد تسالم الفقهاء على كون المشتري مخيرا بين فسخ العقد و إمضائه مجانا، أو مع العوض، و لكن لم يوجد فى الأخبار ما يدل على ذلك، و لذا ذكر فى الحدائق أن إثبات التخيير بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش من الأول بالأخبار مشكل و ان اتفق الفقهاء على

التخيير من الأول و ذكر أنه لم يتنبه على هذه النكتة أى عدم انطباق فتوى الفقهاء على الروايات قبلى أحد و ما ذكره صاحب الحدائق قوى جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخيار لا قبله و عليه فالحكم قبل التصرف هو الخيار فقط من دون أن يكون للمشتري حق مطالبة الأرش، نعم ان كان هنا إجماع تعبدى يوجب التخيير من الأول فهو و الأما ذكره الأصحاب مشكل جدا و لكن إثبات الإجماع أيضا مشكل فإنه يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الاعتبارية أو توهم دلالة الاخبار على ذلك، و ذكر المصنف أنه قد يتكلف إثبات التخيير من الأول بوجهين:- الأول: استفادة حكم ذلك من الاخبار بدعوى أنها تدل على الردّ أعم من رد المبيع أو الأرش و أشار الى ذلك بأنه يصعب استفادة ذلك من الاخبار و غرضه أن يدعى أن المراد من الردّ فى الاخبار ردّ المبيع فى الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالأرش فإن أخذ الأرش أيضا رد للمبيع فى الجملة حيث لم يبقه على حالة من مقابلة المبيع بتمام الثمن و فيه أولا أن الظاهر من الردّ فى الاخبار هو رد المبيع و لا يصدق رد المبيع على أخذ الأرش و هو واضح على أن الوصف لا يقابل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠١

بالثمن كما سيأتى.

الوجه الثانى: أن نفس وصف الصحة انما هو يقابل بجزء من الثمن فمن الأول يكون الثمن فى مقابل العين و وصفه و إذا ظهرت المخالفة أى ظهر عيب فى المبيع كان المشتري مخيرا بين ردّ ما قابل الوصف من الثمن و بين فسخ العقد كما هو واضح. و أشكاله عليه المصنف: ان وصف الصحة و ان كان يوجب الزيادة فى المائية و لكن لا- يكون الثمن واقعا فى مقابل الوصف، بل يكون واقعا فى مقابل العين، و الوصف واسطة لثبوت المائية للعين و كذا لا يملك المشتري على مطالبة عين الثمن، بل يطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحة مع أنه لو كان الوصف يقابل بالثمن كان للمشتري مطالبة جزء من شخص الثمن الذى وقع فى مقابل الوصف، و هذا الذى ذكره المصنف متين جدا، على أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن، فأى فرق بين هذا الوصف و بين بقية الأوصاف كالأوصاف الكمالية، كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه قد يكون الثمن غير واقع فى مقابل الجزء أيضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فيما إذا كان الجزء مأخوذا فى العقد على نحو الشرطية كما إذا قال البائع بعتك الأرض الفلانية على أنها جربان معينة، فظهر خلاف ذلك أو قال بعتك الحنطة الفلانية على أنها منان فظهر أنها من، فذكر أنه فى هذه الصورة أيضا ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، و ليس له مطالبة جزء من الثمن بحيث يكون الخيار خيار تبعض الصفقة.

و لكن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه فان المناطق فى كون شىء شرطا فى المعاملة أو جزء ليس هو الذكر فى اللفظ، بل المناطق هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبيع فى مثل الأمثلة المذكورة هو جميع أجزاء الأرض و الحنطة و قد تقدم فى شرائط العوضين أن المبيع ينحل إلى أمور متعددة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٢

كما هو واضح.

و على الجملة أن الصورة و ان كانت صورة شرط و لكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطية هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منحلا الى بيوع متعددة كما هو واضح، فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح.

ثم انه ذكر فى المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف و نحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه و ما ذكره صاحب الحدائق و هو متين، و الأما فان كان مراده أنه مع اليأس عن الردّ و لو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور و لا- دليل عليه و على الجملة فلا- دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الردّ و الأرش من الأول، نعم فى الفقه الرضوى ما يدل على ذلك كما ذكره فى المتن و الحدائق بناء على عدم زيادة كلمة الهمزة بين كلمة

و ان شاء أخذه و بين كلمة رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخير، و لكن قد عرفت في أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضى.

ثم ان ظهور العيب فى المبيع هل هو كاشف عن الخيار و أن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار و تظهر الثمرة بينهما فيما إذا أسقط المشتري خياره قبل ظهور العيب فإنه على القول بكونه كاشفا عنه فلا شبهة فى جواز الإسقاط فلا يلزم إشكال إسقاط ما لم يجب، و أما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو أسقط قبل ظهور العيب يلزم منه إشكال إسقاط ما لم يجب، و لكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور فى ذلك أصلا و لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب الا أنه قام الإجماع و تحقق الارتكاز على بطلان التعليق فى المعاملات و شىء منهما لا يجرى فى المقام بعد وجود المقتضى للخيار الذى سقط.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٣

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أو مثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فان الظاهر من قولهم من اشترى شيئا و وجد فيه عيبا فله الرد، على ما هو مضمون الرواية أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فإنه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهم أحد أن الوجدان له موضوعية فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الأول و مرآت عليه و مع الإغماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلالة على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام الله: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فان هذه الرواية الشريفة تدل بمنطوقها على مضى البيع إذا علم المشتري بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الأرش و تدل بمفهومها على ثبوت الخيار له إذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقا الى كشف العوار و لذا قال أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الأول و لكن حيث أن البائع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الأول مما هو واضح و العجب من السيد حيث أنكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفا عن كون الخيار ثابتا من الأول مع ان هذه الرواية ظاهرة فى ذلك، نعم هو شريك معنا فى المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضا خلاف الظاهر من الروايات خصوصا لصحيحة المتقدمة، فافهم.

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسببا عن العيب لا عن ظهوره ثبوت الأرش العيب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٤

ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمشمن فيكون الخيار للمشتري فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبائع أيضا،

الظاهر أنه لا خلاف فى ثبوته للبائع أيضا و انما الكلام فى مدرك ذلك، و الذى يمكن أن يقال فيه وجوه- الأول: قيام الإجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا- نعلم بالإجماع التعبدى هنا فإنه مع تحقق الإجماع فنحن نأمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

الثانى: قاعدة نفي الضرر و فيه أنه قد مر مرارا أن قاعدة نفي الضرر لا- يكون مدركا فى شىء من الخيارات على أنه لو كان هو المدرك هنا لكان إثبات الأرش به مشكلا و الا- فلان ذلك أن يثبت الأرش فى كل مورد كان نفي الضرر دليل للخيار كما هو واضح، و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فى غير خيار العيب.

الثالث: أن يدعى أنه لا خصوصية للمبيع فى ثبوت خيار العيب و الأرش فيه مع كون الثمن فى طرق آخر من المعاملة و عدم إمكان البيع بالمبيع فقط، بل لا بد من تحقق البيع بين الطرفين و المبادلة بين العوضين فنسبة البيع بالنسبة إلى الطرفين على حد سواء و عليه

فالأخبار الدالة على ثبوت الخيار و الأرش في المبيع تدل على ثبوتها في الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشتري أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذرة سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالثمن فقط بل يجرى في الثمن أيضا لعدم الفرق في الفرض الذي نهى عن الثمن الأمور المذكورة فهي موجود فيما إذا كانت الأمور المذكورة ثمننا لشيء آخر أو اجرة للعمل أيضا كما هو واضح.

و إذا أمكن إثبات هذه الدعوى في المقام أيضا كان الخيار و الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٥

جاريا في طرف البائع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع في الروايات لكنه من جهة الغلبة إذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا، و لكن إثبات هذا أيضا مشكل فإنه من أي علم أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما هو واضح.

نعم، لا نضائق من القول بثبوت خيار العيب للبائع أيضا لا من جهة العيب، بل من جهة الشرط الضمني على ما تقدم، و عليه فلا يمكن الالتزام بثبوت الأرش في طرف الثمن كما هو واضح.

و من هنا ظهر فساد ما ذكره السيد في المقام من كفاية الظن يكون ذكر المبيع من جهة الغلبة و كونه كفاية عن العوض في البيع فإنه لا دليل على حجية هذا الظن و أشكال من تعديء الحكم أي للثمن تعديء الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه إذا آجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبة التفاوت و الفسخ فإنه يمكن أن في تعديء الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما تقدم، و أن الثمن في طرف البيع فإذا ثبت الحكم في المبيع ثبت في الثمن أيضا لعدم الخصوصية للمبيع كما مثلنا بالأمثلة المتقدمة فإن الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص في العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذ بذلك في مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الأرش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح.

قوله في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما

مسألة يسقط الرد خاصة بأمر،

[التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد]

أقول: الظاهر بل الواقع أنه لا شبهة في سقوط خيار العيب بالإسقاط على نهج بقیة الخيارات و انما الكلام في سقوط الرد فقط، أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حق الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمة بين سقوط الرد و سقوط حق مطالبة الأرش كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٦

إذا لم يكن لكلامه ظهورا في سقوط الرد فسقط كقوله إسقاط الرد أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبة الأرش بل له الخيار فقط فإنه ح لو أسقط خياره و لو مع عدم تقييده بإسقاط الرد، بل بإسقاط مطلق الخيار فإنه ح يسقط الرد فقط أيضا، بل الأمر كك حتى مع الالتفات بثبوت حق الرد و الأرش له و لكن القرينة قائمة على أنه لا يسقط الا الرد أو ليس في كلامه ظهور عرفي في ذلك و أن قال أسقط خيارى و على الجملة فالمناط في إسقاط الرد و الأرش هو الظهور العرفي فكلما دل في كلامه على سقوط الرد فقط أو الرد و الأرش معا فيكون متبعا و الا فلا، كما هو واضح.

و عليه فدعوى أن كلمة الرد ظاهرة في إسقاط الخيار فقط، و أن كلمة الخيار ظاهرة في إسقاط الرد و الأرش فقط لا يمكن المساعدة عليه، نعم كلمة أسقط الرد ظاهرة في إسقاط الرد فقط، كما هو واضح هذا هو المطلب الأول.

و الحاصل: أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ و الأرش و بطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن.

المطلب الثاني: أنه لا شبهة في سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالا

إشارة

و انما الكلام في خصوصيات ذلك، فنقول

ان التصرف انما يكون على أنحاء

الأول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،

و هذا لا شبهة في كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام الله أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه احداث للحدث فان المراد من الأحداث هو الكناية عن ثبوت حدث في المبيع لا معناه الصريح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٧

اعني اسناد الحدث الى الفاعل فيكون موجبا لسقوط الردّ و يبقى له حق مطالبة الأرش فقط كما لا يخفى.

و يؤيد ذلك مرسله جميل التي يعاملون معها معاملة الصحيح و ان ناقشنا في ذلك و هي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب.

الثاني: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر في العين خارجا

و لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الأول من احداث الحدث في العين و لكن لا شبهة في صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا فإنه أي إحداث حدث يكون أعظم من هذا الذي لا يقدر معه المتصرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو آجر العين من شخص فان العين حين ما أخذها من البائع كانت واجدة للمنفعة و قد صارت فاقدة لها فأى حدث أعظم من ذلك و سقوط الخيار قبل هذا التصرفات للنص المتقدم و الا فقد عرفت عدم سقوطه بالتصرف بمثل تلف العين غاية الأمر، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو القيمة لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم.

نعم لو نقل العين الى غيره بمثل الهبة فالظاهر عدم سقوط حق الردّ بذلك فان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشتري التمكن من رده بالرجوع فإذا قال فسخت العقد فيكون هذه العبارة فسحا للعقد و رجوعا في الهبة كما هو واضح و لا يقاس ذلك بإمكان الرجوع في البيع أيضا بالشراء و نحوه فان اختيار الرجوع في ذلك ليس تحت يد المشتري أعني البائع الثاني بخلاف ما لو نقلها بالهبة فإن اختيار إرجاع العين تحت يد الواهب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٨

كما لا يخفى، فافهم.

و من هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثاني في سقوط حق الردّ بالهبة وجيه و لا وجه لرد المصنف إياه بأنه لا وجه له.

الثالث: أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين

إشارة

و لا يكون مثل القسم الثاني أيضا، و هذا على أقسام ثلاثة:-

الأول: أن يكون له ظهور عرفي في سقوط الخيار به كالمسقط اللفظي

فإن سقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقدم في خيار الحيوان و غيره، بل يسقط بالفعل أيضا لا بما انه تصرف بل بعنوان أنه مسقط عرفي كما هو واضح

الثاني: أن لا يكون له بشخصه ظهور في سقوط الخيار به

فذكر المصنف أن الفعل إذا كان له دلالة نوعية و كاشفة نوعية في الرضا بالعقد و إسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعدة عليه للفرق الواضح بين اللفظ و الفعل في ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن ارادة المتكلم مدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه إذا تكلم بلفظ فلاننى فإنه أراد المعنى الفلانى و عليه فيكون الظن الحاصل من كاشفية اللفظ نوعا حجة و متبعا بحسب قيام بناء العقلاء على ذلك و هذا بخلاف الفعل الفلانى فإنه أراد المعنى الفلانى ليكون كاشفية متبعة غاية الأمر أنه يحصل الظن من ذلك فهو ليس بحجة لعدم الدليل على اعتباره من بناء العقلاء و غيره كما لا يخفى، فافهم، و هذا هو الفرق بين اللفظ و الفعل في الكاشفية و عدمها، خذها و اغتنم.

الثالث: أن لا يكون له ظهور في الإسقاط

كما في القسم الأول و لا يكون له كاشفية نوعية كما في القسم الثاني على ما ذكره المصنف، بل يكون مجرد التصرف كالأمر باسقى و غلق الباب و إعطاء متاع فظاهر جماعه أنه يسقط الرد بذلك أيضا، بل هذا هو صريح العلامة حيث ذكر في بعض كتبه أنه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٠٩

يسقط الرد بالأمر كقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك، و لكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث و ليس له كاشفية نوعية أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجهة كما قيل في القسم الثاني فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو واضح.

و الحاصل أنك قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا يكون موجبا لسقوط الخيار حتى لو كان موجبا لتلف العين لما عرفت أن الفسخ و الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين حتى لا يمكن ردها مع التلف فيجوز الفسخ بعد تلف العين و ينتقل العين الى المثل أو القيمة و لكن قد ورد النص بأن إحداث الحدث في خيار العيب يكون مسقطا له و لمكان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهة في صدق احداث الحدث بمثل تغيير اللون و القص في الثوب و نحوه و هكذا في مثل نقلها الى غيره بالبيع اللازم و كذلك الإيجار كما عرفت لصدق احداث الحدث في جميع ذلك، نعم لا يصدق ذلك في مثل الهبة ثم أنك قد عرفت أن ذلك ليس من جهة أن الفسخ يتعلق بالعين فمع نقلها الى غيره لا يمكن الردّ، بل هو من جهة التعبد فقط و الا فالفسخ يتعلق بالعقد على ما عرفت سابقا، فإذا انفسخ العقد فان كانت العين باقية يأخذها و الا فمثلا.

ثم انه لا بدّ و أن يعلم أن المصنف قد عبّر عن رواية زرارة بالصحيحة في موردين و هذا اشتباه لأن في سندها موسى بن بكر و قد

اختلف في حاله و قال بعضهم أنه ضعيف و واقفي و قال بعضهم انه ممدوح كالمجلسي و ابن ادریس في آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعيف بعضهم أنه واقفي و ان استشكل بعضهم في كونه واقفيا أيضا و كيف كان فالرواية و ان كانت معتبرة، و لكنها ليست بصحيحة و لعل المصنف تبع في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٠

التعبير عنها بالصحيحة قول العلامة حيث انه عبر عنها بذلك في ولد الملاعنة لا في هذه الرواية، بل في رواية أخرى مروية بهذه السند و هو أيضا اشتباه فإن العلامة قد ضعف موسى بن بكر في الخلاصة و مع ذلك حكم بصحة روايته و هذا استدراك مما تقدم. و اما التصرف الخارجى الغير المغير فقد عرفت أنه على ثلاثة أقسام و عرفت القسمين عنها الأول كونه شخصية كاشفا عن الرضا بالعقد و كونه مسقطا للخيار الثانى ما يكون بنوعه كاشفا عنه كما ذكره المصنف مثل دلالة الألفاظ و قد استشكلنا في ذلك أيضا و انتهى الكلام الى القسم الثالث و هو ما لم يكن بنفسه كاشفا عن الرضا بالعقد و لا بنوعه، بل يكون مجرد التصرف الخارجى، فهى هذا مسقط للخيار أم لا، فقد يظهر من جماعة سقوطه به، بل صرح به العلامة كما تقدم

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٧، ص: ١١٠

و قد استدل على ذلك بوجوه.

الأول: أنه ذكر الجماع فى الرواية فى كونه مسقط للردّ

مع أنه تصرف لا يوجب احداث الحدث فى الأمة بوجه، بل يبقى على ما هى عليها بعد ذلك أيضا فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف يكون موجبا لسقوط الردّ هنا.

و فيه أن هذه الرواية على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فإنه لو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبة إلى التعبير بالجماع إذ استحيل عادة خلو الجماع عن المقدمات و التصرفات من اللمس، و التقييل و النظر الى ما لا يحل لغير المولى و نحو ذلك فحيث اعتبر الجماع مسقطا دون غيره من مقدماتها فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا يمكن التعدى منه الى غيره.

الوجه الثانى: دعوى الإجماع على ذلك

و فيه أنه لا سبيل الى دعوى الإجماع فى المقام بحيث يكون هنا إجماع تعبدى على كون التصرف على وجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١١

الإطلاق مسقطا للرد و ذلك لأن أكثر الكلمات التى نقلها المصنف مشحونة بأن التصرف انما يكون مسقطا للرد إذا كان مع العلم بالعيب و الأ، فلا فيعلم من ذلك أن ذهاب الفقهاء الى ذلك من جهة قولهم بان التصرف كاشف نوعا عن الرضا بالعقد فيكون ذلك مسقطا للردّ و حيث استشكلنا فى ذلك و أن التصرف لا يكون كاشفا عنه، فاذن لا وجه للإجماع و التمسك به ليكون التصرف مسقطا للإجماع التعبدى و هذا واضح لا يخفى.

الوجه الثالث: ما ورد فى خيار الحيوان من تفسير الحدث،

بمثل التقييل و اللمس و النظر الى ما لا يحل لغير المولى، فيعلم من ذلك أن المراد من الحدث ليس هو حدوث تغيير فى العين، بل

المراد منه هو مطلق التصرف، و إنما لما فسره الامام عليه السلام بمثل اللبس و نحوه و ان كان ذلك في اللغة بمعنى التغيير، كما لا يخفى.

و فيه أولاً: أنه قد ورد سقوط الخيار بالأمر المذكورة في مورد خاص و هو خيار الحيوان، و قلنا أن ذلك ليس من جهة أن معنى الحدث هو ذلك، بل للتعبد الخاص و قد عرفت في خيار الحيوان أنه لا يمكن التعدى من ذلك الى بقية التصرفات في نفس خيار الحيوان، أى يكون التصرف موجبا لسقوط خيار الحيوان فضلا عن التعدى الى غير خيار الحيوان.

و ثانياً: لو تعدينا الى خيار الحيوان و قلنا بسقوطه بأى تصرف في الحيوان فبأى وجه نتعدى الى غير خيار الحيوان أيضاً و كيف كان فلا يمكن التعدى من تلك الرواية إلى المقام، و القول بان معنى الحدث هو أى تصرف و ان لم يكن مغيرا للعين فتحصل أنه لا دليل على كون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار.

بل نقول:

ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف

إشارة

و هو وجوه،

الأول: رواية الجماع

على التقريب المتقدم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٢

الثانى: ما دل على أنه لو اشترى أحد أمة و لم يطأها فى ستة أشهر جاز ردها

و من البديهي أنه لا يخلو عادة في هذه المدة أن المشتري يتصرف فيها و لو بالأمر بكنس الدار، و بمثل ناولنى الماء، و نحو ذلك، فلو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الرد، لم يحكم الامام عليه السلام بالرد فى ستة أشهر، فذكر الجماع دون غيره دليل على عدم سقوط ردها بمطلق التصرف.

الثالث: ما دل على جواز رد المملوك من أحداث السنة

أى العيوب التي ظهرت في مدة السنة فإنها تكشف عن كون سببها قبل الشراء فإن العادة جارية بظهور العيوب السابقة في مثل هذه المدة و تسمى ذلك أحداث السنة و من الواضح أن من المستحيل عادة أن لا يتصرف المشتري في هذه المدة أصلا، و لو بتصرف لا يغير العين أصلا.

الرابع: نفس الرواية التي دلت على عدم جواز الرد بأحداث الحدث

فإنها تدل على ذلك إذا كان في المبيع عيب أو عوار و أحداث المشتري فيه الحدث، و بمفهومها تدل على جواز الرد ما لم يحدث فيه الحدث و من الواضح أننا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف ليس من مصاديق أحداث الحدث، لا عرفا و لا لغة و لا شرعا، فمقتضى مفهوم هذه الرواية يجوز رده لذلك كما هو واضح و على الجملة أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضى على ذلك، و ثانيا لقيام الوجوه المذكورة على عدم السقوط بمطلق التصرف.

نعم: يسقط بمثل أحداث الحدث للنص بحيث لو لم يكن هنا نص لم نقل بالسقوط بمثله أيضا، بل بإتلاف العين أيضا، فإن الفسخ لم

يتعلق بالعين حتى يسقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمكن فسخه بتلف العين و تنتقل العين الى المثل أو القيمة كما هو واضح، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك حكم إتلاف العين كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٣

ثم انه يقع الكلام في أن احداث الحدث الذي كان موجبا لسقوط الخيار، هل هو مسقط له بوجوده حدوثا و ان لم يبقى أثره بقاء أو انما يكون مانعا عن الرد بقاء، الذي يظهر لنا من الرواية الدالة على مسقطية إحداث الحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود في حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعبارة أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، و انما ثبت لنا بالنص الخاص أن احداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمه في ذلك هو إرفاق البائع و من الواضح أن الإرفاق انما يتحقق و يحصل إذا كان العيب موجودا في العين حال ردها إلى البائع، و أما إذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذي يقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

قوله: فرع لا خلاق نصا و فتوى في أن وطى الجارية يمنع عن ردها.

إشارة

أقول: المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجارية مانع عن الرد، و انما الكلام في دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، و قد علل العلامة المنع في موضع من التذكرة بأن الوطى جنائية و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنائيات المملوك، و قد ذكر في كلام الإسكافي أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فإنه لا بد و ان يكون مراد الإسكافي أيضا ما ذكره العلامة، فإنه لا- مفهوم له ألا ذلك إذ النظر و التقييل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمة مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقييل فلا بد و أن يراد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٤

ما ذكره العلامة من كون الوطى جنائية و قد أريد المصنف ذلك بما ورد في جملة من الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر فإن فيه إشارة إلى انه لو ردها لا بد أن يرد معها شيئا تداركا للجنائية إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعة لكون الاستيفاء واقعا في ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعة كما هو واضح، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الأول.

أقول: أما كون الوطى جنائية فهو بديهى البطلان، و لم يلتزم به أحد في بقیة الموارد و لذا لو زنى أحد بامرأة العياذ بالله، أو وطأ غلاما لم يتوهم أحد أنه يؤخذ منه الجنائية، نعم ثبت الجنائية في إزالة البكر و لكن ذلك من جهة كونه إزالة صفة كمال لا من جهة الوطى فما ذكره العلامة و الإسكافي مما لا- وجه له، و من هنا أنه لا- فرق في التصرفات الغير المغيرة بين الوطى و غيره، فإنه أيضا من التصرفات الغير المغيرة كما لا يخفى و أما ما ذكر في الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر لا يدل على أن ذلك من باب الجنائية، و أن الاستعاذة من جهة نفى الأجرة و أما ما ذكره المصنف من حمل الرواية على التقيية و أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك رعاية لحال رعيته، فهو بعيد، بل ذلك من جهة أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك إشعارا الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعب لا انه من تلقاء نفس لأنى ليست مشرعا حتى اجعل لها اجرا و لذا قال عليه السلام في رواية ميسر: معاذ الله أن أجعل لها اجرا. بل

التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطى من جهة التعبد بالروايات الواردة فى المقام فإنها دلت على ذلك، كما هو واضح. وقد انتهى الكلام الى أن الوطى يمنع من الرد أم لا و قلنا بكونه مانعا عن الرد للروايات الخاصة لا من جهة أنه إحداث الحدث و لا من جهة انه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٥
تصرف و لا من جهة أنه جنائى، كما ذهب إليه العلامة،

و انما الكلام فى أنه مانع عن الرد مطلقا و ليس منه استثناء أو استثنى منه صورة كون الجارية حاملة

إشارة

كما ان أصل مانعية الوطى عن الرد مستثنى عن أصل عدم مانعية التصرف عن الرد

و المشهور هو الثانى، و ان الحمل مع كونه عيبا و الوطى ليس مانعا عن الرد

إشارة

و كلمات أكثرهم فى ذلك مطلقة أى أعم من أن يكون هنا عيب آخر غير الحمل أو يكون هو الحمل فقط سواء كان الحمل هو العيب أم لم يكن الحمل عيبا. و قد ذكروا هنا أيضا أن الجارية ترد و يرد معها العشر كما هو المشهور و استندوا فى ذلك الى ظاهر من الروايات منها صحيحة بن سنان الدالة على رد الجارية الحاملة، و رد نصف عشر قيمتها، و كك فى روايتى عبد الملك و ابن أبى عمير و فى صحيحة محمد بن مسلم يردها و يكسوها و فى رواية عبد الملك يردها و يرد عشر قيمتها و هذه الروايات تدل على ما ذهب اليه المشهور، بل ادعى الإجماع على العمل بظاهرها و لكن خلافا لما عن الإسكافى حيث حملها على كون الجارية أم ولد من المولى و التزم بوجود الرد لبطلان بيع أم الولد، و يكون رد نصف عشر القيمة فى مكان مهر المثل فى الحر الموطوءة بشبهة، و قد اختار ذلك فى المختلف بل هو ظاهر الشيخ فى النهاية، حيث قال فان وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصة الا- أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أو لم يطئها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها ثم ذكر المصنف و يمكن استفادة هذه من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد، فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتها المسألة فى الروايات و السنة القدماء، و اطلاع الشيخ على الروايات الدالة على ذلك.

و هذا القول هو ظاهر الرياض و الوسيلة. ثم اختاره المصنف أيضا و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٦

قال ان الروايات المتقدمة و ان كان فى بادى النظر ما ذكره المشهور الا

أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه.

الأول: أنه يلزم المخالفة على هذه الرواية من أحد الطرفين

اما مخالفة ظهورها فى وجوب رد الجارية فإنها ظاهرة فى وجوب رد الجارية و حملها على الرد مع الوطى و صحة البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد إذ مع صحة البيع لا يجب الرد، بل كان جائزا و أما القول بوجود الرد فلا يمكن القول بصحة البيع، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه و من الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا شبهة لكون الجملة الخبرية الوارد فيها ظاهرة فى الوجوب كما حقق فى الأصول و حملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها.

و اما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولى حتى يكون الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهم الحظر. وبالجملة أن دعوى جواز رد الجارية الحاملة و عدم مانعية الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد، أو إطلاقه و كونه أعم من بيع أم الولد و غيره كان البيع باطلا و وجب رد الجارية إلى مالكة فلا بدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد في الوجوب الذى هو ظاهر الجملة الخبرية و حملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار فكأن السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطى مطلقا فسال عن ذلك مع كون الجارية حاملة و من الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلا بدّ من البقاء ظاهرها و ثبوت الرد على حاله فتكون الروايات ح محمولة على أم الولد، و تكون خارجة عما نحن فيه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٧

على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فإنه ذكر فيها أنه يرد الجارية و يردّ نصف عشر قيمتها فإنه من البعيد أن تحمل كلمة يردّ الجارية على الجواز و كلمة يرد نصف عشر قيمه على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أن يراد من كلمة يرد وجوب الرد في كلا الموردین و عليه فتكون الروايات محمولة على أم ولد المولى.

الوجه الثانى: أن الروايات المذكورة منطبقة على وجوب ردّ نصف عشر القيمة أو عشرها

و هذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعدة منافع مال كل شخص عائده اليه و إذا استوفاه فتكون له و عليه فلا مقتضى لإعطاء عشر قيمة الجارية أو نصف عشر قيمتها لكون استيفاء المنفعة واقعا فى ملكه و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعة هنا من المالك الأول و ان كان فى ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعدة المذكورة المسلمة و هو بعيد. أو لا بدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد و من أول الأمر و يقال فى المقام بان الفسخ من الأول فيكون العقد باطلا من الأول، و يكون ما استوفاه المشتري من المنافع من أموال البائع و عليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر القيمة أو عشرها من جهة ذلك. و بعبارة أخرى أن كون العقر على المشتري مخالف لقاعدة عدم العقر فى وطى الملك أو مخالف لقاعدة كون الرد بالعيب فسحا من حينه لا من أصله. و هذا أيضا بعيد.

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون الجارية حبلية مخالف لما ورد عموما

من كون احداث الحدث مانعا عن الرد و ما ورد خصوصا من كون الوطى مانعا عن الرد و هذا أيضا بعيد.

الوجه الرابع: أنه ذكر المصنف (ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من روايتين:

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٨

الأولى: رواية ابن ابي عمير فى رجل باع جارية حبلية و هو لا يعلم فإن السؤال فى هذه الرواية عن بيع أم الولد و ألا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة فان ماله فائدة انما هو جهل المشتري فإنه مع الجهل يكون له خيار العيب و اما مع عدم الجهل فلا يكون له خيار لإقدامه بذلك البيع و أما إذا كانت الجارية أم ولد، فجهد البائع له فائدة فإنه مع عدم الجهل بالحمل لا يمكن له بيع الجارية لكونها أم ولد.

الثانية: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (فى رجل) يشتري الجارية الحبلية فينكحها قال يردّها و يكسوها فان قوله

عليه السلام يكسوها مشعرة بما ذكرناه حيث انه ثبت في الشريعة المقدسة أن الكسوة ثبت للحره يطؤها و حيث ان أم الولد فيها شأنية الحرية فلهذا اثبت الامام عليه السلام فيها الكسوة.

و الحاصل: أنه ذكر المصنف أن الاخبار المذكورة و ان كانت ظاهرة في بادي النظر في ما ذهب اليه المشهور من كون الوطى غير مانع عن رد الجارية الحاملة

و لكن لا بد من رفع اليد عن هذا بوجه و حملها عن أم الولد

الأول: أن الجملة الخبرية الفعلية فيها

و هي قوله عليه السلام يردها ظاهرة في الوجوب و هي لا تصح إلا في حمل الجارية على أم الولد لوجوب ردّها الى مالكها من جهة بطلان البيع فيها فلو حملناها على غير أم الولد فاما لا بد من رفع اليد عن ظهور الجملة الخبرية في الوجوب و حملها على جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما إبقائها في ظاهرها و لكن يحمل الوجوب على دفع توهم الحظر من جهة الإطلاقات الدالة على مانعية ردّ الوطى و هذا أيضا خلاف الظاهر من الوجوب.

و بعبارة أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١١٩

خلاف الظاهر من كون الجملة الخبرية الواقعة في الرواية ظاهرة في الوجوب كما هو واضح.

الثاني: أن المنافع المستوفاة انما هي للمشتري

لكونها في ملكه و حمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبائع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر القيمة أو نصف عشر القيمة و عليه فلا بد اما من الالتزام بكون المنفعة هنا للبائع تخصصا للقاعدة الدالة على ان المنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخ و هذا أيضا بعيد جدا.

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز وطى الجارية الحاملة غير مانع عن الرد

للمنوع من الالتزام بتقييد ما دل بإطلاقه على مانعية الحدث و التصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و منافيا لإطلاق ما دل على مانعية خصوص الوطى عن الرد و هذا أيضا بعيد.

الرابع: قد وقعت الإشارة في مرسله ابن أبي عمير الى كون الجارية أم ولد

لأنه وقع في السؤال فيها أنه باع جارية حبلى و هو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البائع في بيع غير أم الولد و أما في بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا يبعها و أيضا ذكر في الصحيحة أنه يرد الجارية و يكسوها و من الواضح أن الكسوة انما هي وقعت في طلاق الحره مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبته بالحرية قد ذكر الامام عليه السلام فيها الكسوة.

الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الدالة على جواز ردّ جارية الحاملة بعد الوطى

و عدم مانعية الوطى عن الرد فيها ظاهرة في أن الرد انما وقع بعد تصرف المشتري في الجارية بغير الوطى من مثل اسقنى الماء و أغلق الباب و مقدمات الوطى و غير ذلك من التصرفات التي يبعد عادة، بل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٠

يستحيل خلو المشتري عنها و لا أن الجارية تنفك عنها و تقييد هذه الروايات بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض النادر. نعم، التزمنا بالتقييد بذلك في غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة كستة أشهر على ما تقدم و انما التزمنا على ذلك من جهة الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف و لكن لا داعي لهذا التقييد هنا لعدم إمكان تقييد ما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة بنحو آخر و لكنه يمكن تقييدها بنحو آخر في المقام، فإنه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الدالة على رد الجارية الحاملة بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمة كما لا يخفى. غاية الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الأخبار.

و توضيح ذلك أن هذه الأخبار أخص من حيث اختصاصها بصورة الحمل و عدم شمولها لموارد الوطى بأجمعها و لكنها مطلقة من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجارية أم ولد أو من غير المولى لثلاث تكون الجارية أم ولد و الأخبار الدالة على مانعية الوطى عن الرد فهي أخص من حيث موردها و هو البيع الصحيح و عدم شمولها الجارية التي هي أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض في البيع الصحيح و من الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شاملة لأم الولد و لكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجارية الحاملة أو الحائلة لإطلاقها و ح تقع المعارضة بينهما و الوجوه المتقدمة مرجحة لها و على تقدير التكافؤ و التساوق و جب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسله جميل بن دراج المتقدمة ثم ذكر أنه مع المناقشة في عموم ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢١

دل على عدم جواز الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع الى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى و لكن يبقى أن لزوم العقر على المشتري بنصف عشر القيمة أو عشرها بلا وجه و لكن يمكن إثباته بعدم القول بالفصل لأنه كمن قال بلزوم رد الجارية الحاملة بعد الوطى قال بذلك مع العقر و كمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقا.

و الحاصل: أن المصنف أثبت في النتيجة ما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره من حمل الأخبار المذكورة على أم الولد و أن وطى الجارية الحاملة أيضا مانع عن الرد كما هو واضح فافهم هذه هي محصل الوجوه التي ذكرها المصنف و العمدة منها هي الوجه الأول و الخامس.

أقول:

الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز رد الجارية الحاملة بالوطى و عدم حملها بأم الولد

و الوجوه التي ذكرها المصنف تأييدا لحملها على أم الولد و كونها أجنبية عن جواز رد الجارية الحاملة بعد الوطى لا ترجع الى محصل أما الوجه الأول الذي هو من عمدة الوجوه فجوابه أن ما ذكره من كون الجملة الخبرية ظاهرة في الوجوب فهو متين و لكن ذلك لا- يوجب حملها على أم الولد حفظا لظاهرها بل هي ظاهر في الجارية الحاملة من غير المولى فالجملة و ان كانت ظاهرة في الوجوب و لكن القرينة دلت على كون الوجوب في مقام دفع توهم الحظر الناشى من المطلقات الدالة على مانعية الوطى من الرد، فلا تحمل الجملة الإنشائية على الجواز ابتداء ليكون ذلك الحمل على خلاف الظاهر، بل تدل على دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجملة باقية على استعمالها في الوجوب، و لكن في الوجوب في دفع توهم الحظر و يلزم عليه الجواز و الذى يدل على ارادة الحمل من غير المولى ما وقع في بعض تلك الروايات المقابلة بين الجارية الحبلية إذا وطئها المشتري فحكم الامام عليه السلام بردها و بين الجارية التي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٢

ليست بحبلى و وطئها المشتري حيث حكم الامام عليه السلام الله بعدم جواز ردها فهذه المقابلة تدل على أن الرد و عدم الرد قد ورد أعلى الورد واحد و من الواضح أن يقبل هذه المقابلة، أى الرد تارة و عدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجة عن حدود تلك الاخبار بل الأمر كك إذا لم تكن هنا مقابلة حيث ان كلمة ترد الجارية صريحة فى إرادة البيع الصحيح دون الفاسد فلا يمكن حمل الجارية ح على أم الولد و ذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداهة عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجارية أم ولد و بطلان البيع لجواز إبقاء الجارية عند المشتري بالإجازة أو بالإجارة و نحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البائع.

و بعبارة أخرى أن المراد هو الرد الخارجى و لكنه كناية عن الرد الاعتبارى و من الواضح أن الرد الى ملك البائع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحة المعاملة مع كون الجارية أم ولد لبطلان البيع مع ذلك.

و الذى يدل على هذا المعنى و على كون الوجوب لدفع توهم الحظر ما فى صحيحه ابن سنان من استشهاد الامام (ع) بقوله لا ترد الجارية التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجارية أم ولد و بطلان البيع فإنه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح و أنه لا ترد الجارية فى هذا القسم فتدل هذه المقابلة على كون الصورة الاولى و هو رد الجارية الحاملة مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا و هذه الفقرة أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجارية بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٣

ذلك التوهم باختلاف الموردين.

و بالجملة ففى الرواية قوة ظهور على ما ذكرناه كما لا يخفى، فالجملة الخبرية انما استعملت فى الوجوب و فى مقام إنشاء الحكم من غير ارادة الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن فى دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فإنه بعد بيان اختلاف الموردين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيما نحن فيه يجوز الرد كما أن للرواية قوة ظهور فى أن المراد من الرد هو الكناية عن فسخ العقد و أن الرد خارجى و لكن ذلك كناية عن الرد الاعتبارى و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فافهم ذلك و اغتتم.

و الحاصل: أن المستفاد من كلمة يرد فى الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجارية الحاملة من غير المولى بعد وطى المشتري لها فان الرد كناية عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجى قطعا لو كان المراد من الحمل كونها حاملة من المولى فتكون الروايات خارجة عن أم الولد موضوعا و تدل على ذلك مقابلة الرد مع عدم رد الجارية بعد الوطى إذا لم تكن حاملة و تكون نفس هذه المقابلة قرينة على كون الجملة الخبرية الدالة على الوجوب واقعة فى مقام توهم الحظر.

و ما افاده المصنف من الوجه الأول الذى هو العمدة لا يتم.

أما ما افاده ثانيا من بعد كون المنافع المستوفاة فى ملك المشتري للبائع كما يقتضيه وجوب رد نصف العشر على البائع و هذا بخلاف ما إذا حملنا الروايات على أم الولد فإن إعطاء نصف العشر أو العشر من القيمة فى مقابل الوطى كما أن فى وطى الحره شبهة يوجب مهر المثل على الوطى فهو أيضا واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع فى مورد تعبدا فلا بد من العمل به كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٤

و أما الوجه الثالث: من أن كون الحمل من غير المولى يستلزم التقييد فى الروايات الدالة على أن الوطى مانع عن الرد فهو محض استبعاد فأى مانع من التقييد و التخصيص بعد قيام الدليل على ذلك كما هو واضح و قد شاع تخصيص العام حتى قيل ما من عام الا و قد خصّ.

و أما الوجه الرابع: أعنى دلالة بعض الروايات على حمل الجارية الحاملة على أم الولد و هى تقييد البيع بجهل البائع ففيه.

أولاً: أن ذلك التقييد انما وقع في كلام الراوى و لا فائدة له ح فان من يتلى بأسأله العوام يعلم أن فى سؤالاتهم قيود لا فائدة فى ذكرها أصلا.

و ثانيا: أن فائدة التقييد ليس منحصرأ بكون الجارية أم ولد بحيث لو لم يكن البائع عالما بذلك لما باع و أما لو كانت الجارية غير أم ولد فلا فائدة للتقييد أصلا فيكون لغوا لإمكان أن يكون التقييد من جهة بيان موضوع الخيار و أنه لو كان عالما لبين عيب الجارية و هو الحمل و ح لما كان للمشتري خيار أصلا فيكون الغرض من التقييد هو الأثر الوضعى و يمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضا فإنه لو كان البائع عالما بالعيب لكان يبعه بدون بيان غشا محرما و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما أقدم عليه جهلا و كيف كان فلا دلالة فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف و أما ذكره الكسوة فى رواية ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف إذا قلنا ان الواجب على المشتري لزوم رد نصف عشر القيمة أو عشر القيمة و أما إذا قلنا أنها أحد أفراد الواجب المخير كما سنذكره، فلا اشعار فيها أصلا بما ذكره المصنف.

و أما الوجه الخامس: من أنه لو حملنا الجارية على غير أم الولد فيلزم تقييد ما دل على كون التصرف مسقطا لأن الوطى لا ينفك عن التصرفات و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٥

هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فإنه لا داعى لهذا لتقييد أصلا و فيه:- أولاً: أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد و انما المسقط هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا إلا إذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا و قد ناقشنا فى ذلك أيضا.

و ثانيا: أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجارية الحاملة بعد وطى المشتري بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التى لا تخلو الجارية عنها من مقدمات الوطى أو مثل ناولنى الماء و أغلق الباب لا- يكون مانعا عن الرد فتكون هذه الروايات مقيدة لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو واضح.

و أما ما ذكره من أن غاية الأمر وقوع المعارضة بين ما دل على مانعية الوطى عن الرد مطلقا و بين ما دل على عدم مانعية إذا كان الوطى للحاملة بالعموم من وجه فبناء على ما ذكرناه من حمل الأخبار الثانية على الحمل من غير المولى فلا تصل التوبة إلى التساقت كما هو الصحيح و قد عرفت عدم تمامية شىء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين بالمعارضة.

فح فلا مانع من الرجوع الى عموم ما دل على جواز الرد بالعيب الأ مع احداث الحدث و هو روايتان:- إحداهما: حسنة زرارة المتقدمة فإنها بعمومها تدل على الجواز لقوله عليه السلام أيما رجل، ألح.

و الثانية: مرسله جميل بن دراج فإنهما تدلان على جواز الرد مع بقاء العين و عدم احداث الحدث فمفهوم الحسنة هو أن التصرف ما لم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٦

يحدث حدثا فى المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشتري الجارية للروايات الدالة على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنها ابتليت بالمعارضة فى صورة كون الجارية حاملة و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الداليتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا فى صورة إحداث الحدث.

و بالجملة فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا و عدم مانعية التصرف عنه الا إذا كان موجبا لإحداث الحدث و قد خرج عن ذلك و طى الجارية فإذا سقط دليله بالمعارضة فنرجع الى ذلك أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام أيما رجل عام و أما لزوم العقر على المشتري فنثبت ذلك بعدم القول بالفصل، فافهم.

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فإنه ذكر أنه إذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشة فى عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع الى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشتري بالإجماع المركب أما ما ذكره تقدير الخدشة فى عموم ما دل على مانعية التصرف عن الرد، فهو مسلم، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد، بل التلف أيضا كك، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على إطلاقه و انما ذكر كون التصرف مسقطا إذا كان كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد.

و أما إثبات الجواز بأصالة الجواز ثم إثبات العقر على المشتري بعدم القول بالفصل فلا يمكن المساعدة عليه فان التفكيك فى مفاد الأصول مما ليس بغريب فلا بعد من الالتزام بجواز الرد و مع ذلك لم نقل بثبوت العقر على المشتري و ان كان فى الواقع بينهما تلازم فان الاستصحاب و ان كان له نظر الى الواقع أيضا، و لكن مع ذلك لا تترتب عليه الملازمات العقلية و ان كانت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٧

ثابته فى الواقع.

و من هنا ذكر المصنف فى كتاب الرسائل أنه لو توضحاً أحد بماء أحد الإنائين المقطوع أحدهما بالنجاسة و توضحاً غفلة فإنه يحكم بطهارة بدنه لمكان استصحاب الطهارة و بقاء الحدث على حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نقطع بالملازمة بينهما فى الواقع و المقصود أن الملازمة الواقعية لا تقتضى القول بها فى مفاد الأصول ففى المقام أن جواز الرد و ان كان ثابتا بالأصل و لكن لا يترتب عليه عدم القول بالفصل بين جواز الرد و بين ثبوت العقر على المشتري لعدم غرابة التفكيك بينهما.

و أما بناء على ما ذكرناه فلا يجرى ذلك لأن جواز الرد قد ثبت بالأصل اللفظى و بالرواية فلا محالة لا يمكن التخطى من لوازمه أيضا فيجوز إثبات كون العقر على المشتري بعدم القول بالفصل.

ثم انه مما لا بدّ من التنبيه عليه و هو أنه بناء على حمل تلك الاخبار على الحامل من غير المولى كما اخترناه فلا فرق فيه بين البكر و الثيب حتى مع كون إزالة البكارة جنائية لأنه مع دلالة النص على جواز الرد فلا مجال للمناقشة فى ذلك.

و أما مع الإغماض عن ذلك و الحكم بالتساقط على التقريب الذى ذكرناه فلا- بدّ من الفرق بين البكر و الثيب لأن الروايات التى رجعنا إليها بعد تساقط هاتين الطائفتين إنما دلت على جواز الرد مع عدم احداث الحدث و أما مع احداث الحدث فلا يجوز الرد و من الواضح جدا أن إزالة البكارة من البكر من أوضح أفراد احداث الحدث فلا يجوز الرد مع ذلك.

ثم انه ربما يقيد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى بوجه سادس غير ما ذكره المصنف من الوجوه، و حاصله أن هذه الأخبار الدالة على جواز الحامل بعد الوطى مطلق من حيث كون الواطى عالما بالحمل أو جاهلا به

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٨

و ح ان قلنا بعدم سقوط الرد بالوطى مع العلم بالحمل فهو بعيد، و ان قلنا بكون هذه الروايات مقيدة بحال الجهل فهو تقييد بلا موجب و هذا بخلاف أن نحملها على الحمل من المولى فإنه ح تبقى الروايات على حالها من غير أن تكون مقيدة بالعلم و الجهل فإنه سواء علم المشتري بكون الجارية حاملا أو لم يعلم بها و وطئها فإنه يجب عليه ردّها و رد نصف العشر من قيمتها كما هو واضح و قد اشارة المصنف الى حكم الوطى مع العلم أو بدونه فى آخر كلامه من هذا بحث و قد أشار الى هذا الوجه المحقق الايروانى أيضا أقول يرد عليه أولا أن الروايات المطلقة من حيث جهل المشتري بالحمل أو علمه به ضعيفة السند فان هنا ستة روايات أو سبعة ان كان ما ذكره فى الكافى بعنوان روى رواية مستقلة و الصحاح منها و هى ثلاثة مقيدة بجهل المشتري و ما لم يقيد به ضعيف السند.

و ثانيا أن النسبة بين وطى الجارية مع العلم بكونها حاملا و بين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فإنه قد يكون الواطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطئها و لكن ناسيا للحمل أو غفلة عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسخ أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للردّ إلا فى غير

مورد الحمل للروايات المطلقة المقيدة بهذه الروايات و اذن فلا دلالة في وطى الجارية مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح.

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظرة الى ما ذهب اليه المشهور فلا وجه لما ذهب إليه الإسكافي و تبعه جملة من الأعظم و قربه المصنف بالوجه المذكورة.

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر القيمة مطلقا سواء كانت الجارية بكرا أم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٢٩

ثيبا أو يحكم بثبوت نصف العشر في الثيب، و أما البكر فلا فيها من رد عشر القيمة فالمشهور بين الأصحاب، بل عن الانتصار دعوى الإجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب، و عدم شمول ذلك للبكر إذا كانت حاملا بالسحق أو بالوطى من الدبر، أو نحو ذلك، و لكن ذكر المصنف الا- أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطى الدبر، و لذا ادعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر في البكر ثم ذكر بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر إلخ.

أقول: لا مدرك لما ذكره في السرائر من ثبوت نصف عشر القيمة في الثيب و عشر القيمة في البكر إلا مرسله الكافي من أنه ان كانت بكرا فعشر قيمتها و ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها، و ان قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية صغرى و كبرى ان قلنا بكون المشهور مستندا في فتياهم على نصف عشر القيمة في الثيب و عشر القيمة في البكر الى هذه الرواية و قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية فلا بأس لكونها مستندا للتفصيل، و لكن ذلك ممنوع صغرى و كبرى.

و أما ما ورد في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن الصادق عليه السلام الله: من أنه يرد الجارية و يرد معها شيئا غير مناف لإعطاء نصف عشر القيمة لإمكان انطباق الشيء عليه على أن المظنون أن الرواية ضعيفة السند.

و أما ما في رواية عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل يشتري الجارية و هي حبلية فيطأها، قال: يردا و يرد عشر قيمتها، فهي أيضا لا تدل على وجوب رد عشر القيمة في البكر، لأنها أولا ضعيفة السند و ثانيا أن حملها على البكر حمل للمطلق على المورد النادر فان كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٠

البكر حاملا بالسحق أو بالوطى بالدبر، لا يتفق الا نادرا و لعله لم يتفق الى الآن إلا مرة أو مرتين، فلا يمكن حمل المطلق على مثل هذا الفرد النادر و ح إبقائها على إطلاقها يقتضى المعارضة مع الروايات الكثيرة فلا بدّ من تقديمها على هذه الرواية لكونها مشهورة فإن نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القيمة.

و من هنا ذكر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل كلمة عشر قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث المفاد، بل قيل أن الصدوق ردها مع اضافة كلمة نصف قبل كلمة عشر، و أما ما في صحيحة محمد بن مسلم من أنه يرد الجارية و يكسوها فحمل الكسوة على كونها مساوية لنصف عشر القيمة كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد أفراد الواجب المخير فيكون المشتري مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمة و إعطاء الكسوة لكون الرواية صحيحة من حيث السند، و واضحة الدلالة فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شيء آخر كما إذا ورد وجوب الإتمام في مورد و ورد فيه أيضا تعين القصر فحيث انه قامت الضرورة على عدم وجوب صلاتين في يوم واحد فنرفع اليد عن كون الأمر ظاهر في التعين فيهما فنحملهما على التخيير.

و دعوى أن ازالة البكر أمر آخر وراء الوطى، بل قد عرفت أنها جناية فكيف يمكن الحكم باتحادهما في ردها و الرد معها نصف عشر القيمة.

دعوى فاسده لأنه يختلف نصف عشر القيمة في الثيب مع نصف عشرها في البكر حيث ان قيمة البكر أكثر من الثيب فإذا رد معها إلى

البائع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جناية البكر و أورش إزالة البكارة مثلا إذا كانت قيمة الثيب عشرين و قيمة البكر خمسين فيكون نصف العشر في الثيب دينار و في البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتاً بين وطى الثيب و وطى البكر و إزالة بكارتها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣١

ثم انه هل يشمل الوطى في الدبر أيضا أم لا؟ فقد توقف المصنف في ذلك من حيث ان إطلاق الوطى يشمل فيجوز ردّها مع وطئها في دبرها أيضا و من حيث انه يمكن دعوى انصرافه إلى الوطى المتعارف فيقتصر في مخالفة العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردّها بعد الوطى في دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الإطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه و ذلك. أما بناء على شمول الإطلاق له فواضح.

و أما بناء على انصراف لفظ الوطى عنه و عدم شمول الإطلاق له فمن جهة أنه لا يكون ح مشمولاً لما دل على عدم جواز الرد بالوطى أيضا فكلمة الوطى في كلا الموردین قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطى في الدبر في تلك الأخبار و عدم شموله له في هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقاً أن الوطى بما هو وطى ليس إحداثاً للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطى في الدبر يمنع عن رد الجارية.

و أما اللمس و التقبيل و نحوه من مقدمات الوطى فلا ينبغي التعرض لها أصلاً فإن من الواضح جداً أن الوطى لا يخلو عن تلك المقدمات إلا إذا كان الواطى حيواناً فالملزمة العادية تقتضى عدم الانفكاك بينهما و إذا فالنص الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطى يدل على جواز ردّها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمة العادية فلا نحتاج ح الى دعوى الأولوية أصلاً.

ثم انه لو انضم الى الحمل عيب آخر فقد استشكل في سقوط الرد بالوطى هنا من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره فأجاب عنه المصنف (ره) بأن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٢

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل.

و بعبارة أخرى أن سقوط الرد بالوطى للمطلقات من ناحية العيب الذى غير الحمل لا يقتضى سقوط الرد من ناحية العيب الآخر الذى هو الحمل بل يجوز الرد لهذا فإنه يصدق ح أنها جارية حامل و طئها المشتري فلا تنافى بين سقوط الرد لعيب و بقاء حق الرد لعيب آخر كما لا يخفى فافهم.

قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

إشارة

أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب في المبيع قد يكون قبل القبض و قد يكون بعده و ما كان بعده قد يكون في زمن الخيار للمشتري و قد يكون بعده، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض و بعد مضي زمان الخيار أى خيار الحيوان و الشرط و المجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد و عدم جواز رده على البائع لكونه إحداثاً للحدث و أما إذا كان قبل القبض أو بعده و لكن في زمن الخيار فلا يكون مسقطاً للردّ.

أما الأول: فلعدم الخلاف في أنه كالعيب الحادث قبل العقد حتى في ثبوت الأرش كما يذكر في أحكام القبض.

و أما الثانى: فلعدم الخلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للردّ، بل الأرش أيضاً على الخلاف السابق فيما قبل القبض أقول: ان قلنا بأن نفس حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و لكن في زمن الخيار فلا شبهة في أن هذا العيب الحادث لا يوجب سقوط الردّ، فان هذا كحدث العيب قبل العقد سبب مستقل الجواز الرد فلا يكون موجبا للسقوط، بل مع وجود عيب آخر قبل العقد يكون هذا مؤكداً لجواز الردّ فكيف بالسقوط كما هو واضح. و على هذا فلا يكون الجزء المتقدم الدال على

سقوط الرد باحداث الحدث شاملا للمقام.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٣

ولكن التحقيق هو التفصيل في المسألة بأن نقول ان حدوث العيب بعد العقد ان كان قبل القبض فلا يكون مانعا عن الردّ و أما إذا كان بعد القبض كان مانعا عن الردّ، و ان كان في زمن الخيار و ان كان الضمان على البائع و ذلك لأن رواية زرارة دلت على أن من أحدث في المبيع بعد ما قبضه ليس له أن يرده فتدل هذه الرواية على عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا. نعم يكون الضمان على البائع بمقتضى الدليل الدال على أن العيب و التلف قبل القبض من البائع و بمقتضى الدليل الدال على أن العيب في زمان خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا له بهما من البائع و دعوى الملازمة بين كون الضمان على البائع و بين جواز الردّ كما في المتن دعوى لا يمكن تصديقها كما ذكرناه فان ثبوت الضمان بقاعدة أن التلف قبل القبض أو في زمان خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا من البائع و جواز الردّ قبل القبض و عدم جوازه بعده فمن جهة رواية زرارة و مرسله جميل الدالة على عدم سقوط الردّ مع قيام العين و سقوطه مع عدم قيامها على حالها فلا تنافي بينهما كما لا يخفى.

ثم ان هذا الذي ذكرناه من البحث تطفلي من جهة و استقلالي من جهة أخرى من جهة أنه يجوز الردّ بعد حدوث العيب قبل القبض أو بعده في زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فالبحث استقلالي فمن جهة أن الضمان على البائع أولا فالبحث تطفلي فإنه يأتي في أحكام الخيار و أحكام القبض و انما المهم الذي عقد له البحث هنا هو أن التعيب في زمان الخيار هل يبقى حكمه اعنى الضمان بعد زمان الخيار أم لا؟

و حاصل الكلام: أن مورد بحثنا هو حدوث العيب في المبيع المعيوب عند المشتري و أنه هل يكون مانعا عن الردّ أو لم يكن كذلك سواء كان قبل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٤

القبض أو بعده في زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فذكر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العيب في المبيع الذي كان معيوباً عند المشتري هو حدوث العيب بعد زمان الخيار و أنه هل يكون مانعا عن الردّ بالعيب السابق أولا و أما حدوث العيب قبل القبض و بعد البيع أو في زمان الخيار فلا شبهة في عدم كونه مانعا عن الردّ

تفصيل الكلام هنا يقع في جهتين:-

الاولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض

أو في زمان الخيار و بعد القبض أو بعدهما هل يكون موجبا لحدوث الخيار الآخر غير خيار الثابت بالعيب الحادث قبل البيع عند البائع أم لا؟

و الجهة الثانية في أن العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض أو بعده و في زمان الخيار أو بعده هل يكون مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا يكون كذلك و الظاهر المشهور بل المجمع عليه أنه لا يجوز الردّ بالعيب الحادث عند المشتري و انما له مطالبة الأرش فقط كما هو ظاهر و المدرك لذلك مرسله جميل المتقدمة الدالة على عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العين بعينها و من الواضح أن حدوث العيب يوجب عدم بقاء العين على حالها.

و تدل على ذلك أيضا رواية زرارة التي هي العمدة في المقام فانا ذكرنا أن قوله عليه السلام أحدث كناية عن حدوث الحدث في الحيوان بأي نحو كان و ان لم يكن باختيار من المشتري أو بفعله، بل صدر منه الحدث في حال الغفلة أو عن الغير إذ لا خصوصية في حدوثه من المشتري بحيث يستند الحدث إليه في حال اختيار فتدل الرواية على مانعية إحداث الحدث في يد المشتري بأي نحو كان عن الرد في الجملة كما هو واضح.

و انما الكلام فى أن حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و فى زمان الخيار، هل يكون سببا لحدوث الخيار أو مانعا عن الردّ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٥

أم لا؟

فنقول ان مرسله جميل و ان كانت مطلقه بالنسبة الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و لكن العمدة فى المقام هى رواية زرارة و هى دلت على جواز الردّ بالعيب الحادث قبل القبض و بعد العقد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق.

و على الجملة أن مقتضى القاعدة و مقتضى رواية جميل و ان كان هو مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق و الخيار بنفس هذا العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض و لكن مقتضى رواية زرارة هو عدم مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق على العقد.

و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا.

فنقول: ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمة العقلية بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بالعيب السابق و أن احدى الجهتين غير مربوطة بالجهة الأخرى عقلا الا أن مقتضى الفهم العرفى و الارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمة بين كون العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فى زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فى المسألة الاولى أعنى مانعية العيب عن الردّ فى صورة حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهة رواية زرارة كما هو واضح.

و تظهر الثمرة بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار أو قبل القبض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٦

بنفسه سببا للخيار أولا- هو أنه بناء على كونه بنفسه سببا للخيار و مانعا عن الرد بالعيب السابق و بين عدم مانعيته هو أنه لو أسقط المشتري خياره الثانى يبقى خياره الأول، أى الحاصل بسبب العيب الأول و الا فلا خيار له أصلا.

و حيث ان العرف يفهم الملازمة بين كون حدوث العيب فى زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلا بدّ من التكلم فى الجهة الأخرى و هى أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا؟

فنقول انه قد ثبت فى الشريعة المقدسة أن التلف أو العيب قبل القبض يكون من مال البائع فهذا المعنى يتصور على وجوه:- الأول: أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج البائع عن عهده ضمان المال حين التلف على النحو الذى تلف أى على القيمة التى تلف عليها مثلا، إذا كان المال حين التلف يساوى بعشرة دنانير فيكون ذلك من البائع و هذا المعنى بديهى البطلان فان لازم ذلك أن يكون أضعاف قيمة المبيع على البائع فى بعض الأحيان كما إذا باع المتاع بقيمة رخيص أو ترقى قيمة السوقية و هذا لم يلتزم به أحد، بل لم يحتمله أحد على ما نعلم.

الثانى: أن المراد من كون الضمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى خيار الحيوان و الشرط بالأصالة كما تقدم و خيار المجلس بالإلحاق هو كون عهده المالك من التلف و التعيب على البائع كما كان له قبل البيع فح كان للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجهه، و لكن لا دليل على تنزيل العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيب قبل العقد بحيث يكون هذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٧

فى زمن الخيار و قبل القبض على البائع بمعنى أن يفرض البيع كلا- بيع و كأنه لم يكن هنا بيع و التعيب و التلف انما كان فى ملك البائع و على هذا فان تلف المبيع يفسخ البيع من أصله و الا فكان له مطالبه ضمانه و هو الأرش أى يطلب من البائع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعدة نعم ثبت برواية زرارة جواز الرد أيضا قبل القبض.

و الحاصل: أنه لا- دليل على جواز الرد بعد تعيب المبيع إلا إذا كان ذلك قبل القبض و بعد البيع و أما فى غير هذه الصور فلم يثبت الرد بل لا شىء على البائع أصلا كما إذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار أو عليه إعطاء الأرش كما إذا كان التعيب فى زمن الخيار كما هو واضح.

قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعيب الشركة،

أقول: قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فإذا حدث نقص فى المبيع يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص المالىة كنسينا العبد الطحن أو الخياطة و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذى يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحة.

أقول: قد عرفت أنه لم يرد فى روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد فى ظهوره و صدقه، بل المدرك لما نحن فيه انما هو رواية زرارة أو مرسله الجميل فالمذكور فى الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الرد و المذكور فى الثانية هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شىء من أحد هذين العوانين فلا يجوز الرد بالعيب السابق، بل يطالب المشتري من البائع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق، فإنه على كل تقدير ليس مناطا للحكم فى المقام و على هذا فلا شبهة فى شمول الرويتين لما حدث فيه عيب، كما إذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٨

أخرس عند المشتري أو أعرج فإنه لا يجوز ح الرد بالعيب السابق، فان ذلك من أظهر أفراد إحداث الحدث و كك من أظهر أفراد عدم قيام العين بعينها و هذا لا كلام فيه.

و أما إذا كان الناقص عند المشتري هو وصف الكمال الذى له دخل فى زيادة المالىة كما إذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطة أو كان كاتباً فزال عنه صفة الكتابة و هكذا أو اشترى دابة كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصورة و ان كان يصدق على العين أنها قائمة بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فإنه أى حدث أعظم من الجهل و من النسيان، فيكون ذلك مشمولاً لرواية زرارة و ان لم يكن هذا الحدث بغير اختيار من المشتري على ما ذكرناه من أن أحدث كناية عن حدوث الحدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشتري كما لا يخفى.

بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسله الجميل أيضا فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعدم قيام العين بمثل الصبغ و خياطة الثوب يعلم أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق حدوث الحدث و ان لم يكن نقصا موجبا لعدم بقاء العين على ما هو عليه، فان مجرد صبغ الثوب و خياطته ليس موجبا لنقصان العين بل ربما يزيد قيمة الثوب، و لكن من حيث أن الثوب بعد الصبغ و الخياطة لا يكون قابلا لصبغ آخر و خياطة أخرى يكون حدثا و موجبا للنقص و من هذا القبيل الوصف الكمال الذى يكون موجبا لزيادة القيمة عند بعض لكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطة فإن الطحن صفة كمال و توجب زيادة القيمة أيضا و مع ذلك الوصف لا يصدق قيام العين بعينها فيكون مانعا عن الرد لكونه موجبا لعدم رغبة نوع الناس اليه كالتجار فإنهم يرغبون فى شرائهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٣٩

للتجارة الحنطة دون الطحن لعدم بقاء الطحن مدة مديدة بخلاف الحنطة فلا يجوز رد العين معه أيضا.

و على الجمل فالمناط في عدم جواز رد العين بالعيب السابق هو احداث الحدث و عدم قيام العين بعينها و ان لم يكن الحدث عيبا و موجبا لنقصان المايهه اما الاول بنص روايه زراره و اما الثاني فبقريئه التمثيل بالصبغ و الخياطة الذي ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها عرفا.

و لكن الذي ينبغي أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال في المبيع و مع ذلك لا يكون سببا لنقص المايهه و اما مثل الشركه التي مثل بها المصنف فسيأتي الكلام فيها و عليه فإذا زال وصف الكمال يكون موجبا لنقصان المايهه أيضا فيكون ذلك مانعا عن الرد من جهه صدق احداث الحدث عليه و عدم قيام المال بعينها الذي أعم من حدوث تغيير في العين أو حدوث تغيير في الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ و الخياطة.

و أما توهم أن وصف الكمال لا يقابل بالمال و أما وصف الصحة فيقابل بالمال، فيثبت الأرش في الثاني دون الأول، كما أشار إليه المصنف فيما يأتي في جواب العلامة فقد تقدم الكلام في ذلك مفصلا و قلنا ان مطلق الأوصاف و ان كانت موجبه لزيادة المايهه في العين و لكن شيء منها لا يقابل بالمال، فلا يقال أن العين قيمتها كذا و قيمه بياضها كذا، كما لا يخفى، و من هنا ظهر حكم الوصف الذي ليس بوصف صحة و لا وصف كمال فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث على زواله و عدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح.

و إذا كان التغيير بزيادة وصف الكمال في المبيع بأن كان العبد كاتباً أو عالماً ورعاً أو خياطاً فإنه لا شبهه في جواز الرد هنا بالعيب السابق و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٠

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذي ذكر في مرسله الجميل و ليس ذلك أيضا نقصا في العين فان الظاهر من احداث الحدث المذكور في روايه زراره هو أن يكون الحدث موجبا لنقص كما هو الظاهر منها بمناسبة الحكم و الموضوع أيضا و أما ما يكون وصفا للكمال فلا يكون ذلك نقصا كما هو واضح.

و على الجملة: إذا اشترى المشتري متاعا فوجدها معيوباً بعيب قبل العقد و مع ذلك حدث عنده حدث، و هذا يكون على أقسام:-
الأول: أن يحدث في العين عيب عنده و زال عنها وصف الصحة كما إذا كان العبد أعمى و صار أخرس، و هذا لا شبهه في كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق و ينتقل إلى الأرش.

الثاني: أن يكون الحدث نقصان وصف كمال بحيث لا يوجب نقصان المايهه و لا يستلزم الأرش على ما ذكره المصنف، و قد ذكرنا عدم معقولية ذلك، و على تقدير تعقله فلا يكون ذلك مانعا عن الرد.

الثالث: أن يكون الحادث وصفا و لكن وصف كمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس، كطحن الحنطة فإن الطحن إذا كان قليلا فهو يوجب المزيهه و أما في الكثير بحيث يكون من أمتعه التجارة فهو نقص فلا يرغب به التجار كما يرغبون الحنطة.

الرابع: أن يكون الزائل وصف كمال، كنسيان العبد وصف الكتابة و نسيان الدابة الطحن فلا شبهه في كون ذلك مانعا عن الرد أيضا كما تقدم الخامس: أن يكون الحدث وصفا لا يوجب زوال وصف الكمال و لا زوال وصف الصحة، بأن لا يكون دخيلا في المايهه بوجه و هذا أيضا لا يمنع عن الرد.

السادس: أن يكون الحادث وصف كمال فقد عرفت عدم مانعية ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤١

أيضا عن الرد بالعيب السابق كما هو واضح و لا يفرق في ذلك بين كون الحادث وصفا خارجيا أو معنويا و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عما ذكره العلامة في التذكرة من جعل مدرك الحكم دليل لا ضرر و أن تحمل البائع النقص الحاصل في يده ليس بأولى من تحمل المشتري لما حدث عنده من العيب فإنه يرد عليه مضافا الى عدم كون المدرك هو لا ضرر، بل النص كما تقدم و أنه من

الوجوه الاستثنائية ما ذكره المصنف، فراجع.

قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله.

أقول: وقع الخلاف في أنه إذا زال العيب الحادث في ملك المشتري هل يمنع ذلك من الرد بالعيب السابق أو لا يمنع؟ وقد اختلف كلمات العلامة في كتابه، فذكر في التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا؟ ولكن ذكر في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الردّ و الأرش عليه، و ذكر المصنف (ره) أن مقتضى الأصل هو عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب و زواله فلا يثبت الخيار بعد زواله، و مراده من الأصل هو الاستصحاب فان لزوم قد ثبت باحداث الحدث فزواله يحتاج الى دليل فنستصحب اللزوم و عدم الخيار.

أقول: ان كان المدرك لسقوط الرد هو رواية زرارة كما بنينا عليه فلا شبهة في سقوط الردّ و عدم عوده بزوال العيب، و ان كان المدرك لذلك هو مرسله جميل أو هي مع رواية زرارة فيعود جواز الردّ بزوال العيب. و توضيح ذلك أن رواية زرارة إنما دلت على اللزوم و عدم الرد باحداث الحدث و من الواضح ان إطلاق ذلك محكم حتى بعد زوال العيب.

و دعوى انصرافها إلى صورة بقاء الحدث فاسدة فإن ذلك انما يتم إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٢

استدلنا بها بكلمة أحدث بما أنه فعل ماض، و قلنا بأنه إذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من أحدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا و أن البائع لا يأخذ ماله على النحو الذي أعطاه للمشتري كما تقدم ذلك سابقا و أما إذا لم يكن موجودا فلا- يوجب السقوط و لكن لا نقول هنا هكذا، بل نقول أن مقتضى الرواية هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و إطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ بإطلاقها و نحكم باللزوم على وجه الإطلاق كما هو واضح، و أما إذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشتري من العيب.

فح نقول أن المدارح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقية إذا تعيبت و زوال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار إذا تعيبت العين و زال عنها حين الرد بناء على كون المدرك هي المرسله.

و أما إذا كان المدرك هو المرسله مع رواية زرارة فلأن مرسله جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زالت عنها الحدث أم لا، بل كانت العين باقية على حالها لصدق بقاء العين عرفا و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقة العقلية و رواية زرارة إنما دلت على جواز الردّ باحداث الحدث مطلقا سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبة بينهما هي العموم من وجه فتقع المعارضة بينهما فيما إذا حدث في العين حدث فزال عنها ذلك، فان مقتضى المرسله هو جواز الرد و مقتضى رواية زرارة هو عدم جواز ذلك فتسقطان في مورد المعارضة فيرجع الى عموم ما دل جواز الرد بالعيب السابق و لكن هذا الكلام هنا مبني على مسألة أصولية و هي أن أدلة حجية الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسله جميل و ابن أبي عمير و نحوهما التي قيل ان مراسيل هؤلاء مثل الروايات الصحيح و ادعوا الإجماع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٣

على صحة ما يصح عن هؤلاء، و إذا وصل أسند إلى هؤلاء سقط السؤال عن كيفية السند هل يحكم بصحة روايتهم و ان كانت مرسله و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسله جميل بالصحيحة و على هذا المبني تقع المعارضة المذكورة فمقتضى القاعدة هو الذي حققناه، و لكن ذكرنا في الجزء الأول أنه لا دليل على حجية مراسيل هؤلاء و الإجماع الذي ادعوه لا نقطع بتحقيقه و لا بحجية إذ لا نعلم أن الواقع بين هؤلاء و بين الامام عليه السلام اشخاص موثقين كما هو واضح.

و على هذا فالمدرک ينحصر برواية زرارة و ما ذكرناه من ثمره تلك الكبرى الكلية الأصولية.

ثم إذا كان الحدث مانعا عن الرد فهل يجوز رده مع رضی البائع بالردّ اما مع الأرض أو بدونه أم لا يجوز؟

فقول: ان المشهور هو كون المشتري مخيرا بين أمور ثلاثة: الردّ و الإمضاء مطلقا، أو مع الأرض و أن هذا التخيير ابتدائي و لكن قد ذكرنا سابقا أن الظاهر من الرواية رواية زرارة هو أن التخيير بدوا و انما هو بين الردّ و الإمضاء و مع سقوط الرد فيثبت له الأرض فللمشتري ح مطالبه الأرض فقط، ليس الا و قد حملنا على ذلك فيما سبق عبارة المبسوط حيث التزم بثبوت الأرض مع اليأس عن الردّ و قلنا أن ما أشكل عليه المصنف من أن الإطلاق يدفع ما ذكر في المبسوط و قلنا هناك انه لا إطلاق هنا حتى ينافيه و لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف صحيح حيث ان إطلاق رواية زرارة الدالة على اللزوم بمجرّد احداث الحدث مطلقا محكم فيكون دافعا لما ذكره في المبسوط إذ بناء على الأخذ بالإطلاق أنه لا يجوز الرد مع احداث الحدث بل تصل النوبة إلى الأرض و لكن مع رضائه البائع بالردّ جاز الرد لا من جهة الرواية، بل لكونه اقاله لجوازاها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٤

و أما مع عدم رضاه المشتري بالرد حتى مع عدم الأرض لما أحدثه من الحدث فلا ملزم للردّ، بل تصل النوبة إلى الأرض و أما بناء على ما ذكره الشيخ في المبسوط فلا تصل النوبة إلى الأرض مع رضی البائع بالردّ مع الأرض بما أحدثه المشتري أو بدونه إذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتى تصل النوبة إلى الأرض.

و على الجملة بناء على الأخذ بإطلاق رواية زرارة لا يجوز للمشتري أن يردّ المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبة إلى الأرض، و أما مع رضاه البائع بالردّ و رضاه المشتري بذلك فلا شبهة في جوازه لكون ذلك مثل الإقالة فلا يحتاج إلى رواية و لكن للمشتري أن يرضى بذلك و أن لا يرض و يطالب الأرض و لكن بناء على قول المبسوط فلا تصل النوبة إلى الأرض لعدم يأس المشتري عن الردّ ثم إذا رض البائع بالرد مع الأرض فيرض المشتري أيضا بذلك فلا بدّ له من رده على البائع و هذا الأرض غير الأرض الذي لزم رده للبائع على المشتري فإنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب و الردّ من الثمن بذلك التفاوت فهذا الأرض لازم بالضمان المعاملى و هذا بخلاف الأرض الذي وجب للمشتري رده على البائع فإنه انما ثبت بضمان اليد و الأرض هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالقيمة الفعلية، سواء ترقّت العين عن القيمة الأولى أم لا؟ كما هو واضح.

قوله تنبه: ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة.

أقول: ذكر المصنف أن توضيح المقام هو أن التعدد المتصور فيه التبعض اما في العوض ثمنا أو مثمنا أو في البائع أو في المشتري، ثم ذكر أمثلة ذلك ثم قال أما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئا واحدا بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا إشكال في كون هذا عقدين و لا إشكال في جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٥

التفريق بينهما أما الأول أى التبعض في العوض فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه و ذكر في إبداء المنع عن ذلك بأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و ان كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح.

و تفصيل المقام أن المبيع قد يكون شيئا واحدا شخصيا بالدقة العقلية مع كون جزء منه معيبا كما إذا اشترى عبدا فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحدا شخصيا بالنظر العرفي و ان كان في الواقع أمورا متعددة كما إذا كان المبيع دارا فإنها و ان كانت متعددة حقيقة و مركبة من عدة أمور و لكنها واحدة بالنظر العرفي الاعتباري و كان جزء منها معيوباً من قبته أو سردا به و نحو ذلك و الظاهر

أنه لا خلاف في عدم جواز فسخ العقد في الجزء المعيب فقط و الإمضاء في الجزء الآخر الصحيح و ما ربما يظهر من المصنف وجود الخلاف في ذلك حيث عبر بالمعروف ثم ذكر إبداء المانع عنه الظاهر أنه لا يمكن المساعدة عليه. و الحاصل: إذا كان المبيع واحدا حقيقيا أو واحدا عرفيا فظهر جزء منه معينا فلا شبهة في عدم جواز الفسخ في الجزء المعيب، بل ان كان يفسخ فإنما يفسخ في المجموع لكون مجموع مبيعا واحدا و إذا لم يفسخ لم يفسخ في المجموع أيضا هذه هي المسألة الأولى و لا يفرق في ذلك بين أن يكون المردود جزء مشاعا أو جزء معينا فإنه لا دليل على رد جزء من المبيع. الثانية: أن يشتري شيئا واحدا يبيعه كما إذا اشترى نصفًا معينا من الدار بقيمة ثم اشترى نصفها الآخر بقيمة أخرى ثم وجد عيبا في أحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٦

النصفين فهل يجوز تسريه خيار العيب الى الثاني أولا فالظاهر أنه لم يخالف أحد في أنه لا يجوز فسخ العقدين بظهور العيب في متعلق أحدهما فإن كل منهما عقد مستقل غير مربوط بالآخر فإذا أراد الفسخ لعيب يفسخ فيما ظهر فيه العيب و الا فيأخذ الأرش و هذه المسألة ليست موردا للخلاف.

المسألة الثالثة: ما إذا اشترى أمور متعددة مستقلة يبيع واحد بحيث أن كل منها أمر مستقل يمكن وقوع البيع عليه و ليس مثل رجل العبد و رأس الحيوان و نحوهما حتى لا يمكن التفكيك بينهما، و لكن اشتراها احد يبيع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الأ فهي في الحقيقة أمور متعددة عقلا و عرفا كما هو واضح، و هذا نظير شراء الدار و الفرس بعقد واحد ثم وجد في أحدهما عيب فهل يجوز فسخ مجموع العقد أولا- أو يجوز في المتاع الذي ظهر فيه العيب و لا- يجوز في الآخر وجوه، بل أقوال ثلاثة:- الأول: جواز الفسخ في الفرد المعيب دون الصحيح من جهة كون كل واحد منهما منها ضاعن الآخر و مستقلا في نفسه ففسخ العقد في أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان كانا قد تعلق بهما عقد واحد غاية الأمر يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة مع دخاله الهيئة الاجتماعية في القيمة و مع إسقاط جميع الخيارات الأختيار العيب لا يثبت له ذلك أيضا.

الثاني: أن يكون الخيار من أحدهما ساريا الى الآخر و يكون الفسخ متعلقا بمجموع العقد فان البيع يبيع واحد قد تعلق بهما معا فيكون المجموع من حيث المجموع في حكم مبيع واحد و هذا القول هو المعروف بين الأصحاب.

الثالث: أن لا يكون هنا خيار أصلا، فإن هذا الذي فيه عيب فليس بمبيع، بل هو كرجل الحيوان فيكون في حكم الجزء و ما هو مبيع أعني المجموع المركب و لو بالاعتبار، أى المركب الذي فرض واحدا بالاعتبار فكما لا يجوز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٧

فسخ البيع في رجل الحيوان إذا كان معيوبًا و كذا لا يجوز فسخ البيع في فرد من المبيع كالفرس الذي يبيع مع الدار. و الظاهر الأقوى هو الوجه الأول فإن العقد و ان كان بحسب الإنشاء الذي يسميه المصنف يباعا فان المبرز أمر واحد و لكن كل منهما مبيع مستقل بحسب الانحلال فالبيع ينحل هنا الى بيوع متعددة حسب تعدد متعلقه و ليس بينهما اتحاد حقيقي و لا عرفي أصلا ليفرض المبيع واحدا و البيع واحدا، بل هما متغايران و أحدهما أجنبي عن الآخر غاية الأمر جامعهما أمر اعتباري و هو البيع أى ابرز البائع بيعهما بمبرز واحد و هذا لا يوجب الاتحاد من جميع الجهات.

و لا يرد على ذلك ما ذكره صاحب الجواهر من أن المقام نظير فسخ العقد في جزء المبيع و انه بديهى البطلان، فان متعلق العقد أمر واحد فلا- يجوز الفسخ في بعضه دون بعضه، فإنه بعد الالتزام بالانحلال فلا يلزم ذلك أصلا فإنه فرق بين المقامين فإنه مع وحدة المبيع عقلا أو عرفا لا معنى للفسخ في البعض دون بعض، بل لا خلاف في عدم جوازه و هذا غير كون المبيعين في بيع واحد و هل يلتزم صاحب الجواهر بانتفاء خيار الحيوان فيما لو باع فرسا مع الدار أو هل يلتزم بأنه إذا نهى المولى عبده تكليفا عن بيع حيوان فباعه العبد مع الدار فإنه يقال ان المبيع ليس هو الحيوان هنا بل المجموع المركب و أيضا لازم كلامه أن لا يكون لأحد الشريكين خيار

الأخذ بالشفعة إذا كان باع شريكه الآخر حقه مع ضميمه شيء آخر فإن المبيع هو المجموع المركب و هو بديهي البطلان، و لا يلتزم بشيء منها صاحب الجواهر بل على مقالته لا بد من الالتزام ببیع ما يملك و ما لا يملك معا، فان ما لا يملك ليس مبيعا حتى لا يجوز بيعه، بل هو المجموع و كل ذلك لا يمكن الالتزام به و قد تقدم في البحث عن خيار الحيوان أن الخيار يثبت فيه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٨

للمشتري في كل مورد صدق عليه بيع الحيوان، و لو كان في ضمن أمور آخر متعددة كما لا يخفى فإنه فرق بين كون المبيع واحدا عقلا- أو عرفا فإنك قد عرفت عدم جريان الخيار في الجزء المعيب فيه بلا خلاف، و بين كونه واحدا بالاعتبار البيعي فقط كما لا يخفى و لم يكن في دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لإطلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار إلخ الدالة على ثبوت خيار العيب للمشتري ما دام لم يحدث فيه حدثا و هذا الكلام جار في جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان و نحوه فإنه ليس في دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شيء آخر مبيعا كما لا يخفى.

و على الجملة فإذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعي و التكليفي.

و حاصل الكلام: من الأول أنه كان كلامنا في كون المبيع معييا و وجود العيب فيه و لا شبهة أن فرعين هنا لا خلاف فيهما: الأول: أن يكون العيب في مبيع منضم الى مبيع آخر في الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما في الخارج كما إذا اشترى نصف الدار ببيع و نصف الآخر ببيع آخر فإنه لا يسرى الخيار من أحدهما إلى الآخر بوجه.

المسألة الثانية: ما إذا كان المبيع واحدا اما بالدقة العقلية، أو بالوحدة الاعتبارية العرفية، كالعبد و الدار فظهر عيب في جزء من ذلك فإنه ح لا- يجوز الفسخ في البعض دون الآخر و الوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع، بل هو أيضا مبيع كالجزة الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجري فيما إذا باع أمورا متعددة صفقة واحدة فكك يجري فيما إذا كان المبيع واحدا و لو بالوحدة الحقيقية فإن كل جزء منه مبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٤٩

بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ربه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحة بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعدة فعدم جريان الخيار أي خيار كان في الجزء في صورة وحدة المبيع حقيقة أو عرفية ليس من جهة عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق في جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما نمنع جريان الخيار في الجزء من جهة أخرى.

و توضيح ذلك أن الخيار الثابت في البيع تارة بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لإثبات خيار المجلس انما هو قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلك هو ثبوت الخيار بالنسبة إلى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبة إلى جزء مشاع أو الى جزء معين.

و أوضح من ذلك ما يكون دليل الخيار فيه من ناحية الشرط الضمني كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبة إلى مجموع المبيع لا- في الجزء الخاص المعين أو المشاع فلا- يجوز له الفسخ في الجزء دون جزء هذا فيما إذا ثبت الخيار بعنوان البيع و قد علمت أن الخيار انما لم يثبت في الجزء لا من جهة عدم كون الجزء مبيعا، بل من جهة اقتضاء الدليل ذلك، و أما فيما كان بعنوان آخر أي ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لدى الخيار بالنسبة إلى مجموع المعيب و الحيوان فلا- يكون له الخيار في الجزء الخاص فقط، كما هو واضح، و إذا كان موضوع خاص من الكتاب أو الدار معييا فيقال أن مجموع الدار معيب و مجموع الكتاب معيب، فلا يقال أن هذا الجزء الخاص فقط معيب و كذا كل شيء يكون كك أي شيئا واحدا و كان مبيعا فإنه سواء كان الخيار ثابتا فيه بعنوان البيع أو بعنوان الحيوان و المعيب أو كان الدليل شرطا ضمينا فإنه يكون الخيار ثابتا في المجموع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٠

كما عرفت، فافهم.

و أما إذا كان المبيع أمور متعددة و باعها البائع صفقة واحدة و لا يكون المبيع واحدا لا بالحقيقة و لا بالاعتبار العرفي، بل انما جمع البائع بينها في إنشاء البيع و إظهاره فقط، فإذا ظهر شيء من تلك الأمور معيبا فهل يكون خيار العيب مسريا الى المجموع أو يختص بخصوص المعيب أو لا يكون للمشتري ح خيار أصلا.

و التحقيق أن الخيار يختص بخصوص المعيب فله فسخ العقد في خصوصه أو رضائه به و مطالبة الأرش كما هو واضح.

نعم، يثبت له خيار تبعض الصفقة الثابت بالشرط الضمني حيث انه قد اشترى هذه الصفقة المركبة من أمور متعددة أن يكون كلها له و لم يكن له بل تبعضت الصفقة و من هنا ظهر الجواب عن صاحب الجواهر أيضا حيث ذكر أن مقتضى أدلة الخيار هو ثبوته في مجموع المبيع لا في كل جزء منه فان له مجال في الشق المتقدم من كون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا كما هو واضح. و ظهر أيضا أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار في المجموع أو عدم ثبوته في المجموع، كما لا يخفى، فافهم.

و الحاصل: أنه لا قصور في شمول دليل خيار العيب أعنى قوله عليه السلام في روايته زرارة المتقدمة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار لصورتي كون المعيب أمرا مستقلا أو منضمما الى غيره فإنه يثبت له الخيار في كلا الصورتين فح ان كان العيب في جزء المبيع موجبا لسراية الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا فيثبت الخيار في الجميع و الا- فيثبت الخيار في خصوص المعيب، فيثبت خيار تبعض الصفقة في الجزء الصحيح.

و لكن المصنف أبدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥١

يرده المشتري على البائع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة فيه، و ان كان جزء معين و معروزا فهو ناقص من حيث تبعض الصفقة و لا شبهة أن كلا منهما ناقص يوجب الخيار.

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا اولى من ثبوته في نسيان الدابة الطحن فان ذلك أي نسيان الدابة الطحن ليس بعيب في المبيع و هذا بخلاف الشركة أو تبعض الصفقة فإن ذلك عيب في المبيع كما هو واضح.

ثم ذكر أن رد بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضررا للبائع و ينجبر بخياره في رد الصحيح من المشتري بخيار تبعض الصفقة و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشتري إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح.

ثم أيد ذلك بمرسلة الجميل المانعة عن رد المعيب بمثل صبغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس إلّا بالنسبة إلى حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة.

ثم ذكر في آخر كلامه أن العمدة في المسألة هو أن مرجع جواز الرد منفردا إلى إثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه و لو كان ذلك من حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الرد أولا أولى و لا أقل من التساوى فيرجع الى أصالة اللزوم.

و الذي ينبغي أن يقال أنه تارة يناقش في شمول الأدلة للمقام و يكون المقتضى قاصرا عن إثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تمامية المقتضى لذلك و قد يناقش من جهة المانع و قد ذكرت وجوه للمانعية و شيء منها لا يصلح للمنع عن ذلك.

الأول: كون ذلك نقصا للمبيع فلا- يكون العين ح قائمة بعينها و فيه أن دليل ثبوت خيار العيب في المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٢

قبل الفسخ بحيث يوجب ذلك النقص و الحدث الحاصل قبل الفسخ المنع عن ردّ المعيب و في المقام ليس كك حيث ان النقص انما يحصل برد المشتري المعيب لا قبله فلا يكون دليل مانعية النقص عن الردّ شاملا لذلك الا بتقحيح المناط و هو واضح الدفع.

الوجه الثاني: قاعدة نفي الضرر فان فسخ المشتري العقد في المعيب دون الصحيح ضرر على البائع بناء على شمول دليل نفي الضرر لأمثال المقام و عدم المناقشة في ذلك، أقول: لا بد من ملاحظة أن الضرر من أي جهة ينشأ فإنه اما من جهة رد المعيب إلى البائع بأن يكون البائع متضررا من هذه الجهة فلا شبهة أن هذا الضرر انما ثبت من جهة جعل الخيار في المبيع المعيوب فلا تكون أدلة نفي الضرر حاكما على أدلة الخيار، بل تكون أدلة الخيار متقدمة على أدلة نفي الضرر، و مخصصة لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكي يرتفع بدليل نفي الضرر، بل انما نشأ من ناحية جعل الخيار كما هو واضح فلو كان دليل نفي الضرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب، بل ارتفاع مجموع الخيارات على أنه يجري فيما إذا كان كل واحد من الجزئين مبيعا مستقلا و لا يختص بصورة كونها مبيعا واحدا في صفقة واحدة.

و ان كان الضرر من جهة عدم رد الصحيح إلى البائع فإنه يتضرر من ناحية تبعض الصفقة فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شموله للمقام و يكون للبائع حق رد الجزء الصحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشتري في الجزء المعيوب فإنه أي ربط لثبوت الضرر على البائع في عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشتري في رد الجزء المعيوب.

و بعبارة أخرى مقتضى تضرر البائع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له في ذلك لا نفي خيار المشتري في ردّ المعيب على أنه يمكن منع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٣

شمول قاعدة نفي الضرر للمقام على ما تقدم في بعض الخيارات لإمكان دفع الضرر بنحو آخر من الأرش و التفاوت و نحو ذلك.

و هنا وجه ثالث: و هو أن كل واحد من المتبايعين قد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا في ضمن العقد، فإذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقة بل هذا الاشتراط بديهي في بعض الموارد كما إذا اشترى مصراعي الباب فإن الضرورة قاضية على اشتراط أن لا يكون أحدهما منفكا عن الآخر في مقام التخلف و على هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشتري خيار في الجزء المعيب، بل يثبت له خيار العيب في ذلك، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقة في الجزء الصحيح كما هو واضح.

و اما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسلة الجميل ففيه: - أولا أنها مرسلة قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للإرسال و انها ليست بمدر كنا و انما مدر كنا رواية زرارة.

و ثانيا: لا دلالة فيها على كون الشركة عيبا و مانعة عن الرد لما ذكر لا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين و أن ذكر الأمثلة من خياطة الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك في العرف فإنه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى و لأجل ذلك لا يكون العين باقية في العرف مع الخياطة و الصبغ و الحق أنه لا مانع من شمول أدلة خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضمما إلى الآخر كما هو واضح.

قوله أما الثاني: و هو تعدد المشتري

أقول: هذه هي المسألة الثالثة في عبارته المتقدمة المسوقة للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه إذا باع أحد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٤

ماله من اشخاص متعددين و ظهر مبيعا فهل يثبت الخيار لكل منهم بحيث يكون له الخيار في حصته سواء فسخ الآخر أم لا أو كان لهم الخيار في المجموع أي لجميعهم خيار واحد في ذلك المجموع من حيث المجموع مقتضى إطلاق مفهوم قوله عليه السلام أيما

رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يحدث فيه حدثاً لزم البيع و يلزم على البائع رد التفاوت على ما هو مضمون الرواية هو ثبوت الخيار لكل من المشتريين لصدق قوله عليه السلام أيما رجل إلخ، على كل منهم كما هو واضح.

و لا يقاس ذلك بخيار الورشة الذي ثبت لهم بالإرث فإن الذي انتقل إليهم بالإرث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد و هو المورث و لا يقاس بما نحن فيه الذي ثبت خيار متعدد من الأول للمشتري و هذا الذي ذكرناه جار في جميع موارد الخيارات إذا تعدد المشتري و لا يختص بخيار العيب لإطلاق الأدلة في جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شيء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمه بعينها فإنه إذا فسخ أحد المشتريين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقة و هو عيب في المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثاً في المبيع كما هو واضح.

و فيه أولاً: ما ذكرناه سابقاً من ان النقص في المبيع انما يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق إذا كان حاصلًا قبل الردّ و أما إذا تحقق ذلك بنفس الردّ فلا يكون ذلك مشمولاً للأدلة كما هو واضح.

و على تقدير شمول الأدلة لذلك فهو انما يفيد في المسألة السابقة فقط لا في المقام فان التعدد هنا كان من الأول و لم يحصل ذلك بفعل الراد إذ المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشتري و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئاً و به عيب أو عوار إلخ.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٥

و ثانياً: قاعدة نفي الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشتريين فإنه إذا فسخ أحدهم في حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو في المجموع يلزم ان يتضرر البائع فللزم ذلك عدم الخيار كما هو واضح.

و فيه أنه بناء على شمول قاعدة نفي الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبائع في الجزء الآخر الذي هو حصته المشتري الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشتري الذي فسخ في حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهة ردّ المشتري حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصاً لأدلة الضرر كما هو واضح.

و ثالثاً: دعوى انصراف دليل خيار العيب عن ذلك و ذكر المصنف، انه يظهر وجه الانصراف بالتأمل و لم نفهم لذلك وجهها بعد التأمل، بل الظاهر من الأدلة هو عدم الفرق بين تعدد المشتري و اتحاده كما هو واضح.

نعم يجرى في المقام الشرط الضمني و لكن ذلك لا يكون مانعاً عن ثبوت الخيار لكل من المشتريين، بل لازمه هو ثبوت الخيار للبائع من جهة التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى في جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا فرق في ذلك كله بين كون البائع عالماً بكون المشتريين متعددين أم لا- نعم في صورة الجهل بثبوت الخيار له من جهة ذلك الشرط الضمني أوضح.

و أما إذا تعدد البائع التي هي المسألة الثالثة فالأمر فيه أوضح و لا يجرى في ذلك شيء من دليل نفي الضرر، بل الظاهر من الأدلة هو عده الفرق بين تعدد المشتري و اتحاده كما هو واضح و نحو ذلك من الموانع.

نعم الشرط الضمني أيضاً موجود هنا و يمكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٦

دعوى الانصراف الذي تقدم في المسألة السابقة هنا أيضاً بأن يقال ان دليل خيار العيب منصرف عن ذلك الى كون الخيار ثابتاً في مجموع المبيع مع كونه مبيعاً واحداً و جوابه هو الجواب ثم انه قد يجتمع اثنان من هذه المسائل و قد يجتمع ثلاثة منها و حكم كل منها يجرى في صورة الاجتماع أيضاً.

قوله مسألة يسقط الأرش دون الرد في موضعين

إشارة

أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما إذا باع شيئاً و كان معيباً و حدث فيه حدث عند المشتري فإنه كان له مطالبة الأرش و لكن يسقط الأرش في موضعين:-

الأول: في الربويات

إشارة

و تفصيل الكلام هنا أن عدم ثبوت الأرش انما هو بأحد أمرين:

الأول) أن يقال ان وصف الصحة في المبيع انما يقابل بجزء من الثمن

فإذا باع شيئاً و كان فاقدا لوصف الصحة ثبت للمشتري خيار العيب و مع عدم الردّ يثبت له الأرش في مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك في الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحة لأن أخذه يستلزم الربا فإنه إذا باع منا من الحنطة بمن من الحنطة و كان أحدهما معيوباً فإنه لا يجوز أخذ الأرش هنا فإنه يستلزم الربا في ذلك الجزء الزائد و كك الحال في جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش في الربويات.

و فيه أن وصف الصحة مطلقاً سواء كانت في الربويات أو غيرها لا تقابل بالمال أصلاً و ان كان يوجب زيادة القيمة، بل هو وصف الكمال على حد سواء، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالأوصاف التي ليست بوصف الصحة و لا وصف الكمال. نعم الفرق في ذلك أن وصف الصحة و وصف الكمال إذا كان مفقوداً يوجب الخيار و الأرش في الأصل أي في وصف الصحة و له مطالبة الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٧

بالتعبد الشرعي و يدلنا على ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء على صحة البيع و عدم كون ذمة البائع مشغولة فيما إذا لم يطالب المشتري الأرش من البائع مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بالمال لكانت ذمة البائع مشغولة مع تخلف وصف الصحة في المبيع لبطان البيع بالنسبة إلى الثمن الذي يقابل بهذا الوصف.

و أيضاً يدل على ما ذكرنا تسالم الفقهاء على أنه يجوز إعطاء الأرش من غير الثمن سواء كان باقياً أم لا، مع أنه لو كانت المعاملة باطلة فيما قابل الوصف و كان الوصف يقابل بالمال لكان الواجب إعطاء نفس الثمن لا شيء آخر فيعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبدى محض قد ثبت في مورد خاص بالتعبد فلا يكون مخصصاً بأدلة الربا كما هو واضح.

الثاني: أن يقال أن الربا انما هو زيادة أحد المتماثلين على الآخر في المعاملة

سواء كانت الزيادة بالثمن و نحوه عند البيع أو بغيره من تبعات البيع من الأرش و نحوه فان ذلك أيضاً زيادة أحد المتماثلين على الآخر و على هذا فيسقط الأرش هنا فإنه و ان لم يكن ثمناً في المبيع و لم نقل أيضاً بكون وصف الصحة يقابل بالمال و لكن أخذه يوجب زيادة أحد المتماثلين الذين من الربويات على الآخر فيلزم الربا.

و فيه أنه يرد عليه أيضاً أنه لا- دليل على أن الربا انما هو كون أحد المتماثلين زائداً عن الآخر في المعاملة و لو لم يكن الزيادة بالأصالة، بل بالتبع بأن يكون الزائد في مستتبعات البيع و انما الدليل أي دليل حرمة الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلين زائداً

عن الآخر عينا أو حكما في نفس المعاملة لا- في تبعاتها و من هنا لا نشك أن يفتوه أحد بلزوم الربا في أنه لو تعامل اثنان بأن باع أحدهما من الآخر حليا ذهبا نفرضه سوارا الذي كان مقداره خمسة مثاقيل بخمسة مثاقيل من الذهب الذي ليس بحل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٨

تم بعد ما تم البيع و النقل و الانتقال كسر البائع الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمنه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئا في مقابل الصياغة يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القبيل فإنه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرش حيث انه يثبت بمطالبة المشتري و لا يثبت قبله و لذا عرفت أن البائع لا يضمن به قبل المطالبة و لو مات لا يبقى مشغول الذمة و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرش في الربويات.

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال في المسألة أن المرجح انما هو ما دل على حرمة الربا من الأدلة و أشكال عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرش لا مجال لرفع اليد عن دليله، و الرجوع الى أدلة حرمة الربا و ذلك لأن النسبة بينهما هو العموم من وجه إذ قد يكون الأرش في غير الربويات و قد يكون الربا في غير صورة الأرش و قد يجتمعان فبعد التعارض في مورد الاجتماع و التسايط فالنتيجة هو تقديم أدلة الربا من جهة أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الأرش.

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الأرش و لكن ليس ذلك من ناحية ترجيح أدلة حرمة الربا.

و لكن ما ذكره المصنف وجيه، فانا ذكرنا في مورد أن الدليلين إذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام في مقام المعارضة خذ ما وافق الكتاب، و من الواضح أن أدلة حرمة الربا موافقة للكتاب، لقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** بل لا يكون ح الطرف الآخر حجة حتى نحتاج الى الترجيح و نقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الآخر فما ذكره المصنف متين.

ثم انه ذكر السيد في حاشيته موردا آخر لسقوط الأرش غير ما ذكره المصنف من الموردين، و لكنه عين المورد الأول الذي ذكر المصنف لسقوط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٥٩

الأرش فيه من جهة الربا و حاصله أن العوضين إذا كانا من التقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فإنه ذكر عدم جواز أخذ الأرش هنا للزوم الربا و لكن قد عرفت أن الأرش أجنبي عن العوضين و انما هو غرامة خاصة قد أثبتت الشارع تعبدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا و هو من تبعات المعاملة و قد عرفت عدم جريان الربا.

المورد الثاني: مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شيء

و ذلك كالعبد الخصى فإنه لأجل بعض الأغراض كالربط بين الزوج و الزوجة لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس و يكون قيمة ذلك لأجل هذا مساويا من العبد الغير الخصى و ان كان في غير الخصى أيضا بعض المنافع التي لا تكون في الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا و في الحقيقة أن الخصاء عيب و لكن لا يوجب الأرش فإن الأرش هو تفاوت القيمة ما بين الصحيح و المعيب و المفروض أنهما على حد سواء في القيمة و لا تفاوت بينهما.

و لكن الذي ينبغي أن يقال ان الخصاء في العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب، بل ربما يكون وصف الكمال، إذا كان موجبا لزيادة القيمة فإن العيب ليس هو كل نقص في المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمة، بل النقص الذي يوجب قلة المالبية و الثمن و لو كان مجرد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمة أم لا- لكان الختان و ثقب الأناف و الأذان أيضا من العيوب و لم يفتوه به أحد من الطلبة فضلا عن الفقيه و اذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش في المورد الثاني أيضا.

ثم انه قد فصل العلامة هنا تفصيلا لم نعرف وجهه و هو أن الأرش ان كان من جنس المبيع في الربويات فلا محذور فيه و الا ففيه

محدور وفيه ان الربا يتحقق بمطلق الزيادة و لو كان شرطا و إذا كان أخذ الأرش موجبا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٠

لربا فلا يفرق فيه بينما كان من جنس المبيع أو من غير جنسه.

قوله مسألة: يسقط الرد و الأرش معا بأمر

أحدها العلم بالعيب قبل العقد

بلا خلاف.

أقول: ذكروا لسقوط خيار العيب موارد، منها علم المشتري بالعيب فحينئذ لا يثبت خيار العيب للمشتري لأن أخبار خيار العيب ناظرة إلى صورة جهل المشتري بالعيب فلا يشمل صورة علم المشتري بالعيب، بل استدل على ذلك في الجواهر بصحيفة زرارة المتقدمة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبه، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر فيه و الذي يمكن أن يكون وجهها له أمور ثلاثة الأول: ان المراد من الرواية هو أنه إذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبه فله الخيار على ما هو مقتضى المفهوم سواء كان المشتري عالما بالعيب أو لم يكن عالما به، فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البائع المشتري لا علم المشتري بالعيب فإذا كان المشتري عالما لكونه من أهل الخبرة و لكن لم يتبه به المشتري يثبت له خيار العيب كما هو واضح.

و فيه أن هذا و ان كان لا- بأس به في نفسه و به يرتفع التناقض بين كلامي المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيفة على سقوط خيار العيب مع علم المشتري و مع استدلال بها على سقوطه مع تبري البائع مع أن ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فإنه يقال ان وجه النظر هنا هو الوجه الذي ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جريان هذا المانع هناك كما لا يخفى. و لكن هذا الوجه خلاف متفاهم العرف حيث ان التنبيه ليس له موضوعية في سقوط الخيار كما أن عدمه ليس موضوعا لثبوت الخيار، بل هو طريق إلى معرفة المشتري العيب، و المراد من ذلك هو عدم التعريف ليكون المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦١

جاهلا- و يثبت الخيار له و أما إذا تبهه كان عالما بالعيب فلا يكون له الخيار كما هو واضح، و بالجملة كون التنبيه موضوعا لسقوط الخيار و عدمه موضوعا لثبوته على خلاف المتفاهم العرفي.

الوجه الثاني: أن يكون وجه النظر فيه هو أن الاستدلال بالرواية في المقام اما بمقتضى مفهوم الشرط و هو كلمة، أي أو بمقتضى مفهوم الوصف و القيد و هو عدم التنبيه فان الوجه هو الأول فلا شبهة أن الشرط هنا قد سبق لبيان الموضوع فان مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى هو أنه أيما رجل لم يشتر و هو سالب بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضية الشرطية ح كما نقول إذا ركب الأمير فخذ ركابه و قد ذكر ذلك المصنف آية النبي عند الاستدلال به على حجية خبر الواحد من ان مفهوم ان جائكم فاسق بنيا ان لم يجيء فاسق بنيا لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضية ح سالبة بانتفاء الموضوع فلا يكون له مفهوم.

و فيه أنه ان كان نظر المصنف الى هذا الوجه فيرد عليه أولا ان القضية الشرطية و ان لم يكن لها مفهوم إذا سيق لبيان الموضوع و لكن إذا كان معها قيد آخر ثبت لها مفهوم بالنسبة الى ذلك القيد، و قد ذكرناه في محله مثلا إذا قال المولى إذا ركب الأمير فخذ ركابه، بلا تقييد بقيد فلا مفهوم لها، و أما إذا قال إذا ركب الأمير فكان يوم الجمعة فخذ ركابه فإنها بالنسبة إلى القيد الأول لا مفهوم لها، و أما بالنسبة إلى القيد الثاني فلها مفهوم و هو أنه إذا ركب في غير يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه و في المقام أيضا كك حيث ان القضية لا مفهوم لها بالنسبة إلى قوله عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا، ليس لها مفهوم، و لكن بالنسبة إلى القيود التي ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم يتبه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيفة متين جدا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٢

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلما ذا استدلال بها على سقوط الرد و الأرش بالتبري بعد أسطر فهل هذا الا المناقضة فلا ينبغي ذلك من المصنف بهذا القريب.

و أما إذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحة هو مفهوم القيد فلا شبهة أنه ليس بحجة. و فيه أولا أنه أيضا تناقض لما سيأتي منه من الاستدلال بها على سقوط الخيار مع التبري عن العيب.

و ثانيا: أن مفهوم الوصف ليس بحجة إذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتفائه بقرائن أخر فلا شبهة في حجيته كما قلنا به في قوله كثر من الماء في جواب السائل عن أنه أي مقدار لا ينجسه من الماء فإنه قد ورد في مقام التحديد فلا شبهة في كون مفهومه حجة و كذا قوله عليه السلام في جواب السائل كم يقصر الصلاة من السفر، قال عليه السلام: يريد في يريد فان القرينة قائمة على كون كلامه في مقام التحديد فلا بد و أن يكون له مفهوم و ان كان المفهوم مفهوم لقب و الحاصل أن أي مفهوم لم يكن حجة في نفسه فهو حجة إذا قامت القرائن عليه كما هو واضح ففي المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجة في نفسه و لكن القرينة قائمة على حجيته و هو كون الامام عليه السلام في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لسقوطه باحداث الحدث و أنه عليه السلام في مقام تحديد ذلك كما هو واضح، فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين.

ثم انه إذا اشترط العالم بالعيب الذي سقط خيار العيب في حقه ثبوت الخيار له أي خيار العيب بالاشتراط فهل يصح ذلك أم لا فنقول ان كان غرض المشتري هو ثبوت الخيار له فقط فلا محذور فيه أصلا حيث انه خيار ثابت بالشرط كسائر الخيارات الثابتة بالاشتراط كما إذا علم المشتري بعيب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٣

المتاع و اشترط ثبوت الخيار لنفسه و اشتراه على هذا الشرط ليختبره و يشاور غيره أن المبيع يفيد أم لا فهذا لا شبهة في صحته فيكون ذلك كبقية الخيارات الثابتة بالشرط الضمني و ان كان غرض المشتري هو ثبوت خيار العيب له الذي هو خيار حتى مع أحكامه الخاصة من الأرش و نحوه فذكر المصنف أنه فاسد و مفسد للعقد لكونه مخالفا للسنة فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقية الشروط الفاسدة التي لا-توجب فساد العقد و لكن هذا يوجب فساد كما هو واضح، و لكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشرط الفاسد و بقية الشروط الفاسدة، نعم ذكرنا فيما سبق (ظاهرا في خيار الرؤية) أن مرجع الخيار الى تحديد الملكية إلى زمان الفسخ فكان البائع قد أنشأ الملكية المحدودة و على هذا فهذا الشرط يكون فاسدا و مفسدا للعقد لأن ما أنشأه البائع من الملكية المحدودة لم يمتد الشارع لكون الشرط الذي أوجب تحديد الملكية المنشأ فاسدا لكون اشتراط الأرش في هذا الخيار أي خيار العيب الثابت بالشرط مخالفا للسنة فإن الأرش انما ثبت في خصوص خيار العيب فقط، بل مخالف للكتاب أيضا من جهة قوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَالقول بثبوت الأرش هنا مخالفة لقول الرسول (ص) فيكون فاسدا.

و أما الملكية المطلقة فهي غير منشأة فيكون هذا الشرط فاسدا و مفسدا للعقد على ما ذكرناه و قد ذكرنا في تعليقه العروة عند قول السيد هل يجوز جعل الخيار في النكاح أم لا حيث توقف في ذلك كبعض المحشين و قد ذكرنا هناك أن الأقوى كون جعل الخيار مفسدا لعقد النكاح فإنه إذا كان النكاح مقيدا بالفسخ فيكون مقيدا بالزمانى و من الواضح أنه غير مشروع في الشريعة إنما المشروع هو العقد الدائم و العقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانى فلا فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٤

قوله الثاني: تبري البائع عن العيوب إجماعا في الجملة،

أقول من جملة ما يسقط فيه الرد و الأرش فيما كان المبيع معيبا أن يتبرأ البائع من العيوب و قد ادعى الإجماع على ذلك و لكن لإجمال لدعوى الإجماع التعبدى مع كون صحيحة زرارة دالة على المقصود.

ثم انه لا يخفى ما فى بعض نسخ المكاسب من الغلط من إسقاط الألف بين كلمة ارتفع و كلمة لإطلاق كما فى حاشية أيضا كك حيث قال قوله لإطلاق إلخ، إذ لا إطلاق فى رواية زرارة هنا حتى يتمسك، بل التمسك بها من جهة المفهوم و النسخة صحيحة قوله و الأصل فى الحكم قبل الإجماع صحيحة زرارة و كلمة الإطلاق بزيادة الألف قبل اللام فاعل لارتفع.

و كيف كان فلا- شبهة فى دلالة رواية زرارة على المقصود فإنه قد علق ثبوت الخيار فى مفهوم هذه الرواية المعتبرة و ان لم تكن صحيحة كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهة فى سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح. ثم انه مقتضى إطلاق مفهوم هذه الرواية أنه لا فرق فى سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهرة أو الباطنة فإن مقتضى الإطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقا و هذا واضح جدا و كل ذلك لا- كلام فيه و ان ذكر الخلاف فى بعضها و لكن يدفعه الإطلاق و أيضا يجوز التبرى من العيوب الموجودة حال العقد و العيوب المتجددة بعده قبل القبض أو بعده فى زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالإطلاق و لكن وقع الأشكال هنا فى موضعين:- الأول: فيما إذا تبرأ من العيوب الموجودة حال العقد.

و الثانى: فيما إذا كان العيب متجددا بعد العقد. أما الإشكال فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٥

الأول فهو أن إسقاطه أى الخيار و التبرى من العيوب موجب للغرر فيكون موجبا لبطان البيع.

و فيه أنه ان قلنا بأن رواية زرارة إنما دلت على صحة البيع مع سقوط الخيار للعيب مع التبرى مطلقا حتى فيما يلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلالة النص عليه و دعوى كون البيع غرريا و باطلا لذلك اجتهاد فى مقابل النص فلا يكون ذلك إشكالا فى المقام و ان قلنا ان التبرى و عدم التبرى من العيوب إنما هو فى البيع الصحيح لا- فى البيع الباطل فالبيع الغررى باطل فلا يكون التبرى من العيب مصححا له و الا كان التبرى من العيب موجبا لصحة بيع الصبى و غيره من البيوع الباطلة و عليه فلا بدّ من التفصيل بين ما يرتفع كون البيع غرريا من غير جهة التزام البائع بكون المبيع صحيحا و بين ما كان يرتفع ذلك بالتزام البائع بصحة المبيع فإنه على الأول يصح تبرى البائع من العيوب إذ دخل له فى غررية المعاملة فإن الغرر لم يرتفع بالتزام البائع بصحة المعاملة حتى يلزم الغرر من تبريه من العيوب بل إنما ارفع بعلم المشتري بصحة المبيع أو برؤيته أو بإخبار شخص آخر و قد تقدم ما ينفعك فى خيار الرؤية ظاهرا و على هذا فلا بدّ فى المقام من التفصيل بين ما كان ارتفاع الغرر عن البيع بالتزام البائع بصحة المبيع فلا يصح التبرى لكونه موجبا للغرر و بين ما كان ارتفاع الغرر بغير جهة التزامه بذلك كما عرفت فيصح التبرى كما لا يخفى.

و أما إذا كان التبرى من العيوب المتجددة بعد العقد فتارة يستشكل هنا من جهة لزوم الغرر و اخرى من جهة كون التبرى عن العيوب المتجددة إسقاطا لما لم يجب إذ لم يتعيب المبيع حال العقد حتى يجوز التبرى عنه فلا يكون التبرى ح إلا إسقاطا لما لم يجب.

و لكن شىء من الإشكاليين لا يرجع الى محصل أما إشكال لزوم الغرر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٦

فهو واضح الدفع إذ الغرر فى المعاملة إنما يلاحظ بالنسبة الى حال البيع و العقد لا بالنسبة الى ما بعد العقد و من الواضح أنه لا غرر فى المعاملة فى حال العقد مع التبرى عن العيوب المتجددة بعد العقد بعد ما كان المشتري عالما بالمبيع و خصوصياته و عدم العيب فيه حال العقد.

و أما إشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون إسقاطه إسقاطا لما لم يجب و لكن ذكرنا مرارا أنه لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب إلا الإجماع و هو إنما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالإسقاط قبل العقد و فى المقام كالتبرى قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فإسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبرى عن العيب فإنه يدخل تحت الإجماع القائم على عدم جواز إسقاط ما لم يجب و أما الإسقاط حال العقد الذى هو مورد الخيار و موضوعه فلا بأس من إسقاط

خيار العيب حال العقد و كك يجوز الإسقاط في كل مورد كان المقتضى موجودا.

نعم، الإسقاط الفعلي أى إسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه إسقاط أمر معدوم و أما إسقاط أمر استقبالي فعلا بحيث يكون ساقطا في محلّه أى في الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى.

و على الجملة فلا بأس لإسقاط خيار العيب بالتبري عنه حال العقد سواء كان العيب موجودا حال العقد أو عيبا متجددا كما هو واضح. ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبري عن العيوب بالاعتماد على أصالة الصحة و لكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا دليل على اعتبارها بوجه على أنه لا يرفع الغرر فإنه بمعنى الخطر و هو أمر نفساني لا يرتفع بالأصل فإنه لا يزيل الصفة النفسانية. قوله: ثم ان البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور ، أقول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٧

حاصل كلام المصنف أن البراءة من العيوب يحتمل أن يضاف إلى أمور:

الأول: أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامة المبيع عن العيوب الموجودة في المبيع حال العقد.

الثاني: ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار فيكون المشتري مع ظهور العيب في المبيع مخيرا بين الرد و الإمضاء فقط.

الثالث: أن يكون المراد من التبري عن العيب التبري عن حكمه و هو إسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب إلى معنى البراءة هو الثاني و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ الا أن يرجع الى المعنى الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فارق بين المعنى الأول و الثالث و ذلك لأنه لا معنى للتبري عن نفس العيب الذي هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط وصف في البيع بان يبيع شيئا مع اشتراط كونه متصفا بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى له، بل مرجعه.

اما الى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفا بوصف كذا.

و اما الى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشتري البيع على تقدير كون المبيع موصوفا بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون البيع متزلزلا.

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف في المبيع بهذا المعنى.

و أما الثاني: فقد عرفت أن مرجعه الى جعل الخيار و عليه فمعنى التبري عن العيب أى عدم الالتزام بصحة المبيع ليس إسقاط الخيار إذ التعليق في البيع باطلا و اذن فيكون مفاد الوجه الأول و الوجه الثاني واحدا كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٨

و أما الوجه الثاني: فالفرق بينه و بين الوجه الأول الذي مرجعه الى الوجه الثاني واضح إذ الوجه الأول و الثالث كما عرفت عبارة عن إسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح، أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثاني فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبري و ظهور كلامه و الظاهر من الإطلاق هو سقوط الخيار و الأرش معا.

و دعوى أن التبري من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الرواية دالة على التبري على وجه الإطلاق.

دعوى جزافية فإن الرواية و ان كانت كك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامة و من قبيل الحقوق فللمشتري أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامة من البائع فالتبري عن الأرش فقط مع رضاء المشتري بذلك صحيح و أما دعوى كونه إسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه و أنه لا بأس بإسقاطه في ضمن العقد.

قوله: ثم تبري البائع عن العيوب مطلقا.

أقول: قد ذكر السيد في المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهرة في معنى و مقصوده شيء آخر و عليه فهنا مسألتان:- الأولى: ما فهمه السيد من عبارة المصنف؟

و الثاني: ما هو ظاهر كلام المصنف؟

أما الأولى: فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبري إنما يسقط الخيار فقط، و أما حكم التلف في زمان الخيار الذي هو كونه على من لا خيار له و هو البائع في المقام فلا يزول و لا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعدم ما دل على ان التلف في زمن الخيار على من لا خيار له.

و بعبارة أخرى أن التبري إنما هو مجرد سقوط الخيار و أما ما تقتضيه قاعدة التلف في زمان الخيار من كونه على البائع فهو باق، و لا يسقط بمجرد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٦٩

التبري فإنه يكفي في ثبوت ذلك شأنه الخيار أى ثبوت الخيار لو لا الإسقاط و ان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل.

و الحاصل: أن قاعدة كون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له أعم من يكون هنا خيار بالفعل أو خيار بالشأن كما هو واضح. و يرد على هذه المسألة أولاً- أن موضوع الحكم هنا إنما هو وجود الخيار الفعلي بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأني فليس موضوعاً لهذه الأحكام بوجه و الا فلا بد من الالتزام بكون التلف مطلقاً في أى وقت كان، و لو بعد شهر أو سنة ممن لا خيار له فيما إذا لم يلتفت المشتري الى العيب إلى سنة مثلاً بل أكثر و تلف المبيع بعد هذه المدة لا- بإتلاف المشتري و التفت المشتري بالعيب حين التلف فإنه على هذا فجميع أوقات وجود المبيع عند المشتري زمن خيار الشأني كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد. و بعبارة أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعدة أعنى الخيار الفعلي قد سقط قطعاً بتبري البائع و ما هو ليس موضوعاً لها أعنى الخيار الشأني و التقديرى فهو باق في بعض الأحيان إلى الأبد.

و ثالثاً: أن قاعدة كون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له إنما هو في خصوص خيار الحيوان و الشرط بالنص و في خيار المجلس إلحاقاً و أما الخيارات الأخر فلا تجرى فيها هذه القاعدة و من الواضح ان خيار العيب من جملة تلك الخيارات التي لا مرتع فيه لهذه القاعدة كما هو واضح.

و أما المسألة الثانية التي هي ظاهر عبارة المصنف فهي أنه إذا تبرى البائع من عيب السلعة و تلف المبيع في زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البائع أولاً بل يكون ضمانه للمشتري أيضاً لتبري البائع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٠

على البائع فإنه لا منافاة بين تبري البائع عن العيب و بين ثبوت الضمان عليه من جهة كون التلف في زمان الخيار من غير جهة العيب فإن إطلاق ما دل على أن التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه و اذن فيكون التلف هنا من البائع لكونه في زمان خيار الحيوان مثلاً لا- من المشتري، بل لا- دلالة في لفظ التبري على كون التلف في زمن خيار المشتري من المشتري إذ التبري من العيب أى ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البائع حتى بصراحته بالتبري مطلقاً مستتبعا للعيب حتى لو تلف المبيع به في زمان خيار المشتري كما إذا كان المبيع حيواناً فتلف في ضمن ثلاثة أيام فهذا حكم شرعى لا يسقط بالإسقاط و تقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعى، إلّا ما يسقط بالإسقاط نسمى حقا و ما لا يسقط به نسمى حكماً.

و على الجملة فكون التلف في زمن الخيار من البائع حكم شرعى لا يسقط بالتبري و لا نعرف خلافاً في هذه المسألة الا عن الشهيد في الدروس حيث قال لو تبرأ البائع من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى بعده و تلف في زمان خيار المشتري.

ثم قال: و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار و قد ظهر مما ذكرناه أنه لا وجه لمخالفة الشهيد و نفى الضمان عن البائع مع التلف ح كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار فإنه لا معنى لتوهم هذه العلاقة إذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البائع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقة الخيار باقية. و بعبارة أخرى أن خيار العيب قد زال بتبري البائع فلم يبق منه شيء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧١

أصلا و الخيار الذى هو موجود فعلا- و تلف المبيع فى زمنه اعنى خيار الحيوان ليس من متعلقات خيار العيب بوجه فلا وجه لكلامه بوجه.

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق و بالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الأقوائية هو أن البائع إنما تبرأ من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشتري دون البائع قويا بل لا بد و ان يكون الأمر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البائع لإطلاق ما دل على كون التلف (فى زمان خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس بالإلحاق) من البائع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا يسقط بالتبري حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبري من الأرش و الخيار أى على إسقاط الأرش و الخيار. قوله: ثم ان هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها، أقول:

ذكر الأصحاب أموراً يسقط بها الأرش و الردّ

منها زوال العيب قبل العلم به

و قد صرح العلامة بذلك فى غير موضع من التذكرة، و مال اليه جامع المقاصد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التذكرة فى أواخر فصل العيوب أنه يسقط الأرش و الردّ بعد العلم بالعيب أيضا و قد فصل المصنف هنا بين الرد و الأرش و التزم بسقوط الردّ دون الأرش و أفاد فى وجه ذلك أن الظاهر من الأدلة خصوصا بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوباً سابقاً فزال عيبه فليس بموضوع للردّ و توهم استصحاب الخيار هنا فاسد لارتفاع موضوعه فلا أقل من احتمال ارتفاع موضوعه فيكون بلا موضوع فلا يكون متعهدا لإثبات توسعه الحق هذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبته الأرش فلأنه قد ثبت جواز مطالبته الأرش فيما كان وصف الصحة مفقوداً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٢

فى المبيع حين العقد فقد استقر الأرش على ذمة البائع بالعقد فسقوطه يحتاج الى دليل خصوصا بعد ما علم المشتري بالعيب و زال، و الصحة الحادثة لا تمنع عن ذلك لكونها حادثة فى ملك المشتري.

و على الجملة فذمة البائع مشغولة بذلك فسقوطه عنها يحتاج الى دليل كما هو واضح.

ثم ذكر أنه لم يتعرض لهذا الفرع أحد قبل العلامة و ان احتمال دخوله تحت القاعدة المذكورة للشافعية من الزائل العائد كالذى لم يزل أى وصف الصحة التى كانت مفقودة و عادة كالذى لم يزل فلا يكون المبيع فى حكم المعيوب فعلا أو كالذى لم يعد فيكون فى حكم المعيوب ثم ذكر أنه لا دليل على هذه القاعدة و لا شيء تحتها فإنها مجرد عبارة، بل نحتاج فى كل مورد الى الدليل الخاص و قد عرفت أن مقتضى الدليل فى المقام هو سقوط الردّ دون الأرش.

أقول: أن المستفاد من الرواية كما أن موضوع الرد، هو المعيوب الفعلى أى ما كان متلبسا بالعيب فعلا و كذلك موضوع جواز مطالبته الأرش أيضا هو المعيوب الفعلى لا ما كان معيوباً حين العقد فان الرد و الأرش قد ثبتا فى الروايات معا من أنه إذا كان المبيع معيوباً

كان له الرد و الأرش على نحو التخيير أو أنه مختير بين الردّ و الإمضاء قبل التصرف و أما بعده فيكون له مطالبة الأرش فقط، على ما تقدم من المصنف و اخترناه أيضا في مورده استنادا الى ظاهر الأدلة فلا يستفاد من الأدلة أن موضوع الرد هو المعيوب الفعلي دون موضوع الأرش و ان كان يستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الرد لا التخيير من الأول كما هو واضح.

نعم، لو قلنا بان وصف الصحة يقابل بالمال فيكون في مقابله حين العقد ثمن أيضا، فلما ذكره المصنف وجه حيث أن ما قابل من الثمن في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٣

مقابل وصف الصحة قد أخذه البائع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنى وصف الصحة فيبقى مشغول الذمة ما لم يخرج عن عهده سواء زال العيب و عاد وصف الصحة أم لا، و لكن قد عرفت سابقا ان هذا المبني فاسد من أصله و لم يلتزم به المصنف أيضا، بل وصف الصحة يوجب زيادة المالية و هو واسطة لا زيادة المالية في المبيع و زيادة ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبائع دفع الأرش قبل مطالبة المشتري ذلك كما هو واضح و عليه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف هنا، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما يسقط الرد أيضا.

و قد ذكر السيد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد و الأرش و دعوى استقرار الثاني بالعقد دون الأول كما ترى و ظهور الدليل في رد ما هو متلبس بالعيب مشترك للورود فانا نقول بالنسبة إلى الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامة لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور و على الجملة فلا فارق بين الرد و الأرش بحسب الدليل هذا.

و لكن يمكن أن يقال أولا- انه ينبغي أن يعكس الأمر بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتري جواز مطالبة الأرش من البائع فلا وجه لثبوت الأرش ح بوجه.

و أما ثبوت الرد و عدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤية انما هو ثابت بحسب الشرط الضمني على كون المبيع صحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائدا بعده فإنه انما زال في ملك المشتري دون البائع كما إذا اشترى زيد عبدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتباً و لكن لم يكن كاتباً حال العقد و قد تعلّم الكتابة بعده فإنه لا شبهة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٤

ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، و ان كان كاتباً الا أنه انما حصل في ملك المشتري دون البائع و من هنا ذكرنا أن الرواية الدالة على ثبوت خيار العيب انما ثبت على طبق القاعدة لا على خلافه كما هو واضح.

نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الرواية لا بحسب الشرط الضمني فإنه لا يتكفل على ذلك.

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجة هو أن الزائل العائد كالذي لم يعد فكأن وصف الصحة الزائل لم يعد و تقرب ذلك أن غير رواية زرارة من الروايات الدالة على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكتة عن صورة زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلي فإنه في هذه الصورة اما نقول بالرد و الأرش تخييراً أو بالرد أولاً، و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبة إلى ملاحظة هذه الروايات فما ذكره السيد متين جدا وفقا لما ذكره العلامة و غيره و لكن بالنسبة إلى النظر إلى رواية زرارة فالأمر ليس كك فإنه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و أحدث فيه شيئاً ثم علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و هو الأرش فيدل مفهوم هذه الرواية على عدم مضى البيع إذا لم يتبرء البائع من العيب و لم يعلم المشتري بذلك حال العقد و لم يحدث فيه حدثاً فإنه إذ التفت المشتري بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس في الرواية أنه يسقط الردّ بعد

زوال العيب، بل هي مطلق بالنسبة الى حال زوال العيب أيضا فلا- دلالة فيها أن الرد إنما يثبت إذا كان العيب موجودا حال الرد، بل بكلمة ذلك يشعر البعير مشيرا الى العيب بكفاية وجود العيب حال العقد فقط في جواز الردّ مطلقا حتى بعد الزوال كما هو واضح و عين هذا البيان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٥

جار في ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فإنه مذكور مع الرد في هذه الرواية و موضوعه انما هو ثبوت العيب في المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل، كما هو واضح، و قد عرفت ان هذه الرواية و ان لم تكن صحيحة و لكنها معتبرة.

قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،

إشارة

أقول: ان الكلام في كون التصرف بعد العلم بالعيب الذي يوجب الحدث في المبيع يقع في جهتين الأولى: في أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا.

و الجهة الثانية: في أنه هل تشمل أخبار الأرش صورة التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا.

أما الكلام في الجهة الأولى [في أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا]

فنقول: ان كان التصرف مسقطا تعديا كما في التقبيل للجارية و ركوب الدابة و وطى الجارية و غير ذلك من التصرفات التي هي مسقطه بالتعبد فلا دلالة في ذلك على سقوط الأرش بوجه، فان سقوط الرد بالتصرف تعديا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الأرش، بل قد ثبت الأرش في مورد التصرف في الجارية بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الأرش كما لا يخفى و ان كان التصرف مسقطا للردّ لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و الالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا، بل يكون نزاعا صغرويا و راجعا الى أن أي تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد و عن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع في أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا ففي كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الأرش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروي و قد أشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الأرش فالأصل بقاؤه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٦

و أما الجهة الثانية فهي أنه هل تشمل أخبار ثبوت الأرش على صورة التصرف بعد العلم بالعيب أم لا

فنقول قد نقول بأن المشتري إذا اشترى مبيعا معيوباً فهو من الأول مخير بين الأمور الثلاثة، أما الرد أو الإمضاء مجاناً أو مع الأرش على ما ذهب إليه المشهور فح يقع الكلام في أن التصرف يوجب سقوط الرد و الأرش أولاً فالكلام ح راجع الى مسقطية التصرف و قد تقدم الكلام في ذلك من أنه مسقط تعدياً أو لكونه كاشفاً عن الرضا.

و على كل تقدير فهل يكون التصرف مسقطاً للرد و الأرش معا أم لا؟

و تارة نقول ان المشتري ليس من الأول مخيراً بين الرد و الإمضاء مجاناً أو الأرش، بل بين الرد و الإمضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبة الأرش قبل سقوط حق الرد.

ثم انه يقع النزاع في انه بعد عدم سقوط الأرش بالتصرف فهل تشمل أخبار الأرش لصورة التصرف بعد العلم أيضا كما تشمل لصورة التصرف قبل العلم أو لا- بحيث لا- يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقا سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده، و في هنا سؤال

الفرق بين القول بالتخيير بين الأمور الثلاثة من الأول أولا في كون ذلك دخيلا في شمول دليل الأرش لصورة التصرف بعد العلم بالعيب، فذكر المصنف أن اختصاص النص بصورة التصرف، قبل العلم ممنوع، فليراجع.

أقول: قد راجعنا الأخبار الدالة على سقوط الأرش بالتصرف، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح.

وقد عرفت في رواية زرارة ذلك حيث قال عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا ولم يتبرء البائع من عيبه ولم ينبه عليه وأحدث فيه حدثا تم علم بذلك فإنه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح والمعيب فإنه عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٧

السلام قد عبر بكلمة ثم علم بالعيب بعد قوله وأحدث فيه شيئا وهو ظاهر في كون التصرف قبل الاطلاع على العيب كما هو واضح، وكك بقية الأخبار فإنها مختصة بالتصرف الذي كان قبل العلم بالعيب، نعم في رواية ميسر ورواية عبد الملك ما يدل على ذلك.

أما الأول: فما عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد الجارية إذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب، فإنها مطلقة بالنسبة إلى التصرف الذي كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

وأما الثانية: فهي ما رواه عنه عليه السلام قال لا ترد الجارية التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها وله أرش العيب، وهي أيضا مطلقة بالنسبة إلى ما بعد العلم وما قبله.

وفيه أولا: أن هاتين الروايتين ضعيفتا السند فلا تصلحان لإثبات المقصود بعد اختصاص بقية النصوص بما قبل العلم بالعيب.

وثانيا: أن في رواية حماد دلالة منطوقا على ثبوت الأرش و سقوط رد إذا كان التصرف المسقط قبل العلم بالعيب وبمفهومها تدل على سقوط الأرش و الرد معا إذا كان التصرف بعد العلم بالعيب و الرواية هذه روى الحماد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

يقول: قال على بن الحسين عليه السلام كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أرش العيب، فان مفهوم هذه الرواية هو أن الأرش ساقط إذا كان التصرف في المبيع المعيوب بعد العلم بالعيب، وبهذا نفيد إطلاق رواية

ميسرة و عبد الملك الدال على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العيب أيضا، وعلى هذا الذي ذكرناه فيما ذكره ابن حمزة من كون التصرف بعد العلم بالعيب يكون مسقطا للرد و الأرش معا متين لعدم دلالة شيء على ثبوته مع التصرف بعد العلم بالعيب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٨

قوله: و منها التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب كالبغلي الخصى

أقول: قد ذكر المصنف (ره) أن من جملة ما يسقط به الأرش و الرد معا التصرف في المعيب بالعيب الذي لا يوجب نقصا في القيمة، و الظاهر أنه لا- يناسب للمصنف أن يذكره في المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد و الأرش لا فيما يكون موجبا

لذلك بالضميمة بأن يكون شيء موجبا لسقوط الرد و شيء آخر موجبا لسقوط الأرش و يضم أحدهما إلى الآخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الرد و الأرش و ما ذكره المصنف هنا كك حيث انه ضم التصرف إلى العيب الذي لا يوجب نقصا المالية فجعلهما

قسما مما يوجب سقوط الرد و الأرش و الحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذي لا يوجب نقصا في المالية من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم أحدهما إلى الآخر هذا أولا.

وثانيا: قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشيء عن الخلقه الأصلية ليس بعيب في المبيع ما لم يوجب نقصا في المالية و القيمة و الآ

لكان الختان أيضا عيبا في العبد و عليه فما ذكره من المثال من كون التصرف في البغل الخصى موجبا لسقوط الرد و الأرش ليس بصحيح حيث ان الخصاء ليس بعيب في البغل أصلا لعدم تفاوت القيمة بذلك كما أنه في العبد أيضا ليس بعيب لرغبة طائفة إلى الخصى و طائفة أخرى إلى غير الخصى، نعم الخصاء في مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح.

و ثالثا: أنك قد عرفت فيما تقدم أن مطلق التصرف ليس بمسقط للعيب و انما المسقط انما هو التصرف الذى يوجب التغيير فى المبيع أو يكون مسقطا بالتعبد كوطى الجارية و تقبيلها أو ركوب الدابة أو يكون التصرف بنفسه مصداقا للإسقاط الفعلى كما هو واضح و ألا فلا دليل على كونه مسقطا له كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٧٩

و نعيد هذا البحث لفائدة احتمالية فنقول أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع الذى كان معيوباً بعيب لا يوجب ذلك العيب نقصان القيمة كالمخسى من البغل و نحوه، فهل يوجب ذلك الأرش و الرد أم لا، فذكر المصنف ان الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة و الرد أيضا منتف للتصرف ثم ذكر أنه يشكل الأمر فيه بلزوم الضرر على المشتري بصيرة على المعيب و أجيب بأنه ليس هنا ضرر مالى لعدم نقص فيه أصلا، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عبارة عن النقص فى المال و الأطراف و العرض فأى ضرر هنا يترتب على سقوط الرد كما هو واضح.

و الصحيح أن يقال أن الخضاء و نحوه فى العبد و غيره بان لم يكن عيبا كما هو الظاهر على ما عرفت فلا شبهة فى أنه ليس هنا عيب فضلا عن ثبوت الخيار و الأرش حتى نبحت عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منفى هنا و ان كان يصدق عنوان العيب على ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولا فضلا عن سقوطه بالتصرف فإنه عبارة عن تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و المفروض انتفاء التفاوت هنا كما لا يخفى.

و أما سقوط الرد فان قلنا بكون التصرف مسقطا للرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و إسقاطا عمليا للرد فيكون موجبا لسقوط الرد و كذلك إذا كان مسقطا على نحو التعبد و أما إذا لم يكن كذلك كما هو الظاهر ان التصرف مسقطا تعبدا فى موارد خاصة و أنه لا يكشف عن الرضا بالعقد نوعا كما عرفت فى جواب المصنف سابقا فلا يكون التصرف ح مسقطا الخيار العيب فيكون ح إطلاقات ما دل على ثبوت خيار العيب محكمه هذا إذا قلنا بصدق العيب على مثل الخصى و نحوه، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت.

نعم، إذا علم من القرائن الخارجيه أو بالصرحة أن عدم كون العبد خصيّا انما هو شرط فى ضمن العقد أى اشترط المشتري على البائع عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٠

هذا الوصف فى ضمن العقد.

فح لا شبهة فى عدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهة عدم تحقق التفاوت ما بين الصحيح و المعيب كما عرفت، فإنه انما يجرى فيما إذا كان العيب صادقا على هذا الوصف و كان مما لا يوجب تفاوت المالىة لا فى المقام فان المفروض هنا عدم صدق العيب على هذا الوصف و عدم ثبوت خيار العيب بعنوانه، بل الخيار من جهة الاشتراط، لا من جهة أنه لا دليل على الأرش فى خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فإنه ثابت من جهة تخلف الوصف و المفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لا دليل عليه إلا إذا كان إسقاطا عمليا عنه، و هو منفى إلا إذا كانت قرينة على أن التصرف إسقاط عملى للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر. فتحصل أنه لا دليل على سقوط الرد على فرض ثبوته لأجل خيار العيب أو لأجل تخلف الشرط.

قوله: و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،

أقول: قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الأرش و الرد فى محله.

أقول: توضيح الكلام أنه إذا اشترى أحد معيبا بعيب لا يكون به قيمة السلعة ناقصة عن أصلها و حدث فيها عند المشتري حدثا فهل يكون الأرش و الرد ساقطا هنا أم لا؟ فعيد الكلام الذى تقدم فى سابقه هنا بأدنى تفاوت.

و حاصله: أنه لا شبهة فى سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح و المعيب فى الثمن و المفروض أن العيب من العيوب

التي لا توجب نقصان القيمة و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمدة الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث في المعيب انما هو رواية زرارة و مرسله الجميل و من الواضح أن موضوع سقوط الرد فيها بالحدث انما هو العيب الذي يوجب الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨١

و لذا حكم الامام عليه السلام فيها في فرض احداث الحدث بثبوت الأرش و سقوط الرد و هذا الموضوع منتف في المقام فان المفروض أن العيب ليس مما يكون موجبا للأرش و كك مرسله الجميل و إذا لم تشمله رواية زرارة فلا يبقى هنا مانع عن شمول الأدلة الدالة على سقوط خيار العيب هنا، فبناء على صدق العيب على مثل هذا الوصف يحكم بعدم ثبوت الأرش، و بثبوت الرد كما هو واضح.

و اما إذا قلنا بعدم صدق العيب أصلا على مثل هذا الوصف فلا يثبت خيار العيب من الأول أصلا، نعم إذا قلنا باعتبار عدم مثل هذا الوصف في المبيع من جهة قيام القرائن الخارجية على اعتبار عدمه في ضمن العقد أو اشترط عدمه في العقد صريحا فإنه ح و ان لم يصدق العيب على وجود هذا الوصف و لكن مقتضى الاشتراط هو ثبوت الخيار مع التخلف فيكون الخيار هنا خيار تخلف الشرط دون خيار العيب.

و أما إحداث الحدث فهو لا يوجب سقوط خيار الشرط لعدم الدليل عليه الا إذا كان التصرف مسقطا عمليا له و من هنا ظهر أنه لا وجه لإثبات الخيار بالاستصحاب كما في المتن لثبوته بأدلة خيار العيب مع صدق العيب على ذلك الوصف و بالشرط الضمني في صورة الاشتراط كما هو واضح فافهم و عدم ثبوت الأرش ح أيضا واضح كما تقدم.

و أما ما ذكره المصنف من ان اشكال لزوم الضرر هنا في محله لا وجه له لما عرفت أنه ليس هنا ضرر على المشتري أصلا فإنه عبارة عن النقص في المال أو الأطراف أو العرض و كل ذلك منفي هنا، ثم انه إذا ثبت الرد فأراد المشتري أن يرد المبيع إلى البائع فلا بد له من رده على النحو الذي أخذه كما هو مقتضى قانون الفسخ، فإنه يقتضى أن يرد المال المأخوذ من البائع على النحو الذي أخذه المشتري منه و الّا كان البائع متضرر منه و هو منفي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٢

و لا يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشتري مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا و حيث حدث فيه حدث و لم يقدّم بعينه فلا يمكن رده بعينه على النحو الذي أخذه من البائع فلا بد له أن يرده إليه مع الأرش و قد عرفت ذلك سابقا و عرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذي يجب على البائع ان يعطيه المشتري على فرض ثبوته و سقوط الرد فإنه التفاوت من الثمن ما بين المعيب و الصحيح و هذا بخلاف الأرش هنا، فإنه عبارة عن تفاوت القيمة ما بين المعيب و الصحيح، و لا تعرض له بالثمن أصلا، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معينا و صحيحا و يؤخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب، سواء طابق أصل الثمن أم لا؟ كما لا يخفى.

قوله: و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا.

أقول: من جملة ما يوجب سقوط الرد و الأرش ما ذكروا من التصرف فيما إذا كان الجنسان ربويان فان تصرف المشتري هنا يمنع عن الرد و الأرش الكلام هنا مبني على عدم كون التصرف مانعا من مطالبة الأرش كما إذا لم يكن موجبا لسقوط الأرش اما لكونه واقعا في حال الجهل بالعيب أو لعدم كونه أي التصرف مما يمنع عن الرد و الأرش لعدم كونه مسقطا لهما كما تقدم و أما إذا لم تجز مطالبة الأرش مع التصرف فلا مورد لهذا الكلام أصلا ثم ان الكلام هنا، هو الكلام بعينه في المسقط السابق اعني حدوث العيب في المعيب بعيب لا يوجب تفاوت القيمة أما بالنسبة إلى الرد فقد تقدم أن التصرف ان كان مسقطا للرد تعبدا أو كاشفا عن الرضا بالعقد و الا فلا وجه لسقوط الرد.

أما الإسقاط التعبدى فهو مخصوص بموارد خاصة كتقبييل الجارية و ركوب الدابة في خيار الحيوان و أما كونه كاشفا عن الرضا

بالعقد فهو نزاع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٣

صغروي ففى أى مورد كشف التصرف عن ذلك فهو و ألا فلا دليل على سقوط الخيار.

و أما الحداث الحدث الذى هو قسم خاص من التصرف فقد عرفت أنه انما يوجب سقوط الرد فيما إذا كان المورد مورد ثبوت الأرش و الرد معا و المفروض ان المورد ليس كذلك لعدم ثبوت الأرش لوجود المانع عنه و هو لزوم الربا فلا يكون المورد مشمولاً لدليل سقوط الرد و ثبوت الأرش و هو رواية زرارة و مرسله الجميل إذا فلا وجه لسقوط الرد هنا أى فيما إذا كان العوضان متجانسين و كان المبيع معيباً و تصرف فيه المشتري قبل العلم بالعيب مثلاً.

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفى للزوم الربا على الفرض بناء على قبوله، و ألا فقد عرفت عدم لزوم الربا فى ثبوت الأرش لعدم كونه جزء من الثمن و ألا كان البائع مشغول الذمة من الأول و لم يتوقف على مطالبه المشتري بل الأرش غرامة و من مستتبعات العقد كما لا يخفى، هذا ما يرجع الى أصل المسألة.

و لكن للعلامة هنا كلام آخر قد فسّره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهب الى وجود المانع من الرد أيضاً و حاصل كلامهما بيتنى على مقدمتين: - الأولى: أن وصف الصحة فى الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزماً للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الأول و ذلك لأنه إذا باع جنسا بجنس كان كل منهما فى مقابل الآخر على نحو التساوى و إذا كان فى مقابل الوصف شىء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائدا عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فى مقابل هذا الطرف، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فى مقابل وصف الصحة زائدا على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا، فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٤

البيع باطلا من الأول فوصف الصحة فى الربويات كوصف الكتابة فى غير الربويات فى عدم مقابلهما بالمال.

المقدمة: الثانية أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل عوض على مالكة على النحو الذى أخذه من مالكة فضم هذه المقدمة إلى سابقها ينتج أن التصرف فى الجنس الربوى المعيب يوجب سقوط الرد و الأرش معا و ذلك لأنه إذا رده المشتري فلا بدّ و أن يرد المبيع إلى البائع على النحو الذى أخذه و قد فرضنا أنه حين ما أخذه من البائع لم يكن وصف الصحة يقابل بالمال و ألا لبطل البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلا يقابل بالمال حين الفسخ أيضاً و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة فى أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه ألا رد ما قابله من المبيع لا غير و السر فى ذلك أن معنى الفسخ و التفاسخ هو البطلان العقد الأول و إرجاع مال كل من المتعاملين الى صاحبه على النحو الذى أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوضين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقابل أيضاً و كذا فى الفسخ فإنه إذا لم يكن وصف الصحة مقابلاً بالمال فى أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضاً، و ألا فلا بدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا على الفرض و على هذا فيسقط الرد و الأرش، أما الأرش فلما عرفت من كونه مستلزماً للربا فلا يكون ثابتاً و أما الرد فلانه ضرر على البائع بدون الأرش فيكون ساقطاً و اذن فلا يثبت الردّ و الأرش فيما إذا كان المبيع معيباً و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشتري.

و فيه أن ما أفاده من عدم كون وصف الصحة فى الربويات مقابلاً بالمال و ان كان صحيحاً ألا أن الأمر كذلك فى غير الربويات أيضاً فإن الأوصاف مطلقاً سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال و سواء فى الربويات أم فى غيرها و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٥

انما هى توجب زيادة المالىة فقط، فهى واسطة فى ثبوت المالىة للموصوف و على هذا فلا مورد لكلام المصنف و العلامة من أن الوصف من الأول لا يقابل بالمال فى الربويات لكونه موجبا للزوم الربا، و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشتري مع التفاوت فأيضاً ليس من جهة كون وصف الصحة مقابلاً بالمال، بل من جهة أن مقتضى قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على

مالكه على النحو الذى أخذه و من الواضح أن قيمة الصحيح أكثر من قيمة المعيب فلا- بدّ و أن يرده الى مالكه مع هذا التفاوت بمقتضى ضمان اليد، و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشتري التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، ليس من جهة الضمان المعامل، بل من جهة ضمان اليد، فإنه بعد فسخ المعاملة فيكون عليه رد مال البائع اليه على النحو الذى أخذه بمقتضى اليد، فكأنه لم تحقق هنا معاملة أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعاملة فلا بدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يردّه اليه على النحو الذى أخذه لأن على اليد ما أخذت حتى تؤدى فكذلك فى المقام و ألا فلازم ذلك أنه لو غضب أحد مال غيره فزال وصف الصحة عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، و هى بديهي البطلان، و لم يلتزم به أحد و على هذا فإذا رد المشتري العين المعيبة التى حدث فيها عيب عنده فلا بدّ له أن يردّه مع الأرش أى مع التفاوت الواقعى ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم إذا زال وصف الصحة عند الأخذ أو تلف فلا وجه لنفى كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل أو القيمة إذا أراد المشتري الرد و ذلك لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٦

ضرر على المشتري و الالتزام بجواز رده بدون الأرش ضرر على البائع فإنه لم يكن ماله حين إعطائه للمشتري معيوباً بالعيب الذى حدث عند المشتري و رده الى البائع مع الأرش مستلزم للربا و اذن فلا بدّ من فرض ذلك المال كالتلف و إذا فسخ المشتري العقد لكون متعلقه هو العقد فتنتهى النوبة الى البدل، و هو المثل أو القيمة و على الجملة فأولا لا وجه له لمنع الرد بدون الأرش من جهة لزوم الربا، بل يجوز الرد مع الأرش أى للمشتري أن يرد المبيع الى البائع مع بذله تفاوت ما بين الصحيح و المعيب من غير أن يلزم الربا من ذلك و مع التنزل نقول بعدم سقوط الخيار و بجواز الفسخ، و لكن لا بدّ من ردّ المثل أو القيمة دون العين المعيبة لكونه مستلزما للضرر إذا كان بدون الأرش و ان كان معه فيلزم منه الربا كما لا يخفى.

قوله: و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

إشارة

أقول: ظاهر الغنية إسقاطه الردّ و الأرش بلا خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيلة سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضا و فى الكفاية إطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق و المسالك لا نعرف فيه خلافا و فى الرياض أنه ظاهر الأصحاب المتأخرين كافة.

و على الجملة، فالمسألة مورد الخلاف بين الفقهاء إذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنية أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير و لكن المبسوط صرح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفاية ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها بالتأخير و كذا فى الحدائق، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخرين من الأصحاب أقول:

يقع الكلام فيه من جهتين:-

الاولى: فى وجود المقتضى للردّ و الأرش بأن الإطلاقات يقتضى ثبوتها عند تأخير الردّ أم لا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٧

الثانية: فى ثبوت المانع عن الأرش و الردّ و أنه على تقدير تمامية المقتضى للردّ و الأرش و ثبوت الإطلاق بالنسبة إليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش و الردّ أم لا؟

أما الجهة الثانية [في ثبوت المانع عن الأرش والرد]

فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه أما التصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلا عن الرضا بالعيب إلا إذا قامت قرينة على ذلك فهو بعيد في مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للرد في خيار الحيوان بمثل التقييل و نحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفى.

و أما التأخير فهو أيضا لا- يكشف عن الرضا بالعقد و العيب و ذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعي مختلفة من المسامحة و نحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد و من الواضح أن الأعم لا يدل على الأخص و على تقدير كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب و عليه فلا يكون دالا على سقوط الأرش أيضا و ان كان دالا على سقوط الرد كما هو واضح.

و أما الجهة الاولى [في وجود المقتضى للرد و الأرش]

فبالنسبة إلى الأرش فلا كلام لنا فيه و لم يخالف في ثبوته أحد و ان خالف صاحب الغنية بالنسبة إلى مطلق الرد و الأرش و لكن لم يعتنى به أحد و ذلك لأن إطلاق ما دل على ثبوت الأرش محكم فلا قصور فيه فان ما دل عليه كرواية جميل و زرارة ليس فيه أن الأرش مخصوص بالزمان الأول فقط، و إذا تأخر يكون خارجا عن مورد الإطلاقات، بل هي شاملة لأول زمان الاطلاع على العيب و الزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضى بالنسبة إلى جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فذكر المصنف أنه أي جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط، لأن الإطلاقات قاصرة عن شمولها للزمان المتأخر فإنها ناظرة إلى أصل جواز الرد لا إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٨

كيفية و أمده.

و لكن يرد عليه أن الروايات الدالة على ثبوت الرد أيضا مطلقة بالنسبة إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها رواية جميل و قد ذكر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن كانت قائمة بعينها فيجوز له الرد و لا شبهة في إطلاقه إلى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، و كذلك رواية زرارة فإنه عليه السلام ذكر أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم يتب عليه و قد أحدث فيه شيئا فإنه يمضى عليه البيع فإنها تدل بمفهومها على أنه إذا جاز الرد لعدم تحقق الأمور المذكورة جاز له ذلك مطلقا من غير أن يكون جواز الرد مختصا بالزمان الأول و تشكيك المصنف في الإطلاقات و تخصيص ذلك بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه.

و بعبارة أخرى أن وجود المقتضى للرد و عدم وجود المقتضى له مبنى على وجود الإطلاق لا دلالة خيار العيب و عدمه فان قلنا بثبوت الإطلاق لخيار العيب فلا- شبهة في وجود المقتضى لثبوت خيار العيب في الزمان المتأخر عن الزمان الأول من أزمته الاطلاع على العيب و ان لم يكن المقتضى موجودا أي لم يكن إطلاق لأخبار خيار العيب كان الكلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبة إلى الأزمنة المتأخرة و عدم تقدمه عليه أي المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، و قد تقدم في خيار العيب أن العمومات الدالة على اللزوم منحلّة إلى الأفراد الطولية حسب استمرار الأزمنة كانحلّها إلى الافراد العرضية أي العمومات انما تثبت الحكم الخاص لكل فرد خاص من الافراد العرضية و الطولية و مع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح، فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٨٩

و أما بناء على القول بتامية المقتضى فلا شبهة في تقدمها على العمومات و كونها مخصّصة لها كما هو الميزان في تقدم كل خاص على كلّ عام و اذن فلا بدّ من التكلم في أصل وجود المقتضى و عدمه و قد عرفت أنه تمام في المقام فلا مانع من شمول الإطلاقات الدالة على ثبوت الرد بالنسبة إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر كما هو واضح.

ثم ان هنا حاشية عجيبة للسيد (ره) فإنه ذكر في ذيل عبارة المصنف و هي قوله بناء على ما تقدم في سائر إلخ، حيث ذكر أن العبارة سقطا و هو عجيب، فان مراد المصنف من العبارة واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من أصالة اللزوم فلا سقط في العبارة. قوله: مسألة: قال في المبسوط.

أقول:

إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب فهل يجب عليه إعلام المشتري بالعيب مطلقا أو لا،

ذكر في المبسوط أنه إذا لم يبينه فعل محظورا أي محرما و عليه فيجب الاعلام مطلقا. و الثاني: ما ذكره في المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الإعلام أو التبري من العيب. و الثالث: استحباب الاعلام كما في التذكرة و الشرائع.

و الرابع: التفصيل بين العيب الخفي، فيجب فيه الإعلان دون الجلي فلا يجب فيه الإعلان و على الأول فاما يجب فيه الإعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعة، أو مع عدم التبري كما في الدروس فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسة أقول: و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسة هو أن عدم بيانه عيب السلعة هل هو غش أم لا؟ و قد تقدم تحريم الغش في المكاسب المحرمة، فذكر السيد في حاشيته أن النسبة الغش و النصح ليست من قبيل النقيضين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث، بل يمكن أن لا يكون الإنسان مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٠

ناصحا و لا غشا كنوع الناس بالنسبة إلى نوعهم فالساكت عن شخص ليس ناصحا له و لا غاشا و عليه فالبايع و ان كان عالما بالعيب، و لكن لا- يجب عليه بيان العيب و إظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و إظهار السلعة على نحو يتخيل المشتري أنه صحيح و أما السكوت عن ذلك فلا و للمشتري أن يدق النظر في السلعة و يسأل من البائع أو من شخص آخر أن في المبيع عيب أم لا. كان الكلام في بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الأقوال فيه خمسة بالنسبة إلى الحكم التكليفي:

الأول: وجوب الاعلام مطلقا.

الثاني: وجوبه إذا لم يتبرء أو مع التبري.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الجلي و العيب الخفي و على الثاني يجب الإعلام اما مطلقا أو مع عدم التبري و أما مع كون العيب جليا فلا يجب الإعلان فذكر المصنف أنه يجب الاعلام من جهة أن عدمه إخفاء العيب فهو غش فالغش حرام على ما عرفت في الجزء الأول من دلالة الروايات الكثيرة على حرمة غش المسلم في البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شبهة في صدق الغش على عدم بيان عيب المتاع و أورد عليه السيد في حاشيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذي لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من قبيل العدم و الملكة، أو الضدين الذي لهما ثالث فإذا لم ينصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا، بل لا- يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البائع إذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا ناصحا، فان مجرّد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم في حرمة الغش جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩١

بيع المعيب إذا كان ظاهرا كما في صحيحه محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد في المقام.

و لكن الظاهر أنه لا شبهة في صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه و عدم التبري منه و عدم كون العيب جليا بحيث يظهر للمشتري أنه معيوب لا- أن يكون بحيث يكون ظاهرا لغير المشتري فإنه إخفاء العيب عن المشتري و لا يقاس ذلك بالشخص الثالث فإنه إذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشا و لا إذا سئل عنه و سكت فإنه ح يكون غاشا و هذا الوجه يمكن المناقشة فيه بأنه

لا معنى للالتزام بالوصف الخارجى إلا رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقا و هو ليس الا الحكم الوضعى و لا بد هنا بيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه إذا سكت البائع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحة المبيع فهو كالتصريح بالصحة و يكون ذلك إخفاء فيكون محرما كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقا من ان البائع بسكوته عن إظهار العيب فى المبيع يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و إذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ و لم يكن العيب جليا فلا شبهة فى التزامه بسلامة المبيع عن العيب و ليس هذا إلا كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشا للمشتري.

نعم، إذا تبرأ من العيب فلا يكون منه ح التزم على الصحة و هكذا إذا كان العيب جليا بحيث أن المشتري يراه لا بحيث لا يراه لغفلة منه أو لا يلاحظه اعتمادا على أصالة الصحة كما هو واضح و المذكور فى الصحيحة من جواز بيع المعيوب و عدم كونه غشا انما هو فرض كون العيب جليا فلا تكون الصحيحة مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى أعنى وجوب الإعلان مع عدم التبرى فيما يكن العيب جليا للمشتري، هذا بالنسبة إلى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٢ الحكم التكليفي.

و أما بالنسبة إلى الحكم الوضعى أعنى بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففى جامع المقاصد أنه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل فى ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى. فلا بد من التكلم فى أقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد فى أى مورد، أقول: توضيح المسألة أن الغش تارة يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعة: الأول: أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا فى الشىء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته، بل يصدق عليه الحليب عرفا.

الثانى: أن يكون اللبن مثلا مستهلكا فى الآخر أى فى الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن.

الثالث: أن لا يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث و حقيقة ثالثة كمزج الخل بالسكر فإنه يوجب تشكيل حقيقة أخرى غير الخل و السكر و يقال له السكنجين.

الرابع: أن لا يستهلك أحدهما فى الآخر بعد الامتزاج كخلط التراب فى الحنطة على نحو لا يصدق عليه أنه تراب أو حنطة أو شىء ثالث، بل يقال أنه حنطة و تراب فهل يصح البيع فى جميع هذه الصور أو يبطل فى جميعها أو يفصل؟

فنقول: أما إذا كان الغش من عيب آخر غير المزج و الخلط فالظاهر هو صحة البيع مع الخيار، فإن البائع قد التزم بحسب بناء العقلاء على صحة المبيع و كونه واجدا لوصف الصحة و قد عرفت سابقا أنه لا معنى للالتزام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٣

بالوصف الخارجى إلا- تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقدير وجوده فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحة البيع فيتعين الثانى فيكون البيع صحيحا مع الخيار و ان كانت المعاملة حراما تكليفا و على هذا فلا شبهة فى صحة البيع كما هو واضح، و قد عرفت سابقا أن خيار العيب على طبق القاعدة و الاخبار الواردة فيها وردت على طبق القاعدة.

و أما إذا كان الغش من جهة المزج فان كان المزج من قبيل القسم الأول بأن يكون الخليط مستهلكا فى المبيع كشوب الماء فى اللبن كان البيع صحيحا لتحقق الصورة النوعية العرفية و هو عنوان اللبن الذى هو مبيع غاية الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف

الوصف و هذا واضح و ان كان المبيع مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشىء الموجود الخارجى بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن و انما يصدق عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن و على هذا فلا شبهة فى بطلان البيع لتخلف الصورة النوعية المعترية فى صحة البيع الواقع على العين الخارجية على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه البيع و من هنا يظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان الامتراج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح.

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من الحكم ببطلان البيع للجهالة أو عدم بطلانه و أما الأقسام المتقدمة فليست موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحة مطلقا مع الخيار أو باطله كذلك و الصحيح هو الحكم بصحة البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان بالنسبة إلى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما إذا باع منين من الحنطة فظهر أحدهما ترابا و المن الآخر حنطة بحيث يصدق على كل منهما أنه حنطة أو تراب، فلا وجه لصحة البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٤

يقع عليه البيع و لا وجه للقول بالبطلان فى المجموع لأن المفروض أن نصفه مما وقع عليه البيع فيحكم بالصحة فى النصف و بالبطلان فى النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعددة و انحلال البيع الى بيوع عديدة غاية الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقة خصوصا إذا كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى مالية المبيع أو فى غرض المشتري كما هو واضح.

ثم ان هنا اشكالا آخر و هو أن المبيع ح يكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجهالة لعدم العلم بأن الحنطة هنا أى مقدار و فيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه إذا كانت الجملة معلومة فيصح البيع و ان لم تكن الأجزاء معلومة و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك.

فى اختلاف المتبايعين

إشارة

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين.

أقول: توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثة فإنه تارة يقع فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثة فى الفسخ.

أما الصورة الأولى [الاختلاف فى موجب الخيار]

إشارة

ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه

فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو البائع غالبا لأن الأغلب أن المشتري يدعى العيب و البائع ينكره. و توضيح الكلام هنا أنه إذا اختلف البائع و المشتري فى تعيب المبيع بأن يختلفا فى كون المبيع معيوباً قبل العقد و عدمه بحيث فعلا

أى بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٥

العقد أيضا لم يثبت كون المبيع معيوباً فهذا لا يخلو عن صور:

الاولى - أن يكون المبيع قبل العقد معيوباً ولكن يدعى البائع زوال العيب و عدم بقائه إلى زمان العقد، فح فالأصل بقاء العيب الى زمان العقد فوقوق العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب الى زمان العقد محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشتري الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوباً و لا- بدّ للبائع من إثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب، و ح فيحلف المشتري و ان كان المبيع قبل العقد سالماً عن العيب و لكن يدعى المشتري تعيبه حين العقد و أن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البائع لأصالة بقاء المبيع على حالته الأولى و ح فيحلف البائع فلا بدّ للمشتري أن يثبت أن المبيع كان معيوباً كما هو واضح.

و إذا لم تكن له حالة سابقة أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعة عن جريان الاستصحاب كما ذهب اليه صاحب الكفاية أو لم تكن مانعة عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضة فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الاعدام الأزلية فنرجع الى الاستصحاب العدم الأنزلى فنقول أن طبعى البيع و ان تحقق فى الخارج مسلماً و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أو عوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى رواية زرارة و نقول الأصل عدم وقوع العقد على ما فيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفي الوصف عن المرأة القرشية لا نفي أصل الموضوع لأن طبعى البيع محقق فى الجملة فى الخارج و بهذا الأصل أيضا ثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التنزل من ذلك و عدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبة إلى الأصل الحكيمى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٦

و نقول انه ثبت بالأدلة القطعية و القواعد العامة أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و من الواضح أن مال المشتري و هو الثمن قد صار مال البائع بالمعاملة فنشك فى أنه هل يكون مال المشتري أيضا أم لا، فنقول الأصل عدمه فنستصحب مالكية البائع أو نتمسك بالعمومات الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير كما هو واضح.

و لكن يمكن المناقشة فى ذلك من جهة أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية حيث نشك فى أن الثمن بعد الفسخ من مال البائع أم لا، فلم نحز كونه من مال البائع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك أو أما استصحاب الملكية أى ملكية البائع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب فى الشبهات الحكيمية.

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب فى الشبهات الحكيمية هو أن الشك فى الشبهات الحكيمية انما هو من ناحية الشك فى الحكم الشرعى للشئ و هل أن حكمه أى شئ و من الواضح لا نشك هنا فى الحكم إذ مع كون المبيع معيوباً فحكمه معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشتري و مع عدم كونه معيوباً فلا خيار له فلا نشك فى الحكم الشرعى، بل لا ندرى أن الموضوع هو معيب أم لا.

و أما وجه كونه شبيهاً بالشبهات الحكيمية فمن جهة أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحاً فتكون الملكية الحاصلة هنا مطلقاً لأن ما اشترط فيه من وصف الصحة بحسب بناء العقلاء قد تحقق فى المبيع أم لا، بل كان معيباً بان لم يكن الوصف المذكور موجوداً هنا فيكون الشك فى ذلك منشئاً للشك فى كون الملكية المجعولة مطلقاً أم لا فتكون شبيهة بالشبهات الحكيمية حيث نشك أن ملكية البائع مجعولة على نحو الإطلاق أو كانت مقيدة بعدم كون المبيع معيوباً فيكون مخدوشاً و العمدة ما ذكرناه من التمسك بالأصل الموضوعى و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٧

هو استصحاب العدم الأزلي.

و أما الاعتماد على أصالة الصحة و السلامة على ما ذكره المصنف فيما تقدم و فيما يأتي أشار إليها السيد في حاشيته فلا وجه له، فإنه لا دليل على اعتبار أصالة السلامة أصلاً، فإنه لم يقدّم بناء من العقلاء على أن الأصل في الأشياء هو السلامة و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء، بل لا معنى له أصلاً فأى معنى لا التزامهم على أن الأصل في الأشياء السلامة.

نعم، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالماً من العيوب عند البيع بمعنى أن البائع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالماً عن العيوب و مع عدم السلامة فيكون للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما الصورة الثانية فهي أن يكون الاختلاف في كون الوصف الموجود في المبيع عيباً أم لا،

بأن يدعى المشتري كونه عيباً و يدعى البائع عدم كونه عيباً و لم يجد في البين أهل الخبرة حتى يرجع إليه و ح فالأصل أيضاً مع البائع و أنه عدم كونه عيباً و اذن فيحلف البائع على ذلك فلا يكون للمشتري حق الرد و حق مطالبته الأرش و ان كان البائع يعترف بكونه نقصاً في المبيع و أن قيمته المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيباً بحيث يثبت له الأرش فإنه ثابت في فرض كون المبيع معيباً و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان القيمة فلا يكون عيباً فيكون له أى للمشتري خيار من جهة النقصان و لا يكون له الأرش كما هو واضح.

و قد عرفت سابقاً أن مثل الصبغ و الخياطة و قطع الثوب و طحن الحنطة يوجب نقص القيمة لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الأوصاف ليست بعيب في المبيع، بل أوصاف توجب نقص القيمة فله أى للمشتري رد المبيع فقط، و ان أنكر البائع كون الوصف كذلك أيضاً بأن أنكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمة أيضاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٨

فيكون مثل إنكاره أصل كونه عيباً فالأصل عدمه فيكون القول قول البائع فيحلف و للمشتري الإثبات و هذا واضح.

و أما الصورة الثالثة: فهي أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد و لكن وقع الاختلاف في كون العيب قبل العقد أو بعده

و على تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف في أنه وقع في حال ضمان البائع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو في زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل.

و لكن هذا الصورة بعينها راجعة إلى الصورة الأولى و هى أن يكون الاختلاف في كون العقد واقعاً على المعيب فان معنى الاختلاف في تعيب المبيع بالمعيب المعلوم الذى هو موجود بالفعل في ملك المشتري و فى ضمنه أولاً هو أن المبيع كان معيوباً قبل العقد أم لا، فيكون ذلك بعينه هو الوجه الأول كما هو واضح فتجرى فيه الوجوه المتقدمة،

و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أنه لا-وجه لكون تاريخ أحدهما من التعيب و وقوع العقد على المعيب معلوماً أو مجهولاً، ليجرى الاستصحاب فى مجهول التاريخ دون معلومه و ذلك لما عرفت أن موضوع الحكم فى ترتب أحكام المعيب عليه من الرد و الأرش انما هو العيب و العوار و من الواضح أصالة عدم وقوع البيع على المعيب الى زمان العقد لا يثبت وقوع العقد على المعيب فإنها بالنسبة إلى موضوع الحكم و هو العيب أو العوار مثبت كما هو واضح.

و الحاصل: أن الوجه الثالث يرجع الى الوجه الأول فإن مرجع ذلك الى وجود العيب فى المبيع و عدمه و لا-اعتناء بتقدم تاريخ أحدهما على الآخر و عدمه كما هو واضح.

و ذكر المصنف عن المختلف انه حكى عن ابن الجنيد أنه ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكرًا و ذكر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ١٩٩

المصنف و لعله لأصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و قد ذكر ذلك في البحث عن خيار الرؤية و الأصل عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري.
أقول: قد ذكرنا في البحث عن خيار الرؤية.

أما ما ذكره من أصالة عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنى محصّياً أصلاً فإنه ان كان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهة أن مقتضاه هو اللزوم و ان كان المراد من ذلك هو المطلقات أى الأصل اللفظي فلا شبهة أن المطلقات تقتضى اللزوم فلا مورد لدعوى أصالة عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الأصل هو عدم اللزوم و هو أصل حكيم فيرتفع موضوعه بواسطة الأصل الموضوعي الجاري في مورده و هو أصالة عدم كون المبيع معيباً و أصالة عدم وقوع العقد أى هذا العقد الشخصي على المعيب الذي هو موضوع عدم اللزوم و قد عرفت أنفاً أن العدم الأزلي يجري في المقام و يحرز به موضوع عدم الخيار كما هو واضح.

و أما أصالة عدم استحقاق البائع الثمن و فيه أنه بديهى البطلان فإن البائع يستحق الثمن على كل تقدير أى سواء كان المبيع معيباً أم لا ضرورة أن الأرش انما هو ثابت بمطالبة المشتري فلا معنى لأن لا يكون البائع مستحقاً للثمن كما هو واضح.

و أما أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود فلا وجه له أيضاً لأن الأصل لا يجري في المركب بما هو مركب إذا جرى في اجزائه.

و قد عرفت أن الأصل هو عدم كون المبيع معيباً و الأصل هو عدم وقوع العقد على المعيب و مع ذلك فلا وجه لجريان أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و مع الغرض عن جميع ذلك فقد عرفت أن مرجع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٠

الوجه الثالث الى الوجه الأول من كون الشك في كون المبيع معيباً قبل العقد أم لا، و الأصل في ذلك مع البائع أى عدم كونه معيباً فيكون المشتري مدعياً.

و قد عرفت أن المصنف قد حكى الاتفاق على كون البائع منكرها هناك و كون المشتري مدعياً و لم ينقل الخلاف عن أحد، بل نقل الوفاق عن ابن الجنيد أيضاً و مع ذلك فلا وجه له لجعل المشتري منكرها و البائع مدعياً، و جعل المسألة محلّ الخلاف بين الأصحاب، و تحصل أنه لا وجه للأصول المذكورة في المقام.

و أما وظيفة الحاكم و أنه ما إذا يفعل إذا اختلف البائع و المشتري في ذلك، فنقول قد يكون لكل من البائع و المشتري بينة على غرضه، و قد يكون البينة لأحدهما دون الآخر و قد لا يكون لأحد منهما بينة.

أما الصورة الأولى: و هي ان تكون البينة لكل منهما فهل تعارض بينة كل منهما مع بينة الآخر فتسقطان أو يتقدم بينته الداخل و هو الذى يكون قوله موافقاً للأصل و يسمى من يكون قوله موافقاً للأصل داخلاً، فإن الأصل يقتضى أن يكون المال له أو يقدم بينة الخارج و هو الذى لا يكون

قوله موافقاً للأصل و هو المدعى

فنقول مقتضى الإطلاقات الواردة في حجية البينة و ان كانت شاملة لحجية كل من البيتين و عليه فمقتضى القاعدة هو سقوطهما عن الحجية و لكن مقتضى التأمل قوله عليه السلام إنما أقضى بينكم بالإيمان و البيئات مع التأمل في قولهم عليه السلام البينة للمدعى و اليمين لمن أنكر هو تقدم بينة الخارج، و هو بينة المدعى على بينة المنكر و هو بينة الداخل كما هو المعروف و المشهور فان الظاهر من ملاحظة تلك الأدلة هو أن الحكم للمدعى انما هو بالبينة و أن الحكم للمنكر انما هو باليمين، فإن الرواية الأولى خصت القضاة بالإيمان و البيئات و الرواية الثانية فشرت ذلك و خصت البينة للمدعى و خصت اليمين بالمنكر، و ان حسم النزاع انما يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠١

بذلك و مقتضى الجمع بين الروايتين أى ضم إحداهما إلى الأخرى ينتج أن إقامة البينة إنما هو وظيفة المدعى و الحلف إنما هو وظيفة المنكر و عليه فلا وجه للحكم بتساقط البينتين فيما إذا أقاما بيئته، بل لا بدّ من الحكم بتقديم بيئته الخارج اذن فتكون الروايات مخصّصة لما دل على حجية مطلق البيئته.

نعم، ورد فى جملة من الروايات أن بيئته ذى اليد تتقدم على بيئته غيره فتكون هذه الروايات شاهدة على تقديم بيئته الداخل و لكن الظاهر أنه لا شهادة فيها على ذلك فإن جهة تقديم بيئته ذى اليد على غيره ليس بعنوان البيئته فقط، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيئته الداخل بل لكون اليد بنفسها أماره الملكيه فتكون مع قيام البيئته على و فقها متقدمه على البيئته القائمه على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البيئته.

و بعبارة أخرى البيئته أماره و اليد أيضا أماره فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمه على بيئته الخارج التى أماره واحده و على هذا فلا شهادة فيها على تقديم بيئته الداخل على بيئته الخارج، كما هو واضح.

و أما إذا كانت البيئته للخارج فقط و هو المدعى فلا شبهه للعمل بها كما هو واضح، و قد عرفت أن الحكم بالبيئته إنما هو للمدعى و أن إقامة البيئته من وظائفه.

و أما إذا كانت البيئته للمنكر فقط فهل يحكم له مع البيئته من غير احتياج الى الحلف أو لا بدّ و أن يحكم له بالحلف فقد ظهر مما تقدم أن الحكم للمنكر إنما هو باليمين فلا بدّ و أن يحلف و إذا حلف فيحكم له و يختم الدعوى.

و أما إذا لم تكن لكل منهما بيئته فلا شبهه فى أنه إنما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونه فلا فإنك قد عرفت أنه مع إقامة البيئته لا يحكم له إلا باليمين، فكيف إذا لم تكن له بيئته، هذا كله بالنسبة إلى وظيفة الحاكم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٢

و قد انتهى الكلام إلى صورة عدم قيام البيئته من طرف البائع و من طرف المشتري و أن البائع المنكر لوجود العيب فى المبيع كيف يحلف، و توضيح الكلام أن البائع تارة ينكر على نفي العيب فى الواقع بأن يدعى المشتري أن المبيع كان معيبا فى الواقع و البائع ينكره فالبائع ح يحلف و يحسم النزاع و ترتفع الدعوى حقيقه و فى الواقع و بعد ذلك لو أقام المشتري بيئته على كون المبيع معيوباً حين العقد فلا تسمع إذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعاً كما أنه ليس للمشتري أخذ الأرش من البائع بعنوان الأرش و لو على سبيل التقاص، فان الحلف أسقط حقه و لو كان على خلاف الواقع يكون البائع مشغول الذمه على المشتري و أما إذا كان المشتري عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو إقامته البيئته على ذلك لا يجوز صحة التقاص أو الأخذ من البائع قهراً عليه إلا أن يكذب البائع نفسه فى إنكاره فح يجوز للمشتري فسخ العقد و أخذ الثمن أو أخذ الأرش فقط، و لو لم ينكر البائع العيب الواقعي و لا يقول بأن المبيع ليس بمعيب واقعا بأن ينفى البائع العلم على كون المبيع معيوباً و يقول لا أدري فهل يتوجه عليه الحلف؟ ح و إذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضاً مثل الأول أو لا، هذه جهة من الكلام فى صورة نفي العلم بالعيب.

و الجهة الثانية: أنه إذا لم يكن حلفه هذه موجبا لحسم النزاع واقعا و إسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهراً أم لا؟

أما الجهة الأولى: فلا شبهه ان الحلف على نفي العلم بالعيب لا يوجب إسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشتري حق أخذ الأرش من البائع حتى مع العلم بكذبه و السرّ فى ذلك أن ما يدعيه المشتري غير ما ينكره البائع فإن المشتري يدعى أن المبيع معيوب فى الواقع و البائع لا ينكره، بل ينكر العلم و يقول انى قد اعتمدت فى البيع على أصالة السلامة أو الاستصحاب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٣

أو بإخبار شخص آخر بالصحة و نحو ذلك و ليس له ان يقال بحجية الاستصحاب فنعمل بمقتضاه و الوجه فى ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبين وظيفة المكلف فى الظاهر فيعمل بمقتضاه فى الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات و المشتري أيضا لا يدعى أن البائع يعلم كون المبيع معيوباً فى الواقع و على هذا فلا يكون حلف البائع على عدم علمه بالعيب، موجبا لإسقاط دعوى

المشترى و عليه فلو علم بالعيب واقعا جاز له أخذ الأرش تقاصا من البائع و بعد ما أقامت بينه جاز له أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ من البائع إذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ و الأرش و الا فأحدهما على سبيل مانعة الجمع.

نعم إذا كان المشتري ادعى علمه بالعيب فحلف البائع بعدم العلم يسقط دعواه حقيقة و واقعا الا أن يكذب البائع نفسه فى حلفه كما هو واضح.

و على الجملة فلا تنقطع الخصومة بالحلف إلا إذا كان متعلقا بنفى الواقع و إلا فلا يوجب قطع الخصومة كما هو واضح هذا هو الذى تقتضيه القواعد على ما ذكره المصنف (ره).

قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد.

إشارة

أقول: ذكر المصنف هذا الفرع فى المقام غير مناسب، بل له أن يؤخره إلى أحكام الخيارات و ذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى خيار الغبن و الروية و المجلس و غير ذلك من الخيارات.

و مسألة الاختلاف فى التقدم و التأخر فى خيار العيب لا- توجب اختصاصها بالمقام، و انما هى من صغرياتة و لكن حيث ذكرها المصنف، فنحن نتبعه أثره و توضيح المقام أنه إذا وقع البيع فى الخارج و وقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتارة يقع البيع من الأصليين ثم ادعى المشتري العيب فى المبيع و ينكره البائع فهذا هو الذى تقدم الكلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٤

فيه.

و آخر يكون المشتري مثلا أصلا و البائع و كيلا و ح فالوكيل قد يكون و كيلا فى البيع حدوثا و بقاء و قد يكون و كيلا فى البيع حدوثا فقط لا بقاء.

و على الأول فإذا ادعى البائع كونه و كيلا من قبل الموكل فح قد يعلم المشتري بالحال و يعلم أنه و كيل من قبل الموكل حتى حين العقد و قد لا يدري بذلك و انما البائع يدعى كونه و كيلا من قبل البائع بعد ادعى المشتري فى كون المبيع معيبا أما إذا كان الوكيل و كيلا حدوثا و بقاء.

فتارة يعلم البائع بوكالته و أخرى لا يدري ذلك كما عرفت و على الأول فللبائع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البائع فإن كل منهما طرف الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و له التصرف فى ذلك كالوكيل فى المضاربة و هو بمنزلة المالك فى جميع الأحكام المترتبة على البائع و على هذا فإن أنكر كل من الوكيل و الموكل كون المبيع معيبا فتجرى هنا الأحكام المتقدمة فللمشتري ان يحلف الوكيل على ذلك أو الموكل، فأى منهما حلف سقط حق المشتري فى الظاهر واقعا كما عرفت، فإذا أنكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فإن كان المعترف هو المالك فواضح، و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا، فإنه ليس أجنبيا عن الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا فى حق الأجنبى، بل كان اعترافه اعترافا فى حق المالك فان يد الوكيل هو يد المالك، هذا إذا كان الوكيل و كيلا عن المالك حدوثا و بقاء مع علم المشتري بكونه و كيلا عن المالك كذلك و أما إذا لم يعلم المشتري بالحال و انما البائع بعد مراجعة المشتري إليه يقول انى و كيل من قبل الفلان فتارة يقطع المشتري بأن البائع يكذب و يمينائه ان يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه.

و على تقدير عدم العلم بكذبه و الموكل أيضا يعترف بكونه و كيلا من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٥

قبله فى بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل و الى الموكل أما الى الوكيل فبمقتضى اليد فإن المشتري يقول انى اشتريت المال منك و

مقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلا بد أن تكون أنت طرفا للدعوى و له أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل وكيلا من قبله و على هذا فإن أنكر فيجربى فيه ما تقدم و ان أنكر الموكل و اعترف الوكيل بالعيب فيرجع للمشتري الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ و عليه فيشكل هنا دعوى اخرى و هى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجربى هنا ما تقدم من الحكم على المدعى بالبينه و عدمها يحلف الموكل و ينحسم النزاع و هذا واضح.

و إذا علم المشتري و قطع بأن الوكيل كاذب فى دعواه سواء اعترف الموكل بكونه وكيلا من قبله أم لا، فح ليس للمشتري إلا الرجوع فى دعواه الى الوكيل و ان اعترف الموكل بالعيب و أنكره الوكيل فإن المشتري بحسب اعتقاده بحسب الموكل أجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح، نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشتري على إثبات دعواه.

و أما إذا كان الوكيل وكيلا فى البيع حدوثا لا بقاء فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل و ان كان وكيلا فى البيع و لكنه حين الدعوى صار أجنبيا فيكون اعترافه بالعيب حين العقد كقول الأجنبى بذلك فيكون شاهدا واحدا للمشتري و هذا واضح، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسه ثوب كان عنده فإنه ليس من قبيل قول ذى اليد، بل من قبيل الشهادة.

خوبى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٧، ص: ٢٠٥

و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف بينهما

إشارة

و فى هنا جهات من البحث:-

الأولى: فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل

إشارة

فإذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البائع و بين الأصيل الذى هو المشتري ثم وقع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٦

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تارة

[الصورة الأولى] كان المشتري قاطعا بأن البائع فى دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع اعتراف الغير بأنه و كله و هو وكيله

فإن المشتري لا يوجه الدعوى و لا يرجع فى هذه الصورة إلا إلى البائع الذى يدعى الوكالة عن الغير فإن المشتري حسب اعتقاده يرى البائع كاذبا فى دعواه فليس له مع ذلك الرجوع الى شخص آخر و ان صدقه هذا الشخص الآخر فى دعواه و كونه وكيلا من قبله.

الصورة الثانية: أن يدعى البائع كونه وكيلا من قبل الموكل و لم ينكره المشتري و ليس له قطع بكذبه، بل يحتمل صدقه

و لكن يقول انى اشتريت المال منك فمقتضى يدك كونه من ملكك فان اليد أمانة الملكية و مع ذلك أن من يدعى البائع كونه وكيلا- من قبله أيضا يعترف بكونه وكيلا- من قبله، و ح فللمشتري أن يوجه دعواه الى الوكيل لكونه هو المالك بحسب الامارة و هى

اليد و له أن يوجه دعواه الى الموكل لكونه معترفا بكون الوكيل وكيلا من قبله، فيكون قوله و اعترافه مسموعا.

الصورة الثالثة: أن يعلم المشتري بكون البائع وكيلا عن الغير و ادعى كون المبيع معيوباً

فلا يجوز له أن يوجه دعواه الى الوكيل بداهة أن الوكيل كالأجنبي فلا يسمع إنكاره أو اعترافه بالمطلب في حق الموكل و قد ذكرنا أنه نظير من كان تحت يده ثوب متنجس فباعه ثم بعد مدة أخبر بكونه نجسا فان قوله بالنسبة إلى نجاسة ذلك الثوب شهادة فيدخل تحت عنوان الشهادة لا من قبيل قول ذي اليد لكي يسمع قوله بمجرد الاخبار.

و على الجملة فلا يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى الوكيل و ان اعترف بالمطلب غاية الأمر يكون اعترافه من قبيل الشهادة فيحتاج إلى تمامية شروطها.

نعم، لو كان الوكيل وكيلا مفوضا بمعنى أن يكون وكيلا في البيع حدوثا
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٧

و بقاء لا- مفوضا في مقابل الوكيل في إجراء العقد فإنه يمكن أن يكون وكيلا مفوضا في خصوص البيع و المقصود أن الوكيل إذا كان وكيلا مفوضا في البيع حدوثا و بقاء فإنه يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل شاء و هذا كالوكيل في المضاربة و نحوه هذه هي الجهة الاولى.

أما الجهة الثانية: في أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا في حق الموكل أم لا،

الظاهر بل الواقع أن اعترافه لا يكون نافذا في حق الموكل فإنه قد عرفت في الجهة الأولى أنه أجنبي عن الموكل فلا يكون اعتراف الأجنبي نافذا في حق الأجنبي الا أن يكون وكيلا مفوضا في البيع حدوثا و بقاء فان اعترافه اعترافا في حق الموكل أيضا كالوكيل في المضاربة و نحوها.

الجهة الثالثة: في أنه مع حكم الحاكم بالأرث أو بالفسخ هل يثبت ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس.

فنقول: ان كان الموكل اعترف بالمطلب و أن الوكيل وكيلا و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه، كما أنه لا شبهة في أنه إذا لم يكن حكم الحاكم موجبا لثبوت الأرث أو الفسخ كما إذا كانت البائع منكرا و حلف و انقطع الدعوى فإنه لم يلزم شيء هنا على الوكيل البائع حتى نتكلم في أنه عليه أو على الموكل و إذا ثبت على البائع شيء فتارة يثبت ذلك باعتراف الوكيل بكون المبيع معيبا و أخرى بالبينة و ثالثة باليمين المردودة، أما إذا ثبت الأرث أو الفسخ باعتراف الوكيل فلا- يكون الأمر الثابت الّا ثابتا على الوكيل فإنه انما ثبت باعتراف الوكيل و هو أجنبي عن الموكل، فلا- يكون اعتراف الأجنبي نافذا في حق الآخر كما قدمناه في الجهة الثانية إلا إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا في الحدوث و البقاء كما هو واضح.

و أما إذا كان ذلك ثابتا بالبينة فهي حجة شرعية و موجبة لكون الأرث أو لوازم الفسخ على صاحب المال، فإن البينة إنما قام في ذلك المورد فتكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٨

الغرامة ثابتة على الموكل و إذا ثبت ذلك باليمين المردودة فقد وقع الكلام في أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعني الاعتراف فلا شبهة في أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعني الاعتراف فلا شبهة أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البينة فيكون ذلك مسببا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدلة أن اليمين المردودة مسبب مستقل لحسم الدعوى فلا وجه لتزويل ذلك منزلة الاعتراف أو منزلة البينة بل يلاحظ في نفسها حتى لا تكون موجبة لكون المال على الموكل بل على الوكيل.

انتهى الكلام الى جهات البحث فى بيع الوكيل مع المشتري بكونه وكيلا أو عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصا بالمقام، بل هو يجرى فى جميع الخيارات و هو من أحكامها و كثير الفائدة و قلنا هناك جهات للبحث.

و انتهى الكلام إلى الجهة الرابعة و هي ان العيب الثابت بحكم الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل

فنقول تارة لا- يثبت شىء بحكم الحاكم أصلا فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشتري من غير ثبوت شىء على البائع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البائع فهل يكون هذا لازما على الموكل أو على الوكيل فثبوت هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البيئته على ذلك أو باليمين المردودة أما إذا كانت العيب ثابتا بالبيئته فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ ثمن العين بعد الفسخ على الموكل فإن البيئته إنما قامت على كون العين المبيعة معيبة و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما أثبتته البيئته أيضا على الموكل سواء اعترفا الوكيل و الموكل بالعيب فى هذه الصورة أم لا.

و قد يكون العيب ثابتا باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوباً و حكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٠٩

الفسخ انما هو يثبت على الوكيل حسب اعترافه و لا يكون اعترافه ثابتا على الموكل إلا أن يعترف بالعيب كما يعترف بالوكالة فإنه ح يكون العيب على الموكل حسب اعترافه إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كالوكيل فى المضاربة كما تقدم و على تقدير عدم كونه وكيلا مفوضا من قبل الموكل مع كونه منكرا للعيب فيشكل هنا دعوى ثانية بين الوكيل و الموكل فان الوكيل يدعى كون العيب من الأول و كون لوازمه على الموكل من الأرش و ردّ الثمن على تقدير الفسخ و المشتري ينكر ذلك فإن أقام الوكيل بيئته على كون العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب على الموكل و الا فيحلف الموكل فيكون لوازم العيب ثابتا للوكيل و ح يشكل تصرفه فى العين بعد ردّ الثمن على المشتري على تقدير الفسخ فإنه بحسب اعتقاده يرى عدم استحقاقه بالعين و كونه معيبة و كون الثمن لازم الرد من الموكل و مع ذلك كيف يتصرف فى العين و لكن الظاهر أن هذا لا يوجب الإشكال فإنه يحصل الصلح بين الوكيل و بين الموكل إذ الموكل لا يدعى كونه مستحقا للعين و الثمن الذى أخذه معا بل هو يقول انى بعت عينا صحيحة و لم يكن فيها عيب فيكون الثمن الذى أخذته من المشتري ملكا لى فلا يكون الثمن الذى رده الوكيل و أخذ العين المعيبة فإن العيب انما حدث فى ملك المشتري و الوكيل يدعى كون العيب عليه فإذا أنكر الموكل العيب فقد رضى كون العين له فى مقابل الثمن الذى يردده إلى المشتري فيكون هنا صلح قهرى و معاوضة قهرية بين الوكيل و الموكل كما هو واضح.

ثم إذا لم يكن الوكيل معترفا بالعيب.

فتارة ينكره جازما و معتقدا بان المبيع لم يكن فيه عيب.

و أخرى ينكره اعتمادا على أصالة الصحة أو الاستصحاب و لو استصحاب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٠

العدم الأزلى و انا حققنا فى الأصول أن استصحابا عدم الأزلى حجة فمقتضى ذلك هو كون العين صحيحة عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب.

أما الصورة الثانية فإن حكم الحاكم للوكيل و لم يثبت حكمه شيئا على المشتري من الأرش و الفسخ فلا كلام لنا فيه كما لا كلام لنا فيما إذا اعترف الموكل بالمطلب و إذا أوجب شيئا فإن حكم له بالبيئته فيكون لوازم العيب على الموكل حتى مع إنكار الموكل ذلك لما عرفت ان البيئته إنما قامت على كون العين معيبة فيكون لوازمه أى العيب على مالك العين كما هو واضح، لا يخفى.

وان حكم له ولا- يكون إنكار الوكيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموكل في هذه الصورة إذ هو مستند في إنكاره إلى الأصول العملية و هي ترتفع مع قيام البينة كما هو واضح، و أما إذا كان العيب ثابتا باليمين المردودة فلا- يجوز للوكيل أن يرجع معه الى الموكل بدهاءة أنه أى الوكيل لا- يعلم كون المبيع معيبا و لم يحرز ذلك فكيف يرجع الى الموكل كما هو واضح الا- أن يعترف الموكل بالعيب فهو مطلب آخر و أما إذا كان الوكيل عالما بعدم العيب و جازما به، و ح ان لم يثبت العيب بحكم الحاكم فهو أو ثبت ذلك و لكن بذل الموكل بطوع رغبته الثمن ان فسخ المشتري أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوكيل أن يرجع الى الموكل فإنه جازم بعدم كون المشتري مستحقا لذلك و عدم كون الموكل مطلوبيا بالأرش أو الثمن و معه كيف يرجع اليه و لا يفرق في هذه الصورة بين ثبوت العيب بالبينة أو باليمين المردودة فإنه على تقدير أن يثبت العيب بالبينة أيضا ليس له أن يرجع الى الموكل فان الوكيل يجزمه بعدم العيب يكذب البينة فلا تكون البينة موجبة للرجوع الى الوكيل لقيامها على تعيب العين و ح ان أخذ المشتري الأرش فيعطيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١١

و إذا فسخ فبأخذ العين و يعطى الثمن من طلق ماله فيجرب هنا الاشكال المتقدم من أن الوكيل بعدم علمه بعدم كون العين معيبة كيف له أن يتصرف في العين فإنه بعلمه يعلم كونها للمشتري و عدم استحقاق المشتري أخذ الثمن من الوكيل و لكن يدفعه ما ذكرناه هناك من وقوع المصالحة القهرية بين المالكين غاية الأمر هناك كانت المصالحة بين الموكل و الوكيل و في المقام كانت المصالحة بين المشتري و الوكيل فإن المشتري لا يدعى استحقاقه الثمن و المثل، بل يدعى استحقاقه الثمن فهو على تقدير كون المثل له راضى بكونه للوكيل كما هو واضح.

ثم انه في هذه الصورة ان كان الموكل منكرا للعيب أيضا كالوكيل فهو و ان اعترض بالعيب و الوكيل لا يعترف بذلك بل جازم بعدمه فيكون المقام من الموارد التي لا بد للحاكم أن يحكم بينهما بالتصالح نظير ما إذا قال أحد أن المال الفلاني لك الذى تحت يدك و ينكره ذلك الشخص و قد يتفق ذلك كثيرا فإنه يعترف احد بكونه مديونا من شخص و ينكره لآخر فان الحاكم يحكم بان يتصالحا الا أن يبرء أحد الآخر على تقدير أن يكون له حق و الظاهر أنه قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف في هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات وافية بجهة البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل و الأصيل و دعوى الأصيل تعيب العين.

قوله الرابعة: لورد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.

إشارة

أقول: توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث:- الأولى: أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشتري مثلا ثبوت المقتضى للخيار و البائع ينكره.

المسألة الثانية: أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى فعليه الخيار بأن يدعى المشتري وجود الخيار بالفعل و البائع ينكر ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٢

المسألة الثالثة: أن يتفقا على المقتضى و على فعليه الخيار معا و لكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره و قبل التعرض لحكم المسائل لا بد و أن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول:

أما المسألة الأولى: و هي النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار و عدمه

بأن يرد المشتري سلعة على البائع و يدعى كونها معيوبة و ينكرها البائع و يقول أن هذه السلعة ليست بسلعتى و ان كانت معيوبة و انما

سلعتي غيرها و هي غير معيوبة و ليس فيها مقتضى الخيار أصلا فالقول هنا قول البائع فإن الأصل عدم كون هذه السلعة سلعة البائع، و الأصل عدم كون سلعتها معيوبة و لو كان الأصل هو العدم الأزلي كما تقدم، ألا أن يقيم المشتري بينه على و لو كان الأصل هو العدم الأزلي كما تقدم، ألا أن يقيم المشتري بينه على دعواه هذه المسألة الاولى.

و أما المسألة الثانية: و هي أن يكون الاختلاف في فعلية الخيار

بان يقبل البائع وجود المقتضى للخيار و لكن ينكر كون السلعة التي يردها المشتري الى البائع سلعة نفسه و قد ذكر في الإيضاح أن الاختلاف في ذلك في موضعين: - أحدهما: خيانة المشتري، فيدعى البائع تعين العين بخيانة المشتري و ما يريد تسليمه الى البائع من السلعة غيرها و المشتري ينكر ذلك.

الثاني: أن البائع يدعى أن المشتري أ تلف العين و المشتري ينكر ذلك و كأن الفخر حصر وقوع الاختلاف بهذين الموضعين و لم يتصور هنا وجهها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون إنكار المشتري مستندا إلى الغفلة أو النسيان أو نحو ذلك لا إلى الخيانة و الإلتلاف كما هو واضح.

أما المورد الأول: فذكر فخر المحققين أن البائع إذا ادعى خيانة المشتري و المشتري ينكره فالأصل عدم الخيانة، فإن مقتضى أصالة الصحة هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٣

أن المشتري لم يخن السلعة و هو صادق في إنكاره، و ان كان هنا أصول أخرى المتعددة و هي أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحة القبض فإن أصالة الصحة من قبيل الامارات فهي واردة على تلك الأصول التي ليست ناظرة إلى الواقع. و بالجملة قد ادعى الفخر في المسألة الثانية فيما إذا كان الاختلاف في دعوى الخيانة أن القول قول المشتري، لقيام أصالة الصحة على عدم صدور الخيانة منه، و أن بقيه الأصول ساقطة كما لا يخفى.

و قد أورد عليه المصنف بالنقض و حاصله أن مقتضى إجراء أصالة الصحة هنا هو إجرائها في المسألة الأولى أيضا أعنى مسألة الاختلاف في مقتضى الخيار فان مقتضى ذلك هو ان المشتري لا يكذب في قوله أن المبيع هو هذا المعيوب فيكون إنكار البائع كون المبيع هو هذا دون غيره في غير محله مع أنه أي الفخر قدم قول البائع هناك لوجود الأصول المتعددة من أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و نحو ذلك، فإن أصالة الصحة كما انها واردة عليها في المسألة الثانية و كذلك واردة عليها في المسألة الأولى أيضا فكيف لهم تقديم قول البائع لأصالة عدم كون ما أعطاه المشتري من السلعة سلعته.

و أما حل المطلب: فنقول ان كان المراد من أصالة الصحة هي أصالة الصحة المصطلحة الجارية في العقود فهي مما لا ريب في حجيتها و تقدمها على سائر الأصول فإنها من الامارات التي قامت السيرة القطعية، بل بناء العقلاء على حجيتها و لكن المقام ليس من مواردنا فان حمل فعل المشتري على الصحة و القول بعدم خيانتها غير مربوط بصحة العقد، فان مورد هذه الأصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه و كون الشك في شرائطه و من الواضح أن العقد في المقام تحقق صحيحا و لم يكن فيه شك في تحقق شرطه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٤

بحيث يلزم من انتفائه بطلانه و لكن النزاع في أن المشتري صادق في دعواه أن هذه السلعة سلعة البائع التي فيها عيب أم لا، و المشتري يدعى ذلك و البائع ينكره و هذا غير مربوط بأصالة الصحة المذكورة.

و أن كان المراد من أصالة الصحة هي أصالة الصحة الجارية في فعل المسلم أعنى حمل فعل المسلم على الصحة بمقتضى قولهم، ضع فعل أخيك على أحسنه، و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التي يدعى المشتري كونها للبائع فإن غاية ما يترتب على هذا الأصل أنه لا يكذب و أما انه صادق في قوله، فلا أي لا يترتب آثار الكذب على كلامه لا أنه يترتب آثار مقابلة مثلا لو تكلم

أحد بكلام و لم ندر أنه سلم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام، أو قال سام، فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة نحمل كلامه على أحسنها أي نقول انه لم يسب و أما أنه سلم بحيث يجب رد سلامه، فلا و هذا واضح.

و أما الصورة الثالثة: فهي أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت نفس الخيار فعلا

و لكن يقول ان السلعة ليست هذه التي تريد إعطائها لى، بل غير ذلك، و المشتري يقول هي هذه، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البائع لأنه أى البائع باعترافه يعترف بالخيار للمشتري و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ، و لكن ينكر كون هذه السلعة الموجودة له، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و ح يرد السلعة الموجودة إلى البائع فإنه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا، بل لا بدّ للبائع من إثبات ذلك فإن البائع يدعى أمرا و هو ان سلعته غير هذا، و ان كان متعلقا لخيار الغبن و المشتري ينكر ذلك و المشتري يدعى كون هذه السلعة له و هو ينكر ذلك، فلا بدّ للبائع من إثبات أن سلعته غير هذه، و لكن هذه الصورة لا تجرى فى خيار العيب حيث ان فى خيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٥

العيب لا- بدّ فى الفسخ من رد العين بمقتضى الأخبار المتقدمة الدالة على لزوم رد العين فى خيار العيب إذا أراد المشتري الفسخ بخلاف بقية الخيارات، فإنه لا يلزم فيها ردّ العين فى الفسخ كما هو واضح.

و بعبارة أخرى إذا اعترف البائع وجود مقتضى الخيار و ثبوته للمشتري بالفعل و لكن أنكر كون هذه السلعة التي يريد المشتري ردّها إلى البائع سلعة له فإنه جاز للمشتري الفسخ فيما إذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعدم توقف الفسخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقاء العين أصلا و أما فى خيار الغبن فلا- يمكن له الفسخ، و ان اعترف البائع بوجود الخيار له فعلا- ما لم يثبت المشتري أن العين الموجودة بالفعل التي يريد تسليمها إلى البائع أنها للبائع.

قوله: و اما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط فيه أيضا مسائل:

الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه،

أقول ذكر المصنف (ره) أنه لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب المسقط للخيار و عدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار هذا لا شبهة فيه، و لكن يبقى فى المقام سؤال الفرق بين هذه المسألة و بين ما تقدم فى خيار الغبن من أنه لو ادعى المشتري الجهل بالغبن و البائع يدعى علمه به قدم قول البائع مع أن من كلتا المسألتين أن المشتري يدعى الجهل و البائع يدعى علمه، فكيف له أن يحكم فى المقام بتقديم قول المشتري دون المسألة السابقة.

أقول: وجه الفرق بينهما أن خيار الغبن انما ثبت بالشرط الضمنى على ما تقدم و إذا تنازعا فى علم المشتري بالغبن و عدمه فإنه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشتري و عدمه، فح الأصل عدم الاشتراط، فلا يكون هنا خيار للمشتري، و يكون القول قول البائع. و أما فى المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٦

ان كان على وفق القاعدة، و لكن لا بد من ملاحظة الرواية فهي دلت على أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثا فإنه يمضى عليه البيع حيث ان العلم بالعيب و ان كان طريقا الى الواقع على ما تقدم و الغرض هو سقوط الرد مع انكشاف الواقع لدى المشتري و لكن نفى حصول العلم بالعيب له موضوعية فى سقوط الخيار و أن ثبوت خيار العيب يدور مدار الجهل، و ح إذا شك فى كون المشتري عالما بالعيب حين العقد و عدمه فالأصل هو عدم كونه عالما فان انكشاف العيب

لدى المشتري أمر وجودى يحتاج إلى الإحراز و مع عدمه فلا يكون خياره ساقطا كما هو واضح، و هذا هو الفارق بين المسألتين.

قوله الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري.

أقول: ذكر المصنف في النزاع في زوال العيب القديم و عدمه وجهين:

الأول: تقديم قول مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زوال المسقط للخيار.

الثاني: تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت، فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار. ثم ذكر أن الأقوى هو الأول و ذكر أنه الى هذا نظر العبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد، نومي الى الثاني فراجع.

أقول: أنه لا يترتب اثر على هذا النزاع إذا قلنا بأن نفس وجود العيب في المبيع موضوع للرد و الأرض فإنه على هذا المذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبل العلم أو بعده فكيف مع الجهل به فان موضوع الرد و الأرض على هذا انما هو نفس وجود العيب لا غير، فإذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبره البائع و لم ينبه المشتري فله أى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٧

المشتري الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده، و هذا لا شبهة فيه فان المشتري متمكن من الرد بل الأرض أيضا على المشهور و أيضا لا يترتب اثر على النزاع إذا قلنا بأن زوال العيب مطلقا يكون مانعا على الرد بل الأرض من جهة أن المردود لا بد و أن يكون معييا و المفروض عدمه لزوال العيب و بعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشتري من رد المعيب، كما هو واضح.

نعم، له أثر إذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انما هو وجدان العيب و ظهوره فإنه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع، فإنه يقال إذا كان سبب الخيار هو ظهور العيب و وجدان المبيع معييا فالأصل يقتضى عدم الخيار للشك في سببه فيكون الأصل مع منكر الخيار. و بعبارة أخرى ان المشتري يدعى بقاء العيب الى زمان العلم و أنه زالى بعد العلم به، و البائع ينكر ذلك، فالأصل عدم ظهوره الى زمان الزوال و لكن مرجع ذلك الى الشك في ثبوت الخيار لا في المسقط.

ثم إذا اختلفا في أن الزائل هو العيب الحادث أو القديم مع الاتفاق على زوال العيب هنا فادعى المشتري أن الزائل هو العيب الحادث، فلا يكون ذلك مانعا عن الرد بناء على أن مجرد حدوث العيب في المبيع عند المشتري لا يكون مانعا عن الرد، بل المانع عن الرد، انما هو العيب الحادث الموجود حال الرد و على هذا فلا إشكال في عدم جواز الردح للشك في بقاء العيب الحادث و عدمه فنستصحبه و هذا الاستصحاب لا يعارضه أصالة بقاء العيب القديم، فإنه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث الألى القول بالأصل مثبت.

و العجب من المصنف فإنه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبتة هنا و فى محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتا و كلما تأملت فى توجيه كلامه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٨

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيهها له هذا.

و إذا قلنا ان حدوث الحادث مانع عن الرد مطلقا، فلا شبهة أنه لا يترتب الأثر على زواله و عدم هذا ما يرجع الى دعوى المشتري. و أما بالنسبة إلى دعوى البائع بأن الزائل هو العيب القديم فان قلنا بأن الزوال لا اثر له أصلا و انما العبرة بالحدوث فلا يترتب أيضا أثر على هذا النزاع، فإنه سواء زال العيب الحادث أو القديم فمجرد حدوث العيب الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرض و كذلك لا يترتب الأثر إذا قلنا بأن زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لا بد أن يتعلق بالمعيب، و من الواضح أن العيب القديم قد زال.

نعم، مع ذلك هنا مانع آخر و هو وجود العيب الحادث، و ان كان الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرض أيضا فالأصل بقائه و لا

يعارضه أصالة عدم زوال الحادث فإنه لا يثبت به زوال العيب القديم.

و بعبارة أخرى أن خيار العيب له أثران، أحدهما: الرد و الآخر:

الأرش. فإن قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من هذه الجهة كما أنه إذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له في الأرش لا معنى للنزاع من هذه الجهة إذا لا بد من فرض الكلام في أن زوال العيب الحادث يوجب الرد فنقول الأصل عدم الزوال و لا يعارض ذلك مع أصالة عدم زوال العيب القديم فإنه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد.

و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرش و مع الشك فيه يحكم بعدم زواله للاستصحاب و لا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث حتى يكون مانعا من الأرش فإنه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليرتب عليه عدم الأرش و على هذا فلا وجه لما ذكره المصنف و التذكرة من عدم جواز الرد و أخذ الأرش، بل لا بد من التفصيل كما فصل الشافعي فيقال بعدم جواز الرد لأصالة عدم زوال العيب الحادث و أيضا نقول بثبوت الأرش

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢١٩

لأصالة عدم زوال العيب القديم و هذا واضح جدا، إذا فحلف البائع فيسقط الرد و يحلف المشتري و يأخذ الأرش و هذا مراد الشافعي من التحالف.

قوله الثالثة: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.

إشارة

أقول: تحرير الكلام هنا أن النزاع تارة يكون في تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد و كان نزاعهما في وجود عيب آخر فيدعى المشتري وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهة العيب الثاني على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول. و أخرى: يكون في زيادة العيب المتفق عليه.

و ثالثة: في أصل الزيادة بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش على العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد. أقول:

يقع الكلام في هذه المسألة في جهتين:

إشارة

الاولى: في دعوى المشتري على البائع، و الثانية: في دعوى البائع على المشتري.

أما الجهة الاولى [في دعوى المشتري على البائع]

فهي خارجة عن الدعوى في المسقط بيان ذلك أن غرض المشتري من دعواه وجود العيب الثاني هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزيادة أو الزيادة التي هي زائدة عن الزيادة التي يدعيها البائع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهة العيب الآخر أو الزائد على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائد عن المقدار المتفق عليه على تقدير عدم الرد، و يقول المشتري أن هذه الأمور التي يدعيها موجودة من الأول و قبل العقد غاية الأمر قد حصل العلم بها بعد العقد و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع لأصالة عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه، فللمشتري إثبات ذلك و لا شبهة أن هذه الجهة غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا في المسقط و مرجع ذلك الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٠

دعوى أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهة أجنبية عن المقام.

و أما الجهة الثانية [في دعوى البائع على المشتري]

فهى مركز الكلام هنا و بيان ذلك أن البائع إذا ادعى وجود المسقط فى المقام بشىء من الأمور المتقدمة بأن يدعى أن العيب تعدد فى ملك المشتري أو زاد أو كانت الزيادة أكثر مما كانت أو لا فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لرواية زرارة الدالة على سقوط الخيار بحدوث الحدث فإنه يكون القول هنا قول المشتري، مع حلفه فعلى البائع إثبات دعواه، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر فى ملك المشتري فيثبت الخيار بالموضوع المركب، أحدهما محرز بالوجدان و الآخر بالأصل فإن الخيار ثابت على شراء المعيب، مع عدم احداث الحدث فيه، فشرء المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصالة عدم حدوثه تحت يد المشتري فلا يعارضه أصالة عدم حدوثه فى ملك البائع، فإنه لا يثبت حدوثه فى ملك المشتري حتى يوجب سقوط الخيار، بل هو يكون مثبتا بالملازمة العقلية كما هو واضح، و هذا بخلاف العكس فإن الأثر و هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب فى ملك المشتري فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح.

و على الجملة فإن كانت الدعوى راجعا إلى المشتري و هو يوجهها إلى البائع فالمسألة خارجة عن محل الكلام و ان وجهها البائع إلى المشتري فلها مجال واسع فهى مربوطة بالمقام أعنى النزاع فى المسقط.

و من هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد فى الدروس من أنه يحلف البائع إذا كان نظره الى الجهة الأولى بحيث يكون المدعى هو المشتري فلما ذكره وجه وجيه إلا أنه خارج عن المقام و ان كان غرضه الجهة الثانية فلا وجه له بوجه لما عرفت أن البائع فى الجهة الثانية هو المدعى و اليمين انما يتوجه إلى المشتري دون البائع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢١

ثم ان الشهيد (ره) قد فرق بين النزاع فى كون العيب متعددا و بين النزاع فى زيادة العيب، حيث التزم فى الأول بكون العيب كالمفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فى سبق العيب على العقد و عدمه فالأصل مع البائع فإن الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البائع و التزم فى الثانى بأنه إذا ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و أنكر المشتري احتمال حلف المشتري، لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة.

و يحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد، انتهى كلامه رفع مقامه، أقول: لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما إلى شىء واحد فلا بدّ اما من تقديم قول البائع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشتري فى كلا الموردين.

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجها الى البائع و فى المقام أيضا كذلك فإنه إذا كان النزاع فى أصل زيادة العيب بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش أكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبة إلى العيب الأول فنقول هنا ان الأصل عدم زيادة العيب فيكون القول قول البائع، فإن قيل ان الزيادة على نحو إذا كان العيب موجودا أى العيب الأول كان موجودا مع الزيادة، فنقول هنا ان مقتضى أصالة عدم الأثر أيضا هو عدم الزيادة، أى أن العيب إذا وجد، وجد بدون الزيادة، و مجردا عن هذا الوصف، فيكون القول أيضا قول البائع فلا- مجال لاحتمال حلف المشتري و مع الغض عن جريان الأصل الأول، و البناء على عدم جريان الأصل فى الإعلام الأثرية فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشتري فان الأصل انه لا يستحق الأرش أو الرد من ناحية العيب الزائد و على هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البائع بوجه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٢

قوله الرابع: لو اختلف فى البراءة.

أقول: ذكر المصنف (ره) أنه لو وقع الاختلاف في أن البائع تبرء عن العيب، أم لم يتبرء، قدم منكر البراءة و هو المشتري غالباً فإن الأصل عدم التبري الحاكم على أصالة اللزوم و لكن ذكر أنه ربما يترأى من مكاتبة جعفر ابن عيسى خلاف ذلك فإنه قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقد الثمن، فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها، فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها، أ يصدق، فلا- يجب عليه الثمن أم لا- يصدق، فيجب عليه الثمن، فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن، الخبر.

فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبة هو عدم قبول قول المشتري بل لا بد و أن يعطى الثمن للبائع.

أقول: يرد على هذا التوهم أن هذا الخبر أخص من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشتري يدعى عدم السماع صوت الدلال بأني برئت من جميع العيوب فكلامنا في مطلق البراءة و المشتري ليس له شغل بالبراءة و عدمها، و انما يقول أنا ما سمعت هذا أولاً. و ثانياً: ما ذكره المصنف من توجيه الرواية من أن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بناء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر الشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع، انتهى. و لعل الى هذا التوجيه ينظر كلام صاحب الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البيئنة على المدعى و اليمين على من أنكر، بأن يكون مراده عن المدعى هو المشتري لكون قوله مخالفاً للظاهر، و المنكر هو البائع لكون قوله موافقاً له.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٣

و أما ما ذكره صاحب الحقائق من أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع و الا فهو عالم بتبري البائع و الامام عليه السلام إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة حيث يعلم أنه مدالس فحكمه عليه السلام من جهة خصوصية المورد، و فيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه و بين الله، بل الظاهر من سياق السؤال هو استعلام من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع أو المشتري بحسب المحاكمة الشرعية على أن حكم العالم بالتبري المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السؤال السائل بقوله ا يصدق، إلخ.

و أما ما ذكره الأردبيلي من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفاً فهو متين جداً، فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه و كذا لا وجه لما ذكره السيد في الحاشية من أن هذا الخبر مورد العمل في غير هذا المقام لم نعرف له وجهاً فإنه لو كان الخبر شاملاً لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبراً بعمل المشهور لذلك أو بقرينة آخر بناء على انجبار ضعف الخبر بشيء فلا ربط له بالمقام فان انجبار مقدار من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه بقي هنا اشكال آخر في الخبر و هو أن براءة المنادى من العيوب لا يجرى في سقوط خيار العيب، بل لا بد من اعتباره في المتن العقد.

و فيه أنك قد عرفت سابقاً أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحة في المبيع بحيث يشترط المشتري على البائع أن يكون المبيع صحيحاً و مع التخلف يثبت الخيار للمشتري و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو في مورد لم تقم قرينته على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فإذا تبرء البائع من العيب و لم يكن هذا التبري في ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا لالتزامه و قرينته على أنه لم يشترط في ضمن العقد، هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٤

الالتزام كما هو واضح و عليه فلا يرد أن التبري حيث لم يكن في ضمن العقد فلا يكون مفيداً فافهم.

قوله الخامسة: لو ادعى البائع.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور ثم ذكر أنه لو وجد في المعيب عيب إلخ، وقد تقدم هذه المسألة منه و ذكر كلام الشافعي هناك كما أشار إليه السيد في حاشيته فلا وجه للتكرار.

قوله: و أما الثالث [أى فى الفسخ]

إشارة

ففيه مسائل

الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان الخيار باقيا فله إنشائه.

أقول: لو وقع الاختلاف بين البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه فتارة يقع ذلك قبل مضي زمان الخيار و أخرى بعده. و أما الكلام فى الجهة الأولى بأن يدعى المشتري تحقق الفسخ منه قبل أن ينقضى زمان الخيار و قبل طر و المسقط و البائع ينكره فتارة ينشئ المشتري الفسخ ثانيا و أخرى لا ينشئ ذلك، فعلى الأول لا شبهة فى تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانى بأنه إما حصل الفسخ بالإنشاء الأول أو الثانى فيكون القول قول المشتري و دعوى أن الفسخ الثانى لا تأثير له على زعم المشتري، فإنه يدعى الفسخ الأول، جزافية حيث ان الفسخ الثانى يكون مؤثرا على زعم البائع المنكر للفسخ أولا هذا إذا أنشأ المشتري الفسخ ثانيا و أما إذا لم ينشأ الفسخ ثانيا فهل يمكن له إثبات الفسخ الأول و الحكم بانفساخ العقد أم لا، الظاهر هو إمكان ذلك بوجهين:- الأول: من جهة القاعدة المعروفة أن من ملك شيئا ملك الإقرار به، حيث ان المشتري مالك للفسخ فهو مالك للإقرار به أيضا، و هذه القاعدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٥

و ان لم ترد من الروايات و لكن قد تسالموا عليها فان ذلك أمر وجدانى و عقلاى و ضرورى، فإن المالك لشيء مالك لجميع شؤونه كما هو واضح، و نظير ذلك ما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته فإنه يسمع إقراره بذلك و ان نكرته الزوجة فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للإقرار به أيضا.

الوجه الثانى: أن يكون دعوى المشتري الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسحا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار و ان كان غير الإنشاء و أن كلا- منهما يباين الآخر و لكن المشتري إذا أخبر عن فسحه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمة على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد و إظهاره بمظهر فى الخارج و اخبار المشتري بالملازمة تكشف عن رضاه بالفسخ، فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى، لا- أن الاخبار بنفسه إنشاء، بل كما عرفت فيه جهتان و دالتان، دلالة مطابقة و دلالة الترامية، فالأخبار بالدلالة الالتزامية إنشاء و مصداق للكشف كما عرفت، و لعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون أخبار المشتري عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ، و ألما فالشاهد لا- يدعى عن أن الاخبار بإنشاء و نظير ذلك ما إذا أخبر الزوج عن رجوعه سابقا إلى الزوجة فان اخباره هذا يدل بالملازمة على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلى بالرجوع كما هو واضح.

و قد ورد فى بعض الاخبار أن من أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على أيتام الرجل و أنه رق لهم، فالوجه فى ذلك هو أن دعواه النفقة على الأيتام بالملازمة تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح.

و على الجملة إذا اختلفا البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه قبل مضي زمان الخيار فيكون القول قول المشتري سواء إنشاء المشتري

الفسخ ثانيا أم لم ينشئ كما عرفت.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٦

و أما إذا كان الاختلاف بعد مضي زمان الخيار بأن ادعى المشتري الفسخ قبل تلف العين و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع و للمشتري إثبات ذلك من بينه و نحوها، فعلى هذا فان ادعى المشتري علم البائع بالفسخ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البائع و وجب عليه أن يحلف على عدم علمه بالفسخ لا على نفي الفسخ واقعا فإنه فعل المشتري فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البائع كما هو واضح و اذن فالحلف من البائع انما هو على عدم علمه بفسخ المشتري لا على نفي الواقع و أما إذا انعكس الأمر بأن ادعى البائع الفسخ ليأخذ مثل العين لترقى القيمة و ادعى المشتري عدمه فح يتوجه الحلف إلى المشتري دون البائع و لكن لا بد له أي للمشتري أن يحلف على نفي الفسخ واقعا، فإنه فعل المشتري فهو عالم بفعله واقعا فإذا حلف فلا بد و أن يحلف على نفي الفسخ واقعا.

ثم انه إذا لم يقدر المشتري على إثبات الفسخ اما لعدم دعواه علم البائع به و عدم إقامة البينة على مدعاه أو من جهة أنه مع دعواه علم البائع بذلك فحلف البائع على عدم علمه بالفسخ، فهل للمشتري مطالبة الأرش أم لا فذكر المصنف فيه وجهين: الأول: ثبوته لثلاث يخرج من الحقيين. الثاني:

عدم ثبوته لإقراره بالفسخ و زاد في الدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن ان اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين.

و الوجه: فيما افاده الشهيد (ره) هو أن الثمن إذا كان زائدا على القيمة بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشتري ذلك التفاوت و ان كان الأرش زائدا عنه، فيأخذ التفاوت ما بين المعيب و الصحيح و ان كان التفاوت زائدا عن الأرش فيأخذ الأرش لأنه هو القدر المتيقن و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٧

هذا الذي أفاده الشهيد له وجه إذا كان المشتري يطالب الأرش فإنه يلتزم البائع على الأرش على زعمه و حيث لم يكن الأرش ثابتا بزعم المشتري بل التفاوت فيجبر البائع على إعطاء أقل الأمرين من التفاوت أو زيادة الثمن و أما إذا لم يطالب الأرش فلا وجه لذلك لما عرفت، أن الأرش انما يثبت بالمطالبة لا بمجرد العقد، و إلا لكان البائع مشغول الذمة به على تقدير عدم الإيعاء و أيضا كان له أن يرد مقدارا من الثمن لا أن يعطى من كل ما يريد كما هو واضح.

قوله الثانية: لو اختلفا في تأخير الفسخ في أول الوقت بناء على فورية الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو وقع الاختلاف في تأخر الفسخ عن زمان الخيار بأن يكون الفسخ بعد تلف العين أو كونه في زمان الخيار، ذكر أنه في تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحة الفسخ وجهان:- و هذا الذي ذكره المصنف لا يخلو عن المسامحة فإنه جمع في كلامه بين الأصل الموضوعي و هو عدم كون الفسخ في زمان الخيار و الأصل الحكمي و هو بقاء العقد أي الملكية حيث ان المصنف عطف الثاني على الأول فإن الاستصحاب الحكمي و ان كان يترتب عليه الأثر بناء على جريانه و مع الغص عما بيننا عليه في الأصول من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية إلا أنه لا مجال له بعد جريان الاستصحاب الموضوعي.

ثم ذكر المصنف أنه لو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ، وجه يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان ثم ذكر و هذه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٨

المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة و ادعت هي تأخرها.

أقول: هذه المسألة سيالة في غير هذا المورد مما كان هناك حادثان، و يشك في تأخر أحدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شك في أن التفرق في خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ في خيار الحيوان أنه وقع قبل ثلاثة أيام أو بعده، و هكذا إذا شك في أن القبض في الصرف و السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشك في أن الصلاة وقعت قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم بطلانها مع العلم بكون المصلى مطهرا و هذا المثل فيما لم يكن مورد لقاعدة الفراغ من جهة انتفاء شرط من شروطها ككونه غافلا في حال الصلاة بحيث يكون استصحاب الطهارة جارية و أما مع فرض جريان قاعدة الفراغ فلا موضوع للشك في صحة الصلاة و الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح.

و من هذا القبيل أيضا ما ذكره المصنف من وقوع الرجوع في العدة الرجعية قبل انقضاء العدة أو بعدها و كذلك إذا وقع الشك في أن بيع الراهن العين المرهونة هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده ففي هذه الموارد كلها يجري ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ واقعا في زمان الخيار فيترتب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الرجوع في زمان العدة فيترتب عليه بينونة الزوجة و أن الأصل عدم وقوع بيع الراهن قبل رجوع المرتهن فيترتب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع الفسخ في زمان المجلس و في ثلاثة أيام فيترتب عليه عدم تأثير الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الصلاة في حال الطهارة فيترتب عليه بطلان الصلاة و هكذا.

و ذكر بعضهم أن الأصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لا بدّ من الحكم بتأثير الفسخ و صحة بيع المرتهن و صحة الصلاة لا من جهة ما ذكره المصنف من إجراء أصالة الصحة هنا في الفسخ لجريان المناقشة في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٢٩

هذه القاعدة كما أشار إليه السيد في الحاشية و ذكرناه مرار، بل من جهة أن الموضوع المركب إذا أحرز أحد الجزئي بالأصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضية في الموارد المذكورة كذلك حيث أن الفسخ مثلا محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالأصل، و ح فيترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ في زمان الخيار و كذلك ان الصلاة متحققه وجدانا و الطهارة محرزة بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتهن محرز بالأصل و هكذا بقاء الموارد و اذن فيترتب الأثر على الفسخ في المقام و كذا في نظائره. و دعوى أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصالة عدم الفسخ الى ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسدة حيث ان أصالة عدم تحقق الفسخ الى ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذي هو مورد للأثر الّا على القول بالأصل المثبت الذي أثبتنا في الأصول عدم جريانه كما هو واضح.

لا يقال انه لا مدفع لمعارضه الأصليين المذكورين و لا تصل النوبة إلى دفع الأصل المعارض بكونه مثبتا لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصالة عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه في زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك أصالة عدم وقوع الصلاة مع الطهارة و أصالة عدم وقوع البيع مع اجازة المرتهن و أصالة عدم كون رجوع الزوج في حال العدة الرجعية و هكذا.

فإنه يقال ان هذا الكلام له وجه إذا كان الموضوع هو الأمر الوجودى أعنى عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فإنه ينفي هذا العنوان الوجودى بالأصل المذكور و يقال ان الأصل عدم التقيد و عدم الاقتران و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع في الموارد المذكورة انما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٠

هو ذوات الأجزاء أى الفسخ و كونه في زمان العقد و أما عنوان الاجتماع، أو الاقتران، أو التقيد، فليس موضوعا للحكم أصلا. و عليه فلا-شبهة أن ذوات الاجزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل في الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكل من جريان الأصل في نفى عنوان الاقتران و

الاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر).
أقول: الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا القائل.

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعة و الضيق فى المستصحب فالأمر كما ذكره هذا القائل، و ان كانت السعة و الضيق محرزين و كان الشك من جهة أخرى فالأمر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا علم بعد الصلاة بأنه أحدث حدثا بعد الطهارة و لكن لا يدري أنه وقع بعد الصلاة أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعة الطهارة حتى الى ما بعد الصلاة و ضيقها و كونها قبل الصلاة فقط، و ح نقول ان الصلاة متحققه وجدانا و الطهارة نستصحبها الى آخر الصلاة و يحكم بصحتها و وقوعها فى حال الطهارة وجدانا إذ الصلاة واقعة وجدانا و الطهارة ثابتة إلى آخر الصلاة بحكم الشارع، فتكون الصلاة واقعة فى حال الطهارة وجدانا كما هو واضح.

و هذا نظير ما إذا شك فى بقاء الطهارة فاستصحب و أبقاها و صلى بذلك فهل يتوهم أحد بطلان ذلك الصلاة و كذلك فى المقام؟ و لا معنى لمعارضه هذا الأصل بأصله عدم وقوع الصلاة فى حال الطهارة كما عرفت إذ المراد من ذلك الأصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣١

وقوع الصلاة الى انقضاء الطهارة و قد عرفت أنه مثبت و ان كان المراد من ذلك الأصل هو المجموع المركب أى الصلاة المقيده بالطهارة مثلا- فقد عرفت أنه لا يجرى فى المجموع المركب من جهة عدم كون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح.

[قوله الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته]

و الحاصل: أن الكلام كان فى الاختلاف فى فوريه الخيار و عدمها، و قد ذكر المصنف أنه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فوريه الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصله بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصله الصحة، و جهان:- أقول: قد عرفت أن هذا البحث سيال و ليس مخصوصا بالمقام، بل يجرى فى كل حادثين فى زمان واحد يشك فى تقدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و إسلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ و التفرق فى خيار المجلس، بل يجرى فى متعلقات التكليف أيضا كالصلاة و الطهارة و نحوهما و يجرى كلام المصنف فى جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ فى زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاة فى حال الطهارة و هكذا و قد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع فى أمثال الموارد مركب من جزئين، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان، فيترتب عليه الأثر و لا يكون أصالة عدم وقوع الفسخ مثلا فى زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين و كونهما فى زمان واحد.

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام و القول بجريان الأصل فى بعض الموارد و بعدم جريانه فى بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضة و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٢

توضيح ذلك أن موضوع الحكم فى الحادثين قد يكون زمانين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقيد أحد الحادثين بالآخر و قد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقيد أحدهما أيضا بالآخر، و قد يكون هذه الصورة أيضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث فى ذلك الزمان.

أما الصورة الأولى: فلا شبهة فى جريان الأصل فى أحد الجزئين إذا أحرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا

القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون هذان الجزءان مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قيذا للموضوع و انما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدلة الا أن الفسخ في زمان الخيار يؤثر أما أن الزمان أيضا دخيل في الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسخ و الخيار و انهما بذاتهما مركبا موضوع للحكم و كذلك الصلاة و الطهارة فإن الصحة مترتبة على الصلاة الواقعة مع الطهارة من غير أن يكون زمان الطهارة دخيلا في موضوع الحكم، فان مثل ذلك فأحد الجزئين إذا كان محرزا بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصلى متطهرا و من الواضح أن الصلاة قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لإجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهارة فقد أحرزها بالأصل فيكون المصلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصلاة في حال الطهارة أيضا وجدانيا غايته في الطهارة التعبدية كما هو واضح و لا دليل هنا يقتضى لزوم وقوع الصلاة في زمان الطهارة حتى يقال ان هذا القيد انما ينفي بالأصل فيكون الأصلان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل في ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٣

و اقتران نفس ذاتهما من غير أن يكون وقوع الفسخ في المجلس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي من تحقق هذين الجزئين فإذا شك في أن الفسخ هل وقع قبل التفرق أو بعده فنقول أن ذات الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم التفرق أعنى الاستصحاب العدمي أو نفس المجلس اعنى الاستصحاب الوجودي نثبته بالأصل فيترتب عليه الأثر و هو تأثير الفسخ في هدم العقد. و اما كون الفسخ واقعا في زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه و من هذا القبيل أيضا بيع الراهن مع رجوع المرتهن و الشك في أن الرجوع وقع قبل البيع أم بعده، فان ما هو موضوع الحكم؟ هو وجود الاذن و تحقق البيع و أن نفس اجتماع ذات هذين الأمرين موضوع للحكم.

و أما وقوع البيع في زمان الاذن فليس موضوع للحكم و لا يظهر من الأدلة مدخلية الزمان في ذلك و من هذا القبيل ما تقدم من الصلاة و الطهارة المتيقنة مع الشك في أن الحدث هل وقع قبل الصلاة أم بعدها كيف فهي مثل الطهارة المشكوكة المسبوقة بالطهارة المتيقنة فإنه إذا أبقاها المكلف و صلى بها فهل يتوهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاة في حال الطهارة و من الواضح أنه لا فرق بين هذا و بين المقام.

و الحاصل: أن في كل مورد حدث حادثان و شك في تقدم أحدهما على الآخر و عدمه و لم يكن الزمان دخيلا في موضوع الحكم، بل كان الموضوع ذات الجزءان الذان يجتمعان و يقترنان من غير كون التقارن أيضا دخيلا في الموضوع أمكن إثبات الحكم لترتبه على موضوع مركب قد حصل أحدهما بالوجدان و الآخر بالتعبد، و لا يمكن نفي وقوع أحدهما في زمان تحقق الآخر بالأصل لأن التحقق وجداني لأن تحقق الجزء الوجداني في حال تحقق الآخر بالتعبد وجداني، و عنوان وقوعه في زمان الآخر ليس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي كما هو واضح لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٤

و أما إذا كان أحد الجزئين زمانيا و الآخر زمانا من غير اعتبار وقوع الجزء الزماني في الزمان في موضوع الحكم فإنه أيضا يترتب الحكم على الموضوع المركب الثابت أحد جزئية بالوجدان و الآخر بالأصل لأن ما هو موضوع الحكم تحقق الزمان و الزماني معا و اجتماعهما بذاتهما.

و أما عنوان وقوع الزماني في الزمان أو الطرفه أو غير ذلك فليس بموضوع للحكم أصلا و هذا كخيار الحيوان فإنه إذا فسح المشتري العقد و وقع الخلاف في أنه هل وقع الفسخ في ضمن الثلاثة أو بعدها فإنه يحكم بكونه في ضمن الثلاثة و ذلك لأن موضوع الحكم انما هو الفسخ في ضمن الثلاثة و قبل تمامها و من المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم انقضاء الثلاثة أو بقاء هذا الزمان محرز

بالأصل فيتم الموضوع المركب أحد الجزئين بالأصل و الآخر بالوجدان و على هذا فلا معنى لنفى وقوع الفسخ فى الثلاثة بالأصل لعدم كون ذلك موضوعا للحكم و انما الموضوع ذات هذان الجزئين و قد عرفت أن أحدهما محرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فكما أن الفسخ وجدانى و كونه فى الثلاثة أيضا وجدانى و ان كانت الثلاثة ثابتة بالتعبد و ليس هنا عنوان وقوع الفسخ فى الثلاثة موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثة.

و قد عرفت أن ذات الفسخ فى الثلاثة وجدانية و من هذا القبيل أيضا الصلاة و الصوم على ما ذكرناهما فى محلها فان الظاهر من الاخبار و من قوله تعالى أقيم الصلاة لتدلوك الشمس إلى غسق الليل و كذا فى قوله تعالى ثم أتتموا الصيام إلى الليل هو أن الإمساك انما هو لا بد و أن يكون قبل الليل و الصلاة انما هى أداء قبل خروج النهار و أن الظاهر من قوله تعالى كلوا و اشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود، هو أن الأكل لا بد و أن يكون قبل ذلك و هذا هو موضوع الحكم فإذا أمسكنا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٥

و صلينا أو أكلنا فى شهر رمضان و شككنا فى أن النهار باق حتى لا يجوز الإفطار أو تكون الصلاة أداءه أم لا، أو الأكل وقع قبل الفجر أم لا؟ فإنه لا شبهة أن الصلاة واقعة وجدانا و كذلك الإمساك و الأكل و بقاء الليل أو النهار تثبتة بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أما عنوان وقوع الصلاة فى النهار أو الإمساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الأصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك فى أنه وقع فى العدة أم لا.

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان أحدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فإنه ح لا يجرى هنا أصلا، لا أنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحاب الأ على القول بالأصل المثبت.

و على الجملة فالأصل فى الشك الثالث ليس بجار فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا- أنه يجرى و يكون معارضا بأصالة عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحاب فافهم.

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفعك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وقت الخيار ابتداء و عدم بقائه فاستصحاب ذو الخيار و فسخ كان فسخه ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح.

و من الواضح أيضا أنه لا فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ، كما هو واضح، و أما إثبات الحكم بالصحة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٦

بأصالة الصحة كما ذكره المصنف و جهها فى المقام فهو أيضا ضعيفة.

و الوجه فيه أن أصالة الصحة فى فعل الغير لا دليل عليها مطلقا إذ الدليل انما هو فيما إذا كان من العقود فإنه قامت السيرة القطعية على جريانها فيها و أما فى غيرها فلا دليل عليها، و أما القول بها لقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه. فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ما صدر عن المسلم فكان له و جهان: وجه صلاح و وجه فساد، ضعه على الصلاح و لا تعامل معه معاملة الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو واضح، فافهم و أيضا ان مورد أصالة الصحة هنا مشكوك.

قوله: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته سمع قوله ان احتمال فى حقه الجهل للأصل ثم ذكر التفصيل بين الجهل بالخيار فلا يعذر الأ نشاء فى بلد لا يعرفون الاحكام و لو ادعى الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى

على العامة.

أقول: قد يقال انه لا وجه لتقييد الفورية بالعلم بالفورية بحيث يكون مدعى ذلك معذورا و ذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا في موضوعه.

فهل يتوهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من له الخيار بزمانه و كذا خيار المجلس، بل الخيار انما ثبت بالأدلة الدالة على أن الخيار انما ثبت في ذلك الزمان فإذا أنقض ذلك الزمان لا يكون له الخيار.

و دعوى أن خيار العيب انما يثبت بظهور العيب فلا مانع أن يكون فوريته مقيدة بعلم من له الخيار قياس مع الفارق حيث ان موضوع خيار العيب مقيد بظهور العيب كما في رواية زرارة ثم علم به أي بالعيب، و هذا بخلاف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٧

المقام، فان العلم يكون قيدا للحكم فيكون الحكم ثابتا في حق من هو عالم بالعيب كما هو واضح.

و لكن الظاهر أن ما افاده المصنف صحيح متين و ذلك لأن دعوى فورية الخيار لا يتوقف على تقييد فورية الخيار بالعلم بالفورية و ذلك من جهة أن المدعى لا يدعى ذلك، بل يقول (على ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فيه) أن خيار العيب أبدي و لكن التأخير مع العلم به يكشف عن رضا ذى الخيار بالعقد فيكون موجبا للإسقاط، فالمرجع في ذلك الى دعو المسقط لا أن المقتضى للخيار قاصر، بل المقتضى قضى ذلك الى الأبد و لكن التأخير و عدم الفسخ عن عمل يكشف عن الرضا المسقط، و عليه يكون فوريا و على هذا فإذا لم يعلم به إلا بعد مدة كان الخيار ثابتا في حقه على هذا المبنى أيضا و ان ناقشنا فيه سابقا، فإذا علم بالفورية مع علمه بالخيار يكون له الخيار حين العلم به و إذا أخر عن ذلك يكون ذلك موجبا للإسقاط كما هو واضح.

القول في ماهية العيب

قوله: القول في ماهية العيب، و ذكر بعض أفراده.

أقول: حيث ان لفظ العيب و العوار قد ورد في أخبار خيار العيب فقد تصدى الفقهاء رضوان الله عليهم لبيان ذلك فقد ذكر في الصحاح على ما حكى عنه أن العوار هو العيب.

و أما العيب: فذكر المصنف أن الظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال، ثم ذكر أن الصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٨

ثم ذكر أن الميزان في معرفته مقتضى حقيقة الشيء هو أن حقيقة هذا الشيء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقة الحيوان و الإنسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما، و لا بد أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما، و هكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابة كمال في الإنسان و ليس مقتضى الطبيعة الأولية كونه كاتباً أو ذى صنعة كما هو واضح، و كذلك الطبخ في الأمة فإنه من الأوصاف الكمالية فلا يكون فقدانها عيبا فيهم.

و قد يعلم مقتضى حقيقة الشيء بملاحظة غلبة الافراد بحيث إذا لوحظ في الخارج أغلب أفراد الإنسان نجدهم على هذا الوصف، و نكشف من ذلك أن مقتضى الطبيعة الأصلية هو كون الإنسان على هذا الوصف و كذا الحال في غير الإنسان و أما كون الأفراد النادرة على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضى أن يكون على طبق مقتضى الطبيعة الأولية، بل هو عيب في تلك الأفراد النادرة و أن تخلف الوصف الموجود في غالب الافراد من الافراد النادرة لعارض فيكون عيبا و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبة مع أنه لا يكون الجزئي كاشفا عن حال جزئي آخر هو أن ملاحظة الأغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن اتصاف القدر المشترك بذلك الوصف، فيستدل من الأغلب إلى القدر المشترك و يحكم به على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعة الأولية.

و من هنا ظهر أن مقتضى الخلقة الأصلية قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشيء أولاً و توضيح ذلك أن طبع الشيء قد يكون مقتضياً لكونه على وصف خاص بحسب خلقتة الأصلية و لكن تعرضها طبيعة ثانية غلبة فيقتضى حالة على خلاف تلك الحالة الأولية فيكون المدار على الطبيعة الثانوية فيكون المناط في كون فقدان وصف عيباً أو غير عيب بحسب تلك الحالة الثانوية و قد مثل المصنف لذلك بالضيعة فإنها بحسب طبيعتها الأولية يقتضى أن لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٣٩

يكون فيها خراج أصلاً، فيكون ثبوت الخراج في أرض خاصة عيباً و لكن حيث كان أغلب أفراد الأرض قد ثبت فيها الخراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب، بل عدم الخراج كمال في الأرض فإذا كان هناك أرض قد أسقط سلطان الوقت خراجه و ضريرته لجهة خاصة فيكون ذلك كمالاً- لذلك لا أن ثبوته في مورد آخر يكون عيباً و على هذا فلا بدّ من ملاحظة هذه الطبيعة الثانوية فإذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعة الثانوية فيكون ذلك عيباً كما إذا كان الخراج في بعض أفراد الأرض أكثر من غالب أفرادها فإنه ح يكون ذلك عيباً في هذه الأرض.

و على الجملة فإذا تعارض مقتضى الحقيقة الأولية و ما يقتضيه طبع الشيء أولاً مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعة بحسب الغالب يكون الثاني مقدماً على الأول، و لذا لم يكن الخراج في غالب الأرض عيباً فيها، بل زيادتها في بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح.

ثم ذكر أن هذا هو الوجه في عدم كون الثيبوبة عيباً في الأمة البالغة إذ أغلب أفراد الإماء و الجوارى المجلوبة من أرض الشرك أن تكون ثيباً و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضاً الى عدم كون ذلك عيباً في الجارية.

و من هنا اتضح أيضاً أنه لا بدّ من ملاحظة الأغلبية الموجبة لتشكيل حقيقة ثانوية بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الأغلبية في صنف الى صنف آخر، و على هذا فالثيبوبة ليست عيباً في الجارية الكبيرة و لكنها عيب في الصغيرة إذ أغلب افرادها ليست ثيباً و كذا إذا كان الخراج في الدكان من العشر و في الدور بنصف العشر فإنه لا يكون ذلك في الدكان عيباً لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار، نعم و في الصنف الأخر و هو الدور بمقدار أقل.

بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقة الثانوية هو الميزان في كون زيادة وصف أو نقصانه عيباً أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشيء على حسب الخلقة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٠

الأصلية يكون ذلك عيباً فيه و هذا لكون الرجل أغلف فان الغلغة و ان كانت على مقتضى الطبيعة الأولية حيث ان الولد لا يولد مختوناً و لكن بحسب الطبيعة الثانوية تكون ذلك عيباً في العبد.

و على الجملة أن الميزان الكلي في ملاحظة مقتضى الطبيعة هو كون الشيء على طبيعة الأولية أو كون أغلب الافراد على وصف خاص و مع التعارض يتقدم الثاني، هذا محصل كلام المصنف، فافهم.

أقول: ان كان مراده من كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعة و المعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهية و الطبيعة المشتركة بين جميع الافراد مقتضياً لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهية الافراد مقتضياً لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهية الفلانية أن يكون افراده متصفاً بالوصف الفلاني، و إذا تخلف في فرد يكون تخلفه هنا عيباً ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير بلفظ الماهية و الطبيعة فيرد عليه أن الماهية لا اقتضاء فيها أصلاً، و قد قرع سمعك كثيراً إن الماهية من حيث هي هي، ليست إلا هي لا موجودة و لا معدومة و أن الماهية بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود و العدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجية و هلا سمعت قول الشيخ ان الماهية من ناحية وجود علته أيس، و من ناحية عدم علته ليس و على هذا فلا- معنى لتعريف العيب، بأنه ما يكون ناقصاً عن مقتضى الطبيعة إذ لا اقتضاء للطبيعة أصلاً، فضلاً عن أن يكون

خلافه عيبا و انما الماهية الإنسانية مثلا عبارة عن الجنس و الفصل سواء تحقق في الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شىء من هذه الأعضاء أصلا.

نعم، ان أريد من اقتضاء الماهية اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهية و عبر عن ذلك مسامحة بكون الماهية مقتضية لها و ذلك كزوجية الأربعة و ككون الإنسان قابلا للعلم و الكتابة و ككون الجسم قابلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤١

للابعاد الثلاثة و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهية لا تنفك عنها أصلا إلا بعدم الماهية إذ لا يعقل تحقق الأربعة بدون كونها زوجة و مع انتفاء الماهية يبطل البيع من جهة عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، و قد عرفت مرارا أن المبيع إذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون البيع باطلا، و الأوصاف التى يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهية ليس وجودها من مقتضيات الماهية كالبصر و السمع و نحوها و لأنهما مثل الكتابة و العلم كما قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا كما قال فى مورد آخر الرَّحْمَنُ - خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ فيعلم أن الإنسانية لا تتوقف على كونه سميعا بصيرا، كما أنه لا يتوقف على كونه عالما، كما لا يخفى، فافهم، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعا إذ لا يتفوه بمثله ذوى مسكة فضلا عن المصنف الذى هو شمس فلك التحقيق و التدقيق.

و ان كان المراد من ذلك أى من مقتضى الطبيعة الأولية هو كون الشىء بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و إذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عبارة المصنف، بل هو المتعين مثلا- ان الإنسان حسب وجوده الخارجى يقتضى أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و أنف و هكذا بقیة الأوصاف و كذلك الحال فى بقیة الأشياء فإذا باع أحد عبدا و ظهر عمى أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الأوصاف المشهورة المعروفة التى كان أغلب أفراد الإنسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانها عيبا فى المبيع كما هو واضح.

و هذا الوجه و ان كان له وجه فى مقام الثبوت و لكن لا وجه له فى مقام الإثبات إذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الإثبات فإنه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانى وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشىء و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٢

ليس مستندا الى مقدمات و علل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الإنسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى إذا لم يكن فى العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا إلى شىء آخر كالعلم و الكتابة فإن السمع و البصر ليسا دخيلين فى إنسانية الإنسان و لذا قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا أى بعد كونه إنسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا، إذا لاحظ أحد أى تفاحة فرآه أحمر و لم ير أصلا تفاحة أخرى أبيض، فلا يمكن له فى مقام الإثبات أن يحكم بأن الاحمرار فى التفاحة بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا- بحسب التصادف آخر، كاشراق الشمس و نحوه و هذا واضح لا ستره فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا فى بيان حقيقة العيب و ماهيته، بل لا بد من المشى بمسلك آخر، بل قد لا يكون هنا طبيعة أصلا فضلا عن أن يقتضى شيئا كما فى مصنوعات البشر، فان كون الفرش مثلا على هيئة غير مرغوبة عيب مع أنه لا طبيعة له حتى تقتضى كونه على حالة خاصة ليكون خلافها عيبا كما هو واضح.

و الحاصل: أنه لما كان العيب و العوار مذكورين فى الاخبار فلا بد من بيان حقيقة العيب لكونه موضوعا للخيار، و قد ورد فى مرسله السيارى و عنون فى كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقة الأصلية أو نقصت عنها، و تكلم المصنف فى ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء و المرسله.

و محصل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقة الأصلية التى تقتضى الماهية المشتركة كون الشىء عليها و إذا كان الشىء موافقا لها كان صحيحا و ألا كان معيبا و هذه الخلقة الأصلية قد تكون معلومة بحسب الخارج، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب فى

العبد، و عدمه ليس بعيب و قد يعرف بحسب الغلبة الخارجية بحيث يكون التخلف فى النادر لعارض فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج٧، ص: ٢٤٣

فقدانه عيبا فيه.

و قد تكون الطبيعة الثانويّة هو الميزان فى الصحيح و المعيب كالأرض الخراجية فإنها بحسب طبعها لا يقتضى الخراج و لكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج و ح يكون العيب زيادة الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعة الثانويّة مقدّمة على مقتضى الطبيعة الأولى فى مقام المعارضة، بل قد يكون كون شىء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الأغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعة الثانويّة.

ثم ان ملاحظة الطبيعة الأولى أو الثانويّة و جعلهما ميزانا فى بيان المعيب و الصحيح انما هى بحسب الأصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فإنه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيوبة فى جارية الصغيرة و قد لا يكون عيبا كالثيوبة فى جارية الكبيرة مع انهما من نوع واحد و جنس فارد.

ثم ان الثمرة بين كون الثيوبة مثلا- عيبا فى الجارية الكبيرة أو ليست بعيب انما تظهر فيما إذا باع أحد جارية و اشترط المشتري على البائع كونها بكرًا فظهرت ثيبا، فإنه على القول بعدم كون الثيوبة عيبا يكون للمشتري خيار تخلف الشرط فقط، و أما على القول بكونها عيبا يكون المشتري مخيرا بين الرد و الإمضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الأمور و الّا فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبة الأرش على ما ذكرناه سابقا فإن مطالبة الأرش انما هو فى صورة كون صف المتخلف من العيوب و الّا فلا يثبت له حق مطالبة الأرش كما هو واضح.

ثم قوى الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراده من الوجه السابق، ما أفاده أولا من أن الثيوبة ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخة غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشية السيد هذا.

أقول: قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فإنه مع عدم وجود

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج٧، ص: ٢٤٤

المقتضى للماهية المشتركة قلنا لو أردنا من ذلك لوازم الماهية مسامحة فلا يمكن التخلف بين الماهية و لوازمها كالأربعة و الزوجية، فان كل منهما لا- يتخلف عن الآخر و إذا تخلف فى مورد و كان فرد مثلا فاقتضى لو وصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضى الطبيعة، بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمة و من مقتضيات الطبيعة بدهاء عدم إمكان تخلف لوازم الماهية عن الماهية كما هو واضح، بل قد ورد فى بعض الروايات أن الإباق فى العبد و نحو ذلك عيب فى المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهية و العرف قاض بان فقدان بعض الأعضاء عيب فى العبد و الحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعة الحيوان.

بل قد لا يكون هنا طبيعة حتى تقتضى شيئا و كونه على حالة مخصوصة كما فى مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئة خاصة مرغوبة للناس ليست من مقتضيات طبعه إذ لا طبيعة للفراش حتى تقتضى ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحالة عيب كما إذا كان قنصا من طرف أو لم تكن ألوانه متناسبة أو غير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا فى غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح، فافهم.

و عليه فلا يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الميزان و الضابطه لبيان حقيقة العيب. على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقه على ما ببالى و مع الوثاقه فلا تزيد مرتبه عن المرسله فهى لا يجوز العمل بها على أنها مخالفة للوجدان فان العيب ليس منحصرًا بما ذكر فيها كما هو واضح.

و التحقيق فى بيان ضابطه العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فإنها تارة تكون معتبرة فيها بحسب الأغراض الشخصية بحيث

ان المشتري مثلا- يرغب في نفسه الى ذلك الوصف ككون العبد مثلا- كاتباً أو خياطاً أو نجاراً و نحو ذلك مما هو مورد للأغراض الشخصية و قد تكون الأوصاف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٥

معتبرة بحسب الأغراض النوعية بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبرة في المبيع فان كان التخلف في مثل الأوصاف الأولية لا يكون خيار العيب للمشتري، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب ما اعتبره من الأوصاف الكمالية و نحوها في المبيع.

فان كان التخلف في الأوصاف الثانوية يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الأوصاف معتبرة في المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزيادة أو من حيث النقصه مثلا أن العرف يرى كون الجارية على البكارة مع عدم التصريح بالثبوت فإذا ظهرت ثبوت تكون معيوبة فيثبت للمشتري خيار العيب هذا كله إذا تخلف وصف من أوصاف المبيع التي اعتبرها المتبايعان في المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع.

و أما إذا لم يكن هنا تخلف الوصف، بل كان على الوصف الذي كان المبيع الصحيح عليه و مع ذلك يكون فيه تفاوت القيمة بحيث كانت قيمته ناقصة أو زائدة عن القيمة المتعارفة كان للمشتري أو البائع خيار الغبن لتخلف الشرط الضمني، و هو تساوى القيمة و هذا خارج عن تخلف الوصف.

و على الجملة أن التخلف قد يكون في غير الوصف كتخلف الشرط الضمني مثلا في تساوى القيمة فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن و قد يكون في الوصف، و هذا أيضا قد يكون في وصف اعتباري المبيع بحسب نظر شخص المتبايعين و قد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاء، فعلى الأول يكون موجبا لخيار تخلف الشرط و على الثاني يكون موجبا لخيار العيب، و هذا واضح لا يخفى.

و الحاصل: أن الضابطة الكلية في بيان حقيقة العيب هو أن الأوصاف على قسمين: الأول: ما يكون معتبرا في المبيع بحسب بناء العقلاء و اعتبارهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٦

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا، لكفاية بنائهم في اعتبارها في ذلك بحيث يعتبر في المبيع حتى مع السكوت فوصف الصحة ما يكون معتبرا في المبيع بحسب بناء العقلاء مع سكوت المتبايعين و عدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجدا لهذا الوصف، و اعتباره في صحة المبيع و يسمى ذلك بوصف الصحة و إذا تخلف ذلك بزيادة شيء عليها أو بنقصتها ثبت للمشتري خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزيادة أو بالنقصه عيب في المبيع.

و على الجملة أن كون الوصف وصف الصحة بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقده يكون معيبا.

الثاني أن يكون الوصف معتبرا في المبيع بحسب اشتراط المتبايعين كالأوصاف الدخيلة في أغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم. و على الأول: فإذا تخلف يثبت للمشتري خيار العيب.

و على الثاني: يثبت له خيار تخلف الشرط، و هذا هو الميزان في المقام و أما كون الشيء على وصف أو كون أغلب أفراده موصوفا بوصف، فلا يكون ميزانا في المطلب على ما ذكره المصنف، و لا يكون كاشفا عن الخلقة الأصلية كما تقدم.

و أيضا أن كون أغلب الافراد في كل صنف فاقدا لوصف يراه النوع وصف صحة لذلك الشيء و كونه معتبرا في ذلك شيء لا يوجب عدم كون فقدانه عيبا، بل يكون فقدانه في أغلب الأفراد أيضا عيبا في المبيع و عليه فتكون الثبوت عيبا في الجارية فان العقلاء يرى البكارة من أوصاف الصحة للمبيع، بل هو الغالب في غير الإماء المحلوقة من بلاد الشرك.

نعم، إذا كانت الأفراد الغالبة في الإماء المحلوقة من بلاد شرك ثبوت كانت ذلك قرينة على أن المشتري أسقط خيار العيب لا أن الثبوت ليست

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٧

بعيب فإنه فرق واضح بين كون الثيبوبة عيبا و يكون عدم الخيار من جهة القرينة و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا و بين أن لا يكون الثيبوبة خارجا عن العيب موضوعا بواسطة القرائن التي هي الغلبة.

لو صرح المشتري باشتراط أوصاف الصحة على النحو الذي بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكارة في الجارية ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحية الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينة الخارجية كما هو واضح.

ثم ان المناط في تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف و بناء العقلاء على كون وصف خاص وصف صحة أو عدم كونه وصف صحة و معتبر في صحة المبيع. و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحة بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا في ثبوت خيار العيب، بل لا بدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزيادة أو النقيصة موجبا لنقصان مالىة المبيع كالمعى و الخرس و الفلج في العبد، و هكذا في غيره، و أما إذا لم يوجب فقدان وصف من أوصاف الصحة نقصا في مالىة المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب في المبيع، بل ما كان موجبا للنقص من مالىة المبيع و ذلك فان الظاهر من رواية زرارة من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الرواية.

فإن الظاهر من هذه الرواية هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب إلا إذا كان موجبا لنقص المالىة ما لا يوجب نقصا في المالىة لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٨

فإذا أحدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه إذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا في زيادة مالىة الموصوف كما هو واضح و هذا كالمخصى في العبد و الديك، فان ذلك و ان كان بحسب اللغة نقصا في العبد و الديك، و لكن لا يوجب نقص المالىة أصلا فإن قيمة المخصى لا يختلف مع غيره بل ربما يكون ارغب من غير المخصى لأجل بعض الأغراض العقلائية كما إذا يريد مولاه أن يكون واسطة بينه و بين زوجته في قضاء حوائجها و ان كان غرض بعضهم يتعلق بكونه غير خصى أيضا، كما إذا أراد أن يتزوج له أمه فيولد منهما ولد يكون رقا لمولاه إلا أن ذلك لا يوجب كون قيمة المخصى انقص من غير المخصى فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب في المقام، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أى يكون خارجا عن العيب حكما من هذا جهة فيكون موجبا للرد فقط دون الأرش فيكون مثل خيار تخلف شرط و لعل الى هذا يشير كلام العلامة حيث قال إذا لم يعلم المشتري بكون الإمامة مجلوبة من بلاد الشرك فتكون الثيبوبة عيبا و ألا فلا، فان الظاهر من ذلك أنه يثبت عليها حكم العيب أو ينفي عنها ذلك أيضا بدهاءة عدم دخل العلم و الجهل في حقيقة العيب.

و بعبارة أخرى أن العيب يمكن ان يدور مدار العلم و الجهل حكما و لكن لا يمكن ذلك موضوعا، فح صورة عدم علم المشتري بكون الأمة مجلوبة من بلاد الشرك يثبت له الرد و ألا فلا، كما أنه قد يكون خارجا عنه حكما بواسطة الغلبة كما تقدم.

نعم، إذا أطلق المبيع لم يتعرض المتبايعان لمثل ذلك الوصف يكون مع بناء العقلاء على اعتباره في المبيع و رؤيتهم ذلك من أوصاف الصحة يكون تخلف ذلك موجبا للخيار، و ان لم يكن موجبا للأرش كما تقدم، و لكن هذا خيار تخلف الشرط أو خيار العيب لا يترتب عليه ثمر أصلا بدهاءة أن أصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٤٩

الخيار مسلّم و ثبوت الأرش مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرش و هو مفقود في المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا في زيادة

المالية.

وقد يقال بظهور الثمرة في ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط في موردين:
الأول: في أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف، كما صرح به رواية زرارة فإن إحداث الحدث موجب لسقوط الخيار و
ان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف إلا إذا كان ذلك
مؤذنا بالرضا بالعقد، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بداهة أن الخيار متعلق بالعقد و هو باق حتى مع تلف العين، و ليس
متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح وقد أشار المصنف الى هذه الثمرة في كلامه.

ثم أشار الى جوابه بقوله فتأمل، و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما إذا ثبت لذي الخيار جواز
مطالبة الأرش اما مخيرا بين الرد و الأرش أو يكون له الرد أولا، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبة الأرش و أما فيما ليس له
جواز مطالبة الأرش لعدم كون العيب مما يوجب نقضا في المالية حتى يطالب المشتري الأرش، فإن إحداث الحدث لا يوجب سقوط
الرد كما هو واضح.

المورد الثاني: أنه إذا حصل العيب بعد العقد في زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا يقع في جهتين: - الأولى:
في أن حدوث العيب في ذلك الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع و هذا هو الذي تقدم الكلام فيه.

الجهة الثانية: في أن نفس حدوث العيب في ذلك الوقت يوجب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٠

حدوث الخيار أم لا- وهذا هو الذي قلنا انه يأتي الكلام فيه في أحكام الخيار و على هذه الجهة فربما يتوهم ظهور الثمرة من كون
انتفاء الوصف الغير الدخيل في زيادة المالية موجبا لخيار العيب أو الشرط بأنه ان كان ذلك هو خيار العيب كان ثابتا في صورة انتفاء
ذلك الوصف في زمن الخيار أو قبل القبض و ان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بداهة أن الشرط الضمني انما
يقتضى كون الوصف موجودا حال العقد فقط و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضى كما هو واضح.

و فيه أولا: أن الالتزام بظهور الثمرة و ثبوت خيار العيب بالنقص بمثل الوصف المذكور في زمان الخيار أو قبل القبض انما يتوقف
على شمول القاعدتان المعروفتان أعنى التلف في زمان الخيار ممن لا- خيار له و أن التلف قبل القبض من مال البائع لزوال وصف
الصحة أيضا فإنه على هذا يكون العيب الحادث في زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا على البائع،
و لكن بعد تسليم تمامية القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الى زوال الأوصاف لعدم دلالة القاعدتين على ذلك.

و ثانيا: أن مفاد القاعدتين انما هو كون ضمان مالية المبيع مع التلف في زمن الخيار أو قبل القبض على البائع بحيث يفرض المبيع كأن
لم يكن و يعطى الثمن للمشتري و من الواضح ليس هنا نقص مالي حتى يضمنه البائع إذ المفروض أن الوصف الزائد في ذلك الزمان
لا يوجب نقص المالية حتى يضمنه البائع كما هو واضح.

الكلام في افراد العيب

قوله: مسألة: لا اشكال و لا خلاف في كون المرض عيبا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥١

أقول: ذكر المصنف أنه لا خلاف في كون المرض في العبد أو في الحيوان عيبا و هو كذلك و انما الإشكال في بعض افراده كحمى
اليوم، فإنه ربما يقال بكونه أيضا عيبا في العبد و يؤيده شمول إطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضا، و لكن الظاهر أن هذا

ليس بعيب ما لم يكن نوبةً كما إذا كان في الأسبوع مرةً فإن مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الإنسان نوعاً ولا يصدق عليه العيب في العرف و ان صدق عليه المرض فان في نظر العرف أن العبد الذى يعتريه الحمى يوماً مساوياً من حيث القيمة مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

قوله مسألة: الجبل عيب فى الإمام.

إشارة

أقول: من جملة أفراد العيب ذكروا الجبل فى الإمام أو فى بقية الحيوانات

يقع الكلام هنا تارةً فى الإمام و أخرى فى غيرها.

أما الأولى [فى الإمام]

فإنها قد تكون حاملاً من المولى فهذا لا شبهةً فى بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبة هنا الى كون الجبل عيباً أو غير عيب و أخرى تكون الأمة حاملاً من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهةً فى أن الحمل فى الأمة عيب يرد معه الجارية للأخبار الدالة على ذلك و قد تقدم سابقاً فى كون الوطى مانعاً عن رد الأمة بالعيب أنه لا يكون مانعاً فى الحامل فضلاً إذا لم توطأ و هذا لا شبهةً فيه بل الأمر كذلك إذا لم تكن هنا أخبار تدل على جواز الرد و عدم مانعية الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهةً أنها فى معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابلةً للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابلةً لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجرة مسلوبةً المنفعة و هل يتوقف أحد فى أن كون العين مسلوبةً المنفعة عيب فى ذلك، بل عدم كون الأمة الحاملة قابلةً للاستيلاء عيب فيها فإنها لو لم تكن حاملاً كانت حاملاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٢

من المشتري فيكون له فيها نفع من هذه الحيثية و لكن الحمل مانع عن هذه المنفعة، و كيف كان فلا شبهةً فى كون الحمل فى الأمة عيباً ترد به الى البائع.

ثم انه إذا كان الحمل فى ملك المشتري فهل يكون ذلك مانعاً عن الرد أم لا، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فإذا ثبت له الأرش فقط، بل مانعية الحمل عن الرد هنا لا يتوقف على كونه عيباً و ذلك لأن المذكور فى المرسله المتقدمه أن صبغ الثوب و خياطته يكون مانعاً عن الرد، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب و أن العمدة فى سقوط الرد كانت هى رواية زرارة فالمذكور فيها أن أحداث الحدث مانع عن الرد و لا يفرق فى ذلك بين كون الحدث عيباً فى المبيع أم لا و من الواضح أن الحمل من أظهر أفراد أحداث الحدث فيكون مانعاً عن الرد، و على هذا الوجه الأخير فلا وجه لما أتعب به المصنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل فى ذلك كلمات جلّ الأصحاب، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيباً أيضاً يسقط به الرد كما هو واضح.

و أما الحمل فى غير الأمة

فقد ظهر حكم مانعيته عن الرد هنا أيضاً من السابق و أما من حيث كونه عيباً فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشتري أو للبائع، فذكر الشيخ (ره) فى المبسوط أن الحمل تابع للحيوان فإذا باع حيواناً ثم ظهر كونه حاملاً فإنه يكون الحمل للمشتري لكونه كالجزة من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبائع فإنه أجنبى عن المبيع.

و على القول الأول لا يكون الحمل عيبا، بل هو جزء زائد و يكون دخيلا في زيادة المالية و أنه مرغوب اليه عند العقلاء.
و بعبارة أخرى أن العيب عبارة عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصحة و يكون وجوده معتبرا في المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص مالية المبيع و من الواضح أن الحمل في الحيوان بحيث يكون لمالك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٣
الحيوان لا يكون عيبا، بل يكون وصف كمال و دخيل في زيادة المالية كما هو واضح.
و توهم أن الحيوان الحامل يكون في معرض الخطر عند الوضع توهم فاسد بداهته أن هذا الاحتمال موهون في الحيوانات و لذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستتجون بذلك عنها كما هو واضح.
و أما على القول الثاني و لا التزام بان الحمل للبائع فلا شبهة في كونه عيبا في المبيع لما عرفت أن المنافع التي تستفاد من غير الحامل التي منها كونه قابلا للاستيلاء و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلك في الأمة.

قوله: مسألة: الأكثر على أن الثبوبة ليست عيبا في الإماء.

أقول: الظاهر أن المصنف انما تكلم في ذلك غفلة عن المسألة السابقة فإنه قد اتضح من تلك المسألة أن الثبوبة عيب أو ليست بعيب و قد أعاد جملة مما ذكره هناك.

نعم، في هذه المسألة ذكر خصوصية لم يذكرها هناك و هي أنه قد ورد هنا روايتان لا بدّ من التكلم فيهما:

الاولى: ما استدل بها على أن الثبوبة ليست بعيب في الإماء و هي رواية سماعة عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء و فيه.

أولا: أن الرواية ضعيفة السند.

و ثانيا: أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهي الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمة أن المذكور في الرواية هو اشتراط البكارة حيث قال السائل ان الرجل باع الجارية على أنها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهي سواء كانت الثبوبة عيبا فيها أم لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٤

كما هو واضح على أن الرواية (غريبة) عن الثبوبة و كونها عيبا أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا في كون عدم البكارة عيبا في الحرّة المتزوجة التي ظهرت غير باكرة أن الظاهر من اللغة هو أن البكارة عبارة عن المرأة التي لم يصبها رجل سواء كان دم البكارة موجودة فيها أم لا، بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاق و نحو ذلك و على هذا ففي الرواية قد اشترطت البكارة في الجارية فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجارية و لا يجب عليه شيء و من البديهي أن ذلك لا يثبت كونها ثيبه، بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أي أنها غير واجدة لدم البكارة أم أنها أصابها الرجل بحيث صارت ثيبه فلا يستفاد من الرواية.

و بعبارة أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكارة اعني دم العذرة فاعتقد كون الجارية ثيبه فستل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك، بل رأى أنه لا بد في الحكم بالثبوبة من ثبوتها و أما بمجرد عدم وجود أثر البكارة لا تثبت الثبوبة لا يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأة التي لم تر الرجل و على الرجل الذي لم ير المرأة و لكن البكارة هي العذار و هي التي كانت واجدة لدم البكارة فالمعنى المذكور لا يجري في الرواية.

فإنه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك في الرواية حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذي ذكرناه و أما إذا كالمراد هذا الاحتمال فإنه بمجرد ذهاب دم البكارة تكون ثيبه فافهم.

نعم، لا بأس من الاستدلال على كون الثيبوبة عيباً برواية يونس في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق.

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الأرش بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٥

ثبوت الثيبوبة فإن مراده من قوله عليه السلام إذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقاً في دعواه الثيبوبة فإن العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقاً في عدم رؤية اثر البكارة حتى تدل هذه الرواية على عكس الرواية الاولى من الكفاية بثبوت الثيبوبة على عدم وجدان اثر البكارة و هو الدم و كيف كان فالرواية الثانية تدل على أن الثيبوبة عيب في الجارية. نعم، لو كانت هنا غلبة بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبئة كالإماء المجلوبة من بلاد الشرك كانت هذه الغلبة قرينة على عدم ثبوت الخيار و رضاء المشتري بالعقد على هذا النحو كما هو واضح.

قوله: مسألة: ذكر في التذكرة و التواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير.

أقول: قد عللوا كون عدم الختان عيباً في العبد ليكون للمشتري حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك في معرض الخطر إذ ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح.

و فيه أولاً: أن هذا الدليل أخص من المدعى إذ قد يكون العبد غير مختون و لا يجب ختانه كما إذا كان نصرانياً و لم يقبل الإسلام فإن الختان إنما يجب في العبد المسلم ففي الفرض المذكور لا يجب.

و ثانياً: أن الختان إنما يكون موجبا للخطر إذا لم تكن وسائل ابتدائه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك.

و ثالثاً: أنا لم نسمع كالختان خطرياً مع كثرته في أول الإسلام.

و رابعاً أنه إذا كان خطرياً لا يجب الختان أصلاً فإن حفظ النفس مقدم على ذلك و كيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى ليس بعيب في العبد و عليه فلا يثبت خيار العيب من جهة عدم الختان نعم لو اشترط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٦

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمرة هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمرة المذكورة في الثيبوبة كما أشار إليه المصنف

قوله: مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخلة في ذلك عيب ترد معه الجارية.

أقول: ذكر المصنف أن من جملة العيوب التي ترد به الجارية عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعي.

أقول: أن عدم الحيض في نفسه ليس من العيوب، بل هو كمال في نفسه نعم إذا كان كاشفاً عن كونها مريضة كان عيباً فإن الجارية لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعاً عن الحيض و هذا هو المراد من الرواية التي سئل السائل عن جارية لم تر الحيض في ستة أشهر فإنه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجارية.

و أما تقييد كون ذلك عيباً إذا كان ظهورها بعد ستة أشهر تمسكاً بهذه الرواية أيضاً فاسد بداهة أن ستة أشهر إنما ذكرت في كلام الراوى فلا توجب تقييد الحكم.

لا يقال ان هذه الرواية لا يمكن العمل بها بداهة أنها مخالفة للقاعدة التي أسسها الفقهاء من كون التصرف مستقلاً للخيار إذ لا يخلو

الأمه في مدة ستة أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء وناولنى الثوب و أغلق الباب.
فإنه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعدة أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار إلا إذا كان كاشفا عن الرضاء
بالعقد أو دل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار. و على هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعدة عن
الرواية الصحيحة.

قوله: مسألة: الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٧

أقول: ذكروا من افراد العيب الإباق، و ادعوا عليه الإجماع، بل هو من أفحش العيوب، و تدل عليه رواية أبى هشام الآتية فى عيوب
السنة نعم ربما يتوهم تعارضها برواية قيس انه ليس فى الإباق عهدة و لكن المراد من رواية قيس هو أن يكون الإباق عند المشتري من
غير أن يكون موصوفاً بذلك عند البائع فإن الظاهر من هذه العبارة أن حدوث العيب كان عند المشتري لا عند البائع و الآ فلا معنى
لعدم كون العدة عليه كما يقال ان العهدة فى التلف فى زمن الخيار للبائع أو العهدة فى الجنون أو البرص إلى سنة الى البائع كما فى
الرواية و هذا المعنى هو الظاهر من الرواية كما قلنا و هذا موافق للاعتبار أيضا إذ ربما يكون المولى الأول قائما بمخارجه فلا يكون
أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الإباق مستندا الى ذلك فليس هذا حملا لها عليه، كما ذكره المصنف، فتحصل أنه لا شبهة فى كون
الإباق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الإباق بمجرد تحققه و لو مرة واحدة عند البائع يكون عيبا فيه أولا، بل لا بدّ و أن يتكرر منه
هذا العمل أو كان بانيا على ذلك و الآ فلو أبق مرة ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا.
الظاهر هو اعتبار الاعتياد بذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الإباق و الآ فإذا أبق مرة واحدة و عصى، ثم تاب و صار عادلا لا
يطلق عليه الآبق هذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبّر فيها بأنه كان أبقا فان هذا التعبير انما يطلق فى مورد كون الاعتياد
بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق بإباق واحد كما هو واضح.

قوله: مسألة: النفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الأرش.

أقول: ذكر الفقهاء و المصنف أن من جملة العيوب ما يكون الشىء مخلوطا بشىء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فإذا باع حنطة
فظهر فيه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٨

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوباً و كذا إذا باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردى كان السمن معيوباً للمشتري خيار
العيب، و هذا الذى ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفى.
و عليه فلا- يفرق بين كون غالب الأفراد الموجودة فى الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون
ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشىء فإنك قد عرفت سابقا أن الغلبة لا تكون موجبة لتعيين الطبيعة نعم تكون هذه الغلبة مع
السكوت عن الوصف نفيا و إثباتا قرينة على كون المشتري راضيا بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجبا بسقوط خيار العيب، الآ
أن يشترط صريحا وجود الوصف الذى فقده أكثر أفراد هذه الطبيعة كما هو واضح و ح يقع الكلام فى ثمره كون هذا الخيار هو خيار
عيب أو خيار تخلف الشرط و هى عين الثمرة المذكورة فى ثبوت الإماء بين كون الثبوت عيبا فى الجارية أو يكون تخلفها موجبا
لخيار تخلف الشرط كما هو واضح.

وقد ظهر أن كون الخليط في المبيع عيباً أمر عرفي موافق للقواعد فيكون مشمولاً لقول زرارة أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار إلخ، ومع ذلك لا نحتاج إلى الرواية في المقام و ح فتكون رواية عيسى بن عبد العزيز مؤكدة للمطلب حيث قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دردياً قال ان كان يعلم أن الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يردّه و ان لم يكن يعلم فله أن يردّه و قد عرفت في السابق أن العيب لا يختلف بالعلم و الجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم و عدم جوازه مع العلم هو بالنسبة إلى حكم العيب فان كون العيب موجباً للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٥٩

و على الجملة لا شبهة في كون ذلك عيباً في المبيع، نعم الظاهر من رواية السكوني أن ذلك أي الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان علياً قضى في رجل اشترى من رجل عكةً فيها سمن احتكرها حكرة (أي مجتمعة) فوجد فيها رباً فخاصمه الى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام لك بكليل الزبّ سمناً، فقال له الرجل انما بعته منه حكرة له، فقال علي عليه السلام: انما اشترى منك سمناً و لم يشتر منك رباً، فان الظاهر من هذه الرواية مخالفة لحكم العيب من الرد و الأرش كما في المتن. بل يشكل الأمر فيها من جهة عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض في الرواية ليس هو بيع الكلي حتى يلزم البائع بإعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه دردياً، بل المبيع هو العين الخارجية و لذا قال السائل اشترى من رجل عكةً فيها سمن احتكرها حكرة (أي مجتمعة) و من الواضح أن صفة الاجتماع لا تلائم الكلية كما هو واضح.

و عليه فلا بدّ من توجيه الرواية و الذي ينبغي أن يقال في توجيهها هو أن المراد من الرواية هو ردّ الثمن الذي يقع في مقابل الرب اعطى في مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكليل الرب سمناً هو أن لك مبتدء و خيره محذوف فإنه لا بدّ و أن يكون المعطى للمخاطب بكلمة كاف الخطاب أن يكون شيئاً و يكون سمناً حالاً منه أو تمييزاً عنه و يكون التقدير لك شيء من الثمن لأن تقدير غير الثمن لا يناسب المقام بكليل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمناً أي كان أن يعطى للمشتري بكليل الرب سمن فحيث نقص ذلك و كان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن و ليس المراد من الرواية إعطاء السمن بكليل الرب فإنه على هذا لا بدّ و أن يكون السمن مرفوعاً و الحال أنه منصوب.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٠

و على الجملة فإن كان ظاهر الرواية هو ذلك فيها و ألا فلا بدّ و أن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطى للمشتري شيئاً من الثمن لا شيئاً من السمن ثم انه أشكل المصنف في المقام اشكالا و أجاب عنه بجواب لكن الاشكال و جوابه بجميع شقوقه ليس مربوطاً بالمقام، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهة الجهل بالمبيع كما هو واضح.

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان الخليط كثيراً و علم بحيث يكون مقدار المبيع و أما ما تقدم في مسألة الانذار من كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالإجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الظرف هنا مما يتمم و الدردي في المقام ليس مما يتمم، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردي بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتمم بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهة في بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع و ان كان مجموع الظرف و المظروف معلوماً إذ المفروض أن مقداراً من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذي يبذل الثمن في مقابله مجهولاً، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الظرف بالمظروف إذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام و هذا بخلاف هذه الصورة فإن الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتمم بالتمم كما هو واضح.

و ان كان الدردي بحيث أفاد نقصاً في الزيت بحيث يرى المجموع زيتاً و لكن زيتاً معيوباً لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشيء غير متمم بل مجموع زيت و متمم و لكنه معيوب من جهة دردي فلا شبهة في صحة البيع، و لكن يثبت للمشتري خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذي كان غير معلوم له.

و ان لم يكن الدردي موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص ماليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦١

المبيع، بل موجبا لنقص مقدار المبيع فقط مع وقوع المشاهدة عليه فلا يكون البيع باطلا هنا، بل لا خيار للمشتري أيضا، كما إذا باع ما في العكة الذي شوهه كل رطل بكذا من غير أن يكون مقدار الزيت معلوما و لا مقدار الزيت و الظرف معلوما.

و ما ذكره المصنف من كون الظرف و المظروف معلومين معا فليس بلازم و قد تقدم ذلك في كتاب البيع في بيع الصبرة و قد يكون النظر الى بيع مجموع الزيت مثلا- بعنوان كل رطل بكذا، و لكن بشرط أن يكون هذا الموجود عشرة أرطال، فإذا ظهر رطل واحد درديا كان للمشتري خيار تبعض الصفقة و هذا هو الفرق بين هذه الصورة و سابقه فان في الصورة السابقة لم يكن اشتراط كونه عشرة أرطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا.

و ان باع ما في العكة على أنه كذا مقدار فتيين نقصه عنه لوجود الدردي فيه، صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا فظهر ناقصا، و لكن قد تقدم في بيع الصبرة أيضا أن هذه الصورة ليس بمعقول بداهة أن المجموع ان كان مبيعا فلا معنى للاشتراط بعد فيكون المجموع مبيعا واحدا و ان لم يكن مبيعا فلا معنى للإشارة إلى مجموع ذلك، و القول بأنه بعتك ما في هذه العكة أو هذه الصبرة فما ذكره المصنف من الشقوق المتعددة صحيحة غير هذا الأخير، فافهم.

قوله: مسألة: قد عرفت أن مطلق المرض عيب.

أقول:

تعرض المصنف هنا بأحداث السنة و هي أربعة: الجنون و البرص و الجذام و القرن.

إشارة

و أما الحدبة فهي تفسير القرن لما في بعض الروايات أنه يرد المملوك لخصال أربعة ثم عدّ الخمسة الجنون و البرص و الجذام و القرن و الحد به،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٢

فيعلم من ذلك أنه هو القرن و قد استفاضت الروايات على ذلك و كونها عيبا ترد بها الجارية إلى سنة و هذا لا شبهة فيه في الجملة و لا بد من الأخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيبا و ان وجد سببها في ضمنى السنة فلا وجه لتأويلها بأنه لعل موادها كانت قبل السنة كما لا يخفى فإنه ربما يكون الجنون لأمر عرضي كالوقوع من شاق و نحوه من الخوف و غيره

و انما الكلام يقع في أربع جهات:

الجهة الأولى: في أن الجذام أيضا من جملة هذه الأربعة أم لا؟

من جهة أنه ذكر المصنف أن الأردبيلي قد استشكل في ذلك لعدم وجوده في رواية محمد بن علي مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور و عليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات و بقية الروايات الدالة على كون أحداث السنة أربعة.

و قد أجاب عنه صاحب الحقائق بعد ما نقله عن الأردبيلي أن يشبه هذا تعارض المطلق و المقيد فيحمل المطلق على المقيد، إلخ.

و لكن أصل كلام الأردبيلي خال عن الإشكال في الجذام من هذه الجهة و أن صاحب الحقائق لم ينقل من الأردبيلي و رواية محمد بن علي مشتملة على ذكر الجذام، بل جميع الروايات الواردة في المقام التي جمع أحداث السنة ذكر فيها الجذام صحيحة كانت أم

فاسدة، فهذا اشتباه من المصنف و العصمة مخصوصة لأهلها.

الجهة الثانية: أنه قد استشكل الأردبيلي في القرن، و هو الحدبة في الفرج المانع من الوطى،

وقيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها في صحيحة أبي همام، فحيث أنها في مقام الحصر و الضبط فتكون معارضة مع الروايات المشتملة على ذكر القرن و ليس فيها رواية صحيحة و هذا الذى ذكره صاحب الحدائق و أشكل عليه بأنه و ان لم مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٣

يذكر القرن في هذه الرواية و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بداهة أنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف، بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعة واحدة مطلقا تارة و مقيد أخرى، و يحمل المطلق منه على المقيد كما فى أعتق رقبة و أعتق رقبة مؤمنة، بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان فى مقام بيان العيوب و حصرها فإطلاق الكلام أى إطلاقة المقامى أن لا يكون هنا عيب آخر يردّ به المملوك فى أثناء السنة و لا شبهة فى كون الرواية مطلقة من هذه الجهة فحيث ورد فرد آخر غير هذه الثلاثة فى الروايات الأخر فتكون تلك الروايات مقيدة لذلك بإثبات القرن فيها أى عدم كون فرد آخر من عيوب السنة مقيد بالروايات المشتملة على عدها بأكثر من الثلاثة و بإضافة القرن إليها.

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق، حيث ان القرن و ان لم يذكر فى هذه الرواية فى طريق الكافى، و لكنه مذكور فيها فى طريق الشيخ، و الكافى و ان كان أضبط من التهذيب و لكن مع دوران الأمر بين الزيادة و النقيصة يقدم ما هو مشتمل على الزيادة و هذا أول مرة صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الّا فهو أضبط على أنه ذكر القرن فى رواية ابن فضال، و هى موثقة.

الجهة الثالثة: أن المحقق الأردبيلي قد استشكل فى البرص أيضا

إشارة

بدعوى أنه و ان كان مذكورا فى تلك الروايات المستفيضة مع الجنون و الجذام و القرن من عيوب السنة و لكن قد ذكر فى رواية أخرى صحيحة التى تقدم فى خيار الحيوان أيضا أن العهدة فى البرص إلى ثلاثة أيام فيقع التعارض بينها و بين الروايات المستفيضة فالمتيقن هو ان كونه موجبا للرد فى الثلاثة و أما فى غيرها فلا، و هذا الذى ذكره الأردبيلي، و ان كان متينا و لكن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٤

حيث كانت الروايات الدالة على كونه من عيوب السنة كثيرة و مستفيضة و كان فيها صحيح لصحيحة أبي همام و محمد على بناء على كونه حلييا كما قال الأردبيلي أظن أنه الحلبي و موثقة كرواية ابن فضال و كانت هذه الروايات موضع الاعتماد للفقهاء و عملهم بها يحصل الاطمئنان من ذلك على صدق بعضها من الامام عليه السلام و تقدمها على تلك الرواية الدالة على كون العهدة فى البرص على البائع إلى ثلاثة أيام و عليه فيحتمل أن البرص قد حرف و أن ما صدر من الامام فى مقام التكلم و الإفادة هو لفظ المرض و لكن هذا احتمال نحتمل من جهة معارضة لتلك الروايات الصحيحة التى نظمنا بصدر بعضها عن الامام عليه السلام و الّا فلو جرى مثل هذا الاحتمال فى الروايات لجرى فى جميعها و عليه لم يبق حجر على حجر.

تنبيه

فى ج ١٢، نل، باب ٢، أقاسم العيوب من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١١ عن أبي همام قال: سمعت الرضا يقول يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرد من احداث السنة؟ قال:

هذا أول السنة، فإذا اشترت مملوكا فحدث به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددته على صاحبه، فقال له محمد بن على فالإباق قال: ليس الإباق من ذا إلا أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده، ثم قال: صاحب الوسائل و رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول و ذكر نحوه إلا أنه قال و البرص و القرن.

و فى ج ٢ التهذيب، ص ١٣٥ عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٥

همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و الجذام و البرص، فإذا اشترت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة فرده على صاحبه، قال محمد بن على: فأبق، قال: لا يرد إلا أن يقيم البينة أنه أبق عنده.

و فى ج ١ فروع الكافي، ص ٣٩٠، ذكر خبر أبي همام على النحو الذى ذكره فى الوسائل إلى قوله، و رواه الشيخ إلخ، و فى ج ١٠ الوافى ص ١١٠، ذكر الحديث عن أبي همام ناسبا إلى الكافي و التهذيب، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من إضافة القرن و نسبه الى الشيخ اشتباه منه، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى رواية أخرى.

الجهة الرابعة: أنه قد أشكل على الروايات المشتملة على ذكر الجذام

بأنه يوجب انعقاد المملوك بمجرد حدوثه و معه كيف يردّ على البائع بالجذام و قد وجّهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعدة عليها فان من جملة الوجوه أن مادة الجذام يمكن أن تكون سابقه على البيع و تكون متكونة فى ملك البائع و ح يصحّ الرد اليه و لا ينعقد على المشتري و لكنه فاسد من جهة أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضا من جهة الوقوع من شاهر و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون.

و التحقق: أن الروايات هنا متعارضة فإن أمكن الجمع الدلالى فهو، و إلا فلا بدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضه و ذلك من جهة أن هذه الروايات المستفيضة انما تدل على أن الجذام من عيوب السنة ترد به الجارية، و رواية السكونى دلّت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجية فتلك الروايات المستفيضة تقدم على رواية السكونى للاطمئنان بصدور بعضها مع كون رواية السكونى ضعيفة و لكن حيث كان الحكم بالعتق مما تسالم عليه الأصحاب فيظمن به الإنسان باعتبار رواية السكونى فمقتضى الجمع مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٦

بينها هو تقييد رواية السكونى بهذه الروايات المستفيضة التى ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجة أن المملوك إذا حدث فيه الجذام ينعقد إلا فى صورة اشتراؤه من الغير فإنه لا ينعقد إلى سنة، بل يجوز له رده الى بائعه.

ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنة بحيث لو لم يردّه إلى بائعه حتى خرجت السنة فلا ينعقد عليه أو ينعقد بعد خروج السنة فذكر بعضهم أن انعقاده بعد السنة يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقى الجذام فيه كان كافيا فى انعقاده كما هو واضح، و ذلك لأن رواية سماعه شاملة للسنة و غيرها، و خرج من ذلك السنة و أن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعقاد إلى سنة و أما أنه يحتاج انعقاده بعد السنة إلى دليل آخر فلا.

الجهة الخامسة: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا للخيار

و من البعيد أن يكون المملوك فى ضمن هذه المدة خاليا عن التصرف فبه حتى بمثل أغلق الباب أو اسقنى الماء، و نحو ذلك و عليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على إطلاقها.

وفيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على إطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالتقيل و اللمس في الجارية و ركوب الدابة و نحو ذلك، أما القسم الأول فهو تابع لكشف رضاء المشتري، ففي أي مورد استكشفنا ذلك فهو، و أما فلا و أما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصة و هو خيار الحيوان فلا يكون جاريا في بقية الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم و الّا فلا، و أما القسم الثاني: فيقع التعارض بين ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للخيار و بين هذه الروايات المستفيضة بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضة أعم من حيث كون الجذام في ضمن الثلاثة التي هي زمان الخيار في الحيوان أو مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج٧، ص: ٢٦٧

بعدها إلى سنة و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أعم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعة أي الجنون و الجذام و القرن و البرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع في مورد التعارض الى العمومات الدالة على لزوم العقد.

الجهة السادسة: قد عرفت سابقا أن في موارد ثبوت العيب يثبت لمن له الخيار الرد

و إذا لم يردّ يجوز له مطالبة الأرش و على المشهور يكون من الأول مخيرا بين الأمور الثلاثة اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش.

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد في ضمن السنة بالعيوب الثنوية أن يطالب الأرش أم لا؟ و الظاهر أنه ليس له مطالبة الأرش بدهة أن الروايات الدالة على ثبوت خيار العيب للمشتري مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبة الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك، أي مطالبة الأرش على خلاف القاعدة و من الواضح أن الروايات المستفيضة الدالة على جواز الردّ بالعيوب الثنوية ليس فيها تعرض بالأرش فلا يمكن الالتزام به مع كونه على خلاف القاعدة، نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعدة لكونه كالجزم من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحة فيرد ذلك الجزء مع القول بأن مادة تلك العيوب الحادثة في السنة انما هي ثابتة قبل السنة فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت أنفا أن الأرش ليس جزء من الثمن و الّا كان البائع من الأول مشغول الذمة على ذلك، مع أنه لا يثبت إلّا بالمطالبة.

و ثانيا: أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى، و أما الثاني فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنة قد تعرض للعبد لعارض في نفس تلك السنة من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج٧، ص: ٢٦٨

قوله: خاتمة في عيوب متفرقة.

إشارة

أقول: قد ظهر الميزان الكلي في جواز الرد بالعيوب و لكن قد تعرّض المصنف للعيوب المتفرقة فتعرض لها تبعا له،

منها أنه ذكر في التذكرة أن الكفر ليس عيبا في المملوك

و الظاهر أن الكفر ان كان مثل التوثن و التمجس فلا-شبهة في كونه عيبا في الجارية لكونه مانعا عن الاستمتاع و أما إذا كان مثل التهوّد و التنصر فلا يكون لجواز الاستمتاع منها.

و توهم كون النجاسة فيهما عيبا واضح الفساد بدهة عدم كون المنافع المستفادة من المملوك منحصرًا بما يتوقف على الطهارة على

أنه ليس بمسلمية النجاسة لكونه من أهل الكتاب و قد أشكل غير واحد في نجاستهم على أنه يمكن أن يكون العبد اليهودي مطلوباً لبعض الناس فإنه يرى أن واجبات العبد تشغله مقداراً من الزمان فهو يريد أن لا يكون كذلك لكونه غير مبال في الدين كما تقدم ذلك في الخصي و كيف كان أن الكفر لا يوجب نقصان مالية المملوك فلا يكون عيباً يترتب عليه أحكام العيوب، كما لا يخفى.

و منها أن يكون العبد أو الأمة محرمة الانتفاع على المشتري

كما إذا كان ممن يعتقد عليه أو كانت الأمة أخت زوجته، فإنه لا يجوز الجمع بين الأختين أو كانت رضاعياً له، و غير ذلك من الجهات المحرمة، و لكن الظاهر أنه ليس بعيب لعدم نقص فيه، بل المانع من قبل المشتري.

منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفية

و ان لم يثبت ذلك شرعاً فان ذلك يوجب نقص ماليته و قلة رغبة الناس اليه، و هذا واضح.

و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد

و لكن شيء من ذلك ليس بعيب. و منها كونه ناماً أو ساحراً أو قاذفاً و نحو ذلك، و الظاهر أن هذه الأوصاف إذا كان بحيث ينجر إلى الفتنة و الفساد فهي عيب فيه، و الّا فلا، فإنه لا يخلو منها نوع البشر أحياناً و قل عبد يكون عادلاً، بل الأحرار كذلك. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٦٩

القول في الأرش

إشارة

قوله: القول في الأرش.

أقول: ذكروا أن الأرش في اللغة هو ما يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون و دية الجزء الفاتت و لا شبهة في إطلاقه على المقام و هو تفاوت القيمة بين المعيب و الصحيح من الثمن أو المثلث، و ان كان الغالب أن ذلك يثبت في المبيع فان الثمن غالباً يكون من النقود فلا يكون معيباً و لا داعي للبحث عن ذلك، بأنه على نحو الاشتراك اللفظي أو المعنوي،

بل المهم هو التكلم في جهات:

الجهة الاولى: في ان الأرش هل يثبت في المقام على طبق القاعدة، أو على خلاف القاعدة

لا- شبهة في أنه يجوز للبائع جبران عيب المبيع و انما الكلام في أن للمشتري إلزامه على ذلك أو لا؟ فان كان على طبق القاعدة فله إلزامه على ذلك، و الّا فلا، الظاهر أنه يثبت على خلاف القاعدة، فإنه لا دليل على كونه على حسب القاعدة أصلاً فإن الوجه في كون الأرش على طبق القاعدة هو أن يكون وصف الصحة الذي يفقد في المعيب أن يقابل بجزء من الثمن كما أن اجزاء المبيع تقابل

بالثمن، فكما أنه إذا فات جزء من المبيع ينقص من الثمن ما يقابله لانحلال الثمن الى كل جزء جزء، و كذلك إذا فات من المبيع وصف الصحة فيكون الثمن ناقصا منه بمقدار ما يقابل من هذا الوصف و لكن لا دليل على ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا. أما بناء العقلاء فواضح، فإنه ليس منهم بناء على كون وصف الصحة مقابلا بالثمن ليكون الأرش ثابتا على طبق القاعدة و مع عدم مقابلته بالمال ليس هنا بناء آخر على الأرش و أخذ جزء من الثمن على تقدير انتفائه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٠

و أما من الشرع فلم يصل إلينا ما يدل على ذلك، و عليه فلا دليل على كون وصف الصحة مقابلا بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعدة و من هنا لو لم يطالب المشتري الأرش لم يكن البائع مشغول الذمة على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن لكان البائع مع عدم التفات المشتري الى ذلك و عدم مطالبته مشغول الذمة على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعدة، بل هو ثابت بعنوان الغرامة لدليل خاص يقتضيه، و من هنا لو وقعت المعاوضة بين المعيب و الصحيح و كانا من جنس واحد ربوى لا يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحة، و لو زاد على المعيب في مقابل وصف الصحة شيء لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، و هذا بخلاف ما كان جزء من المبيع ناقصا فإنه يقابل بالمال فيكون البائع مع عدم رجوع المشتري إليه بغير التفات مشغول الذمة و هكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعدة كما هو واضح.

و على الجملة لا- دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعدة فيكون ثبوته على خلاف القاعدة فيكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع بمجرد البيع و على هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف ألا خيار تخلف الوصف و الشرط، فان مرجع تخلف الوصف الى تخلف الشرط و لكن التزم السيد (ره) في حاشيته بأن الأرش على طبق القاعدة مع تسليمه جميع ما ذكرناه من عدم كون الوصف يقابل بالمال و نحو ذلك بدعوى أن للمعاملة مرحلتان مرحلة الظاهر و الإنشاء و مرحلة اللب و لا شبهة أن وصف الصحة و ان لم يقابل بالمال في المرحلة الاولى و لكنه يقابل بالمال في المرحلة الثانية بمعنى أن زيادة بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف المذكور فتمام الثمن في عالم الإنشاء جعل في مقابل نفس العين و ليس شيء منه في مقابل الوصف لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧١

الذى جعل في مقابل نفس العين مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه و جب على البائع أن يغرم ما فات من المشتري و ما اغترم في عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف فبالتخلف لا يلزم الانفساخ لأن الفرض كون تمام الثمن في مقابل العين المفروض وجودها و لكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف و أعطى ما لا مقابل له في ذلك العالم له أن يرجع على البائع و له أن لا يرجع و لذا لا تشتغل ذمة البائع على الأرش من حين العقد، بل من حين المطالبة كما هو واضح.

أقول: لا نفهم معنى محصلا لذلك فإنه كلام شبيه بالعرفان فإنه ليس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن، بل ذكرنا مرارا أنها أمور اعتبارية و حقيقتها قائمة بالاعتبار فما وقع في مقابل الثمن من العين واقع في مقابله ظاهرا و لبنا كالأجزاء مثلا فما لم يقع في مقابل الثمن لا يقع في مقابله أيضا ظاهرا و لبنا كأوصاف الصحة.

و على الجملة فللمعاملات جهة واحدة لا- جهات كثيرة، نعم قد يكون الأوصاف داعية الى زيادة الثمن في عالم اللب و لكنها غير مختصة بأوصاف الصحة، بل تجرى في أوصاف الكمال أيضا فإن جميع الأوصاف داعية الى الثمن كما هو واضح.

و على هذا فالأوصاف لا تقابل بالمال أصلا نعم هي موجبة لزيادة المالية، بل تكون في بعض الأحيان تمامية المالية بذلك بحيث لا تكون للمادة مع قطع النظر عن الصورة و الوصف مالية أصلا و مع ذلك لا يكون الوصف مقابلا بالمال.

و على هذا فالأرش ليس على طبق القاعدة، بل هو غرامة إنما تثبت بالأخبار الخاصة و على هذا فلا بد في كيفية ثبوته من الرجوع إليها من انه هل هو التفاوت بين المعيب و الصحيح واقعا أو هو التفاوت بين الصحيح

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٢

و المعيب بالنسبة الى هذه المعاملة.

و الاخبار الواردة في المقام على ثلاث طوائف فان في بعضها انه يرد قيمة العيب و بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب و بعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن و قد أشار السيد الى هذه الاخبار في حاشيته و ظاهر جميع ذلك و جوب رد تمام قيمة العيب في هذه المعاملة ان كان قد دفع المشتري الثمن إلى البائع و نقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد. و الحاصل: أن المراد من التفاوت تارة يكون هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظة التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوم الجارية مثلا بالنسبة إلى القيمة الواقعية خمسين دينارا صحيحة و خمسة و عشرون دينارا معيبة و كان أصل الثمن خمسة و عشرون دينارا فإنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية كان اللازم هو رد تمام القيمة و هو خمسة و عشرون دينارا، بل ربما يلزم رد الزائد عن أصل القيمة و هذا لا يمكن الالتزام به لا من جهة لزوم الجمع بين العوض و المعوض فإنه لا محذور فيه مع دلالة الدليل كما ثبتت نظير ذلك في جناية العبد فإن الجناية لها مقدر شرعا و ربما يكون ذلك المقدار أزيد بمراتب من قيمة العبد لكونه مريضا أو هرما أو نحو ذلك فهل يتوهم أحد ان هنا يلزم الجمع بين العوض و المعوض، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامة فلا بأس بكونه أزيد من القيمة كما هو واضح على انك قد عرفت أن الأوصاف لا تكون مقابلة بالثمن و انما الثمن قد وقع في مقابل العين و عليه فيكون المردود لأجل نقصان الوصف غرامة لا قيمة حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما هو واضح.

نعم، بناء على كون الأوصاف تقابل بالثمن يلزم ذلك فإن الأرش المأخوذ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٣

يكون أزيد من الثمن الذى يقع في مقابل الوصف فيلزم الجمع بينهما و هذا هو الحل في عدم لزوم الجمع بينهما في باب الجناية أيضا، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فيه و عدم مساعدة الفهم العرفي على ذلك حيث ان الظاهر منها و بمقتضى الفهم العرفي هو أن التفاوت هو التفاوت بين المعيب و الصحيح بالنسبة الى هذه المعاملة فإن الفهم العرفي قاض بأن المشتري لا بد له أن يطالب من البائع ما نقص عليه من قيمة العين بالنسبة الى هذه المعاملة لكونها ربطا بينهما و أما القيمة الواقعية فلا ترتبط بينهما أصلا و يؤيد ذلك التعبير برد جزء من الثمن في بعض تلك الاخبار مع انك قد عرفت أن التفاوت بالنسبة إلى القيمة الواقعية قد يكون أزيد من مجموع الثمن فلا تصل النوبة إلى رد جزء من الثمن.

و أما ارادة التفاوت بالنسبة إلى القيمة الواقعية لا وجه له كما لا وجه للجواب عنه بحمل الاخبار على الغالب من عدم تفاوت القيمة السوقية مع أقل القيمة حال العقد من جهة كون الرد بقرينه على ذلك كما صنعه المصنف أى يكون التعبير بالرد من الثمن قرينه على أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة الى هذه المعاملة و أما قد لا يكون هنا رد كما في المثال الذى ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن يكون الرد أيضا محمولا على الغالب كما هو واضح.

و على الجملة هنا احتمالان:- أحدهما: أن يكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيوب بالنسبة الى هذه المعاملة. و الثانى: أن يكون المراد هو التفاوت بالنسبة إلى القيمة الواقعية و إطلاق الأخبار و ان كان يشمل كليهما و لكن مقتضى الارتكاز العرفي ينصرفه الى الشق الأول فتكون ظاهرة فيه كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٤

و من هنا تعرف ما فى عبارة المصنف من الغلط حيث انه أشار الى الاحتمال الثانى

بقوله، نعم

ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر لنصوص توهم إرادة قيمة المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد إرادة قيمة المعيب كلها لم يقل

به احد كما هو واضح و الظاهر أن النسخة الصحيحة هو قيمة العيب و مع ذلك لا يصح لمكان كلمة أزيد بعده. والحاصل: قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لأوصاف الصحة و أنها معتبرة فيه مع السكوت عن الاشتراط و إذا كان كذلك أو اشترط المشتري ذلك على البائع فلا شبهة في أنه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط لذلك، فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف.

و أما الأرش فلم يثبت بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و إلا لكان البائع مشغول الذمة من الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع، بمجرد البيع، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه في أول الخيارات من أن الأرش لا يثبت ابتداء، بل انما يثبت مع عدم الرد، و في طوله مع أنه لو كان الأرش على القاعدة لكان ثابتا من الأول و كان المشتري مخيرا بين الردّ و الأرش، من الأول فلا بدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفي هو أن المشتري يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبة الى هذه المعاملة لا التفاوت بحسب القيمة الواقعية.

و من هنا لم يذهب أحد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظرة الأولى يساعد على الاحتمال الثاني و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض في هذه الأخبار عدم وجود الخلل في المعاملة من غير جهة العيب كالغبن و نحوه فتكون المعاملة المفروض فيها كون المبيع معيبا محمولة على المعاملة المتعارفة و هي أن يكون ذلك بضمن متعارف فإذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشتري المبيع الذي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٥

يسوى بخمسين بخمسة كما يتفق ذلك أحيانا أو اشتراه بضمن متعارف و لكن ترقى و كان بقيمة أعلى الى زمان ظهور العيب، فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرش هنا.

و قلنا أن الأرش انما هو في المعاملات المتعارفة لكون الأخبار ناظرة إلى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به.

و ان قلنا أن الأخبار انما هي تبين حكم المعاملات المتعارفة من جهة كونها هي الغالب لا أنها مختصة بها، بل هي تبين الميزان الكلي في جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفة أيضا على حسب المعاملات المتعارفة فيكون المناط فيها هو ملاحظة أصل الثمن و أخذ التفاوت بالنسبة إلى أصل الثمن بحسب نسبة التفاوت إلى القيمة الواقعية.

و على الجملة المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب أصل ثمن المعاملة نسبة التفاوت الى الصحيح و المعيب إلى القيمة الواقعية على أنه هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمة الواقعية أحد.

الجهة الثانية: في ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو يجوز أن يكون من غيره أيضا

الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فإنه بعد ما قلنا أن الأرش أمر ثبت على خلاف القاعدة فليس ثابتا على طبق القاعدة لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبائع بمجرد العقد فلا- دليل على إجبار البائع على إعطاء الأرش من ذلك المال الخاص و انما هو غرامة ثبتت بدليل خاص فللبائع ان يعطيه من غير الثمن أيضا و لكن المتهم من بعض الروايات أنه لا بدّ و أن يكون الأرش من نفس الثمن خصوصا من رواية زرارة التي هي المستند لنا في خيار العيب و قد عبّر عنها المصنف بالصحيحة حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها و لكن هذا التوهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٦

فاسد فان المفروض في هذه الرواية و أمثالها أن الثمن لم يرد إلى البائع بل هو عند المشتري بعد و عليه ان الثمن قد يكون كليًا كما هو الغالب فإن البائع يبيع متاعه بالثمن الكلي نوعا و لا يعين ثمننا خاصا شخصيا، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهري حيث ان المشتري

يطلب مثل ما يطلب منه البائع فبمقدار الأرش يقع التهاثر كما هو واضح.

وعليه فيصح ان يقال يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصيا كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البائع من المشتري عينا شخصية و يجوز للمشتري ان يدفعه إلى البائع ثم يطلب منه حقه و لا يكون هنا تهاتر قهري و لكن لا يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلي الذي يطلب من البائع على هذا الشخص المعين الخارجي كما هو واضح.

و كيف كان لا شبهة في أن الأرش غرامة على ذمة البائع بعد مطالبته المشتري فلا يتعين أن يكون من عين الثمن.

نعم، بناء على كون الأرش على طبق القاعدة لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضح، و أما في بقية الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البائع على المشتري فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون المردود من الثمن.

الجهة الثالثة: هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفي كونه من غيرها أيضا؟

الظاهر من الأخبار الدالة على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان الاستفادة من مجموعها هو أن البائع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة إلى القيمة الواقعية أو بالنسبة إلى هذه المعاملة الخاصة و من الواضح أن التفاوت انما يعلم بالمالية المحضة فان تقويم الأشياء و العلم بقيمتها انما هو بماليتها و ما هو متمحض بالمالية فقط، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٧

النقود، فالإكتفاء بغيرها يحتاج إلى دليل فلم يثبت ذلك حتى لو كان الثمن من الأعيان فإنه مضافا إلى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذي نفضه ثمننا لشيء زراعا بعنوان أنه أرش.

نعم إذا رضى المشتري بذلك فلا بأس به و ان كان الأرش من غير جنس الثمن، سواء كان الثمن عينا أو نقدا.

و لكن يبقى البحث في أنه مع رضا المشتري يكون الأرش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشيء ابتداء كما في حاشية السيد أو بدله فإنه بناء على الثاني تكون هنا معاوضة ضمنية و ألا فيكون الثابت هو الأرش و هذا البحث لا تمر له (و تظهر ثمرته فيما إذا اشترط شيء في ضمنه فإنه بناء على المعاوضة لا يكون للشرط ابتدائيا و ألا فيكون ابتدائيا مقرر) ألا عمليا و مع ذلك نقول ان الأرش و ان كان على خلاف القاعدة و لكن قلنا ان اللازم على البائع هو إعطاء النقد و عليه فالرجوع إلى غير النقد و لو كان رضا المشتري يحتاج إلى معاوضة جديدة فيكون الثابت أولا بعنوان الأرش هو النقد ثم يبدل ذلك بالمتاع بحسب رضا المشتري بعنوان المعاملة الجديدة و يكون ذلك تجارة أخرى عن تراض.

الجهة الرابعة: أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن

و لا يعقل أن يكون مستغرقا له)

هذا هو المتعين و الوجه في ذلك أنا و ان ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على اعتبار المالية في المبيع، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصي عقلائي قد تعلق بذلك كما إذا اشترى خط أبيه بقيمة جزاف مع عدم رغبة أحد إليه لغرض له لحفظ خط أبيه فإنه مع عدم كونه من الأموال جاز له شرائه ألا أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصنف هنا من عدم معقولية استيعاب الأرش القيمة بحيث تبقى العين للمشتري بلا قيمة، و ذلك لأن الاستفادة من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٨

أخبار الأرش هو رد مقدار من الثمن أي بمقدار الذي نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بحسب يقيم أهل الخبرة من أهل العرف و من الواضح أنه لا يتحقق ذلك إلا في الأشياء التي هي أموال في نظر العقلاء فان غير الأموال لا قيمة لها عند

العقلاء حتى يتقوم عندهم و يرد ما ينقصه العيب و ان كان لها قيمة عند المشتري بحسب النظر الشخصى فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هي الأموال و على هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلا بدّ و أن يبقى للمعيب شيء من الثمن، فان المفروض هو ملاحظة التفاوت بحسب هذه المعاملة لا بحسب القيمة الواقعية و على هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف.

و حاصل: الكلام في الجهة الأولى هو أنه قد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصحة مما هو معتبر في العقد سواء ذكرت عند العقد أم لم يذكر، و بهذا يفترق الحال بينها و بين أوصاف الكمال و على كل تقدير أى سواء ذكرت في ضمن العقد أم لا؟ فيلزم من تخلفها خيار تخلف الوصف و الشرط إذ اعتبر في المبيع ذلك بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و من الشروط الضمنية فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح.

و أما أنه هل يوجب ثبوت الأرش أو لا يوجب ذلك و قد ذكرنا أنه أى الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصلا، بل هو أمر تعبدى محض و غرامة خاصة قد ثبت بالتعبد الشرعى و أما كيفية ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية أو التفاوت بينهما في هذه المعاملة بأن يقوم الصحيح و المعيب و تؤخذ نسبة ذلك التفاوت من أصل الثمن و أما هذه الكيفية فلم تظهر من الاخبار، بل الظاهر من بعضها بدوا هو الاحتمال الأول و ان كان بعضها ساكتا عن ذلك، بل يدل على أخذ ما نقصه العيب.

و أما ما في بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٧٩

كان فيها كما في رواية ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما في رواية زرارة و في روايات أخرى أيضا يردّ عليه بقيمة أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن في هذه المعاملة بدعوى أن ردّ مقدار من الثمن قرينه على أن المراد منه ذلك فإنه هو الذى أعطاه المشتري للبائع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينه على أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا- ظهور فيها في أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب ثمن العين في هذه المعاملة و ذلك فان هذه الأخبار بأجمعها إنما تبين حال المبيع صحيحه و معيبه بحسب القيمة المتعارفة و ذلك لأن المفروض فيها أن المعاملة لا محذور فيها من بقية الجهات من حيث الغبن و غيره ألما من حيث اشتغال المبيع على العيب و من الواضح أن الغالب في المعاملات الواقعة على الميزان المتعارف و لم نشتمل على الغبن و نحوه هو تساوى قيمة المبيع بالنسبة الى هذه المعاملة و الى القيمة الواقعية و على هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهة الغلبة و ان الغالب هو تساوى القيمة الواقعية مع قيمة هذه المعاملة.

و بعبارة أخرى أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا يكون أكثر من أصل الثمن لمكان قرينه كلمة الرد و الوضع في ذلك و أن هذا لا يكون إلّا في ثمن العيب بالنسبة الى هذه المعاملة لأن التفاوت بحسب القيمة الواقعية ربما يكون أزيد من أصل ثمنها بالنسبة الى هذه المعاملة و لكن نقول أن هذا لا يدل على ذلك فان الغالب هو تساوى القيمتين في المعاملات المتعارفة الغير الواقعية على الغبن و نحوه بل هو من جهة تساوى القيمة الواقعية للعين مع قيمتها في هذه المعاملة فلأجل هذه التساوى يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٠

الواقعية ردا لمقدار من الثمن الذى هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب هذه المعاملة و لا يخفى أن الغلبة التى ندعيها في المقام ليس هو غلبة الأفراد و ألا فلا يجوز حمل المطلق على الفرد الغالب، بل الغلبة من جهة أن هذه الروايات تبين حكم المعاملة مع فرضها حاوية لبقية الجهات كما هو المتفاهم العرفى و ألا فمجرد تساوى القيمتين بحسب الخارج لا يجوز حملها على الغالب.

و بعبارة أخرى أن ورود الروايات انما هو لأجل بيان حكم المعيب فقط فلا بدّ و أن يفرض أن المعاملة من بقية الجهات تامة و على هذا قل ما تكون قيمة الواقعية غير مساوية مع قيمة العين في هذه المعاملة، و أما الفرض النادر و هو أن يكون قيمة المبيع في هذه

المعاملة أقل بمراتب من القيمة الواقعية أو أضعاف قيمة العين بحسب القيمة الواقعية فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محل الكلام فى المقام من أنه مع الاختلاف للقاعدة فى أخذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمة الواقعية أو بحسب هذه المعاملة؟ و هذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفة التى كانت القيمتان فيها متساويتين بعيد جدا، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العاملة و الخاصة.

و لم يعهد من أحد ان يلتزم بثبوت الأرش فى المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفة انما هو معلومة بهذه الأخبار و أنها مسوقة لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفة التى كان الثمن فيها قليلا جدا أو كثيرا كذلك و لم يكن متوسطات معلومة بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفة هذا فاعتنم.

و السرّ فى ذلك و أن المراد من القيمة ليست القيمة الواقعية، بل القيمة فى هذه المعاملة سواء فى المعاملات المتعارفة كما هو يقتضى الأخبار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨١

أو فى المعاملات الغير المتعارفة كما هو مقتضى القطع و السرّ هو أن الضمان هنا أى الضمان بالأرش ليس هو ضمان اليد بحيث يكون ذلك بمقتضى اليد التى ثبتت على مال الغير و تلفت تحتها كما إذا أخذ دابة أحد بغير اذنه و كسر رجله أو متاعه فأتلفه، فإن الضمان هنا ضمان يد، فلا بدّ و أن يخرج التالف عن عهده للمتلف، فيقوم ذلك و تؤخذ منه القيمة الواقعية و فى فرض التعيب يؤخذ منه التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية فإن المال على قيمته الواقعية داخله تحت ضمان اليد فيخرج من عهده و ليس ذلك الضمان ضمان المعاوضة أيضا بأن يكون ذلك مضمونا بحسب المعاملة أيضا كما إذا اشترى عشرة أمان من الحنطة كلية و أسلم البائع تسعة أمان فان منا واحدا هنا مضمون على البائع ضمان معاملة فلا بدّ له من تسليمه إلّا إذا كان المبيع شخصا فإنه لا يلزم تسليمه فان الموجود الخارجى الشخصى الذى هو مبيع قد باعه البائع بما أنه عشرة أمان فظهر تسعة فيكشف من ذلك عدم وجود المبيع أصلا بالنسبة الى من واحد و هكذا فى كل مورد يكون جزء من المبيع ناقصا فان ضمان البائع لذلك ضمان معاملى أى بحسب اقدمه على بيع ذلك صار ضمانا له.

و أما عدم كون ضمان الأرش ضمان يد فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البائع باليد بحيث يكون المبيع ملكا للمشتري و أخذه البائع عدوانا و أوجب نقصا فيه ليكون ضمانا حسب ضمان اليد و أنها عدم كونه من قبيل ضمان المعاوضة فلعدم كون الوصف مقابلا بالمال حتى يكون البائع ضمانا ضمان معاملى مع ظهور المبيع فاقتدا للوصف، بل الضمان هنا نحو آخر غيرهما فهو فى حكم ضمان المعاملى، فإن غاية ما يستفاد من هذه الأخبار أن وصف الصحة بمنزلة الجزء الذى يقابل بالمال، لا حقيقة لما عرفت أن الوصف فى الحقيقة لا يقابل بالمال، بل حكما أى كما أن مقتضى نقصان الجزء يوجب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٢

نقص الثمن بمقداره، و هكذا نقصان الوصف يوجب نقص مقدار من الثمن و على هذا فيكون الناقص بملاحظة أصل الثمن كالتقص الجزئى، فإن هذا لا يريد عما هو فى حكمه فتكون القيمة ح هى القيمة بالنسبة الى هذه المعاملة، و الذى الجائى على هذا أنه لم يذهب أحد من العاملة و الخاصة الى أن المراد من القيمة هنا هى القيمة الواقعية ليكون التفاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينة على عدم فهمهم ذلك من الأخبار، بل انهم فهموا القيمة فى هذه المعاملة كما هو واضح.

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلك فى حصول العيب قبل القبض أو بعده، و فى زمان الخيار بناء على كون الضمان فيهما على البائع.

و قال (نعم، ربما يتصور ذلك فيما إذا أحدث قبل القبض أو فى زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشئ على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف فى انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن)

و عليه فتبقى العين في ملك المشتري ان كانت إضافة الملكية باقية و ان خرجت عن المالية و ألا فتبقى تحت حقه فتكون العين متعلقة لحقه و لا تكون راجعة إلى البائع، ثم أشكل عليه بان الحالقة بالتلف مشكل.

أقول: لا ربط لهذه الصورة بالمقام أصلا بداهة أن كلامنا في الأرش و مورده على ما يستفاد من الاخبار هو ان يكون الشيء معينا قبل العقد كما ينادى بذلك رواية زرارة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ، فإن الظاهر منها ان العيب كان موجودا فيه قبل العقد و لا- شبهة أن العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش و على هذا فان قلنا بكون العين في ذلك مضمونه على البائع فيحكم بضمانه بمعنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٣

أن المعاملة نفسخ و يأخذ المشتري الثمن من البائع و يأخذ البائع العين من المشتري و ان لم يكن مالا، بل و ان لم يكن ملكا أيضا بحيث خرجت عن الإضافة المالية و الملكية لا- أن المشتري يأخذ الأرش و تبقى العين تحت يده أيضا كما هو مقتضى قانون أخذ الأرش و إذا فالضمان هنا ليس ضمان أرش، بل ضمان خاص أجنبي عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البائع ان كانت إضافة الملكية باقية و ألا فتكون متعلقة لحقه فافهم.

نعم، يمكن تصوير ذلك بأنه إذا اشترى متاعا بثمان ككتاب شرح اللمعة و ظهر معينا بحيث لو أصلح ذلك و أبقيت ماليتها ليكون صحيحا كان مصرفه أكثر من أصل قيمة المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا و كانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مائة دينار فيكون الأرش في مثل هذه التصويرات أكثر من قيمة أصل المعيب.

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا تخلو عن المناقشة بداهة أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن المالية بالكلية بل هي باقية على ماليتها بمقدار فإنها تقوم صحيحة و معيبة فعلا و يؤخذ نسبة التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمة الصحيح يؤخذ من البائع حتى يكون مستوعبا.

و على الجملة فلا نعقل صورة يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن.

و بعبارة أخرى أن ما تصلح به العين المعيبة و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه ألا أنه مع ذلك لا تخرج العين عن المالية، بل لها قيمة أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الأعيان التي لا ماليتها لها و تسقط عنها كالحل الذي لا حموضة فيه.

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامة في كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد فإنه ذكر العلامة (ره) في كتبه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٤

مسألة بيع العبد الجاني الى أن قال و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجناية القيمة و الأرش ثمنه أيضا فإن الظاهر من هذه العبارة أن في صورة عدم الفسخ يكون الأرش الذي يأخذه من البائع للعيب الذي هو الجناية بمقدار الثمن فلذا عبر بكلمة أيضا غاية الأمر أنه على المبني الذي ذكرناه من كون الأرش غرامه يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش بعينه تمام الثمن.

أقول: تحقيق الكلام في هذا الفرع الذي ذكره العلامة (ره) في كتبه هو أن الجناية الصادرة من العبد على قسمين لأنها قد تصدر منه خطأ و قد تصدر منه عمدا، أما الأول فلا شبهة في أن العبد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصلا، بل دية الجناية على المولى إذا كان موسرا، نعم إذا كان معسرا و لم يقدر على إعطاء الدية كان للمجنى عليه أن يستوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كانت الجناية مستوعبة و ألا يسترق بعضه هذا بالنسبة إلى المجنى عليه و أما المشتري فان كان عالما فلا شيء على البائع لأنه قد أقدم بذلك مع علمه و رضاه، فلا يرجع الى البائع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معطيا للدية لإعساره فاسترقه المجنى عليه من المشتري فيرجع

المشترى ح على البائع بما اغترمه للمجنى عليه و هذا واضح.

و أما الجنائية العمديّة فهي توجب كون العبد بنفسه متعلقا لحق الغير و من هنا يجعلون من جملة الحقوق حق الجنائية و في هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون إجازة المجنى عليه لما قد عرفت في البيع أن كون شيء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجنائية و نحوه لا يمنع عن صحة البيع سواء أجاز ذو الحق ذلك أم لا، فإن غاية الأمر له أن يستوفى حقه من العين أينما وجدها و أما بطلان البيع فلا، و الفرض أن العين في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٥

ملك البائع أيضا فليس ملكا للمجنى عليه، بل له أن يسترقها و يدخلها في ملكه لا أنها تصير ملكا له بمجرد الجنائية و أما المشتري فهو مع علمه بالحال ليس له شيء لأنه مع علمه بالحال قد أقدم على ذلك و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبته الأرش. و توهم سقوط المملوك عن المالية في صورة الجنائية العمديّة مع جهل المشتري لكونه معرضا للخطر فاسد فإنه لو كان كذلك كان للعلامة أن يحكم بالبطلان في صورة العلم مع أنه لا يحكم بذلك فلاحظ كلامه و الوجه في ذلك أنه ممن يعتبر المالية في المبيع و ان لم نعتبرها في ذلك على أن توهم سقوطه عن المالية بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنى عليه يستوفى حقه منه بقتله و نحوه لا يخرج عن المالية لاحتمال أن لا يستوفى أصلا، فافهم.

قوله: مسألة: يعرف الأرش. [بمعرفة قيمة الصحيح و المعيب]

إشارة

أقول: لما عرفت أن النقص لعب و عوار يوجب جواز مطالبته المشتري الأرش من البائع. و أما طريق معرفته انما هو بمعرفة قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت هذا إذا كانت القيمة معلومة.

و أما إذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع الى العارف بها و قد

قسم المصنف ذلك الى ثلاثة أقسام:

الأول: أن تكون القيمة معروفة و معلومة عند أهل البلد من غير احتياج في معرفتها الى أهل الخبرة

و لكن البائع و المشتري جاهلان بها فيستلان ممن هو عارف بها و يخبر عن القيمة المتعارفة بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطة في السوق يباع كذا و هذا القسم داخل في الشهادة فيعتبر فيها التعدد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٦

القسم الثاني: أن لا تكون القيمة معلومة في السوق لعدم وجوده فيه أصلا،

و يخبر المخبر عن القيمة بحدته من جهة ملاحظة أشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من أهل الخبرة يعرف قيمة الأشياء بملاحظة الأوصاف و الخصوصيات الموجودة فيها، كما إذا كان المبيع تذكرة العلامة بخطه و ظهر معيوباً فإنه ليس له نسخ كثيرة في السوق حتى يعرف قيمتها منه، بل هو منحصر بنسخة واحدة فأخبار المخبر بقيمتها من جهة حدسه و بملاحظة أوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطية و هذا خارج عن موضوع الشهادة و الاخبار، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبرة كالطبيب و نحوه، و قد

ثبت حجية قوله ببناء العقلاء و من ذلك الرجوع الى قول المجتهد فإنه من أهل الخبرة مع قطع النظر عن الروايات الواردة في حجية قوله كما هو واضح.

القسم الثالث: ان تكون قيمة المبيع بحسب أجناسه معلومة في السوق و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيد،

فالخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه، و ألا بعد العلم بكونه من أيهما فالقيمة معلومة، فالجهل انما هو فى الانطباق فهذا داخل أيضا فى أهل الخبرة فإن الاطلاع بذلك الخصوصية التى توجب الانطباق يجعلها أهل خبرة، فقد قام بناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت فى سابقه.

و على الجملة القسم الأول من قبيل الشهادة و القسمين الأخيرين من باب قبول قول أهل الخبرة أما القسم الأول فلا شبهة فى حجيته مع وجود شروط الشهادة فيه و أما بقية الأقسام فكك أيضا لوجهين على سبيل مانعة الخلو فإنه اما من جهة أن دليل حجية خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الأحكام المتعددة كباب المرافعات المسمى بباب الشهادة و نحوه، و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٧

قد ذكرنا ذلك فى محله و أن دليل حجية الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضى حجية الخبر بقول مطلق و أن اعتبار بعض القيود من جهة الدليل الخارجى أو من جهة أن بناء العقلاء قائم على اعتبار الوجهين الأخيرين أيضا من جهة حجية قول أهل الخبرة على أن الوجه هو الذى قلنا من شمول حجية خبر الواحد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أو فى الاحكام و اعتبار التعدد فى باب المرافعات و نحوه المسماة بباب الشهادة، انما هو بدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بدليل و ألا فقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى.

ثم إذا لم يوجد المقوم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخذ الأكثر، أو يكتفى بالأقل، أما الأول فمن جهة الظن عند انسداد باب العلم و أما الثانى فلان ذمة البائع مشغولة بالأرش مع مطالبته المشتري، فلا تبرء ذمته إلا بأداء الأكثر، و أما الثالث فلكونه هو المتيقن، فالظاهر هو الأخير لما عرفت مرارا فى الأصول و غيره أن الشك فى أمثال ذلك فى أصل اشتغال الذمة بالأكثر من الأول لا أن الذمة اشتغلت و نشك فى برائتها بإعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو إعطاء الأقل كما هو واضح.

مسألة فى تعارض المقومون

قوله: مسألة: لو تعارض المقومون

فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل.

أقول: قد عرفت أنه لا بد فى معرفة الأرش من الرجوع الى المقوم من جهة كونه من أهل الخبرة فإذا عرف الحال بالرجوع اليه فيها، و إذا اختلف المقومون فما ذا تقتضيه القاعدة، أقول: إذا اختلف البائع و المشتري فى القيمة بأن ادعى المشتري كون الأرش أكثر و أنكره البائع و رجعا الى المقوم و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٨

اختلف المقومون فى ذلك أيضا بحيث كان رجوعهما الى المقومين بعد اختلافهم فى ذلك و لا يخفى أن فرض البائع منكرا من جهة الغلبة حيث يكون المعيب هو المبيع، و ألا قد يكون المعيب هو الثمن و ينعكس الأمر و كيف كان فالظاهر أن هذه الصورة خارجة عن مورد كلام الشيخ و غيرهم الذين تصدوا لبيان حكم هذه المسألة و أنه لم يثبت أحد بذلك فيما نعلم.

و بيان ذلك أن كلامهم مسوق لبيان حكم صورة الاختلاف فى الأرش مع جهل المتبايعين بالحال و هذه الصورة انما هى الرجوع الى

المقوم مع اختلافهما في ذلك كما هو واضح. و أما حكم هذه الصورة فالظاهر أنه لا يجرى في المقام ما ذكر في المدعى و المنكر فان الظاهر من الروايات الواردة في ذلك هو اختصاص البيئتين للمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر و الرجوع الى المقومين، يقتضى أن تسمع بيئته المنكر أيضا، و هو على خلاف تلك الاخبار كما هو واضح.

و على تقدير الرجوع الى ذلك القاعدة و شمولها للمقام يكون من قبيل تعارض بيئته الداخل و الخارج فكلما ذكر في ذلك يأتي هنا. و بعبارة أخرى أن في صورة اختلاف المتبايعين في الأرش من حيث الزيادة و النقصان كان ذلك من قبيل المدعى و المنكر فيكون من صغريات تلك المسألة فان قلنا بسماع بيئته المنكر، فيكون التعارض بينهما من قبيل تعارض بيئته الداخل و الخارج و البحث فيه في محله و ان لم نقل بسماع بيئته المنكر، بل كان اللازم في حقه اليمين كما هو الظاهر لم تسمع بيئته بل بيئته المدعى.

و أما إذا جهل البائع و المشتري بالأرش أصلا و كان رجوعهما الى المقومين من جهة جهلهم بالأرش فمقتضى القاعدة أى شىء فهل يرجع أحد المقومين الذى يكون قوله موافقا للأصل و هو بيئته الأقل فإن باختلاف هنا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٩

فى الأكثر و لا شبهة أن بيئته الأقل موافقة للأصل أو يؤخذ بيئته الأكثر فإن جهة الاختلاف هنا عدم وصول بيئته الأقل بما وصل اليه بيئته الأ- كثر فتكون جاهلا- بالزيادة أو يرجع الى الحاكم فيكون الحاكم مختيرا بين أن يأخذ بأى بيئته شاء على حسب رأيه أو يرجع الى القرعة لأنها لكل أمر مشتبه أو يرجع الى الصلح لأن لكل منهما حجة شرعية فمقتضى العمل بها هو الرجوع إليها كما هو واضح. أو أنه يجمع بينهما بطرح مقدار مفاد كل منهما و الأخذ بالبقية بأن تؤخذ من كل بيئته نصف القيمة لو كان المقومان اثنان أو الثلث لو كان ثلاثة و هكذا و قد اختار المصنف الوجه الأخير تبعا لمعظم الأصحاب و أشكل فى بقیة الوجوه كلها.

أقول: ان كان نظره أى نظر المصنف من ترجيح ما ذهب اليه المعظم الى الجمع بين الدليلين مطلقا فإنه لا شبهة فى كونه جمعا عرفيا و مختصا بالموارد التى تكون فى أحد الدليلين قرينة على بيان المراد.

و بعبارة أخرى أن تلك القاعدة مختصة بموارد كون أحد الدليلين ذى القرينة دون الآخر، كما إذا صدرا معا من شخص واحد، فإنه نعلم بعدم كذبه فيكون ذلك قرينة على الجمع بينهما أو صدرا من شخصين الذين فى حكم شخص واحد كالأئمة (ع) فإنهم لسان واحد و من هنا ورد انه يقع نسبة رواية صدرت عن الصادق عليه السلام الى سائر الأئمة (ع) و لكن ذلك لا يجرى فى المقام فان كل واحد من المقومين غير الآخر فالجمع بينهما على هذا النحو موجب للمخالفة القطعية فلا يمكن الأخذ بهذه و قد أشكل عليه المصنف بهذا البيان فى أول التعادل و التراجع من كتاب الرسائل.

و ان كان نظره فى ذلك هو الرجوع الى هذه القاعدة فى المرافعات المالية و حقوقها بان يكون العلم بوصول المال الى صاحبه متوقفا على بذل مقدار منه نظير المقدمة الوجودية بأن يتوقف إيصال المال الى صاحبه على بذل مقدار منه، فيكون المراد من أولوية الجمع من الطرح الأولوية التعينية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٠

كالاولوية فى باب الإرث، بل ذكر المصنف ان اجراء هذه القاعدة هنا أولى من إجرائها فى الأحكام لأن الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كك، فى التكاليف الشرعية لا ينقص عن التمين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام، و لا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شبهة فيه لقيام السيرة على ذلك، فان بناء العقلاء على إمضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضية الودعى حيث أوجب الإمام عليه السلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحدهما و ذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الدرهم الى صاحبه متوقف على إعطاء نصف الدرهم لغيره و ان كان مراده هذا فهو لا شبهة فيه، إلا أنه أجنبي عن مقامنا و هو الاختلاف فى الأرش فإن ذلك كما عرفت انما هو فى الحقوق المالية و من الواضح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك و ينتهى النوبة إلى تلك القاعدة و يعمل بها لأجل العلم بإيصال المال الى صاحبه، بل الأمر هنا دائر

بين الأقل والأكثر كما عرفت والأقل متيقن والكلام في أصل اشتغال الذمة بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعدة التنصيف كما هو واضح.

على أن الرجوع الى أمثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعدة الجمع بين الدليلين كما إذا كان اختلاف المتبايعين في أصل الأرض لا في الزيادة والنقيصة كما عرفت أن الأمر في المقام يدور بين الأقل والأكثر فالنزاع في الأكثر أنه ثابت أم لا، مثل النزاع في ثبوت الأرض وعدمه ابتداءً وعليه فلا بد من الرجوع الى قاعدة الجمع بين الدليلين.

ثم انه كما لا- يمكن الرجوع الى قضية الودعي والإشهاد بها للمقام كما عرفت وكذلك لا- يمكن الرجوع الى ما ورد في بعض الأخبار من أن الدار التي تحت يد شخصين و يدعى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩١

الوجه في خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهة قاعدة اليد و كون البيتين متعارضتين.

ويمكن التوجيه بوجه آخر و هو أن الحكم بالتنصيف في قضية الدار من جهة أن كل منهما يدعى النصف من الآخر و ينكره الأخير فإن النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينة على ما يدعيه و أوجبت ذلك كون إنكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهة البينة كما لا يخفى.

انتهى كلا- منها الى الجمع بين المقومين و قلنا ان المشهور ذهبوا اليه و أن مقتضى الجمع بين البيتين هو الأخذ بالنصف إذا كانت البينة اثنان و بالثلث إذا كانت ثلاثة و هكذا و قلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه إذا كان من جهة الجمع بين الدليلين كما ذهب اليه الشيخ الطوسي و ذكر أن الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح كما أن هذا يظهر من أول كلام المصنف و هو الذي ذكره المصنف في التعادل و التراجيح من الرسائل.

و أشكل عليه بأنه لا وجه للجمع بين الدليلين بذلك حيث انه طرح لهما و هو مخالفة قطعية الا ان يكون هنا قرينة على ذلك كما إذا أورد من شخص واحد أو من في حكم شخص واحد و ان كان المراد من ذلك هو قاعدة العدل و الانصاف و الجمع بين الحقوق كما يظهر ذلك من ذيل كلامه و هو و ان كان متينا لقيام السيرة القطعية عليه في الحقوق المالية، بل ورد عليه الخبر في الودعي فإن العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمة للعلم بوصول مقدار منه الى صاحبه نظير المقدمات الوجودية كبذل مقدار من المال لإيصال مقدار الآخر الى صاحبه و هو حسن و لكن لا ربط له بالمقام حيث ان في المقام ليس حق مالي و انما الأرض يثبت بالمطالبة و لا شبهة أنه لم يثبت بالمطالبة إلا ما هو المتيقن و أما الزائد فلا، كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٢

بل ذكرنا أن اختلاف المقومين في الزيادة و النقصان مثل اختلافهم في أصل ثبوت الأرض و عدمه لأن الأقل متيقن و الأكثر مشكوك فيكون الأكثر مثل أصل ثبوت الأرض من الأول كما هو واضح.

و اما قضية الحكم بتنصيف الدار فقد عرفت أنه من جهة اليد أو من جهة قيام البينة على كون كل من النصفين لكل منهما كما هو واضح.

و أما الرجوع الى القرعة فلا وجه له أيضا، لأن الأدلة العامة للقرعة الدالة على انها لكل أمر مشتبه لا يمكن الرجوع إليها و الا فيلزم أن لا يرجع الى شيء من الأصول و الامارات لوجود الشك في مواردها.

و أما الأدلة الخاصة التي ذكرها السيد الدالة على جريانها في بعض الموارد فهي خارجة عن المقام لأن الظاهر أنها مختصة بصورة التداعي فإن الإمام عليه السلام حكم فيما تداعيا اثنان و أقام كل منهما بينة على ما يدعيه انه يرجع الى القرعة و كل من خرجت القرعة على اسمه يحلف و يحكه له فيعلم من ذلك أن القرعة في مورد التداعي، و أما المقام فليس بمورد التداعي أصلا كما عرفت في أول المسألة، بل ربما يعترف كل من البائع و المشتري بأنه لا يدري أن التفاوت بأى مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعة كما هو

واضح.

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مختيرا بين الأخذ بأى البيتين شاء فهو أيضا بلا وجه بداهه أنا ذكرنا فى التعادل و الترجيح أنه لا أساس للقول بالتخير فى باب تعارض الدليلين أصلا، و على تقدير جوازه فإنما يجوز ذلك فى تعارض الروايتين و أما فى تعارض مطلق الدليلين فلا كتعارض بينة مع البينة و الظاهر مع الظاهر، و الأصل مع الأصل و هكذا.

و أما الرجوع الى بينة الأكثر فهو أيضا بلا وجه، لأنه إنما يجوز ذلك فيما إذا كانت بينة الأقل لا يعلم بالزائد، بأن يقول ان المتيقن أن قيمة هذا الشيء هذا المقدار على اليقين، و بينة الأكثر تدعى العلم بان قيمته هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٣

المقدار الكثير.

و ح فلا تعارض بين البيتين فان بينة من يدعى الأقل جاهل بالقيمة الزائد عن المقدار القليل و أنه يدعى القيمة القليلة من باب القدر المتيقن و هذا بخلاف بينة من يدعى الأكثر فإنه يدعى العلم بكون قيمة هذا الشيء هو هذا المقدار كما هو واضح.

و أما إذا ادعت بينة كل منهما العلم بأن قيمة هذا الشيء هذا المقدار لا أكثر و لا أزيد.

و ح لا شبهة فى تعارض البيتين قطعا فلا مرجح للرجوع الى بينة الأكثر بدوى أن بينة الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح.

و أما الأخذ بينة الأقل من جهة تعاضدها بالأصل فلا وجه له أيضا لما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلا إذا لم يكن هنا دليل لفظى، و ألا فلا يكون الأصل دليلا و لا مرجحا كما هو واضح.

و قد حقق ذلك فى علم الأصول فى بحث التعادل و التراجيح. إذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلا بد من الرجوع الى الأصول العملية فإننا ذكرنا فى مورده أن القاعدة الكلية و الكبرى الكلية فى تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الى الأصول العملية و كذلك المقام كما لا يخفى فإنه من صغريات تلك الكبرى و أما الرجوع الى الصلح بان يكونا ملزمين عليه، فلا دليل عليه، ألا ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلا من جهة كونه إكراهيا كما لا يخفى.

ثم انه على تقدير العمل بالجمع بين البيتين فما ذا هو طريق الجمع ذكر المشهور فى طريقه أنه أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة إلى الجميع أى منتزعة منه نسبتها إليه بالسوية فمن القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه تؤخذ قيمة واحدة منتزعة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٤

من المجموع نسبتها إليه كنسبة الواحد الى عدد ذلك القيم و الوجه فى أخذه كك، أن الترجيح بلا مرجح باطلا فلا بد و أن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحة على حدة و المعيبة كك و ينسب إحداها إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبة من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معيبا أو فى أحدهما.

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما، و هكذا فى المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة مثلا إذا كان إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الأخرى اثنتين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح و كلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعة من قيمتى الصحيح و الثلاثة من قيمتى المعيب فيكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فيكون الأرش ثلثى الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثه كما هو واضح.

و يمكن ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح بالنسبة إلى مجموع قيمتى المعيب و أخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب هو الستة فى المثال المذكور و نصفها الثلاث و هكذا فيما إذا كان المقوم ثلاثة أو أربعة كما هو واضح.

مثلا إذا قومه إحداها باثنى عشر و الأخرى بثمانية أخذ فى نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الأخر بقول النافى جمعا بين حقى

البائع و المشتري.

و الى هذا يرجع أيضا تصنيف ما به التفاوت بين قيمتي الصحيح أو قيمتي المعيب بأن تعمل نصفه بقول الميثبت للزيادة و في النصف الأخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و الأخر صحيحا بثمانية أخذ في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٥

نصف الأربعة بقول الميثبت و في نصفها الأخر بقول النافي و كك في طرف المعيب و هكذا في المثال المتقدم. ثم انه قد اعرض الشهيد (ره) عن طريقة المشهور من جهة عدم الدليل على أخذ القيمة الانتزاعية و سلك مسلكا آخر و هو الأخذ بنفس النسبة بين قيمة كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البيئة في مقدار التفاوت فقط، و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانية و قومه الأخرى صحيحا بالعشرة و معيبا بثمانية فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب في القيمة الاولى هو الثلث و في الثانية هو الخمس. ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفصل لأننا لم نساعد الشيخ و المشهور في المبني.

قوله: القول في الشروط التي يقع عليها العقد.

أقول: ذكر المصنف أن للشروط في العرف معنيان الأول المعنى الحدتي و المصدري أعنى الالتزام، و الإلزام و الشرط بهذا المعنى مصدرى يصح ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شرط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه ففي القاموس أنه التزام الشيء و إزمه في البيع و غيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط في الإلزامات الابتدائية من قبيل المجاز دون الحقيقة.

ثم أشكل عليه بأنه فاسد و لعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمه الشرط و ما اشتق منها في الإلزامات الابتدائية مع أنه كثير كقوله عليه السلام في حكاية بيع بريرة ان قضاء الله أحق و شرط أوثق و الولاء لمن أعتق و كقول علي عليه السلام في الرد على مشرط عدم التزويج بامرأة أخرى في النكاح ان شرط الله قبل شرط كم و قوله عليه السلام: ما مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٦

الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و في غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا و أيضا قد أطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد في بعض أخبار النكاح و قد اعترف في الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار. و توهم أن الاستعمال في الموارد المذكورة على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا إلى القرينة على أن الامام عليه السلام استدلا بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم على العهد و النذر في بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلك أنه لا حجية في قول القاموس مع تفرد النقل و كون الاستعمالات على خلافه.

و على الجملة فلا شبهة في أن هذا المعنى للشرط معنى عرفي و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه المشروط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الإنسان على نفسه.

المعنى الثاني من المعاني العرفية ما يلزم من عدمه عدم المشروط من دون أن يلاحظ ناحية الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشرط بهذا المعنى في نظر العرف ما يكون دخيلا في تحقق الشيء و وجوده في الخارج و لا ريب أن الشرط بهذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشتقاق المشتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد و على هذا فاشتقاق المشروط منه و كك الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعدة و لذا ليس أي الشارط و المشروط بمتضايين في الفعل و الانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذي جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب الذي هو اسم جامد، و الحاصل:

أن الشرط بمعنى الثاني نظير الأمر بمعنى الشيء الذى لا يصح أن يشتق منه شيء، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذى يصح الاشتقاق منه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٧

ثم ذكر أن للشرط معنيين آخرين اصطلاحين، أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاء من أن الشرط هى الجملة الواقعة عقب أدوات الشرط.

و ثانيهما: ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول و الأصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود، و هذا المعنى الثانى الاصطلاحى أخص من المعنى الثانى العرفى، فإنه أى المعنى الثانى العرفى أعم منه فان لك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فإنه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب و قد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانى الاصطلاحى كما هو واضح لا يخفى فافهم.

ثم ذكر أن فى الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام فى أخبار خيار الحيوان مسامحة واضحة لعدم كون ثلاثة أيام شرطاً فعلياً فلا بد من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثة أيام ليكون الشرط بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخيار المصنف فى ذيل كلامه.

و عليه فيكون ذلك مثل ما ورد فى بعض اخبار خيار الحيوان أن فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام، و لا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهم بعض المحشين من كلام المصنف (و لا يخفى توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمة النعم أعنى الأخبار المشتملة على الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام.

و كيف كان فالشرط فى هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و ألزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدراً بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار.

أقول: الظاهر أن الشرط فى جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد و هو الربط و الارتباط و الإناطة و ليس له معنى عرفى و معنى اصطلاحى بل جميعها يرجع الى معنى واحد و إذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٨

مربوطاً بشيء واحد و منوطاً به و هذا الإناطة قد تكون أمراً تكوينياً كالشروط التكوينية كتقيد المعلول بعلة فإن المعلول مشروط بوجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع أجزاء علته فوجود العلة شرط لوجود معلولها تكوينياً و قد تكون أمراً شرعياً و إناطة جعلياً كالشروط الجعلية فى العقد، و من ذلك شروط الصلاة و بقیة العبادات و غيرها التى جعلها الشارع شرطاً.

و قد ذكرنا فى مقدمته الواجب من علم الأصول أن فى موارد الشروط الشرعية أن التوقف أيضاً عقلى غاية الأمر أن المنشأ أمر مجعول، مثلاً توقف الصلاة على الطهارة أمر تكوينى بعد جعل الطهارة دخيلاً فى الصلاة و هكذا فى بقیة موارد الشروط الشرعية.

نعم، فى المعاملات الشروط جعلية محضه و هى الربط و هذا الربط بنفسه مجعول.

و بعبارة أخرى أن الشرط قد يكون أمراً تكوينياً كتوقف المعلول على العلة و قد يكون أمراً شرعياً كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة، و على كل تقدير فالتوقف عقلى، و انما المنشأ شرعى، و قد يكون جعلياً محضاً كالشروط فى المعاملات فإنها عبارة عن الإناطة المحضه و هى مجعولة للجاعل.

ثم ان هذا المعنى الوحدانى يشمل الشروط الابتدائية أيضاً لوجود الإناطة فيها، فان الشرط قد أطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست فى ضمنه عقد آخر لكى لا تكون شروطاً ابتدائية، بل جميع الشروط التكوينية شروطاً ابتدائية كالعلة و أجزاءها بالنسبة إلى المعلول، و على هذا فلا بأس بإطلاق الشرط على الشروط الابتدائية كما ذكره المصنف، و لكن لا شهادة فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى.

أما قوله قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق، فلعل إطلاق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٩٩

الشرط هنا من جهة المقابلة حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاء لمن أعتق فمقابلة لذلك أطلق الإمام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابلة في التعبير في غير هذه الموارد أيضا كثيرة كقوله تعالى تَعَلَّمْ مَا فِي نَفْسِي وَاَعْلَمْ مَا فِي نَفْسِكَ، حيث أطلق النفس على الله تعالى مقابلة لإطلاقها على نفسه و من هنا ظهر ما في قوله عليه السلام شرط الله قبل شرطكم، و أما إطلاق الشرط على الخيار في قولهم في أخبار خيار الحيوان فمن جهة أن العقد منوط بالخيار و محدود به، فلا يكون الشرط ابتداءيا، بل في ضمن عقد البيع.

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط في مقام التحليل إلى أمرين:

الأول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشيء كأن يبيع مثلا على تقدير تحقق أمر فلاني، بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشتري بإعطائه للعالم الفلاني و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشيء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشتري، و لا يضر التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل و انما يضر التعليق إذا كان بأمر استقبالي غير حاضر كما هو واضح.

و من هذا القبيل الشروط الواقعة في العقد اللازمة التي لا يجرى فيها الخيار كالنكاح، فان معنى الاشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم، و أما فلا يلزم و يكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد، و أما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا يثبت للمشروط له ح خيار بذلك، بل لعدم جريان الخيار في النكاح، بل يلزم في الحكومه بالوفاء به، و قد ذكرنا في بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد، نعم إذا كان ذلك في مثل البيع و نحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به، فتكون نتيجة الاشتراط أمران كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٠

المعنى الثانى هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شيء خاص لا أصل الالتزام بالعقد كما إذا باع أحد متاعا، و الشرط في ضمن العقد صفة خاصة أى كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطة ثوب، و قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شيء في العقد، ألا التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثانى.

و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط في ضمن المعاملات قد يكون بإناطة العقد بفعل كبيع شيء على تقدير التزام المشتري ببيعه من شخص آخر أو بفعل آخر اختياري من الخياطة و نحوها فإن أصل البيع متوقف على هذا الالتزام و قد ذكرنا أن التعليق لا يضر في مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول.

ثم ان المشروط عليه ان و فى بشرطه فهو، و ألا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و فى الحقيقة أن شرطه هذا منحل الى شرطين أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلى تقدير عدم الالتزام لا يحصل البيع أصلا، و الثانى ثبوت الخيار على تقدير التخلف و ان كان تحقق الشرط الثانى فى بعض الموارد من العقود أى عقد يجرى فيه الخيار و قد يكون باطنه بالأوصاف كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً أو يبيع العبد بشرط كونه خياطاً و هكذا و قد ذكرنا فى البحث عن خيار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبيع لا معنى له إلا ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف فإذا تخلف الوصف ثبت له خيار، و له أن يبقى العقد على حاله أو يفسخ.

قوله: الكلام فى شروط صحة الشرط.

أقول:

من جملة تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط عليه،

و ألا فلا يصح الشرط سواء كان صفة لا يقدر العاقد عليه التسليم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠١

بدونها أو كان عملا لا يقدر بإيجاده كأن يبيع داره و اشترط على المشتري بيعها من عمرو مع أن شراء عمرو إياها ليس تحت اختيار المشتري أو يشتري منه زراعته و اشترط عليه كون سنبلأ أو كان هند زوجة له أو كون زوجة للمشتري مطلقه مع أن الطلاق و الزواج لا يتحققان بغير سبب عينه الشارع و لا بدون اختيار من بيده الطلاق و من بيده أمر النكاح و هكذا من الافعال الغير الاختيارية للمشروط عليه و الجامع هو ذلك أى كون الشرط غير اختياري للمشروط عليه.

و قد استدل على بطلان هذا النحو من الشرط و كونه من صغريات الشرط الفاسد بوجوه منها الإجماع و الثانى أن هذا النحو من الشرط غرر فيوجب بطلان البيع للنهي عن بيع الغرر، إذا كما لا- بدّ و أن يكون المتبايعين عالما بالعوضين لئلا يكون البيع غرريا من ناحيتهما و كذلك لا بدّ و أن يكونا عالمين بالشروط المعترية فيه.

و الثالث: أن هذا الشرط ليس مقدور التسليم للمشروط عليه فإنه كما يعتبر أن يكون المبيع و الثمن مقدور التسليم و كذلك يعتبر أن يكون الشرط أيضا كك.

و الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ و اعتمد عليه، و هو أن المشروط عليه لا بدّ و أن يكون مالكا لما يشترط عليه، و ألا فيكون ذلك مثل بيع ما لا يملك و قد ذكر في الفلسفة أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له كما هو واضح.

أقول: أما الشرط بالمعنى الأول و هو تعليق العقد بالعقل كتعليقه على التزام المشتري مثلا لا من جهة أن شرط أمر غير اختياري موجب للبطلان، بل من جهة أن الالتزام لا يتعلق بأمر غير اختياري كما هو واضح.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٧، ص: ٣٠١

بل لا يصدر اشتراط التزام الطرف بأمر غير اختياري من شخص عاقل أصلا، إلا إذا كان غافلا عن كونه غير مقدور ففي هذه الصورة نتكلم في ذلك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٢

و أما الشرط بالمعنى الثانى بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختياري هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول ذلك الأمر كما فى اشتراط الأوصاف فأى دليل يقتضى بطلان ذلك، أما الإجماع فلا نظن بوجوده، بل نطمئن بعدم حصوله، و لذا خالف فى ذلك الشيخ و القاضى على ما ذكره المصنف فى المتن و على تقدير تحققه فلا- نظن أن يكون مستنده رأى المعصوم (ع) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكورة فى المقام.

و أما توهم كون هذا الشرط غرريا و موجبا لبطلان المعاملة فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه فى بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاكه فإذا كان مرجع اشتراط أم غير اختياري هو جعل الخيار للمشروط له على تقدير عدم الحصول فأى خطر فى ذلك، فإنه إذا حصل الشرط لزم البيع و ألا كان المشروط له بالخيار فأى غرر هنا و أى هلاكه مال أو شىء آخر فى المقام، على أنه لو كان هذا غرريا فأى فرق بين هذا و بين اشتراط الوصف، فإن الثانى أيضا غررى لجهل المتبايعين بالشرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع

أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهة الغرر و قد أبدى المصنف الفرق بينهما بأنه للإجماع، وفيه أنه غير محتمل أصلاً بحيث يكون هنا إجماع يكون بعض أفراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و أعجب من ذلك، أنه ذكر أن بناء المتعاقدين بالوصف في اشتراطه يخرج المعاملة عن الغررية.

و فيه أولاً أن البناء أمر قلبي و الغرر عبارة عن الخطر و هو أمر نفساني اعنى التردد و الحيرة فلا يرتفع بالأمر قلبي لعدم كونه من أفعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر في المقام أيضاً بأن يبنون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى.

و أما عدم القدرة على التسليم فهو ليس شرطاً آخر وراء اعتبار عدم الغرر
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٣

فإنها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد إذا كان الشرط، بمعنى الأول. أعنى تعليق العقد على الفعل، كالاتزام و نحوه، و أما في المقام فأى فائدة لكون الشرط مقدور التسليم فإنك قد عرفت أن مرجع هذا النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما إذا باع الزرع و شرط فيه كونه سنبلًا بمشيئة الله و ألا فيكون له الخيار كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من اشتراط مالكية المشروط عليه بالشرط، و ألا يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك، و من هنا ظهر الحال ما في الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلاً من زيد و اشترط بيعه من عمرو فإنه لا شبهة في صحة هذا البيع و يترتب عليه الخيار على تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح.

و حاصل الكلام: أن الشروط التي يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطاً منها أن يكون الشرط مقدوراً و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كالنهى عن الغرر و لزوم القدرة على التسليم، و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط عليه قادراً عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الأستاذ، و قد عرفت أنه لا يرجع شيء من ذلك الى محصل و ذكرنا جملة من الكلام الذي يرجع الى ما نحن فيه.

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تارة يكون شرط فعل و أخرى شرط صفة.

أما الأول: فقد يكون شرطاً لفعل نفس أحد المتعاقدين.

و أخرى: شرطاً لفعل شخص أجنبي عنهما.

أما الأول: و لو كان امتناعه قياسياً كالطيران الى السماء و نحو ذلك مما يكون محالاً بالنسبة إليه، فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه بالشرط و عليه فلا معنى لاشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٤

من عاقل أصلاً.

نعم، لو وقع و لم يكن الشارط ملتفتاً يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات، ثم انه إذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضاً داخلاً تحت الشرط لغير المقدور فيبطل من الأول، بناء على بطلان الشرط الغير المقدور أو يدخل تحت الشرط المتعذر، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهة في عدم الغرر هنا، حيث ان الغرر على ما عرفت عبارة عن الخطر و هو قائم بالتردد و الحيرة، و قد فرضنا ان المتبايعين ليسا كك، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدور حتى يكون ذلك غريباً، و ان كان مدركه عدم القدرة على التسليم أو ما ذكره شيخنا الأستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا، بل يحكم بالبطلان و لكن قد عرفت عدم صحة شيء من ذلك.

و سنبين الحق كما أشرنا إليه سابقاً، من كون هو الارتباط و أما إذا كان الشرط متعذراً في آخر الوقت بعد ما كان مقدوراً في الابتداء، فعل يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقدور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو

الثاني، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا و ان قلنا يبطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول.

و أما إذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشتري على البائع كون الزرع سنبلًا أو البسر تمرا أو غير ذلك، فإنه ح لا شبهة في صحة البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على التزام الطرف بالشئ الخارجى، كما كان كك في القسم الأول، بل معناه هو توقف التزام المشروط له بالعقد و الوقوف عليه و عدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى، و إذا لم يصدر الفعل من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٥

شخص فلانى ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الإيجاب و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أى يكون بيع المشتري فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا له كما هو واضح، و على هذا فلا شبهة في العقد بل يجوز أن يشترط فيه الفعل الغير الاختيارى أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار و محدودية العقد كما هو واضح.

و لعل هذا مراد العلامة فيما إذا باع احد ماله و اشترط بيعه من شخص آخر، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق الفعل، و لم يحكم بالبطلان و مع مخالفة العلامة كيف يسوغ لأحد أن يدعى الإجماع فى المقام على البطلان و قد عرفت مخالفة الشيخ و القاضى.

نعم، هو احتمال اللزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على المشتري بيعه من شخص خاص، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك الشخص الأجنبى الاثراء، و إذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذى ذكره العلامة أيضا صحيح، و لكنه خارج عن المقام، فان كلامنا فى الشرط الغير المقدور و ما ذكره العلامة مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص أجنبى على تقدير قبوله مقدور للمشتري فلا يكون من صغريات الشرط الغير المقدور كما هو واضح.

هذا كله فى شرط الفعل لأحد المتعاقدين للأجنبى ثم انه إذا علق العقد على فعل الأجنبى فلا شبهة فى ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف كما عرفت الشرط، و إذ فعل الأجنبى من غير أن يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله فقبل الأجنبى هذا الاشتراط كما يقع ذلك فى العرف كثيرا حيث لا يقبل المشتري و يقبل الأجنبى كما إذا باع داره و اشترط إعطاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٦

درهم للفقير فلم يقبله المشتري، و لكن يقول الأجنبى هو على، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم أو لا يشمله لكونه وعدا محضا، فسيأتى الكلام فيه فى الشروط الآتية من أن أشرط الذى لا يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا، و أما إذا لم يقبله المشتري، بل لم يكن حاضرا أصلا فيكون عقد لازما فلا يكون للمشروط له خيار أيضا.

و الحاصل: أنه إذا علق أحد المتبايعين العقد على فعل الأجنبى فلم يقبله كان باطلا و إذا قبله و عمل به فهو واضح، و الا- كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه فى فرض قبول الأجنبى الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتى الكلام فيه فى خلال الشروط الآتية.

و أما شرط النتيجة، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشتري كونه وكيلا فى بيع داره أو تزويجه أو شئ آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانية ملكا للبائع أو غير ذلك من شروط النتيجة فإن ذلك كله لا شبهة فيه و خارج عن المقام أعنى اشتراط غير المقدور فإنه بمجرد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجة جزما فان معنى الوكالة هو اعتبار الغير وكيلا و إبرازه بمبرز من المبرزات و كذلك بقاء العقود

و من الواضح أن البائع إذا اعتبر في ضمن بيع متاعه من عمرو و كون عمرو وكيلا في بيع داره أو كون داره الفلانية له و أظهره بقوله بع متاعى بهذا الشرط و قبله المشتري، فقد تحصل الوكالة و تكون دار المشتري ملكا للبائع بنفس هذا الإبراز و الإظهار كما هو واضح.

و أما اشتراط كون زوجة المشتري بائنة أو كون بنته زوجة له أو غير ذلك من الأفعال التي كانت لها أسباب معينة عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلك من جهة أن الشارع قد جعل لها أسبابا خاصة فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٧

تحصل غيرها و قد ورد في الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق على (عند) شهود و على هذا فكيف يحصل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد بدون هذا السبب.

و أما شرط الصفة فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلك ليس ألا اشتراط.

الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف إذا لا معنى للالتزام بالوصف إلا هذا.

و توهم أن عدم الغرر هنا من جهة البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشتراط الوصف الفعلي ليس إلا كاشتراط الوصف الاستقبالي، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح. و توهم أن الشرط في الأول غير مقدور هو فاسد للوجوه المتقدمة توهم فاسد، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخل بهذه الجهة و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع في ذلك كله الى شرط الخيار كما لا يخفى، فافهم.

و الوجه في ذلك كله هو ما ذكرناه في معنى الشرط من أنه عبارة عن الربط و الارتباط و الإناطة، فإذا كان ذلك في ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شيء و قد يكون الالتزام به معلقا على شيء، و في الثاني لا يفرق بين أن يكون ذلك الشيء المعلق عليه امرا اختياريا أولا- فإنه على كل تقدير فالإناطة موجودة فإذا حصل و تحقق الشرط فهو، و إلا حكم بكون المشروط له ذى خيار كما لا يخفى.

و توهم أن الإجماع قائم على البطلان فاسد لما عرفت من عدم الإجماع هنا كما هو واضح.

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز إذا كان مقدورا من حيث متعلقه فلو شرط الالتزام بشيء محال و لو كان محالا قياسيا كالطيران الى السماء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٨

لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فإنه بعد علمه بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا.

نعم، إذا لم يلتفت الشارط بكونه غير مقدور، لا بأس باشتراطه ثم إذا انكشف أنه كان غير مقدور فان كان الاشتراط راجعا الى نفس الالتزام بالغير المقدور، ثم نكشف أنه غير مقدور و قد غزه المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلا كما إذا اشترى أحد عبدا و اشترط على البائع كونه كاتباً و التزم البائع بذلك مع أنه لم يكن كاتباً فان هذا البيع يبطل حيث ان البيع المطلق اى بيع العبد على أى نحو كان لم ينشأ و ما أنشأ أعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الأول، فيكون باطلا، و أما إذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع الالتزام بدون الإبراز بل ببرزه أيضا و ان كان في إبرازه كاذبا، و انما غرضه الغش، فح فالشرط قد تحقق، و قد علق العقد بالتزامه و هو قد تحقق بحسب إبراز المشروط عليه، و صار العقد مقيدا به و حصته خاصة أى إنشاء الملكية أى على تقدير الملكية الخاصة كما تقدم سابقا في معنى جعل الخيار من أن معناه إنشاء الملكية الخاصة المحدودة و ح كان العقد صحيحا و لكن حيث كان الشرط متعذرا ثبت للمشروط له ح خيار تخلف الشرط، فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه لغوا فان الالتزام بغير المقدور لغو و كذلك لو كان الشارط ملتفتا من الأول فإن هذا الاشتراط مع العلم بعدم القدرة عليه لغو، فلا معنى للالتزام به و لا يكون العقد خياريا

به، و هذا بخلاف صورة الجهل بكونه غير مقدورا فان الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا و لو من باب خدعة الشارط، و كك يصح الشرط من الشارط و على كل تقدير لا يمكن إلزام المشروط عليه بعد العلم بالحال و ان كان العقد خياريا.

قوله الثاني: أن يكون الشرط سائغا في نفسه.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٠٩

أقول: الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعدة أن يكون الشرط سائغا و ألا فلا يكون نافذا كالالتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الإناطة، فإن شرط غير النافذ غير مربوط. و أما بحسب الروايات فسيأتي الكلام فيه فإنها مطبقة على أن كل شرط نافذ ألا الشرط الذي خالف الكتاب و السنة و حرّم الحلال و حلّ الحرام فإنه غير نافذ و عليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا و غير محرّم، و من صغرياته غير ذلك فلا مجال لذكر هذا الشرط بالخصوص، و ألا كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح.

قوله الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، أو بالنظر الى خصوص المشروط له.

أقول: حاصل كلام المصنف هنا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلائي و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين، و الوجه في ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و أوجب الوفاء به، كما هو واضح.

أقول: ان قلنا باعتبار المالية في أصل البيع على ما تقدم في محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادلة مال بمال، مع أنه لم نقبله هناك و التمرنا بأن بذل المال في مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالأغراض الشخصية، و لكن لا دليل على اعتبار وجود الأغراض العقلائية في الشروط أصلا، بل يصح اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصي للشارط فإذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك، بل يدل عليه أنه قد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذي يتعلق به غرض شخصي لا نوعي، فهل يتوهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٠

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشارط إيقاع المشروط عليه في الصعوبة و نحو ذلك من الأغراض الشخصية.

و توهم كون ذلك سفهية و موجبة للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعاملة السفهية و انما الدليل على بطلان معاملة السفهية، و على تقدير أنه ورد في دليل انه لا بدّ و أن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي كما ورد أنه لا بدّ و ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة فأیضا لا يمكن أن يتمسك بقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم عند الشك في كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائي أم لا، فان ذلك تمسك للعام في الشبهة المصدقية. ثم ذكر المصنف أنه لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه و حمل عليه كلام العلامة في التذكرة و هذا عجيب منه رحمة الله عليه، فإنه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحة إلا عدم معاملة الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشيء فلا يدري أنه سب أو سلم، فمقتضى ضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحة و نقول أنه لم يسب و لكن لا يجب عليه ردّ السلام ای السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحة.

على أن الحمل على الصحة انما هو في مورد يكون طرف الاحتمال محرما لا لغوا، فان اللغو يصدر عن العقلاء، بل لا يخلو عاقل ألا و يصدر الفعل اللغو كل يوم مرات عديدة، و إذا خرق احد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصحة و يقال انه ليس بلغو بمقتضى حمل فعله على الصحة و ليس كذلك و العجب منه رحمة الله عليه حيث حمل كلام العلامة أيضا على رأيه مع أنه ليس في

كلامه فرض الشك، و انما هو ره حكم بصحة هذا الشرط الذى لم يكن فيه غرض عقلائي، و حكم بكون العقد خياريا، و الظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١١

و لا يلبس الا الخبز، ثم انه على تقدير ان يرد فى رواية أيضا أنه لا بدّ و ان يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي فأیضا لا يمكن الحكم بصحته فى مقام الشك لكونه تمسكا بالعام فى الشبهة المصدقية و هو لا يجوز.

ثم ان المصنف (ره) ذكر بعض الشروط التى من صغريات الشرط التى لا تكون موردا للغرض العقلائي مثل ما إذا اشترى أحد عبدا كافرا و اشترط على البائع كونه كافرا ففى صحته و فساده قولان، للشيخ و الحلى من تعلق الغرض المعتد به من جواز بيعه من المسلم و الكافر مع انه لو كان مسلما لم يجز بيعه من الكافر، و لاستغراق أوقاته بالخدمة، فإنه لو كان مسلما لا شغل مقدارا من أوقاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسد هذا الشرط لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و أن الأغراض الدنيوية لا تعارض الأغراض الأخروية و لكن الظاهر هو الوجه الأول فإنه مع قطع النظر عن الأغراض المذكورة التى أغراض عقلائية حكمنا بصحة الشروط التى لا يتعلق بها غرض عقلائي و كيف مع الأغراض المذكورة على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الأغراض العقلائية فإنه ورد أن هداية شخص خير من ملأ الأرض ذهباً الثانى يشبه بالتعليقات المذكورة فى كتب العلامة و لا يصلح سنداً للفتوى الخاصة المبنية على أساس صحيح من الكتاب و السنة أما ما ذكره من أن الإسلام يعلو إلخ، فإنه أجنبي عن المقام و ألا فلا بدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الأخروى فإنه ليس هنا غرض أخروى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثانى فإن المعاملات أغلبها للأغراض الدنيوية و ان كان فى طيها أغراض أخروية أيضا.

فتحصل أن شيئاً من الشروط المذكورة لصحة الشرط الذى يجب الوفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٢

قوله الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة فلو اشترط رقية حر أو توريث أجنبي كان فاسداً.

إشارة

أقول: لا- شبهة فى أن الشرط المخالف للكتاب و السنة غير نافذ للأخبار المستفيضة، بل المتواترة معنى و الظاهر أنه لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم

و لكن هنا أمران ربما يحتملان فى المقام

أحدهما أن أدلة وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصة لأدلة التحريم و رافعة للحرمه

و يكون المرجع الى أن المحرمات انما تكون محرمة بأدلتها الأولية إذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط فى ضمن عقد، و ألا تكون مباحة بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طرؤ عنوان الثانى على الأشياء المحكومة بالأحكام بعناوينها الأولية، و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر فى محله، لان بعنوان الاضطرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال، بل ورد نظيره فى الشريعة فى التكليفات و الوضعيات، أما التكليفات كجواز الصوم فى السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعاً فى السفر و كجواز الإحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعاً قبل الميقات بدون النذر، و أما فى الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجة أو الزوج من الآخر بالشرط فى ضمن عقد المتعة مع التوارث فى غير القرابات النسبية و غير القرابات

السببية المعروفة منتفية، ألا أن هذا الحكم الوضعي قد ثبت بالاشتراط فيكون الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصاً للأدلة الدالة على عدم هذا الحكم الوضعي في غير الموارد المذكورة فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضاً بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصاً على الأدلة الدالة على المحرمات أي الأدلة الأولية.

الأمر الثاني: أنه يحتمل أن تكون الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالشرط مخصصة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٣

للأخبار الكثيرة الدالة على أن كل شرط جائز بين المسلمين إلا شرطاً خالف كتاب الله و سنّه نبيه من الأخبار المتواترة بأن يستكشف من تلك الأدلة أي أدلة وجوب الوفاء بالشرط أن الشرط الفلاني المخالف للكتاب أو السنة لا بأس به فهو واجب العمل وهذا الأمر الثاني إن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصة لواقع ما هو مخالف للكتاب و السنة أي لحكم الله سواء ذكر في القرآن أو لا، بأن يكون الشيء في نفسه محرماً بمقتضى حكم الله و لكن يكون مقتضى الشرط هو الجواز، و لا شبهة أن هذا مناقضة محضه لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضة محضه، فلا يمكن الالتزام به، و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعة المخلوق بطرق المعصية و من هنا ورد أنه لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظة أدلة وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الأمر الأول، فإنه إذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام في صورة الاشتراط في ضمن عقد و هذا هو عين الأمر الأول إذا عرفت هذا فاعلم

ان الكلام في المقام يقع في جهات:

الاولى: أن المراد من الكتاب المذكور في هذه الأخبار المستفيضة أو المتواترة أي شيء

حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات، فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها في بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب في اللوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو في غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك في القرآن أيضاً بقوله عز من قائل كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ، كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ و قد عرفت أن النظر البدوي يقتضي الاحتمال الأول و كون المراد من الكتاب هو القرآن، و لكن النظر الى تلك الروايات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٤

يقتضى أراد الاحتمال الثاني منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه الله و بينه بلسان نبيه، و لو كان في غير القرآن، و انه ما من شيء الا و قد كتب الله فيه حكماً، و يدل عليه وجوه.

الأول: أنه ورد في بعض الروايات لفظ السنة أيضاً، بأن لا يخالف الكتاب و السنة فأن ذلك قرينه على أن يكون المراد من الكتاب ما هو مكتوب لله من الأحكام.

الثاني: أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضي التعميم حيث انه لا خصوصية في عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفاً للقرآن أن لحكم الشارع و ان لم يكن مذكوراً في القرآن، إذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصية للمخالفة مع القرآن حتى لا يكون نافذاً و أما مخالف السنة فيكون نافذاً، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكوراً في القرآن أو في غيره، و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفة حكم الشارع مع بقاءه على حاله، فإن أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضة واضحة و إذا فلا فرق بين أحكام الشارع، و بحسب مناسبة الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعي فتكون النتيجة مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ إلا شرطاً خالف الحكم الشرعي كما هو واضح.

الثالث: أن مخالفة القرآن أعم من أن يكون مخالفا لحكم مذكور في القرآن أن لعموم القرآن واحكامه و من الواضح أن جميع الأحكام الشرعية قد أمر في القرآن بالإطاعة بها والإتيان بها بمقتضى قوله **وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا** و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالأصل الذى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٥

دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك.

الجهة الثانية: أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط الغير الموافق أو الشرط المخالف،

وقد يظهر من بعض الروايات الاحتمال الأول و من بعضها الثانى، و ذكر فى بعضها ما سوى كتاب الله الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث بعد البناء على أن المراد من الكتاب هو ما كتبه الله من الاحكام، فإنه على هذا لا يوجد شرط غير موافق للكتاب الا و يكون مخالفا له كما هو كذلك، و أظهر من الجميع فى روايات المقام قوله عليه السلام **الآ شرطاً سوى ما هو فى كتاب الله أى يكون غير ما كتبه الله، نعم لا بأس للتكلم فى ذلك و ان المراد أى العناوين فى الاخبار الواردة فى عرض الاخبار على القرآن فان المراد من الكتاب هناك هو القرآن و لذا أمر بعرضها عليه و ح فعنوان المخالف يفترق عن عنوان الغير الموافق.**

الجهة الثالثة: فى أن الشرط المخالف يكون على ثلاثة أقسام:

الأول أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر فعلا محرما كقتل النفس المحترمة أو الكذب أو شرب الخمر و نحو ذلك. الثانى: أن يشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلائية لكون زوجته مطلقة أو كونه وارثا للآخر أو كون ولاء العتق له مع كون المعتق لشخصا آخر و هكذا و هذا يرجع الى شرط النتيجة و قد عرفت فيما سبق أن مثل هذه الأمور لها أسباب خاصة لا توجد الا بها إلا إذا كان ذلك الشرط على نحو يتحقق فى ضمن هذا العقد، بأن يوجد الاعتبار بنفس الاشتراط و يتحقق القبول بقبول المشروط عليه العقد، لما عرفت أن هذا الشرط شرط أمر اعتبارى فلا بدّ من ملاحظة المورد بأنه يتحقق هذا الأمر الاعتبارى أو لا يتحقق كما هو واضح، فان تحقق خرج الشرط عن كونه مخالفا للكتاب و الا فيكون مخالفا له.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٦

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر حكما من الأحكام الشرعية كما إذا باع داره و اشترط على المشتري أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلك من الاحكام و هذا هو اشتراط فعل الأجنبي عن العقد.

وقد عرفت أنه أمر غير المقذور للمشروط عليه و ح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير.

وقد عرفت أنه باطل إذ لا معنى للالتزام بالأمر الغير المقذور حتى لو قلنا بصحة التعليق فى العقود و عدم بطلانه، فلا يصح الاشتراط هنا إذ لا يمكن الالتزام بأمر غير مقذور و ان كان مرجع الاشتراط هنا إلى إناطة لزوم العقد بفعل الغير و أنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلك و الا فلا فهو صحيح فإنه على تقدير تحقق ذلك الفعل يكون العقد لازما و الا كان للمشروط عليه خيار تخلف الشرط كما هو واضح فلا بدّ من التكلم فى هذه الأمور الثلاثة واحدة واحدة.

وقد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب الله أو سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله على ما فى الروايات بالسنة مختلفة و كان الكلام فى معنى هذه الروايات و لا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه و المراد من المباح هنا ما لم يكن فيه إيجاب فيشمل المكروه و المستحب أيضا و الظاهر أنه لا شبهة فى نفوذ ذلك و لم نر من يستشكل فيه.

نعم قد ذكر في روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلك أيضا و أنه مخالف لكتاب الله.

الأولى: رواية العياشى، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها ان يتزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سرية فهى طالق، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٧

فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم ان شاء و فى بشرطه و ان شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أنت بسبب ذلك، قال الله تعالى فَاتَّكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ، الى آخره، و أحل لكم ما ملكت ايمانكم و اللاتى تخافون نُشُوزَهُنَّ فَإِنِ الْأُمُورُ الْمَذْكُورَةُ أُمُورٌ مَبَاحَةٌ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

الثانية: رواية ابن عمار سماها المصنف موثقة المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فأن اشتراط إلزام بالمباح يوجب عدم جواز العمل به لكونه محرما و الرواية الاولى و ان ذكر فيها بعض الأمور المباحة إلا أنه لا فرق بين افراد المباح جزما. أما الرواية الثانية فهى ضعيفة السند لغياث بن كلوب فإنه لم يوثق فى الرجال و ان نقل عن الشيخ أنه و ان كان عاميا و لكن الأصحاب يعملوا بروايته و لكنه ليس بوجه على أن المذكور فيها أن كل شرط حرم حلالا فهو غير نافذ و عليه فلا يبقى مورد للعمل بالشروط الذى ثبت بالأدلة الدالة على لزوم الوفاء بالشروط و هذا المضمون غير موجود فى غير هذه الرواية.

و أما الرواية الأولى فهى أولا ضعيفة السند لعدم ثبوت اعتبار تفسير العياشى.

و ثانيا: أن دلالتها غير تامة فإنها مجملة حيث ان المذكور فى صدر الرواية أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجة على تقدير التزويج و الإتيان بالسرية أو هجرها فى المضجع على تقدير إتيان الزوجة بالنشوز و لكن فى ذيل الرواية استدلت عليه بالآية فإن ظاهر الآية أن نفس تلك الأمور أى الزواج و الإتيان بالسرية و الهجر فى المضجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمة للطلاق الذى هو متعلق الشرط كما فى صدر الرواية.

نعم، يمكن توجيه الرواية بأن الآيات الشريفة التى استدلت بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأة فوق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٨

الواحد و هكذا دلت على أخذ السرية و على جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز و لا شبهة أن جواز تزويج المرأة الأخرى غير الاولى ليس مخصوصا فى حكم العراب و كذا أخذ السرية، بل فى حق غيرهم أيضا و عليه فالشارع لم يجعل الزواج و أخذ السرية سببا للطلاق، بل سببه شىء آخر و إنما لم يجز للمزوج أن يتزوج بامرأة أخرى و إنما يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها و ح فجعل الزواج و أخذ السرية سببا للطلاق مخالف للآيات المذكورة و كتاب الله الكريم الدالة بالملازمة على عدم جعله سببا للطلاق و أيضا جعل النشوز سببا للهجر و اشتراط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل.

و على تقدير كون متعلق الشرط هى الأمور المذكورة فى الرواية و لو بمؤنة التوجيه المذكورة، و أيضا لا دلالة فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى فى الأمور المذكورة و ذلك من جهة أن الامام عليه السلام قد استدلت على بطلان الشرط بقوله و شرط الله قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس فى المباح شرط الله ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالرواية و الالتزام بكون الشرط متعلقا بالأمور المذكورة من هذه الجهة.

و قد يقال كما فى المتن ان اشتراط الأمور المذكورة مناف للقرآن و أن استدلال الامام عليه السلام شرط الله قبل شرطكم صحيح، و ذلك من جهة أن التزويج على المرأة و أخذ السرية و الهجر فى المضجع، و ان كان من الأمور الجائزة إلا أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغييرها عن إباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا، لأن شرط الله قبل ذلك، و هو و ان كان ممكنا أيضا فى مقام الثبوت، و

لكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدلل الامام عليه السلام بالاية على كون الأمور المذكورة مباحة من غير كونها مقيدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣١٩

بشيء، و من الواضح أن الإباحة ليس فيها شرط و عليه فلا معنى للاستدلال بأن شرط الله قبل شرطكم على عدم النفوذ و عليه فلا بد و أن تحمل الرواية اما على التقدير المتقدمه أو يرد علمها على أهلها.

نعم، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد و أن الله اثبت الإباحة في بعض الأشياء المباحة و اشتراط خلافها خلاف شرط الله و خلاف ما كتبه الله فلا يكون ماضيا و أن شرط الله أسبق و هذه الكبرى و ان كانت صحيحة و لكن لم نجد لها صغرى في المباحات كما هو واضح على انا لو أخذنا بها و قلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط فإن أيّ مورد نفرضه لا- بدّ و أن فيه حكم من الاحكام إذ لا يوجد شيء الا وفيه حكم الله نافذ تشريعا و تكوينيا و إذا فلا دلالة في شيء من هاتين الروايتين على عدم نفوذ الشرط في المباحات، فلا بدّ من الرجوع الى بقية الروايات الذي يستفاد منها كقوله عليه السلام كل شرط نافذ الا ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب الله أو غير ذلك من المضامين المختلفة و الذي يستفاد من ذلك مع ملاحظة ما دل على وجوب الوفاء بالشرط أن أي فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه إلزام من الفعل و الترك و انما تعلق الإلزام به من ناحية الالتزام الشرطي لا بدّ من الوفاء به و لا يكون مخالفا للكتاب و السنة أصلا لعدم تعلق شرط به من ناحية الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشرط مناقضا له و الا بان يكون الالتزام الشرطي مسبوقا بالالتزام الآخر الشرعي بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعنا للعبد نحو الفعل لا بدّ من العمل به و لا يكون شرط المخالف سابقا و مقدا عليه كما هو واضح فان حفظ وجوب الوفاء بالشرط و عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغض عما ذكرناه،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٠

فالروايتان متعارضتان مع رواية منصور فإنها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بشئ ما صنع و إرشاده بذلك الذم وقوعه في المشقة و الشدة فتكون معارضة للروايتين المتقدمتين و يتساقطان و يرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم. و بالجملة أن هذه الرواية و ان ذكر فيها الذم، الا أنه لا يكشف من بطلان الشرط، بل هو إرشاد إلى وقوع المشروط عليه في المشقة و أنه يندم بعد ذلك و الا فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط في ذيل الرواية.

ثم انه قد يقال بأن النسبة بين ما دل على اباحة المباحات و بين ما دل على نفوذ الشرط هي العموم من وجه ففي مورد الاجتماع نحكم بالتساقط و فيه أولا أن الإباحة إنما تترتب على الأشياء بحسب طبيعتها و أنها لا تخالف الإلزام على تلك الأشياء و ثانيا أن ما دل على نفوذ الشرط مذيّل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب و السنة و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفا مع قطع النظر من الشرط، فان المراد من مخالفة نفس ما تعلق به الشرط كما في بعض الروايات لا نفس الشرط، كما يتوهم من بعض الروايات الأخرى، و الا يكون كل شرط مخالفا فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط و من الواضح أن الإباحة غير مخالفة للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلا فان فعله مخالف للكتاب و السنة كما لا يخفى.

ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح و الالتزام به لكونه مخالفا للرواية الدالة على عدم جواز الحلف بترك العصر و أنه التزام خلاف التزم به الشارع و بينه. و فيه أن هذه الرواية في مورد الحلف و قد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحا و لا شبهة أن الالتزام بترك المباح دائما مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فإنه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢١

هذا كله فيما إذا اشترط احد المتبايعين على الآخر فعل المباح و قد يكون الشرط على غيره في ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب الخمر أو أكل الميتة و غير ذلك، و ح لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى في فعل المحرم يكون ذلك تخصيصا

لأدلة المحرمات ونظيره أن العزل عن الزوجة الدائمة حرام، ولكن مع اشتراط ذلك في ضمن العقد نافذ للدليل الخاص.

ثم انه قد يتوهم ان النسبة بين دليل المحرمات و بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط هي العموم من وجه، و في مورد الاجتماع يحكم بالتساقت و يرجع الى الأصول العملية (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فإنه على العمل بالشرط المقرر) و لكن يرد عليه أولاً أن وجوب الوفاء بالشرط انما في فرض يكون ما تعلق به الشرط في نفسه خالياً عن الإلزام فإن الظاهر من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أن العمل بالشرط انما هو من علامة الايمان كما ورد أن المؤمن في عده، يعنى من علامة الايمان أن المؤمن إذا وعد يفى بوعدته، و من الواضح أن هذا ما هو من علامة الايمان انما هو الذى لا يكون فيه مبعوضيه فإنه إذا وعد أحد العياذ بالله بالزنا أو اللواط أو شرب الخمر.

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو في مورد لا يكون الشيء مبعوض الإيجاد قبل تعلق الشرط به، و ألا فلا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

الوجه الثانى: أنه قد ذكر في أدلة وجوب الوفاء بالشرط ألا ما خالف كتاب الله و سنه نبيه أو بما سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٢

به بأن يكون متعلق الشرط مخالفاً لكتاب الله، فان المراد من المخالفة مخالفة متعلق الشرط لا نفسه، و لذا ذكر في بعض الاخبار ذلك و ما ذكر في بعضها الآخر من مخالفة نفس الشرط، انما هو بنحو من العناية و على هذا فلا شبهة أن متعلق الشرط إذا كان فعل محرم يكون مخالفاً لكتاب الله كما هو واضح، و قد تحصل من هذين الوجهين أنه لا بد من تقديم جانب الحرمه في مادة الاجتماع كما هو واضح، فافهم.

و الحاصل: أن ما تعلق به الشرط إذا كان مباحاً فلا شبهة في نفوذ الشرط ح إذا لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح، أو تركه، يكون نافذاً.

و أما ما توهم دلالته على عدم النفوذ كرواية العياشى و غيرها فإنه فاسد، فإنه و أن كان رواية التهذيب موثقة و لكن لا يمكن المساعدة عليه من حيث الدلالة لأن المراد من المباح ما كان مباحاً في كتاب الله و معه فلا وجه للاستدلال عليه بأن شرط الله قبل شرطكم إذا لا شرط في المباح.

و توهم أنه أريد من الأمور المذكورة في الرواية المباحة التي لا تتغير عنه الرخصة كما ذكره المصنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بد و أن يلتزم بكونه مباحاً الى الأبد أيضاً يحتاج الى الدليل (التوهم الثانى و الثالث شىء واحد).

و أما إذا كان الشرط متعلقاً بفعل الحرام فقد عرفت أنه لا يكون مشمولاً لعموم الأمر بالوفاء بالشرط و ذلك لأن جملة هذه الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها ألا شرطاً خالف الكتاب أو ما سوى كتاب الله أو ما لا يوافق الكتاب و من الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما يتعلق به الشرط و يكون مخالفاً له مع قطع النظر عن تعلق الشرط و ذلك لأن مخالفة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٣

الكتاب مأخوذة في موضوع الشرط المخالف فلا بد و أن يكون الموضوع محققاً قبل الحكم بأن يكون متعلق الشرط مخالفاً للكتاب قبل الشرط، و أما إطلاق الشرط عليه أى على المتعلق مع أننا ذكرنا أن الشرط هو الإناطة فهو سهل لكثرة إطلاق الشرط على متعلقه و لو بالعناية، و المجاز و لو لم يكن المراد هو ما ذكرناه لم يبق شرط ألا و يكون مخالفاً للكتاب غير اشتراط ترك الحرام و فعل الواجب و على هذا فلا شبهة أن اشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام مخالفاً للكتاب مع قطع النظر عن الاشتراط و عليه فلا يشمل دليل الوفاء بالشرط باشتراط فعل المحرم و ترك الواجب أصلاً.

نعم، يمكن أن يرد التخصيص على ذلك بأن يكون الشيء حراماً و لكن كان بالشرط جائزاً فيكون ذلك تخصيصاً لما دل على عدم

نفوذ الشرط المخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط كما ورد نظير ذلك في الصوم في السفر والإحرام قبل الميقات والعزل عن الزوجة الدائمة مع اشتراطه في ضمن العقد، كما هو واضح، و دعوى ضعف التخصيص هنا كما ذكره المصنف لا مجال له، فإنه انما يكون التخصيص ضعيفا إذا كان لحاظه مع ملاحظة متعلق الشرط مع الشرط معا، بأن يكون شىء باقيا على حرمة حتى مع تعلق الشرط به، فإنه ح لا شبهة في ضعف دعوى التخصيص، و ليس كك كما عرفت، بل التخصيص انما هو في الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط، و يكون مع الشرط جائزا.

و بعبارة أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب إذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا، بأن يكون باقيا على حرمة مع الشرط أيضا و مع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح.

على أن الشرط انما يجب الوفاء به إذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد و الحرام ليس كذلك. كما تقدم، و هل يتوهم أحد كون فعل الزناء مع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٤

الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان.

(و أما القسم الثالث) و هو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتبار أمر كأن يبيع داره من هند و يشترط عليها أن تكون زوجة له أو يبيع فرسه من غيره و يشترط عليه كون المزرعة الفلانية ملكا للبائع و هكذا و هو على ثلاثة أقسام، لأن هذا الأمر الاعتباري الذي يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا- يحتاج الى سبب خاص و لا يكون من فعل شخص آخر، بل يكون فعلا اختياريا للشارط بحيث يصح اعتباره منه، بأى سبب كان، و بأى نحو ابرز و هذا لا شبهة في تحققه بالشرط و قبول المشروط عليه، و ذلك كاشتراط أن يكون المشتري و كيلا للبائع في فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصيا له أو تكون داره ملكا له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرد قبول المشتري و يكون قبوله ابرازا للوكالة و الوصية و التمليك كما هو واضح، فإن الأمور المذكورة أمور اختيارية للشخص و غير محتاجة إلى سبب خاص فتكون مبرزة مقبول المشتري، أى من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح. و قد يكون اعتبار أمر غير اختياري للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجة زيد الذي هو غير المشروط عليه طالقا، أو كون ابنته زوجة للشارط نحو ذلك فان ذلك و أمثاله من أفعال الأجنبي و من اعتباراته النفسانية فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجة إلى سبب خاص، فلا توجد بأى سبب كما هو واضح.

و قد يكون ذلك أمرا اختياريا للمشروط عليه ألا أنه لا يوجد لاحتياجه الى سبب خاص و لا يوجد بكل سبب كأن يشترط عليه كون زوجة طالقا أو كون بنته الصغيرة زوجة للشارط، فان ذلك و ان كان تحت اختيار الشارط ألا أنه لا يوجد ألا بسبب خاص فإنه الطلاق لا يكون طالقا ألا أن يقول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٥

أنت طالق، لا يكفي أن يقول طلقتك، و نحوه، و كذلك النكاح.

نعم، يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الأخيرين، و يحكم الشارع بتحقيق الاعتبار المذكور بالاشتراط في ضمن العقد، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الأول أيضا، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشتراط و ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و كان يوجد بأى سبب ألا أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و إبرازه بذلك، فان ذلك كله تحت يد الشارع.

و أما القسم الرابع، و هو ما اشترط على الآخر في ضمن العقد جعل وجود حكم من الأحكام الشرعية كأن يبيع داره و يشترط عليه حلية الخمر أو شىء آخر من المحرمات أو إباحة واجب و نحو ذلك، و قد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الأجنبي.

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على كونه فعل الغير، غير مقدور للمشروط عليه، و كان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهة في بطلان العقد، فإنه مضافا على بطلان التعليق في العقود، أن هذا باطل لعدم إمكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا

لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام إذ لا يوجد الالتزام، و لا يتحقق الأمر الغير المقذور.

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غير مقذور و أظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غير مقذور، و لكن علق الخيار على ذلك الشيء، فلا شبهة في صحة العقد، و لكن يكون للشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعتك و اشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حلية الخيار كان صحيحا، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكية و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٦

إنشائها محدودة و إنشاء الملكية المحدودة أى الملكية على تقدير بمكان من الأماكن كما عرفت في معنى جعل الخيار و هذا واضح لا شبهة فيه.

ثم ان المصنف (ره) بعد ما ذكر حكم مخالفة الشرط للكتاب و السنة ذكر أنه مع الشك في كون شرط مخالفا للكتاب و السنة يرجع في مشروعية الشرط إلى أصالة عدم مخالفته للكتاب، و ما ذكره هنا مخالف لما ذكره في أصوله و عقد عليه تنبيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل في تنبيهات الاستصحاب و أطال شيخنا الأستاذ الكلام في عدم جريان هذا الأصل و ذكرنا نحن أيضا في الأصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان المراد من عدم مخالفة ذلك الشرط للكتاب و السنة هو عدم النعتى فليس له حالة سابقة إذ في أى زمان كان هذا الشرط و لم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنة و ذلك لأن في عدم النعتى لا بد و أن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون مسبقا لعدم النعتى، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك في اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعتى العدمى، و ان كان المراد من عدم النعتى المحمول، فهو و ان كان له حالة سابقة و لو قبل الشرع و الشريعة أو بعد الشريعة أيضا بمقدار من الزمان ألا أن استصحاب ذلك لا يثبت الموضوع الشرعى و لا يثبت أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنة، ألا على القول بالأصل المثبت، فان كون هذا الشرط غير مخالف للكتاب من اللوازم العقلية لعدم المحمولى و كل ذلك لا شبهة فيه و لا نحتاج الى التويل، و لكن قد ذكرنا في محله حجية عدم الأزلى و معه لا نبتلى بهذه الإشكالات كما هو واضح، فراجع.

و لكن عدم الأزلى لا- يجرى في المقام و ذلك لعدم وصول النوبة اليه و بيانه أن الشك تارة يكون في الجعل و أخرى في تغيير الحكم بالشرط و نحوه، و الشق الأول و ان كان خارجا عن كلام المصنف و لكن نتكلم فيه أيضا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٧

توفية للأقسام و الكلام.

أما الشق الأول فتارة يكون الشك في الحكم التكليفى و أخرى في الحكم الوضعى، أما الأول كما إذا باع متاعا من زوجته مثلا، أو تزوجها و اشترط عليها أن ترقص له في كل ليلة و شككنا في أن هذا الشرط مخالف للكتاب أم لا، و لا نكتب هذا المثال، فإنه مزاحى أو اشترط شرب التنن مثلا، و شككنا في كونه مشروعاً و عدمه فإنه بناء على ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا شبهة في أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضى الأصول العملية تثبت كون ترقص مباحا، فإنه من الشبهات البدوية و تجرى فيه البراءة، و كك الحال إذا أحرزنا حكم المشكوك بالأمانة أو بالأصول الأخر غير البراءة فإن هذا الموضوع الخاص مباح و غير مخالف للكتاب و السنة.

و أما إذا شككنا في الحكم الوضعى بأن اشترط شرطا في العقد و شككنا في صحته و فساده أى نفوذه و عدمه فان مقتضى الأصل هو الفساد و هذا هو المعنى من قولهم أن الأصل في العقود و الإيقاعات هو الفساد ألا أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط في العقد الخيار على تقدير وجود الحكم الفلانى، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أى متعلقه مما يشك في كونه صحيحا أو فاسدا، نعم إذا كان الشك في أصل صحة جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل في العقود الفساد و فى كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبة الى الأصل أصلا، حتى يستشكل فيه أنه يجرى في المقام

أو لا يجرى.

و أما إذا كان الشك في تغيير الحكم بالشرط فأيضاً لا تصل النوبة الى الأصل، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لولا الشرط و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٨

عليه فلا- تتغير ذلك بالشرط إلما كان هنا تخصيص و هو يحتاج الى الدليل، و في كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما في الأمور المتقدمة يحكم بنفوذه و إلما نحكم بالبطلان لأجل تلك الأخبار المتواترة الدالة على أن الشرط المخالف للكتاب و السنة باطل كما هو واضح.

و قد تحصيل أنه لا- تصل النوبة في الموارد المشكوكه الى الأصل أصلاً حتى يتكلم في جريانه و عدمه و ان نقحنا في الأصول أن الأعدام الأزلية لا مانع عن جريانها.

ثم انه بقي الكلام في بعض الفروع التي وقع الكلام في كون الشرط فيها مخالفاً للكتاب و السنة أم لا،

إشارة

و قد أشار الى عنوان هذا المطلب المصنف

بقوله: و انما الإشكال في تميز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات.

(١)

منها كون من أحد أبويه حرة رقا

بأن يشترط صاحب الأمة على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا و قد وقع الكلام في كون هذا الشرط سائغاً و عدمه.

و محصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدلة المتواترة من قبيل العلة بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفاً للكتاب و السنة فان الولد الحاصل من الحر و الأمة بمقتضى الأدلة الدالة على تبعية الولد لا شرف أبويه، يكون حراً، لكونه ولد حر، فلا يكون اشتراط كونه رقا في عقد الزواج نافذاً لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة و ان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حراً لا علمه تامة لذلك فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، و لكن لم يرجح شيئاً عن هذين الاحتمالين.

أقول: قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفاً للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أى المخالفة مأخوذ في موضوع الشرط فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٢٩

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط و عليه فلا شبهة أن اشتراط أن يكون الولد رقا في ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الأدلة مطبقة على كون ولد الحر حراً و ممّا يدل على كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط في ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كلفن ذكر هذا انما ذكره فيما إذا اشترط ذلك في ضمن عقد تزويج الأمة كما هو واضح.

و أما الخلاف في أن هذا الشرط نافذ أو غير نافذ فليس من جهة العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أي فرق في التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور في ضمن عقد الزواج أو في غيره، بل الخلاف المذكور من جهة الروايات التي دلت جملة منها على نفوذ ذلك الشرط و جملة أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفة الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد

الحر حراً، بل يكون حراً بالشرط في ضمن عقد زواج الأمة للحر، و من عمل بالطائفة الثانية فممنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص و حيث انه ليس هذا مورد العمل و الأثر الفعلي لم نتعرض لتلك الروايات.

قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر، أم لا.

أقول: الظاهر لا خلاف في أن اشتراط إرث الزوجه المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه اتفق الفقهاء رضوان الله عليهم على عدم مشروعية اشتراط الشرط المذكور في ضمن عقد آخر و أيضاً اتفقوا على عدم مشروعية اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن أى عقد كان سواء كان هذا العقد المتعة أم غيره، و على هذا يقع الإشكال في أفراد غير الوارث و في أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العلة التامة بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثاً فلما ذا تخلف في مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٠

عقد المتعة، و قد فرضنا أن ثبوت التوارث للأشخاص الخاصة على نحو العلة التامة و ان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلما ذا يجرى في غير عقد المتعة، و لماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجه المتمتع بها في ضمن عقد المتعة. أقول: قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق و توضيح ذلك أن العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط بالنسبة إلى اشتراط إرث أى أجنبي من الأجانب و في أى عقد من العقود سيان فان كان ثبوت الإرث الذى هو حكم من الأحكام الوضعية على موضوعه على نحو ثبوت المعلول لعلته فلا يصح في جميع العقود و لا في شخص من غير الوارث، و ان كان ذلك بعنوان المقتضى صح الاشتراط مطلقاً.

و قد عرفت في القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتبارى لشخص لا يكون تحت اختيار الشخص دائماً و بأى سبب كان ففي المقام اعتبار مالية التركة لغير الوارث ليس في اختيار المورث و لكن قد ورد في جملة من الروايات المعتبرة جواز إرث الزوجه المتمتع بها في عقد المتعة، و عمل بها المشهور فيكون ذلك تخصيصاً لما دل على ثبوت التوارث في الموارد الخاصة و تكشف من ذلك أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط ليس مخالفاً له مع لحاظ الشرط كما هو واضح و من هنا يعلم أنه لا وجه للإشكال المذكور فان جواز الشرط المذكور في هذا المورد ليس من ناحية أدلة الوفاء بالشرط حتى يشكل بعدم الفارق بين أفراد العقود و بين أفراد الأجانب، بل بين أن يشترط كون الزوج و الزوجه مثل سائر الزوجات أو مثل بقية الوارث من الابن و البنت و الأب و الام و غيرهم، كما لا يخفى.

نعم، في المقام روايتان أشار إليها السيد (ره) في المقام، إحداهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣١

مرسلة الكافي الدالة على عدم جريان الإرث في المتعة اشترط أو لم يشترط.

و الثانية رواية البرقى و هي أيضاً بهذا المضمون و قد عمل بمضمونها السيد في حاشيته، و ان التزم في العروة على ما ببالي بعدم نفوذ هذا الشرط، و لكن الظاهر أن ما ذهب إليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو المتعين و لا تقاوم هاتين الروايتين بذلك.

أما الرواية الأولى فنحتمل أنها هي رواية البرقى بعينها فان صاحب الكافي لم يسمي بالراوى بل نقل بعنوان روى فلعلها ما نقله البرقى و على تقدير كونها رواية مستقلة و هي ضعيفة السند للإرسال، و لذا لم يستند إليها الكليني أيضاً، و نقله بعنوان روى.

و أما الرواية الثانية فالظاهر أنها أيضاً ضعيفة السند لأن في سندها حسن و هو لم يوثق و يحتمل أنه حسين و لذا عنوان الشيخ في أول كلامه بعنوان حسن و سماه في آخر كلامه بحسين، و على ما في رجال المامقاني و يحتمل ان يكون إمامياً و أما التوثيق فلا، و على تقدير أن يكون هاتان الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الدالة على نفوذ الشرط لأنه مضافاً الى كونها مشهورة أو قريبة منها، و عمل المشهور بها و كونها أصح سنداً أنهما يتعارضان و لا بدح من ترجيح ما دل على نفوذ هذا الشرط لكونه موافقاً للكتاب إذ المذكور

فيها أن للزوجة الربع مع عدم الولد و الثمن مع وجود الولد و من الواضح أن الزوجة تطلق على المتعة كما تطلق على الدائمة و من هنا استدلل الفقهاء في كثير من أبواب الفقه على ترتب أحكام الزوجة على المتعة بصحة إطلاق الزوجة عليها غاية الأمر قد ثبت بالروايات أن المتعة لا تترث فأوجب ذلك خروجها عن الآية ألا أن ذلك لا ينافي ثبوت التوارث بينهما من جهة الاشتراط للروايات الدالة على نفوذ هذا الشرط في عقد المتعة و قد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب، بل يوافق إطلاقه، كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٢

هو واضح.

قد عرفت أن اشتراط الإرث في عقد المتعة مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا، فالمشهور هو الثاني و بعضهم إلى الأول. و ذكرنا سابقا أن اعتبار الملكية لشخص آخر و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكية التركة بعنوان الإرث لغير الوارث ليس في اختيار الإنسان إلا- إذا كان ذلك من باب الوصية من الثلث و ألا فهو شرط على خلاف حكم الله و من ذلك اشتراط الإرث للزوجة المنقطة في عقد المتعة و من هنا ورد في عدة من الروايات أن المنقطة لا تترث و زواج المتعة ليس زواج ارث.

نعم، ورد في جملة أخرى من الروايات أن المتعة قد تكون زواج ارث كما إذا اشترط فيها التوارث، و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الإرث، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الإرث للمنقطة في العقد فتكون هذه الأخبار مخصصة لما دل على عدم الإرث في المتعة كما أن الاخبار الدالة على عدم الإرث في المتعة مخصصة للآية الشريفة الدالة على إرث الزوجة لكونها مطلقة تشمل الدائمة و المنقطة.

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم إرث الزوجة المنقطة اشترط أم لم يشترط، إحداهما مرسله الكافي و الثانية رواية البرقي، و ذكرنا أن المحتمل القوى أن يكون المراد من المرسله هي رواية البرقي و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا، فرواية الكافي مرسله و رواية البرقي ضعيفة لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث في زواج المنقطة بالاشتراط و على تقدير صحة السند ذكرنا سابقا أنه لا- بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الإرث في الزواج مطلقا لإطلاق المزوجة على الدائمة و المنقطة كما هو كثير في كثير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٣

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النوبة إلى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الدالة على عدم التوارث، و عليه فيحكم بالتساقط، أي تساقط ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط و عدمه سواء اشتراط أم لا، فيرجع الى تلك الأخبار الدالة على عدم الإرث في المنقطة مطلقا.

قوله: و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية.

أقول: المشهور أن اشتراط الضمان في العارية صحيح، و لكن اشتراطه في عقد الإجارة غير صحيح، و قد أشكل ذلك بأنه ان كانت الامانة موجبة لعدم ضمان الأمين و علة تامه لذلك فلا بدّ و ان لا يتخلف في الإجارة و العارية كليتهما و ان لم تكن علة لذلك بل مقتضية له فلما ذا تخلف ذلك في العارية دون الإجارة مع أن كل من المعير و المستأجر أمانان في وضع اليد على العين المعيرة و المستأجرة.

أقول: أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد في باب الضمان أي الضمان على دين أحد و نحوه، فإنه بمعنى نقل الدين على ذمة الضامن أو ضم الذمة إلى الذمة كما عليه العامة، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أي ضمان العين أمران أما إتلاف العين التي هي ملك للغير فيكون

المتلف ضامنا لها بمقتضى من أتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدي و لو بضميمة بناء العقلاء عليه، و ليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان و عليه فاشتراط ضمان العين في ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضروري في الشرعية أعني عدم كون غير الإلتلاف سببا للضمان فيكون شرطا مخالفا لما كتبه الله على عباده و بينه بلسان سفرائه ألا أن يكون هنا مخصص في مورد بحيث ورد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٤

دليل خاص على أن الاشتراط في ضمن العقد الفلاني يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، و فيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فإنه إنما يشمل الموارد التي كان للشخص جعل ذلك في طبعه على نفسه أي يكون سائغا في نفسه و يكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الإلزام و لم يثبت في الشريعة أن يضمن أحد ما إلتافه شخص آخر و عدم ثبوت المانع عنه لا يكفي بل لا بد و أن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمة العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا، فافهم.

و على هذا فيرتفع الإشكال في المقام حيث انه وردت روايات معتبرة على جواز اشتراط الضمان أي ضمان العين مع التلف على المعير في عقد العارية فتكون هذه الروايات مخصصة لما هو ثابت في الشريعة من عدم كون غير الإلتلاف و اليد من موجبات ضمان العين و لكن لم يرد ذلك في غير العارية فيبقى تحت القاعدة الأولية أعني عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد و الإلتلاف و أن الاشتراط ليس من أسبابه و قد عرفت في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعي أو تكليفي لا يكون نافذا و يكون الإلتزام به لغوا.

ثم ان هذه فيما اشترط الموجر على الأجير الضمان، أي ثبوت ضمان العين على ذمة المستأجر بحيث يكون من جهة ديونه و يكون ثابتا في التركة على تقدير عدم الإعطاء و أما لو اشترط عليه إعطاء قيمة التالف، فهو لا يكون مخالفا للكتاب و السنة و لا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان، بل يكون ذلك من شرط الفعل و قد تقدم أنه نافذ، بل قد تقدم في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار أمر اعتباري في ضمن العقد لا بأس به إذا كان في تحت اختياره، فهو من شرط الفعل، فيكون نافذا، و مع التخلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٥

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشتراط موجبا لثبوت حكم تكليفي عليه و على تقدير العصيان لا- يثبت في ماله بحيث يكون من جملة ديونه كما كان الأول كذلك، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفي فقط و أما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجرة تالفا، و يمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجة بين التجار حيث يدخلون أموالهم في البيعة بان يكون ضمانها مع التلف على الدولة فإن ذلك من جهة اشتراط كون قيمة المال على الضامن مع التلف في ضمن عقد لازم أو يعطى مقدارا من المال للضمان بهبة و يشترط ذلك في ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معاملة مشروعة و لا يكون ذلك أكلا للمال بالباطل.

قوله: و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر.

أقول: قد اختلفوا في صحة هذا الشرط و عدمه و ذهب المشهور ظاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط و ذهب بعضهم الى عدم النفوذ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب، فان المكتوب لله هو وجوب اطاعة الزوجة للزوج فالشرط المذكور مخالف له. و لكن قد عرفت أن معنى كون الشرط مخالفا للكتاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشرط و لا شبهة أن إخراج المرأة من بلدها الى بلد آخر في نفسه من المباحات و ليس فيه مخالفة للكتاب فلا بأس باشتراط عدم خروجها في ضمن عقد النكاح، أو البيع، أو غير ذلك من العقود، فيكون هذا الشرط نافذا و صحيحا كما هو واضح. و هذا لا شبهة فيه.

ثم انه إذا خالف الزوج هذا الشرط و طلب من الزوجة الخروج من بلدها فهل يجب للزوجة أطاعته أو يجوز لها أن يخالفه في ذلك ربما يقال بالأول لوجوب اطاعة الزوجة لزوجها و الشرط المذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعد مخالفة الزوج لكونه مخالفا للكتاب و السنة الدالة على وجوب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٦

اطاعة الزوجة للزوج في أى شىء يريد منها في غير معصية الخالق.

و لكن هذا الاشكال واضح، الدفع بدهاه أنه يجب للزوجة اطاعة زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق، و من الواضح أنه بعد اشتراط أن لا يخرجها الزوج من بلدها الى بلد آخر إلا برضايتها في ضمن عقد لازم من العقود ليس له حق في هذه الجهة على الزوجة حتى يجب عليها أن تطيعه في هذه الجهة أيضا و هذا واضح لا شبهة فيه و تحصل أن هذا الشرط أيضا نافذ و غير مخالف للكتاب و السنة.

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

إشارة

أقول: ذكر المصنف في ذيل هذا الشرط فروعا: - منها: ما ذكره بعضهم من أنه إذا باع شيئا و اشترط عدم البيع و لكن ذكر العلامة أنه صحيح و قواه بعض من تأخر عنه.

منها: ما ذكره في سؤال في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحة رفاعه في الشركة في الجارية، و لكن النص مختص بالجارية.

و منها: اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها الى بلد آخر، و قد جوزه جماعة للنص و عدم المانع و منعه آخرون. و منها: مسألة توارث الزوجين في عقد المنقطة.

أقول: الظاهر بل الواقع أنه لم ينقع حقيقة الشرط المخالف للكتاب و السنة و حقيقة الشرط المخالف بمقتضى العقد في كلمات الفقهاء و لذا ترونهم يذكرون جملة من الفروع مثلا للشرط الذى يكون مخالفا لمقتضى الكتاب، و أيضا يذكرونها بعينها مثلا لما يكون مخالفا لمقتضى العقد و لا بد لنا من تنقيح ذلك حتى يتضح لنا واقعتهما و حقيقتهما و يعلم أن ما يكون مثلا لأحدهما هل يمكن أن يكون مثلا للآخر أيضا أو لا يمكن.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٧

فنقول:

أن الشروط فى العقود على نحوين

إشارة

لأنها قد تكون معتبرة فى العقود بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و تسمى ذلك بالشروط فى ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر و قد تكون معتبرة فيها بالاشتراط و بدونه لا يكون جاريا فيها، بل يكون العقد مطلقا بالنسبة اليه.

اما القسم الأول [الشروط التى معتبرة فى ضمن العقد]

إشارة

فهو كثير

منها ما تقدم من كون الثمن بالقيمة المساوية للقيمة السوقية

وَالْمَا كَانَ لِلْمَغْبُونِ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي خِيَارَ الْغَبْنِ وَ إِنْ لَمْ يَشْتَرِ ذَلِكَ فَإِنْ بِنَاءِ الْعُقْلَاءِ بِحَسَبِ ارْتِكَازِهِمْ عَلَى ذَلِكَ فَيَكُونُ هَذَا الشَّرْطُ مَعْتَبَرًا فِي الْمَعَامَلَةِ سِوَاءِ صَرَحَ بِهِ أَمْ لَا، وَ مِنْ هُنَا قَلْنَا سَابِقًا أَنَّ خِيَارَ الْغَبْنِ إِنَّمَا هُوَ ثَابِتٌ بِالشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ وَ يَتَخَلَفُهُ يَثْبِتُ الْخِيَارَ لِلْمَشْرُوطِ عَلَيْهِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

و منها: عدم كون كل من الثمن أو الثمن معيبا

فَإِنَّ الشَّرْطَ الضَّمْنِيَّ عَلَى ذَلِكَ وَ الْارْتِكَازِيَّ الْعُقْلَائِيَّ يَقْتَضِي كَوْنَهُمَا خَالِيَيْنِ عَنِ الْعَيْبِ وَ أَلَّا يَثْبِتَ الْخِيَارَ لِمَنْ كَانَ مَالُهُ مَعْيُوبًا وَ مِنْ هُنَا قَلْنَا أَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ عَلَى الْقَاعِدَةِ وَ لَمْ يَحْتَاجَ إِلَى وَرُودِ رَوَايَةٍ فِيهِ وَ إِنْ كَانَ ثَبُوتُ مَطَالِبَةِ الْأَرَشِ فِيهِ عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ.

و منها: انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع الى بلد البيع

وَ إِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِذَلِكَ وَ قَدْ ذَكَرْنَا سَابِقًا أَنَّ الْمِيزَانَ فِي الشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ مَا يَكُونُ مَعْتَبَرًا فِي الْعَقْدِ بِدُونِ التَّصْرِيحِ وَ الْانْصِرَافِ الْمَذْكُورِ كَذَلِكَ وَ عَلَى هَذَا فَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَسْلِمَ الثَّمْنَ أَوْ الْمَبِيعَ فِي بَلَدٍ آخَرَ كَانَ لِلْآخِرِ خِيَارَ الْفَسْخِ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِ الْخِيَارَ فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ وَ هَكَذَا كُلُّ شَرْطٍ ضَمْنِيٍّ فَإِنَّ الْمِيزَانَ هُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَيَكُونُ الْمُنْشَأُ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ الْحِصَّةُ الْخَاصَّةُ مِنَ الْمَلِكِيَّةِ وَ نَحْوَهَا عَلَى مَقْتَضِيَّاتِ الْعُقُودِ الْمَعَامَلِيَّةِ لَمَّا ذَكَرْنَا سَابِقًا فِي مَعْنَى جَعْلِ الْخِيَارِ وَ قَلْنَا أَنَّ مَعْنَاهُ هُوَ تَحْدِيدُ الْمُنْشَأِ وَ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٨

إِنشَاء حِصَّةٍ خَاصَّةٍ مِنَ الْمَلِكِيَّةِ مِثْلًا، بَلْ فِي الْحَقِيقَةِ أَنَّ هَذَا الْقِسْمَ مِنَ الشَّرْطِ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَصْلًا، وَ إِنَّمَا الْمُنْشَأُ هُوَ الْمُنْشَأُ الْمَضْيِقُ مِنَ الْأَوَّلِ فَكَانَ الْمُنْشَأُ لِلْعَقْدِ مَعَ وَجُودِ الشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ قَدْ إِنْشَاء حِصَّةٍ خَاصَّةٍ وَ طَبِيعَةُ مَضْيِقَةٍ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ وَ مِنْ هُنَا لَا نَحْتَاجُ فِي اعْتِبَارِ هَذِهِ الشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ فِي أَيِّ عَقْدٍ كَانَ إِلَى شَمُولِ دَلِيلٍ وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ عَلَيْهَا وَ إِنَّمَا يَكْفِي فِي صِحَّتِهَا، وَ نَفُوذِهَا نَفْسَ عُمُومِ أَدْلَةِ الْمَعَامَلَاتِ مِنْ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ الصَّلْحِ جَائِزٍ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَدْلَةِ حَسَبِ كُلِّ مَعَامَلَةٍ دَلِيلًا خَاصَّةً وَ مَخْصُوصًا بِمَعَامَلَةٍ خَاصَّةٍ كَالصَّلْحِ جَائِزٍ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ عَامَا كَقَوْلِهِ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَ السَّرْفِيُّ ذَلِكَ هُوَ أَنَّ الْمَعَامَلَةَ الْمُنْشَأُ هُوَ مَعَامَلَةٌ مَضْيِقَةٌ وَ الْعَقْدُ الْمَتَحَقِّقُ عَقْدٌ خَاصٌ وَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى الْوَفَاءِ بِهَذَا الْعَقْدِ الْمَضْيِقِ فَيَكُونُ نَفْسُ مَا يَوْجِبُ التَّضْيِيقَ الَّذِي نَسَمِيهِ شَرْطًا ضَمْنِيًّا وَ يَتَرْتَبُ عَلَى مَخَالَفَتِهِ الْخِيَارُ مَشْمُولًا لِعُمُومِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ الَّذِي وَجَدَ فِي الْخَارِجِ وَ شَمَلَهُ هَذَا الْعُمُومُ وَ غَيْرُهُ هُوَ هَذَا الْمَضْيِقُ لَا غَيْرَهُ، فَافْهَمُ.

نَعَمْ، إِنَّمَا يَجْرِي ذَلِكَ فِي الْعُقُودِ الْقَابِلَةِ لِلتَّضْيِيقِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ بِحَيْثُ يَكُونُ الْمُنْشَأُ فِيهَا مَحْدُودًا كَكُونِ الْمَلِكِيَّةِ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارِيِّ مَلِكِيَّةً مَحْدُودَةً، وَ أَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي لَا يَكُونُ قَابِلًا لِلتَّضْيِيقِ فَلَا يَجْرِي فِيهَا مَا ذَكَرْنَاهُ أَعْنَى تَضْيِيقِ الْمُنْشَأِ وَ إِنْشَاءِ الطَّبِيعَةِ الْمَحْدُودَةِ وَ الْمَضْيِقَةِ وَ لَوْ بِمُؤْنَةِ الشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ الْمَأْخُودَةِ فِيهَا بِحَسَبِ ارْتِكَازِ الْعُقْلَاءِ وَ ذَلِكَ كَعَقْدِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الشَّارِعَ قَدْ جَعَلَهُ دَائِمًا أَوْ مَقِيدًا بِأَجَلٍ خَاصٍ فَلَا بَدَّ وَ إِنْ يَنْشَأُ أَمَّا دَوَامًا بِحَيْثُ لَا يَزُولُ بِالْفَسْخِ أَصْلًا إِلَّا فِي مَوَارِدِ خَاصَّةٍ الثَّابِتَةِ بِالنَّصِّ الْخَاصِّ وَ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِالطَّلَاقِ أَوْ مَوْجَلًا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ وَ أَمَّا إِنْشَاءُهُ مَحْدُودًا بِأَجَلٍ غَيْرِ مَعِينٍ كَالْمَلِكِيَّةِ الْمَحْدُودَةِ بِالْخِيَارِ فَلَا، بِحَيْثُ يَكُونُ كُلُّ مَنْ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٣٩

مَخِيرًا فِي فَسْخِ عَقْدِ النِّكَاحِ فِي أَيِّ وَقْتٍ أَرَادَ، فَإِنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ لَمْ يَثْبِتْ فِي الشَّرِيعَةِ مَقِيدًا بِأَجَلٍ غَيْرِ مَعِينٍ، فَحَيْثُ جَرَى فِيهِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ اعْتِبَارِ الشَّرْطِ الضَّمْنِيِّ الْمَوْجِبِ لِتَضْيِيقِ دَائِرَةِ الْمُنْشَأِ وَ أَنَّ الْمُنْشَأَ فِيهَا لَيْسَ إِلَّا حِصَّةً خَاصَّةً فَلَا زَمَّ ذَلِكَ أَنَّ يَكُونَ الْخِيَارُ مَحْدُودًا بِزَمَانٍ غَيْرِ مَعِينٍ أَعْنَى فَسْخِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي أَيِّ وَقْتٍ أَرَادَ وَ قَدْ عَرَفْتَ أَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ وَ بِذَلِكَ حَكَمْنَا بِعَدَمِ جَرِيَانِ الْخِيَارِ فِي النِّكَاحِ

في حاشية العروة من غير احتياج الى التمسك بالإجماع كما زعمه بعض الاعلام، فافهم.

و أما القسم الثاني من الشرط و هو ما يكون معتبرا في العقد بالاشتراط الصريح.

و هذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعية كجميع الشروط السائغة كاشتراط الكتابة و الخياطة و غيرهما من شرط الفعل و النتيجة فإن ذلك صحيح و نافذ و يجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط و يكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط في أصل تعليق العقد بالالتزام بشيء أو في تعليق الالتزام بالعقد بشيء و قد تقدم تفصيله.

و قد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد.

و قد يكون مخالفا للكتاب و السنة و الفارق بينهما أن كل عقد له مقتضى فإذا كان الشرط ينافي ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما إذا باع داره من شخص و اشترط عليه أن يملكها و أجر دابته من غيره و اشترط عليه أن لا تكون منفعتها له، و هكذا فان هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد، فان معناه البيع و لا أبيع، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما إذا اشترط في ضمن البيع أن يكون المبيع بلا- ثمن أو ليس من ذلك، و قد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد إذ البيع بلا- ثمن، لا يعقل، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع و هذا لا يلائم البيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٠

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشتراط قرينه على عدم ارادة البيع من ذلك، بل أريد منه الهبة.

نعم، لو أريد من هذه الجملة معناها اعنى البيع حقيقة كان الشرط، مخالفا لمقتضى العقد، و لكن ليس الأمر كذلك، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع و هذا لا محذور فيه مع القرينة، فإن المجازات كلها كذلك، إذ القرينة فيها منافية لمقتضى اللفظ، كما هو واضح.

و بالجملة هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد، بل القرينة دلت (و هو الاشتراط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقي و انما المراد منه الهبة، نعم يتوقف صحة ذلك على ما تقدم في ألفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الإنشاء أم لا، فان قلنا بالصحة كما ذهب اليه بعضهم، بل ذهبوا الى صحته بالغلط أيضا كان إنشاء الهبة بلفظ البيع مع القرينة المذكورة صحيحا و الا فلا.

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنة و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشتراط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشيء أصلا، بل كان واجب الوفاء و ذلك كبيع شيء و اشتراط أن لا- يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافي شيء أصلا، و انما التنافي من جهة جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم و جوب يتعلق ببيع ما يشتره المشتري من غيره و مع ذلك يشترط البائع على المشتري أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا في جميع موارد مخالفة الشرط للكتاب، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافي بشيء، و انما يطرء على العقد عنوان التنافي إذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤١

يكون منافيا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافى لمقتضى العقد منافية و ناقضة دائما سواء كان هنا حكم شرعى أم لم يكن بخلاف الشرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشرط المخالف لمقتضى العقد لا يجتمع مع ما يكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا، فالاشتباه من جهة عدم التنقيح كما هو واضح.

و ملخص الكلام في المقام أنه ذكروا من جملة الشروط لصحة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا يكون مخالفا

لمقتضى العقد و مثلوا لكل منهما أمثلة و لم يميز ما بينهما، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثلا للشرط الأول و أيضا ذكروا مثلا للشرط الآخر أيضا، حتى أن المحقق الثاني مع مهارته في الفقه (بحيث ذكر المصنف في حقه تارة و بمثل هذا سمي محققا ثانيا و أخرى ذكر أنه بهذا قد ثنى المحقق) تكلم في الشرطين و لم يأت بشيء ثم ذكر أنه لا بد من الرجوع في ذلك الى الفقيه و أنه يتبع رأيه في ذلك مع أنه لا شأن لرأى الفقيه في كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد، و أن أى من الشروط مخالف للكتاب أو أى منهما يخالف مقتضى العقد و انما يرجع الى الفقيه في ما يرجع الى الاحكام من حيث الاستفادة من الأدلة.

و الذى يقتضيه التحقيق في تمييز كل من الشرطين عن الآخر ما أشرنا إليه أنفا و حاصله أن ما يقتضيه العقد سواء كان الاقتضاء بلا واسطة أو مع الواسطة، الأول أن يقتضيه بلا واسطة شىء في البين أصلا كإقتضاء البيع ملكية العين و اقتضاء الإجارة ملكية المنفعة و اقتضاء النكاح الزوجية و هكذا فالعقد بما هو عقد يقتضى الأمور المذكورة من غير أن يحتاج ذلك الى إمضاء الشرع و اعتباره أو إمضاء العقلاء و اعتبارهم.

و بعبارة أخرى أن لكل عقد له مقتضى في نفسه مع قطع النظر عن إمضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم يكن في العالم شرع و شريعة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٢

و لا العقلاء، و تحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح).

الأمر الثاني: أن العقد لا يكون مقتضيا لشيء و لكن يكون موضوعا لحكم من الأحكام الشرعية كجواز النظر إلى المرأة و جواز بيع المبيع بعد شرائه و جواز التصرف في العين المستأجرة و هكذا فإن الأمور المذكورة ليست من مقتضيات العقد ابتداء و لكن من مقتضياته ثانيا، أى هو موضوع لها في نظر الشارع و كل شىء يترتب على العقد أولا و بالذات ثانيا، و بالعرض لا يخلوا عن هذين الأمرين.

و أما الأفعال الخارجية فهي بأجمعها خارجة عن مقتضى العقد لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثاني، فإن وقوع شىء في الخارج و عدم وقوعه فيه مسبب عن سبب تكويني غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضيا له لا ابتداء و لا بالواسطة، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعا لحكم شرعى يكون ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثاني، كأكل مبيع و شربه و نحو ذلك فإن أمثال هذه الافعال ليست من مقتضيات العقد بكلا المعنيين، و لكن موضوعه لحكم الشارع و هو جواز الأكل مثلا و ذلك الحكم من مقتضيات العقد بالمعنى الثاني فإن جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و ألا كان حرام الأكل لكونه مال الغير هذا كله، ما يرجع الى مقتضى العقد.

و أما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنية، فالشرط الضمنى يرجع غالبا اما الى توضيق المنشأ كالملكية و نحوها على اختلاف المنشآت في العقود و ذلك كخيار الغبن و نحوه مما ثبت بالشرط الضمنى لأننا قد ذكرنا فى السابق أن مرجع جعل الخيار هنا الى توضيق دائرة المنشأ و هو الملكية و قد يرجع الى توضيق دائرة الثمن كإقتضائه الى نقد البلد و المصداق الأوضح لذلك ما وقع البيع على شىء بخمسة دنانير، فإنه يحمل فى العراق على الدينار العراقية و ليس للمشتري أن يدعى بعد المعاملة أن المراد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٣

من الدنانير هو الدينار الايرانى فيكون خمس ألف ديناراً منطبقاً على تومان واحد، و هكذا يحمل الثمن على ثمن البلد، فلا بد من إعطائه فى بلد المعاملة و ليس للمشتري أن يدعى إعطائه فى بلد آخر، ففي الحقيقة أن هذا الشرط الضمنى يضيّق دائرة الثمن بحيث لا يكون الثمن غيره حتى لو أعطى المشتري الثمن فى غير هذا البلد و رضى به البائع لا يكون هذا هو الثمن الذى وقع عليه العقد، بل يكون بدلا منه و يصير معاملة أخرى بين الثمن و بين نقد آخر، و هكذا الحال فى المثلين فإذا باع حنطة فى بلد فالشرط الضمنى يوجب حمله على حنطة هذا البلد أو اشترى حنطة من شخص فى مزرعته فمقتضى الشرط الضمنى تحمل على حنطة تلك المزرعة و

يكون المبيع مقيدا بذلك و مضيقا به بمعنى أن المبيع يكون هو الحصّة الخاصّة دون غيرها و لو اعطى البائع من غير ذلك لا يكون ذلك المبيع الذى وقع عليه العقد إذا رضا المشتري به.

نعم، يكون معاملة أخرى بين المثلث و بين حنطة أخرى كما هو واضح و ليس لأحد أن يقول أن المبيع أو الثمن هنا الكلى فلا يكون المعطى من غير نقد البلد أو حنطة البلد إعطاء من غير الثمن و محتاجا إلى مراضاة جديدة لما عرفت من تضيق دائرتهم بالشرط الضمنى و انما قلنا ان الشرط الضمنى يرجع غالبا الى تضيق دائرة أحد الأمور الثلاثة من جهة أنه قد لا يكون الشرط الضمنى موجبا لتضيق دائرة شيء من تلك الأمور ابتداء كأصل تسليم الثمن أو المثلث فان الشرط الضمنى بالنسبة إلى تسليم الثمن أو المثلث موجود و لكن لا يكون موجبا لتضيق دائرة المنشأ أو الثمن أو المثلث ابتداء، بل يوجب الخيار مع التخلف.

ثم ان الشرط الضمنى و ان كان يوجب تضيق دائرة بالنسبة إلى الجهات المذكورة و لكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٤

على الكلى و ان كان كليا مضيقا و لم يقع على الشخص الخاص و مما ذكرناه ظهر ان الشرط الضمنى لا يوجب الّا تضيق الدائرة و جعل المنشأ أو الثمن أو المبيع حصّة خاصّة و هو فى الحقيقة ليس بشرط فكأن البائع من الأول باع حنطة مزرعة خاصّة و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصرحة.

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق و غير مضيق و على هذا فلا يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط عليه، بل يكفى فى مشروعية نفس الأدلة الدالة على صحة العقد، فان العقد قد وقع على شيء خاص و المنشأ انما هو شيء خاص.

فهل يتوهم أحد أنه إذا وقع العقد على مبيع خاص يحتاج كونه خاصا الى دليل الشرط، بل المعاملة الواقعة فى الخارج معاملة خاصّة فتكون بخصوصيتها مشمولة لعموم ما دل على صحة العقد كما هو واضح.

ثم انا و ان ذكرنا أن معنى جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ حتى الخيارات المجعولة الّا أنه لا ينافى بما ذكرناه هنا من كون الشروط الضمنية راجعة إلى تضيق الدائرة و أنها ليست بشروط فى الحقيقة و لا يحتاج اعتبارها إلى أدلة الوفاء بالشرط و الوجه فى عدم التنافى هو ما أشرنا إليه قبيل هذا من أن الشروط المجعولة بحسب جعل المتعاقدين انما هو يوجب إلزام المشروط عليه على الفعل المشروط و فى هذه المرتبة يحتاج إثبات مشروعية هذا الإلزام إلى شمول أدلة وجوب الوفاء بالشرط عليه، ثم مع تخلف المشروط عليه على شرطه يثبت للشارط خيار التخلف شرط و هذا الخيار الثابت بالتخلف و انما يوجب هذا الشرط تضيق دائرة المنشأ فى مرحلة تخلف الشرط لا ابتداء، و الّا فما هو ثابت ابتداء اعنى إلزام المشروط عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنية ابتداء يوجب تضيق الدائرة بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجعولة توجب تضيق دائرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٥

المنشأ بعد تخلف الشرط بلا احتياج الى دليل الشرط فان الاحتياج إليه فى منشأ الخيار و هو الإلزام و أما ثبوت الخيار مع التخلف لا يحتاج الى دليل أصلا، فافهم.

القسم الثانى من الشروط أن يكون شرط فعل بأن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يبيعه من زيد أو يشترط ترك فعل بأن لا يبيعه من شخص و من قبيل شرط الفعل أيضا إذا اشترط اعتبار ملكية مال مخصوص للبائع و قد تقدم هذا فى اشتراط الاعتبار.

و قد ذكر العلامة أنه لو باع العبد و اشترط على المشتري عتقه صح ذلك لبناء العتق على التغليب فكأنه لم يجوز هذا الشرط أى شرط الفعل و بنى فى عتقه على الغلبة مع أن كون بناء العتق على الغلبة لا يجوز غير المشروع، فهل يتوهم أحد صحة عتق عبد الغير لبناء الشارع على الحرية الى غير ذلك من الأمثلة ففى هنا لا يكون هذا الشرط بنفسه مخالفا لمقتضى العقد و لا الكتاب و السنة من حيث

نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجى من حيث الوقوع و عدمه غريب من مقتضى العقد بالكلية فلا يقتضى العقد وقوع فعل فى الخارج و لا- عدمه و كك- لا- يكون مخالفا للكتاب و السنة لعدم كون الفعل الخارجى من حيث نفسه حكما شرعيا لا وجودا و لا عدما، نعم هو موضوع للحكم الشرعى فلا بدّ من ملاحظة الشرط بالنسبة الى هذا الحكم المترتب على الفعل فان كان مخالفا له كان باطلا و الأصح، كما إذا باع حنطة و اشترط على المشتري شرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشترط عليه ترك واجب من الواجبات و أما إذا كان الشرط امرا اعتباريا فقد تقدم الكلام فيه من أنه ان اختيار سببه بيد المتعاقدين كالملكية فى البيع و نحوه يصح و الأ كان أمرا غير اختيار بان يكون فعلا للأجنبى أو كان سببه سببا خاصا فلا يكون ذلك الشرط و عليه فان كان البيع معلقا على الالتزام به بطل لعدم إمكان الالتزام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٦

لغير المقدور و للتعلق و ان كان الزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار، أى خيار التخلف الشرط.

و إذا لم يكن شرط الفعل مخالفا للكتاب و السنة بالمعنى المذكور، صح من هذه الجهة و من جهة عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له مانع آخر كما إذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه إلا إياه فذكر العلامة فى التذكرة أنه مستلزم للدور سيأتى الكلام فيه. و من قبيل شرط الفعل أيضا ما إذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فإنه ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنة، بل هو شرط سائغ فإذا تعلق به غرض الشرط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبة صح و ان اشترط الإرث فلا يصح فمع قطع النظر عن القاعدة فالرواية أيضا يقتضى صحة الشرط و العجب أنهم ذكروا ان اشترط عدم بيعه من زيد صح و إذا اشترط عدم بيعه من أحد فلا يصح و لا ندري أنه أى فرق بين الشرطين.

و العجب من العلامة فإنه (ره) ذكر أن اشترط عدم البيع منافى لمقتضى ملكية فيخالف قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم.

و وجه العجب أن دليل السلطنة لم يثبت حكما إلزاميا من الوجوب أو الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا للكتاب و السنة، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الإنسان مرخصا فى بيع ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الأمر المباح بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنة بوجه و من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا و يشترط على المشتري أن يجعلها وقفا فإنه لا ينافى بالكتاب بوجه فإنه فعل مباح سائغ كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٧

القسم الثالث من الشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أمرا وضعيا كما إذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقة أو يكون بنته زوجة له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضة كما إذا باع داره من عمرو و اشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو أجر دابته منه و اشترط أن تكون المنفعة مملوكة له أو عقد نكاح و اشترط فى ضمن العقد أن لا تكون زوجة له و هكذا فان ذلك كله مناقضة لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر فى حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهة أسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كاشتراط زوجية امرأة فى عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه، و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الأمر الوضعى مخالفا لحكم الشارع كاشتراط أن يكون خمر المشتري ملكا للبائع و هذا أيضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ.

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الآخر من المبيع الذى يشترطان مشاعا أن يكون النفع له و الخسران على الآخر و هذا أيضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مالكة و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم أحدهما على الآخر ضمانه كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فإنه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعة إلا أن يشترط على الآخر لزوم إعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به، و أما الرواية الدالة على جواز شراء الجارية و اشتراط هذا

الشرط في ذلك، فإن أمكن حملها على شرط إعطاء قيمتها مع الخسران فهو، و إلا فلا بدّ من الاقتصار بها في موردها فلا يمكن التعدي عنها الى غيرها لكونها مخالفة للقاعدة كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٨

لا يبقى مورد للشك حتى يحتاج الى التمسك بالأصول، بل قد اتضح أنه كلما يكون شرطا فحكمه معلوم اما بالأماره أو بالأصول، و لكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شيئا يكون ميزا بين كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو للكتاب حتى المحقق الثاني مع مهارته في الفقه.

قوله السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا.

أقول: ذكر الفقهاء أن من جملة شروط صحة الشرط في ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر.

أقول: توضيح الكلام في المقام أن الشرط المأخوذ في العقد قد يكون شرطا ضمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلاني الذي مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثلن مقيدا و حصه خاصه على ما تقدم فإنه حينئذ لا تكون الجهالة في الشرط إلا جهالة في البيع فيكون في الحقيقة الثمن مجهولا أو المثلن كك فيرجع هذا إلى جهالة العوضين، و قد اعتبرنا عدمها في شرائط العوضين، فلا يحتاج اعتبارها في المقام أيضا، إذ قد تقدم أنه ليس في أمثال المقام اشتراط غالبا، بل الثمن أو المثلن مقيد و مضيق بالحصه الخاصه كما إذا قيد البائع أو المشتري العوضين من الأول بحصه خاصه ككون المبيع عبدا كاتباً أو كون الحنطه من مزرعه فلا نيه فهل يتوهم أن هذا القيد اعتبر في المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس كك، بل انما وقع البيع على شيء خاص و على كل مقيد على حصه مخصوصه كما هو واضح.

و على الجملة جهالة مثل هذه الشروط عين جهالة العوضين كما إذا باع منا من حنطه مزرعه مجهوله أو على ثمن مجهول فلا شبهة في خروج هذا القسم عن محط الكلام، و الظاهر أنه لا يتوهم أحد كونه داخلا في المقام و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٤٩

انما نذكره توضيهاً للأقسام، فافهم.

الثاني: أن يكون الخيار المعتبر في العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشترط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتباً مع أنه لا يعلم كونه كاتباً أو غير كاتب، ففي هذه الصورة و ان كان الخيار مجهولا و لكن هذه الجهالة في الخيار لا يوجب غررية العقد، لكي يحكم بطلانه فان الغرر على ما تقدم في محله هو الخطر، و من الواضح أنه أي خطر يتوجه على المشتري من تلك الجهالة إذ لو كان العبد كاتباً في الواقع و تسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و إلا يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يبقيه على حاله و يرضى بالعبد غير الكاتب، نعم لو الزم على قبول العبد بدون الكتابة و لم يكن له الخيار في ذلك كان له ضرر مالي و يكون البيع غرريا و خطريا و قد عرفت أن الأمر ليس كك.

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر شرطا في العقد و يكون ذلك الشرط مجهولا كما إذا باع حنطه من شخص و اشترط على المشتري كونها من مزرعه يعلمها البائع مثلا فهذه الجهالة تسرى إلى الجهالة في نفس المبيع فيكون مجهولا في نفسه فيكون البيع باطلا من جهة جهالة نفس المبيع لا من جهة جهالة الشرط.

الرابع: أن يشترط في ضمن العقد الفعل بان يشترط البائع على المشتري، أو العكس، أن يخطط له ثوبا و لم يذكر أن الثوب أي شيء، فإنه لا شبهة في كون البيع غرريا ح لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصا فتكون أجرته خمسين فلسا و قد يكون جبه فتكون أجرته

دينارا فح يكون البيع غرريا لأنه لا يعلم المشروط عليه أن المال الذي وصل إليه في مقابل المبيع أو العوض يساوى بما إعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولا فإن الشرط و مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٠ ان لم يكن في مقابله شيء و لكن لا شبهة في كونه دخيلا في زيادة الثمن أو المثمن فان ما يعطى من الثمن بدون الشرط لا يعطى معه فتكون هذه المعاملة خطيرة و غررية.

الخامس: أن يشترط شرط النتيجة بأن يشترط أحدهما على الآخر في البيع كون ما بيده من الأموال له و لم يعلم أنها أى مقدار، فإنها أيضا يوجب غررية المعاملة فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر في نفس البيع و لا يفرق في ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهى عن بيع الغررى و بين أن يكون النهى عن مطلق الغرر، كما هو واضح.

قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال.

أقول: ذكر العلامة رحمه الله أنه لو شرط في البيع أن يبيعه من البائع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع. أقول: الذى ذكره العلامة لا- بأس به من حيث الكبرى و لكن لم نجد له صغرى فى المقام و بيان ذلك أنه ان أراد من كلامه هذا الشرط الفلسفى فهو صحيح من حيث الكبرى، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعلو و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علته و توقف العلة على المعلول باعتبار الشروط المعتمدة فيه، و لكن الأمر ليس كذلك هنا فان الشرط ليس من قيود علو الملكية و سببه، بل سبب الملكية فى البيع مثلا هو العقد و الشرط، انما هو شرط اللزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامة هذا المعنى فهو لا يرتب بالمقام و ان كان شيئا آخر فلا ندرى ما أراد على أنه أى فرق بين اشتراط بيعه من البائع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فى كلا الموردين، و ألا فلا و مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥١ و ما ذكره من الفارق غير تام.

نعم، ذكر صاحب الحدائق هذا الشرط و استدلل عليه بروايتين فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسيئة، بل صرح فى التذكرة بجواز اشتراط أن يقف المشتري المتاع على البائع و على عقبه فأى فرق بين هذا و سابقه أى اشتراط بيعه على البائع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك لله على كذا، ان كان كذا، و الانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامة و ان كانت الكبرى صحيحة كما هو واضح، نعم، لو كان الشرط راجعا الى كون المبيع للبائع بهذا البيع بحيث يكون الإيجاب قبولاً- لبيع المشتري المبيع المأخوذ من البائع له و يكون قبول المشتري بيع البائع إيجابا للبيع الثانى لزم ما ذكر و مع شرط النتيجة ان كان قصدهما كون المبيع له فعلا- يكون بيع ما ليس عنده و ان كان المراد كون المبيع له بعدا لزم التعليق فهو باطل بالإجماع، و لكنه أجنبي عن صورة الاشتراط المذكور كما عرفت فان الشرط المذكور لا بأس به أصلا، و دعوى الإجماع على هذا الاشتراط باطل جدا فان هذا من العلامة و من بعده فكيف يمكن دعوى الإجماع فيه.

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد.

أقول: ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم أن من جملة الشروط لصحة الشرط فى ضمن العقد أن يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد و ألا فلا يكون واجب الوفاء.

و تحقيق ذلك أن الشروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشروط الضمنية كانشراف العقد الى كون النقد بلديا و كون التسليم

فى بلد البيع و هكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا يكون اعتباره محتاجا الى الذكر، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٢

لم يذكر كما هو واضح، و هذا القسم من الشروط خارج عن محلّ الكلام جزما فإنها و ان لم تذكر فى ضمن العقد و لكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها، و يجب الوفاء بها بنفس الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد كما تقدم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج إلى أدلة و وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد تصريحاً و تفصيلاً، و لكن لا يذكر فى العقد إلا بنحو الإشارة كقول البائع بعتك المتاع الفلانى بدينار على ما علم فيقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهة فى ارتباط العقد بالمشروط الذى شرطه قبل العقد كما هو واضح.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد، و لكن يكون مغفولاً عنه عند العقد فلا يذكر فى ضمنه نسياناً و غفلةً و هذا أيضا خارج عن محل الكلام جزما لكونه غير مربوطاً بالعقد.

و قد يذكر الشرط قبل العقد و لم يذكر فى ضمنه و لكن يقع العقد بانيا عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيدا بذلك الشرط، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط أو لا فهذا هو محل الكلام فى المقام و هل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟ و على تقدير فساد هل هو مفسد للعقد أو لا؟

أما الكلام فى الجهة الثانية فسيأتى إنشاء الله.

و انما الكلام فعلا فى الجهة الأولى فذكر المصنف أن العقد إذا وقع توأطئهما على الشرط كان قيذا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشروط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضى وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بان الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين التوأنهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٣

أقول: يرد عليه أولا أنه لا يصح ما ذكره المصنف فى المقيس حيث انا ذكرنا مرارا أن الشرط لا يقابل بالمال و إلا لكان اللازم و وجوب رد جزء من الثمن أو المثلن مع مخالفة الشرط، بل مرجع الشرط فى العقد ليس إلا تعليق نفس العقد عليه، مع حصول المعلق عليه، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فيترتب على مخالفته الخيار، و أما كون الشرط مقابلا- بجزء من الثمن أو المثلن فلا و على تقدير كون الشرط كالجزم من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه، بل نقول بكفاية البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخلا فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح، فإنه يكفى إيقاع العقد بانيا على الثمن و المثلن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع إلى الإبراز أيضا، كما يحتاج أصل البيع إلى الإبراز، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع إلى صحة الشرط الذى وقع العقد مبنيًا عليه.

ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان: الأول: الإجماع على بطلانه لكونه بمنزلة الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلم تحقق الإجماع التعبدى على ذلك إلا من جهة أن الشرط كنفس العقد يحتاج إلى الإبراز و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الأستاذ من الوجه الثانى الاتى.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الشرط كسائر أركان البيع من الثمن و المثلن محتاج إلى الإبراز و الإظهار فكما أن إيقاع البيع مبنيًا على كون الشىء الفلانى ثمنًا أو مثلنا لا يكفى فى صحة العقد و كذلك إيقاعه مبنيًا على الشرط الذى سبق ذكره أيضا، لا يكفى، بل يحتاج صحة ذلك الشرط، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلا، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنية حيث ان الشروط الضمنية بسبب تعهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصدها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٤

المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ ابداً بدهاً أن تباين المتكلم والمخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة و صيرورة اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة كما هو واضح.

و على الجملة البناء على الشرط في إنشاء العقد لا- يكفي في إنشائه، بل لا بدّ من تعليق الإنشاء بنفس الشرط، بحيث ينشأ الشرط مستقلاً كما ينشأ العقد كما هو واضح.

أقول: قد تقدم أن الشرط في العقود بمعنى الربط و الإناطة، فهو يرجع الى أمرين: أحدهما: تعليق نفس العقد به و هذا فيما إذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فإنه يرتبط العقد به و لا يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه و هو الالتزام، و ح إذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار، و لا شبهة أن اشتراط أن يكون هذا النحو من الإناطة محتاجاً إلى الإبراز فاسد، و لا دليل عليه و لا وجه لقياسه بنفس العقد، من جهة أنه محتاج إلى الإظهار و الإبراز فبدونه لا يحصل العقد في الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق، فإنه ليس اسماً للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مراراً و حققناه في علم الأصول، و هذا بخلاف الشرط، فإنه اسم للإناطة كما عرفت، و هو يتحقق و ان لم يبرز في الخارج بل يكفي فيه العلم بتحقيقه كما في صورة إيقاع العقد بانبا عليه، كما ان الأمر كك في نفس الثمن و المثمن أيضاً فإنه لا يحتاج اعتباره في البيع إلى إبراز أصلاً، و ان كان البيع عبارة عن مبادلة مال بمال، فإنه يكفي في اعتبار ذلك مجرد علم المتبايعين بالثمن و المثمن مع إنشاء أصل البيع بمثل بعت و نحوه فقط خالياً عن ذكر الثمن و المثمن لعدم الدليل على اعتبار الإبراز فيهما أيضاً.

الثاني: من معنى الشرط في العقود أن يكون الالتزام معلقاً عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٥

بحيث ان العقد انما وقع مطلقاً و لكن كونه لازماً مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما في اشتراط الأوصاف الخارجية و نحوها و قد ذكرنا في محله سابقاً أنه لا- معنى للالتزام بالأوصاف الا تعليق البيع بها أى بيع على تقدير وجود الصفة الخاصة للمبيع و لا- شبهة في بطلانه فيكون خارجاً عن صورة الاشتراط لكون المتفاهم من الاشتراط هو القسم الصحيح أو يكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، و هذا لا شبهة في صحته، فيكون المراد من الاشتراط هو هذه الصورة و لا ريب أن هذه الصورة أيضاً لا يحتاج الى الذكر، فإن الإناطة التي هي معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و إيقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى.

و إذا فلا محذور في التمسك لإثبات صحة البيع الذي وقع بانبا على القصد السابق بأحل الله البيع و نحوه و مشروعياً الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم، كما لا يخفى، فافهم.

نعم بناء على مسلم شيخنا الأستاذ في الشرط من أنه التزام آخر في ضمن التزام يحتاج إلى إنشاء آخر، أى كما يحتاج العقد إلى إنشاء و كك الشرط فيحتاج إلى إنشاء آخر.

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عبارة عن الربط فقط فيكفي في ربط العقد به، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء، لا نقول بان الشرط يحتاج إلى الإبراز و العلم به، بل يكفي فيه مجرد الذكر السابق، بل نقول أنه يكفي في إبراز الشرط وجود القرينة على اناطة العقد المنشأ به و ان لم يبرز بمرز، و هذا بخلاف العقد فإنه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلاً كما أن الإبراز المجرد عن القصد لا يصدق عليه البيع أصلاً و قد تقدم ذلك في أول البيع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٦

نعم إذا ذكر الشرط سابقاً و لكن نسياً ذلك عند العقد و لم يقصدوا وقوع العقد على الشرط المذكور سابقاً لا يكون العقد مربوطاً به كما هو واضح، و لكن الأمر ليس كك في إيقاع العقد بانبا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح.

قوله: و قد يتوهم هنا شرط تاسع.

أقول: ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثاني قدس سرّه أن من جملة الشروط لصحة الشروط المعترية في العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا في سنده أمران:

الأول: أن التعليق في الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعثك بشرط أن تخطب ثوبى، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقدير مجيء زيد و على تقدير عدمه لا- يبيعه و من الواضح أن التعليق في العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه إلا في موارد خاصة.

الوجه الثاني: أن الشرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمينين على تقديرين، فان بيع الدار بدينار بشرط خياطة ثوب البائع على تقدير مجيء زيد، انما يقع بالدينار المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و عليه و على خياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمينين على تقديرين.

و الذى ينبغى أن يقال أن التعليق الذى يوجب بطلان العقد على قسمين:

الأول: أن يكون العقد معلقا على أمر متأخر كما إذا كان الإنشاء حاليا و المنشأ أمرا استقباليا بان يحصل فى الاستقبال، و قد وقع نظيره فى باب الوصية و التدبير، بل نظائره كثيرة فى العرف، و قد تسالم الفقهاء رضوان الله عليهم بكونه مبطلا للعقد، إلا فى موردين: أحدهما الوصية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٧

و الثانى: التدبير، و ان لم يكن فى الالتزام به محذورا عقلى و قد تقدم تفصيل ذلك فى باب التعليق فى العقود.

القسم الثانى: ان يكون التعليق على أمر حالى، و لكن لا- يعلم بكونه حاصلًا أو غير حاصل، كأن يقول بعثك المتاع الفلانى ان جاء زيد و الفرض أنه جاء و لكن لا- يدري المتعاملان بمجيئه و هذا أيضا مبطل للعقد، فالتعليق الذى يوجب البطلان انما هو هذين القسمين.

و أما التعليق فى الشرط فهل يكون من قبيل هذا القسمين المذكورين ليوجب بطلان العقد أو لا يكون كك، لكى لا يكون موجبا لبطلانه؟ فنقول:

قد عرفت فيما سبق أن للشرط فى العقد معيان- الأول: أن يكون العقد معلقا على التزام المشروط عليه بأن يبيع متاعه من زيد على تقدير التزامه بفعل اختيارى له، و ألا فلا يبيع، و قد عرفت أنه لا شبهة فى صحته مع حصول الالتزام بالفعل، و على تقدير عدم الالتزام، يبطل البيع للتعليق أولا و عدم الشرط ثانيا، و قد عرفت أيضا أنه مع عدم كون متعلق الالتزام أمرا اختياريا لا يحصل نفس الالتزام أيضا لاستحالة الالتزام بأمر ممتنع، كما هو واضح.

ثم انه يثبت الخيار للمشروط عليه على تقدير عدم العمل بطبق التزامه و اما البطلان فلا لحصول الالتزام حين العقد.

المعنى الثانى: للشرط فى ضمن العقد أن يكون الالتزام العقدى معلقا على وصف أو فعل و ليس معنى تعليق الالتزام بذلك إلا ثبوت الخيار للشارط على تقدير التخلف فيكون المنشأ محدودا.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا باع أحد متاعه معلقا على التزام المشتري (على ما هو المعنى الأول للشرط) بأمر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهة فى بطلان البيع ح للتعليق بدهاه استحالة تحقق الالتزام بأمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٨

مستحيل كما هو واضح. و لا يخفى أن ما ذكرناه من تفسير الشرط و تعليق الالتزام عليه أو ما نذكره الآن من المرتكزات العرفية و كلامنا شرح للمرتكزات.

و أما على المعنى الثانى للشرط فإذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و فى الحقيقة أن البائع قد أنشأ شيئا أحدهما: أصل العقد، و الثانى: التزامه به على تقدير حصول ما علق عليه التزامه من الكتابة للعبد و نحوها، بحيث يكون له الخيار مع التخلف كما عرفت ثم إذا كان توقف الالتزام على الشرط المنجز فلا- كلام لنا فيه، و ان كان تعليق اللزوم به الشرط المعلق كان ذلك على أنحاء، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر فى ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخطى لى ثوبا ان جاء زيد فى رأس السنة فان ما علق به الشرط و هو الخياطة أمر استقبالى و هو مجيء زيد فى رأس السنة، و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالى حاصل بالفعل، و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا العبد على أن تخطى لى ثوبا ان كان العبد كاتباً و كان كاتباً فى الواقع، فان ما علق به الشرط و ان كان حاصلًا و هو الكتابة و لكن حيث لا يدريان به المتبايعين فيكون الشرط معلقاً فى الظاهر دون الواقع، و قد يجتمع هنا كلا الأمرين كما فى البيع الخيارى بأن باع كتاباً و جعل فيه الخيار فى رأس الشهر الآتى على تقدير رد الثمن فان معلق عليه الخيار أمر متأخر و هو مقيد برد الثمن فهو مجهول إذ لا يعلم ان المشروط عليه يرد الثمن أو لا يرد الثمن فهو مجهول فقد أجمع الأئمة الثانى من تعليق الشرط أن يكون الالتزام مشروطاً بشرط كأن يقول بعتك المتاع الفلانى على تقدير التزامك بالخياطة ان جاء زيد فهل هذا يرجع الى التعليق فى العقد بدعوى أن الخياطة معلق بمجيء زيد فيكون الالتزام معلقاً لكونه متعلقاً بالخياطة و يكون العقد معلقاً فيبطل العقد للتعليق.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٥٩

و فيه أن نظير ذلك قد وقع فى الواجب المعلق و المشروط حيث ان من حكم باستحالة الواجب المعلق لكونه مستلزماً لانفكاك الإنشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، و قد بسطنا الكلام فى إمكانه فى محله و فى المقام لا محذور أن يكون المقيد بالشرط هو الخياطة و يكون بمنزلة المنشأ الذى يتأخر زمانه فى الواجب المعلق و يكون الالتزام مطلقاً و فعلياً و محققاً عند تحقق العقد، و يكون ذلك بمنزلة الوجوب و الإنشاء فى الواجب المعلق الذى قلنا ان الوجوب حالى و الواجب استقبالى فلا- يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق فى العقد، و كك الحال فى الإجارة أيضاً كما إذا آجر الدار من شخص و يشترط المستأجر على الموجر ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه قد التزم بالفعل و لا شبهة أن متعلق مشروط و مشكوك الحصول و الالتزام فعلى و الملتزم به أمر استقبالى مشكوك.

الكلام فى حكم الشرط الصحيح

قوله: مسألة فى حكم الشرط الصحيح.

أقول: قد أشرنا فيما تقدم الى أن الكلام فى حكم الشروط يقع فى جهتين:- الأولى: فى حكم الشرط الصحيح.

و الثانية: فى حكم الشرط الفاسد، أما الكلام فى الجهة:- الأولى: فقد عرفت أن الشرط على ثلاثة أقسام:- الأول: شرط الفعل، بان يشترط أحد المتعاملين على الآخر إيجاد فعل أو تركه على ما تقدم تفصيله.

و القسم الثانى: هو شرط الصفة بأن يشترط المشتري على البائع كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٠

العبد كاتباً أو كون الحنطة أبيض أو أصفر أو كون التمر اسود و غير ذلك من الأوصاف أو ما هو فى حكم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجة عن اختيار المشروط عليه، و قد عرفت فيما سبق أنه لا معنى لاشتراط الأوصاف و التزام المشروط عليه بذلك اما لتعليق العقد عليها بأن يبيع على تقدير تحقق هذا الوصف، فلا شبهة أن هذا تعليق موجب لبطلان العقد بالإجماع أو مرجع ذلك الى جعل الخيار على تقدير تخلف الوصف و قد عرفت سابقاً أن هذا هو المتعين إذ لم يشك أحد فى صحة هذا الشرط، فلو كان هنا

تعليق لكان باطلا و نفس بنائهم على صحة هذا الشرط قرينه على عدم إرادة الصورة الأولى.

القسم الثالث: من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد، و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتبارى فى العقد، و ذلك كاشتراط أن يكون بنت المشتري زوجة للبائع أو بالعكس بأن اشترط المشتري على البائع ذلك أو اشترط انعقاد عبد فلانى للمشتري أو يكون المزرعة الفلانية ملكا له أو غير ذلك من الماهيات الاعتبارية و قد عرفت حكم هذا القسم أيضا فيما سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتبارى ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و سببه أيضا اختياريا له أى له أن يوجد هذا الأمر الاعتبارى بأى سبب أراد يوجد ذلك بمجرد تحقق العقد الذى اشترط ذلك فيه، و ذلك كالملكية مثلا فان سبب هذه الماهية الاعتبارية انما هو تحت يد المعبر، فإنه بأى نحو ابرز هذه المعبر تحقق فى الخارج و ينشأ كما هو واضح.

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتبارى تحت اختيار المعبر أو لا- يكون سببه تحت يده، بل كان له سبب خاص فإنه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجة و الطلاق و العبودية و الانعقاد، و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦١

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما هو واضح.

ثم انه هل يمكن استفادة حكم هذه الأقسام الثلاثة كلها من دليل الوفاء بالشرط و أن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الأقسام الثلاثة أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، و أن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفى و هو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، و الظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الأقسام المتقدمة و لا يختص بالفعل و أن المستفاد من ذلك الحكم التكليفى و الوضعى كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجة تحته و يجب المضى فى جميع ذلك بمقتضى الشرط و الوجه فى ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (ع) فى الروايات المستفيضة المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شروطهم كقولهم (ع): (المؤمنون عند عدته) و أن الشرط لازم له و لا ينفك عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الإسلام موضوعا للحكم، فإنه يرشد الى الايمان و عدم انفكاك الشرط عنه الذى التزم به لا- ينفكان و انهما متلازمان، و الشرط لازم له و لا- يصق به و يعبر عن ذلك بالفارسية بكلمة (جسيدين) كان الشرط لصق به و ضمّه و لا شبهة أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشرط أما القسم الأول و هو شرط الفعل فواضح، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به و قد اثبت المشروط عليه ذلك فى ذمته و هو عنده و لا ينفك عنه و لا يجوز له التخلف عن ذلك الفعل.

و أما القسم الثانى و هو شرط الصفة فقد عرفت أن مرجع ذلك الى جعل الخيار و أن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار و يكون الالتزام بالعقد مربوطا به بحسب التزام المشروط عليه، و أنه لازم الوفاء و أن مقتضى كون المؤمن عند شرطه هو أن يكون الخيار ثابتا على المشروط عليه على تقدير التخلف، لأنه اشترط على نفسه الخيار إذا تخلف للوصف فلا بدّ و أن يكون عند شرطه و مقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط و كونه مسلطا على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٢

فسخ العقد و إمضائه و هذا أيضا واضح.

اما القسم الثالث و هو شرط حصول أمر فى العقد فهو أيضا شرط فى العقد، و العقد مربوط به و مقتضى اشتراط المتعاقدين ذلك هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ و ماض و لا ينفك و لا يتخلف و هذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف.

و على الجملة مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و ان شروطهم نافذ، و إذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الأقسام المذكورة من الشرط نافذ فإنه لا شبهة فى صدق الشرط عليها كلها و ارتباط العقد بها و إذا كان شرطا حقيقة و قلنا أن شرط المؤمن نافذ فلا بدّ من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلك، كما لا يخفى. فافهم.

و يؤيد كون المؤمنون دالا- على الحكم التكليفي و الوضعي معا تطبيق الامام عليه السلام ذلك، أى المؤمنون عند شروطهم تارة بالحكم التكليفي و أخرى بالحكم الوضعي، أما الأول ما تقدم من الرواية أن أحدا تزوج امرأة و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها امرأة، فقال الامام عليه السلام: بئس ما صنع، فما يدري ما يخطر بباله من الليل و النهار و إذا اشترط فليفي بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم.

و أما الثاني: ما دل على جواز إعطاء الابن مال كتابة الأمة المكاتبه التي هي مزوجه لأبيه و اشترط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حرة لأنه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضعاً و طبق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط أعم من التكليفي و الوضعي كما هو واضح. ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٣

بشرط الفعل و عدم شموله لشرط الصفه و النتيجة لأن ذلك يتضمن حكماً تكليفياً فلا بد من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء في النذر و العهد، كما هو واضح، و هل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا؟ فذكر السيد و شيخنا الأستاذ إشكالا على الشيخ بأنه إذا خصصتهم ذلك بشرط الفعل و قلم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفي فأى دليل لكم على القسمين الآخرين.

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج في إثبات نفوذ الشرط في القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهة أنا ذكرنا سابقاً أن معنى جعل الخيار عبارة عن تحديد الملكية المنشئة و جعل المنشئة قسماً خاصاً، و لا شبهة أن اشترط الوصف في العقد الذي مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضييق دائرة المنشأ فيكون المنشأ هي الحصه الخاصة، و كك المنشأ في القسم الثالث حيث ان اشترط العقد بكون الشئ الفلاني حاصلًا بذلك العقد أيضاً، الذي هو شرط النتيجة يوجب تضييق دائرة المنشأ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط و الارتباط، و إذا كان العقد مربوطاً بشئ يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقاً و عليه فالمتبايعان من الأول قد أنشأ ملكية خاصة و ملكية محدودة و يكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود هو هذه الحصه الخاصة لازمة الوفاء، فإذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا، فيكون الشرط الذي يوجب تضييق الدائرة أيضاً واجب الوفاء كما هو واضح، فلا نحتاج مع ذلك الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لإثبات كون الشرط في القسم الأول و الثاني أيضاً نافذاً وضعاً كما لا يخفى.

ثم انه إذا اشترط أحدهما في ضمن العقد على الآخر أمراً اعتبارياً على نحو شرط النتيجة و كان ذلك الأمر الاعتباري جائزاً في طبعه كالوكالة فهل يكون لازماً باشرطه في ضمن العقد أو لا؟ يكون كك، بل يكون جائزاً كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٤

كان كك، إذا تحقق في نفسه خالياً عن اشترطه في ضمن عقد من العقود و لم تر من تعرض لذلك إلا السيد في حاشيته، حيث انه ذكر هذا و حكم بكونه لازماً من جهة أن المستفاد من القرائن الخارجية القطعية أن اعراض الشارط كون المشروط عليه و كيلاً من قبل الشارط ليس هو الوكالة حدوداً و ابتداءً بحيث يكون المشروط عليه و كيلاً له بعد العقد حدوداً فقط لا مستمراً، بل غرضه هو الوكالة المستمرة كما هو واضح.

و فيه ليس لنا كلام في كون الوكالة المشروطة في ضمن العقد مستمرة أو غير مستمرة، بل هي مستمرة بلا ريب، و انما الكلام في أن هذه الوكالة المستمرة جائزة كالوكالة في عقد الوكالة أو غير جائزة، بل هي لازمة كما هو واضح فما ذكره السيد رحمه الله عليه خارج عن محل الكلام، كما لا يخفى و الظاهر أنها لازمة.

و الوجه في ذلك هو أن دليل الوفاء بالشرط انما دل على أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمة عليه و لاصق به و منضم اليه بحيث لو أراد أن لا يفي بشرطه و يفكه عن نفسه لا يمكن و هذا عبارة أخرى عن لزوم الشرط فالوكالة و ان كانت جائزة بحسب طبعها و لكن حيث اشترط ذلك في ضمن العقد اللازم فمقتضى دليل الوفاء بالشرط هو كونها لازمة و غير جائزة و أن الوكالة الحاصلة بعنوان

شرط النتيجة لا تنحل بالفسخ، بل المأخوذ في موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الايمان و الإسلام و هما يقتضيان اللزوم بحيث أن يكون هنا شيء لم يكن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز في الوكالة كانت قبل الشرط على أنا ذكرنا من انه يكفي في لزوم الشرط نفس دليل الوفاء بالعقد و لا- نحتاج بعد ذلك الى ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط، و ذلك لأن الاشتراط يوجب تضيق دائرة المنشأ و كونه حصه خاصة و لا شبهة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بهذا الحصه الخاصة كما لا يخفى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٥

فكما أن العقد يكون لازما بالاشتراط و جميع ما يكون من قيوده و حدوده أيضا يكون لازما بذلك كما هو واضح لا يخفى، فافهم. نعم إذا اشترط على الآخر أن يوكل شخصا آخر في ذلك فإنها يكون جائزة و هذا بخلاف اشتراط كونه و كيلا هذا ما يرجع الى شرط أمر اعتباري بعنوان شرط النتيجة.

و اما شرط الفعل فقد تقدم الكلام في بعض الجهات الراجعة اليه و من جملتها هي أن مقتضى المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط، لكونه دالا على الحكم التكليفي فلا يتعلق الّا بالفعل كتعلق النذر به أو يعم بقيه الأقسام فقد عرفت أن المصنف رحمه الله عليه ذكر كونه وجوب الوفاء بالنذر بحيث لا- يتعلق الّا بالفعل و أما بقيه الأقسام فليست مشموله لذلك و لكن قد عرفت أن الأمر على خلاف ذلك، و أن مفاد دليل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلك.

ثم انه خالف الشهيد رحمه الله في كون دليل الوفاء بالشرط دالا على الحكم التكليفي أعنى وجوب الوفاء بالشرط، بل ذكر أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائدة الشرط هو جعل العقد عرضه للزوال و لكنه واضح الدفع حيث عرفت أن الظاهر من قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم كقولهم (ع) المؤمن عند عدته حيث يستفاد من أمثال ذلك وجوب الوفاء بالشرط و الوعد على أن غرض الشارط هو أن يلزم المشروط عليه بحسب شرطه لا مجرد جعل العقد جائزا و عرضه للزوال، بل قد عرفت أن المأخوذ في موضوع الوفاء بالشرط هو الايمان و أن الوفاء به من علامته و هو يقتضى أن يكون المشروط عليه ملزما بالوفاء و يجب عليه الوفاء بالعقد خصوصا يتضح أن الحديث يدل على وجوب الوفاء تكليفا بملاحظة رواية منصور المتقدمة حيث دلت على أنه إذا اشترط ذلك فليف بشرطه و طبق عليه الامام عليه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٦

السلام المؤمنون عند شروطهم.

و من جملة الجهات للبحث هنا هو ان مقتضى دليل الوفاء بالشرط ما ذكره المصنف رحمه الله حيث قال: ان للمشروط له إجبار المشروط عليه من جهة أنه التزم بالعمل له فله إجباره من جهة التزامه العمل للمشروط له و هذا لا من جهة جواز الأمر بالمعروف، بل من جهة ثبوت حق له عليه بالتزام عليه بالشرط حيث انه التزم له فله المطالبة بذلك فما افاده (قده) متين و يؤيده ما في بعض الاخبار من قوله عليه السلام فليتم المرأة شرطها، حيث عبر باللام و قال للمرأة الظاهر في كونه حقا لها و عليه فللمشترى أو للبائع أن يطالب المشروط عليه لشرطه مضافا الى السيرة العقلية، فإن العقلاء يرونه حقا على المشروط عليه، و يطالبون به في المحاكم العرفية ثم انه ره استدلال على ذلك بوجه آخر و ملخصه ان الشرط ملك للمشروط له، و له أن يطالب بمملوكه و أن الشرط كأحد العوضين فكما أن أجزاء العوضين، لا بد من تسليمهما الى مالكيهما و كذا الشرط لأنه كالجزة، لا بد من تسليمه الى مالكة و هذا لا يمكن المساعدة عليه و ذلك لما قدمنا من أن الشرط لا- يوجب اشتغال ذمة المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما في العوضين، فإنه لم يثبت كون الشرط كذلك، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه، و هو حق ثابت للمشروط له، و أما الملكية فلا، كما لا يخفى.

و المتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبة المشروط عليه بالشرط و إجباره عليه، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلالة الرواية المتقدمة، و ثبوت السيرة العقلية و أقوى من الكل ان له إسقاطه و هو يؤيد كون وجوب الوفاء حقا لأنه القابل للإسقاط.

و يمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع بإسقاطه من جهة احتمال أنه مشروطا بعدم رفع يد المشروط له منه و هذا أمر ممكن بحسب مقام

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٧

الثبوت ألّا أنه يحتاج الى دليل في مقام الإثبات، هل الحكم، الحكم التكليفي فقط؟ كوجوب الوفاء بالنذر، فإنه لا يجب للمنذور له، بل لا يجوز مطالبة المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئا أصلا، ألّا من باب الأمر بالمعروف يجوز المطالبة و هو لا يختص بالمنذور و المشروط له، بل هو وظيفة كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعي أيضا بحيث يكون هنا وجوب حقي يجوز للمشروط أن يطالبه من الشارط، بمعنى أن هنا حقا للشارط على المشروط عليه بحسب الاشتراط بحيث للشارط إجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشتراط، و ربما يفصل بين الشرط الراجع إلى مصلحة أحد المتعاقدين كخياطة الثوب و نحوها و بين ما لا يرجع الى مصلحتها كاشتراط كنس المسجد فالتزم بجواز الإجماع في الأول دون الثاني كما ربما يفصل بين شرط الذي كالمتعلقات للعقد نظير اشتراط رهن المبيع عند البائع لعدم اطمينانه للمشتري حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الأجنبي نظير الخياطة و نحوها ففي الأول يصح الإجماع لأنه من متعلقات العقد، و العمل به كالعامل بالعقد لازم دون الثاني فقد اختار المصنف الوجه الثاني لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو ألّا كتسليم العوضين، فان المشروط له، له حق بحسب الاشتراط على المشروط عليه و لذا له أن يجبره على الوفاء و سيأتي في البحث الاتي أن الإجماع في عرض كون الشارط مختيرا بين الفسخ و الإمضاء لا أنه ليس بالإجماع أصلا كما زعمه بعضهم.

نعم، أن الشارط لا يملك شيئا بحسب الاشتراط كما في كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط إذ ليس هنا مملوك و ألّا فلا بد و أن يكون من جملة الإرث على تقدير موت الشارط و ليس ككك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكا للشارط، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالإسقاط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٨

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرد الحكم التكليفي لم يسقط بالإسقاط، كما هو واضح.

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الدالة على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشرط مجرد التكليف المحض، بل هنا شيء آخر للشارط على المشروط عليه متين و لكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الإرث و نحوه على ذلك، و انما هو حق من الحقوق، و لا شبهة في دلالة الروايات المتقدمة على ذلك و يضاف على ذلك قيام السيرة القطعية على ذلك و أن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرد إثبات الحكم التكليفي عليه، بل غرضه أن يجعله ملزما بهذا الشرط بحيث يجبره على ذلك في المحاكم المختصة على تقدير أداءه، بل ربما يلتفت الشارط بالحكم التكليف أصلا.

و على الجملة فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط و غرض المتبايعين أيضا هو ذلك، فان الشارط غرضه إثبات حق على المشروط عليه و إلزامه إعطاء ذلك الحق و سيأتي أن الإجماع على الوفاء بالشرط في عرض الخيار، و الفسخ لا في طوله و يدل على ذلك كله أن للمشروط له إسقاط ذلك، فإنه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الإسقاط فمن قبوله الإسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق، كما هو واضح.

و ما عن صاحب جامع المقاصد من توجيه عدم الإجماع بأن له طريقا الى التخلص بالفسخ ضعيف في الغاية بدهاء أن من جعل لنفسه الخيار انما غرضه هو الفسخ بعد تعذر أخذ ما شرط عليه اما لعدم تمكنه أو لعدم تسلط الشارط على المشروط عليه لشقاوته و أما مع إمكان إجباره و لو بالشكاية الى المحاكم المختصة فيجبره عليه إذ لو لم يكن للشارط حق الإجماع لتضرر في معاملته غالبا، فإنه لو اشترى أحد شيئا مع الشرط على البائع و ترقى قيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٦٩

ذلك الشيء أضعاف قيمته الاولى فليس للمشروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط أفسخ المعاملة، بل يجبره الشارط على

الوفاء، ألا أن يريد الفسخ على طبق ميله، وليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفى الضرر، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعدم جواز الإيجاب إن نتيجة ذلك هو تضرر الشارط كثيرا و هو على خلاف الارتكازات العقلانية و بنائهم فإنه ليس من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرط أو مضى مدة ثم يقول المشروط عليه ليس لك ألا فسخ العقد.

و على الجملة ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشارط عن المعاملة و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصرا بالإيجاب بالفسخ، بل غرض الشارط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر و لو كانت الأغراض شخصية فلا وجه للقول بأن له وجهها الى التخلص.

و بعبارة أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهة ما ذكره المصنف من الخيار فى مرتبة متأخرة عن الإيجاب لوصول النوبة إليه لما سيأتى أن الإيجاب فى عرض الخيار لا فى طوله، بل من جهة أنه ان كان للمشروط له حق المطالبة، فلا شبهة فى جواز الإيجاب لمطالبة الحق، و ألا كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفي فقط كالنذر فلا يسوغ الإيجاب مضافا الى قيام السيرة.

و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشىء اختياريا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالإيجاب غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم، فلا يكون الإيجاب موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمة الاختيارية المستعملة فى مقابل عدم القدرة و كلمة الاختيار المستعملة فى مقابل الكره و عدم المحبوبة و الذى هو موضوع صحة التكاليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بأمر اختياري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٠

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور و أما الثانى فلا و من الواضح أن الفعل اعنى الشرط فى المقام، و ان يصدر عن المشروط عليه بالكره، و لكن مع ذلك هو فعل اختياري له و ليس فعلا غير اختياري حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط ألا أن يكون الإكراه عن غير حق. و بعبارة أخرى أن متعلق الشرط لا بدّ و أن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم أصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار و عدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبة الحقوق بالأموال هذا كله مع الإغماض عما ذكرناه فى اشتراط الوجوب بالقدرة حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور.

و أما إذا كان الفعل مقدورا تارة و غير مقدور أخرى فلا مانع من إيجاب الجامع بين المقدور و غير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور و كذلك نقول فى المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختياري و ان كان غير معقول ألا أن العمل إذا صدر من الاختيار تارة و من غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختياري و غيره لا مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفا.

قد عرفت أن شيخنا الأنصارى (قده) تعرض فى المقام لعدة أمور:

منها: أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا.

و منها: أن لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه، و لذا يمكنه إيجاب المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له إيجاب المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه و قد وافقناه فى النتيجة و ناقشنا فى دليلها و قد قلنا أن له إجباره و استشهدنا عليه بالسيرة العقلانية،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧١

و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و أن الأدلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط وردت إمضاء للسيرة المذكورة.

ثم انه قد تعرض بعد ذلك على أمر ثالث و هو أن المشروط عليه إذا امتنع من الوفاء بما التزمه و كان الشرط أمرا قابلا للنيابة كالانشائيات نظير بيع شىء أو هبته و نحوهما، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه

أو أنه ليس للحاكم ذلك ولا يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلك من جهة ما ورد من أن السلطان ولى الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدي الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا، والوقت لم يسع للمراجعة إلى أن هذه الرواية هل رويت بطريقنا وانها معتبرة أو أنها نظير من المختصرات لغوية لا اعتبار لها فليراجع إلى مظانها.

ثم على تقدير أنها رواية معتبرة لا تكفى بمجردا في إثبات المدعى وهو صحة تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بل لا بد من ضم مقدمة خارجية إليها فإن الحاكم ليس بسلطان ولا من دونه بمرتبة أو بمراتب فلا بد في إثبات ولاية الحاكم من دعوى القطع بمناسبة الحكم والموضوع على أن هذا الولاية الثابتة للسلطان ليست من الأحكام المختصة للسلطان، بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الرواية أن الشارع لا يرضى لتضييع حقوق الناس وهذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضا إذا تمكن من ذلك ولو لا دعوى القطع المذكورة احتاج إثبات المدعى في المقام إلى ضم كبرى كلية على هذا الرواية وهي ولاية في كل ما للسلطان من الاحكام والمناصب أو المناصب المختصة له وقد تقدم في بحث الولاية أن ولاية الحاكم على نحو الكلية غير ثابتة وأنه ليس له الولاية في كل ما للإمام والسلطان ولاية ولذا ذكرنا أن إثبات المدعى في المقام بمجرد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٢

هذه الرواية غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولاية ليست من مختصات السلطان بمناسبة الحكم والموضوع. ثم انه قد تعرض إلى أمر رابع في المقام وهو أن الخيار الثابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزمه على نفسه هل هو في عرض الإيجاب أو أنه في طوله بمعنى أنه إذا تعذر عليه إجباره ولم يتمكن منه تنتهي النوبة إلى الخيار وله أن يفسخ العقد ح أو أنه مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الخيار أيضا نقل عن بعضهم أن الخيار في طول الإيجاب وعن العلامة أن الخيار في عرضه و أن مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الفسخ ثم قوى (قده) عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب.

وفي حاشية المكاسب من تقارير شيخنا الأستاذ (قده) أن هذا البحث بعينه البحث السابق ولا اختلاف بينهما إلا في مجرد الألفاظ واحتمل هناك أن يكون تكراره من قلم شيخنا الأنصاري وتعجب منه في أنه كيف تعرض له ثانيا ولا يخفى وضوح الفرق بين المسألتين لأن البحث في المسألة الأولى انما كان متمحضا في ثبوت أصل الإيجاب وأنه جائز للمشروط له أولا وأما في هذه المسألة فالبحث فيها في أن الخيار الثابت للمشروط له في عرض الإيجاب أو في طوله فالمسألتان متغايرتان لا ربط من إحداهما إلى الأخرى.

والعجب من شيخنا الأستاذ أنه كيف خفي ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا يحتاج إلى إقامة الدليل ولعل الاشتباه من قلمه الشريف دون فلم شيخنا الأنصاري وذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسألة عجيب لأن استحالة اجتماع الخيار مع التمكن من الإيجاب بمكان من الموضوع والوجه في ذلك أننا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرد الوفاء الاختياري بل يعمه والوفاء الإيجاري أيضا ومن الظاهر أن الخيار انما يثبت في المقام بعد تعذر الشرط إذ الكلام في هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط ومع التمكن من الخيار لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٣

تعذر للشرط، بل هو ممكن ومع لا معنى للخيار.

وبالجملة فرض التمكن من الإيجاب فرض عدم تعذر الشرط الذي هو أعم من العمل الاختياري والإيجاري وفرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمكن من الإيجاب مع الاختيار وما أفاده رحمه الله متين لو كان المراد بالخيار في المقام خصوص خيار تعذر الشرط إذ مع التمكن من الإيجاب لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار واما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتي فلا وجه لما أفاده.

وبعبارة أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهة خصوصية في التعذر، بل من جهة أنه أحد الأمور الموجبة للخيار ومصداق من مصاديق الموجب للخيار.

وح يمكن أن يثبت الخيار مع التمكن من الإيجاب ليتحقق موضوعه كما سنبينه إنشاء الله.

و عليه فلا بدّ من مراجعة مدركه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمكن من الإجبار أو لا يثبت إذ عدم إمكان اجتماعها ليس من البديهيّات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مدرك الخيار عند تخلف الشرط هو الإجماع كما ذهب اليه بعضهم فلا بدّ فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صورة عدم التمكن من الإجبار و أما معها فلا يقين بالإجماع على ثبوت الخيار ح فلا يثبت الخيار بعد عدم التمكن من الإجبار.

و ان كان المدرك لثبوت الخيار قاعدة لا ضرر كما ذهب اليه المصنف فلا يثبت الخيار مع التمكن من الإجبار أيضا لأنه مع تمكنه من الإجبار لا يتوجه عليه ضرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شيخنا الأنصاري أن الخيار في طول الإجبار لا في عرضه و لكننا ناقشنا في كون مدرك الخيار هو قاعدة لا ضرر في خيار الغبن فراجع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٤

و أما إذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمني الذي اعتمدنا عليه، فالخيار ثابت مع التمكن من الإجبار و ذلك لأن المشروط له قد علق إلزامه في المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط، و قد ذكرنا أن الشرط لا بدّ و أن يكون مربوط بالعقد و لا معنى لكونه عبارة عن الالتزام في ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفا للشرط فقط، بل لا بدّ و أن يكون مربوطا به و ذكرنا أيضا ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعاملة أصلا كما أن التزامه بالمعاملة و قيامه عليها معلق على وفائه بالشرط في الخارج بمعنى أن المشروط عليه ان لم يفه بالتزامه في الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعاملة.

و بعبارة أخرى ان التزام المشروط عليه بالشرط و ان كان محققا بحسب الحدوث و لذا قلنا بتحقيق البيع لحصول ما علق عليه الّا انه ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضا فيلتزم المشروط له أيضا بالمعاملة، و أما إذا لم تلزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه بالمعاملة فيفسخها و عليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه، بشرطه و عدم التزامه به بقاء و معنى خياره كونه متمكنا من رفع اليد عن التزامه و قد عرفت انه انما يكون متمكنا من رفع اليد عن التزامه فيما إذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى إلى تقييده بعدم التمكن من الإجبار لأنه كلفه زائدة و بما ذكرنا ظهر أن الخيار في المقام في عرض الإجبار لا- في طوله، و يمكن أن يكون نظر المصنف فيما ذكره في المقام الى ذلك حيث ذكر أن المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فإذا لم يسلم أحدهما فلآخر أن يمتنع عن التسليم بمعنى أن الالتزام بالتسليم في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٥

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالعمل بالشرط انما هو من أحدهما لا من كليهما فإذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما في مسألة التسليم إذ الالتزام ليس من الطرفين في المقام).

و قد ذكر المحقق المتقدم أن هذا الكلام من الشيخ يشبه كلام الأطفال في مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطني لا أعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس كك و أن هذا الكلام منه كلام متين و لا يشبه كلام الأطفال، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعاملة مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما أفاده العلامة من ان الخيار في عرض التمكن من الإجبار هو الصحيح.

ثم انه ذكر في المقام امرا خامسا و هو أنه إذا تعذر الشرط في الخارج من جهة عروض عمى على من التزم بالخياطة أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الّا الخيار، و له ان يفسخ المعاملة ح و لا يثبت له الأرش بأن يطالب المشروط عليه ما به التفاوت بين قيمة الشيء مع الشرط كالخياطة، و قيمته بدونه. و ربما يقال بثبوت الأرش في موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمة المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه.

و ثالثاً: يفصل بين الشروط التي تقابل في نفسها بالمال كاشتراط خياطة الثوب لأن لها قيمة في نفسها و اشتراط مال العبد في شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرهما و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال في نفسه و انما يوجب زيادة قيمة المشروط نظير اشتراط القدرة على الكتابة في العبد أو القدرة على الطبخ و غيرهما من الأوصاف الكمالية الموجبة لاختلاف قيمة الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٦

ولا- يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها مما لا يقابل بالمال في المعاملات و يقع شىء من الثمن في مقابلها، بل الثمن بتمامه يقع في مقابل ذات المبيع و عليه فلا وجه للأرش و مطالبة ما يخص بها من القيمة مطلقاً و انما التزمنا بالأرش في خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقة القاعدة.

و قد أشار السيد في حاشيته على ثبوت الأرش في تخلف الشروط بدعوى أنها و ان لا تقابل بالمال في مقام الإنشاء و عالم الظاهر ألا أنها تقابل بها في عالم اللب و الواقع و قد تقدم ذلك في مبحث خيار العيب و به أثبت كون الأرش على وفق القاعدة و أجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صورة و لب، بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست إلا الاعتبارات نفسانية مبرزة بمرز في الخارج و هو اما موجودة، أو معدومة، و لا معنى لثبوتها لبا دون صورة و عليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط و تعذرهما إلا الخيار دون الأرش كما عرفت.

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا و هو أن الشروط إذا صار متعذرا و ثبت بذلك الخيار للمشروط له، و لكن العين خرجت عن ملك المشروط عليه و سلطنة لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا؟ و على تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضى الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ و قد تعرض (قده) في المقام الى جهات:- الجهة الاولى: في أن المشروط له إذا فسخ هل يرجع الى قيمة العين و لا يرجع إليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله و وقع في محله حيث انه صدر من مالكها في زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد، بل لو فسخ فلا بد من أن يرجع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٧

ببدلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشتري من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم و المقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم في محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى إلا الرجوع الى بدلها فراجع.

الجهة الثانية: أن الشرط إذا تعذر و خرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافي لمقتضى الشرط كما إذا اشترط عليه يبعه من زيد و هو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما إذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فلتتزم في الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح إلا مجرد المخالفة للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم في الثانى بالبطلان إذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازة منه لأنه ح بيع شىء تعلق عليه حق الغير و يبعه باطل.

و أما إذا سبقه اذنه أو لحقه اجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه المصنف.

و ربما يفصل في المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له، فالعقد يصح و بين لحوقه بإجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد إذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند إسناده إلى العاقد.

و أما إذا وقع بلا اذنه حين إسناده إلى قاعدة ثم لحقته الإجازة فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٨

محالة يقع فاسداً لأنه عقد واحد شخصي قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصحة بالإضافة (و العقد باستمرار الزمان لا يكون متعدداً) إلى نفس ذلك العاقد، بعد ذلك وقد تقدم هذا التفصيل من الشيخ أسد الله التستري في بيع الفضولي حيث فصل في تصحيح العقد الأول بالإجازة المتأخرة بين العقد الفضولي المصطلح أعني ما إذا كان العاقد غير من ينسب إليه العقد بالإجازة وبين مثل تزويج بنت أخت الزوجة أو بنت أخ الزوجة مما يكون العاقد الفضولي فيه هو المنتسب إليه العقد بالإجازة، فالتزم في مثل ذلك بصحة العقد المذكور فيما إذا سبقه الاذن من الزوجة و بالبطلان فيما إذا لم يسبقه الاذن سواء لحقته الإجازة أيضاً أم لم تلحقه، وذلك من جهة أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته، فلا يمكن أن ينقلب إلى الصحة بالإجازة المتأخرة بالإضافة إلى ذلك العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنة) بالإضافة إلى العاقد فلا يتصف بالصحة بالإضافة إليه أبداً، وهذا بخلاف الإجازة في الفضولي المصطلح لأن العقد و ان اتصف بالبطلان بالإضافة إلى العاقد إلا أنه لا مانع من اتصافه بالصحة بالإضافة إلى المالك إذا أجاز لأنه لم ينسب إليه قبل أجازته ليحكم بصحته أو بفساده، بل ينسب إليه بإجازته و يحكم بصحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ أسد الله التستري هناك.

و التفصيل المذكور في المقام هو عين هذا التفصيل الذي نقلناه عن الشيخ المذكور.

وقد أجبنا عن ما فصله له شيخ المتقدم هناك بوجوه: - منها: أن مقتضى الأخبار الواردة في صحة تزويج العبد بدون اذن مولاه إذ الإجازة بعد تزويجه معللاً بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٧٩

عدم الفرق في صحة العقد الصادر فضولياً بالإجازة المتأخرة بين الفضولي المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجة أو بنت أخيها و ذلك لأن الأخبار المذكورة تعطى ضابطة كلية في صحة العقد الفضولي بالإجازة المتأخرة و هي أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصية و ضعية لله تعالى فهو باطل، و لا ينقلب إلى الجواز و صحة الفضولي على طبق القاعدة في جميع موارد فلا وجه لرفع اليد عنها في بعض موارد و أما إذا لم يكن معصية لله حتى بالإجازة المتأخرة لانه كان معصية و مخالفة لذلك المحيز فإذا رضى به و أجاز جاز و في العقد المذكور أيضاً إذا رضيت الزوجة و أجازت عقد بنت أختها أو بنت أخيها جاز لأنه لم يكن معصية لله و انما كان معصية للزوجة و مخالفاً لحقها فإذا أجازت جاز، فهذا التفصيل ساقط و التفصيل موكول إلى محله.

و أما دعوى البطلان مطلقاً فلعلها من جهة أن العقد ح منهي عنه لأنه مناف للوفاء بالشرط الواجب و النهي في المعاملات يوجب الفساد.

و يرد عليه وجوه: - الأول: أنه ليس في المقام نهى مولوى شرعى من بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه، إذ لم يرد عنه نهى و انما أمر ببيعه ممن اشترط بيعه منه و هو لا يقتضى النهى عن بيعه من غيره إلا على القول بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و هو ممنوع.

الثاني: ذهب إلى أن بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهى و لو من جهة اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده إلا انا ذكرنا في محله أن النهى في المعاملات لا يقتضى فسادها مطلقاً سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبب.

و الثالث: أنا لو سلمنا ان العقد المذكور منهي عنه شرعاً و سلمنا أن النهى في المعاملات يوجب الفساد و لكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٠

المذكور مطلقاً لأنه إذا رضى به المشروط له إذنا أو اجازة فلا محالة ترتفع النهى عنه إذ النهى عنه ليس إلا من جهة حق المشروط له

فإذا تجاوز عن حقه ارتفع النهي.

ودعوى البطلان مطلق لا يرجع الى وجه صحيح و من ذلك يظهر أن التفصيل بين كون الوجوب تكليفيا محضاً أو كونه حقياً كما ذهب إليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهة ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه ألا أن هذا الحق لا تتعلق بالمال و العين و انما تتعلق على العقد فلا يكون يبيعه لمتعلق حق الغير و ليس المقام عن قبيل بيع العين المرهونة التي تتعلق حق الغير سيما مع ملاحظة أن الخيار منعقد في المقام فلا وجه للتفصيل بين الصورتين إذ في كليهما يكون يبيعه مضاداً لما يجب عليه الوفاء به تكليفاً أو حقياً ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبداً فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقاً و يشمله عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان. ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث في تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط يبيعه ح و الكلام في تعذر الشرط.

و هذا بخلاف ما إذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلاً في تعذر الشرط الذي هو محل الكلام في الجهة الخامسة من عنوان كلام المصنف ألا أنه إذا كان المشروط عليه متمكناً من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانياً وجب عليه و الزم عليه بمقتضى الاشتراط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانياً و يصرفه في محله.

و هذه الصورة لا بد من إخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨١

إذا لم يتمكن المشروط عليه من إرجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فإذا كان الأمر كذلك و قلنا بصحة بيعه فقد تعذر عليه الشرط و يثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسه فهو، و لا كلام و أما إذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ ووجه قدّمنا صحيحها و لا مزية له على ما تقدم ألا أن العلامة (ره) ذكر في هذه المسألة أنه إذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه ألا إذا كان الواقع عليها هو العتق فإنه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسها بفسخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هذا الكلام من العلامة مما لم يفهم له معنى محصلاً أبداً لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبد إذا عتق منه جزء يسرى الحرية الى جميع اجزائه و منه ضمان أحد الشريكين لحصة شركه في العبد إذا عتق نصفه أى حصة نفسه و لكنه كما كان سبباً لحرية نصفه الآخر أيضاً يضمن لشريكه قيمة ذلك النصف و هذا المعنى غلبه الحرية و العتق لا أن معناه أنه إذا أعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحرية و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع في غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صحة العقد مطلق و للمشروط له الخيار و أنه إذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله و وقع في محله و لا وجه لبطلانه (بقي هناك مسألة أن الخيار لا يسقط بالتصرف في العين و نتعرض لها في عنوان الاتي إنشاء الله).

و من جملة ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له إسقاط شرطه

قد استفدنا من القرائن الداخلية و الخارجية أن وجوب الوفاء بالشرط ليس من الأحكام المجعولة لله تعالى ابتداءً فإنه ليس من الأحكام الأولية و انما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٢

هو من جهة حق المشروط له الثابت بالاشتراط نظير وجوب الأداء في الدين فإنه من جهة ملاحظة حق الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع.

و قد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء أيضاً و عليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه إذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط و هذا أمر ظاهر ألا أن ذلك وقع مورد الخلاف بين الأعلام في شرط العتق و قد ذهب

جماعة الى عدم سقوطه بالإسقاط فإذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع إسقاطه المشروط له أيضا وذلك من جهة أن في شرط العتق ثلاثة حقوق حق للمشروط له وحق لله تعالى، وحق للعبد وإذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان إسقاط الشرط في العتق لا يوجب السقوط هذا ولا يخفى أن كون العتق حقا لله وللعبد مما لا يرجع الى محصل كما ذكره المصنف، لأنه أريد من كونه حقا لله تعالى أنه أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو وان كان كذلك إلا أنه لا يستلزم الحق ولا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استحبابي و إنما محبوبة العتق لله لا- يختص بصورة الاشتراط فقط، لأنه محبوب على كل حال ولازمه وجوب العتق ولو مع عدم الاشتراط وهو مقطوع بعدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون حقا وان أريد من كونه حقا لله أنه أمر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق لشارح وهو أيضا صحيح إلا انه مشترك بين شرط العتق وغيره من الشروط فما ذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره، و اما أنه حق للعبد ففيه أن اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه وليس له المطالبة بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه إذا نذر شيئا على الفقراء، أو غيرهم فليس للفقراء مطالبة الناذر بالوفاء بالنذر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٣

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعتقه و اليه يرجع نفعه، ففيه أن رجوع المنفعة إليه لا يوجب الاستحقاق إذ هو نظير ما إذا اشترط في ضمن العقد أن يهب لثالث مالا- أو يبيعه منه بالعتق من ثمنه فإنهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق و شرط غيره في سقوطه بالإسقاط.

ثم ان إسقاط الشرط و الحق تارة يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) في الأمر المتقدم إلا أن المناسب له ذكره في هذا الأمر فإذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام في سقوطه به و اما إذا لم يدل عمله على إسقاطه فلا- دليل على أن مجرد التصرف أو العمل يوجب السقوط، اللهم إلا فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقبيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار في خيار الحيوان إلا أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يقم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك في الأبحاث المتقدمة فليراجع. و من جملة الشروط التي ذكرها المصنف في حكم الشروط الصحيحة أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما في شرط الخياطة، و الكتابة، و غيرهما، من الأوصاف و الأفعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما إذا باع الثوب على أن عشرة أذرع و الأرض بأنها متر و الثاني كما إذا باع ما في الكيس من الجوز على أنه مائة عدد و لا إشكال في أن تخلف الشرط في القسم الأول لا- يوجب الا- الخيار و لهما الإمضاء مع المطالبة بالأرض بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع في مقابل ذات المبيع و لا يقع في مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط في نفسه أمرا ممولا كما في الخياطة على ما تقدم و أما إذا تخلف الشرط في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٤

القسم الثاني فأیضا لا خلاف بينهم في ثبوت الخيار بذلك للمشروط له إلا أنه وقع الخلاف بينهم في أنه يتمكن من أخذ الأرض و ما يخص الشرط من الثمن أو الإمضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الإمضاء مجانا و لا يتمكن من أخذ الأرض بوجه و ربما قيل بجواز أخذ الأرض في هذا القسم مطلقا و قيل بعدمه مطلقا و ثالث فصل بين متقارب الاجزاء، (و موافق الاجزاء) و مختلفها بالالتزام بالأرض في الثاني دون الأول و هذا من غير فرق بين صورتى التخلف بالنقصان و التخلف بالزيادة و الذى ينبغي أن يقال في المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على أقسام و صور- الصورة الاولى: أن يكون أصل البيع و المعاملة معلقا على ذلك الكم كما ربما يعلق على كيف أو غيره من الأوصاف و الأمور كما إذا صرح بأن يعي لهذا الثوب مشروط بان يكون عشرة أذرع بحيث لو كان انقص لا يشتريه المشتري و لا يبيعه البائع أو صرح بأن يعي لما في الكيس من الجوز، معلق على ان مائة عدد و لا

أبيعه إذا كان انقص كما يشتره المشتري إذا كان كك و في هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل و مع البطلان لا يبقى للنزاع في أن له الإمضاء مجاناً أو له أن يطالب بالأرض مجال إذا البيع باطل، و ليس له الإمضاء و لا الفسخ و لا المطالبة بشيء لعدم الموضوع و المعاملة و هذا ظاهر.

الصورة الثانية أن يكون أصل البيع منجزاً على كل تقدير و لا يكون معلقاً على ذلك الكم المشترط كما إذا اشترى الثوب على كل تقدير إلا أنه اشترط على البائع أن يكون ثمنه عشرة دراهم إذا كان الثوب عشرة أذرع و تسعة إذا كان تسعة فاصل المعاملة غير معلقة إلا أن يكون الثمن عشرة دراهم معلق على كون الثوب عشرة أذرع و كأنه اشترى الثوب الخارجى كل ذرع بدرهم من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٥

دون أن يعلم أنه عشرة أذرع أو أقل أو أكثر و قد تقدم في بيع صاع من الصبرة أن هذه المعاملة صحيحة و لا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثلث ان كان زائداً فزائداً و ان كان ناقصاً فناقصاً و لا خطر في هذه المعاملة أصلاً و العلم بما في الصبرة أو بذرع الثوب قبل قبضه و تسليمه غير معتبر لأنه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعاملة صحيحة في هذه الصورة و يثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع مع كون الثمن بمقدار المثلث كل ذرع بدرهم.

و بالجملة أنه اشترط في هذه الصورة أمران: - أحدهما: أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقق الكم المشروط. و ثانيهما: أن يكون كل ذرع بدرهم أى كون الثمن بمقدار المثلث فإذا ظهر المبيع ناقصاً عن الكم المشروط في هذه الصورة فيثبت للمشروط له الخيار أن الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة أذرع كان ثمنه عشرة دراهم و حيث انه تسعة أذرع فقيمه تسعة دراهم حسب الاشتراط و لكن لا يبقى في هذه الصورة مجال لإمضاء العقد بتمام الثمن أى بلا أخذ الأرض كما هو أحد أطراف الاحتمال في المقام فإنه صرح بأنه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم، بل ثمنه تسعة بمقدار المبيع فالإمضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص في المبيع لا يجرى في هذه الصورة.

الصورة الثالثة: ما إذا كان كل من المبيع و الثمن غير معلقين و كلاهما منجزان على كل تقدير كما إذا اشترى الثوب بعشرة دراهم على كل حال ظهر ناقصاً أو غير ناقص فهذا الموجود اشتراء بهذا الثمن المعين و ان لا يدري أن المثلث عشرة أو أقل إلا أنه اشترط على البائع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص في المبيع و عدم كونه عشرة أذرع و المعاملة في هذه الصورة صحيحة أيضاً و العلم بمقدار المبيع مما لا دليل على اعتباره في غير

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٦

المكيل و الموزون إلا من جهة استلزام الجهل بمقدار الغرر إلا أنه للنص كما مرّ في محله تفصيل ذلك فراجع.

و في هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص في المبيع و له أن يمض العقد بتمام الثمن أيضاً إلا أنه لا يتمكن في هذه الصورة من إمضائه مع المطالبة بالأرض و قيمة الناقص لأنه بلا موجب إذ المفروض أن المعاملة وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال إمضائه مع الأرض الذى هو أحد الاحتمالات فى المسألة غير جارى فى المقام فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكورة فى صورة واحدة.

و منه يظهر أن مورد النص و الإثبات فى كلمات الأصحاب متعدد و معه يكون النزاع لفظياً لأن من يقول بجواز الإمضاء مع المطالبة بالأرض نظره الى الصورة الثانية كما أن من أنكر الإمضاء مع الأرض و لم يجوز أخذ الأرض فنظره الى الصورة الثالثة و هما مختلفان فالنزاع لفظى هذا كله بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فيما إذا قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة أذرع فإن أرجعنا قوله على معنى الشرط و التعليق إلى أمرين أحدهما التزامه بالمعاملة الذى معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشرة فيما إذا الثوب عشرة أذرع أى أرجعناه إلى المثلث يكون من التعليق فى الثمن و كأنه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الإمضاء مع المطالبة بالأرض و قيمة

النقص.

و بعبارة أخرى تكون المعاملة ح من قبيل الصورة الثانية التي يكون التعليق تعليقا لأمرين أحدهما الخيار و الالتزام بالمعاملة، و ثانيهما كون الثمن عشرة دراهم بمعنى أن كون الثمن عشرة دراهم معلق على كون المبيع عشرة أذرع، فان لم يكن ككك فالثمن أيضا لا يكون عشرة دراهم، بل بالنسبة و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٧

و لا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الإضاء بلا مطالبة الأرض مجال لأنه من التعليق في الثمن كما مر.

و أما إذا أرجعناه أى قوله على الى خصوص الالتزام بالمعاملة فقط لا اليه و الى كون الثمن عشرة دراهم الرجعة إلى الصورة الثالثة فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار و له الفسخ و الإضاء من دون مطالبة الأرض، لأنه باع الثوب بعشرة دراهم بلا تعليق و لكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفي من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثاني من أنه يرجع الى الالتزام بالمعاملة فقط، و بعدهم يثبت له الخيار و لذا قال بأن الإشارة مقدمة على العنوان بمعنى أنه أشار الى الموجود الخارجى و قال بعتك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لا أنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه و ان كان أمرا ممكنا كما ذكرناه الا أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الإثبات و مجرد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعاملة، بل ربما يصرح به البائع أو المشتري و لا يرون الشرط الا تعليقا من الالتزام بالمعاملة لا أنه تعليق فيه و فى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفي فما افاده المصنف لا يمكن المساعدة عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص.

و كذا الحال فما إذا ظهرت الزيادة لأن البائع تارة يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشرة أمتار فى بيع الأرض مثلا و قد عرفت أنه باطل و لا يجرى فيه هذا النزاع أى الإضاء مجانا أو مع مطالبة الأرض و اخرى يعلق التزامه بالمعاملة على كونه عشرة أذرع كما يعلق كون ثمنها عشرة دراهم على كون الأرض عشرة أذرع و كأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم و عند التخلف يثبت له الخيار و الزيادة باقية فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعاملة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٨

فى عشرة أذرع المبيعة أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التخلف بالزيادة) و ثالثه يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له لأن الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشرة دراهم هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فإن أرجعنا التعليق إلى أمرين أحدهما الالتزام بالمعاملة و ثانيهما كون ثمنه عشرة دراهم أى كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعنى كون ثمنه عشرة دراهم معلق على كون الأرض عشرة أذرع فإن زاد يزيد و ان نقص ينقص الذى هو الصورة الثانية فيثبت له الخيار مع مطالبة الزائد كما ذكره المصنف و ان أرجعناه إلى خصوص التعليق فى الالتزام الذى هو الصورة الثالثة فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكره جامع المقاصد، و قد عرفت أن الظهور اللفظى على طبق ما ذكره جامع المقاصد و عليه فالظاهر أن تخلف الشرط فى الكم فى جميع صور الأربعة أعنى متوافق الاجزاء كما فى الثوب و مختلف الاجزاء كما فى الأرض لجودة بعضها و رداءه بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التخلف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب الا الخيار و لا يجوز مطالبة الأرض معه، لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفي يرجع الى الالتزام بالمعاملة و نتيجه الخيار و لا يرونه راجعا الى كون المثلث عشرة أذرع الذى نتيجه تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المثلث.

و أما ما افاده المصنف فى الجواب عن ذلك باننا لا ننكر أن البيع على أنه عشرة أذرع يبيع مع الاشتراط إلا أنا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتقسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال فى مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٩

القول في حكم الشرط الفاسد

إشارة

و الكلام فيه يقع في جهات كما ذكره المصنف:-

الجهة الأولى: لا إشكال في أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا إلزام بفعله شرعا،

إشارة

لأنه معنى الفساد في مقابل الصحة و الإلزام به، فمعنى أنه فاسد أنه لا إلزام بفعله، و لا يجب على المكلف أن يفى به، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له، نعم إذا كان الشرط الفاسد في نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتي به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغي أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذي لم يدل دليل على صحته مع فساد شرطه.

و انما الكلام في أن الشرط الفاسد إذا لم يتم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه، و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشتري صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد في مثله لأجل النصوص، بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الاشتراط لأنه باطل حتى في صورة عدم اشتراطه فيما إذا علم البائع أنه يجعله صنما كما تقدم ذلك في محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا حيث ان الأول باطل و الثاني، صحيح و لا فرق بينهما ألما و ورود النص في الأول على البطلان دون الثاني، كما هو ظاهر، و كذا البيع مشروطا ببيعه من البائع ثانيا فإنه و ان كان باطلا ألما أنه من جهة دلالة الاخبار على بطلانه و هي الأخبار المعنونة بأخبار العينة و ألما فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح في نفسه.

و من هنا لو اشترط ببيعه من شخص آخر يصح بلا كلام، لأنه من قبيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٠

شرط فعل سائغ في نفسه و انما دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد و أوجب فساد المشروط و لعله ظاهر فهذا الموارد خارجة عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد إذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكويننا و يكون خارجا عن محل الكلام كما إذا اشترى شيئا و اشترط عليه عمارة داره و لا ندري أن داره و سبعة أو ساحتها ضيقة و هو يوجب اختلاف القيمة لا محاله و لكون المعاملة غريبة بالوجدان لأنه أمر خطرى لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العمارة فيكون البيع فاسدا في نفسه لفقده شرط من شروطه و هو عدم كونه غريبة و البطلان في هذه الصورة مستند الى فقد شروط صحة البيع في نفسه و هذا أيضا خارج عن محل الكلام (و كما إذا باع و اشترط أن يكون ما في كيس المشتري من المال له مع عدم علمه بمقدار ما في الكيس) و من هذا القبيل ما إذا اشترطه الخيار في عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح و لم يتبينوا وجه بطلانه أي بطلان النكاح.

و قد ذكرنا الوجه في ذلك سابقا و أشرنا إليه في حواشينا على كتاب العروة و ملخصه أن الأدلة دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمى أو موقت بوقت مضبوط، و يعبر عنه بالانقطاع و التمتع كتوقية بشهر أو شهرين و نحوهما، و قد عرفت أن معنى جعل الخيار في معاملة تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الإهمال في الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكية أو الزوجية على نحو الإطلاق و أما هو الملكية أو الزوجية المقيدة بوقت أو شيء، و معنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكية المطلقة، بل الملكية الموقفة بزمان الفسخ أو الزوجية الموقفة بزمان فسخها.

و حيث أن أصل الفسخ و زمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩١

عقد النكاح إنشاء الزوجية الانقطاعية المقيدة بوقت غير معلوم، وقد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين، فإنه إما استمراري و دائمى، و اما موقت بوقت مضبوط، و لا ثالث لهما، فالموقت بوقت غير معلوم باطل، فالشرط فى هذه الصورة قد أوجب فقد شرط من شروط صحة النكاح أعنى التوقيت بوقت مضبوط و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

فالبحث متمحض فى الشرط الفاسد الذى لا يدل دليل على بطلان العقد معه و لا يوجب فقد شرط من شروط صحة العقد تكويننا فالكلام يقع فى أنه هل يوجب سراية الفساد الى المشروط أولا و هذا كما إذا اشترط فى ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فى المثالين يوجب فساد العقد أولا.

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامة و الشهيدين و المحقق الثانى خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ و من تبعه.

و الوجه فى ذلك أن الشرط غير راجع الى تعليق أصل المعاملة بوجوده و ألا لكانت المعاملة باطلة فى نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن، لأن التعليق فى العقد يوجب البطلان.

بل، الشرط الذى بمعنى الربط يربط شيئين آخرين فى كل معاملة فإنه يستلزم تعليق أصل المعاملة بالتزام الطرف بالشرط (فى شرط الأفعال الاختيارية و منه يظهر حال شرط النتيجة أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعاملة تتحقق بتحقيق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلا ببيعه على إيجاد المشروط عليه الشرط خارجا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٢

بل، ربما يصرح بأنك ان لم تأت بكذا فلا التزام بالمعاملة و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم إيجاد المشروط عليه ما وجب فى حقه و عليه فإذا باعه شيئا بشرط أن يرتكب محرما أو يرتكب ترك واجبا فقد علق أصل بيعه على التزام المشروط عليه بذلك المحرم كما علق التزامه به بإيجاد ذلك المحرم فى الخارج، فإذا التزم المشروط عليه بذلك المحرم عصيان أو غفلة عن أنه حرام أو جهلا بالموضوع كما اشترط عليه شرب مائع مخصوص، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعاملة صحيحة بحصول ما علقه عليه و هو التزام الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالالتزام بالحرام كترك الصلاة و نحوه لا يوجب الحرمة و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام فى المعاملة ليس شرطا مخالفا للكتاب و لا للسنة فلا حرمة فيه، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعاملة متحققة و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعا موجبا لبطلان المعاملة لأنها لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج حتى ينتفى بانتفائه، و انما علق على التزام المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعاملة متحققة و لا وجه لبطلانها، و الى هنا تحصل أن المقتضى لصحة المعاملة موجود، فلا بد من ملاحظة أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضا (تتميم) قد عرفت أن الشرط إذا أوجب فقد شرط من شروط العقد تكويننا فلا محالة يوجب فساد العقد ألا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثله و من ذلك ما إذا اشترط أمرا مخالفا لمقتضى العقد كما إذا اشترط عدم التملك فى البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محالة و البيع لا مع القصد باطل لانتفاء شرطه، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

و ذكر شيخنا الأستاذ أنه إذا باع شيئا و اشترط عليه أن يصرفه فى أمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٣

حرام كما إذا باعه العنب و اشترط عليه أن يصرفه فى الخمر يكون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحة البيع و به يخرج عن محل الكلام.

و الوجه فى ذلك أن المبيع ح مما لا منفعة محللة مقصودة فيفسد بيعه لأن الانتفاع منه يجعله خمرًا قد حرمه الشارع و ألغاه و الانتفاع

به في غيره من الأمور المحللة مما اشترط البائع عدمه على المشتري و عليه فلا منفعة مقصودة للمال فيفسد بيعه و نظيره ما إذا باعه شيئاً و اشترط عليه أن يقامر به و تقريبه ظاهر هذا و لكن الأمر ليس كذلك لأن الاشتراط المذكور ان كان يمضى شرعاً كما إذا أمضاه الشارع و أنفذه فهو يدل على جواز صرفه في المورد المذكور لأنه مما أمضاه الشارع أى ألزمه على أن يصرفه فيه و هو من المنافع المقصودة المحللة بالإمضاء و أن لم يعلق عليه الإمضاء شرعاً فهو ساقط و لا اعتبار به بمعنى أن المشتري أراد أن يصرفه في غير مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه في غير مورد الشرط وقع فاسداً و على كل حال لا يستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحة البيع فهذا الاشتراط داخل في محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسدة.

نعم، كبرى المسألة كما عرفتها تامة لأن كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحة البيع فهو مفسد للعقد و يخرج عن محل الكلام و أن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تام فالبحث متمحض في الشرط الفاسد في نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط في أصل المعاملة كما عرفت فلنرجع الى ما كنا بصددده.

و الوجوه التي استدلت بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة

الأول أن للشرط قسطاً من الثمن لا محالة

فإذا صح الاشتراط فلا اشكال لوقوع مجموع الثمن في مقابل مجموع الثمن و هما معلومان و أما إذا فسد الشرط و لم يمض شرعاً فقهره لا ينتقل إلى البائع مثلاً ما يقع في مقابل الشرط لا مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٤

محالة و حيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع في مقابل ذات المبيع فيبطل المعاملة و الجواب عن ذلك مضافاً الى النقض بالشرط الفاسد في النكاح كما نقضه الشيخ (ره) أن الثمن لا يقع في مقابل الشرط أبداً صحيحاً كان الشرط أم فاسداً و انما يقع المال في مقابل ذات المبيع.

نعم، الشروط مما يوجب زيادة القيمة لا أنها يقع في مقابل المال و من هنا قلنا ان الشرط إذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبته المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا إلا من جهة أن الشرط قيد خارجي يوجب زيادة القيمة و لا يقع بإزائه شيء من المال، هذا أولاً.

و ثانياً: أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما إذا قلنا بمقابلته للمال ليس أمراً مجهولاً، بل حاله حال الوصف في أن الموصوف بالوصف قيمة و لفاقده قيمة أخرى، و كذا شراء الثوب بشرط الخياطة له قيمة و شرائه بدونها له قيمة أخرى معلومة عند الناس و لا جهالة فيما يخصه من الثمن، و هذا ظاهر.

و ثالثاً: بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المثلث هو العلم بمقدار مجموعها و لا يعتبر العلم بقيمة كل جزء جزء من المبيع، بل العلم بقيمة مجموع المال كاف في صحته و ليكن حال الشرط كالجزم فكما إذا باع مال نفسه و مال غيره بثمن واحد صفقة واحدة ثم ظهر أن نصفه للغير لا يكون المعاملة الواقعة على مال نفسه باطلة مع عدم العلم بما يقع في مقابله من الثمن فكذلك المقام أو إذا باع خمراً و خلا بقيمة أو شاة و خنزيراً يقع المعاملة في الخل و الشاة صحيحة بما يخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما يخصهما من المال فكذا نقول فيما نحن فيه ان العلم بقيمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٥

مجموع المبيع و الشرط يكفي في صحة المعاملة

و لا يشترط في صحتها معرفة ما يخص المبيع من الثمن فهذا الوجه الثاني

الذى هو المهم فى المقام هو أن التراضى المعتبر فى المعاملات معلق على المعاملة مع الاشتراط و لا يرضى البائع بالمعاملة المجردة عن الشرط فان المقيّد ينتفى بانتفاء قيده فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجارة لا عن تراض و هو باطل لقوله عزّ من قائل لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ.

و الجواب عن ذلك يظهر مما أشرنا إليه سابقا.

و حاصله أن الرضى المعاملى عند الإنشاء لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و ألا لكانت المعاملة باطلة لأنه من التعليق المبطل و لو فرضنا صحة التعليق أيضا تكون المعاملة باطلة فيما نحن فيه لعدم حصول ما علق عليه على الفرض و المعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا محالة و هذا من غير فرق بين الشروط الصحيحة و الفاسدة و لازمه بطلان العقود و الإيقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه إذا قلنا بصحة التعليق مثلا.

و حيث ان العقود و الإيقاعات لا تبطل عند اشتراط شىء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرضى المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الالتزام بإيجاده لما كان حاصلًا عند المعاملة و هما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلا- و من الظاهر أن الالتزام بإيجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعاملة تامة و متحققة و كون ذلك أمرا محرما لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعاملة كما هو ظاهر.

نعم، ربما يكون البائع بحيث لو كان عالما بحرمة ذلك الشرط أو كان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٦

عالما بعدم إمضاء الشارع له لما أقدم على المعاملة و انما أقدم عليها باحتمال أن الشارع يمض الشرط المحرم فى المعاملة تقصيرا أو قصورا.

ألا أن ذلك من باب تخلف الدواعى و هو لا يستلزم البطلان و ألا لزم بطلان المعاملة فما إذا كان البائع بحيث لو علم بترقى قيمة المبيع لم يبيعه أو علم بأن المشتري لا يعمل بشرطه أو لا يدفع إليه ثمنه لم يقدم على المعاملة مع أن المعاملة فى الأمثلة صحيحة غاية الأمر ثبوت الخيار له فى بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط و هكذا.

و الوجه فى ذلك أن تخلف الدواعى لا ربط له بالرضا المعاملى ابدا فالرضى موجود لتحقيق ما علق عليه و هو الالتزام و يشمله عموم أحل الله البيع و غيره من العمومات و معه لا وجه للبطلان.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعية العرفية و بين شرط الفعل أو الوصف أو غيرهما مما لا يرجع الى المثلن أو الثمن لأن اختلاف الصورة النوعية العرفية و تخلفها يوجب بطلان المعاملة و التعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع فإذا باعه عبدا فظهر جارية فالمعاملة باطلة عند العرف لأن معنى بعثك هذا العبد أى بعثك هذا الموجود على أنه عبد مشروطا بأنه كك فإذا ظهر جارية فالمعلق عليه لم يتحقق فى المعاملة فهى باطلة إذا العرف يرى كلا من الجارية و العبد فردتين متباينين و أحدهما غير الآخر.

نعم، هما بحسب النظر الفلسفى واحد حقيقة و اختلافهما اختلاف وصف عرضى غير ذاتى ألا أن المدار فى الصحة و البطلان هو تخلف الصور النوعية العرفية دون الفلسفية و هذا بخلاف اشتراط غير الصور النوعية لأن تخلفه لا يوجب البطلان و المعاملة لا تتعلق عليه و ألا بطلت من رأسها كما هو ظاهر.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٧

الوجه الثالث: الاخبار المسماة بأخبار العينة

و قد تقدم الجواب عنها آنفا و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلالة الدليل على فساد المعاملة عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام لأن الشرط فيها غير فاسد فى نفسه إذ البيع من البائع ليس أمرا مخالفا للكتاب و السنة.

فلو سلمنا دخوله في محل الكلام فهو نص ورد في خصوص البيع النسبة مشروطا ببيع المشتري له ثانيا نقدا فنلتزم ببطلان هذا الشرط و إفساده العقد في مورده اعني خصوص بيع النسبة فمن أحد شرائط صحتها ان لا- يشترط فيها بيعه من البائع ثانيا و لو مع كون هذا الشرط في نفسه صحيحا فهو باطل للنص أو لأنه دوري على ما ذكره العلامة (ره) فهذا الروايات خارجة عن محل الكلام.

و أما رواية عبد الملك الواردة في حكم من يشتري شيئا و يشترط على البائع أن تكون خسارة المشتري على بايع المال فقال عليه السلام لا- ينبغي فهي أيضا لا تدل على فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله عليه السلام لا ينبغي لم يعلم أنه راجع الى أصل هذه المعاملة و البيع أي البيع المذكور مما لا ينبغي أو أن هذا الاشتراط لا ينبغي.

ففي الثاني يخرج عن محل الكلام لأنه نهى ورد على الشرط ابتداء و ساكتة عن بطلان البيع و هو ظاهر.

و على الأول يكون دالة على بطلان العقد بفساد شرطه، بل على هذا أيضا يخرج عن محل الكلام لأن البحث في الشرط الفاسد الذي لم يدل دليل على فساد العقد به، و على الأول يكون دالة و لكن الرواية لا دلالة لها على أحدهما فهي مجتمعة لا دلالة فيها على المطلب، هذا أولا.

و ثانيا: ان قوله عليه السلام لا ينبغي، لا يفيد الفساد و انما يفيد الكراهة و لا ربط لها بالفساد فنذهب ان المعاملة مع الشرط المذكور مكروهة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٨

و كلامنا في الصحة و الفساد.

و ثالثا: نذهب ان قوله عليه السلام لا ينبغي، نص في الفساد، و التحريم إلا أنه لا يقتضى الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد في مورد خاص و هو البيع بشرط كون خسارة المشتري على البائع و لا نتعدى عنه الى غيره.

و رابعا: أن دلالة الرواية على فساد العقد بفساد شرطه مطلقا أو في موردها متوقف على أن يكون المراد من كون خسارة المشتري على البائع ضمان البائع لما يخسره المشتري في بيعه المبيع فإنه أمر على خلاف الكتاب و السنة إذ لا وجه فخسارة احد و كون الآخر ضامنا على خسارته شرعا.

و أما إذا كان المراد من الاشتراط المذكور شرط جبران خسارة المشتري بمال البائع بأن يكون الشرط شرط و هو أن يعطيه البائع مقدارا من ماله للمشتري إذا خسر، فالرواية تكون خارجة عما نحن فيه لأن الشرط المذكور ح شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبدا حتى يستلزم فساد العقد أيضا كما ذكرناه سابقا فتكون الرواية أجنبية عن المقام و معتبرة في خصوص موردها.

و الى هنا تحصل أن العقد لا يفسد عند فساد شرطه و لا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع و عقد و هو صحيح على طبق القاعدة و تعضد القاعدة جملة من الاخبار في صحة العقد عند فساد شرطه فمنها ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريدة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشتراها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله (ص) فقال أن شئت قعدت عند زوجها و ان شئت فارقته و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولائها فقال (ص) الولاء لمن أعتق حيث منع (ص) من الشرط لفساده و لم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٩٩

يمنع عن أصل البيع المشروط به.

و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي الأولى عن أحدهما (ع) في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث قال قضى بذلك إذا اشترط لهم إلا المواريث.

و هذه الرواية أيضا دلت على منعه عليه السلام عن شرط عدم الإرث مع تصحيحه العقد و سائر الشروط و غيرها من الأخبار.

و هذه الأخبار أيضا يقتضى صحة العقد عند فساد شرطه و قد عرفت أن الصحة هي المطابقة للقاعدة بحيث لم تكن تحتاج معها الى

الأخبار.

و لو لا هذه الأخبار أيضا كنا نحكم بصحة العقد و عدم سراية الفساد من الشرط اليه هنا.

ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سراية الفساد من الشرط الفاسد الى العقد

بان فساد العقد من جهة فساد شرطه أمر مستحيل في مقام الثبوت.

و الوجه فيه أن صحة الشرط بمعنى وجوب الوفاء عليه متوقف على صحة العقد إذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنى أنه انما يكون واجب الوفاء فيما إذا وقع في ضمن عقد صحيح و هذا التوقف ظاهر و لذا قلنا ان الشرط الغير المذكور في ضمن العقد شرط ابتدائي لا يجب الوفاء عليه و على ذلك إذا كان صحة العقد أيضا متوقفة على صحة الشرط كما هو معنى كون العقد فاسدا بفساد شرطه لدار و هذا ظاهر.

و ذكر المصنف أن في هذا الاستدلال ما لا يخفى و هو كما أفاده فإن وجوب الوفاء بالشرط و ان كان متوقفا على صحة العقد كما عرفت الا- أن صحة العقد لا- تتوقف على وجوب الوفاء بالشرط، بل يتوقف على ملزوم وجوب الوفاء بالشرط و ملزومه أن لا يكون فاسدا أي أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد و لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٠

يكون مخالفا للكتاب و السنة و هكذا فيما تتوقف صحة العقد على أمر عدمي و هو غير ما يتوقف صحة العقد فلا دور.

و لأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرض المصنف للجواب عنه هذا تمام الكلام في بيان صحة العقد عند فساد شرطه بقى الكلام في أنه هل يثبت للمشروط له الخيار، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتماليين في المقام.

ثم انه ربما يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع.

فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور و أجاب المصنف عن ذلك بأن فيه ما لا يخفى و الانصاف أن المسألة في غاية الاشكال و لم يبين وجهه لوضوحه و هو أنه لا تتوقف صحة كل من الشرط و العقد على صحة الآخر.

أما الأول فلأن صحة الشرط و كونه لازم الوفاء فرع وجود الدليل عليه من وجوب الوفاء بالشرط أو غيره و لا شبهة أن هذا المعنى لا يتوقف على صحة العقد المتوقف على شمول دليل صحة العقد عليه، نعم تتوقف صحة الشرط على الشروط المذكورة لصحة الشرط التي ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا و ليس من جملتها صحة البيع.

و اما الثاني: فلأن صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط في ضمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته، نعم إذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا و على الجملة فهذه الدعوى أيضا فاسدة.

ثم انه على تقدير صحة العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أولا، و قد وجه المصنف في صدر كلامه الاحتمالان:- الأول: بدعوى أنه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠١

كالعقل فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ثم ذكر أنه لا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو الحكم الشرعي و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال و وجه الاحتمال.

الثاني: بدعوى أن العمدة في خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفي الضرر أما الإجماع فهو منفي في المقام لمخالفة كثير من الفقهاء و ذهابهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق و غيره، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين و أوائل المتأخرين فالإجماع غير متحقق و مع ذلك لا مجال لدعوى الإجماع على ثبوت الخيار في المقام للمشروط له على تقدير تخلف إذا كان جاهلا بالحال.

و أما أدلة نفي الضرر، فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد، فإن ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر في المقام ليس من ناحية إلزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفي الضرر، بل انما هو ناش من اقدم المتضرر، فلا يكون ذلك مشمولاً لذلك، هذا كله مع أننا قد ذكرنا في خيار الغبن أن دليل نفي الضرر غريب عن إثبات الخيار بالكلية أصلا، فإنه لا يتكفل لإثبات الحكم الشرعي أصلا، وانما شأنه نفي الحكم الشرعي الضرري كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ و أدلة الإمضاء أيضا تمضي هذا المنشأ لا أضيق منه و لا أوسع منه و إلا فلا تكون العقود تابعة للقصد.

نعم، قد يكون الإمضاء الشارع أوسع مما إنشائه المتعاملان و قد يكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٢

أضيق منه كما في خيار المجلس حيث ان المتعاقدين أنشأوا البيع لازما من الابتداء و الشارع جعله لازما بعد الافتراق و كذا في بيع الحيوان بعد ثلاثة أيام و في بيع الصرف إنشاء و الملكية من الابتداء و الشارع أمضاها بعد القبض و في غير الموارد التي ورد الدليل على التوسعة أو التضييق فلا يمكن التخلف، بل ما أنشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و إذا كانت المعاملة المنشئة محدودة بالفسخ فترتفع بالفسخ، و هذا معنى جعل الخيار فيكون ثابتا بالشرط الضمني الذي مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع العقد به كما هو واضح.

نعم، إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجاب الوفاء به في الخارج مرتفع لأنه فاسد و لا يلزمه الشارع بإيجاد المحرم في الخارج و أما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك الواجب فلا مانع له ابدا.

نعم، ظرف ثبوت الخيار و هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير ممضى لإثبات الخيار له في ذلك الظرف و هذا نظير ما لو جعلنا الخيار لأحدهما من الابتداء عند عمل المشروط عليه بالحرام أو إتيانه الواجب (لا أنه يشترط شيئا و يكون نتيجة الخيار) فإنه مما لم يذهب أحد إلى بطلانه و عدم ثبوت الخيار له عند إتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت للمشروط عليه لا محالة و هذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و حرمة، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر و هذا ظاهر.

و منه يظهر أن هذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذر من الأول لأن الممنوع الشرعي كالممنوع العقلي، بل انما يثبت له فيما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط و لو كان فاسدا فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار، لأنه إنما جعله على تقدير عدم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٣

إتيانه به و لو معصية و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام في الأمر الأول من الأمور المذكورة في أحكام الشرط الفاسد، و قد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحة العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له.

و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار في تخلف الشرط ليس هو الإجماع و لا دليل نفي الضرر و لا شيء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمني أو الصريح و قد عرفت ذلك في خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك إجمالا أن كلا من البائع و المشتري إذا اشترط على الآخر شرطا اما صريحا أو في ضمني العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشرط الى جعل الخيار بداهة أن الشارط إذا اشترط إيجاد فعل على البائع، أو وصفا في المبيع معناه أن التزامي على العقد مشروط بالتزامك على إيجاد الفعل الفلاني أو بظهور المبيع على الوصف الفلاني و إذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على

العقد أن له الخيار في فسخ العقد وإيقائه و عليه ففي المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه إيجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا- شبهة ح في ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط و هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما إذا باع شيئا و الشرط في ضمنه أن يعصر الخمر و الألفه الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحة جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح.

قوله الثاني: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٤
أقول: ذكر في تقرير شيخنا الأستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له و لعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ و لكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع بأحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع في أمور و ذكر الأمر الأول و قد أطال البحث فيه و ذكر في آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا، تم تعرض للأمر الثاني فلا اشتباه من المصنف و لا من النساخ.
و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد إذا قلنا بصحة العقد و عدم فساده بفساد الشرط فلا شبهة في صحة العقد و سقوط الخيار بإسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له، و إذا أسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى في فساده فقد اختار الأول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمال الصحة بناء على أن التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيها عليه حال العقد.
ثم أجاب عنه بأن التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولي أو المكروه و لكن الأمر في المقام ليس كذلك لأن التراضي انما هو على الإنشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ انما هو العقد المقيّد و هو غير ممض للشارع فلا يفيد في المقام تحقق الرضاء المتأخر على إطلاق العقد السابق الذي إنشأ مقيدا بالشرط الفاسد و عن العلامة التردد في فساد العقد مع إسقاط الشرط الفاسد حيث احتمال الوجهين:
الأول: بطلان العقد من أصله لما عرفت.

و الثاني: توقف البيع بدون الشرط على الرضا فإن رضى به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أي الاحتمال الثاني بأنه لا يعرف وجه للإيقاف، فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٥

و حاصل اشكال المصنف بان لا نعرف وجهاً لإيقاف المعاملة بعد إنشائها و انعقادها باطلا و معه كيف ينعقد صحيحا بإسقاط شرطها و هذا لا- يقاس بالرضا و الإجازة المتأخرة أو الأذن السابق في كفايتها في صحة العقد، فإن الأذن أو الإجازة ح يتعلقان على العقد السابق، أو اللاحق، فيوجبان صحته و هذا بخلاف ما إذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضيا به سابقا و غير ما عقد عليه فإنه لا يقبل الباطل إلى الصحة.

قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

أقول: في بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الأمر الرابع و هو اما سهو من قلم المصنف رحمه الله أو من النساخ و الصحيح أن تقول الثالث و الرابع كما في بعض النسخ الأخرى و كيف كان إذا قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد و أن فساد الشرط يسرى إليه فهل يختص ذلك بما إذا كان الشرط المذكورا في متن العقد أو يعم ما إذا كان المذكورا قبل العقد و وقع العقد مبتئا عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذي لا يذكر في ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فإنه ليس هنا شرط حتى يكون

فساده موجبا لفساد الشرط و إذا بيننا على أنه أيضا شرط و لا عناية في إطلاق الشرط عليه و لا دليل على ذكره في ضمن العقد فان معنى الشرط هو الإناطة و الارتباط و هو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبتيا عليه و مربوطا به لا في حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولاً لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجاً أيضا عن الشروط الابتدائية.

و عليه يقع الكلام في أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد، و قد فصل بذلك و نقل هنا قولاً ثالثاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٦

عن المسالك و عبارته غلفة جدا و لا- نتعرض لها و لاحظها و الذي ينبغي أن يقال أنه لا شبهة في صدق الشرط على ذلك كما عرفت، و ح فلا بدّ من ملاحظة مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد و يسرى فساده إليه فإن كان ذلك هو الإجماع فلا شبهة في عدم شموله للمقام لكونه دليلاً لبيتا و المتيقن منه ما يكون الشرط المذكوراً في متن العقد و أما إذا كان مذكوراً قبله و وقع العقد مبتيا عليه فلا يكون داخلاً لمعقد الإجماع. و ان كان الدليل هو نفي الضرر فمقتضى القاعدة هو فساد العقد بفساد الشرط فإنه لا فرق بين هذا الشرط و الشروط المذكورة في ضمن العقد كما هو واضح.

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الواردة في بيع الوضعية و العينة على ما تقدم فهي منحصرة إلى صورة ذكر الشرط في متن العقد فلا يكون المقام مشمولاً لها.

و بعبارة أخرى أن مورد تلك الأخبار صورة ذكر الشرط في متن العقد و أما إذا وقع العقد مبتيا عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلا بدّ من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح ألا أنها غير تامة الدلالة كما تقدم.

و بعبارة أخرى إذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعدة و من جهة قصور المقتضى للصحة ح لأن للشرط قسطاً من الثمن فإذا فسد و اخرج قسطه يكون الثمن مجهولاً و المعاملة غريبة أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص و هو المعاملة بهذا الشرط الفاسد فإذا انتفى القيد ينتفى المقيد، فلا محالة نلتزم بالإفساد عند التبانى أيضا فما إذا قلنا أنه في حكم الشرط الملفوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضا يوجب الجهالة في الثمن و الرضا بالمعاملة مقيد باقترانها للشرط، فإذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمل الأدلة لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٧

عند فساد التبانى.

و أما إذا كان على خلاف القاعدة فيقتصر بمورد النص و الظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى الى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فساداً أيضاً، لكونه شرطاً حقيقة على ما عرفت.

نعم، إذا نسي المتبايعان ذلك و أوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرط ح مؤثراً في العقد، فان العقد بحسب القاعدة إذا لم يقيد حين الإنشاء بشيء أنشأ مطلقاً و غير مقيد بشيء و قد فرضنا أنه لم يقيد بشرط و من هنا ذكرنا سابقاً أن ترك ذكر الأجل في المتعة يوجب كون العقد المنشأ دواماً على طبق القاعدة و الرواية الواردة في ذلك مواقف للقاعدة لا مخالفة لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقاً مع عدم التقيد بشيء.

قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به.

أقول: ذكروا مورداً يكون الشرط لغواً و لا يكون موجبا لكون العقد لغواً فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط و هو ما إذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكييل فلا ينعى مع أنه لا فرق بينه و بين الكيل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد المايئة بوجه، و لا يكون دخيلاً في الرغبة إلى المبيع أصلاً، و قد صرح في موارد من

التذكرة بعدم الإفساد.

و من هنا ذكر الشهيد رحمه الله أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا و ليس له الخيار من ناحية تخلف الشرط، و وجه المصنف أن الوجه في ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن في تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابلية تقييد العقد بذلك.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٨

ثم أشكل عليه بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين فاللازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا و هذا لا بأس به لأننا لو أغمضنا عما ذكرناه سابقا من كفاية تعلق الغرض الشخصي في العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار المالية بحسب أغراض العقلاء في العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك في الشروط فلا شبهة أن ما أنشأ بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد المقيّد فلا يعقل أن يكون الممضى غير ما أنشأ حين العقد و عليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم في أن فساده يسرى الى العقد بناء على السراية أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا.

و على الجملة بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هو الربط فلا شبهة في ارتباط العقد بالشرط المذكور و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلاني عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجود الوفاء به، لأدلة الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد و اما أن نلتزم بالإفساد في هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلاني على الشرط يوجب الفساد فإنه بعد الفساد فلا محالة يوجب فساد العقد بناء على السراية، كما هو واضح، فلا وجه للاستثناء أصلا.

الكلام في أحكام الخيار

إشارة

قوله: الكلام في أحكام الخيار.

أقول: لا- خلاف بين الفقهاء في أن الخيار يورث بأنواعه و لم نجد في ذلك خلافاً إلا عن الشافعي في خيار المجلس و لعله من جهة أنه يرى الموت افتراقاً، بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك و استدلل على أنه يورث

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٠٩

مضافا الى الإجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه.

أقول: لا شبهة في أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهة أنه و ان لم يكن فرق حقيقة بين الحق و الحكم، بل كل ذلك من قبيل الأحكام الشرعية و لكن قد تقدم في أول الخيار و في أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الإنسان من الأحكام الشرعية بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و الإسقاط سمي ذلك حقا و ما لا يكون كك يسمى ذلك حكما فالجواز في الهبة من قبيل الحكم إذ لا- يقبل شيئا من الأمور المذكورة و لا يتغير عن حاله بوجه إلا أن يكون هبة لذي رحم أو على وجه قربي، فإنه يكون لازما و أما غيرهما فلا يكون لازما حتى بإسقاط الواهب حق رجوعه و يقابل هذا الجواز الحكمي اللزوم الحكمي في النكاح، فإنه أيضا حكم من الأحكام الشرعية و لذا لا يقبل الانفساخ و لو برضائه الموجب و القابل، بل طريق ارتفاعه الاختياري منحصر بالطلاق الذي بيّنه الشارع و أما رفعه، بغير ذلك كاقالة مثلا فلا يكشف من ذلك أن هذا اللزوم حكمي لا حقي كما هو واضح.

و هذا بخلاف الجواز في الوكالة فإنه يقبل التغير و كك اللزوم في البيع فإنه يقبل الحل بالإقالة أيضا و هو الانفساخ كما يقبل الحل بالفسخ فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حقي و قابل للحل و ليس الإقالة بيعا جديدا حتى يتوهم أنه لا يكون حلا للعقد السابق إذ تصلح الإقالة بعد تلف العينين و لو كان بيعا جديدا لما كانت صحيحة، كما هو واضح.

و على الجملة أنه لا شبهة في وجود الفرق بين الحق والحكم و أن كانت حقيقتهما واحدة.

و أما الخيار فهو أيضا من قبيل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملك فسخ العقد على ما يستفاد من الأخبار كقوله عليه السلام و ذلك رضى بالبيع، و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٠

نحو ذلك سواء كان ذلك الخيار مجعولا بجعل شرعى كخيار المجلس، و نحوه، أو مجعولا بجعل المتعاقدين كخيار الشرط و أشباهه كخيار الغبن و العيب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى، فإن جميع تلك الخيارات التى توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها وضعا و حلا و إبقاء و إسقاطا كما هو واضح، فإن قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق، فافهم، و لكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه لأن شموله للخيارات يحتاج إلى أمرين:- أحدهما: إحراز أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلالة جملة من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد، أى إمضاء العقد و إسقاط الخيار فإنه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد.

و الثانى: أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك، فان مفاد النبوى أن ما تركه الميت و إبقاءه بموته فى الخارج فهو لوارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجر قد ثبت له حق فى الأرض المحجرة بواسطة التحجير و قد تعلق حقه بالأرض التى هى موجودة فى الخارج، فإذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الأرض حقا و كك فى أمواله فإنها مملوكة له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت و يكون ذلك المتروك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعه فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غايه الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى، و لكن لا- يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء، أو بالالتزام ليس الأ تقييد العقد بالفسخ فتكون الملكية المنشئة مغيية بالفسخ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١١

و الفسخ يكون غايه لها و لا شبهة أن من جعل لنفسه الخيار و يقيد الملكية بتلك الغايه لا بجعل تلك الغايه وسيعه أى أعم من فسخ نفسه و فسخ وارثه و مع ذلك كيف يعقل أن يثبت الإرث فى الخيارات الأ أن يكون هنا إجماع كما هو كك، فان الفقهاء قد تسالموا على أن الخيار يورث، و قد عرفت أن المخالف هو الشافعى فى خيار المجلس فقط، و لكن مع قطع النظر عن الإجماع فلا- يمكن إثبات الإرث فى الخيارات بعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه.

و أما إثبات إرث الخيارات بالتمسك، بالاستصحاب أشكال على ما ذكره المصنف لأنه يرد عليه.

أولاً: أن الشبهة حكمية و لا- يجرى الاستصحاب فى الشبهات الحكمية للمعارضة دائما، فإن استصحاب ثبوت الخيار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث.

و ثانيا: ان الموضوع غير محرز إذ لا- ندرى أن الخيار حق مختص بالميت و قائم به لكى لا يجرى الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسيع قائم بالميت مع وجوده و حياة و بوارثه مع موته، فيكون ذلك مشكوكا و التمسك بعموم لا تنقض اليقين بالشك فى المقام تمسك بالعام فى الشبهة المصادقية.

و ثالثا: أنه بعد ما ذكرنا من اختصاص الخيار بالميت لكون الملكية المنشئة محدودة بفسخه لا يبقى هنا مورد للشك حتى نتمسك بالاستصحاب كما هو واضح، و الظاهر أنه لا يمكن إثبات إرث الخيار بغير الإجماع، و الله العالم.

قوله: بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال.

أقول: و ينبغي التنبيه على أمور الأول لا- شبهة في أن ما يكون مانعا عن الإرث في الوارث بحيث لا- يكون معه مانع عن الإرث من الموروث شيئا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٢

كالقتل و الكفر و نحوهما، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناء على جواز ارث الخيار، و هذا لا كلام فيه، و انما الكلام في أن من لا يكون وارثا بالنسبة إلى شيء خاص من أموال الميت كعدم إرث الزوجة من العقار و عدم ارث غير الولد الأكبر من الحبو، هل يكون وارثا للخيار الثابت في بيع تلك الأموال بأن مات البائع للعقار أو الحبو بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الأكبر وارثا لذلك الخيار و كك الزوجة أم لا، ففي المقام وجوه، بل أقوال القول بالإرث مطلقا و بعدمه كك، و ان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم في الإرث أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو منتقل عنه إلى غيره، فإنه على الأول يحكم بعدم الإرث و ذلك لأن الخيار علاقة فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل إليه بحيث أن يخرج ما انتقل إليه من ملكه إلى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و إدخال ما انتقل عنه إلى غير في ملكه بذلك، و لا شبهة أن المرأة ليس لها السلطنة على ما انتقل إلى الميت و هو العقار و كيف لها الفسخ و إرجاع كل من المالكين إلى مالكة الأول بالفسخ و عليه فلا خيار للمرأة في هذه الصورة لعدم تسلطها على إرجاع العين إلى ما انتقل عنه، و لا يقدر على إيجاد معنى الفسخ و لا معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما إذا كان ما لا ترث منه الزوجة منتقلا عن الميت إلى غيره فإنه ح لها السلطنة على المال المنتقل إلى الميت و هو ثمن العقار فهي قادرة على الفسخ ح لتحقيق مفهوم الخيار هنا.

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصورة السابقة و الوجه في هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل إلى البائع ملك متزلزل للبائع و إذا فسخ العقد ينتقل الثمن إلى الميت فيرث منه كل من الزوجة و غيرها، و هذا بخلاف ما إذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجة لا ترث منه فيما إذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٣

فسخ العقد و رجع المبيع إلى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنة ما انتقل عنه بإرجاعه إلى ملكه و المفروض أن الزوجة ليس لها علاقة و لا سلطنة على العقار فيما إذا انتقل إلى الميت بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا- خيار لها لأنها لا تملك شيئا بعد الفسخ و أما ان كان ما انتقل إليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمة العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما أعطاه الميت في مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجة و غيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد و جعله كأن لم يكن، و ان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل إلى البائع كالأجنبي و قد ذكر المصنف تفصيل ذلك في المتن.

أقول: الظاهر هو القول بعدم الإرث مطلقا و ذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظي دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك بإطلاقه، بل الدليل على ذلك هو الإجماع و لا شبهة أنه إجماع في المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت و عليه فلا يمكن القول بإرث الزوجة للخيار لعدم الدليل عليه و على تقدير التنزل و القول بأنها ترث الخيار في فرض بيع الميت العقار أو شرائه ذلك فلا وجه للإشكال في إرثها لما تعلق به البيع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخيار لها بالإرث أم لا فإنه على كل تقدير ترث الزوجة من متعلق البيع بعد الفسخ كما هو واضح.

فلا ثمره ح للبحث عن ثبوت الخيار لها بالإرث و عدمها كما هو واضح.

و من جهة أن الزوجة غير مالكة للعقار فلا سلطنة لها عليها كما ذكره المصنف فكيف لها أن تفسخ العقد و يرجع الثمن من المشتري. و توضيح ذلك أنه إذا كان الميت قد اشترى عقارا ببيع خيارى بأن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٤

كان له الخيار أو كان الخيار لصاحبه و هو المشتري و فسخ الوارث أو المشتري ذلك البيع فان البيع ينقلب الى عدمه فكأنه لم يكن من الأول فتكون العقار ملكا للمشتري و الثمن ملكا للميت فيكون ذلك من جملة تركته فترث منه الزوجة أيضا كسائر الورثة و لا وجه في هذه الصورة في حرمان الزوجة عن الإرث و الاشكال في ذلك ح لأن معنى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى مكانه الأول فيكون الثمن ملكا للمشتري و المثلن ملكا للبائع و ان كان معنى الفسخ هو حل العقد من حين الفسخ كما هو كك ألا أنه ليس معناه أن الفاسخ يملك العوض بالملكية الجديدة لأن الفسخ ليس معاملة جديدة بل هو اعادة للملك السابق فيكون الفسخ وسيلة للملك الميت العوض أو المعوض بذلك كما إذا نصب شبكة للصيد فوقع فيها ذلك الصيد بعد موت من نصب الشبكة فإنه يكون مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت.

و على الجملة أن الفاسخ أى شخص كان يكون فسخه سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجة أيضا وارثة من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من إرث الزوجة من غير العقار، كما هو واضح.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٧، ص: ٤١٤

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعاملة غير العقار، و لكن في مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخه الوارث أو فسخه المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و ان كان المنتقل الى الميت بالمعاملة غير العقار، و لكن في مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخه الوارث أو فسخه المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن إلى المشتري.

و لكن في هذه الصورة لا معنى من حرمان الزوجة من ثمن العقار الذى كان من جملة ما تركه الميت و ان كانت محرومة من نفس العقار بتوهم أن الثمن بعد فسخ العقد يكون ملكا للمشتري فيؤخذ من الورثة و يعطى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٥

للمشتري كما هو واضح، و ذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكا للوارث الذى من جملته الزوجة، فلا وجه لعدم إرثها عنه مع كونه من التركة غاية الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك الميت كان ثمن العقار من جملة ديون الميت فيخرج من أصل المال فكما ان الإنسان إذا أخرج ماله عن ملكه بالهبة ثم أرجعه اليه فتظهر الثمرة في إرث الزوجة.

و على الجملة فبناء على كون الخيار موروثا فلا وجه لحرمان الزوجة من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الذى باعها به كما عرفت سابقا.

ثم ان جميع ما ذكر فى إرث الزوجة للخيار و عدم إرثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجة جارى فى بيع الحبوأة أيضا بالنسبة إلى إرث الخيار هنا لغير الأخ الأكبر، قد ذكر المصنف أن الدين المستغرق لتمام التركة و ان كان يمنع عن ارث المال ألا أنه لا يمنع عن ارث الخيار، فلورثته فسخ المعاملة التى أوقعها الميت حال حياته، ثم ان جميع ذلك جار فى صورة أن يكون للميت دين مستغرق و لا يكون له تركة أزيد من الدين، و قد باع شيئا و جعل لنفسه فيه الخيار، فهل ترث الورثة الخيار هنا أو لا ترث؟ فما ذكره المصنف من الإشكال فى إرث الزوجة للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا، بل هنا أولى بالإشكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفي الاشكال هنا.

و توضيح ذلك أنه تارة نقول بأنه إذا كان للميت دين مستغرق لا ينتقل المال منه الى الورثة أصلا، كما إذا لم يكن له دين ألا بمقدار

بعض أموال الميت لا ينتقل ماله إلى الورثة بهذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ فَإِنِ الْمُسْتَفَادُ مِنْهَا أَنِ التَّرَكَةُ غَيْرُ مَا يَكُونُ مَقَابِلًا لِلدَّيْنِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ، وَعَلَى هَذَا الْمَبْنَى فَلَيْسَ لِلوَرَثَةِ حَقٌّ فِي مَالِ الْمَيِّتِ أَصْلًا وَمَعَهُ كَيْفَ يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ فِي فسخِ عَقْدِ الْمَيِّتِ وَإِرْجَاعِ الْمَبِيعِ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٦

إلى ملك الميت مع أنهم غير مسيطرين على ما انتقل إلى الميت لكونه ملكا للديان.

وإذا قلنا أن جميع أموال الميت تنتقل إلى الورثة ولكن تكون ذلك متعلقة لحق الغير وهم الغرماء والديان كما هو خلاف ظاهر الآية، فإن ظاهرها هي الصورة الأولى وح وان كان الوارث مسلطا على ما انتقل إلى الميت ومالكه له، إلا أن فسحهم العقد ورد ما انتقل إلى الميت إلى صاحبه ورد ما انتقل عنه إليه إلى الميت تصرف في حق الغير وهو غير جائزة على هذا الاشكال، فارتث الورثة الخيار هنا أسوأ من إرث الزوجة الخيار في بيع الميت العقار، لأن القول بالإرث هنا يستلزم التصرف في حق الغير ولكن القول به هنا لا يستلزم ذلك، وعليه فلا وجه لتوهم أن ارتث الورثة للخيار في صورة الدين المستغرق مورد للوفاق، وإرث الزوجة للخيار في صورة بيع العقار مورد للخلاف، بل الخلاف في أحدهما ينافي الوفاق في الأخرى.

ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار ح وإرثه له بوجه، وأما على مسلكه من كون التركة ملكا للورثة بعد الموت فلان فرع السلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من إرجاعه إلى مالكه والمفروض أن الورثة لا يتمكنون من التصرف في التركة لأنه وان كان ملكا لهم عند المشهور إلا أنه متعلق لحق الغرماء والديان، ولا يجوز التصرف في متعلق حق الغير.

ثم انه بناء على عدم إرث الزوجة للخيار فليست الورثة مستقلة في اعمال الخيار في بيع العقار وذلك لا من جهة أن الزوجة لها الخيار، بل قد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض، بل من جهة أن دليل إرث الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفظيا لكن يتمسك بظاهره، بل عرفت أن مقتضى القاعدة هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عبارة عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك إلى تحديد الملكية (لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٧

المملوك) بالفسخ و كون الفسخ غاية لها و من الواضح أن الغاية هو فسخ ذى الخيار لا هو، و وارثه، و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثة لكن قامت الضرورة و الإجماع على إرث الخيار، و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثة على الفسخ لا بعضه دون بعض خصوصا إذا كان الفسخ على ضرر الزوجة بأن باع الميت عقارا فإذا فسخت الورثة لم ترث الزوجة، فإننا لم نطمئن بثبوت الإجماع هنا إذا، فلا بد من ملاحظة المتيقن و هو اجتماع جميع الورثة و منها الزوجة على الفسخ، كما هو واضح.

قوله: مسألة: في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار.

إشارة

أقول: بعد ما بنى على جواز إرث الخيار

فيقع الكلام في كيفية ذلك مع تعدد الورثة، و قد ذكر فيها وجوه:-

الوجه الأول: أن يكون لكل منهم خيار مستقل،

بحيث يكون كل منهم مستقلا في الفسخ و الإمضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ أو الإمضاء، و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمة في باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فإنه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذى الخيار، بحيث كان له الفسخ أو الرضا، فإنه لا يطلق الرضا في مورد ألا كان طرفي الأمر من الفعل و الترك تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا.

و اما على مسلكتنا فلأنه لا إجماع محقق في إرث الخيار في المقام و ذلك لأن المتيقن منه ما إذا لم يكن متعلقه ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما إذا كان استلزم إرث الورثة الخيار ضررا على الديان كما إذا اشتراه الميت بأرخص من قيمة السوقية مثلا، أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمة السوقية مائة، فان فسخ الورثة بإرجاع ما يسوى بمائة إلى مالكة الاولى و أخذ ما يقابله ضرر على الديان، و حيث لا إجماع في المقام لا يثبت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٨

للورثة الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلك فلو سبق منهم أحد في الفسخ بان فسخ العقد أو في الإمضاء بأن أمضاه لم يبق مجال للآخرين.

الوجه الثاني: كصورة السابقة و لكن أن يكون كل منهم مستقلا في الفسخ فقط

بحيث إذا فسخ العقد لا- يبقى مجال لفسخ الآخرين، و أما الإمضاء فلا يكون إمضائه إمضاء للآخرين، بل يبقى بعد إمضاء أحدهم مجال الإمضاء غيره كما هو واضح، و هذا نظير الخيار المجلس الثابت للمتعدد فان لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعاملة دون إجازتهما لا منهما لتتوقف على اجازة كليهما، نعم تكون اجازته نافذة في حقه فقط.

الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعة و لصرف الوجود

بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثة تصدى لإعمال ذلك من حيث الفسخ أو الإمضاء كان له ذلك لتحقيق الطبيعة بذلك، و لكن لا يبقى مجال لإعمال غيره خياره في ذلك لعدم الموضوع لذلك لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعة و قد حصل.

الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف أو الربع

بحيث له أن يفسخ العقد في نصفه أو ثلثه أو رבעه، و هكذا لا أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم، بل من جهة أن كل منهم نصف من له الحق أو رבעه أو ثلثه.

الخامس: ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع

فكان الورثة قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح، و هذه هي الوجوه التي ذكرت في المقام

و لكن مع اختلافهم في كيفية إرث الحق لم يختلفوا في كيفية إرث المال، بل اتفقوا و تسالموا على أن كل من الورثة يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤١٩

كما هو واضح، و لم يخالف في ذلك أحد فيما نعلم.

و يقع الكلام هنا في مقامين، الأول في كيفية انتقال المال إلى الورثة و المقام الثاني في كيفية انتقال الحق إلى الورثة.

أما المقام الأول: فالمعروف المشهور، بل المجمع عليه أن المال الذي للميت انما ينتقل إلى الورثة على نحو التقسيم، يعني حين ما ينتقل إليها المال ينتقل إلى كل منهم بمقدار حقه دون الأزيد و لا الأنقص، و هذا هو الظاهر من الآية الشريفة أيضا حيث أنها ظاهر في أن لكل واحد من الورث هو الثلث، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا أنه تنتقل التركة إلى المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلك، و قد عرفت أن هذا و ان كان موردا للتسالم، و ظاهرا للآية و لم نسمع المناقشة فيه من أحد و لكن يشكل الذهاب إليه من جهتين: - الأولى: أن التركة إذا انتقلت إلى الورثة على سبيل الافتراض فنسل أنها انتقلت إليهم معينا بحيث يكون حق كل معلوما عند الله تعالى و ان كان مجهولا عند الورثة أو على نحو الغير المعين مثلا إذا مات زيد فترك ابنين و انتقل ماله إليهما بحيث انتقل نصفه إلى أحدهما و نصفه الآخر إلى الآخر، معينا و لو في علم الله تعالى أو غير معين، فان كان الأول فيرد عليه أنه فالمرجع في تعيين أحد النصفين لهذا الابن و النصف الآخر للابن الآخر مع أن نسبة المال إليهما كان على حد سواء و جهة الانتقال كانت واحدة، و هو الإرث فتخصيص أحد النصفين بأحدهما و النصف الآخر بالتخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح، فلا وجه لتوهم أن المال الميت انتقل إلى الورثة معينا أي حصة كل معينه في علم الله تعالى، و ان كانت مجهولة في علمهم بحيث أن من كل شيء نصفه المعين لأحدهما و نصفه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٠

المعين عند الله للآخر.

و ان كان الثاني بأن انتقل حصة كل من الورثة إليها غير معينه فيرد عليه أن مال الميت كان شيئا معلوما و أمرا مشخصا كالدينار الخارجي الشخصي مثلا فبماذا صار غير معين.

و توهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع و هو أمر غير معين كما في الشركة و بيع نصف الدار مشاعا فلا محذور فيه فاسد، بدهاه أن عنوان النصف كعنوان الثلث و الربع و غيرهما من العناوين الانتزاعية و ليست أمورا واقعية و كلامنا في واقع المال الذي تركه الميت فإنه أمر معين و مشخص بلا شبهة، و الّا فلو لاحظنا الأمور الانتزاعية فلازم ذلك أن يملك كل من الورثة أمورا غير متناهية لأننا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعا أو خمسا أو سدسا إلى غير ذلك من الفروض الغير المتناهية و هذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالا غير متناهية كما هو واضح.

نعم، يتصور ذلك في تملك الكلي في المعين و تملكه كبيع صاع من الصبرة المعينه فإن المملوك انما هو العنوان الانتزاعي الكلي ينطبق على الصياح الخارجية و اين ذهب التشخص عن ملكه و عليه لا يمكن بناء على أن مال الميت قد انتقل إلى الورثة مفروضا من الأول، هذا هو الوجه الأول.

الوجه الثاني: أنه إذا فرضنا أن الميت قد خلف عشرة أبناء و ترك من المال فلما واحدا بحيث لو قسم إلى العشرة تخرج حصة كل منهم عن المالية و يكون موردا لحق الاختصاص فقط هذه هي المقدمة الأولى.

المقدمة الثانية: أنا ذكرنا مرارا عديدة أن دليل الضمان لا يدل على أزيد من ضمان الأموال كقاعدة الضمان بالإتلاف و نحوها و إذا أتلف أحد مملوك أحد الذي غير متمول في نظر العرف لا يكون ذلك موجبا للضمان بل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢١

لم يفعل محرما أيضا لأن دليل دل على حرمة التصرف في مال امرأ مسلم لا في ملكه، و هكذا لو أتلف ما ليس بمملوك لأحد، بل هو متعلق لحق الغير كالميتة المختصة لأحد و نحوها، فإنه لا يوجب الضمان، بل لا دليل على تحريمه أيضا من حيث التصرف في متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك إزالة حقه.

و نتيجة المقدمتين أنه بناء على المشهور من انتقال التركة إلى الورثة ابتداء على سبيل الافتراض أن إتلاف التركة التي كانت قليلة بحيث مع التقسيم إلى الورثة تخرج عن المالية كفلس واحد لا يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال و المجموع و ان كان مالا

و لكنه ليس مملوكا لأحد كما هو المفروض، و هذا مما لا يمكن الالتزام به و على هذا فلا بدّ من القول بأن التركة انما تنتقل إلى الورثة من حيث المجموع و يكون الورث بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحدته و قد ملكتها الورثة بأجمعهم، فمجموع الورثة مالك واحد و شخص واحد قد قاموا مقام الميت فكان كل واحد منهم نصف المالك أو ثلثه أو ربه أو سدسه على حسب استحقاقهم و حصصهم و هذا المعنى حيث كان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف، و لذا يعبر في العرف أن كل واحد من الورثة مالك للثلث أو الربع أو السدس أو غير ذلك و من جهة لحاظ الفهم العرفي قد عبّر في الآية بلحاظ حصتهم و ظاهر الآية طرف القسيمة فلا تنافى الآية بكون انتقال التركة إلى مجموع الورثة و ان كل واحد من الورثة مالكيته بمقدار حصته.

و بعبارة أخرى أن الآية لا- تنافى مما ذكرناه من كون انتقال الإرث من الميت الى الوارث انما هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثة بحيث تكون الآية ظاهرة في انتقال التركة إلى الورثة بحسب النسبة ابتداء لتنافى ما ذكرناه فإنه مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٢

للإرث انما بحسب النسبة أى و ان لم يكن الانتقال بحسب النسبة، بل انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثة و لكن لم يبق ذلك الى الأبد، بل إذا أرادوا القسمة فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبة فحيث أن لحاظ جهة الانتقال معنى دقيق لا يلتفت اليه نوع الناس بأن يفهم كل أحد أن مالكية كل وارث بحسب نسبة استحقاقه لا أن كل واحد مالك للسدس أو الربع، مثلا، بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهة أعنى عدم التفاوت نوع الناس بذلك يعبر في العرف أن لكل واحد من الورثة المقدار الفلاني، أى يسمى في مقام البيان و الذكر جهة الاستحقاق التى ثبت عند إرادته القسمة لا عند الانتقال.

و القرآن الكريم أيضا جرى في التعبير على هذا المعنى العرفي لا- أنه ينكر أن كيفية الانتقال ليست على النحو الذى ذكرناه كما هو واضح.

و الحاصل: أن كيفية انتقال التركة إلى الوارث و أن كان على سبيل ما ذكرناه، و لكن في مقام التعبير عنها عرفا يلاحظ كيفية الاستحقاق و نسبة القسمة لأجل السهولة في الفهم كما عبّر كك في القرآن أيضا.

و يؤيد ما ذكرناه من كون انتقال التركة إلى الورثة على نحو العموم المجموعى أنه قد يكون ما تركه الميت أمرا بسيطا غير قابل للقسمة كما إذا آجر أحدا لإتيان ركعتين من الصلاة فمات قبل أن يأتى بها الأجير فإنه بناء على كون الانتقال بحسب النسبة و على نحو القسمة ابتداء كيف تكون حال هذا العمل البسيط، فهل يكون بعض الورثة مالكا لركعة و بعض الآخر مالكا لركعة أخرى أو بعضه مالكا لفاتحة الكتاب و بعضه للسورة و كل ذلك لم يكن فتعين ما ذكرناه، فافهم.

ثم ان هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد الشركة القهرية و الاختيارية و كك في بيع نصف المبيع مشاعا فان معنى الشركة واقع في المال الخارجى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٣

هو هذا.

نعم، يتصور التملك على نحو الكلى و لكنه خارج عن هذا و على هذا المسلك الذى سلكناه في إرث المال يتضح الأمر في إرث الحق أيضا، فإنه إذا كان الانتقال بعنوان المجموع فيما أمكن التبعض و التقسيم حين الانتقال كإرث الأموال فكون الانتقال على نحو العموم المجموعى فيما لم يمكن الانتقال بعنوان التبعض كما في إرث الحق أولى، فان الحق أمر واحد بسيط غير قابل للتبعض فكيف يمكن التقسيم فيه بحيث ينتقل الى كل ورثة نصف الحق على أن دليل إرث الحق هو دليل ارث المال من النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه هذا إذا كان دليل ارث الخيار هو النبوى و اما إذا اشتكلنا فيه كما تقدم و قلنا أن مدركه هو الإجماع و تسالم الفقهاء على ما تقدم فالمتيقن منه هو أن يلتزم بكون انتقال حق الخيار إلى الورثة على نحو العموم المجموعى بأن ينتقل مجموع

الخيار الى مجموع الورثة فيكون النتيجة على هذا وعلى المسلك المتقدم هو ما ذكره المصنف فلا يكون فسخ كل واحد من الورثة العقد و اعماله الخيار بذلك أو إمضائه ذلك الذي عبر في الروايات بالرضا فقال عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فلا يكون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخيار بالفسخ أو الإمضاء.

و إذا لم نقل على المقالة المتقدمة و قلنا فى إرث المال أنه على سبيل التبعض و التقسيم من الابتداء كما هو ظاهر الآية و مورد تسالم المشهور فح فالأمر فى الحقوق أيضا على نهج ما سبق و لا يمكن الالتزام بانتقال الحق إلى الورثة على حسب النسبة و الاستحقاق و ذلك أما بناء على كون دليل ارث الخيار هو الإجماع فواضح فان المتيقن منه أن ينتقل الى المجموع و تكون الورثة بأجمعهم فى حكم شخص واحد قائم مقام الميت فإنه لم يكن مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٤

للميت ألا حق واحد بسيط، و لم يتبعض له، فكيف يتبعض للورثة فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو ذلك. و أما على فرض أن يكون الدليل على ذلك هو عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه فمن جهة أنه لا دليل على تبعض الخيار للورثة بأن ينتقل إليهم بحسب نسبة استحقاقهم لأن الدليل انما دل على أن ما تركه الميت من الحق فلوارثه و من الواضح أن الميت قد ترك خيارا واحدا و حقا بسيطا غير متبعض و ح فكيف يكون لكل وارث بعض ذلك الحق، فلا بد و أن يكون هذا الحق الواحد البسيط منتقلا الى المجموع من حيث المجموع.

و بعبارة أخرى ما تركه الميت هو الحق الواحد فلا بد فى فرض إرث الورثة الحق أن يرثوا هذا الحق الواحد و ما يرثه الوارث من حصص الخيار لم يتركها الميت فلا دليل على ارث الخيار حسب نسبة استحقاق الورثة، بل لا بد فى فرض الإرث أن يفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام الميت و يكون كل واحد نصف ذى الخيار أو رבעه و هكذا على فرض نسبة استحقاقهم فى مقام التقسيم، بل الدليل على عدم ارث الخيار بحسب نسبة الاستحقاق فى المال هو أى الدليل على عدم أن الميت لم يكن له اعمال هذا الحق بالنسبة الى بعض اجزاء المبيع دون بعض سواء فى الخيارات المجعولة من قبل الشارع أو المجعولة لنفسه فليس له أن يفسخ العقد فى خيار الحيوان فى بعضه دون بعض و كذا فى خيار المجلس و غيره، و قد تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس للأصيل و الوكيل فإذا لم يكن للميت ذلك فكيف يكون لورثته أن يفسخ العقد فى بعض المبيع دون بعض على الجملة فاحتمال أن يرث كل ورثة من الميت خيارا بحسب نسبة استحقاقه فى المال بحيث يكون مسلطا على فسخ العقد أو إمضائه فى بعض دون بعض واضح البطلان.

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعى أيضا بل هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٥

أسوء من سابقه فان فى السابق كان اقلا لكل ورثة خيار بحسب استحقاقه المال من التركة و يصدق عليه ان ما تركه الميت من حق فلوارثه و فى هذه الصورة ليس ككك بداهة عدم الدليل عليه بأن يكون الخيار ثابتا لصراف الوجود فإذا سبق أحد الورثة إلى إعماله فسخا أو إمضاء لم يبق للآخر مجال مع أن الدليل كان دلا على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبيعى الوارث ليكون الخيار لمن سبق على أن دليل ارث الخيار هو دليل ارث المال فهل يتوهم أحد كون الإرث ثابتا للطبيعى بحيث كلفن سبق إلى أخذ التركة لا يكون لغيره ذلك.

و قد اتضح مما ذكرناه بطلان الاحتمال الثانى المتقدم فى أول المسألة و هو أن يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث فسخ العقد دون الإمضاء فإنه لا- دليل على ذلك أيضا على أنه إذا كان له خيار من حيث الفسخ فلما ذا ليس له خيار من حيث الإمضاء مع أن الدليل مطلق و كذا لا- دليل على الاحتمال الأول أيضا بأن يكون الخيار لكل واحد من الورثة فسخا و إمضاء على نحو الاستحقاق بحيث لا يبقى مجال مع اعماله الخيار إلى الورثة الأخرى و ذلك لأن الدليل كان يقتضى أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث بأجمعهم لا لوارث واحد.

و بعبارة أخرى أن الوارث لم يتلق الخيار ابتداء من الشارع ليكون مستقلاً في أعماله، بل يتلقاه من الميت و هو خيار واحد فلا يمكن أن يكون هذا لكل ورثة خيار مستقل إذا سبق إلى أعماله، بل هذا الخيار الواحد ثبت لمجموع الورثة و لم يتوهم ذلك أحد في إرث المال مع أن الدليل واحد.

و على الجملة أن ملاحظة كيفية الإرث في المال و اتحاد الدليل على إرث الخيار و المال يقتضى بطلان هذه المتحولات أجمع فلا دليل على أن يرث كل من سبق إلى أعمال الخيار الحق المذكور و لا يبقى مجال للبقية فما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٦

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتاً للمجموع بحيث لا يؤثر أعمال واحد منهم الخيار فسحا و إمضاء بدون الآخر واضح البطلان كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق إلى مجموع الورثة كان من حيث القاعدة مع أخذ المدرك للإرث في الخيار هو النبوي ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجي بأن الحق من جملة ما تركه الميت و قد ذكرنا أن القاعدة هو ذلك في تقسيم المال أيضاً، و ان كان المال قابلاً للقسمه و الحق غير قابل لها و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فالأمر أوضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثة مجتمعين على الفسخ أو الإمضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لو في البعض على نحو الاستقلال، بل مقتضى أخذ القدر المتيقن أن لا ينفذ أعماله الخيار فسحا و إمضاء على نحو الاستقلال حتى في البعض أيضاً كما هو واضح.

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن إرث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثة ذكر أن هذا جار في مطلق الحقوق ألا أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلاً في الاستيفاء و لا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثة على الاستيفاء بحيث إذا خالف أحدهم و عفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوفى الآخر حقه غاية الأمر في مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه، و الظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما في المتن و ان احتمله في الدروس من أن أحد الورثة إذا عفى عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع و كيف بالكلام في مدرك الفرق بين هذه الحقوق و بين الخيار حيث انا ذكرنا أن الإرث في الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثة أن يعمل خياره مع إسقاط الآخر ذلك بخلافه في الحقوق المذكورة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٧

و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثة بإسقاط الوارث الآخر حقه و كك في حق القصاص و الشفعة ضرر على ذى الحق فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة فيكون دليل نفي الضرر مانعاً عن منع غير العافى عن أعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافى لأن الحكمة فيها التشفى فباطالها بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و لا شبهة أن قاعدة لا ضرر غير موجود في المقام. و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهة أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثة بعفو بعض الآخر انما هو من جهة النص الخاص لا من جهة دليل نفي الضرر، و ألا كان ذلك مثل الخيار، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص.

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهة ان الوراث الذين في الطبقة الأولى أو في الدرجة الأولى يتقدمون على أهل المرتبة الثانية و الدرجة الثانية فمع وجود الأولاد لا تصل النوبة إلى أولاد الأولاد أو الى الاخوة مثلا و يكن مع انتفائهم تصل النوبة إلى المرتبة الثانية و الدرجة الثانية لا أن أهل الدرجة الثانية و المرتبة الثانية يكونون ولى الدم من جهة إرثهم حق القصاص من المورث لأن معنى الولى هو الذى يلي أمر الميت، فالوراث كلهم يلون أمر الميت غاية الأمر كل في مرتبته و عليه فمقتضى قوله تعالى وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا هُوَ أَنْ كُلِّ مِنْ يَلِي أَمْرَ الْمَيِّتِ وَ لَوْ مِنَ الْوَرَاثِ الْوَاقِعِينَ فِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ أَوْ فِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ فَهُوَ ولى الميت فى أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثة أن يقتص من القاتل يكونه ولى الدم و ان عفى الآخر عن

حقه غاية الأمر أنه لا بد له أن يعطى من دية المقتص منه لوارثه المقدار الذى عفى الآخر كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٨

أنه لا بد له أن يعطى حق الوارث الآخر إذا لم يعف عن حقه و لم يرض بالقصاص أيضا.

و على الجملة أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفي الضرر كما هو واضح.

و أما حق الشفعة فإن لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا دليل آخر يقتضى تلقى الورثة ذلك ابتداء من الله تعالى، و لكن لا نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار، بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى إرث الخيار بان نقول أن الميت إذا كان له حق الشفعة على أحد فمات يقومون الوراث بأجمعهم مقامه فى ذلك فلهم جميعا أن يأخذوا و يملكوا حصة الشريك المبيعة بحق الشفعة.

و أما إذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقية بأعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعة لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لإرث حق الشفعة هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعة من جملة ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الإجماع كما تقدم فى الخيار، فافهم.

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكورة أعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعة و دعواه أن حديث نفي الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه.

أولا: أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الأحكام الضرورية فى الشريعة المقدسة و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعة و من الواضح أن الوارث بإعماله حق الشفعة يجلب المنفعة و هى ضم حصة الشريك المبيعة لحصة نفسه خصوصا إذا كانت الحصة المبيعة مبيعة بقيمة رخيصة و لا شبهة أن عدم ثبوت حق الشفعة له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى قاعدة لا ضرر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٢٩

و فى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح.

و ثانيا أنه لو كان دليل نفي الضرر جاريا فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصة الشريك المبيعة بالشفعة فلما ذالا يجريه المصنف عين ذلك فى الخيار أيضا لكن يلتزم بثبوت للوارث أيضا إذ لا فارق من هذه الجهة بين الخيار و حق الشفعة خصوصا إذا كان ما باعه الميت بقيمة رخيصة فإنه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح.

و ثالثا: أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الأمة و لا- يجرى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان و من الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصة المبيعة من الشريك الذى هو المشتري ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلك نعم أصل جعل حق الشفعة للشريك مبنى على الضرر خصوصا بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعة من تطبيق لا ضرر و لا ضرار بذلك، إلا أنه لا بد من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبة إلى الوارث فلا نظمتن بذلك فان لاحتمال اختصاص التطبيق بموردة و هو نفس الشفيع مجالا واسعا كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن التمسك لإثبات حق الشفعة للوارث بدليل لا ضرر إذا فحق الشفعة و الخيار على حدّ سواء فلا بد من الالتزام بأن حق الشفعة إذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع.

على أنه لو التزمنا بثبوت للوارث أيضا فلما ذالا يختص كل منها بحصة نفسه بان يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبة حقه الذى وصل اليه من المورث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضا يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفي الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٠

الخيار لكل واحد من الورثة له أن يعمل خياره بنسبة حقه و أما الأزيد فلا فإذا أراد الفسخ يحل العقد فى مقدار حقه كأنه لم يكن من الأول و فى الشفعة أيضا إذا عمل حقه فى مقدار نصيبه و فسخه و جعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح.

و لكن هذا الإراد الأخير واضح الدفع بدهاءة أن حق الشفعة لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد و جعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل انما يتعلق بالعين و يمتلكها بالشفعة و أن كل من له حق الشفعة إذا عمل حقه فلا بد و أن يعمل ذلك في مجموع الحصه المبيعه و يمتلكها بالشفعة و هذا حكم شرعى قد ثبت بالروايات فى الشريعة المقدسة فيكون ذلك مثل الغصب غاية الأمر أنه غصب شرعى لا غصب محرم.

و من هنا ذكر المحقق فى الشرائع الشفعة بعد الغصب لأجل المناسبه بينهما كما لا يخفى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض بحيث مع عدم رضا المشتري أيضا يفسخ الشفيع و لو كان البائع باعه بقيمة رخيصة و عليه فحق الشفعة من هذه الجهه أجنبيه عن الخيار بالكلية كما هو واضح، فلا دفع للإشكال المذكور أى دعوى أنه لا ملزم لإعمال حق الشفعة فى مجموع العقد، بل لا بد و أن يعمل فى بعضه المختص لنفسه لاندفاع الضرر به.

قوله: فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم.

إشاره

أقول: إذا بنى جميع الورثة على الفسخ و فسخوا العقد فيقع البحث هنا فى جهات:-

الجهه الأولى: فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق للتركة فهل يجوز للورثة الفسخ هنا أو لا

و قد تقدم فى إرث الزوجه الخيار و الأشكال فى إرث الخيار فى صورة استغراق الدين التركة من جهه أنه أى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣١

ذى الخيار لا يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يمتلك فى مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثة ليست ككك، لما ذكرنا أن المال لا ينتقل إلى الورثة فى صورة استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ، و كك هو مقتضى الروايات كما هو واضح، و كك على القول بالانتقال إلى الورثة، أن التركة متعلقه لحق الغرماء فليس لهم التصرف فى متعلق حق الغير.

و مع الإغماض عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة قبل فسخ الورثة العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائة دينار، لترقى قيمه ما أخذه الميت بالمعاملة الخيارية فإن الفسخ هنا يوجب المفسده بين الديان، و قد لا يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة تساوى مائة دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثة فى المقام حق الفسخ أو لا فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثة هو النبوى أعنى قوله (ص) ما تركه الميت فلوارثه فلا إشكال فى جواز الفسخ لهم و ثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الإطلاق بعد إحراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركة و من جمله ما تركه الميت أى بعد إحراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى، فإنه فى هذه الصورة يتمسك بإطلاق الدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثة و ان لم يحصل لهم شىء من ذلك، و ليس للديان المنع من ذلك فإنه لا يجب للورثة حفظ موضوع التركة للديان، بل لهم إعدام موضوعها أو إبقائها كما هو واضح، فان الفسخ يعدم موضوع بقاء التركة بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها.

و ان قلنا أن مدرك الخيار هو الإجماع فالمتيقن هو صورة عدم وجود الدين المستغرق للميت و مع القول بالجواز هنا أى شمول الإجماع لهذه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٢

الصورة أيضا فالمتيقن هو كون الفسخ مصلحه للديان و مع التنزل فلا أقل لا بد و أن يكون الفسخ و عدمه بالنسبه الى حال الورثة

سيان بان لا يكون مصلحة لهم ولا مفسدة لهم، كما هو واضح.

الجهة الثانية: أنه إذا كان الفسخ مصلحة للديان فهل يجب الفسخ للورثة أو لهم إجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك،

و لا يجب عليهم الفسخ فإنه لا يجب للورثة إيجاد الموضوع للتركة أصلا، فضلا عن إيجاد الموضوع لكونها زيادة، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالورثة فهم مخيرين أيضا في ذلك، أى فى الفسخ و عدمه، كما هو واضح.

الجهة الثالثة: فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ العقد،

إشارة

فصور المسألة هنا ثلاثة،

الصورة الاولى أن يكون دين الميت مستغرقا لتركته و مع ذلك فسخ الورثة العقد

و ح فتارة تكون عين الثمن الذى أخذه الميت من المشتري أو عين المبيع الذى اشتراه من البائع الأجنبى باقية بعين أموال الميت، و ح فلا-شبهة فى أنه يأخذ المشتري فى الفرض الأول و البائع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت، فان قانون الفسخ يقتضى رد كل مال الى صاحبه الاولى، بعد الفسخ، و حيث ان المبيع فى الفرض الأول و الثمن فى الفرض الثانى قد رجع الى ملك الميت و الى محلها الاولى، فلا بدّ و أن يرجع ما يقابلها الى محلها أيضا و المفروض أن فى صورة استغراق الدين لا تنتقل التركة إلى الورثة، بل هى باقية فى ملك الميت، كما هو ظاهر قوله تعالى **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** على ما تقدم فلا بدّ من ردّ عينها الى مالكها الأول، كما هو مقتضى ضمان اليد و ان لم تكن الثمن أو المثل فى الفرضين المذكورين باقين بل كانا تالفين فان ذلك يكون من جهة الديون أيضا فتضرب التركة عليهم و تقسم بينهم على حسب ديونهم، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونة مع البقاء و مع التلف ينتقل الضمان الى البدل، فيكون من جملة الديون فان كانت التركة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٣

وافية بجميع فهو و الا يقدم المشتري و البائع فى أخذ ما يقابل مالهما على بقیة الديان أو لا فذكر شيخنا الأستاذ أنهما أحق بذلك بعد فسخ العقد و لكن لا نعرف وجهها لذلك، فإن الأحقية بالنسبة إلى بقیة الديان قد ثبت فى موردين، الأول: فى العين المرهونة فإنه إذا مات الراهن و لم يفك العين من الرهن و كان عند ديون مستغرقة للتركة فإن المرتهن أولا بالعين المرهونة من البقية فيبيع ذلك و يستوفى حقه منها و إذا كانت فيها زيادة يردّها إلى التركة و المورد الثانى فيما باع الميت قبل الموت شيئا كليا و لم يسلمه قبل الموت حتى مات فإنه يخرج المبيع من تركته قبل الديان و كل ذلك للنص الخاص و لا شبهة أن المورد ليس منها و لا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب اليه شيخنا الأستاذ فاسد جدا.

الصورة الثانية: أن لا يكون للميت دين أصلا و فسخ الوارث العقد

فان كانت العين المنتقلة إلى الميت بالمعاملة الخيارية تالفة كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ، فلا بدّ و أن يخرج من تركته و من الواضح أنه لا فرق فى وجوب أداء دين الميت من التركة بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضرورة كما أنه يملك بعد الموت أيضا بلا شبهة لصحة اعتبار الملكية له كما يصح اعتبار الملكية للكلى كمساجد و نحوه، إذ الاعتبار خفيف المؤنة فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود، فافهم، و الفرض أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل اليه بعد الفسخ من جملة تركته و الوجه فى ذلك أى فى كون ذلك دينا للميت و كون ما يرد بالفسخ من جملة تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو ردّ

كل من الثمن و المثلن الى مالكة الأول و مقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه، كما هو واضح.
و ان كانت العين باقية صريح كلام المصنف، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعاملة يأخذ العين بعد
الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جملة التركة و لكن للمناقشة فيه مجالا
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٤

واسعا كما عرفته سابقا فى إرث الزوجه، الخيار و ذلك لأن التركة بأجمعها مع عدم القرض و الوصية انتقل إلى الورثة و من جملتها
المال المنتقل الى الميت بالمعاملة الخيارية و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكة الأولى و اذن فالمال
الذى انتقل من الميت قبل موته بالمعاملة إلى طرف معاملة ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهة فى تصوير مالكية
الميت أيضا كما فى صورة مالكية المسجد، و الجهات العامة و حيث أن مقابله كان فى حكم التلف لخروجه من ملك الميت و
دخوله فى ملك الوارث فيكون ذلك من جملة ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البائع أو المشتري (الذى هو طرف المعاملة مع
الميت) عين ماله من جملة التركة و على الجملة فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقلة إلى الورثة يعد كونها بذلك فى
حكم التلف، كما هو واضح.

الصورة الثالثة: أن يكون للميت وصية أو دين و لكن لم يكن ديناً مستغرقاً للتركة، ثم فسخ الوراث العقد،

و ان كانت العين المنتقلة إلى الميت تالفه قبل الفسخ، كان مقابله من جملة الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم رد العين و مع
التعذر ينتقل الضمان إلى القيمة و البدل، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركة و يكون ما انتقل من البائع مثلا الى الميت من
الثمن بالفسخ من جملة التركة.

و ان لم يكن العين تالفه فهل يأخذ طرف الميت فى المعاملة عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البدل أو يلتزم هنا بالأمر
المتوسط، الظاهر هو الأخير، فإنه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله إلى الورثة، بل يبقى بمقدار
الدين و الوصية أيضا لو كانت فى ملك الميت كما هو مقتضى ظاهر الآية على ما تقدم و اذن فيكون الميت مشتركا مع الوارث فى
التركة مشاعا لعدم تعيين حصه كل منهما بعين خاصة، و من الواضح أن من جملة التركة تلك العين المأخوذة من الغير بالبيع فتكون
هى أيضا مشتركة بينهم، و عليه فإذا فسخ الوراث العقد فيرجع ما انتقل من الميت البائع مثلا الى ملك الميت كما هو قانون الفسخ
فيكون من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٥

جملة التركة و يرد من العين المبيعة التى هى كانت تحت يد الميت إلى البائع بعد الفسخ بالمقدار الذى فى ملك الميت، فيكون البائع
شريكا بنسبة مالكية الميت فى العين شركة مشاعية، و أما بالنسبة إلى بقية حقه أى البائع فيكون ذلك دينا فى ذمه الميت فيخرج من
أصل التركة كما تقدم، فافهم و تأمل.

و التكلم فى هذه المسألة لا يتوقف على القول بارث الخيار بداهة أن الكلام هنا متمحض لبيان حال انفساخ معاملة الميت بعد موته و
هذا تارة يكون بفسخ الوارث التى يتوقف على القول بارث الميت الخيار و أخرى يكون طرف المعاملة مع الميت من المشتري أو
البائع و هذا لا يتوقف على القول بارث الخيار، كما إذا باع الميت ماله من غيره بمائة دينار و كانت قيمته خمسين دينارا، فإن للمشتري
خيار الغبن، فإذا لم يفسخ حتى مات البائع و فسخ المشتري بخيار الغبن، فان بيان هذه المسألة و تنقيح ذلك لا يتوقف على القول
بارث الخيار، و كك إذا ترافعا فى الفسخ و عدمه و حكم بالفسخ فإنه يكون أيضا من صغريات هذه المسألة كما هو واضح.

ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسألة يقع فى ضمن صور ثلاثة التى يترتب الأثر عليها

إشارة

و أما الصور التي لا يترتب عليه الأثر فهي كثيرة و لا يهم التعرض لجميع ذلك.

الصورة الأولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركة

و قد تقدم أنه قد يكون ما أخذه الميت من الغير من الثمن أو المثلن تألفا و أخرى يكون باقيا.

و أما في صورة البقاء فلا ريب أنه بعد انفساخ العقد من ناحية الورثة أو من ناحية من هو طرف الميت من المشتري أو البائع يرجع الى ماله الذي كان منتقلا الى الميت و يسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه، و من الواضح أن المفروض أن في صورة استغراق الدين أن التركة لا تنتقل إلى الورثة، و جملتها ما أخذه الميت من طرفه في المعاملة فحيث كان ذلك باقيا بعينه فأخذه فإن مقتضى دليل ضمان اليد أن يأخذ المالك عين ماله من الضامن و مع تلفها يأخذ بدلها و المفروض ان عين المال في المقام موجودة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٦

و أما في صورة تلف العين بان يكون ما انتقل الى الميت تألفا، فيكون ذلك من جملة ديون الميت قسم التركة عليهم بحسب نسبة ديونهم و دعوى أن البائع أو المشتري أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميت من بقية الديان كما ادعاه شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل عليها كما تقدم.

الصورة الثانية: أن لا يكون للميت مال أصلا،

و مع ذلك فسخ الوراثة أو من باع المال من الميت المعاملة فإنه ح ينتقل الثمن الى الميت و أما المبيع فحيث كان تألفا فيكون الميت مديونا ببذله و اذن فإن و في الثمن بقيمة المبيع الذي هو دين على الميت يستوفى البائع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصرا به، و لكن لم يكن الثمن وافيا بقيمة المبيع، لكونه أعلى، و قد كان الميت اشتراه بأقل للغبن مثلا و هل يكون الثمن ح دينا على الميت أو يكون من مال الورثة كما أن الإرث لهم و جهان كما في المتن.

الوجه الأول: ما قواه المصنف في آخر كلامه من أن الورثة قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذمهم بئمنه من حيث انهم كنفس الميت، كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة هو أن يملك الورثة الحصة المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميت فإذا فسخ الورثة العقد في صورة عدم وجود المال للميت أو فسخه المشتري الذي هو طرف المعاملة مع الميت كان الضرر على الورثة أى يعطون الثمن للمشتري من كيسهم كما أن ثمن الحصة المبيعة في بيع الشريك حقه من كيس الورثة مع أخذهم ذلك بالشفعة.

الوجه الثاني: ان لا يكون الثمن من مال الورثة في هذه الصورة أعنى صورة عدم وجود التركة الميت بداهة أن الورثة لهم حق الفسخ في ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا، كما إذا كان الخيار للأجنبي أو للوكيل الغائب

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٧

عن الموكل، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ، و أعمالهم الخيار في ذلك العقد الذي لهم الخيار فيه و عليه فإذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضى قانون الفسخ دخول المبيع في ملك الميت و دخول الثمن في ملك المشتري، و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا في ذمته كما إذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركة له و يوفى عنه ديون الميت و على هذا فقد خرج الثمن العين عن ملك المشتري فيكون ذمة الميت مشغولة بالثمن الكلى، فلا يكون مال الورثة عوضا عن الثمن، إلما إذا أعطوه برضايتهم كما إذا

إعطائه شخص آخر أو أبرأه المشتري و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البائع و المشتري بحيث أنه يعدمه من الأول بقاء و يجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولاً، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض، فإنه على الأول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن إلى المشتري و رجوع المبيع إلى البائع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و على الثاني فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثة و المشتري، فيأخذ الورثة المبيع و يردون عوض المثلث إليهم من مالهم الشخصي، و لكن الظاهر هو الأول فإن معنى الفسخ هو حل العقد من الأول بقاء كأنه لم يكن و على هذا فلا يمكن المساعدة إلى الوجه الأول، بل لا بدّ من اختيار الوجه الثاني، فإنه بعد كون معنى الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقى مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا، فافهم. و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثة إلّا حق الفسخ فقط كالأجنبي.

و أما قياس المقام بالشفعة واضح، الفساد للفرق البين بينهما حيث عرفت سابقا أن في حق الشفعة إنما يملك الشفيع الحصة المبيعة بالشفعة من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الإمضاء بل من له حق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٨

الشفعة في فرض صحة العقد يملك الحصة المذكورة بالشفعة تملكا جديدا كالبيع، غاية الأمر أنه تجارة عن غير تراض الطرف و غضب شرعي و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجارة عن تراض و غضبا شرعيا و أى ربط له بفسخ العقد بأعمال الخيار و إرجاع كل من العوض و المعوض الى محلها الأول.

و ما ذكره المصنف من كون الورثة كالميت في فسخ العقد و يقومون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلا بدّ أن يعطوا الثمن من مالهم كما ان الميت إذا كان حيا يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل على ذلك غاية الأمر أن الدليل قام على إرث الورثة الخيار، و أما الزيادة فلا، كما لا يخفى، فافهم.

الصورة الثالثة: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم يكن مستغرقا للتركة و باع قبل موته متاعا

و كان له الخيار أو لصاحبه، فإنه ينتقل ماله حينئذ إلى الورثة و إذا فسخ الوارث العقد أو فسخه المشتري فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشتري الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجا من ملكه فيكون من التركة.

و أما الثمن فإن كان تالفا فيكون بدله دينا على الميت فيخرج من التركة لعدم الفرق في إخراج دين الميت من التركة بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت، فإن جميع ذلك يخرج من التركة أو يأخذ المشتري مقابل الثمن من المبيع الذى انتقل الى الميت بعد الفسخ فإنه يدخل في ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف في ملك الميت اما تلفا حقيقيا أو تلفا حكما كنقله الى غيره في حياته بالبيع أو بالهبه و نحو ذلك فيكون بدله دينا عليه، و لا ينتقل ذلك المبيع إلى الورثة لمكان الدين على ما اخترناه في إرث المال من انه إذا كان للميت دين لا ينتقل ماله إلى الورثة بمقدار الدين، و ان كان المبيع وafia بالثمن الذى يطالبه المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٣٩

من البائع فهو و الّا فيأخذ البقية من التركة التى ورثتها الوارث لما عرفت من عدم الفارق بين الدين السابق على الموت أو اللاحق به فان جميع ذلك لا بدّ و ان يخرج من التركة.

و ان كانت العين باقية و انتقلت التركة إلى الورثة التى من جملتها تلك العين ثم فسخ الوارث أو المشتري العقد و ح كان المبيع الذى اشتراه المشتري من الميت قبل الموت من جملة التركة و هل يكون عين الثمن منتقلا إلى المشتري بالفسخ كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه أو لا، بل يكون الثمن من جملة التركة لانتقاله إلى الورثة قبل الفسخ و ان طرأ الفسخ على العقد بعد ذلك فلا بدّ و أن يكون من جملة ديون الميت فيخرج من التركة التى من جملتها الثمن

المذكور لا عن عين الثمن فقط، كما عرفت، ربما يقال بالثاني كما ذكرناه سابقا وبينا عليه بدعوى انتقال التركة إلى الورثة مع عدم الدين و من الواضح أن الثمن كان ملكا للميت فينتقل إلى الورثة و الفسخ انما نحقق بعد كون الثمن ملكا للورثة فلا معنى لعوده الى الميت بعد فسخ العقد حتى يعود الى ملك المشتري بقانون الفسخ.

و لكن الظاهر هو الاحتمال الأول و أنه إذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري يرجع كل من العوض و المعوض الى مالكة الأول مع بقاء العين و لو في ملك الورثة كما هو قانون الفسخ و لا ينتقض قانونه بانتقال التركة إلى الورثة كما هو واضح.

و السر في ذلك أن مقتضى أدلة الإرث لفظية كانت أو لبيه ليس أزيد من كون ما يملكه الميت على أى كيفية كان منتقلا إلى الورثة فإن كان يملك أمواله بالملكية المطلقة تنتقل تلك الأموال بتلك الكيفية إلى الورثة و ان كان مالكا لها بالملكية المقيدة ينتقل اليه كك فان الدليل دل أن ما تركه الميت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٠

فلوارثه، و من الواضح أن الميت إذا ترك شيئا في ملكه بالملكية المقيدة لا يقتضى دليل الإرث انتقاله إلى الورثة بالملكية المطلقة كما هو واضح.

و عليه فان الميت كان ملكا للثمن أو المبيع مثلا في البيع الذى له الخيار أو للمشتري بالملكية المحدودة بالفسخ لا بالملكية المطلقة لما ذكرنا أن مرجع جعل الخيار في العقد كالباع مثلا الى تحديد الملكية بالفسخ بمعنى أن كل من البائع و المشتري مالك للعوض أو المعوض بالملكية الخاصة المحدودة بالنهاية المعينة و هى الفسخ فإذا مات البائع مثلا و انتقل ماله الذى من جملته الثمن المأخوذ من المشتري الى الورثة فينتقل ذلك على تلك الكيفية الخاصة أى بالملكية المحدودة فكما أن ملكيته كانت تزول بإيجاد الغاية و هى الفسخ فى حال حياته و كك تزول ملكية الورثة بإيجاد تلك الغاية كما هو واضح، و ح فإذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري انتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت و من الميت إلى الورثة و ينتقل الثمن من الورثة إلى المشتري لحصول غاية ملكيتهم المغيأة من الأول و من حين البيع، بل هذا أمر ارتكازى للمتشرع فى باب الإرث و عليه بناء العقلاء، فإنهم حاكمون بأنه إذا انتقل شىء من شخص إلى الورثة لمكان مالكيته له انما ينتقل إليهم على الكيفية التى كان فى ملكه، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما إذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمة رخيصة لاحتياجه الى ثمنه و جعل لنفسه الخيار إلى مدة ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشتري و هل للورثة ان يملكوا الدار بالملكية المطلقة بدعوى أنها انتقلت إليهم فتكون مملوكة لهم بالملكية المطلقة، بل ليس للورثة أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكا بأجمعه بالملكية المطلقة بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفية أيضا، بل مالكيتهم تابعة لمالكية الميت خاصة و عامة كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤١

فتحصل أنه إذا فسخ العقد بفعل الورثة أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكة الأول و لو كان منتقل إلى الورثة.

نعم، لو تصرف الورثة فيما انتقل إليه فى غير ما يكون المعاملة عليه بالبيع الخيارى فإن البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما بإتلافه حقيقة أو بما هو فى حكم الإتلاف كتنقله الى غيره ببيع أو هبة أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلف فليس للمشتري مثلا أن يطالب الورثة عين الثمن و لا يفيد ما ذكرناه من كون الملكية محدودة فى المقام و السر فى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الإرث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكية المحدودة بالفسخ كما ان نفس الميت كان كك، إلا أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكية فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشىء أى المملوك مملوك لمالكة مطلقا بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لمملكة الى شهر و لكن كون سلطنته مقيدة و محدودة بمدة لا يوجب كون نفوذ

سلطنته فيمن له السلطنة عليه أيضا محدودا بتلك المدة، بل يمكن ان يكون نافذا إلى الأبد إلى مدة أزيد من مدة السلطنة و المثال الواضح لهذا سلطنة رئيس الوزراء فان سلطنة و ان كانت محدودة و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ إلى أزيد مدة السلطنة كما هو واضح، و في المقام أيضا كك حيث ان سلطنة من ملك شيئا بالبيع الذي فيه الخيار و ان كانت محدودة بالفسخ و هو مالک إلى غاية خاصة، و لكن المملوك مملوك له على نحو الإطلاق فإن كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت أصلا و عليه فإذا تصرف فيه في أثناء سلطنته المحدودة تصرفا متلفا أو في حكم الإتلاف كتنقله الى غيره يكون ذلك نافذا إلى الأبد و السر في ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنة و الملكية دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الإرث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدلة الإرث لا يقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٢

أزيد مما تقدم من كون الورثة مالكا للتركة على الكيفية التي كان المورث مالكا لها و أما في النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشيء فيكون نافذا إلى الأبد.

نعم، استثنى من ذلك البيع الخيارى فإنه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع في مدة الخيار و ذلك للشرط الضمنى و سيأتى ذلك في خلال البحث في أحكام الخيار، فإنه لا بد من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشتري العقد يأخذ المبيع و يعطى بدل الثمن كما هو واضح، لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر في آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التنقيح أزيد من ذلك، و كتب السيد في حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصورة الثالثة لم أر من يتعرض لها من الفقهاء و قد حققناها بحول الله و قوته، فلاحظ و تأمل.

قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات فى انتقاله الى وارثه، إلخ.

أقول: إذا كان الخيار للأجنبى و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثة أو يكون ساقطا وجوه، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبى إذا الخيار لم يجعل للأجنبى و لوارثه، بل للأجنبى و تتكلم في ثبوت الخيار لوارثه بأدلة الإرث و نحتمل أن يكون لخصوصية الأجنبى دخل في اختصاص الخيار به.

أقول: أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبى متين و لكن لا من جهة ما ذكره من الوجه بداهة مدخلية الأجنبى في ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته و سيعه بحيث يكون مجعولا للأجنبى و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا، بل انما جعل الخيار لخصوص الأجنبى و خصوصية الأجنبى دخيل في الخيار قطعا و لكن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٣

نتكلم في ثبوته لوارثه بأدلة الإرث بأنه إذا مات الأجنبى فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخلية خصوصية كونه للأجنبى في الخيار كما هو واضح.

و عليه فيمكن أن يرث وارث الأجنبى خياره إذا صدق عليه أنه مما تركه الميت و ح فان كان مدرك ثبوت الخيار و انتقاله من الميت إليهم من جهة الإجماع فلا- شبهة أنه دليل لبين، فالمتيقن منه هو صورة كون الورثة لذى الخيار من المتعاقدين، و ان كان مدركه الدليل اللفظى و عموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه فقد عرفت الإشكال في ذلك.

و مع الإغماض ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعة و لا منفعة للأجنبى في ذلك، و الا فسخ العقد (و ان كان يمكن منعه بأنه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو إمضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لورثة المتعاقدين في صورة استغراق الدين التركة من المقرر).

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و وجهه المصنف بأنه يحتمل أن يكون ذلك من جهة عدم نفوذ فسخ العبد و إمضائه بدون اذن مولاه، و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره في القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بدهاء أن إرجاع الأمر الى عبد الغير من الوكالة و غير ذلك قد يكون تصرفا فيه و يكون ذلك تصرفا في ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما إذا أمر عبد غيره أن يمشى إلى السوق و يشتري له متاعا أو أمره بالخياطة و البناء و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ أنه ليس للعبد و لا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات.

و قد ورد في رواية أنه سئل الإمام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام: لا، و استدلل بقوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٤

و ذكر أنه شيء لا يقدر عليه العبد و قد يكون ما يرجع الى عبد الغير من الأمور التي لا يكون تصرفا في سلطنة مولاه، و لا يكون مزاحما لاستيفاء منافعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد في إجراء عقد من النكاح و غيره فان ذلك أمر لا يباح المولا و لا يكون تصرفا في ملكه بدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثل هذه الافعال من العبد (كما أنه لا يتوهم أحد أن تصور العبد شيئا بدون اذن المولى و اطلاعه حرام و هذا أيضا نظير التصورات القلبية مقرر).

و أما إذا مات هذا العبد الذى جعل له الخيار فقد ظهر مما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه، و أما توهم انتقاله الى مولاه بديهى الفساد لعدم كونه وارثا للعبد و كون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهة الإرث بل من جهة أن العبد لا يملك، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكية المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح.

قوله: مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

أقول: قد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أن ما يكون مسقطا للخيار و إمضاء له أمران: - الأول: ما يكون مصداقا للإسقاط بحيث يكون ذى الخيار معتبر الكون العقد لازما و باقيا و يظهره بمبرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول فان ذلك أى إسقاط الخيار كبقية الأمور الإنشائية يحتاج الى الاعتبار أولا، و الى الإظهار ثانيا، بحيث يكون مسقطا له بالحمل الشائع و هذا لا شبهة فيه، و بهذا أشار الإمام عليه السلام فى جملة من الروايات و ذلك رضى بالعقد أى مصداق لإظهار الإسقاط لا أن الرواية تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبدا، بل يعلل أن كون مسقطا من جهة الرضا بالعقد و قصد ذى الخيار الإسقاط كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٥

الثانى: أن يكون مسقطا تعبدا و ان لم يكن مصداقا للإسقاط بالحمل الشائع، بل لم يقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لكن التعبد الشرعى أوجب سقوطه بذلك كالتقيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل النظر إليه فان ذلك كله يوجب سقوط الخيار تعبدا أو لم يكن هنا تصرف أصلا فى شيء من العوضين كالتفرق الموجب لسقوط خيار المجلس فإنه يوجب تعبدا كما هو واضح، و قد تقدم ذلك كله و الكلام هنا فى أن ما يوجب سقوط الخيار هل يوجب تحقق الفسخ به أيضا أم لا؟ الظاهر أنه لا شبهة فى أن ما يكون مصداقا لسقوط الخيار فهو مصداق للفسخ أيضا، سواء كان بالقول أو بالفعل أو بغير ذلك، فمن هذه الجهة لا فارق بينهما، هذا لا شبهة فيه.

و انما الكلام فى أن ما يكون موجبا لإمضاء العقد و سقوط الخيار من التصرف اما لكونه مصداقا للسقوط أو تعبدا إذا وقع على ما انتقل إلى ذى الخيار بأن تصرف المشتري فى الحيوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فى مجلس العقد و هل يكون ذلك فسخا تعبدا أو لكونه مصداقا له إذا وقع على ما انتقل عنه بان باع زيدا جارية قبلها يعد التسليم أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها أو لا مسها أو لا يوجب الفسخ. فقد ذهب جمع من العلماء الى الثانى و أن الفسخ يتحقق بذلك كما أن الإمضاء كان متحققا بها إذا وقعت على ما

انتقل الى المتصرف، أقول: ان كان التصرف فيما انتقل عنه مصداقا للإسقاط فلا شبهة في كونه موجبا للفسخ و مصداقا له كما كان مصداقا للإمضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للإسقاط إذا وقع على ما انتقل اليه، بل يكون مسقطا تعبدا كما إذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ إذا وقع على ما انتقل عنه لا من جهة التبعيد لكونه ثابتا في التصرف فيما انتقل اليه، فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما إذا باع جارية ثم قبلها أو مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٦

لا مسها أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها و لا من جهة كونه مصداقا للفسخ لما عرفت أنه لم يكن مصداقا للإمضاء و لسقوط الخيار و إمضاء العقد فلا يكون مصداقا للفسخ أيضا، كما هو واضح، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و الإظهار، فالتصرفات المذكورة غير قابلة لذلك.

و على الجملة ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب المتفاهم العرفي و ان لم يعلم قصد الفاسخ أو علم قصده بأنه أراد بفعله هذا فسخ العقد لا شبهة في تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الإمضاء و ان لم يكن كك، بل كان ذلك إمضاء للعقد من جهة التبعيد فقط فلا يكون فسحا للعقد قياسا كما هو واضح، فإن تسريته من مورده و هو التصرف فيما انتقل إليه إلى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله في مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فإذا تحقق الأمور المذكورة من اللمس و النظر و التقييل بأن أوقع الأمور المذكورة فيما انتقل منه فهل تكون ذلك أماره على كون البائع مثلا قاصدا للفسخ أم لا، و الفرق واضح بين المقام و بين ما تقدم في مقام الثبوت، فان الكلام هناك في كونه مصداقا للفسخ مع القصد و عدم كونه مصداقا له مع عدمه و في المقام البحث في كاشف القصد بأنه يكشف عند الظهور أم لا؟ فافهم ذكر المصنف أن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك أو بإذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامة و غيره.

ثم ذكر أن أصالة حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعتمدة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت لوازمها، و ذكر أن ذلك حقق في الأصول.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٧

أقول: ذكر في الأصول أمران، أحدهما: أن لوازم الأصول ليست بحجة بخلاف لوازم الأمارات فإنها تثبت بها كما تثبت الدلالات المطابقية، و ذكرنا نحن أيضا في البحث المذكور أنه لا فارق في ذلك بين لوازم الأصول و لوازم الأمارات فإنها في كليها لا تثبت إلا إذا قام الدليل على ثبوتها و حجية الأمارات بالنسبة إليها كما أنها حجة في الدلالات المطابقية و قد قام بناء العقلاء على ثبوت تلك اللوازم في الأمارات التي كانت من قبيل الألفاظ فإنه كما قام على حجية الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقية بحسب ما يستفاد من ظواهر اللفظ و كك قام على ثبوت لوازمها أيضا و حجيتها بالنسبة إليها و ذلك كالروايات و القرآن و من القبيل الأقارير و الجامع أن كل ما يكون في مقام التكلم و الإفادة و الاستفادة و المرافعات و غيرها من قبيل الألفاظ تثبت فيها بناء العقلاء لوازمها كما تثبت مدلولاتها المطابقية أيضا كما هو واضح.

و أما إذا لم يكن من هذا القبيل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم، و مثلنا لذلك هناك بأنه ورد أنه إذا اشتبهت القبلة يتحرى من اشتبه عليه ذلك فيأخذ ما هو أحرى فإن الظن و ان كان حجة هنا للمتحرى و لكن لا يثبت بذلك لوازمه كالوقت مثلا بأن يثبت بكون القبلة هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا، يحكم بان الشمس إذا وصلت الى النقطة الفلانية يحكم بتحقيق الظهر، و مقامنا من هذا القبيل حيث انه على تقدير أن حمل فعل المسلم على الجائر و الصحيح من الأمارات و لكن لا يثبت بها لوازمها لعدم الدليل عليه، ففي المقام غاية ما يستفاد من السيرة أو من الروايات كقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه، و نحو ذلك أن نحمل فعل ذي الخيار

الواقع على ما انتقل عنه على الصحيح و أنه لم يفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لكونه لازم كون فعله صحيحا لا يثبت بذلك كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٨

الأمر الثاني: ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت في الشريعة المقدسة انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما إذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلا بد من أن يحمل على الصحيح و على الجائز بأن لا يعامل معه معاملة الفساق من جهة ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل لذلك بأنه إذا تجاوز شخص عن شخص و تكلم بكلام و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحة أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره، و أما إثبات أنه سلم بحيث يجب رد جوابه فلا، لعدم الدليل عليه، و هذا الذي ذكره (ره) في قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة في الأصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا، و لا يمكن المساعدة على ما ذكره في المقام كما هو واضح.

و عليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرف على الوجه الجائز و أنه لم يفعل حراما إنشاء الله، و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا- دليل عليه كما هو واضح، هذا كله فيما إذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم و التفات أو علم أنه تصرف عن غير علم و أما إذا علم أنه تصرف في ذلك غفلة عن بيعه ذلك أو نسيانا فإن الأمر هنا أوضح فإنه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح.

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصحة الذي من قبيل الامارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة ليست من الأمارات بل من الأصول العملية فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الأمارات فلا دليل على حجته لوازم مطلقا الأمارات لفظية كانت أم غيرها، كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٤٩

هذا كله فيما إذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجية و لذا احتاج الى حمله على الصحة.

و أما إذا لم يكن من التصرفات المحرمة كما إذا لم تكن خارجية، بل من التصرفات الاعتبارية التي يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمة تكليفا و ان كان نفوذه وضعيا يحتاج الى الاذن و ذلك كالبيع و الهبة و العتق و نحوها، فان مثل هذه التصرفات الاعتبارية يصح تعلقها بمل الغير فضولة، فلا يكون محرما.

و دعوى أن الفضولية لا- تجرى في مثل العتق و نحوه من الإيقاعات للإجماع و ان كانت صحيحة ألما أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفلة و الاشتباه و الجهل في حق المتصرف و عليه فإذا تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه تصرفا اعتباريا ناقلا كالبيع و الهبة و العتق و نحوها فإنه لا شبهة في أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت في ملكه إذ لا يبيع إلما في ملك و لا عتق إلما في ملك و لا- يجوز هبة مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات و ان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضولة ألما أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال، بل لا- يقع عتق مال الغير صحيحا للإجماع و للتسالم على عدم جريان الفضولي في الإيقاعات كالعتق و الطلاق، و لكن الكلام في حجية هذا الظاهر و ان كان هو موجودا فان كل ظاهر ليس بحجة، فإنه كان حجيته بالظن الحاصل من ذلك الظاهر، فان المظنون أن الإنسان إذا باع باع مال نفسه أو عتق مال نفسه و هكذا فلا دليل على حجيته ألما من جهة الغلبة و لا حجة للظن الحاصل منها.

و بعبارة أخرى أن مدرك حجية هذا الظهور أن كان هو الظن فلا دليل على حجيته و ان كان شيء آخر من الأدلة الخاصة فلم نر دليلا خاصا على اعتباره كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٠

و قياس المقام بحجية ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بدهاءة أن الوجه في حجية ظواهر الألفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئاً فلانيا مثلاً أن يتكلموا بلفظ فلاني و بنوا أيضاً على أنه إذا تكلم أحد بكلام له ظاهر في معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و ألا فلا دليل على حجية مطلق الظواهر كما هو واضح.

و ربما يقال انه إذا باع ذى الخيار مثلاً ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكة الفعلى فضولاً و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصالة و لكن فسخ العقد ببيعه هذا، فالأصل عدم قصده بيع ذلك عن غيره.

و فيه أولاً: أن هذا الأصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الأصل المثبت ليس بحجة.

و ثانياً: أنه لا يعتبر القصد فى بيع مال الغير فضولاً كما لا يعتبر ذلك فى بيع مال نفسه، بل يكفى مجرد قصد البيع و إبرازه بمبرز، و قد ذكرنا فى أول البيع أن حقيقة البيع هو هذا.

و عليه فلا قصد هنا حتى نفيه بالأصل و هذا واضح، نعم يعتبر ذلك فى بيع الكلى كما تقدم فى بيع الكلى بدهاءة أنه لا يتعين بدون الإضافة إلى ذممة معينه سواء كانت ذممة نفسه البائع أو شخص آخر، و انما يتعين الكلى بالإضافة إلى محل خاص و تقيده بقيد خاص و لكنه أجنبى عن المقام كما هو واضح.

و بالجملة فلا- يمكن إثبات كون التصرفات الواقعة على ما انتقل عنه فسخاً للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة و لا بظهورها فى الفسخ، و لا بالأصل العملى كما مر، فافهم.

قوله: مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟

إشارة

أقول: إذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجياً تكوينياً أو اعتبارياً، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو فى أثناءه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥١

وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكرة بدعوى أن الإسلام يسان به المسلم عن القبيح، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلا بدّ و أن يقع جزء منه أو تمامه محرماً و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحة و صيانة الإسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلا بدّ و أن يكون التصرف كاشفاً عن وقوع الفسخ قبله و استدلو على مرامهم بالروايات الدالة على لزوم العقد بالتصرف معللاً بأنه رضى بالعقد، فإنه يكون كاشفاً عنه بعد الوقوع، و حملوا على ذلك كلمات جملة من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلك التصرفات الاعتبارية بدهاءة أن حصول الملك بالبيع مثلاً يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور.

و فيه أولاً: أنا ذكرنا آنفاً أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقاً للفسخ لا كاشفاً عنه، فلا معنى لكونه كاشفاً عنه على أنه لو كان الأمر كك، فلازمه ان يكون الإرادة فسخاً فان ما هو قبل الفسخ هى الإرادة و من الواضح أنه ليس بفسخ، بل ارادة فسخ كما هو واضح.

و ثانياً: أن لازم ذلك أن لا- يحصل الفسخ باللفظ أصلاً فإنه يكون كاشفاً عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره و هو خلاف الضرورة بين الفقهاء فإنهم حكموا بكون الفسخ محققاً باللفظ أيضاً.

و أما الروايات الدالة على تحقق الرضا بالتصرف فلا شهادة فيها على ذلك بدهاءة أن معنى الرضا هنا عبارة عن للإمضاء أى التصرف

رضاء بالعقد و إمضاء له ضرورة أنه لا معنى لحمل الرضا الذي هو أمر قلبي على الفعل التكويني الخارجي، فيكون الروايات الدالة على حصول الرضا بالتصرف أجنبية عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لكونه كاشفا عن الفسخ و بعبارة أخرى الرضا له معنيان أحدهما الرضا القلبي و الثاني الرضاء الخارجي، و المراد مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٢

منه في المقام الثاني بمعنى أن التصرف إمضاء للعقد و إنفاذا له و اجازة و رضاء علمي به لا أنه رضاء قلبي و القرينة على كون الثاني مرادا هو عدم صحة حمل الأمر القلبي على الفعل الخارجي كما هو واضح، و يمكن حمل كلمات الفقهاء أيضا على ذلك فان حكمهم بكون التصرف رضاء بالعقد لعله من جهة كون بنائهم على كون التصرف مصداقا للرضا العلمي و للإمضاء و الإجازة. و من هنا التجأ بعضهم الى كون الفسخ حاصلًا بعد تحقق التصرف في الخارج و ح فيكون التصرف مصداقا للفسخ. و لكن يرد عليه أن لا يزم ذلك وقوع التصرف الاعتبارية كلها في ملك الغير فإذا باع يكون بيعه في ملك الغير و إذا وهب أو عتق يكون كل ذلك واقعا في ملك الغير، فيلزم أن الأمور المذكورة لم تقع في ملك نفس الإنسان المتصرف. نعم، لا بأس به بناء على جواز بيع الإنسان شيئا ثم ملكه ألما أنه لا يجري في مثل العتق للإجماع على أنه لا يجري الفضولية في الإيقاعات كما عرفت، بل ربما يكون التصرف حراما و إذا ترتب عليه الأثر و هو الفسخ، و تملك الفاسخ المال المنتقل عنه كما إذا كانت التصرفات خارجية كالتقيل و الوطي و اللمس في الجارية و غير ذلك من التصرفات التكوينية الخارجية و هذا كله لا يمكن الالتزام به و قد اختار المصنف معنى متوسطا بين كون الفسخ حاصلًا من الأول و قبل التصرف أو بعده. و قال بما حاصل كلامه: أن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع إلا المعنى المأخوذ من العرف في قولهم بعث و عليه فالفسخ الموجب لملك الفاسخ، المال المنتقل عنه انما يحصل بأول جزء من التصرف الاعتباري أو الخارجي

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٣

و أما النقل و التملك العرفي، إنما يحصلان بتمام التصرف أي بالبيع و العتق مثلا، و ح يقع البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات القولية عقدا كان أو إيقاعا في الملك و لا دليل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصرفات القولية واقعا في الملك بجميع أسبابها و مسبباتها، بل يكفي في وقوعها في الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أي و يحصل المسبب في الملك و أما لا بد و أن يكون سببه أيضا بجميع أجزائه حتى الجزء الأول في الملك، فلا دليل عليه كما هو واضح. ثم التزم بحرمه الجزء الأول تكليفا في التصرفات الخارجية كالوطي و التقيل و نحوهما، و لكن هذا لا ينافي حرمة ذلك حصول الفسخ به و ضعا أي لا ينافي حرمة السبب من بعض الجهات صحة حصول المسبب، كما لا يخفى. ثم قال و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان لا يخلو عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات و ضعا و تكليفا و كذا لا ندري أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات و ضعا و تكليفا مع أنه رحمه الله صرح قبل أسطر بحرمه الجزء الأول من التصرفات الخارجية و أيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانيان مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل أسطر في كلامه.

و الحاصل: أن الكلام في تحقق الفسخ بالتصرف في ما انتقل عن ذي الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل في أثناء التصرف و جوه، و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانة الإسلام المسلم عن فعل القبيح، فلا بد من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف، لئلا يكون أمثال البيع و العتق و غيرهما من مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٤

التصرفات الاعتبارية تصرفا في ملك الغير، و لئلا يكون مثل الوطي و التقيل و أمثال ذلك من التصرفات الخارجية محرمة تكليفا، و

لكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهة أن البيع وغيره من التصرفات الاعتبارية وكك التصرفات الخارجية بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، و إلا فلا بدّ و أن يكون الفسخ محققا بإرادة الفسخ، و من الواضح أن ارادة الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، و يضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضا، بل لا بدّ و أن يكون ذلك كاشفا عنه لعدم الفرق في ذلك بين اللفظ وغيره، و هو بديهى البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ و كيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصنف وغيره بأن الفسخ لا- يحصل بالنية و البناء القلبي، بل هي من الأمور الإنشائية فلا بدّ و أن يتحقق بالإظهار بمبرز فبمجرد ارادة الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

و قد تقدم الاستدلال على ذلك بروايات لسقوط الخيار بالتصرف كقولهم عليهم السلام و ذلك رضى بالعقد و الجواب عن ذلك فى البيان الأول فراجع و من هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف و يكون حاصلًا بعد تمامية السبب. و فيه أن لازم ذلك أن يكون التصرفات الاعتبارية من البيع و الهبة و العتق واقعة فى ملك الغير و الالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه و أن كان متينا و لكنه لا يتم فى العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعدم صحة العتق بالإجازة المتعقبه و عدم جريان الفضولية فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

و أما التصرفات الخارجية من الوطى و التقييل و غير ذلك فتكون محرمة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٥

تكليفا و الحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتبارية و الخارجية من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح. و قد أجاب المصنف عن الاشكال بالالتزام بالأمور المتوسط و حاصله أن التصرفات الوضعية فإنما يحصل الفسخ بها بالجزء الأول و يحصل النقل و الانتقال بتمامية السبب غاية الأمر لا يكون تمام السبب فى ملك البائع أو المعتق و هذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا فى ملك البائع و انما المسلم هو لزوم كون البيع واقعا فى ملك و المفروض أنه وقع فيه و بهذا يحمل الأخبار الدالة على أنه لا- بيع إلّا فى ملك و لا عتق إلّا فى ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا فى الملك و كذا العتق و أما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا فى الملك فلا يقتضيه الدليل و السرّ فى هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفى و هو النقل و الانتقال المعبر عنه بمبادلة مال بمال و لا شبهة فى حصول المبادلة و النقل و الانتقال هنا بنظر العرف و ان كان جزء سبب ذلك واقعا فى ملك الغير فان ذلك لا يضرّ بالمسبب الذى يسمى بيعا أو غيره من المعاملات.

و بعبارة أخرى البيع الحقيقى و واقع البيع عبارة عن المسبب الذى هو البيع العرفى المسمى بالمبادلة و هو حاصل فى ملك البائع و كذلك العتق و أما السبب فليس بواقع البيع و حقيقته فلا محذور فى وقوع جزء منه فى ملك الغير.

و أما فى التكليفيات فلم يدفع الاشكال و التزم بكون التصرفات الخارجية محرمة بالنسبة إلى الجزء الأول نعم ذكر فى النتيجة أن الأقوى ما ذكره الشهيد و المحقق الثانى بالنسبة إلى الجواز التكليفى و الوضعى و لكنه لم يبين وجه ذلك و دليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح، هذا، محصل كلام المصنف.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٦

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فيما ذكره فى الوضعيات أيضا و ذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جار هنا أيضا، فإن ذلك يرجع الى كون ارادة الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بدهاه أن الجزء الأول من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلا- بدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن ارادة الفسخ و يكون ذلك هو المسقط كما هو واضح، لا يخفى فافهم، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمة بع من دون أن يعقب ببقية الصيغة مع أنه لم يلتزم به أحد على أن لازم ذلك أنه لو ندم بعد إيجاد الجزء الأول من التصرف

عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرد لفظ (بع) و هذا أيضا بديهي البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح.

و التحقيق أن يقال انه تارة يقع الكلام في الوضعيات و أخرى في التكاليفيات،

أما الكلام في الأولى فأيا يقع في جهتين

إشارة

الأولى في العقود و الثانية في الإيقاعات أيضا.

أما الجهة الأولى [في العقود]

فلتزم فيها بأن الفسخ انما في الإنشاء و لكن لا على النحو الذي ذكره المصنف، بل بالإيجاب فقط فإنه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلك مصداقا للفسخ و إيجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع في ملك الغير بداهة أن البيع لم يتم بالإيجاب الساذج، بل يتوقف تماميته بتحقيق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع في ملك الغير، بل الإيجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع، بل كونه يباع معلق على مجيء القبول و تحققه في الخارج فكأنه قال البائع بعتك على تقدير تحقق القبول

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٧

من القابل و لا يضر التعليق هنا فان توقف الإيجاب على القبول و تعلقه عليه من طبعه البيع و بقاء العقود فهو في مثل ذلك ضروري. و قد ذكرنا في أول البيع في أنه مبادلة مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادلة، بل المبادلة الخاصة أى على تقدير قبول المشتري و كونه تعليقا لا يضر فإنه طبعه البيع و من الأمور الضرورية فإنه لا يبيع البائع متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح، و وقوع الإيجاب فقط في ملك الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلك في ملك الغير لا ما هو جزء السبب فإنه لا يزيد من اللفظ كقوله بعتك المتاع الفلاني فلا يقال بمجرد وقوع الإيجاب من اللفظ و غيره في ملك الغير أن البيع وقع في ملك الغير ضرورة أن البيع عبارة عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالإيجاب و كيف يكون واقعا في ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب في ملك الغير و الروايات الدالة على أنه لا يبيع إلّا في ملك انما هي ناظرة الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفي الذى هو النقل و الانتقال كما في المتن) إلّا في ملك لا ما هو جزء السبب أعني الإيجاب الساذج.

أما الجهة الثانية: أعني الإيقاعات

فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور في المعاطاة من كونها مفيدة للإباحة أن الملكية في مثل أعتق عبدك عنى إنما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهة اقتضاء الدليل العقلي أو العرفي ذلك، بل من جهة الجمع بين الأدلة حيث ان مقتضى الروايات أنه لا يبيع إلّا في ملك و أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينها أن الملكية إنما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الآ العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الذى سمي بالملكية

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٨

التقديرية ليس مجرد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكية التقديرية بل لها حقيقة و أن الملكية تحصل حقيقة و واقعا غاية الأمر أن زمانه قليل و ان هذه الملكية غير قابلة لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط.

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بأن يقال انه تحصل الملكية الآنية الحقيقية التي تسمى بالملكية التقديرية للمتصرف ثم يعتق.

و بيانه أن الفاسخ إذا تكلم بصيغة العتق فقبل أن تتم الصيغة بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكية الآنية بين هذا الحرف الباقي و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق في الملكية فإن العتق انما يحصل بعد تمامية الصيغة أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغة فإنه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذي هو العتق إلا بتمامية سببه، و قد عرفت أنه لا محذور في وقوع مقدار من سبب البيع و العتق في ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بد و أن يكون سبب العتق واقعا في ملك، بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه في ملك الغير و هو العتق كما هو واضح.

نعم، عند إيجاد السبب لم يحصل العتق، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكية الآنية المتوقفة على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أي الفسخ يحصل بإيجاد السبب إلا الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بإيجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا بد و أن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضر كما إذا قال بعتك المتاع الفلاني على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجري في العقود أيضا إذا منعنا عن وقوع الفسخ بالإيجاب فقط فإنه يلتزم بالملكية التقديرية في الآن الأخير من زمان تمامية القبول من ناحية المشتري و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ما ذكره بعضهم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٥٩

من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل و تقرب الدور هو أن البيع يتوقف على الملكية أي حصولها للبائع و حصولها للبائع يتوقف على الفسخ و الفرض أن الفسخ لا يحصل إلا بالبيع الذي يتوقف على الملكية، فلزم الدور المستحيل لا- لما ذكره الشهيد (ره) من كون الدور معيا إذ لا نفهم أنه ما ذا أراد من كلامه هذا بداهة أن الدور المعنى انما هي في المتلازمين الذين معلولان لعلة واحدة كالبتين الموضوعتين على هيئة خاصة و لا نعقل هذا المعنى في المقام فان الدور لو كان فإنما هو توقيفي لا معنى، و لكن الذي يسهل الخطب أنه لا دور في المقام، هذا كله في الوضعيات فقد اتضح أنه لا إشكال في تحقق الفسخ بذلك.

و أما الحال بالنسبة إلى الحكم التكليفي في التصرفات الخارجية

فقد ذكر المصنف أولا أنه يحرم التصرف الخارجي في الجزء الأول تكليفا ثم ذكر و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة لا- يخلو عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعيا و لم يبين وجه ذلك أقول تارة نقول أن جواز التصرف في المال هو مترتب على كونه ملكا له قبل هذا التصرف قبليه رتيبه، فلو لم تحصل الملكية للمتصرف بعد و انما تحصل الملكية بنفس التصرف لا يجوز ذلك و لا يكفي في الجواز التكليفي إلا أن يترتب التصرف على الملكية.

و أما لاتحاد الزماني فلا يكفي في الجواز التكليفي و ان حصل الفسخ بذلك وضعيا و كك التصرف في الأمة و هذا نظير أن يقال أن التصرف في المرأة حرام ما لم تحصل الزوجية قبل ذلك بان يقال ان الظاهر من قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أو **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التي لا تجوز لغير الزوج في زوجته في مرتبة متأخرة عن الزوجية و الملك اليمين فلو حصلت الزوجية أو الملكية في زمان واحد فلا يكفي ذلك في جواز

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٠

ذلك التصرف الذي به تحصل الملكية و الزوجية، ففي المقام أن الملكية إنما تحصل بنفس التصرف الخارجي فيتحققان في زمان واحد و ان كان التصرف متقدما على الملكية من حيث الرتبة.

و على الجملة قد يقال بأن المستفاد من الآية الشريفة أن حلية الأمة بحيث يجوز التصرف فيها لا بد و ان تكون مترتبة على الملكية بحيث أن تحرز الملكية في الرتبة المتقدمة ثم يجوز التصرف الخارجي فيها و كك في الأعيان الأخر التي وقعت مبيعة أو ثمنا بأن يقال أن جواز التصرف فيها تكليفا مترتبة على تحقق الملكية قبل ذلك و ألا فلا يجوز التصرف تكليفا و ان حصلت الملكية و التصرف في زمان واحد نظير أن يقال أن جواز التصرف في المرأة مترتب على تحقق الزوجية قبل هذه المترتبة و عليه فلا- يجوز التصرف التكليفي في المال المنتقل عنه بحيث يحصل الفسخ و الملكية بذلك فإذا قلنا بذلك فالحرمة باقية على حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف كما هو واضح.

و كنظير ما ورد أن الماء إذا بلغ قدر كتر لا- ينجسه شيء أن الظاهر هو أن تكون الكرية متحققة قبل تحقق الملاقاة بحيث لو كانت الكرية متحققة حين تحقق الملاقاة يحكم بالنجاسة لأجل ملاقاة النجاسة بما ليس بكر فان ظاهر قوله عليه السلام الماء إذا بلغ قدر كتر لا ينجسه شيء أن الكرية لا بد و ان يتحقق قبل الملاقاة بالنجاسة قبلية رتبة.

و أخرى نقول بأنه يكفي في جواز التصرف في الأموال كونها مملوكا للمتصرف و لو كانت الملكية حين زمان التصرف كما في حصول طهارة البدن و الغسل بالغسل الأولى فيما إذا كان البدن متنجسا بنجاسة لا يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإن الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسة أو عن غيرها بهذه الغسل الواحدة كما ذكرناه في حاشية العروة إلا إذا كانت النجاسة مما يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإنه لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦١

يمكن الالتزام بحصول التطهير و الاغتسال بالغسل الواحدة بل تبقى النجاسة بعد على حالها و على هذا فيمكن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملين فيما انتقل عنه لكفاية حصول الملكية في زمان التصرف في جواز التصرف تكليفا من غير احتياج الى تحقق الملكية قبل التصرف رتبة.

و على الجملة فإن قلنا بالاحتمال الأول فلا يمكن دفع الاشكال عن التصرف بالنسبة إلى الجواز التكليفي، بل لا بد من الالتزام بالحرمة التكليفية و ان قلنا بالثاني فيجوز التصرف تكليفا لكفاية تحقق الملكية في زمان الفسخ و التصرف في الحكم بجواز التصرف تكليفا كما هو واضح.

و الذي ينبغي أن يقال هو أن الظاهر من قوله عليه السلام لا يجوز التصرف في مال أمرا إلا بطيب نفسه هو أن التصرف الواقع في ملك الغير بدون اذنه حرام بحيث لم يكن التصرف في زمان كون الشيء ملكا له و أما إذا كان التصرف في زمان حصول الملكية للمتصرف و ان لم يكن في مرتبة فإنه لا يشمل دليل حرمة التصرف لعدم كونه في مال الغير، بل انما هو في مال نفسه.

و بعبارة أخرى أن مقتضى الظاهر من الأدلة الدالة على حرمة التصرف في مال الغير هو أن يكون المال مال للغير في زمان التصرف بأن يكون المال حين اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغير و أما لو كان ما تصرف فيه المتصرف مال نفسه في زمان التصرف، و ان كان مرتبة التصرف قبل مرتبة الملكية بحيث ان التصرف بحسب الرتبة قد وقع في مال الغير فلا يشمل دليل حرمة التصرف و الله العالم، و يكون ذلك نظير حصول طهارة البدن و الغسل بغسل واحدة في زمان واحد، كما هو واضح.

نعم، كون التصرف الخارجي جائزا تكليفا في مثل الأمة متوقف على إثبات أن يكون المراد من قوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** أيضا ظاهرة في كون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٢

حصول الملكية في زمان التصرف كافيا في الجواز التكليفي و ان كانت رتبة التصرف قبل الملكية.

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً و أجاب عنه بأنه فاسد فان معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي لا التكليفي فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أنه فكك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حراماً تكليفاً موجبا لانفساخ العقد وضعا لعدم الملازمة بينهما إلا أن هذا و أن كان تماماً فإنه لا ملازمة بين الأحكام التكليفية و الوضعية و لكن الأمر في المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ وضعا و تكليفاً و أنه مباح تكليفاً و لكنه من الأفعال التوليدية فيحصل بالقول تارة و بالفعل أخرى.

و على كل تقدير لا ملازمة بين جواز الفسخ وضعا و تكليفاً الذي حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل، بل القول أيضاً فإنه قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحاً، و قد يكون حراماً كما إذا باع خبزاً بأخذه في شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حراماً لأن الأكل في شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ، و كذلك القول كما إذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول في أثناء الصلاة، فإن التكلم في الصلاة حرام، و لكن مع كونه حراماً يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعنى لا ملازمة بين جواز الفسخ بان يكون جائزاً وضعا و تكليفاً و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول، فإنه ربما يكون حراماً لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي بأن يكون الفسخ جائزاً وضعا و حراماً تكليفاً، فان هذا لا يمكن المساعدة عليه بداهة أن الشارع قد حكم بإباحة الفسخ لدى الخيار، فكيف معه يكون حراماً في نفسه بما هو فسخ،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٣

نعم يمكن أن يحكم بحرمة سببه بما هو سبب الفسخ، و هذا غير حرمة الفسخ في نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح، فافهم.

قوله: فرع: لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار.

أقول: عقد العنوان و لو كان في شراء العبد بجارية و لكنه يجري في غيرهما أيضاً، فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبة إلى الفسخ و الإمضاء معا كما هو واضح، إذا اشترى أحد عبداً بجارية، ثم قال أعتقهما، فهل يكون ذلك اجازة في العبد و فسخاً في الجارية، أو فسخاً في الجارية فقط، و لا يكون اجازة في العبد أو اجازة في الجارية و لا يكون فسخاً في العبد و جوه:

أما الاحتمال الأول: فلا يمكن المساعدة عليه بوجه بداهة أنه لا يعقل اجتماع الإجازة و الفسخ في آن واحد، فإنه يستلزم المناقضة و الخلف و أما الاحتمال الثاني: أعنى حصول الفسخ في الجارية فقط، و لا يكون اجازة في العبد من جهة دعوى أن الفسخ يتقدم على الإجازة.

و يرد عليه ما ذكره المصنف من أنه لا دليل على تقدم الفسخ على الإجازة، و لم يرد في ذلك آية و لا رواية، نعم يتقدم الفسخ على الإجازة فيما إذا صدر الفسخ من طرف و الإجازة من طرف آخر، و لكن التقديم هنا ليس من جهة الدليل الخاص، بل لأجل ما يقتضيه القاعدة بداهة أن الإجازة انما هي اجازة من قبل المجيز فقط، فلا يكون ذلك اجازة من قبل الطرف الآخر الذي له الخيار فنفضها البائع و المشتري، و هذا بخلاف الفسخ، فإن أياً من البائع و المشتري فسخ العقد، ينحل و يفسخ فلا يبقى لا إجازة الأخر مجال أصلاً و ان جاز قبل فسخ الفاسخ و لكن إذا كان الفسخ و الإجازة من طرف واحد بان يتحققا معا سواء اتحد المجيز و المجاز أو تعدد، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، كما إذا أوجد الفسخ و الإمضاء دفعة واحدة بأن يقول أعتقهما كما تقدم أو كان للبائع وكيل و قد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٤

جعل الخيار له و لو كيله فأجاز أحدهما العقد و فسخ الآخر فإنه لا دليل في شىء من هذين الموردين على تقديم الفسخ على الإجازة أو العكس، فان تحققهما معا يستلزم المناقضة بأن يقال بصحة العقد و بطلانه فهو محال و تقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح

فيسقط كلاهما، و كذلك الأمر في المقام حيث ان نفوذ العتق بالنسبة إليهما يستلزم التناقض و ترجيح الفسخ على الآخر أى الإجازة ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما احتمال أن يعتق العبد و تبقى الجارية بدعوى تقديم الإجازة على الفسخ فيه أنه لا دليل عليه أيضا فإنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، كما تقدم، و قد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الإجازة على الفسخ من جهة أنها إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار. و فيه أولا أن أصالة استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد، الأ على القول بالأصل المثبت.

و ثانيا: أن الصادر من ذى الخيار انما هو قوله أعتقهما معا و لا شبهة أن القول بعق العبد يستلزم القول بعق الجارية كما أن العكس كذلك و عليه فلا بدّ من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد، و مع ذلك لا يحصل الفسخ و لا الإجازة كما هو واضح، لا يخفى.

نعم، لا- بدّ و أن يحكم بحصول العتق فى العبد الذى اشتراه بالجارية و بعدم حصول العتق فى الجارية لأن تحقق العتق فى الجارية يتوقف على تحقق الفسخ الذى هو مؤنة زائده بخلاف تحقق العتق فى العبد فإنه ملك نفسه فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسطون على أموالهم.

و الحاصل: أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجارية و كان له أى للمشتري خيار فإنه وقع الكلام هنا فى أنه هل يقدم الفسخ على الإجازة أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٥

تتقدم الإجازة على الفسخ بأن يكون العبد معتقا دون الجارية أو لا يكون شىء منهما معتقا فان عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزما لتناقض، و عتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما.

و قد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الإجازة على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع فى أن الفسخ يتقدم على الإجازة أو العكس انما هو فى مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فإنه ح إذا فسخ أحدهما و أجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدما على الإجازة و لكن هذا ليس من جهة دليل خارجي، بل لأجل اقتضاء القواعد ذلك حيث ان الإجازة انما هى رضا بالعقد و إمضاء له من قبل نفسه، و هذا بخلاف الفسخ فإنه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الإجازة و أما إذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر، و عليه فيحكم ببقاء العقد على حاله و سقوط العتق من الجانبين أى من العبد و الجارية كليهما.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه من أن نفوذ العتق فى الجارية يتوقف على الفسخ لرجوع الى ملكها و لو آنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق إلا فى ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه فى العبد، فإنه لا يتوقف على شىء بل ينفذ ابتداء لكونه ملكا للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسطون على أموالهم و لا يكون العتق متحققا فى الجارية فإنها مال الغير، و لا عتق إلا فى ملك فان كونها ملكا للمعتق يحتاج الى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحما مع الإجازة، و عليه فلا- وجه للحكم بسقوط كلا- العتقين من جهة عدم الترجيح لأحدهما، فالترجيح بلا مرجح باطل.

نعم، هذا كلام صحيح بالنسبة إلى الإجازة و الفسخ حيث انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بعدم تحقق شىء منهما و لا منافاة بين تحقق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٦

العتق و القول بصحته، و عدم تحقق الإجازة فإنه لا ملازم بينهما فإنه لا يكون التصرف بالعتق اجازة للعقد، فإنه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون إجازة إذا كان مصداقا للإجازة و هذا لا يكون إلا مع القصد الا كان التصرف اجازة بالتعبد و سيأتى كما هو واضح.

و بعبارة أخرى لم تقع المزامحة هنا بين عتق العبد و عتق الجارية بل وقعت المزامحة بين الإجازة و الفسخ فسقوط الإجازة و الفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح، لعدم كون عتق العبد محتاجا إلى شيء هذا كله بالنسبة إلى الحكم الوضعي، و كك الكلام بالنسبة إلى الحكم التكليفي فإنه جائز فيما أخذ المشتري من الغير و غير جائز في ما انتقل عنه إلى غيره مثلا إذا اشترى فاكهة بخبز فأكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبة إلى الفاكهة جائز لكونه تصرفا في مال نفسه، و لا يتوهم احد حرمة و أما بالنسبة إلى الخبز غير جائز، فإنه تصرف في مال الغير فهو غير جائز، إلا باذنه و كك إذا كان التصرف في العبد و الجارية معا تصرفا لا يكون فسخا أو اجازة تعبدا بأن أمرهما معا بالإتيان بالماء أو شيء آخر فإنه جائز بالنسبة إلى العبد دون الجارية، هذا كله إذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ و قصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الإجازة بذلك.

و بعبارة أخرى أن الفسخ أو الإجازة من الأمور الإنشائية فيعتبر فيها القصد و الإبراز و ما ذكرناه من الاحكام انما يجرى في صورة القصد بكونه إجازة أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما و مصداقا لهما خارجا.

و أما إذا كان التصرف من التصرفات التي تكون اجازة تعبدا و بحكم الشارع لا من جهة كونها إنشاء للإجازة و قاصدا به ذلك، بل يتحقق به الإجازة بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها، بل مع القصد بعدمها فإنه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٧

ح لا- شبهة في كون التصرف إجازة أيضا مضافا إلى ما تقدم في خيار الحيوان و ذلك كالتقيل و اللمس و الوطي و نحو ذلك من التصرفات التي تكون مسقطه تعبدا كما هو واضح، هذا فيما إذا كان الخيار لخصوص المشتري.

و أما إذا كان الخيار هنا للبائع فقط و مع ذلك أعتقهما المشتري فان عتقه بالنسبة إلى الجارية لا ينفذ أما مع عدم اجازة مالكها فعدم النفوذ قطعي كما هو واضح، و أما مع الإجازة فأیضا لا يصح لما مر مرارا أن الفضولي لا يجرى في العتق لكونه من الإيقاعات، و قد قام الإجماع بعدم صحة الفضولي في الإيقاعات كما هو واضح.

و أما بالنسبة إلى العبد الذي هو ما له فنفوذ العتق فيه و ضعا متوقف على البحث الآتي من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو في حكم الإتلاف أم لا يجوز، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهة في نفوذ العتق و إلا فلا ينفذ لما سيأتي من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه. و أما تصرف البائع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صورة ثبوت الخيار للمشتري فقط و تصرف فيهما معا فلا حظ و تأمل.

و أما إذا كان الخيار ثابتا لهما معا فاعتق المشتري العبد و الجارية معا، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الإجازة أو العكس أو يحكم بالسقوط فنقول إذا بيننا في المسألة الآیة على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه تصرفا متلفا أو ما هو في حكم الإتلاف كإخراجه عن ملكه ببيع أو شراء، و ح يجرى في المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشتري و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ في العبد فقط دون الجارية و أن نفوذه في العبد لا يتوقف على شيء لكونه عتقا في ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه في الجارية لا ينفذ فإنه يحتاج إلى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٨

لكونه مزامحا مع الإجازة كما هو واضح، و هكذا الكلام في طرف البائع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما أشار إليه في المتن و جوابه ما قدمناه. و ان قلنا بأنه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف في المال الذي انتقل إليه لكونه متعلقا لحق الغير، فلا يكون عتق كل من البائع و المشتري العبد و الأمه نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقلة و المتلفة و إذا تصرف كل من البائع و المشتري في هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل إليه، حتى يتوقف على المسألة الآیة يفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تراحمه بالإجازة لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل إليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تراحم بين الفسخ و الإجازة كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت أن المصنف و ان عنوان الكلام في العبد و الجارية و لكنها من باب المثال، فان البحث يجرى في غيرهما أيضا و الميزان هو أنه هل ينفذ تصرف المشتري في كل من المبيع و الثمن أو لا؟ بل في أحدهما فقط أو لا، ينفذ في شيء منهما، بل يحكم بالسقوط و التفصيل هو ما ذكرناه فافهم.

قوله مسألة: من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين.

إشارة

أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام أن التصرفات المانعة عن استرداد العين هل هي جائزة وضعا و تكليفا لمن عليه الخيار أو غير جائزة قد يقال بالأول، و قد يقال بالثاني، و ربما يفصل بين التصرف عتقا فهو نافذ لكونه بانية على التغليب و بين غيره فلا ينفذ و فرق بعضهم بين الإلتلاف و غيره و جؤز في الثاني دون الأول لكن إذا فسخ العقد يفسخ من أصله، و قيل بالانفساخ من حين الفسخ و جوه، بل أقوال، و لا بدّ و أن يعلم أن هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٦٩

البحث انما له ثمر و وجه إذا لم نقل بمقالة الشيخ الطوسي من القول بأنه لم تحصل الملكية لكل من ذي الخيار و من عليه الخيار في زمن الخيار و انما يحصل ذلك بعد انقضاء مدة الخيار، فإنه على هذا لا يجوز التصرف لمن عليه الخيار لكونه تصرفا في ملك الغير بدون اذنه فهو حرام.

ثم انه بناء على حصول الملكية لكل من البائع و المشتري في زمن الخيار غاية الأمر أن ذي الخيار له حق الرجوع الى ماله بفسخ المعاملة فإن كانت العين باقية يرجع الى عينه و ألا فإلى مثله، فلا شبهة على هذا المبني من وجود المقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و هو الملكية و لا- نعرف وجهها لمنع المقتضى و انما الوجه في عدم جواز تصرف من عليه الخيار في العين المنتقلة إليه هو وجود المانع عن التصرف و هو كون العين متعلقة لحق الغير و ح فتصرفه انما يكون تصرفا في حق الغير فهو غير جائز نظير التصرف في العين المرهونة مع كونها متعلقة لحق المرتهن و كالتصرف في المبيع في البيع الخيارى و كالتصرف في أموال المفلس فإنها متعلق لحق الغرماء فهو لا يجوز، و كتصرف الورثة في تركة الميت مع كون الدين مستغرقا للتركة، فإن ذلك تصرف في حق الغرماء و غير ذلك من الموارد التي يحكم بحرمة التصرف من جهة كونه واقعا على متعلق حق الغير و مقامنا من هذا القبيل حيث ان العين متعلقة لحق الغير فيكون التصرف فيها تصرفا لا في متعلق حقه، بل موجبا لزوال حقه فهو لا يجوز كما هو واضح لا يخفى.

و أجاب عنه المصنف بان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفساخ بعد تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد بحيث ان الخيار حق تعلق بالعقد لا بالعين، و ألا فحين تلف إحدى العينين أو كلاهما لسقط حق الفسخ و ليس كك، بل يجوز الفسخ مع تلف العينين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٠

و لكن يرجع الى البدل و على هذا فلا مانع من تصرف من عليه الخيار في ما انتقل إليه في العين لكونه مسلطا على ماله. كان كلامنا في جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و قد ذكرنا أن البحث هنا متوقف على القول بحصول الملكية من الأول في البيوع الخيارية كما تحصل في البيوع اللازمة أيضا، غاية الأمر أنها في البيوع الخيارية ملكية متزلزلة فإنه على هذا المنهج يقع البحث في أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه أم لا؟

و أما على ما سلكه الشيخ الطوسي (ره) من عدم حصول الملك أصلا في زمان الخيار لكل ممن له الخيار و عليه الخيار فان عدم

جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يحتاج الى البحث فإنه تصرف في مال الغير فهو لا يجوز بدون اذنه، و اذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع و أما على المسلك المعروف فلا شبهة في وجود المقتضى لذلك و هو حصول الملكية من حين العقد و انما الكلام في وجود المانع.

و الذى قيل في وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار في ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقة لحق الغير و هو من له الخيار و من الواضح أنه لا يجوز التصرف في متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف في مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف في العين المرهونة بدون اذن المرتهن و فى أموال المحجورين عليهم من جهة الفلاس بدون اذن الغرماء و فى الأمة المستولدة لتعلق حق العتق بها و هكذا و المتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخرة متعلقة بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه و اذن فلا يجوز أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧١

يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق كالتصرف المتلف أو ما هو بحكم الإتلاف.

و أشكال عليه المصنف (ره) بأن الخيار أمر تعلق بالعقد حيث ذكرنا فى أول الخيارات أنه ملك فسخ العقد أو إمضائه لا أنه تعلق بالعين ليكون ذلك متعلقا لحق الغير فلا يجوز التصرف فيه و عليه فالمقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه و هو الملكية موجود و ما ذكر من المانع لا يصلح للمانعية فيبقى دليل جواز تصرف الملاك فى أموالهم على حاله أعنى النبوى المعروف الناس مسلطون على أموالهم و مما يدل على تعلق حق الفسخ بالعقد دون العين جواز تفسخ العقد بعد تلف العينين أيضا بديهة أنه لو كانت العين موردا لحق الغير لما جاز التفسخ بعد تلف العينين كما هو واضح.

و لا يقاس المقام بحق الرهن الذى تعلق بالعين الموجب لعدم جواز إتلافها فإن العين هنا وثيقة فاتلافها ينافى ذلك، و ثانيا أن النص انما دل على عدم جواز التصرف فيها هذا محصل كلام المصنف فالنتيجة أنه يجوز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه بلا ريب كما هو واضح.

أقول: ان كان غرض المانعين من كلامهم هذا ما فهم المصنف من كون الخيار و حق الفسخ متعلقا بالعين بحيث يكون العين ابتداء متعلقة لحق الغير فما ذكره المصنف من الجواب عنه متين جدا فان الفسخ يتعلق بالعقد دائما دون العين و لذا يسقط حق الفسخ بتلف احدى العينين أو كليتهما و قد يكون غرضهم من ذلك هو أن الفسخ يتعلق بالعقد بحيث يرتفع به العقد و الاعتبار الذى كان مظهرا فى الخارج و كأنه لم يكن هنا عقد و بقانون هذا الفسخ يرجع كل من العوضين الى ملكه الأول و يفرض العقد الموجود كالعدم و لكن مرجع ذلك بالأخرة ليس ألا كون العين متعلقة لحق الغير بداهة أنه إذا أوجب الفسخ ارتفاع العقد و جعله كالعدم فيكون شأن كل من العوضين شأن أنه لم ينتقل من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٢

ماله الأول إلى غيره فالعين بالأخرة تكون موردا لحق الغير و متعلقا له، فإنه بانهدام العقد و إعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد. نعم مع عدم بقائه يرجع الى قيمته و لكنه لا يجوز إتلافها اختيارا بعد العلم بأنه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح.

و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فإنهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذى ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البائع و المشتري الى ماله فبالأخرة العين متعلقة لحق من له الخيار فإنه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أى قبل الفسخ أن تلك العين المنتقلة عن من له الخيار متعلقة لحقه كما أن العين المرهونة متعلقة لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم إعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه.

والحاصل أن الفسخ إنما يتعلق بالعقد ولكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع إلى ذى الخيار هو تلك العين التي كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقة لحقه فلا يجوز التصرف فيها ولا ينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها إذا فسخ العقد و وجد العين تالفه عند من عليه الخيار كما هو واضح و على هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين.

والذى ينبغى أن يقال فى جوابهم هو أنه لا شبهة فى كون العين المنتقلة الى من عليه الخيار متعلقة لحق من له الخيار، و لكن لا دليل على عدم جواز التصرف فى كل ما يكون هو متعلق حق الغير، فان ذلك ليس من الضروريات حتى لا يحتاج الى دليل، بل انما هو من الأمور النظرية فيحتاج الى دليل فلا يمكن إثباته بلا دليل، فان هذا التصرف انما هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٣

صدر من اهله لكونه مالكا و وقع فى محله، بل انما ثبت ذلك فى موارد عديدة من جهة الدليل الخاص كعدم جواز التصرفات المتلفة فى العين مرهونة، بل مطلق التصرف إلا بإذن المرتهن فان ذلك من جهة النص و كذلك عدم جواز بيع ما تعلق به حق الاستيلاء كالأمة المستولدة و كعدم جواز التصرف فى أموال من هو محجور بالفلس لكون أمواله متعلقة لحق الغرماء، و أما فى غير هذه الموارد فلا، ففى المقام أيضا لم يرد دليل خاص على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا مع كون التصرف صادرا من اهله و هو المالك و واقعا فى محله، بل انما ذهب المشهور الى ذلك من جهة البرهان المتقدم من حرمة التصرف فى متعلق حق الغير، و إنما لو كان هنا مدرک آخر من الاخبار و غيرها لوصل إلينا و كان فى مرأى من الناس و مسمع خصوصا من المانعين حيث يذكرونه فى مقام الاستدلال على مقصدهم فيعلم من عدم ذكرهم ذلك و تمسكهم بالدليل المذكور أنه ليس هنا دليل آخر يدل على الحرمة كما هو واضح.

و ما ذكره من الدليل واضح المنع فان المقام شبيه بكون أموال كل شخص متعلقة لحق الورثة قبل الموت و هل يتوهم أحد أنه لا يجوز للملاك التصرف المتلف فى أموالهم لكونها متعلقة لحق الورثة و لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير و كذا فى المقام فان العين و ان كانت متعلقة لحق ذى الخيار فى زمن الخيار، بان يفسخ العقد و يرجع إليها فى زمان الخيار و لا دليل على حرمة مثل هذا التصرف كما هو واضح.

نعم، قامت القرينة القطعية على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا فى المبيع فى البيع الخيارى فيما إذا اشترط البائع على المشتري أن لا- يبيع المبيع فى مدة الخيار و لا- يوهبه كك، كما إذا باع أحد داره التى تساوى ألف دينار بخمسائة دينار و اشترط على المشتري الخيار إلى سنة فان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٤

جاء بالثمن فهو، و ألا يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعها إلى سنة و لا يوهبها، فان تقليل الثمن فى ذلك لمكان جعل الخيار قرينة قطعية على عدم جواز التصرف المتلف فى المبيع فى مدة الخيار و قد أشرنا الى ذلك فى طى بعض المسائل السابقة قبيل هذا، بل قامت السيرة القطعية الارتكازية على ذلك، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه و لا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلك بين دفع احتياجه بئمه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الإمكان و ألا لو كان نظره الى إخراج من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بئمه كان ضعف الثمن الذى كان فى صورة اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهة الموارد التى قام الدليل على عدم جواز التصرف فى متعلق حق الغير فى موارد وجود الخيار و لكن لا- يقاس بذلك بقية الموارد من البيوع الخيارية فإن ما انتقل الى من عليه الخيار و ان كان متعلقه لحق من له الخيار ألا أنه لا دليل على حرمة التصرف فى تلك العين.

ثم ان هنا كلاما بيننا و بين شيخنا الأستاذ فى تصرف من عليه الخيار فى المبيع فى البيع الخيارى من أنه هل يحرم التصرف فى ذلك وضعا و تكليفا أو تكليفا فقط، فبنى شيخنا الأستاذ فى ذلك و أمثاله على أن الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فحكم بفساد المعاملة

بذلك و بهذا بنى فى باب النهى عن المعاملات هل يوجب الفساد أو لا؟ على فساد المعاملة المنهى عنها، و نقل ذلك فى المبحث المذكور قريبا فى بحث الأصول و نورد عليه بأنه لم يرد دليل على أن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى، بل المسلم من المنع الشرعى هو التحريم التكليفى فقط، و عليه فتصرف من عليه الخيار فى البيع الخيارى المشروط فيه الخيار أو عدم البيع و الهبة إلى مدة خاصة يكون حراما فقط تكليفا من جهة مخالفة الشرط و أما من حيث الوضع فلا يترتب عليه فساد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٥

المعاملة المشروط فيها هذا الشرط و اذن فإذا فسخ ذى الخيار و وجد العين تالفه أو ما هو فى حكم التلف يرجع الى بدلها من المثل أو القيمة و ان لم تكن العين تالفه يرجع الى نفسها كما هو واضح.

و كيف كان فلا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض، بل هذا مما قام عليه الإجماع و تسالم الفقهاء فى بعض الموارد كالثمن فى بيع الحيوان، فإنه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشتري أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فإنه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف ح فى الثمن، بل بناء البيع الخيارى على التصرف فى الثمن إذ البائع إنما باع ذلك العين بثمن رخيص مع الخيار مدة لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح.

و السر فى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله و وقع فى محله، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الروية و التأخير و الغبن، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المدة المعلومة فى المبيع المؤجل أو عن المدة التى رضى البائع بالتأخير فى هذه المدة فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئا برؤية قديمة ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج إلى التأمل أصلا.

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكورة ليس من الأول، بل من زمان ظهور الغبن أو الرؤية أو تأخير الثمن عن المدة المعينة توهم فاسد بدهاه ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الرؤية و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعاملة على تساوى العوضين فى المعاملة لثلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٦

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفة المرئية فى خيار الرؤية و عدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و إذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح.

نعم، زمان ظهور الغبن و تحقق تأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا- زمان ثبوته كما هو واضح.

نعم، قد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما إذا باع شيئا من شخص بثمن مؤجل أو نقد فرضى بتأخيره إلى مدة فعرض الحجر لفسل على المشتري فى أثناء المدة و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم و تعلق حق الغرماء فإنه ح يثبت الخيار للبائع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقام و هذا هو الذى ذكرناه سابقا و قلنا ان البائع أولى بالعين المبيعة من بقية الديان و الغرماء و أما فى غير هذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعد زمان من حين تحقق العقد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضية غاية الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مدة كما هو واضح، فافهم.

ثم ان هذا كله فيما كان التصرف الصادر ممن عليه الخيار تصافا لازما فقد تحصل أنه لا مانع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض و وضعه و تكليفا و أنه لا- دليل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقة لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق

الورثة بأموال الإنسان و لم يتوهم أحد حرمة تصرفه مراعاة لحق الورثة و لا دليل على وجوب إبقاء متعلق حق من له الخيار فيما نحن فيه كما أنه لم يرد دليل على وجوب إبقاء الإرث للورثة كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٧

ثم هنا فروع ثلاثة:

الأول: ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو في حكم الإتلاف

مع كون تصرفه في زمن الخيار و قد تقدم الكلام مفضيلا في جوازه و ان منعه جمع من الأكابر و انما الكلام في أن المراد من الخيار الذي يقع التصرف في زمانه هل هو الخيار الفعلي أو يعم الخيار إنشائي أيضا بمعنى أن مورد البحث ما يكون هنا خيار بالفعل أو يعم صورة وجود الخيار بعد ذلك، و ان لم يكن فعليا، و انما يكون سببه فعليا فنقول أن الخيار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوة على ثلاثة أقسام: - الأول: أن يكون ثابتا فعلا كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما فان الخيار في أمثال ذلك موجود بالفعل أي من أول العقد، و إذا تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كان تصرفه في زمن الخيار فموضوع الخيار في هذا القسم انما هو العقد و ليس فيه تعليق على شيء بوجه فيكون حكمه و هو الخيار أيضا فعليا كما هو واضح.

الثاني: أن يكون الخيار فعليا حتى باعتبار سببه أيضا، بل منشئه كمنه يكون ثابتا في زمان متأخر عن العقد كالخيار الناشئ من الفلس حيث انه لم يكن في زمان تحقق العقد، بل العقد حينما تحقق انما تحقق لازما و غير خيارى، بل انما نشأ الخيار من كون المشتري مفلسا و غير قادر على أداء الثمن، فإنه ورد النص هنا بكون البائع له الخيار بالنسبة إلى نفس المبيع ان كان باقيا فيكون هذا الخيار ناشئا من فلس المشتري مع كونه قادرا أولا و انما لم يترق الثمن اما لكون البيع مؤجلا أو لعذر في ذلك.

و بعبارة أخرى إذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخير الثمن مع كون المشتري غير محجور بالفلس، بل واجدا للمال كثيرا و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٨

قادرا لإعطاء الثمن ثم طرأ الفلاس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينه فإنه يثبت الخيار للبائع ح بالنسبة إلى إرجاع عين ماله و أنه لا يضرب مع الغرماء، و هذا الخيار سببه هو الفلس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضي من زمان العقد.

الثالث: أن يكون منشأ الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان، كما في الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنية أو الصريحة أى المذكورة في ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد، و لا يكون فعليا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف في غير زمان الخيار الفعلي قبل ثبوت الخيار كما في القسم الثاني أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف.

و بعبارة أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلوا خيارا للمشتري عليه عند إيجاد العقد و في زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط.

فهل هذه الأقسام الثلاثة مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل و بعضها غير دخل، فنقول أما القسم الأول فلا شبهة في دخوله في محل النزاع فان الخيار فعلي و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه، فلو تم ما ذكر من وجه المنع من كون التصرف في متعلق حق الغير فهو لا يجوز لجرى في المقام فان المصداق الواضح لهذا البحث هو هذا القسم.

و أما القسم الثاني: فهو خارج عن محل الكلام جزما بدهاه أنه لا يمكن أن يقال أن تصرف المشتري في المبيع تصرف في حق الغير

باعتبار أنه يطراه الفلاس بعد ذلك فيثبت الخيار للبائع و تكون العين المبيعة متعلقة لحق البائع مع عدم وجود سبب الخيار و منشئه لا في زمان العقد و لا في زمان

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٧٩

التصرف، بل كان البيع لازما من جميع الجهات و لم يكن فيه خيار حتى بنحو المشروط نظير الواجب المشروط و مع ذلك كيف يمكن أن يكون المبيع متعلقا لحق الغير حتى يباحث في جواز التصرف فيه و عدمه و عليه فسواء قلنا بجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه أم لم نقل فهذا القسم خارج عن حريم البحث جزما كما هو واضح، و انما المتصرف قد تصرف في ملكه اللازم من جميع الجهات من غير أن يكون فيه شوب الجواز و صدر ذلك التصرف من أهله و وقع في محله كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما القسم الثالث من الخيار فهو مورد البحث و النزاع في أنه داخل في محل الكلام أولا بحيث إذا قلنا بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كون تصرفه هنا غير جائز قبل فعلية الخيار أو أنه خارج عن مورد البحث بحيث انه مع القول بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يمكن القول به هنا ففيه كلام و اشكال، من حيث ان الخيار ليس بفعلي عند التصرف لعدم ثبوته في زمان العقد فيكون التصرف جائزا حتى مع القول بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بداهة أن هذا التصرف لم يكن في زمان الخيار و من حيث ان سبب الخيار كان موجودا في زمان التصرف فمع تمامية البرهان المتقدم للمانعين فالعين هنا متعلق لحق الغير أيضا غاية الأمر أن رجوعه أي ذى الخيار في القسم الأول كان على تقدير واحد و هو الفسخ و في هذا القسم على تقديرين أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخيار، و الثاني الفسخ في فرض التخلف، و هذا هو الأقوى فإن كون رجوع العين إلى ذى الخيار بتقدير و تقديرين لا يوجب الفرق بين كون العين متعلقا لحق ذى الخيار، فيقع التصرف في متعلق حق الغير كما هو واضح فافهم.

الفرع الثاني أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو بحكم الإتلاف

هل يجوز لمن عليه الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٠

أن يتصرف فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف في العين، فالمعروف هو الأول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الأستاذ على عدم، و مثال ذلك وطى الأمة، فإنه معرض لكونها مستولدة و الاستيلاء مانع عن الرد و على هذا فيرد الاشكال على المشهور بأنه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعية الاستيلاء عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاء و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعية الاستيلاء عن الرد بأنه قد يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمة يائسة و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعة عن الرد و ان قلنا بعدم جواز التصرف المانعة عن الرد من التصرفات الاعتبارية و الخارجية و عليه فالوطى يلزم الاستيلاء احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاء و مع عدم العلم بذلك فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعية الاستيلاء عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاء غاية الأمر أنه يحتمل ذلك فبناء على جريان الاستصحاب في الأمور الاستقبلية كما هو كك يحكم بعدم حصول الاستيلاء بهذا الوطى و مع الإغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسك باستصحاب عدم الأذلى.

و توضيح ذلك أنا نشك في أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا نستصحب عدم ذلك و مع الغض عن ذلك فنتمسك بأصالة البراءة و الحل و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن التزنا بمانعية الاستيلاء عن الرد كما هو واضح.

و على هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الأستاذ من تقوية حرمة الوطى بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه.

و حاصل كلامه أن الاستيلاء أمر خارج عن اختيار المكلف فإنه أمر قهر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨١

الحصول بعد تحقق الوطى و عليه فلا- يكون ذلك موردا لتعلق النهى به و انما متعلق النهى هنا هو الأمر الاختيارى من فعل المكلف الذى يكون وسيلة للاستيلاء و هو الوطى فيكون الوطى فى نفسه ممنوعا عنه و عليه فنفس الوطى تفويت لحق ذى الخيار لا فى معرض التفويت و لا- يقاس ذلك بعرض المبيع للبيع لأنه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع الذى هو أمر اختياري للمكلف و هذا الوجه الذى ذكره الأستاذ قد يسر عليه فى عدة موارد خصوصا فى الأصول و بنى أن التكاليف قد يتعلّق بالمسبب و قد يتعلّق بالسبب و وجه الظهور أن مقتضى الاستصحاب هو عدم كونه مفوتا كما تقدم، و مقتضى أصالة البراءة هو جواز الوطى كما يجوز التقبيل، فافهم.

الفرع الثالث: أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الأول أو لا يفسخ،

و على تقدير عدم الانفساخ فهل لمن له الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى أو ليس له ذلك. أقول: أما بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه فلا شبهة فى عدم جواز تصرفه فى ذلك سواء كان بالتصرف الخارجى أو الاعتبارى و سواء كان التصرف الاعتبارى من التصرفات اللازمة أو الجائزة كما هو واضح و قد تقدم الكلام فى ذلك. و أما بناء على الجواز تصرف فان نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد لازم فلا شبهة فى أن فسخ من له الخيار العقد لا يكون فسخا للعقد الثانى و لا أن له إجباره برد العين من المشتري الثانى فإن تصرف البائع الثانى تصرف صدر من أهله و وقع فى محله فإنه و ان كانت ملكيته محدودة إلا أن العين كان مملوكا له مطلقا لا مقيدا بزمان. و ان كان النقل بعقد جائز و فسخ البائع الأول الذى هو ذو الخيار العقد فهل يكون فسخه فسخا للعقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٢

الثانى أيضا أو لا؟ الظاهر أنه لا يكون فسخا بداهة أن المشتري الثانى لم يتلق البيع من البائع الأول حتى يكون البائع الأول مسلطا على فسخ العقد الثانى كما ذكره المصنف و لا أن سلطنة البائع الثانى من فروع سلطنة البائع الأول و فى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثانى من هذه الجهة بل انما يتلقى المشتري الثانى البيع من البائع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه فيكون نافذا لكون الناس مسيطون على أموالهم، ثم هل لذى الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى بعد فسخه العقد الأول أو لا ذكر بعضهم و منهم السيد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول فإذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداء ضمنا معاوضيا فان تمكن من أداء العين فلا بد له ذلك و إلا فيكون منتقل الى المثل أو القيمة و حيث ان البائع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين إلى البائع الأول بفسخه العقد الثانى فلا بد له أن يفسخ هذا العقد الثانى و يرجع العين الى مالكة الأول و هو ذى الخيار كما فى ضمان الحيلولة.

أقول: تارة نقول أن سلطنة ذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك ذى الخيار من غير أن تكون سلطنة مستمرة فى ذلك، فعلى الوجه الأول فلا شبهة فى أن له أن يجبر الثانى على إرجاع العين اليه كما فى موارد البدل الحيلولة و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنة البائع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح.

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البائع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهة أن مقتضى قانون السلطنة انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٣

الأول على تقدير بقاء كل منهما فى سلطنة من انتقل إليه بأنه إذا فرض العقد كالعدم بواسطة الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكة الأول كأنه لم يقع هنا عقد و أما إذا لم يكن باقيا فى ملك من انتقل اليه فقها ينتقل العوض الى البدل بقانون الفسخ يكون البائع الثانى مشغول الذمة ببذل العين من المثل أو القيمة و لا دليل على إجبار البائع الأول البائع الثانى على إرجاع العين بفسخ العقد

الثاني.

و بعبارة أخرى أن العقد إذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكة الأول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطته من انتقل اليه و يدخل في ملك من انتقل عنه.

و أما إذا لم يكن هنا سلطته لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائر فقهرها ينتقل الى البدل كما هو واضح. و توهم أن الذمة ابتداء تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنة و إذا لم يمكن من أداء العين تنتقل العين الى البدل و من الواضح أن أداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثاني توهم فاسد بدهاه أن هذا غير الضمان الخارجى فإن الذمة هناك مشغولة بالعين ابتداء بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن إذا فسخ العقد و لم تكن العين موجودة عند من انتقل إليه فإن مقتضى قانون الفسخ هنا ليس إلا إرجاع المالكية السابقة لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجودة فلا بد من أن تكون موجودة في متعلق آخر كالبديل.

و بعبارة أخرى أن ذمة من نقل العين الى غيره لا- تكون مشغولة ابتداء الا بالبديل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس إلا إرجاع ملكية الفاسخ بفسخ العقد فان كانت العين باقية فترجع السلطنة في ضمنها و الأ في ضمن بدلها

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٤

لا أن الذمة تكون مشغولة بالعين ابتداء ثم مع التعذر تنتقل الى البدل فان العقد انفسخ في زمان لم تكن العين موجودة في ذمة من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغولة بها، بل كانت منتقلة إلى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ إلا الملكية فقط في ضمن البدل و عليه فلا وجه لدعوى أن البائع في البيع الثاني متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزا فما دام متمكن من إرجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمة أصلا لا تشتغل بالعين، بل حينما تشتغل تشتغل بالبدل، فافهم.

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكية المنشئة ففي المقام أن الملكية المنشئة لمن عليه الخيار انما هي محدودة بالفسخ و هو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائر بحيث له فسخه أى العقد الثاني، فيكون المنشأ هنا أيضا ملكية محدودة ففي الحقيقة قد بقي هنا حصة من الملكية في اختياره بان فسخ البائع الأول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكية الباقية أى لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أى البائع الثاني بفسخ العقد الثاني فإنه يقال انما يرجع الى هذه السلطنة مع بقاء العين، و الفرض أنه منتقل الى غيره و ح لا يرجع بالفسخ إلا مطلق السلطنة فتكون متعلقة بالبدل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثاني بفسخ العقد الأول و قد عرفت ان المشتري الثاني لم يتلق البيع من البائع الأول، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البائع الأول العقد الأول.

و بعبارة أخرى و ان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الأول كأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضين الى مالكة، و لكن إذا كانت العين تالفه كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد كالعدم، إلا أنه يارجاع الملكية السابقة متعلقة بالبدل و أما إرجاع السلطنة السابقة المتعلقة بالعين مع كون العين منتقلة إلى الغير، فلا فإن السلطنة المتعلقة بالعين لا ترجع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٥

إلا مع كون العين موجودة كما هو واضح.

[فرعان]

قوله الثاني: أنه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار

إشارة

فيه وجهان:-

أقول: تحقيق هذه المسألة في أنه إذا أجر من عليه الخيار العين المستأجرة من غيره، فهل تبطل الإجارة بفسخ ذى الخيار لكون الإجارة بعد ذلك واقعة في ملك الغير، أى بقاء وان كانت واقعة في ملك الماجر حدوثاً أو لا يبطل لأنها واقعة في ملك الماجر الذى كان مالكا بالعين مطلقاً وان كانت ملكيته محدودة.

فذهب المحقق القمى إلى بطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ وأن الإجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة فسخ البيع و ذهب المصنف إلى الصحة فغاية الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعة العين أى أجره مثل فى المدّة الباقية.

و حاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين ملكية مستعدة للدوام من غير أن تقيد ملكية بقيد و من نماء هذه الملكية المطلقة المنفعة الدائمة فإذا استوفاه المشتري بالإجارة فلا وجه لرجوع تلك المنفعة إلى الفاسخ و انما تعود العين اليه مسلوب المنفعة فى مدة الإجارة كما إذا باع العين فى زمن الخيار فإنه لا شبهة فى نفوذ البيع و كما إذا تفسخ البائع و المشتري فإنه لم يحتمل أحد ببطلان الإجارة بالتفاسخ مع أنه لا فرق بين الفسخ و التفاسخ.

ثم ذكر الفارق بين المقام و اجارة العين الموقوفة للأولاد فإنه إذا أجرها البطن الأول إلى مدة معينة فتبطل الإجارة بعد انقراضه و لا تنتقل العين الموقوفة إلى البطن الثانى الا مسلوبة المنفعة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٦

و حاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخرة إنما يتلقون الوقف من المالك الأول لا- البطن الأول فمالكيتهم أى البطون المتأخرة لا تنتفع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول و اذن فليس للبطن الأول أن يتصرف فى العين الموقوفة إلا بمقدار حقه فان حقه محدوداً بموته و ليس له أن يوجر العين إلى خمسمائة سنة و يأخذ أجرتها فتبقى العين مسلوبة المنفعة بالنسبة إلى البطون المتأخرة لعدم سلطنته على هذا المقدار من التصرف فى العين كما هو واضح.

و على الجملة فلب مرام المصنف أن من عليه الخيار انما ملك العين على نحو الإطلاق و ان كان لذى الخيار إرجاع ذلك الى ملكه و لكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلمن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء بإعدام العين أو إعدام منافعها الى وقت خاص و هذا واضح جداً.

و لكن مضافاً الى بعد ذلك فى نفسه و مخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشتري مثلاً بمجرد أن اشترى شيئاً مع البيع الخيارى إن أجر ذلك الى خمسين سنة أو أزيد فإذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكة لى و قد أجرتها للغير فأنت مستحق للعين مسلوبة المنفعة فإن ذلك خلاف الضرورة قطعاً، فافهم.

و لكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار و حاصله أن معنى جعل الخيار فى العين ليس إلا إنشاء الملكية المحدودة بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصله بالفسخ و تنتهى مدته لا أن الفسخ رافع للملكية و انما نقول بكونه رافعاً لها بالمسامحة و المساهلة و الألفى الحقيقة أن المنشأ ليس أزيد من الملكية الخاصة المحدودة و من الواضح أن الأمور المحدودة ينتهى أمدها بحصول الغاية كالصوم المغيبى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المغيبى بدخول الفجر و إذا كانت الملكية على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٧

العين محدودة بالفسخ و بالتبع تكون الملكية على المنافع أيضاً مقيدة بالفسخ تابعة للعين، و الملكية عليها مرتبة على ملكية العين فلا يعقل أن يكون ملكه للمنافع مطلقاً و لكن ملكه للعين مقيدة بالفسخ و عليه فإذا فسخ ذى الخيار العقد تنفسخ الإجارة أيضاً لتامية أمد ملك من عليه الخيار أعنى ماجر العين لغيره بالفسخ و حصول غايته بذلك، نعم المملوك و ان كان مملوكاً لمن عليه الخيار مطلقاً بحيث له أن يتصرف فيه كيف يشاء و ان كانت ملكيته لها مقيدة بالفسخ كالسلطنة الموقت و الوزارة الموقته و غيرها من

المناصب و الموقفة و كرئيس الجمهور في مدة أربع سنوات مثلا فإنه و ان كانت سلطنتهم موقته و لكن التصرفات الواقعة في زمان هذه السلطنة الموقته يمكن ان تكون مطلقة، فإنهم مالكون للتصرف في الأمور في هذه المدة على نحو الإطلاق و كذلك في المقام حيث ان الملكية و ان كانت مقيدة بالفسخ مغيية به و لكن المملوك في مدة هذه السلطنة مملوكه مطلقه و عليه فينفذ فيه جميع التصرفات من الإتلاف حقيقته أو حكما كالنقل الى غيره ببيع و نحوه و لكن مع ذلك كله فإذا آجر العين من غيره فلا تكون الإجارة نافذة لما بعد الفسخ أيضا.

و السر في ذلك أن العين في فرض الإجارة لم تخرج من ملك المور بل انما ملك المنفعة للمستأجر فإذا فرضنا أن ملكيته للعين مقيدة بالفسخ بمعنى أن العين إذا بقيت في ملكه فملكته لها مقيدة بالفسخ فتكون المنافع أيضا كك، و لسنا نقول ان ملكية المنفعة لا تنفك عن ملكية العين حتى يقال انه قد يبيع الإنسان العين مسلوبة المنفعة كما إذا آجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه إذا ملك الإنسان العين بالملكية المحدودة فلا يعقل أن يملك المنفعة بالملكية المطلقة لأن الملكية الثانية مترتبة على الاولى كما هو واضح.

و على هذا فالوقف و ما ذكرناه شيء واحد و لا فارق بينهما أصلا فما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٨

ذكره المصنف من الفارق ممنوع و من هنا لا وجه للقول بأنه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكية مطلقة في زمان الخيار كالبيع و نحوه، و لم يكن البيع باطلا بالفسخ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال في المنفعة أيضا و ذلك من جهة أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرا للجواهر فلا يقال دار اليوم و دار الغدو أن أحدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدر بذلك لكونها من قبيل الأعراض و عليه فيمكن تملك المنفعة بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك في تملك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا و عليه فلا يمكن تملك العين للغير مقيدة بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل الأعراض فيمكن أن تقدر بالزمان و ح فحيث كانت ملكية المنافع يتبع ملكية العين و المفروض أنها باقية في ملك من عليه الخيار فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع الى العين فبتبع ذلك يرجع الى المنفعة أيضا لما عرفت أن تملك المنفعة في زمان ممكن، نعم إذا ملك العين من شخص ببيع و نحوه و لا يمكن الرجوع إليها بعد الفسخ لما عرفت أن الملكية العين لا تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر أهل المعقول فافهم.

و ما ذكره المصنف من قياس المقام بالتفاسخ قياس مع الفارق بدهاءه أن معنى الفسخ هل هو حل العقد السابق و حصول أمد الملكية الحاصلة بالعقد و ليس هنا ملكية جديدة حاصلة بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فإن الملكية الحاصلة به ملكية جديدة و حاصلة بالمرضاة الجديدة كما هو واضح.

و عليه فيكون اجارة العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٨٩

فتكون منتقلة إلى المشتري مسلوبة المنفعة و هذا بخلاف المقام فإن الملكية ليست جديدة كما عرفت فما ذكره المحقق القمي هو متين جدا و لعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكية مقيدة بالفسخ و ان لم يصرح به.

لا يقال انه لو آجر من عليه الخيار العين المنتقلة إليه ثم فسخ ذي الخيار العقد لا تبطل الإجارة لعدم كون الملكية على هذا مقيدة بالفسخ فإنه يقال ان ملكيته لما انتقل إليه تابعة لملكته ما انتقل عنه فإذا كانت الملكية هناك مقيدة فتكون هنا أيضا مقيدة و عليه فإذا قلنا ببطلان الإجارة هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا.

(أقول: قد أوردت على الأستاذ بهذا الاشكال و أجاب عنه بهذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فإن الملكية في هذا الطرف أيضا لو كانت مقيدة لما أوجب زيادة القيمة في ناحية من عليه الخيار و نقصانه في ناحية من له الخيار، فافهم).

لا يقال أن الملكية في البيع الخيارى إذا كانت مقيدة بالفسخ فيما إذا انتقل هذه الملكية اعنى الحصّة الباقية الى من عليه الخيار بالإجازة.

فإنه يقال انها تنتقل اليه بالفسخ مجانا و ليس بيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع إليها ثانيا كما هو الحال في الهبة المجانية فإن الرجوع انما يكون إذا كانت الهبة متعلقة بالعين لا بنفس الملكية.

و دعوى أنه لا معنى لإسقاط الملكية لعدم شمول دليل السلطنة عليه مدفوعه بأن الإسقاط بدليل أدلة إسقاط الخيار كقوله عليه السلام الله، و ذلك رضى منه بالبيع لا بدليل السلطنة ليورد بعدم شموله على رفع اليد عن السلطنة كما هو واضح، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكية المحدودة بالفسخ على تقدير عدم إمضاء ذى الخيار ذلك، فح لا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٠

نحتاج بذلك الطريق الاعوجاج من نقول أن دائرة المنشأ مضيقه من الأول بعدم الإمضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه إذا أذن من له الخيار لمن عليه الخيار فى إجاره العين يسقط خياره بذلك لدلالة العرف على ذلك و منع بذلك عما ذهب اليه المحقق الأردبيلي من منع دلالة الاذن على سقوط الخيار ثم أبدل ذلك بأنه لا يكون الاذن فى البيع أقل من التقييل الموجب لسقوط الخيار و كذلك أيده برواية السكونى من كون العرض على البيع موجبا لسقوط و التزاما بالعقد فالإذن لا يقل عنه.

أقول: هذا المسألة أيضا متوقفة على ما ذكرناه فى معنى الخيار فإنه إذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكية و أن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين كما عرفت فتكون ملكية المنفعة أيضا محدودة بالفسخ بالتبع فلا محال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار و ذلك إذ ليست ملكية من عليه الخيار للعين مطلقه حتى لا تبقى خيار لذى الخيار بدهاه أنه إذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار إلى مدة و غير مقيدة بالفسخ فقها تكون الإجازة بالنسبة إلى الزائد عن زمان الفسخ باذن ذى الخيار فيكون معناه ح أن ذى الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور و مع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد و ليس هذا إلا خلفا و مناقضة كما هو واضح هذا إذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه و أما لو اذن فى الإيجار فقط من غير أن يقيد به الإجازة لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلالة ذلك الكلام على كون الإجازة لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على إلغاء التحديد عن ملكية من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار، بل يمكن أن يكون إذنا فى الإجازة لتكون أجرته للموجر و هو من

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩١

عليه الخيار فى مدة الإجازة و لمن له الخيار بعد الفسخ و اذن فلا دلالة لكلامه على سقوط خياره كما إذا صرح بذلك فإنه ليس فيه محذورا أصلا فافهم.

فما ذكره المصنف من دلالة الإذن عرفا على السقوط ممنوع على إطلاقه و انما هو يدل على ذلك فى الصورة الأولى دون الثانية كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن من جملة الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز إيجار العين فى زمان الخيار أو لا،

إشارة

و تحقيق هذه المسألة فى ضمن جهات

الاولى: فيما يرجع الى عبارة المصنف

حيث انه ذكر أولا- في مطلع كلامه أنه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار فيه وجهان، من كونه ملكا له فيكون التصرف صادرا من أهله و واقعا في محله فيحكم بصحة الإجارة و من كون العين متعلقة لحق الغير فيحكم بطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العين و مع ذلك فلا وجه للحكم بصحة الإجارة فإنه بعد ما أخذ الفاسخ العين من المستأجر لا يبقى مجال لصحة الإجارة فإن صحتها متوقفة على أن يأخذ المستأجر العين لاستيفاء المنفعة منها ثم ذكر أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ثم فسخ ذى الخيار فلا تبطل الإجارة ثم بعد أسطر ذكر أنه لا شبهة في نفوذ التصرف إذا كان الإيجار بإذن من له الخيار و انما الكلام في أنه هل يكون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخيار أو لا و على القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الإجارة بنفس التصرف المتحقق في الخارج أولا، فيعلم من ذلك أن ما ذكره من أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ففسخ لا تبطل الإجارة أمر مسلم فلا شبهة فيه و كان هذا ليس موردا للإشكال بين الفقهاء، بل الظاهر أن كلام المحقق القمي أيضا ليس في هذه الصورة و انما مورد الخلاف و مورد كلام القمي هو الشق الأول أعني

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٢

ما إذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، و ح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد للخلاف بالتعليل بأن من عليه الخيار قد ملك العين ملكية مطلقة إلخ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمي و الظاهر و الله العالم، أن في العبارة سقطا فكأنه لما ذكر الوجهان، في الشق الأول و هو فرض اجارة العين بغير إذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى و حكم فيه بعدم بطلان الإجارة بالفسخ ثم ذكر و أما الشق الأول فالأظهر و الأقوى هو صحة الإجارة و علله بما ذكره الى آخر كلامه، و الّا فالشق الثانى ليس مورد التكلم أصلا فضلا عن مخالفة القمي في ذلك، و لذا لم يستشكل فيه فيما بعد أيضا من حيث بطلان الإجارة و عدمه و انما تكلم فيه من حيث كون الإذن إسقاطا للخيار و عدمه، و مع عدم كونه مسقطا فهل يسقط بالتصرف أو لا.

الجهة الثانية: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما إذا آجر من عليه الخيار العين للأجنبى بدون اذن من له الخيار

ثم اختار صحة ذلك من جهة أن من عليه الخيار انما آجر العين في زمان كان مالكا لها في ذلك الزمان ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء تلك الملكية المطلقة المنفعة الدائمة، فإذا استوفاها المشتري بالإجارة فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة في مدة الإجارة نظير البيع بعد الإجارة فإن العين تكون ح ملكا للمشتري مسلوب المنفعة في مدة الإجارة ثم ذكر الفارق بين المقام و اجارة البطن الأول العين الموقوفة (على البطون على حساب البطن بعد البطن) أزيد من مدة عمرهم فإنه تبطل الإجارة هنا بموت البطن الأول بخلاف ما نحن فيه، فان الفارق هو أن البطون المتأخرة انما تلقوا العين الموقوفة من أصل السبب و هو الواقف دون البطن الأول فلا يكون البطن الأول مالكا للانتفاع بالوقف أزيد من مدة حياته لكونه أى البطن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٣

الأول مالكا للمنفعة المحدودة بالموت فكأن الواقف صرح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فإن المشتري الأول قد ملك العين و منافعها مطلقة ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك، أى على وجه الإطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا في محله و اذن فلا وجه لبطلان الإجارة بالفسخ، ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجارة العين إلى مدة، ثم تفاسخا المتبايعان بالإقالة حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الإجارة و كك إذا باع من عليه الخيار العين في مدة الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ، بل يرجع مالك العين فى الصورة الاولى الى عين ماله و لكن مسلوب المنفعة و فى الثانية يرجع الى بدل العين كما هو واضح، هذا ملخص كلامه فى المقام.

و لكنه لا يتم على مسلكنا الذى استثناه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكية المنشئة بالفسخ على تقدير عدم

الإمضاء و على هذا فلا معنى لصحة الإجارة الواقعة بدون إذن ذى الخيار بعد فسخه العقد، و يكون عقد الإجارة بالنسبة إلى المدة الباقية من زمان الإجارة بعد الفسخ فضولية و موقوفة على اجازة المالك و هو ذو الخيار ذلك العقد أى عقد الإجارة، و ألا بطلت إذ ملكية المنافع كانت تابعة لملكية العين فبعد ما كانت ملكية العين محدودة بالفسخ فكانت ملكية المنافع أيضا كك فإذا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكية العين فكذلك يتم أمد ملكية المنفعة أيضا كما هو مقتضى التبعية. نعم، لو كانت العين منتقلة إلى شخص آخر ببيع و نحوه و لم يكن له الرجوع إليها بعد الفسخ فإن ملكية من عليه الخيار و ان كانت مطلقة و لكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنة و الوزارة و حيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تتقيد بزمان فيكون الانتقال إلى المشتري الثانى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٤

أبديا و هذا بخلاف المنافع فإنها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصه منها دون الحصه الأخرى و عليه فبالإجارة تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ، و أما الحصه الباقية بعد الفسخ فلا، كما هو واضح. و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بدهاه أن معنى الفسخ هو إرجاع الملكية السابقة و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ، و هذا بخلاف التفاسخ، فإنه تمليك جديد من الطرفين فلا بأس فى التمليك الجديد أن تمليك الإنسان العين مسلوبة المنفعة كما إذا أجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر و كك الأمر بالتفاسخ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف و لا فارق بينهما من هذه الجهة أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح. قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنه يسقط خياره.

أقول: قد عرفت أن المصنف (ره) قد أشار الى عدم بطلان الإجارة بالاذن فيها أو باستئجار نفسه العين ممن عليه الخيار و هذا لا شبهة فيه و لا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء و لذا أرسله المصنف إرسال المسلم على النهج الذى ذكرناه من وقوع التصحيف فى العبارة و انما أشار الى جهتين أخيرتين فى المقام، إحداهما سقوط الخيار بالاذن فى الإيجار، و الثانية مع قبول عدم سقوط بذلك لسقوطه بالتصرف بحيث أن الجهة الثانية فى طول الجهة الاولى أما الجهة الاولى فبناء على مسلكنا فى معنى الخيار من كونه عبارة عن كون المنشأ مقيدة بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء، و عليه فما لم يأذن من له الخيار فى الإيجار أو لم يجز العقد بعد الإيجار، يكون العقد فضوليا بالنسبة الى ما بعد الفسخ فتبطل الإجارة بالرد و بعدم الإمضاء و أما إذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين و لك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٥

أجرتها.

أو عبارة أخرى تدل على كون الأجرة للموَجِر فلا شبهة ح فى صحة الإجارة مطلق و سقوط الخيار بهذا الإذن بدهاه أنه لا يعقل كون مجموع الأجرة للموَجِر مع عدم الفسخ، فان من عليه الخيار الذى هو الموَجِر لم يكن مالكا للعين و المنفعة إلا بالملكية المحدودة بحيث كان أمدها حاصلًا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و إذا صرَّح ذى الخيار كون جميع أجره العين فى زمان الإجارة للموَجِر حتى بعد الفسخ فلا يعقل هذا ألا برفع اليد عن الفسخ و إمضاء العقد و جعل ملكية من عليه الخيار مطلقة و ألا يلزم التناقض فان مقتضى كون مجموع الأجرة له الملكية مطلقة و ألا لم يكن الأجرة بعد الفسخ له و مقتضى عدم سقوط الخيار أن الملكية ليست بمطلقة و هما متناقضان، فافهم.

نعم، لو لم يدل الاذن على كون الأجرة للموَجِر، بل يجتمع مع كونها لذى الخيار أيضا بعد الفسخ، فلا يسقط الخيار بالاذن المذكور، فإن الإذن بالإيجار لا ينافى بقاء الخيار كما إذا صرَّح بذلك و يقول إذنك فى إيجار العين كيف شئت ألا أن الأجرة لك ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهى ملك لى و هذا واضح.

و أما على مسلك المصنف فإنه (ره) قد استدل على سقوط الخيار بوجهين، الأول: دلالة الإذن عرفا على سقوط الخيار، فإن أهل العرف يفهمون من مثل ذلك السقوط كما هو واضح.

ثم ناقش في دلالة الاذن على السقوط في آخر كلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونة حيث ذكر أنه لا يسقط حق الرهانة بذلك عن العين المرهونة بحيث له الرجوع عن اذنه قبل البيع و كك في المقام.

ثم تمسك بالوجه الثاني للقول بإسقاط الإذن ذلك و هو أن الاذن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٦

تضمن للرضاء بالعقد بدهاء أنه ليس بأدون من تقبيل الجارية فكما أنه يدل على سقوط الخيار فيها و كك الاذن في التصرف فإنه يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد، فيحكم بالسقوط ثم أيده برواية السكوني في كون العرض على البيع موجبا لسقوط الخيار، فالإذن بالتصرف أولى بذلك منه كما هو واضح.

أما الوجه الأول: فيرد عليه أن المراد من دلالة الاذن في التصرف من ذى الخيار أن كان هو الدلالة المطابقة أو التضمنية فهو بديهى البطلان بدهاء أنه ليس لسقوط الخيار من ذى الخيار باذن منه في تصرف من عليه الخيار في العين التي انتقلت اليه معنى مطابقا للاذن و لا معنى تضمنيا لذلك لعدم وضع هذه اللفظ في لغة من اللغات على ذلك فلا يعقل معه دعوى الدلالة المطابقة أو التضمنية.

و أما الدلالة الالتزامية فهي أيضا منفية و ذلك من جهة أن اذن ذى الخيار في التصرف من عليه الخيار في العين لا يزيد على ما يقتضيه طبع العقد شيئا فإن مقتضى البيع هو أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكية محدودة و لا شبهة أنه يجوز للملاك أن يتصرفوا في أموالهم لكونهم مسطين على ذلك سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت، بل منع عن التصرف فإذا كان ذلك من مقتضيات طبع المعاملة فلا يترتب على الاذن في تصرفه فيها أثر أصلا، إذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعاملة شيئا أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكية المطلقة لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيدة بالفسخ فلا محالة فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد كك، و اذن من له الخيار في ذلك لا يوجب شيئا وراء ما يقتضيه أصل طبع المعاملة، فهل يتوهم أحد أنه لو اشترى شخص ثوبا و قال له صاحبه و هو البائع ألبسه أن هذا إسقاط لخيار المجلس و كذلك نظائره فإن العرف لا يشكون في عدم دلالة قوله ألبسه على سقوط الخيار و أى فرق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٧

بينه و بين المقام كما هو واضح، بل يمكن أن يتوهم أن دلالة اذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونة على سقوط حق الرهانة عن العين دلالة عرفية موجودة و لكن لا سبيل لهذا التوهم هنا و ذلك لأن الراهن لم يكن له التصرف في العين المرهونة قبل اذن المرتهن و هذا بخلاف المقام، فان من عليه الخيار له التصرف في العين المنتقلة إليه بحسب مقتضى طبع العقد بدون إذن ذى الخيار كما عرفت.

و بعبارة أخرى معنى الدلالة الالتزامية أن يلزم العلم باللازم بتصور الملزوم في الالتزام بين بالأخص، و فى البين بالمعنى الأعم أن يلزم من تصور اللازم و الملزوم و النسبة بينهما العلم باللزوم و من الواضح أن كليهما منفي فى المقام، فإنه لا يلزم من تصور الاذن و سقوط الخيار و تصور الملازمة بينهما العلم بالملازمة بينهما فعلى مسلك المصنف فلا- وجه لسقوط خيار ذى الخيار بإذنه فى التصرف من عليه الخيار فى التصرف فى العين المنتقلة إليه كما هو واضح.

و من هنا ظهر أيضا أنه لو اذن ذى الخيار لمن عليه الخيار فى بيع العين من غيره فلا يسقط خياره، فان جواز نقل العين لمن عليه الخيار من مقتضيات نفس العقد فلا- يكون الاذن فيه موجبا للزيادة الاذن فى التصرف ليكون التصرف مستندا اليه ليكون الاذن ح موجبا لسقوط الخيار.

و الحاصل: أن الاذن لا يوجب زيادة التصرف الذى لم يكن قبل الاذن بحيث يكون مشروعية ذلك التصرف مستندا الى الاذن لكى

يحكم بدلالة الإذن ح على سقوط الخيار كما هو واضح، و من هنا التزمنا بسقوط الخيار بالإذن في التصرف بناء على مسلكنا، فإن جواز تملك من عليه الخيار منفعة العين بعد فسخ العقد أيضا مستند إلى إذن ذى الخيار لعدم وجوده قبل ذلك فيكون ح دالا على سقوط الخيار لتحقيق الملازمة بينهما على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٨

هذا، بل يمكن أن يكون مع اذنه بانبا على الفسخ، بل يصرح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن.

و أيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو أجر ذو الخيار العين المنتقلة الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجرة له، فلا مناص عن كون ذلك فسخا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الأجرة له أى لمن عليه الخيار فإنه لا معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليه الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار، بحيث تكون الأجرة التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح. و أما الوجه الثانى: و هو الالتزام بدلالة الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالتقيل، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالتقيل و اللمس و النظر، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا و كك الاذن فإنه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت، نعم التزمنا بكون الأمور المذكورة موجبة لسقوط الخيار لا من جهة كشفها عن الرضا بالعقد، بل من جهة التعبد الشرعى و دلالة النص على السقوط بها كما هو واضح، فافهم.

(و من هنا ظهر عدم دلالة رواية السكونى أيضا على ذلك لكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفة السند) على الظاهر نعم إذا كانت هنا قرينة خارجية دلت على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به.

لا يقال على ما التزمتم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكية يلزم الالتزام بصحة البيع إلى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذور فيه، و لكن النص دل على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٤٩٩

بطلانه لا يقال بناء على ما التزمتم من المبنى المذكور يمكن لنا القول بجواز رجوع ذى الخيار الى من عليه الخيار، فيما إذا نقل العين الى غيره و أبقى المنفعة فى ملكه فإنه مع الفسخ يرجع الى المنفعة و يملكها بالفسخ و أن الفسخ إرجاع الملكية الاولى.

و فيه أن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين فإذا أمكن إرجاع العين إلى الملكية السابقة فترجع معها المنفعة و الّا فلا، كما هو واضح، و أما الرجوع الى المنفعة فقط دون العين على خلاف الارتكاز العرفى من تبعية ملكية المنفعة لملكية العين، فافهم.

الجهة الثانى: (أعنى سقوط الخيار بوقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار) أنه ذكر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوط الحق عنه.

أقول: ان كان مراد من هذه العبارة أنه يعتبر أن يكون التلف فى زمان وجود الحق لا فى حال سقوطه، بمعنى أنه انما يبقى حق الفسخ لذى الخيار مع تصرف من على الخيار فى زمان وجود حق الفسخ لذى الخيار و حلوله فإنه ح يكون التصرف فى متعلق حق الغير فلا يكون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخيار فان حين تحققه أى التصرف قل تحقق فى متعلق حق الغير و عليه فله أى لذى الخيار أن يفسخ العقد بعد التصرف المذكور فان كانت العين باقية يرجع الى العين و الّا فإلى البدل و أما إذا كان التصرف واقعا على العين فى زمان ليس لذى الخيار حق، بل سقط ذلك بواسطة التصرف و لم يكن التصرف فى متعلق حق الغير فح لا يكون له خيار حتى يفسخ العقد و يرجع الى البدل و من المفروض أنه إذا أذن لمن عليه الخيار

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٠

أن يتصرف في العين فقد أسقط خياره بذلك، و وقع التصرف في زمان سقوط الخيار لا في زمان وجوده و حلوله ليكون التصرف واقعا في متعلق حق الغير فلا يكون منافيا لثبوت الحق.

و ان كان مراده هو هذا، فلا نفهم معنى ذلك بوجه و لا يمكن تصحيحه بوجه إذ يرد عليه:

أولا: أن كلامنا في سقوط الخيار بالتصرف بأنه هل يسقط بذلك أو لا يسقط، ففرض سقوط الخيار به بحيث يكون التصرف واقعا في زمان سقوط الخيار ليس إلا دورا واضحا، فان سقوط الخيار يتوقف على وقوع التصرف و كون التصرف مسقطا للخيار متوقف على سقوط الخيار ليكون واقعا في زمان سقوطه لا في زمان حلوله كما هو واضح.

و الحاصل: لو قلنا بان التصرف في مثل القرض يكون مسقطا يلزم الدور على أنه كيف يكون التصرف مسقطا للخيار مع أنه في زمان كان له الخيار ليس هنا التصرف و في زمان تحقق فيه التصرف ليس هناك خيار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخيار أصلا كما لا يخفى.

و ثانيا: لا دليل على وقوع التصرف الذي يثبت منه الخيار أى لا يضر بوجوده في زمان وجود الحق ليكون التصرف في متعلق حق ذى الخيار، بل مع كونه واقعا في زمان عدم الخيار أيضا يمكن أن يبقى لذى الخيار حق الفسخ، فإذا أتلّف من عليه الخيار العين بفسخ ذى الخيار العقد فيأخذ ممن عليه الخيار بدل العين كما إذا كان لأحد المتبايعين خيار منفصل ككون في رأس الشهر فقد تصرف الآخر في العين تصرفا متلفا أو ما هو في حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع و نحوه فان ذلك يمنع عن ثبوت الخيار لذى الخيار في رأس شهر و لم يحتمل أحد سقوط الخيار بتصرف من عليه الخيار قبل وصول زمان الخيار و عليه فإذا وصل وقت الخيار و فسخ ذو الخيار العقد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠١

ينتقل ضمان العين الى البدل فيأخذ ممن عليه الخيار بدل ماله من المثل أو القيمة فلا ملازمة بين فسخ العقد و الرجوع الى البدل و بين كون التلف أو ما هو في حكمه في زمان حلول الحق لا في زمان سقوطه كما هو واضح.

و أيضا لا شبهة في جواز تفاسخ المتبايعين بالإقالة مع تلف إحدى العينين أو كليهما فإنه بعد ذلك يرجع الى البدل مع أنه لم يكن حق لأحدهما كما فيما انتقل الى الآخر و بالعكس ليكون التلف في زمان وجود الحق كما هو واضح، فكيف مع عدم الدليل على ما ذكره المصنف على ما هو ظاهر كلامه فالدليل على خلافه كما عرفت فلا يمكن المساعدة على هذا الرأي بوجه.

و حيث كان هذا الاحتمال بعيدا عن المقام المصنف و لم يكن له معنى محصلا أصلا، فقد وجه شيخنا الأستاذ سقوط خيار من له الخيار بتصرف من عليه الخيار بإذن ذى الخيار بوجه آخر، و لعله هو مراد المصنف أيضا و قال أن الاولى أن يعلل لسقوط الخيار بالتصرف بما أشرنا إليه في خيار الغبن، و هو أن التصرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق، حيث ان الغرض من الفسخ استرجاع الملك السابق اما بعينه أو ببديل و كل منهما متعذر أما العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالإتلاف، و أما البدل فلأنه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه، فلا موضوع لانتقال الضمان الى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار.

و هذا الذى ذكره الأستاذ له وجه، و قد ذكرنا أنه يمكن أن يكون مراد المصنف و لكن يرد عليه أنه كما أن اذن ذى الخيار فى تصرف من عليه الخيار لا يوجب سقوط الخيار، و كذلك وقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار أيضا، لا يوجب سقوط الخيار و

ان كان التصرف واقعا في متعلق حق الاذن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٢

و السرّ فى ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن

له ذو الخيار أم لم يأذن، لأن العين كانت مملوكا له ولا شبهة في جواز تصرف الملاك في ملكهم بأي تصرف شائوا وعلى هذا فاذن ذى الخيار في التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا في الخارج لا يوجب سقوط حقه، وعدم كون التصرف في متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أى الأذن هو الفسخ، ولو بعد تلف العين أو يصرح بذلك و أنه يرجع الى البدل مع كون التصرف متلفا للعين، مع أنه لو كان بينهما منافاة لما جاز التصريح بذلك.

نعم، لو كانت العين مملوكة لذى الخيار لكان اذنه في التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان، وليس ككك، فاذن لا شبهة في بقاء حق ذى الخيار مع تحقق التصرف في الخارج، وح فإذا فسخ ذى الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى ومع عدم بقاء العين يرجع الى البدل.

وبعبارة أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا، وسواء تحقق التصرف في الخارج باذن من له الخيار أم لا، فان اذن من له الخيار في ذلك لا يزيد بالنسبة إلى أصل الجواز شيئا أصلا، وعليه فلا ينافى إذن ذى الخيار في ذلك ببقاء الخيار أصلا كما إذا صرح بذلك لعدم التنافي في ذلك أصلا.

و أما كون من عليه الخيار ضامنا بالبدل بعد فسخ العقد فإنما هو من جهة قاعدة ضمان اليد أو ضمان الإلتلاف و ذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى بعد الفسخ، فإذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم أداء العين فحيث لم تكن العين موجودة فمقتضاها لزوم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٣

أداء البدل وهذا هو الذى تقتضيه قاعدة الضمان بالإلتلاف، فإن مقتضى من ألتف مال الغير فهو له ضامن الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة فإنه بعد رجوع العوض الى مالكة الأول ان ما ألتفه من عليه الخيار انما ألتف مال غيره فهو له ضامن بأداء المثل أو القيمة فافهم، فلا يكون الاذن ممن له الخيار في التصرف و وقوع التصرف في الخارج سببا لسقوط خيار ذى الخيار أصلا، نعم إذا صدر الاذن في التصرف من المالك و وقع التصرف المتلف أو ما هو في حكم الإلتلاف في الخارج فلا شبهة في كون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العين فإن الاذن قد صدر من أهله ولا بد من الالتزام بلوازمه وهذا غير من له الخيار في التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار فان ذلك التصرف كان مقتضى طبع العقد بخلاف التصرف هنا فإنه لم يجز لمأذون له أن يتصرف في مال غيره قبل الاذن، وانما جاز ذلك بعده كما هو واضح فلا يكون موجبا للضمان فكأن شيخنا الأستاذ خلط بين التصرف الواقع في الخارج في مال شخص آخر بإذنه فإنه لا- يوجب الضمان سقوط حقه عن ماله باذنه بالإلتلاف و بين المقام حيث أن وقوع هذا التصرف المتلف في الخارج لا- يوجب سقوط حق من له الخيار عن العين أعنى أنه لو فسخ لكنت العين له، فان وقوع التصرف المذكور بإذنه في الخارج لا يوجب سقوط حقه عن الرجوع الى البدل بعد فسخ العقد لعدم كون اذنه في هذا التصرف موجبا لشيء لم يكن لمن عليه الخيار كما هو واضح.

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجية أن أذن من له الخيار التصرف في العين الخارجية لمن عليه الخيار موجب لسقوطه لكونه قاصدا به سقوط خيار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف في الخارج و ان لم يكن قاصدا ذلك بالاذن لكان للقول بالسقوط مجالا واسعا ولكنه خلف الفرض فإنه الكلام في دلالة نفس الاذن على سقوط الخيار كما في الجهة الأولى في دلالة نفس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٤

وقوع التصرف في الخارج على سقوط الخيار كما في الجهة الثانية، فافهم ذلك.

قوله: مسألة المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.

أقول: الظاهر أن الأولى تقديم هذه المسألة على المسألة السابقة، كما أشرنا إليه في أول المسألة السابقة بأن يتكلم أولاً في توقف حصول الملكية بانقضاء زمان الخيار أولاً و عدمه ثم يتكلم في أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل إليه أو لا فقد ذكرنا أنه لا يجوز ذلك على قول الشيخ لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون اذنه فهو لا يجوز و أما على قول غير الشيخ من المشهور القائلين بعدم توقف الملكية على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الأولى تقديم هذه على المسألة السابقة لتوقفها عليها بخلاف العكس كما عرفت ثم إن المعروف و المشهور بين الفقهاء أن الملكية حاصلة من حين العقد في البيع الخياري غاية ملكية مترزلة. و لكن الظاهر من الشيخ الطوسي و من تبعه أنها تحصل بعد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار و غيره إذ لا معنى لحصول الملكية لطرف واحد دون الآخر فإن البيع مبادلة مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم.

و قد اضطربت كلمات الفقهاء في فهم كلام الشيخ و بيان مراده فان ظاهر إطلاق المحكى عن المحقق و جماعة أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكية في زمان الخيار المختص بالمشتري أيضاً.

بل صرح في التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد في الدروس خلافاً في حصول الملكية من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب إلى الشيخ التزامه بحصول الملكية من حين العقد في الخيار المختص للمشتري و نقل عن ابن الجنيد توقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥

بين الأعلام في أن الشيخ فيما يقول بتوقف الملكية على انقضاء زمان الخيار هو من باب الكشف أو النقل و أيضاً وقع الكلام في أنه يقول بذلك في الخيارات المتصلة فقط أو مطلقاً و ان كانت الخيارات منفصلة عن العقد و أن مراده هو ذلك في صورة كون الخيار لكل من البائع و المشتري أو للبائع، و أما إذا اختص بالمشتري فلا يقول بذلك أو يقول به مطلقاً كما عرفت الإشارة إلى كون كلامه مطلقاً بالنسبة إلى الخيار المختص بالمشتري أيضاً على ما هو المحكى عن المحقق و جماعة، و ظاهر بعضهم عدم التوقف في صورة اختصاص الخيار بالمشتري كخيار الحيوان و نحوه.

و على الجملة اضطربت كلمات الفقهاء في نسبة القول بتوقف الملكية على انقضاء زمان الخيار إلى الشيخ، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك في مطلق زمان الخيار و ان كان مختصاً بالمشتري أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتاً للمتبايعين معاً أو لخصوص البائع و أيضاً وقع الخلاف في أنه يقول بذلك في الخيار المتصل أو في الخيار المنفصل أيضاً و قد نسب إليه في القول بعدم التوقف فيما إذا صار أحد المتبايعين مفلساً إلى غير ذلك من الاختلافات و الاضطرابات كما ذكره المصنف في المتن، و لا يهمننا تحقيق هذا المطلب و انما المهم بيان مدرك الشيخ القائل بالتوقف مطلقاً أو في الجملة و بيان مدرك المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملكية من حين العقد.

الظاهر أنه لا شبهة في دلالة عموماً صحة العقود و المعاملات، و لزومها على كون الملكية حاصلة من الأول لا أنها متوقفة على شيء، فان الظاهر من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، أن ما ينتقل إلى كل من المتبايعين بوسيلة البيع يجوز له التصرف فيه بخلاف ما كان فيه الربا، فإنه لا يجوز فان معنى حلية البيع ملازم لحلية ما يحصل النقل و الانتقال بواسطة البيع و كك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، خصوصاً قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**. فإن الأكل ليس هو الازدراء، بل هو كناية عن التملك فمحصل الآية أنه لا تملكوا أموالكم بالباطل، و لكن تملكوا بالتجارة عن تراض، فالله تبارك و تعالى قد حصر أسباب التملك المشروع بمقتضى النفي و الإثبات بالتجارة عن تراض و جعلها سبباً وحيداً لذلك مقابل التملك الباطل، فمقتضى ذلك أن الملكية حاصلة من حين العقد لصدق التجارة عن تراض على البيع من حين العقد، و قد فرضنا أن التجارة عن تراض هو

السبب الوحيد لحصول الملكية فتحصل الملكية في البيع من حين العقد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار، بل هذا هو الذي قامت عليه السيرة بين الناس فإنهم يعاملون مع المثلث معاملة الملكية من حين العقد من غير توقف في ذلك على شيء و من الواضح أن الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات و ليس له في ذلك طريق خاص غاية الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطئه للعرف كما أضاف إليها بعض الشروط لذلك و مع الشك في مورد أنه اعتبر الشارع هنا شرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالإطلاقات و العمومات الدالة على صحة المعاملات و نفوذها و يحكم بحصول الأثر من الأول و عدم توقفه على شيء آخر، بل هذا هو مقتضى ما إنشأه المتعاملان فان غرضهما جعل البيع سببا للملكية و هو يقتضى حصولها من حين العقد إلا دل دليل خارجي على توقفها على شيء آخر كما في بيع الصرف و السلم، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكية بالتقاضي في المجلس و عدم حصولها بمجرد البيع كما هو واضح.

ثم انه لا- يكفي مجرد وجود هذه العمومات و الإطلاقات في بطلان مسلك الشيخ، بل لا بد و أن يلاحظ أن هنا رواية تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الرواية على ذلك فهل هنا رواية أخرى تدل على مسلك مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٧

المشهور و رواية آخر تدل على مسلك الشيخ مع تمامية ميزان الحجية فيهما فيقع المعارضة فاما يحكم بالتساوق فيرجع الى عمومات الكتاب و إطلاقاتها أو يؤخذ ما هو موافق للكتاب و هو ما دل على عدم توقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار فيثبت بذلك أيضا قول المشهور و اذن فلا بد من صرف عنان الكلام الى ما استدل به على كل واحد من القولين.

وقد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار بوجوه

إشارة

مضافا الى اقتضاء العمومات ذلك.

الأول: الاخبار الواردة في خيار المجلس

كقولهم عليهم السلام:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، حيث ان الظاهر من لفظ الخيار الوارد فيها هو كون البيع مخيرا في فسخ العقد و عدمه بحيث قد فرض هنا بيع ثم حكم بثبوت الخيار له، و من الواضح جدا أن البيع انما يصدق على المتعامل بعد حصول الملكية فالمتحصل من الرواية بقرينة إطلاق البيع على المتبايعين هو حصول الملكية في زمن الخيار إذ ما لم تتحقق الملكية لم يتحقق البيع و إذا لم يتحقق البيع لا يصدق البيعان على المتعاملين فحيث أطلق البيعان عليهما فنكشف من ذلك حصول الملكية في زمان الخيار كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا- يتوقف الاستدلال بهذه الروايات على المقصود على كون الخيار بمعنى الاختيار في استرجاع العين و كون المتبايعين مخيرين في بيع العوضين من شخص آخر مثلا، و إبقائها كذلك فإنه على هذا استكشف حصول الملكية من الأول، و وجه الفساد انك قد عرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخيار بالعقد.

و توهم أن إطلاق البيع باعتبار حصول صورة البيع و إيجادهما ما يكون مستعدا لذلك، أي لحصول النقل و الانتقال و الملكية بعد ذلك كما في

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٨

الفضولى توهم فاسد فإنه خلاف الظاهر من الإطلاق و من هنا نفى البيع فى بيع الصرف و السلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكية مع أن صورة البيع قد حصلت كما لا يخفى، فلا بأس بدلالاتها على المقصود، فافهم.

الثانى: الأخبار الواردة فى جواز النظر إلى الجارية و تقيلها،

بل وطئها فى زمان الخيار بعد شرائها بحيث لم يجز ذلك قبل الشراء فيدل ذلك على حصول الملكية فى زمان الخيار فإنه لو لم تحصل الملكية فى ذلك الزمان لكان زمان الخيار و قبله سيان فى ذلك، فلم يجز التصرف فى زمان الخيار أيضا كما لا يجوز التصرف قبل زمان الخيار أيضا.

و ناقش المصنف فى دلالة هذه الأخبار بأنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعة على الجارية بعد العقد فى زمان الخيار إمضاء للعقد و إسقاطا للخيار كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى فى زمان العدة فى المطلقة الرجعية فإنه إذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فى العدة بغير أن يرجع إليها يكون رجوعا إليها و ان لم يقصد الرجوع بذلك، بل كان قاصدا عدمه كما هو واضح.

و لكنه توهم فاسد بدهاه أن فى المطلقة الرجعية ان علقه الزوجية لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر فى السنة الفقهاء أن المطلقة رجعية زوجة و عليه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقيقة من غير أن تكون الزوجية حاصله بنفس الوطى و انما الوطى يكون دليل على الرجوع و رافعا لأثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا، بل الأمر كك حتى لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزنا أيضا كأن كان جاهلا لحصول الرجوع بذلك الوطى و قصد الزنا فإنه لا يكون إلا تجزيا محضا و أما الحرام فلا بدهاه أن الوطى انما صدر من اهله و وقع فى محله فيكون رافعا لأثر الطلاق لما أنه يوجد الزوجية أيضا بحيث كانت الزوجية منتفية (فأوجب) الوطى رجوعها، بل الزوجية كانت ثابتة فالوطى أوجب رفع أثر الطلاق فقط، كما هو واضح، هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٠٩

بخلاف المقام، فإنه على القول بعدم حصول الملكية فى زمن الخيار يكون التصرف واقعا فى ملك الغير فيكون حراما و قد حكم الامام عليه السلام بحلية ذلك، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل فى زمان الخيار و الحلية مستندة إليها.

الآ أن يقال بما أشرنا إليه سابقا من كون الملكية حاصله فى زمان التصرف و لم تعتبر التقدم الرتبى فى جواز التصرف و نقول بذلك فى كفاية جواز التصرف فى ملك اليمين و نقول بان المستفاد من قوله تعالى **أَوْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** هو كون المملوك مملوكا للمتصرف فى زمان التصرف و ان حصلت الملكية فى زمان التصرف و لم تكن متقدمة عليه رتبة و ح يجوز التصرف فى الأمة فى زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك إذا قصد المتصرف لتصرفه، هذا إمضاء العقد كما هو ليس ببعيد، بان نقول بكفاية حصول الملكية فى زمان التصرف فى جوازه و لكنه لم نلتزم الفقهاء بذلك، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالأمر المذكورة انما هو من جهة حصول الملكية بالعقد فى زمان الخيار كما هو واضح، فإذا فتدل الرواية على مسلك المشهور.

الآ أن يقال أن غاية ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكية للمشتري فى زمن خيار الحيوان، لأن المفروض أنه اشترى جارية و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك و أن جوازه يكشف عن حصول الملكية له بالعقد و لكن الشيخ لم يلتزم فى فرض وجود الخيار للمشتري بخلاف مقالة المشهور و اذن فالرواية غريبة عن ما نحن فيه كما هو واضح.

الثالث: ما تقدم فى أدلة بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن

المسمى فى العرف بالبيع شرط و البيع الخيارى و بيع الخيار فان فى هذه الرواية ما يدل على أن نماء المبيع فى زمن الخيار للمشتري و تلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشتري من زمان العقد، و الآ لم يكن وجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٠

لكون الملك للبائع و النماء للمشتري فإن النماء تابع للملكية.

و قد أورد عليه المصنف (ره) بوجهين:- الأول: أنه يمكن أن يكون هذه الروايات غريبة عما نحن فيه أعنى البيع بشرط الخيار ليكون ما ذكر فيها من كون النماء ملكا للمشتري شاهدا على حصول الملكية في زمان الخيار، بل انما هو من قبيل اشتراط الانفساخ في البيع برد الثمن بأن يفسخ بنفسه متى رد البائع الثمن من غير احتياج الى الفسخ فلا يكون هذه الروايات مربوطة بالمقام.

و فيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما أشار إليه المصنف و خلاف الظاهر منها، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غير مشروع في الشريعة فإنه لم يثبت جواز ذلك في نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعاً بالاشتراط كما هو واضح.

الوجه الثاني: ما ذكره من أنه يمكن أن يكون هذه الروايات خارجة عن مورد كلامنا فان محل الكلام انما هو عدم حصول الملكية في زمان الخيار و عليه فلو كان النماء في هذه المدة لمن انتقل اليه العين كان للتمسك بهذه الروايات على إثبات حصول الملكية في زمان الخيار وجه و لكن الأمر ليس كذلك فان النماءات انما حصلت في زمان لزوم العقد فان الخيار انما يحصل للبائع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلاً إذ ما يتوهم كونه كاشفاً عن حصول الملكية به لم يكن حاصلًا في زمان الخيار، بل في زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و فيه أولاً ان إطلاق الرواية يشمل صورة كون الخيار بشرط رد الثمن من أول العقد أيضاً و ثانياً أنه لم يعلم من مذهب الشيخ القائل بتوقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار إخراج الخيارات المنفصلة عن مورد الكلام، بل ما ذكره أعم من خيارى المنفصل و المتصل أيضاً، فهذه الروايات

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١١

أيضاً لا بأس بدالاتها على حصول الملكية في زمن الخيار.

الوجه الرابع: الأخبار الواردة في خيار الحيوان

الدالة على ثبوت الخيار للمشتري في ضمن ثلاثة أيام، كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري، بالفتح أو الكسر، بالخيار إلى ثلاثة أيام، حيث ان الظاهر من إطلاق صاحب على المشتري ظاهر في أن الملكية إنما حصلت في زمان الخيار و إلا لم يصح إطلاق الصاحب عليه، و توهم أنه باعتبار أنه سيصير صاحباً خلاف الظاهر من الرواية جداً فالرواية ظاهرة الدلالة على المقصود.

اللهم ألما أن يقال بأن غاية ما يدل هذه الروايات هو أن الملكية حاصلة للمشتري في زمان خياره، و الشيخ لا ينكر ذلك، و انما لم يلتزم الشيخ بعدم حصول الملكية في زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع فقط أو للبائع و المشتري معاً، فإنه يلتزم بعدم حصول الملكية لذى الخيار و غيره إذا الملكية إذا حصلت، حصلت للطرفين فلا معنى لحصولها لغير ذى الخيار و عدم حصولها لذى الخيار فان البيع تبديل مال بمال و اذن فالرواية أجنبية عن المقام.

الوجه الخامس: الأخبار الواردة في العينة

و هي أن يشتري الإنسان شيئاً نسيه ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً، فان الظاهر من جملة منها ان البيع انما يكون في مجلس الاشتراء و بضميمة صحيحة يسار بن يسار يتم المطلوب و هو حصول الملكية في زمن الخيار، و هي أنه سئل عن الرجل يبيع و يشتريه عن صاحبه الذى يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت:

اشترى متاعى، فقال عليه السلام: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك، فان ظاهر الذيل، بل صريحها و هو قوله عليه السلام ليس هو متاعك و لا غنمك أن المبيع قد انتقل إلى المشتري و لم يبقى في ملك البائع و قد عرفت عن جملة منها أن البيع الثانى قد وقع في مجلس البيع الأول، و المفروض أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٢

هذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الرواية على ان الملكية قد حصلت في زمان خيار المجلس فإذا حصلت الملكية للمشتري حصلت ملكية الثمن للبائع أيضا، لأن البيع مبادلة مال بمال، بل يمكن التمسك لإثبات أن الملكية قد حصلت في زمان الخيار بإطلاق الصحيحة مع قطع النظر عن ضميمه الطائفة الأولى كما لا يخفى.

وقد أشكل المصنف على الرواية بعدم دلالتها على حصول الملكية في زمان الخيار، إذ البيع عند القائل بالتوقف جائز، و لكن يكون لازما بالتواطى كما صرح الشيخ في المبسوط فتحصل الملكية قبل البيع الثانى و بهذا دفع الاشكال، و قد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الاشكال و قد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور و قد كان هذا الاشكال واردا على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ، و على هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم فأجاب الإمام عليه السلام بأنه ليس غنمك لكون التواطى مسقطا للخيار.

و فيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا- يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا- يوجب أن يكون العقد خياريا و السر فى ذلك أن إسقاط الخيار أو الفسخ من الأمور التى يحتاج إلى الإنشاء و الإظهار على ما تقدم فى مبحث الخيارات فلا تحقق بمجرد القصد و البناء ما لم يبرزه فى الخارج بمرز و قول السائل اشترى غنمى ليس من جهة ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم إذ لا سبيل لنا الى هذه الدعوى، بل سؤاله هذا من جهة استغرابه من صحة شرائه باعه قبل هذا الزمان بقليل لأن الغرض أن البيع الثانى قد تحقق فى مجلس البيع الأول و مع تسليم أن مسلك الشيخ كان مركزا فى أذهانهم من أين يعلم أنه كان صحيحا و مسلما حتى عند الامام عليه السلام بحيث كان جواب الامام عليه السلام مبتيا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٣

على كون التواطى على البيع السابق موجبا لسقوط الخيار و يصير البيع به لازما كما هو واضح و كيف كان فظهور هذه الأخبار فى إثبات مسلك الشيخ واضح جدا.

الوجه السادس: صحيحة محمد بن مسلم

عن رجل أتاه فقال اتبع لى متاعا لعلى اشترىه منك بنقد أو نسيئه فاتباعه الرجل من اجله قال ليس به بأس إنما يشترىه منه بعد ما يملكه فإن إطلاق قوله عليه السلام ليس له بأس إنما يشترىه منه بعد ما يملكه شامل لحصول الملكية عن زمان العقد و من الواضح أن حصولها من زمان العقد يقتضى حصولها فى زمان خيار المجلس أيضا كما هو واضح، و اذن فتدل الرواية على مسلك المشهور.

و لكن يرد على هذا الاستدلال ان هذه الرواية ناظرة الى أن هذه المعاملة ليست من قبيل بيع ما ليس عنده لاستيجاب العقد الأول كما ذكره المصنف فى المتن فقوله ما يملكه إشارة الى هذا الاستيجاب فليست الرواية ناظرة إلى حصول الملكية من حين العقد و عدمه إذ ليس تلك الجهة موردا للسؤال أصلا، و قد ورد فى جملة من الروايات لا- توجب البيع قبل أن تستوجه و فى بعضها أنه قال عليه السلام أليس ان شاء فعل و ان شاء ترك، يعنى أن الأمر إذا كان كك بحيث أن من وعد لأحد أن يشترى شيئا و هو أيضا يشترى منه بنقد أو نسيئه أليس له أن يشترى بعد اشترا من كان بينهما تبا و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشترى فإن كان كك فلا بأس لأنه ليس إيجابا قبل الاستيجاب، بل وعد محض و آلا ان كان مجورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيدتهم فهو باطل لكونه إيجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الأول نادر جدا فان الغالب، أن المشتري بعد استيجاب البيع الأول يتفرق من مجلس العقد و يذهب الى صاحبه لإنشاء البيع الثانى، بل على هذا سيرة التجار فإنهم لا يبيعون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٤

ما يشترى عند البائع، بل يخفون أمر المعاملة الثانية و على هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلا

على حصول الملكية في زمان الخيار كما هو واضح، ليكون التملك بنفس العقد فافهم.

وقد استدل على قول الشيخ بالروايات الدالة على أن تلف المبيع في ضمن ثلاثة أيام في خيار الحيوان أو شرط أيام معدودة من مال البائع كصحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟

فقال على البائع، حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع حيث استدلوا بهذه الرواية على أن المبيع في زمان الخيار في ملك مالكة الأول فهو البائع، و لذا يكون تلفه على البائع و انما تحصل الملكية بعد مضي زمان الخيار و لذا قال عليه السلام حتى ينقضى ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري.

أقول: الظاهر أنه لا ينكر ظهور الرواية في قول الشيخ و ان التزم هو (ره) في الخيار المختص بالمشتري حصول الملكية بالعقد من حينه، و لكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمة، بل صراحة بعضها في حصول الملكية بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحة على أن لزوم الملكية و استقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها، و يكون المراد من قوله عليه السلام و يصير المبيع له أن يثبت و يجب كما ورد في أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع أى يكون لازما و ثابتا، فان المراد من الكون و الثبوت و اللزوم و الصيرورة المبيع للمشتري هو التحقق و الاستقرار و الثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن.

و على الجملة فالرواية قابلة للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٥

الروايات المتقدمة في حصول الملكية من حين العقد أقوى، و مع الإغماض عن ذلك فيقع التعارض و التكافؤ بين الروايات المتقدمة الظاهرة في حصول الملكية من زمان العقد و بين صحيحة ابن سنان الظاهر في حصولها من حين انقضاء الخيار، فذكر المصنف أن في فرض المعارضة بينهما يرجع الى أصالة عدم حصول الملكية من حين العقد، و لكن التعارض منتف في المقام بدهاه أن الطائفة الأولى معروفة و مشهورة، فلا بد من الأخذ بها و رفع اليد عن الصحيحة لكونها غير معروفة فتكون الشهرة المؤيدة بالإجماع موجبا لترجيح تلك الطائفة الاولى و رفع اليد عن الصحيحة و ان كانت صحيحة.

أقول: كأن نظر المصنف من ترجيح الأولى من الروايات إلى الشهرة الفتوائية و الأ فكلتا الطائفتين من حيث الناقل و الراوى في مرتبة واحدة فإن كليهما خبر واحد، نعم المشهور من الفقهاء ذهبوا الى حصول الملكية من زمان العقد، فتكون الشهرة فتوائية، فبناء على كون اعراض المشهور موجبا لو هن الخبر الصحيح تكون هذه الشهرة موجبة لو هن الصحيحة و ترجيح لطائفة الاولى و لكن الأمر ليس كذلك، إذا المراد من الشهرة الموجبة لترجيح في مقام التكافؤ هو الشهرة في الرواية بمعنى كون الرواية في نفسها ظاهرة و بارزة كما ذكره المصنف في الرسائل و استدل على ذلك بالإطلاقات العرفية و اللغوية فيقال سيف شاهر أى ظاهر، و مقابل هذه الشهرة هو النادر و الخفى أى تكون الرواية الأخرى في مقلها نادرة و شاذة و هذا المعنى غير مربوط بالشهرة الفتوائية كما هو واضح.

و اذن فلا بد من معاملة المعارضة بينهما بعد الإغماض عن الحمل المذكور فلا يكون هذه الشهرة رافعة للمعارضة بكونها موجبة لترجيح الطائفة الاولى و مع التكافؤ فلا بد من الرجوع الى العمومات الدالة على حصول الملكية من الأول كما ذكرناه قبل ذكر أدلة الطرفين و عليه فلا وجه لرجوع إلى أصالة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٦

عدم حصول الملكية من زمان العقد كما ذكر المصنف (ره).

و على الجملة مقتضى القاعدة هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

لا يقال ان غرض المصنف من دعوى كون الطائفة الأولى متقدمة على الثانية لأجل الشهرة و ان غرضه هو الشهرة في الفتوى و لكن

مبنى المصنف أن الشهرة الفتوائية إذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه و وهنه و اذن فتكون الروايات الدالة على حصول الملكية من حين العقد متعينة و هذا لا ينافي لكون الشهرة الموجبة لترجيح احدى الروايتين المتكافئتين هي الشهرة فى الرواية دون الفتوى.

فإنه يقال نعم و لكنه على هذا لا تصل النوبة إلى التكافؤ أصلا، بل يكون ما هو موافق للشهرة حجة و ما هو مخالف لها غير حجة لإعراض المشهور عنها، و قد فرض المصنف التكافؤ ثم رجح الطائفة الأولى بالشهرة فى الفتوى كما لا يخفى.

و التحقيق أن يقال انه بناء على الإغماض عن الحمل المذكور فلا بدّ من ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فإنها موافقة لعموم الكتاب و إطلاقه الدالة على حصول الملكية من الأول كما هو واضح.

ثم استدل على كل من قولى المشهور و الشيخ بالنبوى المشهور الخراج بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري و خراجه له و بقاعده التلازم بين ملك المنفعة و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد.

و بعبارة أخرى أن يكون الضمان للمشتري فى زمن الخيار يكشف كون المنفعة له كشفا لميا و يكون المنفعة له يكشف كون العين داخلة فى ملكه بالعقد كشفا إتبيا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٧

و فيه أولا أنه لم يعلم من القائمين بالتوقف كالشيخ و من تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشتري له و ضمانه عليه، و الذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو إثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشتري و هو ممنوع.

و ثانيا على القول بالضمان أن الملازمة بين ضمان العين و ملك المنافع انما يتم بناء على ما ذكره أبى حنيفة من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان و ان كان ذلك الضمان بالغصب حيث ذكر فى الدابة المغصوبة أن الضمان للغاصب و المنافع أيضا له و لكنه على هذا المبني أيضا لا يكون ملك المنافع كاشفا عن ملك العين أننا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبني، و قلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضمان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشئ بالمعاملة بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضا له، و من المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناء على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقة الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غاية الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلالة فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثا: قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكية متوقفة على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشتري أيضا، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف و اذن فلا- يكشف من حصول الملكية من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشتري بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقا كما هو واضح.

و على الجملة فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بإزاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٨

ضامنا ليس الخراج له، و بضميمة قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار، فان كون التلف على البائع فى زمان خيار المشتري يقتضى أن يكون منافع المبيع للبائع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه، و اذن فلم تحصل الملكية للمشتري فى زمان الخيار، و هكذا العكس بأن كان الخيار للبائع دون المشتري كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكية للمشتري في زمان خياره و مقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن المستفاد منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان الغصبى يقتضى كون المنافع للضامن و ح فالضمان فى المقام و إذا كان حاصلًا لمن لا خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى نمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى إذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غصب، بل هو ثابت بالتعبد، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعدة بالنص، فان مقتضى القاعدة كون تلف كل مال على مالكه، فهذا الضمان لا ضمان غصب و لا ضمان معاملى، بل ضمان تعبدى، و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع أيضا خارج عن القاعدة بالنص فان مقتضى القاعدة هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطة النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح.

و على الجملة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع إنما خرج عن القاعدة الكلية أعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطة النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصبى، بل هو تعبدى، فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكية لم تحصل قبل القبض أو فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥١٩

زمان الخيار كما هو واضح، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدى بخلافه فى الاستدلال بالنبوى على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلًا.

و على الجملة فلا دلالة فى النبوى على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أى الأجوبة المذكورة عن الاستدلالين أن النبوى ضعيف السند و غير منجر بشىء و لم ينقل فى كتب الخاصة إلا مرسلًا فلا يكون حجة لنا فى شىء أصلا.

قوله مسألة: و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة،

إشارة

بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له إعطاء بدل المبيع كما هو واضح،

و يتضح هذه المسألة فى ضمن جهات:

الأولى: فى بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى فى غيرهما من الخيارات

كما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره مدعيا له الاتفاق.

و بعبارة أخرى بعد ما قلنا بكون التلف بعد القبض فى زمن الخيار من مال لا خيار له فى خيارى الشرط و الحيوان يقع الكلام فى أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا؟ بل يجرى فى غيرهما من الخيارات أيضا فنقول: أما ثبوت ذلك الحكم فى الخيارين المذكورين أعنى خيارى الشرط و الحيوان فمما لا شبهة فيه لرواية ابن سنان و ان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك فى يد المشتري فهو من مال بايعه حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري و قد تقدم أن المراد من صيرورة المبيع للمشتري كونه له مستقرا فإنه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما سلكه الشيخ الطوسى و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و كيف كان فلا شبهة فى صراحة هذه الرواية فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان

كان ذلك أى التلف بعد القبض.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٠

و انما الكلام فى جريان هذا الحكم فى غيرهما من الخيارات، و قد استدل على كونه من أحكام جميع الخيارات بوجوه، منها الاتفاق، حيث انه قد ادعى صاحب الرياض وغيره كالمحقق آقا جمال فى حاشية للمعه الاتفاق على جريان ذلك فى غير خيارى الحيوان و الشرط من بقیة الخيارات.

و فيه أولًا: أن وجود الاتفاق أعم من وجود الإجماع إذ يمكن أن يكون هنا اتفاق العلماء على مسألة و لا يكون هنا إجماع تعبدى لوجود مخالف لم يصل الى مدعى الاتفاق فلا يلزم دعوى الاتفاق دعوى الإجماع التعبدى كما هو واضح. و ثانيًا: على تقدير أن يكون الاتفاق إجماعاً فيمكن أن يكون مستنده الوجهان الإتيان فلا يكون هنا إجماع تعبدى أصلاً كما هو واضح.

و ثالثًا: ليس هنا اتفاق كيف فإنه خالف فى المسألة جملةً من الأكابر كالمحقق و أمثاله كما هو لا يخفى.

الوجه الثانى: أنه قد ثبت ضمان المبيع على البائع و ضمان الثمن على المشتري قبل القبض فنشك فى ثبوت ذلك عليهما بعد القبض و فى زمن الخيار أى ثبوت الضمان على البائع فى زمان خيار المشتري و ثبوت الضمان على المشتري فى زمان خيار البائع و عدمه نستصحب ذلك حتى يصير العقد لازماً.

و فيه أولًا أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكمية على ما ذكرناه فى محله للمعارضه الدائمة.

و ثانيًا: أنه تعليق فلا- نقول بحجية الاستصحاب التعليقى و فيه أن الاستصحاب التعليقى فيما إذا كان الحكم التعليقى ثابتاً بعد الاستصحاب ففى المقام الحكم الثابت قبل القبض نستصعبه بعده.

و ثالثًا: أن الموضوع غير باق فى حاله بدهاه أن الضمان انما ثبت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢١

قبل القبض و كلامنا بعد القبض و قد تبدل موضوع القضية المتيقنه إلى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكه و المتيقنه فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع.

و رابعًا: أن المقام من صغريات المسألة المتقدمه فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصص و قد قلنا انه يتمسك بالعموم، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادله بين المالىين و صيروره كل منهما ملكاً للآخر بحيث يكون تلف كل من مالكة الفعل و قد خرج من ذلك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقي تحت العام كما هو مقتضى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضح، و قد تقدم ذلك مفصلاً فى بعض المباحث السابقه.

و خامسًا: أن الدليل أخص من المدعى، فإنه قد لا- يكون ضمان على البائع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضمان بعد القبض فى زمن الخيار الى أن ينقض ذلك كما إذا كان المبيع عند المشتري قبل البيع و ح فلا- ضمان للبائع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن إثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هذه الوجوه، و اذن فلا بد من ملاحظه دليل أصل الحكم أعنى الروايه الوارده فى المقام ليلاحظ أنه هل تشمل هذه الروايه غير خيارى الشرط و الحيوان أم لا، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السلام فى صحيحه ابن سنان حتى ينقضى شرطه أو الشرط باللام خالياً عن الضمير و كذا المراد من قوله عليه السلام فان كان بينهما شرط أياماً معدوده ان كان المراد من كلمه الشرط فى هذه الروايه الطبيعه المطلقه الشامله لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره، و سواء كان مجعولاً للمتعاقدين و ثابتاً باشرطهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٢

أم لا- كخيار المجلس وغيره وكذلك خيار الرؤية والعيب والغبن فلا شبهة في صدق الشرط على جميع ذلك و عليه فمقتضى الرواية أن يكون التلف في زمن أي خيار من مال من لا خيار له، وان كان غير خيارى الحيوان والشرط وان قلنا ان المراد من الشرط المذكور في الرواية هو العهد بأن يراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المجعول للشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين فلا تشمل الرواية لغير خيارى الحيوان والشرط ولكن الظاهر هو الثانى، فإن الظاهر أن اللام في قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط إشارة إلى الشرط المعهود في خيار الحيوان وهذا ظاهر لو كانت النسخة حتى ينقض شرطه، فان الضمير يرجع الى الحيوان، ومن هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فإنه وان لم يكن مصحوبا باللام ولا ملحوقا بالضمير إلا أن المراد منه هو الشرط الذى الشرط باللام الداخلى فيه أى الشرط المعهود كما تقدم فإنهما قد ورد فى رواية واحدة فيكون ما هو المراد من مصحوب اللام هو المراد من الخالى منه، وكيف كان فإرادة الطبيعة منهما خلاف الظاهر من الرواية، فإن محط الكلام فى الرواية هو الشرط فى بيع الحيوان والشرط الذى جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغض عن ذلك أن قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما معدودة ظاهر فى خيارى الحيوان، والشرط بحيث يكون المراد من القيد أعنى أياما معدودة هو القيد الاحترازى فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشكل فيه بعدم حجية مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضى الظاهر أن قيد الأيام قيد احرازى بمعنى ان الموضوع من الأول مضيق بما إذا كان الشرط أياما معدودة بحيث يكون محدودا من الأخير بالحكم ثابت على هذا الموضوع المضيق ولا شبهة أن الشرط أياما معدودة ومحدودا من الآخر لا يكون إلا فى خيار الحيوان الذى إلى ثلاثة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٣

أيام و فى خيار الشرط فإنه أيضا يكون أياما بحسب الجعل و محدودا من الآخر.

و أما فى غيرهما وان كان يمكن أن يكون أياما ولكنه لا يكون محدودا من الآخر ليكون أياما معدودة فإن الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا وقد يكون كثيرا، كما إذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان، فان خيار المجلس يبقى مدة و قد يكون قليلا كما إذا تفرقا بعد دقيقتة وكذا خيار العيب والرؤية والغبن هذا إذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن والرؤية والعيب، انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا- ويمكن أن يكون كثيرا، ألما أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثة أيام دائما و محدودا و لا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديدة أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الرواية لغرض قبل خيار الشرط لازما مدة العمر لعدم كونه محدودا و أما إذا قلنا بان الخيار فى أمثال ذلك، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الرواية لها أشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان والشرط بدهاه أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط، و يصير المبيع للمشتري، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لازما و يكون المبيع للمشتري ملكية مستقرة بعد زوال زمن الخيار و أما إذا كان العقد لازما فى زمان و يكون الخيار طارئ عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا، فلا شبهة فى عدم شمول الرواية لهذه الصورة أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له كما هو واضح لا يخفى، فافهم، لان المبيع قد صار ملكا لازما له قبل ذلك و ظاهر الرواية أنه لم يصير ذلك ملكا له كك، بل انما يكون كك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيرورة المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقة من ذلك الزمان، بل المراد أن يكون ملكا له

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٤

لازما و إلا كان ملكا له مترلزلا بنفس العقد.

و الحاصل: أنك قد عرفت الكلام فى الجهة الاولى و ملخصه أنه لا شبهة فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان والشرط من مال البائع للروايات الخاصة فتكون تلك الروايات موجبة لرفع اليد عن مقتضى القاعدة و هو كون تلف كل مال على مالكة، و أما التعدى من خيار الحيوان والشرط الى غيرهما فإنما هو من وجوه، و هى الاتفاق والاستصحاب والاستفادة من الرواية و شىء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود و لا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعدة و هو كون تلف كل مال على مالكة هذا هى الجهة الأولى.

الجهة الثانية: أنك قد عرفت الكلام في كون التلف في زمان خيار المشتري من مال البائع

و أن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان و الشرط و انما الكلام فى هذه الجهة فى أنه إذا كان الخيار للبائع و تلف المبيع فى زمان خياره، فهل يكون ذلك من المشتري أم لا؟

أقول: تارة يقع الكلام بعد قبض المشتري المبيع و أخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا شبهة فى كون التلف من المشتري لكونه موافقا للقاعدة، إذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكة و ليس ذلك مثل الجهة الأولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا عن القاعدة كما هو واضح، بل هو موافق للقاعدة كما لا يخفى.

و أما إذا كان التلف قبل القبض ففى المقام تظهر الثمرة فإن قلنا بشمول قاعدة أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شاملة لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشتري مع أنه كان من البائع لكونه تلقا قبل القبض و ان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البائع الظاهر أنه لا يكون من المشتري و أن القاعدة لا تشمل لما قبل القبض و ذلك لأن الظاهر من الروايات الدالة على هذه القاعدة أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها واردة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٥

فى مقام توسعه ضمان البائع حيث ان ضمان المبيع على البائع قبل القبض فقد أثبتت هذه القاعدة كونه على البائع بعد القبض أيضا توسعه لذلك و ح لا- معنى للالتزام بكونها تخصيصا لقاعدة أن التلف قبل القبض من مال البائع بان لا يكون له فى زمان خياره للمشتري، بل كانت القاعدة حاكمة عليها و واردة فى مقام توسعه القاعدة الأولى، و عليه فلا مورد لهذه القاعدة أصلا، أعنى قاعدة كون التلف لمن لا- خيار له فيما لم يقبض البائع المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصورة مشمولة للروايات الدالة على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البائع و لم يذكر المشتري فى شىء منها بان يكون التلف من المشتري فى فرض كون الخيار للبائع كما هو واضح.

الجهة الثالثة: فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا

بأن تلف الثمن فى زمان خيار البائع و عليه فإذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البائع دون المشتري، و ذلك من جهة أنا نعلم أن الضمان الثابت هنا عبارة عن ضمان واحد ثابت من أول العقد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهدة المبيع على ذى الخيار و كون عهده على غيره، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس الضمان ألا انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البائع فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السلام فى هذه الروايات باستمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا، و عليه فلا يكون هذه القاعدة مخصّصة للضمان قبل القبض، بل حاكمة لها بمعنى توسعه دائرتها فلو كان ضمان المبيع على المشتري إذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبائع فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو القيمة و من هنا ظهر عدم شمول القاعدة مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح، فافهم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٦

و قد عرفت أن ما دل على تسرية الحكم الى غير خيار الحيوان و الشرط انما هو بأحد وجوه ثلاثة الاتفاق و الاستصحاب و الاستفادة من الروايات و قد عرفت الجواب عن جميع ذلك، و هل يمكن التمسك بشىء من تلك الوجوه هنا لتسرية الحكم الى الثمن أم لا؟ و الظاهر أنه لا- يصح، أما دعوى الاتفاق فهى مجازفة لعدم تصريح أحد بذلك ممن يعتد بقوله من الأكابر، فكيف يمكن دعوى الإجماع هنا و على تقدير ثبوته، فالجواب هو الجواب الذى تقدم فى الجهة الأولى.

و أما الاستصحاب فيقرب بأن الثمن قبل أن يقبضه المشتري من البائع كان ضمانه على المشتري دون البائع، فإذا أقبضه منه و كان

الخيار للبائع فانا نشك في بقاء الضمان عليه، و عدمه فنستصحب ضمان المشتري قبل الإقباض.

و لكن يرد عليه جميع ما ذكرناه في الجهة الأولى من عدم كون الاستصحاب حجة في الشبهات الحكمية و من تبدل الموضوع بدهاءه أن الضمان كان على المشتري قبل القبض، ففي المقام بعد القبض و من كون الدليل أخص من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان الثمن على المشتري من الأول فلا- يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق في جميع الأزمنة إلّا فيما كان التلف في زمن خيار المشتري في خيارى الشرط و الحيوان، فإنه يكون العقد ح منفسخا، ففي المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص.

و بعبارة أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصّص و قد ذكرنا مرارا هنا و في الأصول أنه يتمسك بالعام في غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشتري قبل القبض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٧

لا وجه له.

و قد بقى الكلام في أن هذا الاستصحاب الذى يتوهم جريانه في المقام و في الجهة الأولى أيضا استصحاب تنجيزى أو استصحاب تعليقى، فنقول ان كان معنى الضمان هنا عبارة عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا على عهدة البائع الذى ليس له خيار، فالاستصحاب تنجيزى كما التزم به شيخنا الأستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنى انفساخ العقد الذى مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقىا الذى لا يقول بحجتيه بدهاءه أن ضمان الثمن كان على المشتري قبل الإقباض و عهده عليه و ثبوت المثل أو القيمة على تقدير التلف من أحكام ذلك، و من آثار ثبوت العهدة على المشتري لا أن معنى الضمان عبارة عن التعهد بالمثل أو القيمة على تقدير التلف لكى يقال ان الاستصحاب تعليقى بمعنى أنه لو تلف كان مثله أو قيمته على المشتري فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، و على هذا فالاستصحاب تنجيزى و لكنه لا يجرى في المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى لأن ثبوت العهدة على المشتري قبل الإقباض موجود حيث لم يقبض الثمن، و أما بعده فنشك في حدوث سبب آخر للضمان و فرد آخر يوجب ثبوت العهدة على المشتري مقارنة لذهاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجرى الاستصحاب في ذلك.

و بعبارة أخرى أن الضمان قبل القبض انما هو من جهة الشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل في القسم الثالث من استصحاب الكلى فلا يجرى الاستصحاب في مثل ذلك، و أما إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يدخل في ملك الضامن آنا ما فيتلف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٨

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقىا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فالانفساخ على تقدير التلف حكم تعليقى فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقى، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الأستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و في الجهة الأولى كما لا يخفى سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

و أما استفادة حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدى عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك، فلا يمكن ذلك لأن المذكور في الروايات انما هو تلف المبيع دون الثمن فيكون فرض تلفه خارجا عن حدود الروايات كما هو واضح، ألا أن تمسك بها من جهة تنقيح المناط بدعوى أن المناط في كون تلف المبيع على البائع في زمان الخيار انما هو تزلزل العقد و هذا المناط موجود في صورة كون التالف هو الثمن في زمان خيار البائع فيكون تلفه على المشتري و لكنه واضح البطلان لكونه مبني على جواز العمل بالقياس و الاستحسان و نحن لا نقول به فلا يمكن تعدية الحكم الى الثمن سواء قلنا بتعديته الى غير خيار الحيوان و الشرط أم لا؟ و من هنا ظهر

أنه لا- وجه لتوهم كون التلف مَمَّن عليه الخيار في بيع الخيار بان باع داره بثمان و جعل لنفسه الخيار إلى سنة ثم تلف الثمن في ذلك زمان فإنه لا يكون على البائع.

الجهة الرابعة: في أن المراد من الضمان الذي نبحت في ذلك أي شيء

هل المراد منه ثبوت عهدة المبيع على البائع بالمثل و القيمة أو المراد من ذلك انفساخ العقد، و الذى يظهر من الشهيد و اختاره شيخنا الأستاذ هو الأول، و لكن المشهور المعروف بل المتسالم عليه هو الثانى كما اختاره فى المتن و الوجه فى ذلك أمران:- الأول: أن الظاهر من الضمان الذى ثبت فى المقام هو ضمان واحد
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٢٩

ثابت من أول العقد و ابتدائه إلى انتهاء خيار الحيوان و الشرط أو خيار آخر أيضا بناء على التعدى من خيارى الحيوان و الشرط الى غيرهما.

ولا- شبهة أن الضمان الثابت قبل القبض ليس الا هو انفساخ العقد على تقدير التلف و لم يتوهم أحد كون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القيمة، بل معناه هو انفساخ العقد و فرضه كأن لم يكن إذ الشارع قد حكم بكونه أى التلف قبل القبض من البائع و كأنه لم يتحقق العقد و لم يخرج البائع من ضمان العين بالإقباض و إذا كان قبل القبض بهذا المعنى، فيكون كك بعد القبض أيضا فإن الظاهر أن الضمان الوارد فى الروايات الدالة على أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بمعنى واحد و على نهج فارد كما لا يخفى.
و دعوى ثبوت القاعدة فى مورد خيار التأخير بلا وجه، و قد تقدم عدم ثبوت القاعدة قبل القبض ليكون مقتضيا للضمان قبل القبض بأن يكون التلف من المشتري فى زمان خيار البائع.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهة (المكاسب)؛ ج ٧، ص: ٥٢٩

الأمر الثانى: أن المذكور فى الروايات أن التلف فى زمن الخيار من مال البائع فى جواب السائل عن كون الضمان على من، و لا شبهة أنه انما يكون من مال البائع إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد فإنه يكون المبيع للبائع أنا ما قبل التلف ثم يتلف و أما إذا كان الضمان بمعنى التعهد بالمثل أو القيمة فلا يكون التلف من مال البائع، بل يكون من مال شخص آخر إذ لا معنى لنسبة التلف الى مال البائع مع كون التالف مال شخص آخر فيعلم من ظاهر الرواية أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما هو واضح.

الجهة الخامسة: من الكلام فى أن مورد هذه المسألة هل هو العين الشخصية

بأن باع شيئاً فتلف فى زمن الخيار سواء كان مختصاً بالمبيع أو أعم منه، و من الثمن و سواء كان مختصاً بخيارى الحيوان و الشرط أو أعم منهما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٠

أو يعم مورد البحث عين الكلية أيضا بأن باع كلياً و قبض فرداً منه ثم تلف ذلك الفرد فى زمن الخيار، الظاهر هو الأول لوجهين:- الأول: أن ما وقع عليه العقد انما هو الكلى دون الفرد، و الفرد انما دفعه البائع إلى المشتري من جهة انطباق الكلى عليه لا أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبدله بشخص آخر غيره، لا أنه يكون مخيراً بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو مجاناً كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصى معيوباً، و فى المقام أيضا كك فإنه إذا باع كلياً و سلم فرداً منه و تلف ذلك فى زمان

خيار الحيوان، أو الشرط، فإنه لا يكون ذلك من مال البائع لعدم كون المبيع تالفاً، فإنه هو الكلي و الكلي لا يتلف و إنما التالف هو ما انطبق عليه الكلي، و من الواضح أن الظاهر من الرواية هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع إليها.

الوجه الثاني: أنك قد عرفت أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد و كون التالف على البائع كأن لم يكن هنا عقد أصلاً، بحيث يكون المبيع داخلاً في ملك البائع آناً ما قبل التلف فيكون تلفه عليه، و لا معنى لانفساخ العقد الواقع على الكلي، بإتلاف الفرد كما ذكره المصنف (ره).

الجهة السادسة: أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف مجموع المبيع أو يعم

بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفاً من أوصافه الصحة، بل وصفاً غير دخيل في الصحة و أنه على تقدير عمومته لذلك فما هو معنى الضمان هنا، فقد ذكر المصنف أن معنى الضمان في فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقد في الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك في صفقة واحدة فإنه يفسخ في أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفاً من أوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحة أم لا، و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصورة كون التالف جزء من المبيع أو وصفاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣١

من أوصافه.

والذي ينبغي أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع بأجمعه، فلا يعم بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفاً من أوصافه و ذلك لأن الظاهر من قول السائل إذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه و من قوله عليه السلام على البائع، و ان كان يشمل تلف الجزء و الوصف كليهما و هذا لا شبهة فيه، و لكن لا بد و أن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين و كون عهدها على الضمان، و هذا معنى واحد يشمل لصورة تلف العين قبل القبض و بعده في زمان الخيار فيكون العقد منفسخاً و يكون المراد من كون عهده العين التالفة على البائع كون التلف في ملكه كأنه لم يقع عليه العقد و في صورة كون التالف هو الوصف كون العهدة على البائع عبارة عن فرض هذا التلف قبل البيع، فلو كان البيع واقعا على مبيع بعنوان كونه واجداً لوصف الصحة أو الكمال الموجب لزيادة المالية أو لوصف لا- يكون دخيلاً- في زيادة المالية ثم علم بذلك فإن المشتري يكون له الخيار أي خيار تخلف الوصف و في فرض ظهور المبيع معيوباً يكون مخيراً بين الفسخ و الإمضاء مجاناً أو مع الأرش، و قد تقدم تفصيل ذلك و كون الأرش واقعا في الطول أو العرض.

و إذ عرفت ذلك ففي المقام أيضاً كذلك حيث ان المبيع إذا حدث فيه حدث في زمان الخيار، فمعنى كون التلف على البائع فرض ذلك الحدث في المبيع قبل وقوع العقد عليه، فكما كان المشتري في فرض ظهور المبيع معيوباً أو فاقداً للوصف مخيراً في فسخ العقد و إمضائه، و في صورة كونه معيوباً كان له أخذ الأرش أيضاً، و كذلك له ذلك إذا كان حدوث الحدث فيه في زمان الخيار كما تقدم و من هنا اتضح أنه لا يفسخ العقد في صورة تلف جزء المبيع كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ بل يثبت للمشتري خيار الفسخ بدهاءه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٢

أن الظاهر من الروايات الدالة على كون التالف من مال البائع أن يكون مجموع المبيع تالفاً لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد في الروايات في هذه المسألة مستعملاً في أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهدة البائع و هذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق و لا شبهة أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد أجنبي عن استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما لا يخفى، و أيضاً ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقاً من كون الاستصحاب تنجيزياً متوقف على كون الضمان بمعنى العهدة و في المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقياً ليس كذلك، بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزياً كما هو واضح.

و أما ما دل على كون ضمانه على البائع في زمان خيار المشتري إذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه و أن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبة إلى الجزء الفائت في زمان الخيار. لا يقال ان البيع و ان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما في بيع ما يملك مع ما لا يملك، و عليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد في الجزء الفائت كما ذهب اليه المصنف و اختراه شيخنا الأستاذ أيضا. فإنه يقال ان الانحلال و ان كان صحيحا بحسب نفسه و لكن لا- يمكن الالتزام به في جميع الموارد، بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم في خيار المجلس فإنه إذا باع أحد شيئين بصفقة واحدة و ان كان البيع منحلا إلى شيئين و لكن ليس له أن يفسخ العقد في أحدهما بخيار المجلس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٣

دون الآخر فان الانحلال لا يجري بالنسبة إلى مثل هذا الأحكام الثابتة لمجموع المبيع بما هو مجموع و مقامنا أيضا من هذا القبيل حيث ان الظاهر من الدليل أن التلف انما يكون موجبا لانفساخ العقد إذا كان واقعا على مجموع المبيع لا على بعضها و ان كان البيع الواقع على كل جزء بحسب الانحلال و لكن بيعا مستقلا و الانحلال لا يجري بالنسبة الى هذا الحكم لكونه على خلاف الظاهر من الرواية كما هو واضح، فافهم.

الجهة السابعة: أنه لا شبهة في أنه إذا كان التلف بآفة سماوية أو نحوها

بان اقتصره حيوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهر أن التلف يكون ح من مال البائع، فيما إذا كان التلف في زمان خيار المشتري، هذا هو مورد الروايات لقوله عليه السلام أو هلك، فان الظاهر من ذلك هو هلاكة بمعنى إتلاف متلف، و هل يعم الحكم بصورة الإتلاف بان يستند التلف الى فعل أحد الصادر عنه بالإرادة و الاختيار فيكون ح أيضا من مال لا خيار له. أو لا- يعم الحكم بذلك، بل يكون التلف من المتلف فنقول ان الصور المعقولة المتصورة في المقام لا يخلو عن ثلاثة: - الأولى: أن يكون المتلف هو الذي كان عليه الخيار كالبائع مثلا.

الثانية: أن يكون هو المشتري الذي له الخيار.

الثالثة: أن يكون المتلف هو الشخص الأجنبي.

أما الصورة الأولى: فلا- شبهة أن التلف يكون عليه لأنه هو السبب التام في ذلك فمقتضى قاعدة الضمان بالإتلاف يكون التلف محسوبا عليه من غير احتياج إلى قاعدة كون التلف في زمن الخيار على من لا خيار له.

و أما الصورة الثانية: فكذلك أيضا فإن الضمان انما على المشتري فلا يكون ذلك موجبا لانفساخ العقد، و ألا لا يتمكن أحد من شراء حيوان و ذبحه و أكله و ضيافته في زمان الخيار، فإنه بالذبح المجرد يفسخ العقد و يفرض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٤

كالعدم و يكون المذبح راجعا الى ملك البائع كما هو واضح، و هذا على خلاف الضرورة من الشرع و العقلاء، بل إتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون إسقاطا للخيار و التزاما للعقد، و الحاصل أن اقدامه بإتلاف المبيع بإرادته و اختياره موجب لثبوت الضمان له و إسقاط خياره و إقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الإتلاف وسيلة لكون التلف ممن لا خيار له كما هو واضح.

و من هنا ظهر الحال في الصورة الثالثة أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى.

ثم ان هنا مسألة أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسألة المتقدمة من تجزئة الإتلاف عن التلف

فيتخيل أن المسألة الثانية من تنمة المسألة الأولى و من ذيلها و لكن الأمر ليس ككك، بل غرض المصنف مع غلق عبارته و اضطرابه أنه استند التلف إلى الإتلاف فماذا يصنع في المقام فهل يبقى الخيار في حاله أو لا، و مع فسخ ذى الخيار في هذه الحالة الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شبهة في سقوط خياره فان العقد لازما بهذا التصرف كما عرفت فلا خيار له، و ح و ان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشتري باقيا في حاله فإن أراد أن يفسخ العقد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد و ان أراد ان يمضى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البائع فى المقام و يأخذ منه بدل المبيع و هذا أيضا لا كلام فيه و انما الكلام فيما إذا كان المتلف هو الأجنبى فإنه ح لا شبهة في بقاء خيار المشتري على حاله فإن أمضى العقد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقد فيرجع هو الى الأجنبى و يأخذ منه بدل ماله و هذا أيضا لا شبهة فيه و ان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكة الأصل و ح فلا شبهة في رجوع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٥

الثمن الى ملك المشتري فيرجع المشتري الى البائع و يأخذ الثمن منه كما لا شبهة في رجوع بدل المبيع إلى البائع و لكن الكلام فى أن البائع هل يرجع الى المشتري أو لا.

و الحاصل: أن المتلف لا يخلو اما أن يكون هو البائع الذى عليه الخيار أو المشتري الذى له الخيار أو الأجنبى أما الأول فلا شبهة فى كون ضمان التالف عليه لقاعدة الضمان بالإتلاف. و ح لا تصل النوبة إلى قاعدة أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار بحيث يحكم بانفساخ العقد فإن القاعدة فى مورد لا يكون هنا ما يدل على ضمان شخص معين بالخصوص سواء كان هو من له الخيار أو من عليه الخيار، بل المشتري الذى له الخيار مخير بين إمضاء العقد و الرجوع الى البائع بالمثل أو القيمة أو الفسخ و الرجوع الى الثمن. و ان كان المتلف هو المشتري فلا شبهة أن ضمانه عليه، بل يسقط خياره أيضا فضلا عن أن يكون التلف من مال من لا خيار له، فان هذا النحو من التصرف كاشف عن رضاه بالعقد فيكون لازما و هذا مما لا ريب فيه.

و أما إذا كان المتلف هو الأجنبى فأیضا يكون الضمان هو الأجنبى لقاعدة الضمان بالإتلاف فلا يتوهم فى شىء فى صور الإتلاف كون التلف ممن لا خيار له.

نعم، لو كان هنا أيضا دليل على كون التلف من مال من لا خيار له لأخذنا به و لكنه منتف فلا بدّ من الرجوع الى دليل آخر و هو قاعدة الضمان بالإتلاف.

ثم انه لا- شبهة فى بقاء خيار المشتري إذا كان المتلف هو الأجنبى كما أنه كان باقيا فى فرض كون المتلف هو البائع و ح ان كان راضيا بالعقد و ممضيا له فلا شبهة فى لزوم العقد و سقوط خياره فيتعين عليه الرجوع الى مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٦

الأجنبى و ان فسخ العقد فإنه يرجع الى البائع الذى من عليه الخيار فيأخذ الثمن منه، و اما البائع فهل يرجع هو الى المشتري أو إلى الأجنبى أو يتخير فى الرجوع الى أى منهما شاء، وجوه و قبل التعرض لبيان مدرك الوجوه و ترجيح المختار منها على غيره لا بدّ و ان يعلم أن مورد البحث فى كلام المصنف هو تلف المبيع و أن الفاسخ هو المشتري كما هو مسوق الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن و أن الفاسخ هو البائع استنادا إلى أمور و قرائن استفادها من العبارة لا وجه له.

نعم، الظاهر ان كلمة الفاسخ فى الموارد الثلاثة و كلمة المفسوخ عليه فى آخر العبارة اما من سهو القلم أو من اشتباه النسخ فإنه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمة المفسوخ عليه و فى مكان كلمة المفسوخ عليه كلمة الفاسخ كما هو واضح.

أما الوجه فى رجوع البائع إلى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين:

الأول: أن بدل العين التالفة انما هو فى ذمة المتلف.

و الثاني: أن العين التالفه بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هي في عهده المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده، فلا بد من الرجوع عليه و أجاب المصنف عن ذلك أن البدلية إنما هي بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك و أن ذمه المتلف غير فارغه عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البديل جميع الآثار المترتبة على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجودة في يد الأجنبي كان البائع المفسوخ عليه يرجع إليه و كذلك البديل و ليس كك، بل البديل مثل العين في اشتغال ذمه المتلف بذلك فقط لا في جهة أخرى و ح فيرجع البائع إلى المشتري، فالمشتري يرجع إلى الأجنبي، و أيضا أن مقتضى الفسخ و ان كان عود العين التالفه إلى المالك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٧

السابق لكن تلك العين التالفه مضمونه ضمانا معاوضيا على المشتري الذي يفسخ العقد بحيث لا بد له أن يعطى البديل للبائع الذي هو المالك السابق للمبيع و عليه فلا بد و أن يخرج المشتري عن عهده ذلك و يعطى بدله للبائع و اذن فيرجع البائع إليه و أما الأجنبي فهو ضامن ضمانا غراميا بالنسبة إلى المالك حين الفسخ، و هو من له الخيار و عليه فالوجه هو الرجوع إلى المشتري. و قد اختاره السيد في حاشيته و أيده بأن الأمر كذلك في الإقالة أيضا، فإن فيها أيضا يرجع البائع إلى الآخر و ان كان المتلف هو الأجنبي.

و على الجملة حكم الفسخ و الانفساخ مطالبه العوض من الطرف كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى أن يخرج كل من المتبايعين عن عهده العوض و يرجع ذلك إلى ما انتقل عنه ذلك العوض إليه كما هو واضح.

و أما وجه الترخير فقد ذكر المصنف أن يد الفاسخ يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمة بعده و إتلاف الأجنبي أيضا سبب للضمان فيتخير في الرجوع ثم ذكر أن هذا أضعف الوجوه.

أقول: الظاهر أن القول بالتخير أصح الوجوه، و ذلك من جهة أن جواز الرجوع إلى الفاسخ لأجل ضمان المعاوضة فإن مقتضى الضمان المعاوضي أن يرجع البائع إليه بالثمن فإذا فسخ المشتري العقد فيرجع البائع إليه بالمبيع كما هو مقتضى قانون الفسخ فحيث كانت العين تالفه فيرجع إلى بدلها كما هو واضح.

و أما جواز رجوعه إلى المتلف فمن جهة أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببديل العين التالفه بمقتضى قاعدة الضمان بالإتلاف و كان اللازم عليه أن يعطى ذلك إلى المشتري حدوثا إلى زمان فسخ المشتري العقد، و إذا فسخ المشتري العقد كانت ذمته مشغولة ببديل العين التالفه بقاء بالنسبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٨

إلى البائع كما إذا كان مال أحد تحت يد أجنبي أما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانة فمات المالك فإنه لا بد أن يعطى ذلك إلى وارثه و هكذا لو كانت ذمته مشغولة لأحد لأجل إتلاف ماله ثم مات المالك فإنه يجب عليه أن يعطى بدله لوارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح.

و اذن فخير للمفسوخ عليه أن يتخير بين الرجوع إلى الفاسخ أو المتلف ثم انه لا يفرق في الحكم بالتخير بين القول بأن ضمان المتلف بقيمة يوم التلف أو أعلى القيم، أو قيمة يوم المطالبة، فإنه إذا قلنا بقيمة يوم التلف مع كونه زائدا عن قيمة يوم الفسخ، و المطالبة، يعتبر من حين الفسخ اشتغال ذمه المتلف بذلك القيمة و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع إلى الفاسخ و إلا لزم أن يكون الزائد عن قيمة يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح.

نعم، فرق بين الرجوع إلى المتلف و الفاسخ فإنه ان رجع إلى الفاسخ فيرجع الفاسخ إلى المتلف و ان رجع إلى المتلف فلا يرجع المتلف إلى أحد لاستقرار الضمان عليه كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذي الخيار المبيع من شخص آخر في زمان الخيار فإنه بعد الفسخ لا يرجع البائع إلى المشتري الثاني لعدم اشتغال ذمته فعلا ببديل العين التالفه حتى ينتقل ذلك إلى البائع

بقاء، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الأيدي في الغضب مع تلف العين المغصوبة كما هو واضح.

قوله: مسألة و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار.

إشارة

أقول: أن هنا فرعان:-

الأول: أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع في زمان إذا لم يسلم المشتري الثمن

و ذلك من جهة الشرط الضمني فإن العقلاء بانون على اشتراط مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣٩ تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتفاء الثاني لا يجب الأول و هذا واضح.

الفرع الثاني: انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم الثمن في زمان خياره

بتوهم أنه من أحكام الخيار و قد استشكل عليه بأنه بأى دليل لا- يجب ذلك فمجرد كون المشتري له الخيار لا يثبت جواز تأخير التسليم، بل لا بد و ان يكون له دليل و لذا ذكر المصنف أيضا أنه لا نعرف وجهها لهذا الحكم. نعم، لو قلنا بمقالة الشيخ الطوسي (ره) على ما نسب اليه من القول بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار، و أنه لم تحصل الملكية قبل ذلك لتوجه ما ذكره العلامة من عدم وجوب التسليم على المشتري في زمان خياره، و ان سلم البائع أيضا المبيع إليه إذ ليس الثمن ملكا للبائع حتى يجب تسليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشتري و ان سلمه البائع اليه، و لكن قد تقدم الإشكال في ذلك و عدم الدليل عليه و قلنا ان مقتضى العمومات حصول الملكية لكل من البائع و المشتري من أول العقد غاية الأمر تكون الملكية في زمان الخيار مترلزلة و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا نعرف وجهها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشتري مع تسليم البائع المبيع إياه، ثم ذكر الوجه في ذلك و حاصله أن أدلة الوفاء بالعقد قد خصّصت بمدلولاتها المطابقية و هي لزوم العقد بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين أو لأحدهما و كان العقد في زمان الخيار جائز و مترلزلا، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقية و الالتزامية تحت يد ذى الخيار لا- يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون هذا مخالفا لقاعدة السلطنة لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الأصلي التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنة المطلقة.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٠

و بالجملة ان قاعدة السلطنة قابلة للتضييق و كيف أن الوجه في عدم وجوب تسليم الثمن على المشتري في زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادر على لوازمه و من جملة لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح.

و لكن هذا الكلام، الكلام عجيب منه من جهة أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا و جعله جائزا في زمان الخيار و أما الملكية الحاصلة من أول العقد فهي باقية على حالها و غير مخصّصة بأدلة الخيار، و ح فلا يجوز لذي

الخيار المنع من تسليم العوض فإنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام.

و دعوى تضيق دائرة دليل السلطنة بأدلة الخيار أو انصراف الأدلة الدالة على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخيارية كما عن بعض دعوى جزافية بدهاءه أنه لا دليل على التضيق ولا موجب للانصراف، بل لا بد من الأخذ بمفادها والحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه إلا إذا رضى بالبقاء عنده. نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامة من جهة أنه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد، بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكي يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح ولكن هذا توجيه بعيد كما ذكره في المتن ومع ذلك ذكرنا لا نعرف وجهها لذلك أي لعدم وجوب التسليم لذى الخيار.

قوله: مسألة: قال في عد لا يبطل الخيار بتلف العين.

أقول: لا شبهة أن موضوع هذا البحث انما هو صورة عدم انفساخ العقد و عليه فلا تراحمها قاعدة التلف قبل القبض و قاعدة التلف في زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط، فإنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة في هذه الموارد هو انفساخ العقد كما هو واضح، و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن اعمال الخيار فيه متوقفا على بقاء العين كما في مورد خيار العيب بدهاءه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤١

أنه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمة بعينها سقط الخيار و يكون النزاع في سقوطه بالتلف أو بقاءه لغوا كما هو واضح، بل يتعين عليه أخذ الأرش و السر في ذلك أن الاستفادة من روايات خيار العيب هو كون الخيار متوقفا على رد المعيوب و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن الخيار بحسب جعل المتعاقدين مختصا بصورة بقاء العين بأن يكون المجموع هو الحصاة الخاصة من الفسخ فيكون المقتضى من الأول مضيقا كما إذا جعل لنفسه الخيار في بيع مقيدا برد مثل الثمن كأن باع داره بثمن معين و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن إلى مدة خاصة و تلف الدار في ضمن هذه المدة فإنه يسقط الخيار بالتلف فلا يبقى خيار هنا فان المجموع انما كان هو الخيار الخاص و الفسخ الخاص اعنى الفسخ مع بقاء العين كما هو واضح.

وكذا الحال إذا كان الخيار متعلقا برد العينين كما في المعاملات فإنه بناء على كونها جائزة فإنما يكون جواز الرد متعلقا بالعين و هذا انما يتحقق ما دام العين باقية في حالها و إذا تلفت سقط موضوع جواز الرد أصلا كما هو واضح، بل يحكم بلزوم العقد.

إذا عرفت ذلك فنقول انه وقع الكلام في سقوط الخيار و عدمه في جملة من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثاني تردد في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و منها المرابحة فيما إذا ظهر كذب البائع في رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشرة دراهم و يأخذ منه الربح درهمين فيكون الثمن اثنا عشر درهم، فظهر أنه اشتراه بثمانيه دراهم فإنه قد تخلف الشرط في المقام فقد وقع الخلاف في سقوط الخيار هنا بتلف العين و عدمه.

وقد تردد العلامة في ذلك، بل عن المبسوط الجزم بالعدم و علل ذلك بأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين، و لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد ثبوته، و منها خيار الرؤية فإن المحقق الثاني ألحقه بخيار الغبن في سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن في خيارى الحيوان و الشرط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٢

المجموع على نحو الإطلاق لا في تلف المبيع، فإنك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، و تعين انفساخ العقد هناك. و الظاهر أن القائلين بسقوط الخيار في الموارد المذكورة و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما إذا كانت العين باقية و أما إذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح.

ولكن التحقيق في المقام أن يقال: ان الخيار تارة يثبت بالأدلة الخاصة و الروايات الدالة على ذلك و أخرى بالشرط الضمنى.

أما الأول: كخيار المجلس مثلا، فالظاهر بقاء الخيار بعد تلف العين أيضا لإطلاق الأدلة و عدم تقيدها بصورة تلف العين كما هو واضح، فان مقتضى قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو كون الخيار دائرا مدار الاجتماع فما دام المتبايعان في المجلس كان الخيار باقيا، و إذا تفرقا يسقط الخيار و لا شبهة أن التفرق قد يكون بعد تلف العين و أخرى قبله، فإطلاق الرواية محكم و من هنا ظهر أنه لا- وجه لتوهم أنه لا نجد في أدلة الخيارات كما في كلام المصنف تكون مطلقة في إثبات الخيار بالنسبة الى ما بعد تلف العين و كذلك إطلاق قوله عليه السلام: و هم بالخيار إذا دخلوا السوق، فإنه مطلق بالنسبة الى ما بعد التلف و ما قبله.

و أما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمني فقد مر مرارا أن معنى جعل الشرط في العقد مرجعه الى جعل الخيار و من الواضح في كون الإنسان مخيرا في فسخ العقد و إمضائه، لا يفرق فيه بين تلف العين و بقائه كما هو واضح، كما أن الإقالة ليست بمقيدة بقاء العين فكك الفسخ إذ لا فرق بينهما إلا من أن الإقالة فسخ من الطرفين و الفسخ بالخيار، فسخ من طرف واحد، اذن فمقتضى القاعدة هو الحكم بثبوت الخيار بتلف العين كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسك بالاستصحاب كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٣

في المتن لعدم وصول النوبة إليه، حتى يستشكل فيه بما ذكرناه سابقا من عدم كون الاستصحاب جاريا في الشبهات الحكمية و غير ذلك من المناقشات.

قوله: مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة بلا خلاف.

أقول: إذا فسخ ذو الخيار العقد فلا شبهة في كون العين مضمونة لصاحبها على الفاسخ إذا فرط في إعلان صاحبها و جعله متمكنا في أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء و ان لم يكن كذلك من حيث الحدوث و بناء العقلاء أيضا على ذلك و أما إذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء بإعلانه إياه و نحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانة شرعية كما هو واضح. و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أو لا، فقد ذكر شيخنا الأستاذ أنه يكون ضامنا عليه لدليل اليد و ذلك فان المستفاد من من الدليل أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضامنا عليه إلا أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله على اليد ما أخذت، بل اعتبر القرينة العقلية موضوع الحكم يوجب الأداء و لا- شبهة أنه حين الحكم بوجوب الأداء هذا العنوان موجود لأنه في هذا الحين مال الغير و ان لم يكن حين الأخذ كك.

و بالجملة المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان. و لكن ير عليه:- أولا: أن على اليد ما أخذت حتى تؤدي رواية نبوية مروية من طرق العامة فلا يمكن المساعدة على صحتها كما تقدم سابقا.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٤

و ثانيا: أن شيخنا الأستاذ و قد اعتبر في مفهوم الأخذ عنوان القادرية و الاستيلاء كما هو كذلك في قوله تعالى لا تأخذوا سنّة و لا نؤم، و من الواضح أنه ليس هنا كذلك، بل المدرك لهذه القاعدة انما هو السيرة القطعية العقلائية و لا شبهة أنها منتفية في المقام، بل هي على عكس ذلك فإن السيرة قائمة على أنه لا ضمان في مثل هذه الموارد.

الكلام في النقد و النسبة

قوله: القول في النقد و النسيئة.

أقول: أن البيع بحسب تقسمة الى النقد و النسيئة له أربعة أقسام لأنه إما يكون كل من العوضين نقدا فهو بيع النقد، وإما يكون كلاهما نسيئة، و هو الكالئ بكالئ، و إما يكون أحدهما نقدا و الآخر نسيئة، فإن النقد هو الثمن و النسيئة هو المثلث، و هو بيع السلم، و إما بالعكس فهو بيع النسيئة المعروف، ثم إن القسم الثاني أعنى بيع الكالئ بكالئ ثم إن المراد من بيع الكالئ بكالئ أن يكون كل من العوضين كليتا فى الذمة و دينا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطة كليتا بدرهم كلي مع كون كل منهما مؤجلا و أما إذا كانا لشخصين فقد أجل فى التسليم من الطرفين فلا يكون من بيع الكالئ بكالئ فتقسيم البيع الى النقد و النسيئة أمر آخر لا يكون مربوطا بتقسيمه الى الحاضر و غيره و الوجه فى اختصاص الكالئ بكالئ بالكلي هو رواية النهى عن بيع الدين بالدين و الإجماع فإن الدين لا يكون ألا كليتا و المتيقن من الإجماع هو ذلك، فافهم، نعم المعنى اللغوى للكالئ بكالئ موجوده هنا فإن العوضين من الطرفين فلو اشترط فيهما الأجل فإن التأخير هنا بحسب الشرط فما ذكره شيخنا الأنصارى من المراد بالمؤجل خصوص الكلي إشارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٥

الى ذلك.

ثم إن المراد من كون المثلث أو الثمن نسيئة أى شئ و قد يكون المراد من ذلك كون التملك فى أمثال ذلك تعليقا من ناحية المؤجل بأن يملك البائع مثلا فعلا و لكن الملكية تحصل بعد زمان بحيث يكون الإنشاء فعليا، و المنشأ استقباليا نظير الوصية و لكنه باطل و صحته فى باب الوصية لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلا تارة ينشئ تملك ماله للمشتري على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعة مع تردده فى كونه يوم جمعة فإنه يملك على هذا التقدير.

و أخرى ينشئ ملكية ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشرة أيام بحيث يكون البيع حاصلًا بعد عشرة أيام، كما إذا أجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنة بحيث تكون الملكية من الطرفين حاصله بعد سنة و ليس الموجود من الآن إلا إنشاء البيع فقط، ليس ألا و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسمين و لكن بطلان البيع هنا على تقدير كون إنشاء التملك على التقدير المذكور بحيث يكون الإنشاء فعليًا و المنشأ استقباليا لا يتوقف على بطلان التعليق، بل لو لم يقم الإجماع على بطلان التعليق فأیضا لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهة أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادلًا مال بمال بحيث يدخل الثمن فعلا فى ملك من خرج المعوض من ملكه، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثمن ملكا للبائع فعلا، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخلا فى ملكه و لا- شبهة أن هذا خارج عن مفهوم المبادل المفاوض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولًا لمفهوم المبادل كما هو واضح و أيضا يحكم ببطلانه من جهة عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا.

و قد يقال أن معنى البيع النسيئة عبارة عن كون الإنشاء فعليًا و المملوك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٦

متأخرا كالواجب المعلق و كبعض أقسام الإجارة كما إذا أجر الدار المعهودة فعلا بعد عشرة أيام، ففى المقام أن البائع يملك المشتري ماله بعنوان أن يكون الإنشاء حاليًا و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخرا كما فى الإجارة، حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينة بعد شهر فإنه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكية فعلية و لكن المملوك متأخر و كك فى المقام، و هذا و إن كان معقولا فى الإجارة و لكنه غير معقول فى البيع بدهائه أن الإجارة تملك المنفعة و هى من الاعراض و الاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك، فإنه تملك الأعيان فهى لا تقدر بالزمان، فإن حنطة اليوم مثلا هى عين هذه الحنطة بعد عشرة أيام و هكذا و عليه فلا معنى أن يملك البائع للمشتري حنطة الشهر الآتى، بحيث تكون هذه الحنطة مبيعا كما هو واضح.

و على الجملة لا يعقل بيع الأعيان فعلا، و تملكها بالملكية الفعلية بعد مدة نظير تملك الدار المعينة فعلا، لشخص بعد مدة بحيث يكون مملوك المشتري متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم، بل المناطق فى النسيئة هو كون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته

مشغولة بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهدة فعلا، و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما فى النسبة أو تأخير المثمن كما فى السلم فيكون التأجيل من ناحية الشرط لا من ناحية كيفية الإنشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمة و هذا الذى ذكرناه لا يحتاج الى التفيتش الذى ذكرناه، بل هو أمر عرفى و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح، و عليه فلا يجب دفع الثمن المشترط تأخيره إلى مدة حتى مع مطالبة الطرف إذ ليس له حق المطالبة قبل الوقت المعين.

قوله: مسألة: إطلاق العقد يقتضى النقد.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٧

أقول: قد ظهر مما ذكرناه أن إطلاق العقد يقتضى التعجيل و ذلك من جهة أنه إذا كان مقتضى البيع هو مبادلة مال بمال بالفعل فمقتضى ذلك أن كل من العوضين ملك لكل من المتبايعين بالفعل و هذا يقتضى أن يعطى كل منهما العوض للآخر بغير تأخير عند المطالبة فإن جواز تأخير أداء مال الغير مع المطالبة يحتاج الى دليل، بل يجب ذلك بدون المطالبة أيضا، فإن كل من كانت ذمته مشغولة بمال الغير و جب عليه إفراغ ذمته و أداء مال الغير اليه سواء طالب أم لم يطالب، فان عدم المطالبة لا يكشف عن رضاه بذلك، فإنه ربما يكون من جهة الغفلة.

نعم، إذا انكشف بالقرائن الخارجية جواز تأخير الأداء و رضى المالك بالبقاء عنده، لا يجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا يتوقف و جوب إيصال مال الغير اليه، على المطالبة، بل مقتضى اشتغال ذمة المديون أو من وضع يده على مال الغير، أن يوصله اليه، و ان لم يطالب ذلك لأنه لا يحل مال أمر مسلم إلا بطيب نفسه، فإنه شامل بإطلاقه لذلك أيضا راجع فى ذلك الى حاشية السيد الامع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم يطالب كما هو واضح.

و على هذا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر التعجيل فى التسليم و عدم التأخير كان هذا تأكيدا للإطلاق لا تأسيسا إذ ما يستفاد من الشرط انما يستفاد من الإطلاق كما عرفت فلا يكون للاشترط فائدة كما ذكره الشهيد فى الدروس من أن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشتري، بل نفس هذه الفائدة مترتبة على الإطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الإطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان إذا أخل به فى أول وقته.

نعم، للاشترط فائدة إذا كان الإطلاق يقتضى و جوب التسليم و لكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى ستة أيام مثلا و هو يشترط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٨

على صاحبه التسليم فورا فان هذا المقدار من الفورية لا تستفاد من الإطلاق و أيضا تترتب القاعدة على الاشرط إذا كانت القرينة العرفية قائمة على رضاه كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشترط ترتفع هذه القرينة و تكون فائدة الاشرط هو لزوم التسليم فورا و لا يجوز التأخير اعتمادا الى رضاه الطرف بمقتضى الاشرط كما هو واضح.

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاما و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الإيجاب و انه واقع فى طوله و إلا فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام، فان الكلام هنا فى ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه فى نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطة بذلك فإنه يبحث فى بقيه الشرائط فى موارد فم جملة اشرط ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب أو بوجوبه معه و شىء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولا.

و ثانيا: أنه لا- معنى لاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت الخيار بدهاه أن الخيار هنا من ناحية تأخير التسليم فى المدة المعينة المضبوطة بحسب الاشرط فى ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحية التأخير فى الزمان الخاص و ح فما لم يصل ذلك الزمان فلا معنى للإيجاب إذ لا حق له فى ذلك قبل وصول الوقت فضلا عن وجوب الإيجاب و بعد وصوله فإذا كان

وقت الأداء باقيا أيضا لا- وجه لجواز الإيجاب أو وجوبه لوسعة الوقت و إذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخيار فأیضا لا یبقی مجال للإيجاب كما هو واضح.

و علی الجملة بعد السبر و التقسیم و التفتیش لا نرى وجهها لكون الخيار مشروطا بعدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه بعد التمكن منه، نعم إذا اشترط فعل فی ضمن العقد كالخیاطة و نحوها فأمكن اعتبار هذا الشرط فيه لعدم كون الخيار من حيث الزمان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٤٩

أما ما ذكره المصنف من الوجه الأول فهو متین، فإنه لا معنى لذكر جميع شرائط خيار تخلف الشرط فی المقام، بل لها مورد آخر قد تقدم الكلام فی ذلك فاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه فی ثبوت خيار التأخیر الذی من مصادیق خيار تخلف الشرط لا وجه له یعنی لا مورد له هنا، بل مورده محل آخر.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر فهو أيضا حسن، فإنه تبه علی أن هذا الشرط موجود فی موارد خيار تخلف الشرط و هذا المورد منها فيعتبر فيه ذلك أيضا و هو تنبيه حسن، و لكن الكلام فی أصل اعتبار هذا الشرط و أن الخيار واقع فی طوله.

و قد تقدم فی مورده أنه لا دليل علی هذا الشرط بدهاء أن خيار تخلف الشرط ثابت علی فرض التخلف بالشرط الضمني المعبر فی العقد عند التحقق و لا شبهة أنه لم يقيد هذا الشرط من حيث كونه تخلفه موجبا للخيار لم يقيد بالتمكن من الإيجاب و وجوبه معه، بل بمجرد أن المشروط علیه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعدة علیه، فإنه لو صح لجري فی جميع الشروط أيضا حتى الخیاطة و الكتابة و نحوهما فإنه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فإنه قبل زمان الشرط لا معنى للإيجاب و فی زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا یبقی مجال لذلك، أى للإيجاب، بل یجری ذلك فی الواجبات التکلیفیة أيضا بعین ما ذکر.

و قد ذکر نظیر ذلك الايروانى فی المحرمات و قد تقدم فی البحث عن حرمة الإعانة علی الإثم من انه لا يتوجه النهی إلى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده، قد فات محله فإنه بالنسبة إلى جرئه لم يشربها من الخمر

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٠

لم يتوجه اليه التکلیف و بالنسبة إلى جرئه شربها قد مضى وقت النهی فأیضا يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فافهم. و كيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الإشکال الثانی، بل المراد من اعتبار عدم التمكن من الإيجاب فی ثبوت الخيار، و أنه مع التمكن منه لا یثبت الخيار أنه إذا وصل وقت الشرط و علم من المشروط علیه علانم عدم الوفاء بالشرط مع مضى مدة من الوقت إذا كان الوقت موسعا و فی أول الوقت إذا كان مضيقا فإنه ح یجبر علی الوفاء به، و هذا هو مرادهم من التمكن من الإيجاب، و لكن الكلام فی أصل وجود الدلیل علی اشتراط هذا الشرط و قد عرفت المناقشة فی ذلك و قد تقدم تفصیل ذلك فی محله.

قوله: مسألة: يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة.

أقول: الكلام فی ضرب المدة فی البيع المؤجل و كيفية ذلك لا شبهة فی انه لا بد من ضرب الأجل المعین فی البيع المؤجل و لو لم يعین الأجل كان ذلك موجبا لبطلانه للغرر المنفی بالنص و الإجماع بدهاء أن الغرر بمعنى الخطر و من الواضح أن عدم تعیین المدة فی البيع المؤجل موجب للخطر فی المال ضرورة أن مالیه المبیع تختلف باختلاف زيادة المدة و نقصانها، حيث ان قيمة المبیع تزيد بزيادة تأخیر ثمنه و يقل نقصانه فلو باعه نسیة بقيمة رخيصة بزعم أنه یسلم المشتري الثمن بعد عشرة أيام و لم یسلم إلى سنة فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفی بالنص و الإجماع علی تقدير تماميتهما.

و علیه فلا بد من ضرب المدة المعينة فی البيع المؤجل و قد استدلل المصنف علی اعتبار تعیین الأجل هنا بما ورد فی السلم من لزوم تعیین المدة فإن كان نظره من ذلك الى وجود الملازمة بينهما و تنقيح المناط القطعی بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما، فإن الأجل

فيهما على حد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥١

سواء ولا نحتمل الخصوصية في السلم فهو، و إلا فلا وجه لذلك الاستدلال فان كل من السلم و البيع المؤجل أمر مستقل في نفسه، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح.

ثم ان هذه المدة المعينة لا بدّ و أن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن المالية و عدم اعتبار العقلاء المالية لذلك كاشتراط تأجيل الثمن عشرة آلاف مليون سنة فان العقلاء في مثل ذلك لا يعتبرون المالية للثمن، فمثل هذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح.

و توهم صحة ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا و لكن بالموت يكون الثمن حالا توهم فاسد، فان حلول الثمن بالموت من أحكام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصحيح فلا يمكن الحكم بصحة البيع بهذا اللحاظ و قد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعي فاسد لعدم اعتبار المالية على الثمن.

ثم انه لا فرق في الأجل المعين بين القصير و الطويل ما لم ينجر الى خروج الثمن عن المالية في نظر العقلاء كالفرض المتقدم، و لكن عن الإسكافي أنه لا بدّ و أن لا يكون المدة إلى ثلاث سنين، و قد يستشهد له بالنهاى عنه في بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السلام للسائل التأجيل في المعاملة مع أهل الجبل إلى سنة و سنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين، و لكن الظاهر أن النهى في الروايتين ليس تحريما بحيث لا يجوز التأخير إلى ثلاث سنين أو أكثر، بل إرشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقدار ثلاث سنين ينجر الى تلف المال و إنكارهم الثمن و مسامحتهم في الأداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام في ذلك فهو لم ير مصلحة في معاملتهم التأجيل بهذا المقدار، كما لا يخفى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٢

ثم انه إذا ضرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المدة في ذلك الأجل عادة كألف سنة أو مائتين سنة مثلا فهل يصح ذلك أو لا، فذكر المصنف أن في الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، ثم اختار الثانى و قربه بأن ما في الذمة و لو كان مؤجلا إلا أنه مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعوضة عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما في التذكرة ثم أشكل عليه بوجهين: - الأول: أن هذا الاشتراط لغو محض بدهاء أنه يكون حالا بالموت فأى فائدة لذلك.

و الثانى: أن الاشتراط المذكور و هكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنة بدهاء أنه قد ثبت في السنة أن الأجل يحلّ بموت المشتري و مرجع الشرط إلى أنه لا- يحلّ هو باق بعد الموت أيضا فإن المفروض أن الأجل أكثر من مدة عمر المشتري فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنة فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد.

و الجواب عن ذلك، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبة إلى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد، و فرض تحققه في الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح.

و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمدة المزبورة مخالفا للمشروع إذا لم تكن المدة بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء المالية للثمن و أما مجرد كون التأجيل بمقدار يعلم عادة عدم بقاء المتبايعين الى هذه المدة لا- يوجب بطلان المعاملة و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء المالية للثمن، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات و إلا فلان ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا و لو كانت المدة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٣

قليلة إذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فإنه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح.

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغوا أيضا، فإن اللغوية انما تكون إذا كان لحاظ الشرط باعتبار الحكم، وقد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و في العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح، و ذكرنا ان هذا الاشتراط في نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الى عدم اعتبار العقلاء المالىة للثمن و ألا فمجرد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا.

و دعوى كون هذا الشرط مجهولا- من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا- و موجبا لبطلان العقد من جهة الغرر كما توهم دعوى فاسدة.

بداهة أن الشرط أمر مضبوط و أنه في نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه المالىة للثمن، فلا وجه للحاظه الى وقت الموت، ليكون مجهولا و موجبا لغررية المعاملة كما هو واضح، إلا إذا كانت المدة المشروطة من أصلها مجهولة فهو أمر آخر قد تقدم الكلام في ذلك، و كونه موجبا للغرر و بطلان المعاملة آنفا.

ثم ان المناط في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها بحيث يكون معينا في الواقع و عند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك، أو لا بد من علم المتعاقدين بذلك، أو لا بد مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين في صحة العقد المؤجل إذ لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل إلى النيروز و هو عيد الفرس أو المهرجان و هو عيد آخر لهم، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد ستة أشهر، و كك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البين بداهة أن بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٤

الأجل و قربه دخل في زيادة مالىة المبيع و نقصانه، فيكون ذلك خطرا في مالىة المبيع، بلا شبهة كما هو واضح فيكون البيع باطلا و ان كان ذلك معلوما في الواقع و عند الأشخاص الآخرين، فان ذلك لا يرفع الغرر، و قد يتوهم قياس المقام بأوزان البلد حيث انهم ذكروا كفاية الشراء و البيع بأوزان البلد المضبوط في نفسها و ان لم يعرف المتعاقدين مقدار الوزن تفصيلا، و لكنه واضح البطلان بداهة أن الحكم غير مسلم في المقيس عليه أيضا و تسليمه فيه أحيانا من جهة ارتفاع الغرر المشاهدة و نحوه و أما المقيس و المقيس عليه داخلان تحت أصل واحد و أن جهل المتعاقدين يوجب الغرر الموجب لبطلان البيع على أنه لو كان معلومية العوضين أو الأجل في الواقع كافيا في صحة البيع و ارتفاع الغرر لزم الحكم بصحة كل ما هو مجهول عند المتعاقدين و معلوم عند الله من العوضين أو الأجل في البيع أو الشروط الأخر غير شرط التأجيل مع أنه واضح البطلان على أنه يلزم أن يكون النهى الوارد عن بيع الغرر بلا مورد، فإنه ما من بيع مهول بالأجل إلا فهو معلوم كما عرفت، و من هنا ظهر بطلان توهم كفاية العلم في صحة البيع المؤجل من غير المتعاقدين، و أما الاحتمال الثالث فهو محكى عن الشافعي و لعله من جهة قطع الترافع إذا وقع النزاع بين المتبايعين و لكنه أيضا واضح الفساد بداهة ان قطع الترافع لا ينحصر بذلك، بل يمكن بالحلف أيضا كما هو واضح.

قوله: مسألة: لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا.

إشارة

أقول: إذا باع أحد متاعه بثمنين على تقديرين بأن يكون ثمن عشرة على تقدير كونه حالا و عشرون على تقدير كونه مؤجلا، فهل يصح ذلك أم لا تحقيق الكلام هنا يقع في مقامين:- الأول: من حيث القواعد.

و الثاني: من حيث الروايات.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٥

أما المقام الأول [من حيث القواعد]**إشارة**

فلا بدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه كيف يكون بيع واحد بثمانين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها:-

الأول: أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن يكون البيع مؤجلاً، يكون ثمنه عشرون

و على تقدير أن يكون حالاً يكون ثمنه عشرة، و يقبل المشتري على هذا النحو و يقول قبلت كذلك، من غير أن يكون الثمن أحدهما المعين أو أحدهما المخبّر مع كون البيع منشأ جزماً و هذا لا شبهة في بطلانه. و وجه البطلان أن البيع مبادلة مال بمال بحيث إذا خرج المثل من ملك البائع فيدخل المبيع في ملك المشتري، و يدخل الثمن في ملك البائع مكان المثل، و لا يمكن ذلك إلا بتملك كل من المتبايعين من الآخر بالمبيع بدل ما يملكه للآخر و لا شبهة أن البائع لم يملك في هذه الصورة أى مع كون الثمن مردداً بين أمرين مشيئاً أصلاً، إذ لا واقعية للأمر المردد حتى في علم الله و حيث لا واقعية للأمر المردد الذي جعل ثمناً في البيع فبأى شيء يملك البائع حتى يكون ذلك مكان ماله و هو المبيع، و اذن فمفهوم البيع أصلاً غير صادق على هذه الصورة. و على الجملة هذه الصورة خارجة عن البيع بثمانين إذ لا معنى لاختلاف العلماء في ذلك أصلاً بعد كونها باطلة قطعاً.

الثاني أن يراد من البيع بثمانين التعليق

بأن يقول بعتك هذا المتاع ان كان الثمن نسيئة بعشرين و ان كان نقداً بعشرة، و يقبله المشتري ككك بحيث بأن البائع ينشئ بإنشاء واحد بيعين و يكون الإنشاء واحداً و المنشأ هو البيع اثنين، و المشتري أيضاً يقبله كذلك و الفارق بين هذه الصورة و الصورة الأولى أن البيع في الصورة الأولى قد أنشأ جزماً و لكن التردد في الثمن بخلاف هذه الصورة فإن البيع لم ينشأ منجزاً و انما أنشأ معلقاً، و مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج٧، ص: ٥٥٦

المشتري أيضاً قبل ذلك، هكذا فبعد القبول ان أعطى الثمن نقداً يكون الثمن عشرة و ان لم يعطى نقداً كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلاً، و لا شبهة أن التعليق في العقود ليس مستحيلاً في نفسه ليكون باطلاً من هذه الجهة و انما هو باطل للإجماع، فإن قلنا بشمول الإجماع لذلك فيحكم بالبطلان و أما فلا، كما هو المحتمل إذ بطلان البيع بثمانين مورد الخلاف للعلماء، فليس هنا إجماع و سيأتى الكلام في صحة الإجماع و بطلانه من جهة هذه المخالفة.

و يحتمل بعيداً أن يراد التخير بأن يبيع البائع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشئ البيع منجزاً و يكون التردد في الثمن لا على نحو لا- يكون له واقعية كما في الصورة الأولى ليكون البيع باطلاً بل يملك المثل للمشتري و يملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا- شبهة أن عنوان أحدهما له واقعية كالواجب التخيري كما هو واضح، إلا أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الواردة في المقام على ذلك.

و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع المؤجل، المنجز دون التعليق

و لكن يكون لتقدير الآخر و هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البائع المتاع من المشتري بعشرين إلى سنة أى يشترط المشتري على البائع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخر و هو أنه إذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشرة بأن ينزل من العشرين إلى العشرة.

و بعبارة أخرى يشترط المشتري على البائع النزول على تقدير و لا- شبهة فى جواز هذا الاشتراط و صحته فان النزول جائز بدون الاشتراط فلا- بأس بإتيانه تحت الإلزام بالاشتراط و إذا أريد من البيع بثمانين هذه الصورة فلا شبهة فى صحة ذلك، و لكن ذلك مخالف لصراحة الروايات بدهاء أن موردها و كك مورد كلمات الفقهاء هو البيع بثمانين و هذا الشق ليس من البيع بثمانين مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٧

بدهاء أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفاية إعطاء العشرة على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهة كونه ثمنا آخر، بل هو من جهة اشتراط النزول، و لا شبهة أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح.

و ان كان المراد عكس هذه الصورة بأن يبيع نقدا بعشرة و لكن اشترط على المشتري أنه إذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين و هذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمانين كما عرفت فى عكسه أنه بيع ربوى فيكون محرما و لعل من أفتى بحرمة البيع مع التزامه بالصحة حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح. و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسألة.

ثم انه إذا كان اشتراط زيادة الثمن على فرض التأخير كاشتراطا للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبائع حق مطالبة الثمن قبل الأجل و معجلا- أو ليس له ذلك، ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري و لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه، و هو غير مانع من صحة البيع، و قد ذهب الشهيد الى ذلك فى الدروس و استقر به و أشكل عليه المصنف بان الزيادة ليست فى مقابل الأجل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و ان كانت ربا كما سيجىء إلا أن فساد مقابلتها لا يقتضى فساد إسقاط البائع حق مطالبته الثمن إلى أجل خاص كما احتل ذلك فى حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرمة، بل قال فى التحرير بالرجوع إلى الدية و ح فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه و جب عليه القبول إذ لم يحث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل.

أقول: يرد عليه أن جواز مطالبة البائع حقه من المشتري الثمن ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٨

من قبيل الحقوق حتى يقبل الإسقاط بإسقاطه فى مقابل العوض ليتوهم بقاء الإسقاط، و ان بطلت المقابلة، بل هو حكم من الأحكام الشرعية الغير القابلة للإسقاط، و لا- يقاس ذلك بحق القصاص فإنه حق قابل للإسقاط و عليه فيجوز للبائع مطالبة الثمن قبل وصول الأجل، بل يجب للمشتري أن يعطيه إياه أيضا و ان له يطالب إذا لم يعلم بكون البائع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصرف فى مال الغير و إبقائه عنده بدون رضاه حرام فلا- يحل ذلك إلا بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسه بالإبقاء، فيجب الأداء كما لا يخفى، فافهم.

إذا عرفت هذه الشقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثانى بدهاء أن الفرضين الأخيرين خارجان عن البيع بثمانين و الفرض الأول خارج عن مفهوم البيع و التأخير فيثبت الشق الثانى و هو التعليق و هو نفسه لا محذور فيه، و لكن الإجماع قائم على بطلانه فى العقود، إلا أن يقال بعدم وجود الإجماع فى المقام لوجود القول بالصحة و لا يضر خلافهم بالإجماع هذا كله بحسب القواعد.

فالمستفاد من بعض الروايات صحة ذلك البيع و لكن على نحو خاص ففى روايه محمد بن قيس أنه قال أمير المؤمنين (ع) من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت. فإن الظاهر من هذه الرواية هو صحة ذلك البيع و أنه صفقه واحده و لكن لا تعرض فى ذلك لكون البيع مؤجلا على تقدير أن يعطيه المشتري بثمان نقد، بل حكم الامام عليه السلام على نحو الإطلاق بالأخذ بقوله فخذها من غير تعرض فيها لعدم جواز مطالبه البائع الثمن الى آخر الأجل، إلّا بعد و عدم جوازه كما هو واضح، هذه هى الرواية الأولى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٥٩

الثانية: رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن عليا عليه السلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على هذا الشرط، فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فإن هذه الرواية أيضا تدل على صحة البيع بثمانين، و لكن مقيدا بكون الثمن هو الأقل و كون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الرواية بالمدّة أيضا و أن البائع ليس له حق المطالبة الى أن يصل الأجل الأبعد و اذن فلا مانع من الالتزام بصحة البيع بثمانين على هذا النحو الذى استفدناه من رواية السكونى فإن كانت الروايتين معتبرتين كما حكم الشيخ باعتبار الاولى و السيد باعتبار الثانية فيها و لا بدّ من الرجوع الى سند الروايتين خصوصا الأخيرة، لأنها هى العمدة فى المقام، و الّا فلا بد من الرجوع الى مقتضى القواعد و قد تقدم الكلام فى ذلك، و قلنا أنه لا إشكال فى هذا البيع من غير ناحية التعليق و هو مجمع على بطلانه فى العقود و ان لم يكن فيه محذور فى نفسه.

و توهم عدم وجود الإجماع فى المقام لوجود القائل بالصحة توهم فاسد فانا نعلم قطعا أن القائل بالصحة قد اعتمد على الرواية و بعد ضعف الرواية فلا مدرك له فيكون الإجماع تماما و مخالفة القائلين بالصحة غير مضره كما هو واضح.

و أما الروايات الناحية عن البيع بثمانين و الأمرة بتعيين الثمن فهى محمولة على الكراهة بقرينه ما تقدم من الروايتين، روايتى محمد بن قيس و السكونى الدالتان على جواز البيع كذلك و تعين الثمن الأقل و الأجل البعيد كما هو واضح.

ثم انه بناء على العمل بروايتى السكونى و محمد بن قيس الدالتان على جواز المبيع المذكور و لكن على النحو الخاص يلزم أن لا يكون العقد تابعا للقصد فإن البائع قد أنشأ البيع بثمان خاص على تقدير و بثمان آخر على

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٠

تقدير آخر و رواية السكونى دلت على إفضائه بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين فهو غير مقصود للمتبايعين فما هو مقصود لم يقع و ما هو واقع غير مقصود.

و فيه أنه لا محذور فى الالتزام بذلك بعد دلالة الرواية عليه تعبدا كما وقع نظيره فى عقد المتعة فإنه مع عدم ذكر الأجل انقلب دائما بناء على عدم إفادتهما الملك فإنه مقتضى الجمع بين الدليلين هو حصول الإباحة الشرعية كما ذهب اليه صاحب الجواهر و كيف كان بعد دلالة الرواية فى المقام على الحكم المذكور لا يكون تخلف العقد عن القصد فيه محذور أصلا انتهى كلامنا الى البيع شىء بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا.

و قد وردت هنا روايات فطائفه منها تدل على المنع و أنه نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن البيع بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا و طائفه أخرى تدل على الجواز كرواية السكونى، و لكن رموا رواية السكونى على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا فى صحة ذلك البيع، و لكن ذكر فى الحدائق أن دليل الصحة ليس منحصرا برواية السكونى لترمى بالضعف و نحكم بعدم جواز مثل هذا البيع، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحة و هى ما روى عن طريق الفقيه و الثانية حسنة كالصحيحة و هى ما روى عن طريق الكافى و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين و لذا عبر الشيخ (ره) فى المتن عن رواية محمد بن قيس بالمعتبرة.

و كيف كان فلا إشكال فى الرواية من حيث السند و انما الكلام فى دلالة ذلك و المحتمل فى دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب

الى الذهن منها وجهان:- الأول: أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمانين بيع متاع بثمان عشرة دانير معجلا، و لكن يشترط البائع على المشتري كون الثمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦١

عشرون دينارا على تقدير التخلف في الأداء عن المدة المؤجلة فيكون الزائد في مقابل المدة الزائدة كما هو واضح، و حيث كان هذه الزيادة رباء و هو حرام، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين.

و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الربا من الشروط الفاسدة المخالفة للكتاب و السنة فلا يكون نافذا و عليه فلا يكون البائع ملزما بتأخير الثمن إلى أبعد الأجلين فحمل الرواية على هذا الوجه مشكل من هذه الجهة، بل مقتضى حملها على هذا أن لا يجوز للمشتري تأخير الثمن الى هذه المدة المضروبة و يجوز للبائع أن يطالب الثمن معجلا و قبل وصول المدة المضروبة لأن التصرف في مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشتري أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضح. و لأجل هذا الاشكال قد وجه المصنف هذه الرواية بأن البائع قد أسقط حق مطالبته بهذا الاشتراط و ان كان الشرط فاسدا و لكن فساد شرطه لا يضر بإسقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحة ولى الدم حقه بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو كونه حرا و فى المقام أيضا كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالإسقاط.

و لكن ما أفاده المصنف (ره) ليس بتمام من جهة أن حق القصاص و ان كان أيضا حكما شرعيا و لكنه حق من الحقوق المصطلحة لأنه يقبل لإسقاط بالكتاب و السنة و هذا بخلاف حق المطالبة، فإنه حكم شرعى غير قابل للإسقاط حتى لو أسقطه لم يسقط، بل له أن يطالب حقه بعد ذلك، نعم له أن لا- يطالب حقه و يرضى بتأخير حقه، و ح فلا يجب للمشتري المبادرة بالأداء، و أما مع عدم الرضاء فلا يجوز له التأخير لما عرفت من أن التصرف في مال غيره بدون اذنه حرام.

و التحقيق أن تحمل الرواية على الوجه الثانى الذى هو مورد النقض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٢

و الإبرام فى المقام حيث نفاه بعضهم و أثبته آخر، و هو أن يقال أن المراد بالرواية هو التعليق حيث ان البائع قد أنشأ بإنشاء واحد يعين على تقديرين يعنى على تقدير كون الثمن معجلا- أنشأ بيعا و على تقدير كونه مؤجلا أنشأ بيعا آخر، فهنا بيعان معلقان بثمانين على تقديرين و لا محذور للالتزام بذلك آلا التعليق الذى باطل فى العقود إجماعا، آلا أنه ليس هنا إجماع و ذلك لاختلاف العلماء و فى ذلك حيث حكم جمع بالبطلان و حكم جمع آخر بالصحة فلا يكون المقام مشمولا للإجماع، و عليه فلا بأس بحمل الرواية على إمضاء ذلك البيع التعليقى و لكن على نحو خاص بأن يكون الأجل من أحدهما و الثمن من الآخر، حيث قال يمضى بأقل الثمنين و أبعد الأجلين.

و لكن أشكل الأردبيلى على الرواية بأنها مخالفة للقواعد العقلية و الشرعية فإن مقتضى القواعد هو أن يكون البيع واقعا على النحو الذى إنشأه المتبايعان و المفروض أن الرواية تدل على صحته غير الشكل الذى أنشأه البائع، و قد دلت الأدلة الشرعية و القواعد العقلية على حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه، و طيب نفسه و المفروض أن المنشئ اعنى البائع لا يرضى بالتصرف فى ماله بغير ما أنشأه و اذن فتكون الرواية مخالفة لتلك القواعد العقلية و الشرعية فتسقط عن الحجية و يرجع علمها إلى أهلها.

و ما ذكره الأردبيلى متين جدا، فان القواعد العقلية و الشرعية تقتضى ذلك و لكن ليست تلك القواعد من القواعد التى تكون غير قابلة للتخصيص و اذن فلا مانع بتخصيصها بهذه الرواية الصحيحة فإنها تدل على جواز التصرف فى مال غيره إذا أنشأ بيعا ماله على هذا الشكل، فالشارع رغما لأنفه حكمه بإمضاء على غير الشكل الذى أنشأه و أخبر عنه أى إمضاء الشارع الامام عليه السلام، بل وقع نظيره كثيرا كإذن الشارع فى أكل مال غيره فى المخمصة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٣

و حكم الشارع بعدم الملكية في بيع الصرف و السلم الى زمان القبض و غير ذلك من الموارد فان ذلك كله حكم بالتصرف في مال الغير على خلاف قصد المالك و كك حكمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع.

و على الجملة أن الرواية الصحيحة إذا دلت على حكم تعبدى يكون تخصيصاً للقواعد و تبعية العقود للقصد ليست من الاحكام التي تكون غير قابلة للتخصيص كما هو واضح.

فما ذكره الأردبيلي لا يمكن المساعدة عليه و ان كان متينا في نفسه.

نعم، لا يعقل تخلف العقد عن القصد إذا أمضى الشارع غير المنشأ بحيث يكون حكمه بعنوان الإمضاء لا بعنوان الحكم المولى بحيث يكون إنشاء المنشئ موضوعاً لحكم الشارع كما هو واضح.

ثم انه ان كانت الروايات الدالة على المنع معتبرة فلا بد من حملها على الكراهة لأنها ظاهرة في التحريم و ما يعارضها أعنى رواية محمد بن قيس صريحة فيه فيرفع اليد بنص هذه الرواية عن ظهور رواية المنع فتحمل على الكراهة كما هو واضح، و يمكن حملها على وجوه آخر غير الكراهة و قد ذكرها في الحقائق.

ثم هل يمكن التعدى من مورد الرواية الى ما يكون البيع بثمنين على تقديرين بحيث يكون كل تقدير منهما مؤجلاً لا أحدهما مؤجلاً و الآخر معجلاً غاية الأمر يكون الثمن بالنسبة إلى الأجل القليل أقل و بالنسبة إلى الأجل البعيد أكثر، و قد جعل في الحقائق هذا الفرع ملازماً للفرع الأول و مورداً لحكم الفقهاء بالصحة ان حكموا بصحة الفرع الأول و بالفساد ان حكموا بفساد الفرع الأول، و لكن الظاهر أن هذا الفرع بعيد عن الفرع الأول، و أن الامام عليه السلام قد حكم في الفرع الأول بالصحة على خلاف القواعد تعبداً فلا بد من الاختصار بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياساً فلا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٤

نقول بحجتيه، و اذن فلا بد اما من الحكم بالبطلان في الفرع الثاني للإجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصحة على النحو الذى أنشأه المنشئ أعنى البيع بثمنين إلى أجلين إذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحة البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح. و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا و ان زعم صاحب الحقائق الملازمة بين الفرعين و نسبه إليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه، فافهم.

قوله: مسألة: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل.

إشارة

أقول: من جملة أحكام المؤجل أنه لا يجب على المشتري أن يدفع الثمن إلى البائع قبل حلول الأجل، سواء طالب البائع أم لم يطالب و هذا إجماع على أن ذلك فائدة الاشتراط كما هو واضح.

ثم انه إذا تبرع المشتري بدفعه هل يجب على البائع قبوله أم لا؟

الظاهر هو الثانى، بل لا خلاف فيه بين الأصحاب، بل عن الرياض دعوى الإجماع عليه و فى باب السلم من جامع المقاصد نسبة الخلاف فى ذلك الى بعض العامة و لكن الظاهر أن المقام ليس مما يكون مورد الإجماع التعبدى فإن الأمر فى المقام يدور مدار الاشتراط و عدمه و على كل تقدير فيتبع حكمه و عليه فلعن القائل بعدم الوجوب قد لاحظ كون الشرط من البائع على المشتري أيضاً بان لا يسلم الثمن قبل الأجل و ألا فلو كان الاشتراط من خصوص المشتري على البائع فلا مناص يجب للبائع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشتري حفظ مال شخص آخر، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامة من تعليل عدم الوجوب بأن فى ذلك منه على البائع فإن التعجيل كالتبرع بالزيادة و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد و ليس

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٥

فيه منه، بل إيصال حق الغير اليه بخلاف إعطاء الزيادة فإن فيه منه كما هو واضح.

(أقول: لعل كلام العلامة مبني على الفرع الثاني من الشرط لا يسقط بالإسقاط و ح يكون التعجيل تبرعا و تكون فيه منه على البائع إذ في التبرع منه مع وجود الحق للمشتري، نعم إذا قبل ذلك الإسقاط كما هو كذلك فلا منه مقرر) و عليه فلا بد من التكلم هنا في بيان ذلك من ناحية مقامى الإثبات و الثبوت فنقول

أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشتري

بأن يشترط المشتري على البائع أن لا يكون للبائع حق المطالبة إلى أجل خاص و ح فلو تبرع المشتري و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على البائع قبول ذلك لأنه ماله و ليس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشتري ذلك، بل الغرض من اشتراط التأخير هو التوسعة على المشتري فقط و على هذا يترتب فساد ما ذكره العلامة من أنه لا يجب للبائع قبول ذلك لأن فيه منه فإنه أى منه فيه في ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشتري إيصال مال البائع اليه.

الثاني: أن يكون الشرط من ناحية البائع على المشتري

بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يسلم الثمن إلا بعد مدة خاصة كما إذا كان في بلد أخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبائع فقط فليس للمشتري أن يسبق الى دفع الثمن و يدفعه إلى البائع قبل الأجل فإنه على خلاف اشتراط البائع على المشتري.

الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر

و قد ظهر حكمه من القسمين المتقدمين هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينة على القسمين الأخيرين، فإن المرتكز بحسب عامة الناس و المتعارف عندهم أن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٦

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعة على المشتري للتهيئة إلى أداء الثمن و من هنا لو تبرع المشتري بأداء الثمن و أعطى الثمن للبائع و جب له القبول إذ لا يجب للمشتري حفظ ماله و لا أن للبائع أن يتمتع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق في ضرب الأجل و من هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشتري و أيضا عرفت جواب ما ذكره العلامة فيما تقدم، فإنه لا منه في إعطاء حق البائع له، إذ ليس هو إلا مجرد إعطاء الحق و عليه فلا يجوز للبائع عدم القبول و لا يقاس ذلك بإعطاء الزائد عن الثمن فان في ذلك منه فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح.

و اذن فما ذكره بعض العامة هو الصحيح هذا كله فى أصل ثبوت الحق و جعله و أنه بأى كيفية جعل.

ثم إذا أسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل يسقط هذا أو لا يسقط؟

و قد ذكر فى التذكرة أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته فى الحال و عله فى جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالإسقاط إلّا بمثل الإقالة لارتباط الشرط بالطرفين.

و فيه أن الشرط و ان ثبت فى عقد لازم و لكنه حق لخصوص المشتري فقط، فيسقط بإسقاطه مع أنه لو كان ذلك أى الثبوت فى العقد اللازم و جها لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الإقالة أيضا إلّا أن تكون الإقالة فى أصل العقد، ثم ذكر أن فى الأجل حق لصاحب الدين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٧

أيضا و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل و لذا يجوز لهما التقايل.

و فيه أن الصغرى ممنوعة فإنه ليس هنا إلّا حق واحد مجعول للمشتري أعنى التأجيل و ليس فيه حق للبائع أصلا، بحيث يكون مشتركا بينهما لعدم الدليل عليه على أن وحدة الحق الثابت للمجموع تتصور فى مثل ارث الخيار كما تقدم، و لكن لا يعقل هنا لأن أطرافه متعددة من جميع الجهات كما فى حاشية بعض مشايخنا المحققين، فراجع و لعل المحقق الثانى لم يعتمد على الوجه الأول، بل على الوجه الثانى و لذا حكم بجواز الإقالة فى الوجه الثانى، فإن مقتضى الوجه الأول كما عرفت عدم جواز الإقالة بخلاف مقتضى الوجه الثانى فإنه يجوز الإقالة لكون الحق واحدا و مشتركا بينهما كما لا يخفى.

و يمكن أن يكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثانى أن يكون لكل من البائع و المشتري حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بينهما و ح فيكون الجواب عنه هو المناقشة فى الصغرى أيضا و أنه لا دليل على جعل الحق على البائع أيضا و ان ذلك ممكنا فى مقام الثبوت كما لا يخفى، فافهم و ذكر العلامة (ره) هنا و جها رابعا و هو أن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرّد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة الدنانير الصحيح الجودة لصحة لم يسقط.

و فيه أن الشرط لا يقاس مما ذكره من عدم إسقاط صفة الجودة و الصحة من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقييد فى المبيع فلا يمكن الإسقاط إلّا بالتراضى الجديد بأن تكون هنا معاملة أخرى غير المعاملة السابقة لأن ما وقع عليه البيع هو هذه الحصّة الجيدة أو الصحيحة و غيرهما ليس بمبيع أصلا، و معه كيف يمكن إسقاط صفة الجودة و الصحة بدون التراضى الجديد و المعاملة الجديدة و هذا بخلاف المقام، فان اعتبار التأجيل من الاشتراط

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٨

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كما عرفت، و يجوز التبعية لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجودة و الصحة فى المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطة المطلقة و على طبعى الحنطة أو على طبعى الدينار و اشترط المشتري الصحة فى ذلك، فان ذلك قابل للإسقاط فالمانع عن الإسقاط فى المقيس عليه هو كون الوصف قيّدا فى المبيع و كون المبيع هو الحصّة الخاصة لا أن التبعية مانعة عن ذلك، و إلّا لم يقبل شىء من الشروط الاسقاط حتى بالتقايل أيضا لوجود الملاك المذكور و هو التبعية كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقايل مع أنه لو كان ما ذكره العلامة تماما لا تصح الإقالة أيضا و أيضا لا شبهة أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطة و نحوها، و لا شبهة أنه لا فارق بيننا نحن فيه و بين شرط الخياطة كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام إلى أنه

لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط حق المشتري أو لا يسقط،**فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط****إشارة**

و ذكروا في وجه ذلك وجوها:

الأول: ما ذكره في جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الإسقاط

و فيه أولا أنه لا حق هنا إلا لخصوص المشتري و هو يسقط بإسقاطه و بعده ليس للبائع حق بالنسبة إلى التأجيل حتى يسقط بالإسقاط، و ثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للإسقاط بإسقاط المشتري لم يكن قابلا له بالإقالة أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالإقالة.

الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع و المشتري بحيث يكون لكل منهما حق مستقل

فإذا أسقط المشتري حقه لا يسقط معه حق البائع، بل يبقى هو على حاله و هذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثاني من الوجه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٦٩ الثاني في كلامه من أن في الأجل حقا لصاحب الدين، إلخ، و فيه أنه و ان يقبل الإقالة و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه في مقام الإثبات و ان كان ممكنا في مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبائع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشتري كما هو واضح.

الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد لكل من البائع و المشتري

و عليه فلا- يسقط ذلك بإسقاط المشتري فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعة إذ ليس هنا أيا حق واحدا ثابت لخصوص المشتري و ليس هنا حق للبائع أصلا لعدم الدليل عليه. و بعبارة أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبة إلى خصوص المشتري فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجلة حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشتري بتأخير الثمن كما هو واضح. نعم بناء على هذا فأیضا يسقط ذلك بالإقالة كما التزم به المحقق الثاني أيضا، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل عليه كما التزمنا به في ثبوت حق الخيار للورثة على القول به، فإنه ليس هنا أيا حق واحد ثابت لمجموع الورثة.

الرابعة: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط

إلخ، و قد تقدم جوابه فراجع.

الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره)

من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشتري دون البائع و لكن مرجع التأجيل في البيع إلى أن البائع قد أسقط حق المطالبة و من الواضح أن الزائل لا يعود و عليه فإسقاط المشتري حق التأجيل و عدمه بيان من هذه الجهة كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحة و لم تعد العيوب مضمونة كما كانت مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٠

مضمونه لو كانت بدون الشرط.

و فيه أولا: أن جواز المطالبة ليس من الحقوق ليسقط بالإسقاط، بل هو حكم شرعى لا يقبل الإسقاط كما تقدم سابقا و هل يتوهم أحد أنه إذا أسقط البائع حق مطالبة الثمن بعد البيع يسقط ذلك، بل له بعد إسقاطه أن يطلب الثمن أيضا و السر في ذلك هو أن جواز المطالبة ليس من الحقوق المصطلحة من الأحكام الشرعية غير القابلة للإسقاط كما هو واضح.

و ثانيا: أن لازم ذلك أن لا يقبل الإقالة أيضا بأن لا يكون للبائع حق المطالبة حتى بعد الإقالة مع أن الفقهاء التزموا بجواز الإقالة كما هو واضح.

و ثالثا: أن التأجيل ليس الّا جعل الحق للمشتري على البائع فقط و أنه لا يجوز له المطالبة في ظرف هذه المدة فإذا أسقط المشتري حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبائع المطالبة، بل يجب للمشتري رد ماله إليه، فإن التصرف في مال الغير بدون اذنه حرام.

و رابعا: أنه لا وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب، فان عدم سقوط التبرى بالإسقاط و التزام المتبرى بالصحة بعد العقد لا يستلزم عدم سقوط اشتراط التأجيل، فإن عدم لزوم الالتزام بالصحة بعد العقد انما هو من أحكام العقد اللازم، فإنه بعد ما صار لازما لا يكون جائزا و المفروض أن البائع لم يلتزم بالعيوب و التزامه بعد العقد لا يكون لازما الّا أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضا غير مربوط بالعقد الأول.

و بعبارة أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيد بكونه صحيحا الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون شرطا ضمنيا لأن البائع قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خاليا عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازما فلا يمكن اشتراط شرط الصحة فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧١

ضمنه بعد لزومه و ان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح، و هذا بخلاف المقام فإن المشتري، قد اشترط على البائع التأجيل و صار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط و له إسقاطه و لذا تجوز فيه الإقالة و أما فى التبرى فلا يجوز فيه الإقالة أيضا، فإنه هل يتوهم أحد أنه إذا تبرى البائع عن العيب ثم أقال البائع مع المشتري فى إسقاط التبرى يكون اشتراط الصحة فى المبيع لازما و هذا واضح لا شبهة فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالإسقاط غير صحيح و ما ذكره من الوجوه على ذلك غير تام

و ما ذهب اليه غير المشهور

و نسب الى بعض العامة من أنه يسقط بالإسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت.

قوله: مسألة: إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه.

إشارة

أقول:

قد أشار المصنف (ره) فى هذه المسألة الى جهات من الكلام:

الجهة الاولى: انه إذا كان الثمن مؤجلا و حل أجله أو كان معجلا و أعطاه المشتري للبائع،

فهل يجب على البائع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان و لعل المشهور أنه يجب على البائع قبوله و قد اختار المصنف (ره) و استدل عليه بأن في امتناع البائع عن القبول إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته.

أقول: الكلام هنا في وجوب القبض مع الإقباض و لا- كلام لنا في أن القبض بأى شيء يتحقق فلا يرد أنه إذا لم يقبل فالتخليه بين الثمن و البائع اقباض. إذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تارة يكون الضرر الخارجى و أخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الأول فهو عبارة عن النقص فى المال أو الأعضاء أو الاعراض و لا شبهة أن عدم قبول البائع الثمن لا يستلزم شيئا من هذه الأمور فلا يكون هنا ضرر خارجى.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٢

و أما الضرر الاعتبارى و الشئونى فنعم فإنه لو لم يقبل البائع الثمن لم تفرغ ذمة المشتري و يكون مديونا و يعد بين الناس مديونا و يقل بذلك اعتباره بينهم و لا شبهة فى أن هذا ضرر عليه و لكن الكلام فى أن اندفاع هذا الضرر منحصر بالإقباض ليقع المشتري بعدم قبول البائع الثمن على الضرر الاعتبارى أو ليس بمنحصر بذلك، و الظاهر أنه غير منحصر به، بل يمكن دفعه أن يلقى بالطريق أو يدفعه الى الحاكم أو يكون عنده أمانة، نعم قبوله الثمن موضوع لرفع الضرر و من الواضح أن إيجاد هذا الموضوع ليس بواجب.

و بعبارة أخرى أن دليل الضرر انما يرفع الحكم الناشى منه الضرر و لا شبهة أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن إلى البائع فإذا امتنع البائع عن القبول يكون بقاء هذا الحكم على حاله ضررًا على المشتري و من الواضح أن اندفاع هذا الضرر لا ينحصر بقبول البائع ليحكم بوجوبه عليه، بل كما يدفع بوجوبه ككك يدفع ذلك بدفعه الى الحاكم أو بإلقائه فى الطريق أو بجعله عند نفسه أمانة شرعية كما هو واضح.

و توهم أن قبض الحاكم لا يدفع الإضرار و الظلم و هكذا بعزله و كون ضمانه على مالكة توهم فاسد كما عرفت و لا وجه لقياس ذلك بمن يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله، فان الوجوب هنا باق على حاله حتى مع قيام الغير على بيع ماله و صرفه فى نفقة عياله، فإنه من جهة ما دل على وجوب الاتفاق لا لدليل الضرر كما هو واضح و كيف كان فإذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الإعطاء له لا أنه يبقى على حاله و سقط اعتبار رضاه فى بيع ماله كما لا يخفى.

الجهة الثانية: أنه إذا قلنا بوجوب الإقباض للبائع و امتنع هو عن قبوله

فربما يقال أن الحاكم يجبره بالقبض لأنه ولى الممتنع فله أن يجبره بذلك و لكنه واضح الدفع فإنه لا دليل على ثبوت الولاية للحاكم فقط فى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٣

أمثال الموارد لأنه ليس ألما من جهة الأمر بالمعروف و أنه يجب عليه أن يقبض و لا يمتنع عن ذلك و لا شبهة أن الأمر بالمعروف يشترك فيه الحاكم و غيره فإنه واجب لكل من يقدر عليه و لا- يختص ذلك بالحاكم لإطلاق أدلة الأمر بالمعروف بالنسبة إلى الحاكم و غيره و بالنسبة إلى العدول و غيرهم و عليه فالتخصيص بالحاكم أولا ثم بعدول المؤمنين و هكذا بلا وجه.

و الحاصل: أن الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهات: الاولى: أنه هل يجب على البائع قبول الثمن و قبضه مع حلول أجله إذا إعطاء المشتري أو لا يجب. فذكر المصنف أنه يجب على البائع قبوله إذا لم يرض المشتري ببقائه عنده لدليل نفي الضرر و لكن قد عرفت أن الضرر انما نشأ من حكم الشارع باشتغال ذمته و كونه مديونا فإنه ضرر على اعتباره و لم ينشأ الضرر من عدم قبوله، نعم قبوله

سبب لارتفاع الضرر و موضوع له و لكن لا يجب عليه إيجاد هذا الموضوع و بمقتضى دليل نفى الضرر يكون هذا الحكم الذى نشأ منه الضرر مرتفعاً و له أن يدفع حقه اليه و إذا لم يقبل و امتنع عن ذلك يدفعها الى الحاكم أو يطرحه فى الطريق ثم على القول بوجوب الإقباض و امتناعه عن قبوله فهل يجبره الحاكم بالقبول أو لا، و الظاهر هو عدم اختصاص الحاكم بذلك فإنه بناء على وجوب القبض و امتناعه عنه يكون المورد من موارد الأمر بالمعروف و من الواضح أن عدول المؤمنين، بل فساقهم فى عرض الحاكم فى ذلك لإطلاق أدلته و جوب الأمر بالمعروف كما هو واضح و قد اعترف المصنف أيضاً بكون ذلك من باب الأمر بالمعروف فى أثناء كلامه.

الجهة الثالثة: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو لعدم إمكان إجباره

فهل يتولى الحاكم بالقبض لكونه ولى الممتنع أو لا يجب عليه ذلك و الظاهر أنه لا دليل على مباشرة الحاكم بذلك إذا لا ولاية له على ذلك، غاية الأمر أنه ولى الممتنع عن أداء الحق فإنه يجبره على الأداء
مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٤

بل يجبره عدول المؤمنين، بل فساقهم على ذلك فإنه من باب الأمر بالمعروف و مع عدم قبوله يتولاه الحاكم و غيره من المؤمنين و أما إذا كان الامتناع عن قبول حق نفسه فلا- دليل على ولاية الحاكم عليه بأن يقبل ماله و يقبضه ولاية عنه و ان قلنا للغائب و نحوه حسبه و كذا ليس للحاكم أن يطالب المديون بالدين مع حلول الأجل و رضاء المالك ببقائه فى ذمته أى المديون و كيف كان فمباشرة الحاكم بالقبض فى أمثال الموارد تصرف فى مال الغير بدون اذنه فيحتاج الى دليل و مع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه بحيث يكون ذلك وظيفه له بما أنه حاكم و هذا واضح جدا.
و من هنا ظهر أن ما ذهب إليه فى السرائر من الحكم بوجوب القبض للحاكم و عدم وجوب إجبار الدائن ليس فى محله و كذلك لا وجه لما رجحه جامع المقاصد من تولى الحاكم بالقبض مع عدم الإكراه للبائع.

الجهة الرابعة: أنه بعد ما كان اشتغال ذمة المديون ضرراً عليه مع عدم قبول الدائن دينه

فلا بدّ من عزل حقه و تعيينه فى شخص معين و هل المتصدى لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر، و الظاهر أنه هو الحاكم، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدى هو المديون فلا يقتضيه دليل نفى الضرر لما ذكرنا فى باب الولاية أنه و ان كان لا دليل على ولاية الحاكم و لكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولاية له من باب القدر المتيقن و كذلك فى المقام فإنه قد اقتضى دليل نفى الضرر ارتفاع حكم الشارع باشتغال ذمة المديون و أنه يعزل حقه مع امتناعه و لكن الأمر دائر بين أن المتصدى لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون المتصدى لذلك هو الحاكم.
ثم انه بعد العزل هل يدفع الى الحاكم أو يجعل أمانه عند المديون أو عند شخص آخر أو يلقي الى نفس المالك سواء أخذ أم لا، و قد يقال أنه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٥

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له و لكنه واضح الدفع فإنه إنما يدفع المال إليه إذا لم يكن مالكة حاضراً و لم يكن له ولى يحفظه فإنه يعطى للحاكم و هو يأخذه و يحفظه حسبه و أما فى المقام فالمالك حاضر فلا حسبه لأخذه عنه و لا دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا- دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفه له و من هنا ظهر حكم غير

الحاكم أيضا.

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائدة العزل و ثمرة إلغاء قبض ذى الحق. و مع ذلك لا- يخرج بالعزل عن ملك مالكة لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفي الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعدة الخراج بالضمان فلا تكون القاعدة المذكورة جارية هنا فان نفي الضرر ينفي الضمان و اعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجانى.

و لكن يرد عليه أنه إذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون و كانت ذمته أيضا فارغة عن الدين فأين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعا فلا مناص عن تعيين ملكه بالمعزول و قد عرفت أن دليل نفي الضرر يقتضى أزيد ما يدفع به ضرر المديون إذا عزل حق الدائن لا انعدام ملكه بالكلية و قد عرفت أنه يندفع بعزل الحاكم و إذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماؤه أيضا له على ما تقتضيه قاعدة الخراج بالضمان كما هو واضح.

الجهة الخامسة: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه

أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فإنه ولى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٦

الغائب لا- ولى الحاضر و كك المديون، فإنه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذلك أضر من بقائه فى ذمته كما ذكره المصنف و عليه فللمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فإنه بعد ما عرض ذلك على مالكة و امتنع مالكة عن القبض فلا يكون حفظه على أحد حسبه، بل على مالكة و المفروض أن المالك لا يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفاظ فيلقية المديون اين ما يريد كما هو واضح.

ثم انه بقى هنا شىء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفي الضرر هو أن النبى صلى الله عليه و آله قد أسقط ولاية سمره و أمر بقلع الشجرة و رميها اليه، و لكن قد ذكرنا فى البحث عن قاعدة لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفي الحكم الضررى فى الإسلام و لكن لا- دلالة فيه على سقوط ولاية المالك عن ماله لأن حكم النبى صلى الله عليه و آله بقلع الشجرة ليس من جهة الضرر لأن بقائها فى بستان الأنصارى لم يكن ضررا عليه، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمره على الأنصارى بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه بدون الاستيذان و انما كان أمر النبى صلى الله عليه و آله بذلك من جهة التأديب حيث انه لم يقبل كلما وعده النبى صلى الله عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الآ فالحديث لا يقتضى رفع ولاية المالك عن ماله بعنوان لا ضرر.

ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبة

إشارة

و ان لم يكونا مربوطين بالمقام:- الأول: أنه إذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصه شريكه لا ممن عنده مال، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما.

الثاني: أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٧

مقدار نصيب صاحبه.

وقد ذكر المحقق الثاني هذين الفرعين ثم ذكر أنا لم نجد تصريحاً بهما في كلمات الأصحاب و تردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين، و لكن لا وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف و حكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفي الضرر ينفي كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضياً لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه.

أما الفرع الثاني فمن جهة أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك كما فيما نحن فيه

لأن دليل نفي الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نية الظالم في التعيين، فإذا أخذ الظالم جزء خارجياً من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له فان نيته ليست موجبة لتعيين المال لعدم كونها فارزة كما إذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنية أنه من الدائن أو أجبر أحداً أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولاية لأحد أن يبيع ماله من شخص أصالة عن نفس و ولاية عن غيره و هذا واضح جداً.

نعم، هنا كلام من جهة أخرى و هي أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلك أو لا يجب دفعه عليه و قد تقدم ذلك في الجزء الأول و قلنا انه لا- يجب دفعه و لكنه غير مربوط بالمقام لما عرفت أن الضرر هنا انما توجه الى المال المشاع المشترك و نية الظالم لا يوجب توجهه الى خصوص ما قصده الغاصب فان نيته لا توجب تعيين حق أحدهما فإن أمر الافراز ليس بيده، و لا أن دليل نفي الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٨

و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشريك لما كان في معرض التضمر لأجل مشاركته شريكه جعل له ولاية القسمة بمقتضى دليل نفي الضرر،

و لكنه توهم فاسد كما ذكره المصنف، و فيه أن التضمر و ان كان يجوز القسمة و لكن القسمة أيضا ضرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفي الضرر بالنسبة إليهما متعارضاً.

و بعبارة أخرى أن دليل نفي الضرر انما ورد في مقام الامتنان فكما أن الامتنان يقتضى جواز القسمة و هكذا ان الامتنان يقتضى عدم جواز القسمة فعدم كل منهما خلاف الامتنان فيتعارضان فلا يكون دليل نفي الضرر شاملاً لما نحن فيه.

قوله: مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره.

أقول: لما كان الكلام في البيع المؤجل فتعرض المصنف لأجل المناسبة لعدم جواز التأجيل في الثمن، بل في مطلق الدين بأزيد منه بأن يزداد في الأجل بزيادة الدين بحيث تكون زيادة الثمن في مقابل الأجل الزائد و كيف كان فلا شبهة في حرمة ذلك و كونه ربوي محرماً و لم تسمع خلاف أحد في ذلك ثم ان مورد الكلام ما إذا كانت الزيادة في مقابل الأجل ابتداءً بأن يزيد الدين بمقدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختص ذلك بمعاملة دون معاملة و لا بمعاملة دون دين، بل يجرى في جميع ذلك فالميزان الكلى ازدياد الثمن في مقابل ازدياد الأجل من غير أن يكون ذلك في ضمن معاملة.

و أما إذا صالح المديون بإبراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا، فلا بأس به و أنه خارج عن المقام، و كذلك ما إذا باع ما فى ذمته من المتاع الربوى كالحنطة مثلا، بأزيد منها مؤجلا، فإنه باطل لا من جهة الربا و الزيادة العينية، بل من جهة أن بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين باطل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٩

كما هو المشهور لا من جهة كون الزيادة فى مقابل الأجل فهذا أيضا خارج عن المقام. و أيضا ليس مربوطا بالمقام ما إذا باع الحال بما فى ذمته من الأثمان كالدينار و الدرهم بأزيد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا. و على الجملة فمورد الكلام ما إذا زاد المديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المدائنة فى مقابل الأجل بحيث تكون الزيادة فى مقابل الأجل الزائد، و قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمة ذلك من غير خلاف بينهم نصا و فتوى.

و قد استدل المصنف (ره) على حرمة ذلك بوجوه الأول، الخبر الذى رواه فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَاَ من أنه كان الرجل من أهل الجاهلية إذا حلَّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدى فى الأجل أزيدك فى المال حتى إذا قيل لهم ربا، فيتعجبون من ذلك و يقولون هما سواء بمعنى أنه كزيادة الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلك الزيادة فى مقابل الأجل بعد البيع فذمتهم الله و الحق بهم الوعيد و خطاهم فى ذلك بقوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا.

و فيه أن هذه الرواية و ان كانت دلالتها تامة و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقولة من طرقنا.

الثانى: أنه استدل على ذلك بروايات من طرقنا عن الأئمة عليهم السلام الله و هى على طائفتين.

الأولى: ما دل على جواز وضع البعض مع إعطاء البعض من الدين كصحيحة ابن ابي عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقدنى كذا و كذا واضع عنك بقيته أو انقدنى بعضه و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال عليه السلام: الله لا ارى به بأسا،

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٠

انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ، فإنه عليه السلام علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكره المصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، فيكون ذلك ربا كما يقتضيه ذيل الآية أعنى قوله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ، إلخ. فهذه الرواية تدل على عدم جواز الزيادة فى مقابل الأجل بعد الدين فتدل على حرمتها عند المدائنة أيضا إذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء.

و الطائفة الثانية الأخبار الواردة عن تعليم طريق الحيلة فى جواز تأخير الدين بزيادة باشرط التأخير فى ضمن معاملة أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزيادة ابتداء و بقاء لم يكن داعى إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامة فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الواردة فى ذلك و كيف فتدل هذه الرواية أيضا على حرمة الزيادة فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء.

و على الجملة أن ما استدل به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحة و تامة.

قوله: مسألة: إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل

إشارة

و يعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا.

أقول: الكلام فى بيع العين الشخصية بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه،

فالكلام يقع هنا في ثلاث مسائل:

إشارة

الاولى في أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذي اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذي اشتراه منه أو بغيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا، ففي هنا مسائل مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨١

الاولى: أنه يجوز بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلا و قد منع الشيخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن. و المسألة الثانية: ما نسب الى الشيخ أيضا في خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل، فإن كلام الشيخ و ان كان في بيع الطعام و لكن علله على نحو يفهم منه التعميم، فراجع المتن و لا يجوز أخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه المسألة الثالثة أن يبيع الشيء بشرط أن يبيعه منه بالمال كما نسب الى المشهور.

أما المسألة الأولى [في أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذي اشتراه منه مؤجلا]

فالظاهر أنه لا خلاف في جواز ذلك بين الأصحاب إلا عن النهاية للشيخ، فإنه حكم بعدم جواز أن يأخذ البائع من المشتري ما كان باعه إياه أن يأخذ منه بثمن ناقص فما باع منه و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به كما هو ظاهر عموم كلامه في بيع الطعام و عن الشهيد أنه تبع الشيخ في ذلك جماعة. و لكن الظاهر ما هو المشهور و يدل عليه مضافا على العمومات الدالة على صحة المعاملات و لزومها صحيحة «١» بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرابحة فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، فقال: نعم لا بأس به، إلخ. فهذه الرواية و ان كانت خاصة من حيث اختصاصها بشراء البائع المتاع الذي باعه من المشتري مؤجلا و لكنها مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا بأقل من الثمن الذي باعه أو أزيد أو مساوي، و كذلك مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا بعين الثمن الذي باع به أولا أو بغيره قبل حلول الأجل أو بعده، فهذه الرواية بإطلاقها من حيث ترك الاستفصال بين الحلول و عدمه تدل على المقصود.

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٣٧٠.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٢

و تدل على المقصود أيضا صحيحة «١» ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم أشتريها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي فرض قال لا بأس بذلك فهذه الرواية ليست مطلقة من حيث كون البيع الثاني قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبة انما كانت بعد حلول الأجل و لذا قال السائل انه اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فإنه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبة و لكن الظاهر من الرواية أن للبائع حق المطالبة (الآ أن يكون البيع حالا فتكون الرواية على ذلك أجنبي عن المقام) و لكن الرواية ليست فيها صراحة بالنسبة كون البيع الثاني واقعا على المبيع الأول، بل هي مطلقة من هذه الجهة فلا دلالة لها على ذلك الآ من حيث الإطلاق.

و يؤيد ذلك ما من كتاب «٢» على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة بنقد فهذه الرواية على تقدير صحة سندها ظاهرة في المطلوب و لكن لا صراحة فيها أيضا في كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده و كيف كان

ففي هذه الروايات مع العمومات الواردة في صحة المعاملات غنى و كفاية.

و قد استدل الشيخ على مقصود بروايتين الأولى رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني، فقال: لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٣٧٠.

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٣٧١.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٣

و فيه أنه على تقدير صحة الرواية فلا- دلالة فيها على المقصود إذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولا، فإن المشتري قال ليس عندي طعام فاشتر مني طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذي وقع عليه البيع أولا، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكرة حيث انه طلب الثمن فأعطاه الطعام عنه، بل قيل أن تكرار النكرة بالنكرة يدل على التعدد كما في قوله تعالى إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إلخ. و أما إذا كان تكرار النكرة بالمعرفة فيدل التكرار على الاتحاد، نعم لا يبعد شمولها للمبيع الأول بالإطلاق و ثانيا لا دلالة فيها على الحرمة، بل الظاهر منها الكراهة و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام في المنع بقوله لا تشتري، بل عقبه بالتعليل بقوله فإنه لا خير فيه فان الظاهر من كلمة لا خير هو الكراهة فإنها مثل كلمة لا ينبغي و لا يصلح و نحو ذلك.

و على الجملة فظهور الرواية في المنع عن الاثراء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول، و من حيث الزيادة و النقيصة و المساواة، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الرواية على مسلكه.

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشر قال: سأله محمد بن قاسم الحنط، فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئني فقد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال أفهم أصلحك الله انه طعامي الذي اشتراه مني فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فهذه الرواية صريحة في كون المبيع ثانيا هو المبيع أولا فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهة و لكن لا دلالة فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذي اشتراه المشتري به من البائع كما لا دلالة على ذلك في الرواية الأولى أيضا على تقدير شمولها للمبيع الأول بإطلاقها و الوجه في ذلك أنه لا شبهة في أن هذه الرواية صريحة في كون البيع مؤجلا كما أنها صريحة في كون المبيع ثانيا عين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٤

المبيع أولا، و ان دلت هذه الرواية على الجهة الثالثة أيضا، و هي أن يكون الثمن في البيع الثاني أقل من الثمن في البيع الأول فتكون هذه الرواية أخص من العمومات الدالة على صحة هذا النحو من البيع و أيضا تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فبمقتضى الجمع العرفي كون هذه مخصصة لها إذ ليس في المقام ما يعارض هذه الرواية، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الرواية.

و لكن الظاهر أن رواية عبد الصمد مع الغرض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا- دلالة لها على المقصود فإنها إما مجملة، أو خارجة عن المقام جدا و الوجه في ذلك أن الراوي حيث سأل الإمام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذي باعه من شخص مؤجلا، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشتري ليس عندي دراهم خذ طعامك فقد تغير سعره فقال الامام عليه السلام: الله خذ طعامك بسعر يومه الذي تطلب منه الثمن ثم كرر السائل السؤال، فقال هو طعامي فأجاب الإمام عليه السلام أنه لا يجوز أن تشتري منه، بل لا بدّ و أن يبيع لشخصا آخر فيعطيك ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانيا حيث قال أرغم الله أنفي، إلخ. لا شبهة أن المبيع الثاني الذي سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الأول، بل اما زائد عنه أو ناقص و لذا قال الراوي فقد تغير سعره فان

كان المراد هو الناقص فدلّت الرواية على مقصود الشيخ فإنه تكون الرواية أخص من العمومات و الروايتين المتقدمتين فتكون هي مخصصة لهما، ولكن ليس في الرواية ظهور في ذلك، بل الظاهر منها أن السائل بعد ما سأل عن حكم البيع الثاني فجوزّه الامام عليه السلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائداً من ثمن بيع الأول فأراد الفرار عن ذلك فسأل ثانياً أنه طعامي فكيف أعطى الثمن أكثر مما أعطاه المشتري لي، بل لا بدّ و أن يعطيه المشتري لي بمثل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٥

الثمن الذي أعطيه إياه فأجاب الإمام عليه السلام بأنه لا تأخذ منه إلخ، فتخيل السائل من ذلك أنه لا يجوز البيع بأزيد من الثمن الذي في البيع الأول، فقال أرغم الله انفي رخص لي فررت عليه و شدد عليّ فان الظاهر من هذه (و لكن الظاهر من ذيل الرواية أنه كان الثمن في البيع الثاني فمنع، الامام عليه السلام منه فتكلم هو بهذه الجملة فإنها أمس بصورة القلة و الندامة بها اخرى و أما في الزائد فلا من المقرر) الجملة أنه فهم عدم الجواز من الشراء بالزائد فنندم لأنه كان حاضراً بالشراء الزائد، و لكن لا دلالة في قول عليه السلام لا تأخذ منه، إلخ. على عدم جواز الشراء ثانياً بالأكثر كما تخيله الراوي بل الامام عليه السلام أرشده إلى أنه إذا ثقل عليه أن تشتري متاعك بالثمن الزائد من الذي بايعته فلا تأخذ منه ذلك فخلى أن يبيعه من غيرك فيعطيك دراهمك و عليه فلا دلالة في الرواية على المنع عن البيع بأزيد من الثمن الذي كان في البيع الأول و على هذا فالرواية بالكلية أجنبية عن رأى الشيخ الطوسي فإن الرواية لا تمنع عن البيع الثاني لا بالثمن الناقص من البيع الأول كما صرح به الشيخ الطوسي و قال انه لا يجوز بالناقص، و لا بالثمن الزائد كما هو ظاهر كلامه في مورد بيع الطعام، و ان أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في المنع عن البيع بالثمن الناقص من الثمن الأول فلا أقل من الإجماع كما هو واضح.

ثم انه ربما يستدل على مذهب الشيخ بما نسب إليه في السلم من أنه لو باع أحد طعاماً من غيره سلماً فحل الأجل و لم تمكن البائع من تحويل الطعام، فإنه لا يجوز له أن يعطى درهماً بدل الطعام إلا بنحو التساوي فإنه يرجع إلى بيع الدرهم بدرهم فهو لا يجوز في غير صورة التساوي و عكس ذلك في البيع المؤجل فإنه إذا باع طعاماً بدرهم مؤجلاً فحل الأجل و لم يتمكن المشتري من إعطاء الدرهم فإنه لا يجوز له أن يعطى الطعام بدل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٦

الدرهم لرجوعه إلى بيع الطعام بالطعام، فهو لا يجوز إلا بنحو التساوي و إلا يلزم منه الربا و الأصل في ذلك ما ورد في السلم من خبر على بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم قال عليه السلام: إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذي يشتري به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم.

و فيه أولاً أن الرواية ضعيفة السند.

و ثانياً: أنها معارض في موردها برواية أخرى، و ثالثاً: أن مورد هذه الرواية هو البيعي الكلي، فإنه قال عليه السلام سألت عن رجل له على تمر و لا أقل من إطلاقه بالنسبة إلى الكلي و الشخصي و لا شبهة أن كلام الشيخ في البيع الشخصي دون الكلي بدهاءة جواز ذلك في الكلي و اذن فلا مانع من هذه الناحية أيضاً لأن البيع الثاني بأقل من الثمن الأول لا بأس به. فتحصل ان مذهب الشيخ (ره) مبني على وجوه ثلاثة كلها لا يرجع إلى محصل كما هو واضح.

و أما المسألة الثالثة فهي أن يبيع شيئاً و يشترط في ضمنه أن يبيعه ثانياً،

فقد نسب إلى المشهور بطلان ذلك و علله العلامة بأنه مستلزم للدور و هو محال، و ما يلزم منه المحال فهو محال، و لكنه لا يناسب مقام العلامة، بل مقام من هو دونه و ذلك لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير

هذا الشرط و إلا فلا بيع، فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الأول متوقف على البيع الثاني فالبيع الثاني متوقف على الملكية الحاصلة من البيع الأول فيتوقف البيع الثاني على البيع الأول فهو دور و لكن الأمر ليس ككك، فإنك قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق الذى قام الإجماع على بطلانه، بل الالتزام معلق على الشرط و العقد معلق

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٧

على الالتزام بالشرط و لا يضّر مثل هذا التعليق لأنه إنما تعليق بأمر حاصل لتحقيق الالتزام حال العقد و التعليق بأمر حاصل لا تضّر كما هو واضح، و إنما الذى هو غير حاصلة هو الملتزم به دون نفي الالتزام كما هو ككك فى جميع الشروط غير شرط النتيجة كشرط الخياطة و البناية و نحوهما و أما على ما هو المعروف من معنى الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف على الشرط و الارتباط إنما هو بينهما فالملكية حاصلة بالبيع سواء حصل الشرط أعنى الملتزم به أم لم يحصل غاية الأمر أنه يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط، و أما توقف الملكية على الشرط المتوقف حصوله على البيع الثاني، فلا، كما هو واضح. و حيث ان هذا المعنى من الشرط واضح فلا- وجه للزوم الدور بوجه على أنه منقوض بالإجارة أيضا فإنه لو باع عينا من شخص و اشترط استجارها للبائع لزم الدور المذكور و كذلك ينتقض باشتراط بيعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه فى جميع ذلك فلا وجه له للفرق بينهما.

ثم انه حيث ان الدور بظاهره الذى عرفت بشيخ و القول بلزومه فى صورة اشتراط البيع للبائع منقوض بالأمر المذكورة فقد وجهه المصنف بوجه آخر، و حاصله أن الشرط لا بدّ و أن يكون محرز الصحة قبل البيع و لا يكون ممتعا قبله، فلو كانت صحة الشرط ناشئة من ناحية الاشتراط فى البيع بحيث يكون البيع موجبا لمعقوليته لزم الدور ففى المقام لا شبهة أن بيع مال الشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك فى ضمن البيع لكان صحة هذا الشرط متوقفة على البيع و المفروض أن صحة البيع أيضا متوقفة على هذا الشرط فيلزم الدور و لكن يرد عليه نقضا و حلا- أما النقض فلأن النقوض المذكورة و ان لم تكن واردة فإن بيع المالك ماله من شخص آخر و كك إيجار له صحيح فى نفسه فيمكن أن يكون ذلك شرطا فى البيع أيضا و لكن ينقض ذلك بما إذا اشترط الإيجار لنفسه فان الظاهر أن العلامة لم يمنع فى ذلك كما هو المتعارف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٨

كثيرا، أو يشترط كون السكنى له إلى سنة و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقض بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها، إذ الإشكال ليس من ناحية جعل مال الغير وثيقة فإنه كثير، فإنه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقة عند شخص و يأخذ منه الدراهم، بل الاشكال من ناحية أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه إذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده، فحيث كان هذا غير معقول، فلا بدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا فى البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامة و أوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الإنسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامة لم يلتزم بعدم الجواز فى شىء مما ذكر، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحة الشرط فى الموارد المذكورة أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحة فى اشتراط أن يبيع المشتري المبيع من البائع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلا بدّ من عدم الالتزام بذلك فى الثاني أيضا.

و أما أن الشرط غير مقدور قبل البيع فكيف يمكن اشتراطه فيه، فواضح الاندفاع لأنه لا يعتبر فى الشروط أن يكون مقدورا قبل العقد، بل يكفى فى مقدوريته كونه مقدورا بالعقد أيضا كما فى المقام، و تقدم نظيره سابقا فى حصول جواز التصرف بنفس البيع كما هو واضح.

و أعجب من كلام العلامة ما استدلل به الشهيد على بطلان البيع الأول أن البائع لا قصد له على البيع، و إلا لم يشترط بيعه من البائع ثانيا، و وجه العجب أن البائع قد قصد النقل إلى المشتري و دعوى أنه لم يقصد مكابرة و أن أبيت عن ذلك فنفرض الكلام فيما إذا صرح البائع بذلك القصد غاية الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترط بيعه ثانيا من البائع الأول و تعلق القصد به

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٨٩

أيضا على أنه لو كان اشتراط البيع من البائع الأول ثانيا مضرا لكان قصد المتبايعين النقل إلى البائع الأول، من دون اشتراطها إياه لفظا أيضا، مضرا و موجبا لعدم القصد إلى البائع الأول، بل قد يقصد رجوع المبيع إلى البائع كما في البيع بشرط ردّ الثمن، فان غرض البائع تسهيل أمره مع حفظ متاعه بذلك البيع فيبيعه كذلك و يجعل لنفسه الخيار إلى مدة بحيث إذا أتاه الثمن أخذ المتاع. و على الجملة فلا نرى بأسا بما إذا باع أحد ماله و اشترط في ضمن البيع أن يبيعه المشتري منه ثانيا لا من حيث الالتزام ليكون تعليقا و لا من حيث الملتزم به، بان يوجب الدور، بل قد يشترط رجوع البائع إلى المبيع إذا أتى بالثمن فضلا عن البيع له ثانيا كما عرفت. و الحاصل أن الكلام في صحة البيع و اشتراط أن يبيع المشتري المبيع ثانيا من البائع، و قد تقدم أن المانع ذلك هو الدور الذي ذكره العلامة و قد عرفت جوابه و أنه ليس هنا دور، بل المقام كبقية اشتراط من غير فرق بينها فإذا لزم الدور من الاشتراط فيلزم في جميعها و إلا فلا فحيث لم نر محذورا في بقية الشروط من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم به لكونه أمرا مقدورا و كانت مقدورته بنفس العقد فلا محذور في صحة ذلك البيع الذي وقع فيه هذا الشرط، بل قد عرفت أن البيع المشروط برّد الثمن من البديهيات صحته مع أن اشكال الدور لو تم لجرى فيه أيضا بتوهم أن البيع متوقف على صحة الشرط و صحة الشرط متوقف على صحة البيع و كيف كان فاصل صحة البيع الأول غير متوقفة على شيء، بل هو يفيد الملكية سواء عمال المشروط عليه بالشرط أم لا غاية الأمر أنه مع التخلف و عدم العمل بالشرط تثبت الخيار للمشروط له و هذا جار في جميع الشروط كما هو واضح.

و أما ما ذكره الشهيد (ره) من أنه لا قصد للبائع إلى البيع مع هذا

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٠

الشرط فقد عرفت جوابه و أنه قصد النقل بهذا البيع و اشتراط هذا الشرط لا ينافيه أي لا ينافي قصده هذا كما هو واضح. ثم انه قد استدل صاحب الحقائق و بعض آخر على فساد البيع الذي وقع فيه هذا الشرط برواية الحسين بن المنذر الدالة على فساد البيع بهذا الشرط و برواية علي بن جعفر المروية في قرب الاسناد، و لكن الظاهر من الرواية كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثاني و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه، و حكمهم بأنه لا يجوز البيع في مكانه، بل بعد أشهر فإن هذا في البيع الثاني دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثاني ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشتري بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع و من البديهي أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروايتين أجنبيتان عن مورد المسألة و تدلان على بطلان البيع الثاني.

و لكن الذي يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند أما الأولى فلحسين ابن المنذر و أما الثاني فلعبد الله ابن الحسن فلا تصلحان للمانعة عن صحة البيع الثاني أيضا، و عليه فمقتضى القاعدة المتصيدة من العمومات الدالة على صحة المعاملات هو صحة البيع الثاني أيضا كما هو واضح.

القول في القبض

إشارة

قوله: و هو لغة الأخذ مطلقا، إلخ.

أقول:

اختلفت الأقوال في معنى القبض

على ما ذكره المصنف في المتن ولكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا- لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عبارة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩١

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول إليه أمر المالك و هذا المعنى هو الذى يحكم به العرف و يوافق اللغة العربية، بل كل لغة و ليس له حقيقة شرعية أو متشرعية حتى تكون متبعة و على هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فإنه فى مثل الدار عبارة عن التخليه بين المالك و بينها فان استعلاء المالك يحصل بذلك و فى مثل الجواهر هو القبض بالكف و فى مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفى واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فى مصاديقه و أفراده كما هو واضح.

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخليه بالإقباض مسامحة و لا- يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فى تسليم الثمن أو المثمن الى كل من المتبايعين بالإقباض و يقال: انه يجب الإقباض و لكن هذا تعبير مسامحى و المراد هو إقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فى تحقق القبض هنا من ناحية الاستناد إلى رواية عقبه الدالة على تحققه بمطلق التخليه بقرينه الإخراج من البيت أو النبوى كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فى تحقق الفعل من المشتري لا يرتبط بحقيقته القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا.

و كذلك وقع الكلام فى أن إقباض الغاصب مال المغصوب بأى شىء يحصل بمعنى أنه بما ذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقته القبض و ماهيته فان القباض كل شىء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوى على اليد ما أخذت حتى تؤدى نعم إذا كان المراد من الأداء، الأداء الخارجى فيعتبر فراغ من ذمه الغاصب الأداء لا مجرد التخليه بين المال و صاحبه و لكن فى المنقولات لا فى غيرها و أيضا وقع الكلام فى أنه إذا باع أحد ما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٢

اشتراه من المكيل و الموزون هل يكفى الوزن أو الكيل الأول فى البيع الثانى أم لا، بل لا بدّ من الوزن و الكيل ثانيا مع كون الكلام فى أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا إقباض أم لا، و هذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقة القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث فى شرائط البيع و أنه يكفى الوزن فى البيع الأول عن الوزن فى البيع الثانى أولا و أما أنه إذا أوجنا الوزن فى الثانى فهل أنه قبض أو يحتاج الى قبض آخر فسيأتى الكلام فيه و على الجملة فشىء من الأحكام المزبورة لا يرتبط بالقبض كما هو واضح.

قوله: القول فى وجوب القبض.

[مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]

أقول: لا شبهة فى وجوب الإقباض لكل من المتبايعين فإنه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبائع و يكون المثمن مالا للمشتري فيحرم إمساكه لكل منهما لأنه تصرف فى مال الغير و إمساكه إياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام فى أنه يجب ذلك على الإطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا؟

كما ذهب إليه الأردبيلي أو يجب على البائع فقط دون المشتري كما ذهب اليه بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف، و أما ما ذهب إليه الأردبيلي ففيه ما ذكره المصنف من أن تسليم كل من البائع و المشتري العوض للآخر مشروط بتسليم الآخر العوض إياه بحسب بناء العقلاء و إذا امتنع أحدهما من التسليم فلآخر أيضا أن يمتنع من ذلك و عليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الإطلاق كما هو واضح.

و أما توهم أنه واجب على البائع مطلقاً دون المشتري فإنه يجب عليه التسليم مشروطاً بدعوى أن الأصل في البيع هو المعوض و الثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوض سواء سلم المشتري العوض أم لا، و لكنه واضح البطلان فإن كون الثمن عوضاً في مقام الإنشاء لا يقتض عدم وجوب التسليم مطلقاً مثل المثلث، بل بعد تمامية البيع يصير كل منهما مالا للآخر فإذا أوجب مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٣

على البائع التسليم بأى كيفية وجب على المشتري التسليم على هذا النحو أيضاً و حيث قلنا انه واجب على كل منهما مشروطاً بحسب بناء العقلاء فيكون هذا التوهم فاسداً من أصله.

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحاكم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو غير الحاكم من باب النهي عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهي عنه و لكنه واضح الدفع بداهة أنه بعد ما كان وجوب التسليم وجوباً مشروطاً فلا يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكراً حتى يجب ذلك من باب النهي عن المنكر، نعم إذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم و لكن امتنع الآخر عنه فلا بأس لكلام المصنف هنا من إجبار الممتنع من باب النهي عن المنكر.

ثم انه إذا كان كل منهما حاضراً للتسليم و وافقاً لتسليم الآخر و لكن لا يبادره إلا أن يبادر الآخر بالتسليم لغرض في ذلك فهل تجرى الوجوه المتقدمة هنا أيضاً أم لا؟ الظاهر أن هذه مسألة أخرى غير المسألة المتقدمة و الظاهر أن ما ذكره الأردبيلي متين هنا بداهة أنه لم يثبت بناء من العقلاء في المعاملات على وجوب التسليم فوراً لعدم تعلق الغرض بالعقلاء بذلك حتى يجيء ذلك تحت الشرط الضمني، بل بناؤهم إنما يثبت على اشتراط أصل تسليم كل من العوض و المعوض لتسليم الآخر و عليه فيكون المبادرة لكل منهما واجبة كما هو واضح، و دعوى أن المبادرة واجبة على البائع لقبح أن يطلب تبادر من المشتري بتسلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد، بل الوجوب من كلا الطرفين.

ثم انه إذا كان البيع من ناحية مؤجلاً أما الثمن كما في بيع النسيئة أو المثلث كما في بيع السلم و لم يسلم البائع الى أن حل الأجل فهل يجب على المشتري التسليم بعد حلول الأجل أم لا؟ و هل يجب على البائع ذلك أم لا؟ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٤

أما المشتري فقد ظهر حكمه من المسألة السابقة حيث ان الشرط الضمني بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطاً و قد أخرج المشتري مقداراً من الزمان عن تحت هذا الاشتراط بالتصريح أى يشرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقي تحت الشرط الضمني و أما البائع فقد يقال انه يجب عليه التسليم سواء سلم المشتري أم امتنع عن ذلك فإنه أى غير مؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمني و ان لم يسلم الآخر من ناحية مؤجل و لكنه أيضاً واضح الدفع فإنه إنما التزم بالتأجيل برهه من الزمان لا مطلقاً فإذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشتري و حال كلاهما ما ذكرناه في المسألة السابقة من كون تسليم كل منهما مشروطاً بتسليم الآخر، كما لا يخفى، فافهم. فتحصل أن الإقباض انما يجب لكل من البائع و المشتري على تقدير تسليم الآخر و إلا فلا، حتى في البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح.

ثم انه لو قبض المشتري الثمن بدون اذن من البائع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصية فهل يحسب هذا قبضاً أم لا، فنقول: تارة تكون المعاملة مما يتوقف الملكية فيها على القبض كما في بيع الصرف و السلم، و أخرى لا يتوقف على ذلك، و لكن كان البقاء المبيع للبائع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهة أن ما أخذه المشتري هو مال الغير فلا يحصل الملكية بقبضه بل لا بد له أن يردّه الى صاحبه، فان المفروض أن المعاملة ليست بوحدتها سبباً وحيداً لحصول الملكية و انما هي مع إقباض البائع دخيل في ذلك فإذا انتفى الإقباض انتفى الملكية إلا أن يرضى البائع ببقائه عند المشتري فهو و ان لم يكن عن قبض حدوثاً و لكنه يكون قبضاً بقاءً. و على الجملة فمع عدم رضا البائع بما أخذه المشتري و قبضه لا بد له أن يردّه إلى البائع كما هو واضح.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٥

و أما إذا لم تتوقف الملكية على القبض، بل كان للبائع حق الإبقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهة في جواز التصرف في المبيع للمشتري لأنه لم يتصرف إلا في ماله غاية الأمر أن القبض لم يكن عن حق. و توهم أن التصرف في متعلق حق الغير كالتصرف في ماله فلا يجوز و هو توهم باطل، فإنه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمتصرف فلا معنى لحرمة التصرف فيه، نعم لا يترتب على المبيع الأحكام المترتبة على القبض كبيع من شخص آخر، فإنه قبل قبض المبيع عن البائع اما حرام، أو مكروه فلا يرتفع ذلك إلا بالقبض من البائع كما هو واضح. ثم انه إذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للممتنع أن يتصرف فيه أو لا- يجوز، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غاية الأمر إذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمني فإذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشتري.

قوله: مسألة: يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً.

أقول: هذه المسألة غير المسألة السابقة أعني وجوب تسلم العوض على كل من البائع و المشتري، نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمني بحسب بناء العقلاء فإنه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغاً بمعنى أنه يجب على البائع مثلاً- أن يسلم العوض للمشتري مفرغاً عن ماله و غير مشغول به، و ليس هذا عين المسألة السابقة، فإنه يمكن انفكاك إحداها عن الآخر إذ يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغولاً بمال المسلم كما إذا باع زيد داراً و سلمها إلى المشتري و لكن كانت مشغولة بمال البائع بحيث لا يمكن إفراغه عادة إلى شهر أو شهرين مثلاً، أي لا يمكن إفراغها في مدة يتسامح فيها عرفاً كيوم أو نصف يوم، بل لا بدّ و أن تبقى مشغولة في مدة معتد بها كشهر أو شهرين و ح مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٦

يثبت للمشتري خيار الفسخ كما يثبت ذلك مع عدم أصل التسليم على ما تقدم.

ثم انه ذكر المصنف أنه إذا لم يفرغ البائع المبيع إلى مدة يتضرر فيها المشتري ثبت له خيار الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بدهائه أن الخيار لم يثبت بدليل نفى الضرر حتى يكون مقيداً بعدم الضرر، بل انما هو من جهة التخلف بالشرط الضمني و عليه فيثبت له الخيار بمجرد طول المدة و ان لم يتضرر المشتري، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما إذا كان في مسافة فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظاً للمبيع و هذا واضح لا شبهة فيه و يجب على البائع ح أن يعطى الأجرة في المدة التي اشغلها على تقدير عدم فسخ المشتري و عدم رضاه بالبقاء مجاناً كما هو واضح، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون عدم الإفراغ عن قصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار في الثاني دون الأول لا وجه له فان التصرف في مال الغير لا يجوز على كل تقدير و معه يكون ضامناً له سواء فوت عينه أو منفعته كما هو واضح، ففي المقام حيث فوت منفعة مال الغير فيكون عليه ضمانها.

ثم ان هذه الفروع في فرض جهل المشتري بالواقع و الّا فمع علمه يكون المبيع مشغولاً و مع ذلك أقدم على الشراء مع علمه بأنه لا يحصل الفراغ الى شهر لا يكون له الخيار الّا مع تسامح البائع بأزيد من ذلك، و قد يقال انه إذا كان المشتري غافلاً عن كون المبيع مشغولاً و أقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولاً فإنه لا يكون له الأجرة في ذلك لأنه مثل أن تكون العين مستأجرة فكما ليس للمشتري مطالبة الأجرة على ذلك في مدة الإجارة و كذلك ليس له الأجرة مع انكشاف كون المبيع مشغولاً بمال البائع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحية تخلف الشرط و لكنه واضح الفساد بدهائه أن مقتضى كون العين و جميع منافعها مملوكة للمشتري بالبيع، فلا بد للبائع أن يخرج من عدة ماله مع إتلاف شيء منها، و لو كان هي المنفعة و لا يقاس ذلك بكون العين مستأجرة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٧

فإن المنفعة لم تكن داخلة في ملك المشتري حتى يكون ضمان تفويتها على البائع، بل كانت حين البيع مملوكة لشخص آخر و هذا

بخلاف المقام، فإن المنفعة هنا كأصل العين صارت مملوكة للمشتري بواسطة البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى. وعلى الجملة فإذا كانت العين مشغولة بمال البائع مثلا مدة معتددة بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشتري خيار تخلف الشرط وعلى تقدير عدم الفسخ يستحق الأجره في مدة عدم الفراغ كما هو واضح.

ثم انه لو اشترى أحد أرضا و علم كونها مشغولة بالزرع والأشجار فلا شيء على البائع كما في الفرع الأول. وان لم يعلم بذلك فهل يكون المشتري مخيرا بين قلعها وإبقائها، أو يتخير البائع في ذلك، وقد يقال ان قلع الأشجار أو الزرع ضرر على البائع فيكون مرفوعا بدليل نفي الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع والإبقاء و لكن يرد عليه أن دليل نفي الضرر لا يشمل المقام فإنه معارض بكون البقاء ضررا على المشتري فلا يشمل دليل نفي الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه في مقام الامتنان. ودعوى أن ضرر المشتري متدارك بالخيار دون البائع دعوى فاسدة، لأننا ذكرنا مرارا أن دليل نفي الضرر انما يرفع الضرر الحكم الضرري الذي يتوجه الضرر منه الى الشخص ولا نظر فيه الى كون الضرر متداركا بحكم آخر و الأ فيمكن أن يتدارك ضرر البائع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفي الضرر بوجوب إعطاء ضرر البائع من بيت المال.

وعلى الجملة أن حديث نفي الضرر وارد في مورد نفي الضرر الناشئ من قبل الحكم الشرعي من غير ملاحظة أنه يتدارك بشيء آخر أم لا؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشيء أصلا فالاختيار في القلع والإبقاء للمشتري لأنه مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٨

مسلط على ماله، فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته السائغة بأى نحو من أنحاء المنع. ثم انه لو رضى المشتري ببقاء الزرع والأشجار فى الأرض فهل يستحق الأجره بذلك أم لا؟ الظاهر هو الاستحقاق لأنه مالك لمنفعة الأرض فتفويتها موجب للضمان و لا يصح قياس المقام ببيع الدار و انكشاف كونها مستأجرة فإن المنفعة هناك مملوكة لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت.

ثم انه إذا قلع البائع زرعه و أشجاءه فلا بد له أن يطم مواضعها و يصلح الأرض لأنه نشأ من قبله فلا بد له إصلاحه، و لكن هنا نزاع فى أن مثل هذه النواقص التى أوردتها شخص على مال غيره هل هى من قبيل القيميات أو المثليات و من هذا القبيل كسر زجاجة الغير و نحو ذلك، الظاهر أنه يختلف ذلك باختلاف الموارد فلا يبعد أن يكون الزجاجة من قبيل المثليات لأنه يمكن عرفا إعادة مثل الأول فلو كسر أحد زجاجة شباك أحد فعليه أن يعيد مثله، و فى مثل تخريب القبة و نحوها يحكم بوجود القيمة ظاهرا، فان الظاهر أنها من القيميات لأنه لا يمكن عادة إعادة مثل القبة الأولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد و العتافه و جودة المواد و الأساس، و ردايتها و غير ذلك من الجهات الموجبة للاختلاف كما هو واضح فافهم.

قوله: لو امتنع البائع من التسلم.

أقول: يقع الكلام هنا فى مقامين: الأول أن يكون امتناع البائع من التسليم لحق و هذا على نحوين: - الأول: أن يكون البحث فى ذلك من حيث استحقاق المشتري الأجره و الثانى من حيث الآثار الوضعية. أما الأول: فقد يقال بأن المشتري يستحق الأجره للمبيع لأن البائع إنما فوّت عليه منافع العين و هى مملوكة للمشتري فيكون ضامنا لها فلا بد و

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٩

أن يعطى الأجره له و لكنه واضح البطالان بدهاه أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجره أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيلة لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح.

و أما الآثار الوضعية فهو أن نفقة المبيع هل هى على البائع فى ضمن الحفظ أو على المشتري فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام

كنفقة الزوجة على الزوج فكما أن امتناع الزوجة عن الزوج لا تكون موجبة لسقوط نفقة و هكذا في المقام ثم احتمال العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقة على المالك هنا بملاك المالكية فإن نفقة المال على مالكه و في الزوجية بملاك الزوجية و لم يرد للأول تخصيص إلا إذا كان الأخذ غاصبا و في الثاني قد خرج عنه النفقة حال النشوز فإنه ليست نفقة الزوجة على الزوج ح و لكن في غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح.

و أما المقام الثاني و هو أن يكون عدم التسليم لحق فلا شبهة هنا في ثبوت الأجرة على البائع في زمان عدم التسليم كأن باع دارا من زيد و سلم زيد الثمن و البائع لم يسلم المبيع، فإنه يثبت له الأجرة في هذا الزمان على البائع.

و أما الحكم الوضعي فأیضا لا شبهة في ترتيبه عليه ككون النفقة على البائع فإن الغاصب ملزم بحفظ مال المالك و رده اليه فكل ما يصرف في طريق الحفظ فيكون عليه، و قد ذكر ذلك في صحيحة أبي ولاد المتقدمة في باب الضمان بالمثل أو القيمة و هو موافق للقواعد أيضا، لأنك عرفت أن حفظ مال المغصوب على الغاصب ما دام تحت يده بمقتضى دليل اليد و ما ذكره المصنف في المتين من أن مقتضى القاعدة ان نفقته على المشتري اما زائدا أصلا أو سقطت عنه كلمة ليست أي ان مقتضى القاعدة أن نفقته ليست على المشتري و إلا فنفي المصنف، قد ذكر ذلك في باب الضمان بالمثل و حكم هناك بأن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٠

النفقة على الغاصب و ليست للمقام خصوصية تقتضى كون النفقة على المشتري كما هو واضح، هذا كله في فرض أن لا يكون البائع شاغلا للمبيع و إلا فثبوت الأجرة عليه بلا شك و ريب كما هو واضح.

[الكلام في أحكام القبض]

قوله: مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض.

أقول: ذكر الفقهاء أن من أحكام القبض اللاحق عليه أن يكون الضمان مع التلف على البائع بل لا خلاف في ذلك بينهم و الكلام في مدرك ذلك، و قد استدل عليه بالنبوي المشهور التلف قبل القبض من البائع و فيه أن هذه الرواية نبوية غير منقولة من طرفنا فلا تكون حجة و على تقدير استناد المشهور بها قلنا ان الشهرة لا توجب انجبار ضعف الرواية. و قد استدل أيضا برواية عقبه بن خالد الدالة على كون الضمان على البائع حتى يخرج المال من بيته، و يقبضه من المشتري، و لكن هذه الرواية أيضا ضعيفة السند و غير منجبرة بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالإجماع و لكنه أيضا ليس بحجة لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعدة اللطف و هي غير تامة أو الحدث القطعي و هو أيضا غير معلوم إذ لا نعلم ان الحكم الذي وصل إلينا يدا بيد أنه يامضاء الإمام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوي كما في كتب الاستدلالية و بعضهم برواية عقبه بن خالد و بعضهم بالشهرة و بمجرد أنه رأى المسألة مشهورة بين الأصحاب ذهب اليه تبعاً لهم فيكون الإجماع أيضا ساقطا في المقام و العمدة هو التمسك بالسيرة التي نسميها بالدليل الرابع نوعا لا من جهة كونها في المقام دليلا

رابعا، بل من جهة الاصطلاح كالدليل الانسدادي المسمى بالدليل الرابع.

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجري عليه بنائهم أن التسليم

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠١

و التسالم في المعاملات من مكملات الملكية بحيث أن العرف يرى إجمالا عدم حصول الملكية قبل التسليم و التسالم و لذا يعبر عن ذلك في الفارسية بلفظ «داد و ستد» و نعم التعبير هو و على هذا فإذا تلف المبيع قبل التسليم و التسلم يكون التلف من البائع فإن ملكية المشتري لم تتم بعد على العين و ان كان مملوكا له في الجملة.

و بعبارة أخرى ان البيع يفيد الملكية و التسلم ليس شرطاً فيه و لكن السيرة قائمة على كون التسليم من مكملات البيع بمعنى أنه ينحل بدون التسليم فيكون شأن السيرة شأن النبوى الدال على أن التلف قبل القبض من مال بايعه لا أن الملكية ناقصة بدون التسليم.

و بعبارة ثالثة أن الملكية مقيدة بالانفساخ الحاصل بالتلف فيكون كتفيد الملكية بالفسخ في مورد الخيار و لا نقول أن التسليم و التسلم من شرائط حصول الملكية، بل نقول أن السيرة قائمة على أن المشتري لا يلزم بدفع الثمن قبل دفع البائع المثلث اليه، بل يقول ما أعطيت لى شيئاً حتى أعطيك الثمن و الّا فالملكية حاصلة حتى لو لم تكن هذه السيرة لكان التلف من المشتري لأنه ماله و هذا ثمرة واضحة فإنه بناء على كون المدرك هو السيرة فلا يفرق في كون التلف قبل القبض على المالك الأول بين أن يكون التالف هو الثمن أو المثلث فإن السيرة موجودة فيهما و أما بناء على كون المدرك هو الرواية أو الإجماع فينحصر الحكم بالمبيع أما الرواية فلان المذكور فيها هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن، بل يقتصر فيما خالف الأصل على موضع النص و أما الإجماع فلان المتيقن منه هو ذلك و أيضاً تظهر الثمرة فيما إذا خلى البائع بين المشتري و المبيع و لم يأخذ المشتري حتى تلف فإنه بناء على كون المدرك هو السيرة يكون الضمان على المشتري لأن المتيقن منها هو صورة كون المال تحت يد البائع و قد رفع اليد عنه و ان لم يحصل القبض لما ذكرنا سابقاً

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٢

أن القبض عبارة عن الاستعلاء الذي يحصل به الغصب و لا شبهة أن مجرد التخليه لا يحقق القبض كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا كان المدرك هو الرواية فإن المذكور فيها هو القبض و هو لا يتحقق بالتخليه كما عرفت.

و أيضاً تظهر الثمرة فيما إذا قبض المشتري قهراً على البائع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلف ح أيضاً على المشتري بناء على كون المدرك هو السيرة لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البائع و لم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما إذا كان الدليل هو الرواية فإن الظاهر منها أن يكون التلف على البائع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى، فافهم.

و هذا كله إذا كان التلف سماوياً و أما إذا كان ذلك بفعل متلف فهل يكون ذلك أيضاً من البائع و يحسب عليه أو من المشتري أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشتري نفسه و قد يكون هو البائع و قد يكون هو الأجنبي أما إذا كان المتلف هو المشتري نفسه فالظاهر أنه لا- خلاف في ثبوت الضمان على المشتري فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البائع و ذلك من جهة أن المشتري قد ألتف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعدة و النبوى و هكذا رواية عقبه منصرفات عن هذه الصورة قطعا و الإجماع دليل لثبوت لا يشمل المقام و السيرة قائمة على ضمان المشتري فضلا عن قيامها على ضمان البائع و لا يفرق في ذلك بين علم المشتري بكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم و الجهل في باب الضمانات غير مؤثر في الفرق.

نعم يفرق بين العلم و الجهل إذا كان المشتري مقدماً على الإتلاف بتغيير البائع بأن أقدم البائع الطعام المشتري على المشتري فأكله المشتري

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٣

فيكون المتلف هنا هو البائع بقاعدة الغرر فان المتلف هو الغار الذي هو البائع و المشتري لم يقدم على إتلاف ماله، بل أقدم على إتلاف مال البائع مجاناً هذا في غاية الوضوح مع علم البائع بالحال.

و أما مع جهله بالحال، فقد احتمل المصنف فيه وجهان و لكن الظاهر أن لا يفرق بين علم البائع بالحال و جهله بها فإنه على كل تقدير لم يقدم المشتري على إتلاف ماله، بل على إتلاف مال البائع مجاناً و أن السبب في ذلك هو تقديم البائع ذلك اليه و على هذا فيكون ذلك من صغريات إتلاف البائع و سيأتي حكمه إنشاء الله تعالى.

و على الجملة فلا- وجه لضمان المشتري مع كون البائع غاراً له في الإتلاف كما هو كك، في غير المقام أيضاً كما إذا أودع أحد

ودعيه عند شخص فقدم الودعي الأمانة على المستودع فأتلفه المستودع فإنه و ان أتلف في الواقع مال نفسه، و لكن ذلك ياغراء الودعي فيكون الودعي ضامنا و هكذا و هكذا.

و أما لو كان المتلف هو البائع الذي من مصاديق إتلافه ما تقدم من كونه غارا للمشتري للإقدام بالإتلاف، فهل يكون يحكم بانفساخ العقد كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم ان التلف قبل القبض من مال البائع بذلك أو يحكم بضمان البائع للقيمة لخروج المورد عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن، أو تكون المشتري مخيرا بين مطالبة القيمة و مطالبة الثمن اما لتحقيق سبب الانفساخ و هو من جهة التلف قبل القبض المقتضى للانفساخ و سبب الضمان المقتضى للضمان فيتخير المشتري في اختيار أى منها أو يقال بالتخير بوجه آخر، بان يقال ان التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ فيكون ذلك داخلا تحت حكم تعذر تسليم المبيع فيكون المشتري مخيرا بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمة و بين أن يفسخ العقد و يرجع الى عين الثمن الذى أعطاه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٤

للبيع و هذا ملخص ما ذكره المصنف و كل ذلك محتمل ألما التخير على الوجه الأول بأن يكون المشتري مخيرا بين الانفساخ و الأخذ بقيمة المبيع، بل هو غير معقول بدهاه أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلا يكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين و معه فكيف يعقل كون المشتري مخيرا بين الانفساخ و أخذ قيمة المبيع.

و بعبارة أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشتري كما هو واضح، بل يتعين ذلك، نعم القول بتخير المشتري على النحو الثانى الذى ذكره المصنف ثانيا، و قواه متين فان المال التالف مال للمشتري فله أن يرجع الى البائع لكونه متلفا و من أتلف مال الغير فهو له ضامن و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو تحقق التسليم من البائع بتعذر فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم.

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشتري و اختياره أن يأخذ قيمة المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعدة الضمان بالإتلاف و عدم شمول قاعدة التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البائع فهل للبائع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن أو لا بد له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أفواهما العدم، و لكن الظاهر أنه لا- شبهة فى جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلك بدهاه أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداء و مع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمة و عليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم فى البدل بوجوب الدفع فورا، بل السيرة أيضا تقتضى ذلك الحكم فإنها قائمة على أنه ليس للمشتري قبل أن يعطى الثمن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٥

أن يطالب المثل من البائع، بل يضحك عليه لو فعل ذلك.

و أما لو كان المتلف هو الأجنبى فيكون المشتري مخيرا بين أن يرجع الى البائع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الأيدي فى الغصب، أما الى البائع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه أتلف ماله، و أما التخير بين الانفساخ و الرجوع الى القيمة فقد تقدم أنه غير معقول كما هو واضح.

و قد اتضح لك مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلك بين الثمن و المثل و لا- بين البيع و بقاء المعاملات المعاوضية و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرحا بذلك فإن السيرة جارية فى كلها فان الغرض من المعاوضة هو الأخذ و الإعطاء الذى يعبر عنه بالفارسية (به داد و ستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق أنك لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ شيئا آخر فى مقابله.

و على الجملة فالتلف قبل القبض فى جميع ذلك على حين تلف التالف عنده كما ذهب اليه المشهور، بل ذكروا الضمان فى صداق النكاح و عوض الخلع و لكن وقع الكلام فيها فى أن الضمان فى بقاء المعاملات المعاوضيه هو انفساخ العقد و من الواضح أن النكاح و الخلع غير قابلين للانفساخ و لكن ذكر الفقهاء الضمان فى ذلك و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بين الضمان فى التلف قبل القبض الذى هو كون التلف على المالك الأول و انفساخ العقد به أى بالتلف لأن معنى الضمان هو أن قيمه التالف أو مثله يثبت للمالك الأول و هذا بخلاف الضمان فى مثل الخلع و الصداق فان الضمان هنا ضمان يد أى كون التلف موجبا لثبوت الضمان على ذى اليد، اما من جهة قاعدة الضمان باليد أو بدليل آخر، و عين ذلك ذكروا فى المقبوض بالسوم، إذا تلف فى يد من يريد الشراء ففى أمثال ذلك لا يمكن الحكم بالضمان بالدليل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٦

الذى حكمنا بالضمان فى التلف قبل القبض فى المعاملات المعاوضيه لما عرفت، بل لا بدّ من طلب دليل آخر و حيث انه ليس هنا دليل غير قاعدة اليد و قاعدة الضمان بالإتلاف فيشكل الحكم بالضمان لأن قاعدة اليد لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن يكون هنا أخذ من الغير و اعتداء عليه و ليس هنا كذلك، بل مقتضى القاعدة هو أن يكون تلف مال كل شخص على مالكة، ففى المقام أيضا كذلك و أما يد ذى اليد ليست إلا يد أمانه و كذلك قاعدة الضمان بالإتلاف فإنها أيضا لا تشمل المقام لأن من بيده المال لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بأفّة سماويه.

قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

أقول: لا شبهة أن البيع منحل الى البيوع المتعددة حسب تعدد المبيع و ان كان كل بيع يحسب جزء من مجموع المبيع و لكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقة و حسابان المجموع مبيعا واحدا من جهة المسامحة كما هو واضح و عليه فما ذكرناه من قيام السيرة على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فإن العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه و هذا لا شبهة فيه.

نعم، يمكن المناقشة فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الإجماع أو الرواية أما الإجماع فإن تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسألة كان مشكلا فضلا فى المقام، و أما الرواية فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبائع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الأبعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعية بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال و أما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعية بمعنى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٧

أن الملحوظ فى المقام كون ذات الشئ مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء و ألا فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع و مع ذلك لا تقسط اليه الثمن و النكتة فى عدم التقسيط هذا كما لا يخفى و لا شبهة فى عدم الانحلال هنا و عليه فلا نحكم بالانفساخ فى صورة ورود العيب به قبل القبض و ملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحة للمبيع دون الأوصاف الكمالية و لكن هل يثبت الرد و الأرش للمشتري فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرش، أو العكس، أو لا يثبت شئ منها، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرش و الرد و ألا فلا بدّ من طلب دليل آخر عليهما و لكن حيث لا دليل على كونه مثله فلا بدّ من مطالبة دليل آخر.

فقول أما الأرش فهو على خلاف القاعدة فإن التعيب انما كان فى ملك نفسه فلا معنى لكون الغرامة على شخص آخر و الدليل الدال على ثبوته فى مورده لا- يدل على ثبوته فى المقام فإنه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البائع و من الواضح أن

المبيع ليس فيه عيب أو عوار، و إنما العيب في مملوك المشتري.

و أما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت في الكل فيكون ثابتا في فقدان الأوصاف الصحة أيضا، و لكن على نحو يناسب لها و فيه أنه قياس محض فلا- نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضى الانفساخ فلا يمكن الانفساخ في أوصاف الصحة المقرر) و قد استدل المصنف على ثبوت الرد بقاعدة نفى الضرر و لكنه فاسد فإنه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشتري فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البائع فقاعدة لا ضرر خارجة عن أمثال المقام و دعوى انجبار ضرر المشتري بالخيار دون البائع مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٨ دعوى فاسدة كما تقدم ذلك.

و قد استدل بعين هذا العلامة على ثبوت الأرش أيضا و قد ظهر جوابه على أن مقتضى التمسك بدليل نفى الضرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا، فلا معنى لاختصاص الأخذ من البائع فإنه لا فرق بينه و بين شخص آخر، إلا مجرد أن البائع باع هذا المبيع و إلا فهو بالفعل أجنبي عنه كبقية الأشخاص و أيضا مقتضى التمسك بدليل نفى الضرر في إثبات الأرش أو الرد هو ثبوت ذلك بعد القبض أيضا، فإن كون المبيع معيوبًا ضرر على المشتري و لو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد. نعم هنا دليل ثالث يمكن إثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش في مورده على خلاف القاعدة فيقتصر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم.

و توضيح ذلك الدليل الثالث الدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسليم كل من الثمن و المثل على نحو صحيح و غير معيوب و لا شبهة أن هذا معتبر في ضمن العقد بحسب بناء العقلاء فإذا تعيب ذلك و لو كان بعد البيع فلا يكون التسليم تسليمًا صحيحًا فيثبت للمشتري في المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح. ثم ان هذا كله فيما إذا تعيب المبيع قبل القبض بأفه سماوية أو ما هو بحكمها كافتراس الأسد ذلك و نحوه. و أما لو كان التعيب بواسطة إتلاف المتلف فان كان هو المشتري فلا يثبت له الأرش و لا الرد لأنه أورد العيب في ماله فلا يكون له شيء في ذلك و ان كان هو البائع أو شخص آخر، فذكر المصنف أنه يثبت للمشتري على البائع أرش الجناية دون الخيار، ثم احتمال ثبوت الخيار أيضا، أما ثبوت

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠٩

الأرش فلا شبهة في ذلك لأن الجاني ضامن لما أحدثه من العيب في مال الغير لبناء العقلاء على ذلك، و أما الخيار فهو من جهة أن بناء العقلاء في المعاملات على التسليم الصحيح و المفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم. و على الجملة الظاهر أنه لا- شبهة في ثبوت الأرش و الخيار على نحو التخيير في هذه الصورة ثم مع كون المتلف هو غير البائع فللمشتري أن يرجع في أرش الجناية إلى البائع أو الى شخص الجاني و إذا رجع الى البائع فهو يرجع الى الجاني، أما رجوعه أى المشتري الى البائع من جهة أنه الموظف بالتسليم و أما الى الجاني لأنه أورد النقص في ماله. و الحمد لله رب العالمين، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحة يوم الاثنين ٦-٤-١ سنة ١٣٧٧ هـ.

خوي، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفُسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم 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 لِاتَّبِعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فِي تَلْخِصِ بَحَارِ الْأَنْوَارِ، لِلْعَلَامَةِ فَيْضِ الْإِسْلَامِ، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرِّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الْبَابُ ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رَحِمَهُ اللهُ" - كان أحدًا من جهايزة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلواتُ الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و 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 ثقافته 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 البلايتي المبتدله أو الرديئه - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامعته ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت عليهم السلام - يباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و...

- منها العداله الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الإيرانيه - 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 المتحركه 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) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفترق وفائى" / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويه الوطنيه: 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)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميته، و غير ربحيته، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الاعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حدّ التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان

الغامدية

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

