



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

الغزوات
الحجرات

جلد ۱-۴



رحمۃ اللہ علیہ شیخ تقی انصاری حفظہ اللہ

مترجم: اصغر محمدی ہمدانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعى كيا

نشرت فى الطباعة:

احسن الحديث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩٠	المكاسب
٩٠	اشارة
٩٠	الجزء الأول
٩٠	اشارة
٩٠	فالاكتساب المحرم أنواع
٩٠	و ينبغي أولا التيمن بذكر بعض الأخبار
٩٠	اشارة
٩٠	[رواية تحف العقول]
٩٢	[رواية فقه الرضا]
٩٢	[رواية الدعائم]
٩٢	[النبوى المشهور]
٩٢	[تقسيم المكاسب إلى الأحكام الخمسة]
٩٣	و معنى حرمة الاكتساب
٩٣	فالاكتساب المحرم أنواع
٩٣	اشارة
٩٣	[النوع] الأول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى
٩٣	و فيه مسائل ثمان
٩٣	الأولى يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم
٩٣	اشارة
٩٣	فرعان
٩٣	الأول ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه
٩٤	الثانى بول الإبل يجوز بيعه إجماعا

- ٩٥ الثانية يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان
- ٩٥ اشارة
- ٩٥ [الجمع بين الروايات المانعة و المجوزة]
- ٩٥ اشارة
- ٩٥ [الأظهر من وجوه الجمع]
- ٩٥ [وجه ثبوت الحكم فى غير عذرة الإنسان]
- ٩٦ فرع الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة
- ٩٦ الثالثة يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف
- ٩٦ اشارة
- ٩٦ فرع و أما الدم الطاهر
- ٩٦ الرابعة لا إشكال فى حرمة بيع المنى
- ٩٦ اشارة
- ٩٦ [بيع العسيب]
- ٩٧ الخامسة تحرم المعاوضة على الميتة و أجزائها التى تحلها الحياة من ذى النفس السائلة
- ٩٧ اشارة
- ٩٧ [ظهور مكاتبه الصيقل فى الجواز]
- ٩٧ اشارة
- ٩٧ [المناقشة فى دلالتها على جواز البيع]
- ٩٧ [بيع الميتة لو جاز الانتفاع بجلدها]
- ٩٨ [ظهور ما دل على المنع فى كون المانع حرمة الانتفاع]
- ٩٨ [ظهور كلام جماعة فى ما استظهر من النص و الإجماع]
- ٩٨ [المعاوضة على لبن اليهودية المرضعة]
- ٩٨ فرعان
- ٩٨ الأول أنه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى مذكى

- ١٠٠ السادسة يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين
- ١٠٠ السابعة يحرم التكسب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع إجماعا نصا و فتوى
- ١٠٠ الثامنة يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة- الغير القابلة للطهارة
- ١٠١ و أما المستثنى من الأعيان المتقدمة
- ١٠١ اشارة
- ١٠١ الأولى يجوز بيع المملوك الكافر
- ١٠١ اشارة
- ١٠١ [بيع العبد المرتد عن فطرة]
- ١٠٢ الثانية يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش فى الجملة
- ١٠٢ اشارة
- ١٠٢ أحدها كلب الصيد السلوقى
- ١٠٢ الثانى كلب الصيد غير السلوقى
- ١٠٣ الثالث كلب الماشية و الحائط
- ١٠٤ الثالثة الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبى
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٥ [عدم شمول نجس العين للعصير]
- ١٠٥ [استظهار المنع من بيع العصير فى مفتاح الكرامة]
- ١٠٥ و فى الجميع نظر
- ١٠٥ الرابعة يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس
- ١٠٥ اشارة
- ١٠٦ [الأخبار المستفيضة الدالة على الجواز]
- ١٠٦ إذا عرفت هذا فالإشكال يقع فى مواضع
- ١١٦ النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به
- ١١٦ اشارة

- الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام ١١٧
- اشارة ١١٧
- منها هياكل العبادة المبتدعة ١١٧
- اشارة ١١٧
- [ما يدل على حرمة الاكتساب بهياكل العبادة] ١١٧
- [جواز المعاوضة لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هياكل العبادة و آله أخرى لعمل محلل] ١١٧
- [توجيه القول بعدم الفرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها] ١١٧
- [تحقيق حول قصد المادة] ١١٨
- [إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر] ١١٨
- [توجيه التقييد في كلام العلامة] ١١٨
- [ما أفاده المحقق الثاني في جامع المقاصد] ١١٨
- و منها آلات القمار بأنواعه ١١٩
- اشارة ١١٩
- [بيان المراد بالقمار] ١١٩
- و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها ١١٩
- و منها أواني الذهب و الفضة ١١٩
- و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس ١١٩
- اشارة ١١٩
- [ما يدل على وجوب إتلاف الدراهم المغشوشة] ١٢٠
- [لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال] ١٢٠
- [الفرق بين المعاوضة على الدراهم المغشوشة و آلات القمار] ١٢٠
- القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة ١٢٠
- [الوجوه المتصورة في قصد المنفعة المحرمة] ١٢٠
- الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا ١٢٠

- ١٢١ اشارة
- ١٢١ [خبر جابر الدال على حرمة مؤاجرة البيت لبيع فيه الخمر]
- ١٢١ [مصحة ابن اذينة الدالة على الجواز]
- ١٢١ [الجمع بين الخبرين]
- ١٢١ [حرمة بيع كل ذى منفعة محللة على أن يصرف فى الحرام]
- ١٢٢ [الأظهر فساد العقد المشروط فيه الحرام و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد]
- ١٢٢ المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية
- ١٢٢ اشارة
- ١٢٢ [التفكيك بين القيد و المقيد غير معروف عرفا و غير واقع شرعا]
- ١٢٢ [بيع الجارية المغنية مع ملاحظة الصفة المحرمة و عدمها]
- ١٢٢ المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله
- ١٢٢ اشارة
- ١٢٣ [الأخبار المجوزة للبيع مع عدم القصد]
- ١٢٣ [الأخبار المانعة]
- ١٢٣ [الجمع بين الأخبار]
- ١٢٣ فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة
- ١٢٣ [الاستدلال على الحرمة بعموم النهى عن التعاون على الإثم]
- ١٢٤ [اعتبار القصد فى مفهوم الإعانة]
- ١٢٤ [زيادة بعض المعاصرين اعتبار وقوع المعان عليه فى الخارج]
- ١٢٤ [ظهور كلام الأكثر فى عدم اعتبار القصد]
- ١٢٤ [إطلاق الإعانة فى غير واحد من الأخبار على المجرد عن القصد]
- ١٢٥ [ما أفاده المحقق الأردبيلى حول صدق مفهوم الإعانة]
- ١٢٥ [تفصيل الكلام فى تحقيق المرام]
- ١٢٥ [هل الإعانة على شرط الحرام إعانة على الحرام]

- ١٢٦ [بيع الطعام على من يرتكب المعاصي]
- ١٢٦ [بيان المتحصل مما ذكر]
- ١٢٦ [ثم إن محل الكلام فيما يعد شرطاً للمعصية الصادرة عن الغير]
- ١٢٦ [ثم إنه يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها]
- ١٢٧ [الاستدلال على الحرمة في المسألة بوجوب دفع المنكر]
- ١٢٧ [ما يشهد لهذا الاستدلال]
- ١٢٧ [توقف هذا الاستدلال على علم البائع بعدم حصول المعصية لو لم يبعه]
- ١٢٧ [توجيه الخبر الدال على ذم أتباع بني أمية]
- ١٢٨ [المتلخص مما ذكر]
- ١٢٨ [الوجوه المتصورة في فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير]
- ١٢٨ [الظاهر عدم فساد البيع في كل مورد حكم فيه بالحرمة لأجل الإعانة على الإثم]
- ١٢٩ [القسم الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا]
- ١٢٩ [اشارة]
- ١٢٩ [حرمة بيع السلاح من أعداء الدين]
- ١٢٩ [اشارة]
- ١٢٩ [الأخبار الدالة على الحرمة]
- ١٢٩ [اختصاص الحرمة في الأخبار بصورة قيام الحرب]
- ١٢٩ [نقد ما عن حواشي الشهيد]
- ١٣٠ [شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة]
- ١٣٠ [جواز بيع ما يكن]
- ١٣٠ [المناقشة في الجواز]
- ١٣٠ [رد دلالة رواية محمد بن قيس على الجواز]
- ١٣٠ [هل يتعدى الحكم إلى غير أعداء الدين]
- ١٣١ [اشارة]

- ١٣١ [شمول رواية تحف العقول قطاع الطريق أيضا]
- ١٣١ النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها
- ١٣١ اشارة
- ١٣١ [التحريم هنا وضعي]
- ١٣١ و الدليل على الفساد
- ١٣١ [استفاده عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة من كلمات العلماء]
- ١٣٢ [تحسين ما قاله في محكى إيضاح النافع]
- ١٣٢ [جواز بيع ما يشتمل على منفعة مقصودة للعقلاء]
- ١٣٢ [نقد ما أفاده العلامة في التذكرة]
- ١٣٢ [تحسين ما قاله في الدروس]
- ١٣٣ [النظر في منع العلامة بيع ما ينتفع به نادرا]
- ١٣٣ [انعقاد الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]
- ١٣٣ [مقتضى التأمل في الأخبار عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]
- ١٣٣ [جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها]
- ١٣٤ [جواز بيع الهرة]
- ١٣٤ [عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء و أخرى إلى قلته]
- ١٣٤ النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٤ المسألة الأولى تدليس الماشطة
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٥ [بما ذا يحصل التدليس]
- ١٣٥ [هل يعد وشم الخدود و وصل الشعر بشعر الغير من التدليس]
- ١٣٥ [ظاهر بعض الأخبار المنع عن مطلق الوشم و وصل الشعر بشعر الغير]
- ١٣٥ و ظاهر بعض الأخبار كراهة الوصل و لو بشعر غير المرأة

- ١٣٦ و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقا
- ١٣٦ و يمكن الجمع بين الأخبار
- ١٣٦ نعم قد يشكل الأمر في وشم الأطفال
- ١٣٦ [حصول التدليس بمجرد رغبة الخاطب أو المشتري و إن علما بذلك]
- ١٣٧ [كراهة كسب الماشطة مع شرط الأجرة المعينة]
- ١٣٧ [الحكمة في أولوية قبول ما يعطاه الحجام و الختان و الماشطة]
- ١٣٧ المسألة الثانية [حرمة تزيين الرجل بما يختص بالنساء و كذا العكس]
- ١٣٧ اشارة
- ١٣٧ [لا دليل على الحرمة عدا النبوى]
- ١٣٧ اشارة
- ١٣٨ و فى دلالاته قصور
- ١٣٨ ثم الخنثى يجب عليها ترك الزينتين المختصتين بكل من الرجل و المرأة
- ١٣٨ المسألة الثالثة التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة
- ١٣٨ [بيان معنى التشبيب]
- ١٣٨ [أدلة الحرمة]
- ١٣٨ و الإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم
- ١٣٩ [الاستدلال بعمومات حرمة اللهو و الباطل و الفحشاء و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهيج القوة الشهوية]
- ١٣٩ [لا يبعد القول بجواز التشبيب بالمخطوبة قبل العقد]
- ١٣٩ [جواز التشبيب بالمرأة المبهمة]
- ١٣٩ و أما اعتبار الإيمان
- ١٣٩ و أما التشبيب بالغلام فهو محرم على كل حال
- ١٤٠ المسألة الرابعة تصوير ذوات الأرواح حرام
- ١٤٠ اشارة
- ١٤٠ [الأخبار المستفيضة الدالة على حرمة مجرد النقش]

- ١٤٠ [استظهار أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق]
- ١٤٠ و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح
- ١٤١ [ما أفاده فى كشف اللثام من النقض على التعميم]
- ١٤١ [ظاهر بعض تعميم الحكم لغير ذى الروح]
- ١٤١ [ظاهر بعض تخصيص الحكم بالمجسم]
- ١٤١ [خروج تصوير ما هو مصنوع للعباد عن أدلة الحرمة]
- ١٤٢ ثم إن المرجع فى الصورة إلى العرف
- ١٤٢ و لو صور بعض أجزاء الحيوان ففى حرمة نظر بل منع
- ١٤٢ بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٢ و يمكن أن يستدل للحرمة
- ١٤٣ [المناقشة فى أدلة حرمة الاقتناء]
- ١٤٣ [معارضة روايات حرمة الاقتناء مع روايات الجواز]
- ١٤٤ [مختار المؤلف]
- ١٤٤ المسألة الخامسة التطفيف حرام
- ١٤٤ اشارة
- ١٤٤ ثم إن البخس فى العد و الذرع- يلحق به حكما
- ١٤٤ و لو وازن الربوى بجنسه فطفف فى أحدهما
- ١٤٥ المسألة السادسة التنجيم حرام
- ١٤٥ اشارة
- ١٤٥ الأول الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب
- ١٤٥ اشارة
- ١٤٥ و قد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم
- ١٤٥ [عدم الإصابة الدائمة فى إخبار الفلكين بالأوضاع]

- ١٤٦ الثاني يجوز الإخبار بحدوث الأحكام عن الاتصالات و الحركات المذكورة
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٦ [قصة المحقق نصير الدين الطوسى و الطحان]
- ١٤٦ الثالث الإخبار عن الحادثات و الحكم بها مستندا إلى تأثير الاتصالات المذكورة
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٦ [النصوص الدالة على الحرمة]
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٦ [محاورة أمير المؤمنين (ع) مع بعض المنجمين]
- ١٤٧ [محاورة أمير المؤمنين (ع) مع منجم آخر]
- ١٤٧ [قول الصادق عليه السلام لعبد الملك بن أعين أحرق كتبك]
- ١٤٧ [رواية المفضل بن عمر فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات]
- ١٤٧ [جواز النظر فى النجوم لمجرد التفؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر]
- ١٤٧ [الحكم بالنجوم مع الاعتقاد بأن الله يمحو ما يشاء و يثبت]
- ١٤٨ [جواز الإخبار لا بنحو اقتضاء الأوضاع الفلكية]
- ١٤٨ الرابع اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ الأول الاستقلال فى التأثير
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا
- ١٤٩ [موافقة العامة على هذا الحكم]
- ١٤٩ [ظاهرهم لا فرق بين استلزامه إنكار الصانع و عدمه]
- ١٤٩ [معنى كون تصديق المنجم كفرا]
- ١٥٠ [لا بد فى تكفير المنجم من مطابقة ما يعتقد لإحدى موجبات الكفر]
- ١٥٠ [ما أفاده السيد شارح النخبة]

- ١٥٠ [نقد كلام السيد]
- ١٥٠ الثاني أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها
- ١٥٠ اشارة
- ١٥١ [ما أفاده العلامة في أنوار الملكوت]
- ١٥١ [ظاهر الشهيد في قواعده عدم كفر المعتقد بذلك]
- ١٥١ [توجيه ما ذكره الشهيد]
- ١٥١ [ما أفاده المحدث الكاشاني]
- ١٥٢ الثالث استناد الأفعال إليها كإسناد الإحراق إلى النار
- ١٥٢ [ظاهر كثير كون هذا الاعتقاد كفراً]
- ١٥٢ [ظاهر بعض الأخبار ثبوت التأثير للكواكب]
- ١٥٢ الرابع أن يكون ربط الحركات بالحوادث
- ١٥٢ اشارة
- ١٥٣ [قول الشيخ البهائي فهذا لا مانع منه و لا حرج في اعتقاده]
- ١٥٣ [ما أفاده العلامة]
- ١٥٣ [ما يظهر من كلام السيد المرتضى]
- ١٥٣ [إنكار السيد ابن طاوس على علم الهدى]
- ١٥٣ [خلاصة ما أنكره السيد أمران]
- ١٥٤ [ما أفاده الشيخ البهائي]
- ١٥٤ [ما أفاده الشيخ البهائي هو الذي صرح به الإمام الصادق عليه السلام]
- ١٥٦ المسألة السابعة حفظ كتب الضلال حرام
- ١٥٦ اشارة
- ١٥٦ [أدلة الحرمة]
- ١٥٦ [جواز الحفظ إذا لم يترتب على إبقائها مفسدة]
- ١٥٦ نعم المصلحة الموهومة أو المحققة النادرة لا اعتبار بها

- ١٥٧ [المراد بالضلال]
- ١٥٧ ثم الكتب السماوية المنسوخة غير المحرفة
- ١٥٧ [ما قاله الشيخ رحمه الله في المبسوط]
- ١٥٧ [حكم الكتب الباطلة غير الموجبة للضلال]
- ١٥٧ [حكم تصانيف المخالفين]
- ١٥٨ [استثناء الحفظ للنقض و الاحتجاج]
- ١٥٨ [لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال]
- ١٥٨ [المراد بالحفظ المحرم]
- ١٥٨ المسألة الثامنة الرشوة حرام
- ١٥٨ اشارة
- ١٥٨ [أدلة حرمة الرشوة]
- ١٥٩ [كلمات اللغويين حول الرشوة]
- ١٥٩ [عدم اختصاص الحرمة بما يبذل على الحكم الباطل]
- ١٥٩ [حرمة أخذ الحاكم للجعل مع تعيين الحكومة عليه]
- ١٥٩ [الاستدلال على المنع عن أخذ الأجر مطلقا بصحيفة ابن سنان]
- ١٦٠ [مستند الجواز الأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران]
- ١٦٠ [تفصيل العلامة في جواز الأخذ للقاضي بين حاجته و عدمها]
- ١٦٠ و أما الارتزاق من بيت المال
- ١٦٠ [جواز أخذ الرزق من السلطان الجائر]
- ١٦١ [حكم الهدية و بيان الفرق بينها و بين الرشوة]
- ١٦١ و هل تحرم الرشوة في غير الحكم
- ١٦١ اشارة
- ١٦١ [التفصيل بين الحاجة المحرمة و غيرها]
- ١٦١ و مما يدل على التفصيل في الرشوة بين الحاجة المحرمة و غيرها رواية الصيرفي

- ١٦١ [حكم المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضى]
- ١٦٢ [حكم المال المأخوذ حراما من حيث الضمان و عدمه]
- ١٦٢ اشارة
- ١٦٢ [الظاهر عدم ضمان ما أخذ هديئ]
- ١٦٢ [احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا و مناقشته]
- ١٦٢ فروع فى اختلاف الدافع و القابض
- ١٦٢ [دعوى الدافع الهدية و القابض الهبة الصحيحة]
- ١٦٣ [دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الصحيحة]
- ١٦٣ [دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الفاسدة]
- ١٦٣ التاسعة سب المؤمنين حرام فى الجملة
- ١٦٣ اشارة
- ١٦٣ [الروايات الواردة فى حرمة السب]
- ١٦٤ [تفسير السب]
- ١٦٤ ثم الظاهر أنه لا يعتبر فى صدق السب مواجهة المسبوب
- ١٦٤ ثم إنه يستثنى من المؤمن المظاهر بالفسق
- ١٦٤ و يستثنى من ذلك المبتدع أيضا
- ١٦٤ و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفا
- ١٦٤ العاشرة السحر [فهو] حرام فى الجملة
- ١٦٥ اشارة
- ١٦٥ و الأخبار بالحرمة مستفيضة
- ١٦٥ الأول فى المراد بالسحر
- ١٦٥ اشارة
- ١٦٥ [كلمات الفقهاء]
- ١٦٥ اشارة

- ١٦٥ [اعتبار الإضرار فى السحر عند بعض]
- ١٦٦ [ما أفاده العلامة المجلسى فى البحار فى بيان أقسام السحر]
- ١٦٧ [الإشارة إلى بعض أقسام السحر فى الرواية]
- ١٦٨ [المقام الثانى فى حكم الأقسام المذكورة]
- ١٦٨ [اشارة]
- ١٦٨ [دعوى ضرورة الدين على حرمة أربعة أقسام منه]
- ١٦٨ [ما ذكره شارح النخبة حول الطلسمات]
- ١٦٨ [حرمة السحر المضر بالنفس المحترمة]
- ١٦٩ [الظاهر جواز ما لا يضر مع الشك فى صدق اسم السحر عليه]
- ١٦٩ [نعم لو صح سند رواية الاحتجاج صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنته]
- ١٦٩ [و الأحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الأقسام]
- ١٦٩ [بقى الكلام فى جواز دفع ضرر السحر بالسحر]
- ١٦٩ [اشارة]
- ١٦٩ [الأخبار الواردة فى جواز دفع ضرر السحر بالسحر]
- ١٦٩ [اشارة]
- ١٧٠ [ما ورد فى قصة هاروت و ماروت]
- ١٧٠ [منع جمع من الأعلام من حل السحر بالسحر]
- ١٧٠ [ثم الظاهر أن التسخيرات بأقسامها داخله فى السحر]
- ١٧١ [و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسما أو حكما]
- ١٧١ [الحادية عشرة الشعوذة و هى حرام بلا خلاف]
- ١٧١ [تعريف الشعوذة]
- ١٧١ [أدلة الحرمة]
- ١٧١ [الثانية عشرة الغش حرام بلا خلاف]
- ١٧١ [الروايات الدالة على الحرمة]

- ١٧٢ ثم إن ظاهر الأخبار هو كون الغش بما يخفى
- ١٧٢ و أما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم
- ١٧٢ [وجوب الإعلام بالعيب الخفى لو حصل الغش]
- ١٧٢ [أقسام الغش]
- ١٧٣ [ما أفاده المحقق الثاني فى صحة المعاملة و فسادها]
- ١٧٣ [نقد ما ذكره المحقق الثاني]
- ١٧٣ [توجيه ما عن الذكرى فى مسألة الاقتداء]
- ١٧٣ [الاستدلال على فساد بيع المغشوش بورود النهى عنه]
- ١٧٣ [المناقشة فى هذا الاستدلال]
- ١٧٤ فالأقوى حينئذ فى المسألة صحة البيع فى غير القسم الرابع
- ١٧٤ الثالثة عشرة الغناء لا خلاف فى حرمة فى الجملة
- ١٧٤ [الأخبار المستفيضة الدالة على الحرمة]
- ١٧٤ [إشعار بعض النصوص بكون اللهو على إطلاقه مبعوضا لله تعالى]
- ١٧٤ [الروايات الدالة على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا]
- ١٧٥ [المحرم ما كان من لحن أهل الفسوق و المعاصى]
- ١٧٥ [كلمات اللغويين فى معنى الغناء]
- ١٧٥ [تعريف المشهور للغناء]
- ١٧٥ [معنى الطرب]
- ١٧٦ [مجرد مد الصوت لا مع الترجيع المطرب لا يعد لهوا]
- ١٧٦ [هل المراد بالمطرب كونه مطربا فعلا]
- ١٧٦ [ما زعمه صاحب مفتاح الكرامة من أن الإطراب غير الطرب]
- ١٧٦ [نقد ما أفاده فى مفتاح الكرامة]
- ١٧٧ [المتحصل من الأدلة حرمة الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو]
- ١٧٧ [عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع]

- ١٧٧ اشارة
- ١٧٧ [الأول الشبهة فى أصل الحكم]
- ١٧٧ [كلام الكاشانى فى جواز الغناء فى نفسه]
- ١٧٨ [نسبة ما قاله المحدث الكاشانى إلى صاحب الكفاية]
- ١٧٨ [كلام صاحب الكفاية فى الجمع بين الأخبار]
- ١٧٩ [المظنون عدم إفتاء أحد بحرمة الصوت الحسن]
- ١٧٩ [الأخبار فى مدح الصوت الحسن فى غاية الكثرة]
- ١٧٩ [ظهور بعض كلمات المحقق السبزوارى و المحدث الكاشانى فى ما نسب إليهما]
- ١٧٩ [بعض الروايات التى يمكن أن تكون شاهدة لما نسب إليهما]
- ١٨٠ [عدم رفع اليد عن إطلاق الحرمة لأجل إشعار بعض الروايات بالجواز]
- ١٨٠ و أما الثانى و هو الاشتباه فى الموضوع
- ١٨١ و أما الثالث و هو اختصاص الحرمة ببعض أفراد الموضوع
- ١٨١ اشارة
- ١٨١ [المناقشة فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم أدلة المحرمات]
- ١٨١ [الاستشهاد بالنبوى]
- ١٨١ [ما أفاده صاحب الحدائق حول كلمة اللحن]
- ١٨١ [المناقشة فى ما أفاده صاحب الحدائق]
- ١٨١ [لا منافاة بين حرمة الغناء فى القرآن و بين ما روى فى الترجيع بالقرآن]
- ١٨٢ [ما ذكره المحقق الأردبيلى فى تأييد استثناء المرائى و المناقشة فيه]
- ١٨٢ [منع كون الغناء معيناً على البكاء]
- ١٨٢ [توجيه كلام الأردبيلى فى نفيه الطرب فى المرائى]
- ١٨٢ بقى الكلام فيما استثناه المشهور
- ١٨٣ اشارة
- ١٨٣ أحدهما الحداء

- ١٨٣ الثاني غناء المغنية في الأعراس
- ١٨٣ الرابعة عشرة الغيبة حرام بالأدلة الأربعة
- ١٨٣ و يدل عليه من الكتاب
- ١٨٣ و يدل عليه من الأخبار
- ١٨٤ ثم إن ظاهر هذه الأخبار كون الغيبة من الكبائر
- ١٨٤ ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن
- ١٨٤ ثم الظاهر دخول الصبي المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها
- ١٨٤ و منه يظهر حكم المجنون
- ١٨٥ بقي الكلام في أمور
- ١٨٥ الأول [حقيقة] الغيبة
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٥ [ما قاله في جامع المقاصد في حقيقة الغيبة]
- ١٨٥ بل في كلام بعض من قارب عصرنا
- ١٨٥ و قال الشهيد الثاني في كشف الريبه
- ١٨٥ [أولى التعاريف بملاحظة الأخبار و كلمات الأصحاب]
- ١٨٦ و يؤيد هذا الاحتمال بل يعينه الأخبار المستفيضة الدالة على اعتبار كون المقول مستورا غير منكشف
- ١٨٦ و الملخص من مجموع ما ورد في المقام أن الشيء المقول إن لم يكن نقصا
- ١٨٦ و إن كان نقصا شرعا أو عرفا بحسب حال المعتاب
- ١٨٦ [إذاعة ما يوجب مهانة المؤمن هل هي غيبة أم لا]
- ١٨٧ و إن كان المقول نقصا ظاهرا للسامع
- ١٨٧ [عدم الفرق في النقص بين أن يكون في بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه]
- ١٨٧ [ما أفاده بعض في بيان وجوه النقص]
- ١٨٧ [حرمة الاغتياب بغير اللسان من الفعل و الإشارة]
- ١٨٨ ثم إن دواعي الغيبة كثيرة

- ١٨٨ ثم إن ذكر الشخص قد يتضح كونها غيبية و قد يخفى على النفس لحب أو بغض
- ١٨٨ بقى الكلام فى أنه هل يعتبر فى الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب
- ١٨٨ [حكم غيبة شخص مجهول]
- ١٨٨ هذا كله لو كان الغائب المذكور مشتبهها على الإطلاق أما لو كان مرددا بين أشخاص
- ١٨٩ [ما حكاها فى جامع المقاصد عن بعض الفضلاء]
- ١٨٩ [نقد ما أفاده الفاضل المذكور]
- ١٨٩ الثانى فى كفارة الغيبة الماحية لها
- ١٨٩ اشارة
- ١٨٩ أما كونها من حقوق الناس
- ١٨٩ [الأخبار الدالة على توقف رفعها على إبراء ذى الحق]
- ١٩٠ [عدم الفرق بين التمكن من الاستبراء و تعذره]
- ١٩٠ [النبوى المعارض للإطلاقات المتقدمة]
- ١٩٠ [ما أفاده فى كشف الريبة فى الجمع بين النبوين المتعارضين]
- ١٩٠ [ما أفاده المؤلف]
- ١٩٠ و الإنصاف أن الأخبار الواردة فى هذا الباب كلها غير نقيه السند
- ١٩٠ [مختار المؤلف فى المسألة]
- ١٩١ الثالث فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم
- ١٩١ [استثناء ما فيه مصلحة عظمية]
- ١٩١ نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة
- ١٩٤ فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها
- ١٩٦ الرابع يحرم استماع الغيبة بلا خلاف
- ١٩٦ اشارة
- ١٩٦ و لو كان متجاهرا عند المغتاب مستورا عند المستمع
- ١٩٦ قال فى كشف الريبة إذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم المغتاب مستحقا للغيبة

- ١٩٦ [مختار المؤلف]
- ١٩٦ ثم إنه يظهر من الأخبار المستفيضة وجوب رد الغيبة
- ١٩٧ [المراد بالرد الانتصار للغائب لا صرف النهى عن الغيبة]
- ١٩٧ [الأخبار الواردة في عقوبة ذى اللسانين و ذمه]
- ١٩٧ [البهتان أغلظ تحريما من الغيبة]
- ١٩٨ خاتمة في بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه
- ١٩٨ اشارة
- ١٩٨ ثم إن ظاهرها و إن كان عاما إلا أنه يمكن تخصيصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر
- ١٩٨ و قد ورد في غير واحد من الأخبار ما يظهر منه الرخصة في ترك هذه الحقوق
- ١٩٨ [حدود الصداقة]
- ١٩٩ الخامسة عشرة القمار و هو حرام إجماعا
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [معنى القمار لغة و شرعا]
- ١٩٩ فالأولى اللعب بالآلات القمار مع الرهن
- ١٩٩ الثانية اللعب بالآلات القمار من دون رهن
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [الأخبار الدالة على الحرمة]
- ٢٠٠ الثالثة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار
- ٢٠٠ اشارة
- ٢٠٠ و صرح العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابحه بعدم الخلاف في الحرمة و الفساد
- ٢٠٠ [الأخبار الدالة على الحرمة]
- ٢٠٠ [استظهار بعض اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار و المناقشة فيه]
- ٢٠١ [عدم الخلاف في الحكم بالحرمة و الفساد]
- ٢٠١ قضاء أمير المؤمنين (ع) في رجل أكل و أصحاب له شاة]

- ٢٠١ [ظهور الرواية فى الجواز]
- ٢٠١ ثم إن حكم المعوض من حيث الفساد
- ٢٠١ و ما ورد من قىء الإمام ع- البيض الذى قامر به الغلام
- ٢٠٢ الرابعة المغالبة بغير عوض- فى غير ما نص على جواز المسابقة فيه
- ٢٠٢ اشارة
- ٢٠٢ [الظاهر من بعض عبارات التذكرة الإجماع على التحريم]
- ٢٠٢ و ظاهر المسالك الميل إلى الجواز
- ٢٠٢ و قد يستدل للتحريم أيضا بأدلة القمار
- ٢٠٢ و يمكن أن يستدل على التحريم أيضا بما تقدم من أخبار حرمة الشطرنج و النرد
- ٢٠٢ و يؤيده ما دل على أن كل لهو المؤمن باطل
- ٢٠٣ السادسة عشرة القيادة- و هو السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطاء المحرم
- ٢٠٣ السابعة عشرة القيافة و هو حرام فى الجملة
- ٢٠٣ اشارة
- ٢٠٣ [القائف لغة و اصطلاحا]
- ٢٠٣ [الأخبار الناهية عن مراجعة القائف]
- ٢٠٤ الثامنة عشرة الكذب و هو حرام بضرورة العقول و الأديان
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٤ أما الأول [هل المستفاد من الأخبار أن الكذب من الكبائر]
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٤ [هل الكذب كله من الكبائر]
- ٢٠٥ [هل الكذب من اللمم]
- ٢٠٥ [حكم الإنشاء المنبئ عن الكذب]
- ٢٠٥ [خلف الوعد لا يدخل فى الكذب]
- ٢٠٥ [الكذب فى الهزل]

- ٢٠٥ ثم إنه لا ينبغي الإشكال في أن المبالغة في الادعاء و إن بلغت ما بلغت ليست من الكذب
- ٢٠٦ و أما التورية
- ٢٠٦ اشارة
- ٢٠٦ [الملاك في اتصاف الخبر بالكذب عند بعض الأفاضل]
- ٢٠٦ و مما يدل على سلب الكذب عن التورية
- ٢٠٧ أما الكلام في المقام الثاني و هي مسوغات الكذب
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ أحدهما الضرورة إليه
- ٢٠٩ الثاني من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح
- ٢١٠ التاسعة عشرة الكهانة
- ٢١٠ اشارة
- ٢١٠ [من هو الكاهن]
- ٢١٠ [تفسير الكهانة في رواية الاحتجاج]
- ٢١١ و كيف كان فلا خلاف في حرمة الكهانة
- ٢١١ [حرمة الإخبار عن الغائبات جزما و لو بغير الكهانة]
- ٢١١ العشرون اللهو حرام
- ٢١١ العشرون اللهو حرام
- ٢١١ اشارة
- ٢١٢ [كلمات الفقهاء في حرمة اللهو]
- ٢١٢ و الأخبار الظاهرة في حرمة اللهو كثيرة جدا
- ٢١٢ هذا و لكن الإشكال في معنى اللهو
- ٢١٣ أما اللعب
- ٢١٣ و أما اللغو
- ٢١٣ الحادية و العشرون مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم

- ٢١٣ اشارة
- ٢١٣ [ما يدل على الحرمة]
- ٢١٣ [وجوب مدح من لا يستحق المدح لدفع شره]
- ٢١٤ الثانية و العشرون معونة الظالمين في ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة
- ٢١٤ الثانية و العشرون معونة الظالمين في ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٤ و أما معونتهم في غير المحرمات
- ٢١٤ و أما العمل له في المباحات لأجره أو تبرعا من غير أن يعد معينا له في ذلك
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٤ [ظهور بعض الأخبار في التحريم]
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٥ [مناقشة ظهور الأخبار في التحريم]
- ٢١٥ و قد تبين مما ذكرنا أن المحرم من العمل للظلمة قسما
- ٢١٥ الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة- حرام
- ٢١٥ الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة- حرام
- ٢١٦ اشارة
- ٢١٦ [معنى النجش]
- ٢١٦ الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة
- ٢١٦ الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة
- ٢١٦ [معنى النميمة]
- ٢١٦ و هي من الكبائر
- ٢١٦ و قيل إن حد النميمة بالمعنى الأعم كشف ما يكره كشفه
- ٢١٦ [متى تباح النميمة و متى تجب]
- ٢١٧ الخامسة و العشرون النوح بالباطل

- ٢١٧ اشارة
- ٢١٧ [وجه حرمة النوح بالباطل]
- ٢١٧ السادسة و العشرون الولاية من قبل الجائر
- ٢١٧ اشارة
- ٢١٧ [وجه حرمة الولاية من قبل الجائر]
- ٢١٧ ثم إن ظاهر الروايات كون الولاية محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليه
- ٢١٨ ثم إنه يسوغ الولاية المذكورة أمران
- ٢١٨ أحدهما القيام بمصالح العباد
- ٢١٨ اشارة
- ٢١٨ و يدل عليه
- ٢١٨ و الأولى أن يقال إن الولاية غير المحرمة.
- ٢٢١ الثاني مما يسوغ الولاية الإكراه عليه بالتوعيد على تركها من الجائر
- ٢٢١ اشارة
- ٢٢١ و ينبغي التنبيه على أمور
- ٢٢٥ خاتمة فيما ينبغي للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيته
- ٢٢٥ [رسالة النجاشى إلى الإمام الصادق عليه السلام]
- ٢٢٦ [جواب الإمام الصادق عليه السلام عن رسالة النجاشى]
- ٢٢٨ [ما قاله النجاشى عند وصول كتاب الإمام إليه]
- ٢٢٩ السابعة و العشرون هجاء المؤمن حرام بالأدلة الأربعة
- ٢٢٩ اشارة
- ٢٢٩ [تفسير الهجاء]
- ٢٢٩ [هجاء المخالف و الفاسق المبدع]
- ٢٢٩ الثامنة و العشرون الهجر بالضم و هو الفحش من القول و ما استقبح
- ٢٣٠ [النوع] الخامسة مما يحرم التكسب به ما يجب على الإنسان فعله

- ٢٣٠ [أخذ الأجرة على الواجب]
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣٠ [تحديد موضوع المسألة]
- ٢٣٠ و من هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب بمنافاة ذلك للإخلاص فى العمل
- ٢٣٠ و أما تأتى القرية فى العبادات المستأجرة
- ٢٣١ [استدلال بعض الأساطين على الحرمة و توضيحه]
- ٢٣١ اشارة
- ٢٣١ [المناقشة فى الاستدلال]
- ٢٣١ [الاستدلال على الحرمة فى الواجب الكفائى و مناقشته]
- ٢٣٢ [عدم وجدان الدليل على الحرمة غير الإجماع]
- ٢٣٢ [وهن الإجماع بنقل الخلاف عن الفقهاء]
- ٢٣٢ [مقتضى القاعدة فى المقام]
- ٢٣٢ [اللازم التفصيل بين العينى التعينى فلا يجوز و بين غيره فيجوز]
- ٢٣٣ ثم لا فرق فيما ذكرناه بين التعبدى من الواجب و التوصلى
- ٢٣٣ [حرمة أخذ الأجرة على المندوب التعبدى]
- ٢٣٣ [جواز أخذ الأجرة على الواجب التوصلى التخييرى]
- ٢٣٣ [التفصيل فى الواجب التعبدى التخييرى]
- ٢٣٣ [التفصيل فى الكفائى بين التوصلى و التعبدى]
- ٢٣٣ [حرمة أخذ الأجرة فى الكفائى لو كان حقا لمخلوق على المكلفين]
- ٢٣٣ [الإشكال على أخذ الأجرة على الصناعات التى يتوقف عليها النظام]
- ٢٣٤ اشارة
- ٢٣٤ و قد تفصى عنه بوجوه
- ٢٣٤ أحدها
- ٢٣٤ الثانى الالتزام بجواز أخذ الأجرة على الواجبات إذا لم تكن تعبدية

- ٢٣٤ الثالث ما عن المحقق الثاني من اختصاص جواز الأخذ بصورة قيام من به الكفاية
- ٢٣٤ الرابع ما فى مفتاح الكرامة من أن المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة لذاتها
- ٢٣٤ الخامس أن المنع عن أخذ الأجرة على الصناعات الواجبة لإقامة النظام يوجب اختلال النظام
- ٢٣٤ السادس أن الوجوب فى هذه الأمور مشروط بالعرض
- ٢٣٥ السابع أن وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها
- ٢٣٥ [مختار المؤلف]
- ٢٣٥ و أما الحرام
- ٢٣٤ و أما المكروه و المباح
- ٢٣٤ و أما المستحب
- ٢٣٤ اشارة
- ٢٣٤ و من هذا القبيل استيجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات التى تقبل النيابة
- ٢٣٤ [الإشكال بكون الإخلاص منافيا للإجارة و الجواب عنه]
- ٢٣٧ [جواز الاستئجار للميت]
- ٢٣٧ [عدم جواز إتيان ما وجب بالإجارة عن نفسه]
- ٢٣٧ [أخذ الأجرة على الأذان]
- ٢٣٧ اشارة
- ٢٣٨ [ما يدل على عدم جواز الأجرة على الأذان]
- ٢٣٨ [الأجرة على الإمامة]
- ٢٣٨ [الأجرة على تحمل الشهادة]
- ٢٣٨ [الارتزاق من بيت المال لمن يحرم عليه أخذ الأجرة]
- ٢٣٨ اشارة
- ٢٣٩ و كيف كان فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق إلا مع الحاجة
- ٢٣٩ خاتمة تشتمل على مسائل
- ٢٣٩ الأولى [بيع المصحف]

- ٢٣٩ اشارة
- ٢٣٩ [روايات المنع عن بيع المصحف]
- ٢٤٠ [توهم استفادة الجواز من بعض الروايات]
- ٢٤٠ [عدم دلالة الروايات على جواز المعاوضة على الخط]
- ٢٤٠ [رواية عنبسة الوراق و توجيهها]
- ٢٤٠ [بقي الكلام فى المراد من حرمة البيع و الشراء]
- ٢٤١ [بيع المصحف من الكافر]
- ٢٤١ [تملك الكفار للمصاحف]
- ٢٤١ و الظاهر أن أبعاض المصحف فى حكم الكل
- ٢٤١ و فى إلحاق الأحاديث النبوية بالقرآن
- ٢٤٢ الثانية جوائز السلطان و عماله
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٢ [الصورة الأولى أن لا يعلم بأن للجائر مال حرام يحتمل كون الجائزة منها]
- ٢٤٢ و أما الثانية [أن يعلم بوجود مال محرم للجائر لكن لا يعلم بكون الجائزة منها]
- ٢٤٢ [الحالة الأولى أن تكون الشبهة غير محصورة]
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٢ ثم إنه صرح جماعة بكراهة الأخذ
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٣ ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمور
- ٢٤٤ [الحالة الثانية] و إن كانت الشبهة محصورة
- ٢٤٤ اشارة
- ٢٤٤ [ظاهر جماعة حلية الجائزة فى هذه الحالة]
- ٢٤٤ [مناقشة القول بالحلية]
- ٢٤٤ فلنذكر النصوص الواردة فى هذا المقام و نتكلم فى مقدار شمول كل واحد منها

- ٢٤٤ اشارة
- ٢٤٥ [قوله عليه السلام كل شىء فيه حلال و حرام و المناقشة فيه]
- ٢٤٥ [صحيحة أبى ولاد و المناقشة فيها]
- ٢٤٥ [روايات أخر]
- ٢٤٥ [حمل النصوص على الشبهة غير المحصورة]
- ٢٤٥ [محامل أخر للنصوص على فرض شمولها للشبهة المحصورة]
- ٢٤٦ [عدم ثبوت ما يدل على إلغاء قاعدة الاحتياط]
- ٢٤٦ و أما الصورة الثالثة أن يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه و لا إشكال فى حرمة حينئذ على الأخذ
- ٢٥٠ و أما الصورة الرابعة- و هو ما علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام
- ٢٥١ الثالثة ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضى باسمهما- و من الأنعام باسم الزكاة
- ٢٥١ اشارة
- ٢٥١ [دعوى الإجماع على جواز شراء ما يأخذه الجائر]
- ٢٥٢ [الاستدلال على الجواز بلزوم الحرج و اختلال النظام من عدمه]
- ٢٥٢ [الاستدلال بالروايات على جواز الشراء من الجائر]
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٢ منها صحيحة الحذاء
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٢ [دفع ما قيل من أن الرواية مختصة بالشراء]
- ٢٥٣ [مناقشة الفاضل القطيفى و المحقق الأردبيلى و الجواب عنها]
- ٢٥٣ و منها رواية إسحاق بن عمار
- ٢٥٣ و منها رواية أبى بكر الحضرمى
- ٢٥٣ و منها الأخبار الواردة فى أحكام تقبل الخراج من السلطان
- ٢٥٣ اشارة
- ٢٥٤ و منها صحيحة الحلبي

- ٢٥٤ و منها الصحيح عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي
- ٢٥٤ و نحوها الموثق المروي في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي
- ٢٥٤ و رواية الفيض بن المختار
- ٢٥٤ و قد يستدل بروايات أخرى لا تخلو عن قصور في الدلالة
- ٢٥٤ منها الصحيح عن جميل بن صالح
- ٢٥٤ و منها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج
- ٢٥٤ و ينبغي التنبيه على أمور
- ٢٥٤ الأول أن ظاهر عبارات الأكثر بل الكل أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان
- ٢٥٥ الثاني [هل للجائر سلطنة على أخذ الخراج فلا يجوز منعه منه]
- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٥ صريح الشهيدين و المحكي عن جماعة ذلك
- ٢٥٦ مع أن في بعض الأخبار ظهورا في جواز الامتناع
- ٢٥٦ مثل صحيحة زرارة:
- ٢٥٦ و ما روى: من أن على بن يقطين قال له الإمام [أبو الحسن موسى] ع إن كنت و لا بد فاعلا فاتق أموال الشيعة
- ٢٥٧ [ما قاله الشهيد في حرمة منع الخراج و توجيهه]
- ٢٥٧ [توجيه كلام الشهيد الثاني في حرمة منع الخراج]
- ٢٥٧ و كيف كان فقد تحقق مما ذكرناه أن غاية ما دلت عليه النصوص و الفتاوى كفاية إذن الجائر في حل الخراج
- ٢٥٨ [عدم نفوذ إذن الجائر فيما لا تسلط له عليه]
- ٢٥٨ الثالث [هل يحل ما يعتقده الجائر خراجيا و إن كان عندنا من الأنفال أم يثبت حق الاختصاص]
- ٢٥٨ الرابع ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله
- ٢٥٨ اشارة
- ٢٥٩ و المسألة مشكلة
- ٢٥٩ [دفع بعض وجوه الإشكال]
- ٢٥٩ [ما يدل على عدم شمول كلمات الأصحاب للجائر المؤمن]

- ٢٦٠ [ما يؤيد عدم شمول الكلمات للجائر الموافق]
- ٢٦٠ [تفسير الفاضل القطيفي للجائر]
- ٢٦٠ [لزوم مراجعة الحاكم الشرعي]
- ٢٦٠ و أما السلطان الكافر
- ٢٦٠ الخامس الظاهر أنه لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ أن يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للأخذ
- ٢٦١ السادس ليس للخراج قدر معين
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦١ حكم ما إذا كان الخراج المجمعول مضرا بحال المزارعين]
- ٢٦١ السابع ظاهر إطلاق الأصحاب- أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج [الاستحقاق]
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦٢ [عدم دلالة رواية الحضرمي و كلام العلامة على الاشتراط] و أما قوله ع في رواية الحضرمي السابقة:
- ٢٦٢ [الإشكال في تحليل الزكاة الذي يأخذه الجائر لكل أحد]
- ٢٦٢ الثامن [ما يعتبر في كون الأرض خراجية]
- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٢ الأول كونها مفتوحة عنوة
- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٢ [كيف يثبت كون الأرض مفتوحة عنوة]
- ٢٦٣ و المعروف بين الإمامية بلا خلاف ظاهر أن أرض العراق فتحت عنوة
- ٢٦٣ [حكم غير أرض العراق]
- ٢٦٣ اشارة
- ٢٦٣ و أما العمل بقول المؤرخين
- ٢٦٣ و أشكل منه إثبات ذلك باستمرار السيرة على أخذ الخراج من أرض
- ٢٦٤ الثاني أن يكون الفتح بإذن الإمام
- ٢٦٤ اشارة

- ٢٦٤ و الظاهر أن أرض العراق مفتوحة بالإذن
- ٢٦٤ و أما غيرها مما فتحت في زمان خلافة الثاني
- ٢٦٤ اشارة
- ٢٦٤ فظاهر بعض الأخبار كون ذلك أيضا بإذن مولانا أمير المؤمنين ع و أمره
- ٢٦٤ اشارة
- ٢٦٤ [المناقشة في سند الرواية و دفعها]
- ٢٦٥ [ما يؤيد مضمون الرواية]
- ٢٦٥ الثالث أن يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام ع محياة حال الفتح
- ٢٦٥ اشارة
- ٢٦٥ نعم لو ماتت المحياة حال الفتح
- ٢٦٥ ثم إنه تثبت الحياة حال الفتح
- ٢٦٦ و ما لا يد لمدعى الملكية عليها كان مرددا بين المسلمين
- ٢٦٦ [هل كانت أرض السواد كلها عامرة حال الفتح]
- ٢٦٦ [حد سواد العراق]
- ٢٦٦ اشارة
- ٢٦٦ [ما ذكره العلامة في تحديد سواد العراق]
- ٢٦٦ [النظر فيما قيل من أن البلاد المحدثه في العراق لم تفتح عنوة]
- ٢٦٦ الجزء الثاني
- ٢٦٦ اشارة
- ٢٦٧ [تعريف البيع
- ٢٦٧ اشارة
- ٢٦٧ و الظاهر اختصاص المعوض بالعين
- ٢٦٧ و أما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعه
- ٢٦٧ [جعل عمل الحر عوضا]

- ٢٦٧ [أقسام الحق و ما يقع منها عوضاً]
- ٢٦٧ [تعريف الفقهاء و المناقشة فيها]
- ٢٦٨ [أولى التعاريف للبيع]
- ٢٦٨ اشارة
- ٢٦٨ نعم يبقى عليه أمور
- ٢٦٨ منها أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت
- ٢٦٨ و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه
- ٢٦٨ و منها أنه يشمل التملك بالمعاطاة
- ٢٦٨ و منها صدقه على الشراء
- ٢٦٩ و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٦٩ [حقيقة الصلح]
- ٢٦٩ و أما الهبة المعوضة
- ٢٦٩ بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد
- ٢٧٠ [استعمال البيع فى معان أخر]
- ٢٧٠ اشارة
- ٢٧٠ أحدها التملك المذكور
- ٢٧٠ الثانى الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول
- ٢٧٠ الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول
- ٢٧٠ [المناقشة فى هذه الاستعمالات]
- ٢٧١ [البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]
- ٢٧١ [اختيار الشهيدين كونه للصحيح]
- ٢٧١ اشارة
- ٢٧١ [المناقشة فيما أفاده الشهيدان]

- ٢٧١ [توجيه ما أفاده الشهيدان
- ٢٧١ و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوها
- ٢٧٢ الكلام فى المعاطاة
- ٢٧٢ [حقيقته المعاطاة]
- ٢٧٢ [صور المعاطاة]
- ٢٧٢ ثم إن المعروف بين علمائنا فى حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف
- ٢٧٢ اشارة
- ٢٧٢ [محل النزاع فى المعاطاة]
- ٢٧٢ [توجيه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هى المعاطاة بقصد الإباحة]
- ٢٧٣ [المناقشة فى توجيه المحقق الثانى
- ٢٧٣ [المناقشة فى توجيه صاحب الجواهر]
- ٢٧٣ [دلالة كلام الفقهاء على بعد التوجيهين
- ٢٨٠ بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاة
- ٢٨١ و ينبغى التنبيه على أمور
- ٢٨١ الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع
- ٢٨٢ الأمر الثانى أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين
- ٢٨٣ الأمر الثالث تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاة الفعلية
- ٢٨٣ الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله
- ٢٨٦ الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه
- ٢٨٦ الأمر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة
- ٢٨٨ السابع أن الشهيد الثانى فى المسالك ذكر وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة
- ٢٨٩ الثامن لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل
- ٢٩٠ مقدمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع
- ٢٩٠ اشارة

- ٢٩٣ [الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع
- ٢٩٣ منها لفظ بعث في الإيجاب
- ٢٩٣ و منها لفظ شريت
- ٢٩٣ و منها لفظ ملكت بالتشديد
- ٢٩٤ فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول
- ٢٩٤ مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية
- ٢٩٤ مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية
- ٢٩٤ مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول
- ٢٩٨ و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله
- ٢٩٨ و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد
- ٣٠١ و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول
- ٣٠١ فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة
- ٣٠٢ مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه- و كان مضمونا عليه
- ٣٠٢ اشارة
- ٣٠٢ و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه- و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد
- ٣٠٢ اشارة
- ٣٠٣ [القول في قاعدة الضمان
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ [أما أصلها]
- ٣٠٥ و أما عكسها
- ٣٠٥ و يشكل اطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا
- ٣٠٦ الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد- وجوب رده فورا إلى المالك
- ٣٠٧ الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة- استوفاه المشتري قبل الرد
- ٣٠٨ الرابع- إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف

- ٣١٠ الخامس ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل
- ٣١١ السادس لو تعذر المثل فى المثلى
- ٣١١ اشارة
- ٣١٣ فرع- لو دفع القيمة فى المثلى المتعذر مثله ثم تمكن من المثل
- ٣١٤ السابع- لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا
- ٣١٤ اشارة
- ٣١٥ فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها
- ٣١٨ [الكلام فى بدل الحيلولة]
- ٣٢١ الكلام فى شروط المتعاقدين
- ٣٢١ أمن جملة شرائط المتعاقدين البلوغ
- ٣٢١ مسألة المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبى
- ٣٢١ اشارة
- ٣٢١ الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم
- ٣٢١ الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبى
- ٣٢١ اشارة
- ٣٢١ المناقشة فى دلالة هذه الروايات
- ٣٢٢ المناقشة فى دلالة حديث رفع القلم
- ٣٢٢ ترديد بعضهم فى الصحة و تصريح آخرين بها
- ٣٢٢ الحجج فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى
- ٣٢٢ اشارة
- ٣٢٢ المناقشة فى تحقق الإجماع
- ٣٢٣ ما يستأنس به للبطلان الأخبار المستفيضة
- ٣٢٣ رأى المؤلف فى المسألة و دليله
- ٣٢٤ كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى

- ٣٢٤ [لا فرق فى معاملة الصبى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]
- ٣٢٤ اشارة
- ٣٢٤ [تفصيل المحدث الكاشانى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة و المناقشة فيه]
- ٣٢٥ [دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشة فيه]
- ٣٢٦ مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به
- ٣٢٦ اشارة
- ٣٢٦ [كلام صاحب المقابس فى اعتبار تعيين المالكين]
- ٣٢٦ اشارة
- ٣٢٧ [المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس]
- ٣٢٨ [هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع]
- ٣٢٩ مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار
- ٣٢٩ [المراد من الاختيار]
- ٣٢٩ [ما يدل على اشتراط الاختيار]
- ٣٢٩ [المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]
- ٣٣٠ [حقيقة الإكراه لغة و عرفاً]
- ٣٣٠ [المعيار فى صدق الإكراه]
- ٣٣٠ [هل يعتبر عدم إمكان التفصى عن الضرر بما لا ضرر فيه]
- ٣٣١ [هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]
- ٣٣١ [الفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها]
- ٣٣١ [عدم اعتبار العجز فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ٣٣٢ [المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ٣٣٢ [الفرق بين الإكراه فى الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]
- ٣٣٢ [لو أكره الشخص على أحد الأمرين]
- ٣٣٣ [لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

- ٣٣٣ [صور تعلق الإكراه]
- ٣٣٣ فروع
- ٣٣٣ [الإكراه على بيع عبد من عبيدين]
- ٣٣٤ [الإكراه على معين فضم غيره إليه]
- ٣٣٤ [الإكراه على الطلاق]
- ٣٣٤ اشارة
- ٣٣٤ [أقسام الإكراه على الطلاق و أحكامها]
- ٣٣٥ [عقد المكره لو تعقبه الرضا]
- ٣٣٥ [الاستدلال على الصحة]
- ٣٣٥ [ما استدل به على البطلان و المناقشة فيه]
- ٣٣٦ [بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف]
- ٣٣٧ [مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا]
- ٣٣٧ اشارة
- ٣٣٧ [الدليل على هذا الشرط]
- ٣٣٧ [هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]
- ٣٣٧ اشارة
- ٣٣٧ [مختار المؤلف و دليله]
- ٣٣٨ [ما يؤيد المختار]
- ٣٣٩ [فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه- فباعه مولاه صح و لزم]
- ٣٣٩ [مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع]
- ٣٣٩ اشارة
- ٣٣٩ [اختلاف الفقهاء في صحة عقد الفضولي و اتفاقهم على بطلان إيقاعه]
- ٣٣٩ [المراد بالفضولي]
- ٣٣٩ [هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولي]

- ٣٤٠ فهنا مسائل ثلاث
- ٣٤٠ الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ و المشهور الصحة
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ [مقتضى العمومات الصحة]
- ٣٤١ [الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقي و المناقشة فيه
- ٣٤١ [الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس
- ٣٤١ اشارة
- ٣٤١ [المناقشة في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
- ٣٤٢ [توجيه الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
- ٣٤٢ [الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه
- ٣٤٢ اشارة
- ٣٤٢ [المناقشة في الاستدلال المذكور]
- ٣٤٣ [ما يؤيد صحة بيع الفضولي
- ٣٤٣ [ما ورد في المضاربة]
- ٣٤٣ [ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم
- ٣٤٣ [رواية ابن أشيم
- ٣٤٤ [صحيفة الحلبي
- ٣٤٤ [موثقة عبد الله
- ٣٤٤ [أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه
- ٣٤٤ [مختار المؤلف الصحة]
- ٣٤٤ و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة.
- ٣٤٤ أما الكتاب

- ٣٤٥ و أما السنة
- ٣٤٥ اشارة
- ٣٤٥ المناقشة فى الاستدلال بالروايات
- ٣٤٦ الثالث الإجماع على البطلان
- ٣٤٦ الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه
- ٣٤٦ اشارة
- ٣٤٦ المناقشة فى دليل العقل
- ٣٤٦ و قد يستدل للمنع بوجه آخر ضعيفه
- ٣٤٧ المسألة الثانية أن يسبقه منع من المالك
- ٣٤٧ و المشهور أيضا صحته
- ٣٤٧ مختار المؤلف و دليله
- ٣٤٧ المسألة الثالثة أن يبيع الفضولى لنفسه
- ٣٤٧ اشارة
- ٣٤٧ الأقوى الصحة و الدليل عليه
- ٣٤٧ الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه
- ٣٤٧ اشارة
- ٣٤٨ منها إطلاق ما تقدم من النبيين:
- ٣٤٨ و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك
- ٣٤٨ و منها أن الفضولى إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة
- ٣٤٨ و منها أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافيا لصحة العقد
- ٣٥١ بقى هنا أمران
- ٣٥١ الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو دينا أو فى ذمة الغير
- ٣٥٢ الثانى الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاة
- ٣٥٣ القول فى الإجازة و الرد

- ٣٥٣ أما الكلام فى الإجازة
- ٣٥٣ اشارة
- ٣٥٣ أما حكمها
- ٣٥٣ [هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]
- ٣٥٣ [الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه
- ٣٥٣ اشارة
- ٣٥٣ [ما استدل به فخر الدين للأكثر]
- ٣٥٣ [المناقشات التى يذكر على القول بالكشف
- ٣٥٥ [معانى الكشف
- ٣٥٥ اشارة
- ٣٥٥ أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى
- ٣٥٦ الثانى الكشف الحقيقى
- ٣٥٦ الثالث الكشف الحكمى
- ٣٥٦ [مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى
- ٣٥٦ [ظاهر صحيحه محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم
- ٣٥٦ [ظاهر صحيحه أبى عبيده هو الكشف الحقيقى
- ٣٥٦ بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل
- ٣٥٦ اشارة
- ٣٥٧ أما الثمرة على الكشف الحقيقى
- ٣٥٧ و أما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى
- ٣٥٧ ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع
- ٣٥٧ منها النماء
- ٣٥٧ و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف
- ٣٥٨ و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

- ٣٥٩ [ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]
- ٣٥٩ و ينبغى التنبيه على أمور
- ٣٥٩ الأول أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى
- ٣٦٠ الثانى أنه يشترط فى الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية
- ٣٦١ الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد
- ٣٦١ الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله
- ٣٦١ الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع
- ٣٦١ السادس الإجازة ليست على الفور
- ٣٦٢ السابع هل يعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا
- ٣٦٢ و أما القول فى المجيز
- ٣٦٢ اشارة
- ٣٦٢ الأول يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد
- ٣٦٢ الثانى هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد
- ٣٦٣ الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد
- ٣٦٣ اشارة
- ٣٦٣ الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة
- ٣٦٣ الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد
- ٣٧٠ المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف
- ٣٧٢ و أما القول فى المجاز
- ٣٧٢ اشارة
- ٣٧٢ الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة فى تأثيره عدا رضا المالك
- ٣٧٢ الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل
- ٣٧٣ الثالث [حكم العقود المترتبة]
- ٣٧٣ اشارة

- ٣٧٣ [الإشكال فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب]
- ٣٧٤ [عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف]
- ٣٧٤ مسألة فى أحكام الرد
- ٣٧٤ [ما يتحقق به الرد]
- ٣٧٥ [هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك]
- ٣٧٥ بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ٣٧٥ اشارة
- ٣٧٥ [ما يقع فى حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى]
- ٣٧٥ [ما يقع فى حال عدم التفات المالك]
- ٣٧٦ [حاصل الكلام فيما يتحقق به الرد]
- ٣٧٦ مسألة لو لم يجز المالك
- ٣٧٦ اشارة
- ٣٧٦ و أما حكم المشتري مع الفضولى
- ٣٧٦ اشارة
- ٣٧٦ الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا
- ٣٧٨ المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن
- ٣٨٣ مسألة لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه
- ٣٨٤ مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار
- ٣٨٦ مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله
- ٣٨٧ [القول فى أولياء التصرف]
- ٣٨٧ مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل - بالبيع و الشراء
- ٣٨٧ اشارة
- ٣٨٧ [عدم اعتبار العدالة فى ولاية الأب و الجد]
- ٣٨٨ و هل يشترط فى تصرفه المصلحة- أو يكفى عدم المفسدة أم لا

- ٣٨٩ [مشاركة الجد و إن علا للأب فى الحكم
- ٣٨٩ و لو فقد الأب و بقى الجد فهل أبوه أو جده يقوم مقامه فى المشاركة أو يخص هو بالولاية
- ٣٨٩ مسألة من جملة أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم
- ٣٨٩ اشارة
- ٣٨٩ للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة
- ٣٨٩ أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى فى علمه
- ٣٨٩ الثانى الحكومه
- ٣٨٩ الثالث ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس
- ٣٨٩ اشارة
- ٣٨٩ الولاية تتصور على وجهين
- ٣٩١ إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه
- ٣٩٣ مسألة فى ولاية عدول المؤمنين
- ٣٩٣ [حدود ولاية المؤمنين
- ٣٩٨ مسألة يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما
- ٣٩٨ اشارة
- ٣٩٨ [الاستدلال على عدم الصحة]
- ٣٩٩ [تمليك منافع المسلم من الكافر]
- ٤٠٠ و أما الارتهان عند الكافر
- ٤٠٠ و أما إعارته من كافر
- ٤٠٠ [المقصود من الكافر]
- ٤٠٠ [بيع العبد المؤمن من المخالف
- ٤٠٠ ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع
- ٤٠١ منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للاعتاق
- ٤٠١ و منها ما لو اشترط البائع عتقه

- ٤٠١ [حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]
- ٤٠١ [عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]
- ٤٠٢ مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر
- ٤٠٣ القول في شرائط العوضين
- ٤٠٣ يشترط في كل منهما كونه متمولاً
- ٤٠٣ اشارة
- ٤٠٣ و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الشرع
- ٤٠٣ ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس
- ٤٠٣ و احترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة
- ٤٠٣ [أقسام الأرضين و أحكامها]
- ٤٠٣ اشارة
- ٤٠٤ الأول ما يكون مواتاً بالأصله بأن لم تكن مسبوقه بالعمارة
- ٤٠٤ الثاني ما كانت عامرة بالأصله
- ٤٠٤ الثالث ما عرضت له الحياة بعد الموت
- ٤٠٥ الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة
- ٤٠٧ [مسألة من شروط العوضين كونه طلقاً]
- ٤٠٧ اشارة
- ٤٠٧ مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة و محكياً
- ٤٠٨ اشارة
- ٤٠٨ و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة
- ٤٠٨ [هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه]
- ٤٠٩ أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً
- ٤٠٩ أحدها عدم الخروج عنه أصلاً
- ٤٠٩ الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد

- ٤١٠ الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة
- ٤١٠ اشارة
- ٤١٠ فالمناسب أولا نقل عبائر هؤلاء
- ٤١٠ [كلام الشيخ المفيد]
- ٤١١ [كلام السيد المرتضى]
- ٤١١ [كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]
- ٤١١ [كلام سار قدس سره]
- ٤١١ [كلام ابن زهرة قدس سره]
- ٤١١ [كلام ابن حمزة قدس سره]
- ٤١١ [كلام الراوندى قدس سره]
- ٤١٢ [كلام المحقق قدس سره]
- ٤١٢ [كلام العلامة فى التحرير و الإرشاد و التذكرة]
- ٤١٢ [كلام الصيمرى قدس سره]
- ٤١٢ [كلام الفاضل المقداد قدس سره]
- ٤١٣ [كلام الفاضل القطيفى قدس سره]
- ٤١٣ [كلام المحقق الثانى قدس سره]
- ٤١٣ [كلام الشهيد الثانى قدس سره]
- ٤١٣ فيقع الكلام تارة فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع
- ٤١٣ أما الأول [أى الوقف المؤبد]
- ٤٢٧ و أما الوقف المنقطع
- ٤٢٨ و أما الوقف المنقطع
- ٤٢٨ مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكه أم ولد لسيدها
- ٤٢٨ اشارة
- ٤٢٨ و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن

- ٤٢٩ بقى الكلام فى معنى أم الولد
- ٤٣٠ و أما المواضع القابلة للاستثناء
- ٤٣٠ اشارة
- ٤٣٠ موارد القسم الأول
- ٤٣٠ فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين
- ٤٣٣ و منها تعلق كفن مولاها بها
- ٤٣٤ و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حياته
- ٤٣٥ و منها ما إذا جنت على مولاها- بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى
- ٤٣٥ و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديته
- ٤٣٥ و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت
- ٤٣٦ و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة
- ٤٣٦ و منها ما إذا كان مولاها ذميا و قتل مسلما
- ٤٣٦ و أما القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء
- ٤٣٦ فمن موارد ما إذا أسلمت و هى أمة ذمى
- ٤٣٦ و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو فى كسبها
- ٤٣٦ و منها بيعها على من تنعتق عليه
- ٤٣٧ و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها
- ٤٣٧ و أما القسم الثالث- و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء
- ٤٣٧ فمن موارد ما إذا كان علوقها بعد الرهن
- ٤٣٧ و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه
- ٤٣٧ و منها ما إذا كان علوقها بعد جنايتها
- ٤٣٧ و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها
- ٤٣٨ و منها ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها
- ٤٣٨ و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

- ٤٣٨ و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته فللمولى أن يبيعها
- ٤٣٨ و [أما] القسم الرابع- فهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرض لها للعتق
- ٤٣٨ مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا
- ٤٣٨ اشارة
- ٤٣٩ و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة
- ٤٤٠ [هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة]
- ٤٤٠ [هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]
- ٤٤١ [فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]
- ٤٤١ و الفرق بين الإجازة و الفك
- ٤٤١ [هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل]
- ٤٤٢ [ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف]
- ٤٤٢ [لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب]
- ٤٤٢ مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه
- ٤٤٣ مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور
- ٤٤٤ مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم
- ٤٤٤ اشارة
- ٤٤٤ [معنى الغرر لغة]
- ٤٤٥ [استدلال الفريقين بالنبوى المذكور على شرطية القدرة]
- ٤٤٥ [كلام الشهيد في تفسير الغرر]
- ٤٤٥ اشارة
- ٤٤٥ [المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد]
- ٤٤٦ [التمسك بالنبوى المذكور أخص من المدعى]
- ٤٤٦ ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر.
- ٤٤٦ منها ما اشتهر عن النبي ص من قوله: لا تبع ما ليس عندك

- ٤٤٧ ومنها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه
- ٤٤٧ ومنها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه
- ٤٤٧ ومنها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه
- ٤٤٧ [هل القدرة شرط أو العجز مانع
- ٤٤٧ اشارة
- ٤٤٧ [استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه
- ٤٤٨ [العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق
- ٤٤٩ [القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم
- ٤٤٩ [الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين
- ٤٤٩ [هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل
- ٤٥٠ مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا
- ٤٥١ مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة
- ٤٥٢ مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا
- ٤٥٢ مسألة العلم بقدر المثلث كالثمن
- ٤٥٣ اشارة
- ٤٥٣ و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة
- ٤٥٣ منها صحيحة الحلبي
- ٤٥٣ اشارة
- ٤٥٣ [الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه
- ٤٥٣ [رواية سماعاً]
- ٤٥٣ [رواية أبان
- ٤٥٤ [رواية أبي العطار]
- ٤٥٤ [و مرسله ابن بكير]
- ٤٥٤ [هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا]

- ٤٥٥ [أوجب معرفة العدد فى المعدود و الدليل عليه]
- ٤٥٥ مسألة [فى التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]
- ٤٥٥ اشارة
- ٤٥٥ [هل يجوز بيع المكيل وزنا و بالعكس]
- ٤٥٥ اشارة
- ٤٥٦ [الكلام فى مقامين]
- ٤٥٦ اشارة
- ٤٥٦ أما الأول [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إلى ما تعارف فيه]
- ٤٥٦ [الثانى التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلا]
- ٤٥٧ بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا
- ٤٦٠ مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور
- ٤٦٠ اشارة
- ٤٦٠ [هل يعتبر كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار]
- ٤٦٠ [ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصة]
- ٤٦٠ اشارة
- ٤٦١ [عدم الإشكال فى كون هذا الخيار خيار التخلف]
- ٤٦١ [كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع فهو بحكم إخبار البائع]
- ٤٦١ مسألة قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة
- ٤٦٢ مسألة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- ٤٦٢ اشارة
- ٤٦٢ الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة مقدرا بذلك العنوان
- ٤٦٢ الثانى أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه
- ٤٦٢ اشارة
- ٤٦٣ فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع

- ٤٦٤ الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق
- ٤٦٤ اشارة
- ٤٦٤ الفرق بين الوجه الثاني و الثالث
- ٤٦٤ مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه
- ٤٦٤ اشارة
- ٤٦٥ ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور.
- ٤٦٥ أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع
- ٤٦٥ و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه
- ٤٦٥ و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر
- ٤٦٥ صور إقباض الكلى
- ٤٦٦ لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أطلا معلومة]
- ٤٦٧ [أقسام بيع الصبرة]
- ٤٦٨ مسألة إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها
- ٤٦٨ اشارة
- ٤٦٩ فرعان
- ٤٦٩ الأول لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري
- ٤٧٠ الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد
- ٤٧١ مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك
- ٤٧٣ مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار
- ٤٧٥ مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره
- ٤٧٥ مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه
- ٤٧٨ مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة
- ٤٨١ مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع
- ٤٨١ [تنبيهات البيع

- ٤٨١ مسألة [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات
- ٤٨٤ مسألة لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا في حرمة و كراهته.
- ٤٨٥ مسألة يحرم النجش على المشهور
- ٤٨٦ مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم
- ٤٨٧ مسألة احتكار الطعام
- ٤٨٧ اشارة
- ٤٨٨ ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما يتم ببيان أمور
- ٤٨٨ الأول في مورد الاحتكار
- ٤٨٨ الثاني [ما هو حد الاحتكار]
- ٤٨٨ الثالث [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه
- ٤٨٩ الرابع أقسام حبس الطعام
- ٤٨٩ الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل في إجبار المحتكر على البيع
- ٤٨٩ خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.
- ٤٩٠ الجزء الثالث
- ٤٩٠ الخيارات
- ٤٩٠ اشارة
- ٤٩٠ مقدمتان
- ٤٩٠ الأولى [في معنى الخيار لغة و اصطلاحاً]
- ٤٩٠ الثانية [الأصل في البيع اللزوم]
- ٤٩١ اشارة
- ٤٩١ أقول المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان
- ٤٩١ الأول الراجع
- ٤٩١ الثاني القاعدة المستفادة من العمومات
- ٤٩١ الثالث الاستصحاب

- ٤٩١ الرابع المعنى اللغوى
- ٤٩٢ [الأدلة على أصالة اللزوم]
- ٤٩٢ اشارة
- ٤٩٢ فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ٤٩٣ [الاستدلال بآية أحل الله البيع]
- ٤٩٣ [الاستدلال بآية تجارة عن تراض]
- ٤٩٣ ومنها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
- ٤٩٣ ومنها قوله: الناس مسلطون على أموالهم
- ٤٩٣ ومنها قوله: المؤمنون عند شروطهم
- ٤٩٤ ومنها الأخبار المستفيضة فى أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا
- ٤٩٤ [مقتضى الاستصحاب أيضا اللزوم]
- ٤٩٤ [ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]
- ٤٩٤ [إذا شك فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]
- ٤٩٤ القول فى أقسام الخيار
- ٤٩٥ اشارة
- ٤٩٥ الأول فى خيار المجلس
- ٤٩٥ اشارة
- ٤٩٥ مسألة لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة
- ٤٩٥ اشارة
- ٤٩٥ [أقسام الوكيل]
- ٤٩٥ [أن يكون وكيلًا فى مجرد إجراء العقد]
- ٤٩٦ [أن يكون وكيلًا مستقلا فى التصرف المالى]
- ٤٩٦ [أن لا يكون مستقلا فى التصرف]
- ٤٩٦ [هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل]

- ٤٩٧ [عدم ثبوت الخيار للفضولي]
- ٤٩٧ مسألة لو كان العاقد واحدا
- ٤٩٧ مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار
- ٤٩٧ منها من يعتق على أحد المتبايعين
- ٤٩٩ و منها العبد المسلم المشتري من الكافر
- ٤٩٩ و منها شراء العبد نفسه
- ٤٩٩ مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا
- ٥٠٠ مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
- ٥٠٠ القول في مسقطات الخيار
- ٥٠٠ اشارة
- ٥٠٠ مسألة لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد.
- ٥٠١ اشارة
- ٥٠٢ ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه-
- ٥٠٢ أحدها أن يشترط عدم الخيار
- ٥٠٢ الثاني أن يشترط عدم الفسخ
- ٥٠٢ الثالث أن يشترط إسقاط الخيار
- ٥٠٢ بقى الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد
- ٥٠٢ اشارة
- ٥٠٣ فرع
- ٥٠٣ مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
- ٥٠٣ اشارة
- ٥٠٣ مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر
- ٥٠٤ مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين
- ٥٠٤ اشارة

- ٥٠٤ مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخير أيضا
- ٥٠٥ مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخير و بقي الآخر في المجلس
- ٥٠٧ مسألة لو زال الإكراه
- ٥٠٧ الثاني خيار الحيوان
- ٥٠٧ [عموم هذا الخيار لكل ذى حياة]
- ٥٠٧ [هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضا]
- ٥٠٨ مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ٥٠٩ مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار
- ٥٠٩ مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد
- ٥٠٩ مسألة لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام
- ٥١٠ مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ٥١٠ أحدها اشتراط سقوطه في العقد
- ٥١٠ و الثاني إسقاطه بعد العقد
- ٥١٠ و الثالث التصرف
- ٥١١ [المراد من فذلك رضى منه في صحیحة ابن رئاب]
- ٥١١ اشارة
- ٥١١ فقوله ع فذلك رضاء منه و لا شرط له يحتمل وجوها
- ٥١١ أحدها أن يكون الجملة جوابا للشرط
- ٥١١ الثاني أن يكون توطئة للجواب
- ٥١١ الثالث أن يكون الجملة إخبارا عن الواقع
- ٥١١ الرابع أن يكون إخبارا عن الواقع
- ٥١٢ [المناقشة في الاحتمالين الأولين]
- ٥١٢ [المناقشة في الاحتمال الرابع]
- ٥١٢ فتعين إرادة المعنى الثالث

- ٥١٤ الثالث خيار الشرط
- ٥١٤ اشارة
- ٥١٤ و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد
- ٥١٤ اشارة
- ٥١٤ مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه
- ٥١٥ مسألة لا فرق في بطلان العقد- بين ذكر المدة المجهولة
- ٥١٥ مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
- ٥١٦ مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي
- ٥١٦ مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار
- ٥١٦ مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار
- ٥٢١ مسألة لا إشكال و لا خلاف- في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع- و جريانه في كل معاوضة لازمة
- ٥٢١ اشارة
- ٥٢٢ و الأصل في ما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم
- ٥٢٢ فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم
- ٥٢٢ اشارة
- ٥٢٢ أما الإيقاعات
- ٥٢٣ و أما العقود
- ٥٢٤ [هل يدخل خيار الشرط في القسمة]
- ٥٢٤ الرابع خيار الغبن
- ٥٢٤ [الغبن لغة و اصطلاحا]
- ٥٢٤ و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إَلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ
- ٥٢٥ [الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]
- ٥٢٥ [ما استدل به في التذكرة و المناقشة فيه]
- ٥٢٥ [الاستدلال بلا ضرر و ضرار]

- ٥٢٦ [ما استدل به على عدم سقوط الخيار مع البذل و المناقشة فيه]
- ٥٢٦ و قد استدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن
- ٥٢٦ اشارة
- ٥٢٧ و الإنصاف عدم دلالتها على المدعى
- ٥٢٧ فالعمدة في المسألة الإجماع
- ٥٢٧ ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل
- ٥٢٧ مسألة يشترط في هذا الخيار أمران
- ٥٢٧ الأول عدم علم المغبون بالقيمة
- ٥٢٨ الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا
- ٥٢٨ بقى هنا شيء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضريبة
- ٥٢٩ [تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]
- ٥٢٩ اشارة
- ٥٢٩ و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض
- ٥٣٠ مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد
- ٥٣١ مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ٥٣١ أحدها إسقاطه بعد العقد
- ٥٣٢ الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد
- ٥٣٢ الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن
- ٥٣٣ الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن
- ٥٣٣ ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع و المشتري
- ٥٣٤ [الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخته]
- ٥٣٤ و في لحوق الإجارة بالبيع قولان
- ٥٣٤ و في لحوق الامتزاز مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه
- ٥٣٤ و أما تصرف الغابن

- ٥٣٤ اشارة
- ٥٣٥ [جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز]
- ٥٣٥ [لو اتفق عود الملك إلى الغابن]
- ٥٣٥ [تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين]
- ٥٣٧ بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن
- ٥٣٧ مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية
- ٥٣٨ مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى
- ٥٣٨ اشارة
- ٥٣٨ [الاستدلال للفور بأية أوفوا بالعقود]
- ٥٣٨ [الاستدلال للتراخى بالاستصحاب]
- ٥٣٨ [المناقشة فى الوجوه المذكورة]
- ٥٤٠ [ما ذكره بعض المعاصرين فى المسألة]
- ٥٤٠ اشارة
- ٥٤٠ [المناقشة فى ما ذكره بعض المعاصرين]
- ٥٤٠ [الأقوى الفور و الدليل عليه]
- ٥٤١ [رأى المصنف فى المسألة]
- ٥٤١ [معدورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]
- ٥٤١ و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل
- ٥٤١ الخامس خيار التأخير
- ٥٤٢ [كلام التذكرة فى خيار التأخير]
- ٥٤٢ [الدليل على هذا الخيار]
- ٥٤٢ اشارة
- ٥٤٢ الأخبار المستفيضة
- ٥٤٢ اشارة

- ٥٤٢ و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع
- ٥٤٣ ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور
- ٥٤٣ أحدها عدم قبض المبيع
- ٥٤٣ الشرط الثاني عدم قبض مجموع الثمن
- ٥٤٤ الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين
- ٥٤٤ الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه
- ٥٤٥ ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها في هذا الخيار
- ٥٤٥ منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما
- ٥٤٥ و منها تعدد المتعاقدين
- ٥٤٦ و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية
- ٥٤٦ ثم إن مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد
- ٥٤٦ مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ٥٤٧ مسألة في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي
- ٥٤٧ مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة- كان من البائع إجماعا مستفيضا
- ٥٤٨ مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له
- ٥٤٩ السادس خيار الرؤية
- ٥٤٩ اشارة
- ٥٤٩ مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة
- ٥٥١ مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري
- ٥٥٢ مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا
- ٥٥٣ مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين
- ٥٥٤ مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة
- ٥٥٤ مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشتري قد اختلف
- ٥٥٤ مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل

- ٥٥٥ السابع خيار العيب
- ٥٥٥ اشارة
- ٥٥٥ مسألة ظهور العيب فى المبيع- يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش
- ٥٥٦ القول فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما
- ٥٥٦ مسألة يسقط الرد خاصة بأمر
- ٥٥٦ أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش
- ٥٥٦ الثانى التصرف فى المعيب
- ٥٥٩ الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ٥٦١ الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري
- ٥٦١ اشارة
- ٥٦٣ تنبيه أهل تبعض الصفقة مانع من الرد
- ٥٦٥ مسألة يسقط الأرش دون الرد فى موضعين
- ٥٦٥ أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب فى أحدهما فلا أرش حذرا من الربا
- ٥٦٥ الثانى ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة
- ٥٦٦ مسألة يسقط الرد و الأرش معا بأمر
- ٥٦٦ أحدها العلم بالعيب قبل العقد
- ٥٦٦ الثانى تبرى البائع عن العيوب
- ٥٦٦ اشارة
- ٥٦٦ ثم إن البراءة فى هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور
- ٥٦٧ ثم إن تبرأ البائع عن المعيوب مطلقا أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار
- ٥٦٧ ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها
- ٥٦٧ منها زوال العيب قبل العلم به
- ٥٦٧ و منها التصرف بعد العلم بالعيب
- ٥٦٨ و منها التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب

- ٥٦٨ و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور
- ٥٦٨ و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب
- ٥٦٩ و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ٥٧٠ مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]
- ٥٧١ مسائل فى اختلاف المتبايعين
- ٥٧١ اشارة
- ٥٧١ أما الأول [الاختلاف فى موجب الخيار]
- ٥٧١ اشارة
- ٥٧١ الأولى لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه
- ٥٧١ الثانية لو اختلفا فى كون الشىء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة
- ٥٧١ الثالثة لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك
- ٥٧٢ الرابعة لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته
- ٥٧٣ و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط
- ٥٧٣ اشارة
- ٥٧٣ الأولى لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه
- ٥٧٣ الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده
- ٥٧٣ الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه
- ٥٧٤ الرابعة لو اختلف فى البراءة قدم منكرها
- ٥٧٤ الخامسة لو ادعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري
- ٥٧٤ و أما الثالث [الاختلاف فى الفسخ]
- ٥٧٤ اشارة
- ٥٧٥ الأولى لو اختلفا فى الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه
- ٥٧٥ الثانية لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت
- ٥٧٥ الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

- ٥٧٥ اشارة
- ٥٧٥ القول فى ماهية العيب و ذكر بعض افراده
- ٥٧٨ الكلام فى بعض افراد العيب
- ٥٧٨ مسألة لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا
- ٥٧٨ مسألة الجبل عيب فى الإمام
- ٥٧٩ مسألة الأكثر على أن الشيوبة ليست عيبا فى الإمام
- ٥٨٠ مسألة [هل عدم الختان عيب فى العبد]
- ٥٨٠ مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض
- ٥٨٠ مسألة الإباق عيب بلا إشكال و لا خلاف
- ٥٨١ مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب
- ٥٨١ مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن
- ٥٨٣ خاتمة فى عيوب متفرقة
- ٥٨٣ القول فى الأرش
- ٥٨٣ [الأرش لغة و اصطلاحا]
- ٥٨٣ اشارة
- ٥٨٣ [كلام الشهيد فى معنى الأرش]
- ٥٨٤ ثم إن ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص
- ٥٨٥ [هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]
- ٥٨٥ [هل يعقل استغراق الأرش للثمن]
- ٥٨٦ مسألة يعرف الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب- ليعرف التفاوت بينهما
- ٥٨٧ مسألة لو تعارض المقومون
- ٥٨٧ اشارة
- ٥٨٧ [الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن]
- ٥٨٨ [صور اختلاف المقومين]

- ٥٨٨ اشارة
- ٥٨٨ [الاختلاف فى الصحيح فقط]
- ٥٨٩ [الاختلاف فى المعيب فقط]
- ٥٨٩ [الاختلاف فى الصحيح و المعيب معا]
- ٥٩٠ القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب
- ٥٩٠ الشرط يطلق فى العرف على معنيين
- ٥٩١ أحدهما المعنى الحدتى
- ٥٩١ الثانى ما يلزم من عدمه العدم
- ٥٩١ الكلام فى شروط صحة الشرط
- ٥٩١ اشارة
- ٥٩٢ أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف
- ٥٩٣ الثانى أن يكون الشرط سائغا فى نفسه
- ٥٩٣ الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا- أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.
- ٥٩٣ الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة
- ٥٩٣ اشارة
- ٥٩٣ الأخبار الواردة فى هذا الشرط
- ٥٩٤ [المراد بكتاب الله]
- ٥٩٤ [المراد بموافقة الكتاب فى بعض الأخبار]
- ٥٩٤ [المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]
- ٥٩٥ [المراد بحكم الكتاب و السنة]
- ٥٩٥ [انقسام الحكم الشرعى إلى قسمين]
- ٥٩٥ [ما يثبت للشىء من حيث نفسه]
- ٥٩٥ [ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]
- ٥٩٥ [القسم الأول من الشروط ليس مخالفا للكتاب]

- ٥٩٥ [ظاهر مورد بعض الأخبار من قبيل الأول و توجيهه]
- ٥٩٧ [الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]
- ٥٩٧ و أدلة الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثاني
- ٥٩٧ [المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]
- ٥٩٨ ثم إنه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرم للحلال
- ٥٩٨ اشارة
- ٥٩٨ [عدم ورود الإشكال في الشرط المحلل للحرام]
- ٥٩٨ [توهم اختصاص الإشكال بما دل على الإباحة التكليفيه]
- ٥٩٩ [ما أفاده الفاضل النراقى في تفسير الشرط المحرم للحلال]
- ٦٠٠ [ما أفاده المحقق القمى في تفسير الشرط المذكور]
- ٦٠٠ الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد
- ٦٠٢ الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع
- ٦٠٣ الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال
- ٦٠٣ الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد
- ٦٠٤ و قد يتوهم هنا شرط تاسع- و هو تنجيز الشرط بناء على أن تعليقه
- ٦٠٤ اشارة
- ٦٠٤ [دفع هذا التوهم]
- ٦٠٤ مسألة في حكم الشرط الصحيح
- ٦٠٤ [أقسام الشرط]
- ٦٠٤ [شرط الوصف]
- ٦٠٤ [شرط الفعل]
- ٦٠٤ [شرط الغاية]
- ٦٠٥ و لا إشكال في أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط
- ٦٠٥ و أما الثالث

- ٦٠٥ و إنما الخلاف و الإشكال فى القسم الثانى- و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل
- ٦٠٥ اشارة
- ٦٠٥ الأولى فى وجود الوفاء من حيث التكليف الشرعى
- ٦٠٦ الثانية فى أنه لو قلنا بوجود الوفاء- من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع
- ٦٠٧ الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب
- ٦٠٨ الخامسة لو تعذر الشرط
- ٦٠٩ السادسة للمشروط له إسقاط شرطه
- ٦٠٩ السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن- عند انكشاف التخلف على المشهور
- ٦١١ القول فى حكم الشرط الفاسد
- ٦١١ اشارة
- ٦١١ الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجود الوفاء به بل هو داخل فى الوعيد
- ٦١١ اشارة
- ٦١٢ [هل الشرط الفاسد لغير إخلاله بالعقد مفسد للعقد]
- ٦١٢ اشارة
- ٦١٢ فالقول بالصحة فى أصل المسألة لا يخلو عن قوة
- ٦١٢ [أدلة القائلين بالإفساد]
- ٦١٤ و يدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار
- ٦١٥ و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع
- ٦١٥ و الإنصاف أن المسألة فى غاية الإشكال
- ٦١٥ [هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له]
- ٦١٥ الثانى لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده لم يصح بذلك العقد
- ٦١٥ الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد
- ٦١٦ الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء
- ٦١٦ الكلام فى أحكام الخيار

- ٦١٦الكلام فى أحكام الخيار
- ٦١٦الخيار موروث بأنواعه
- ٦١٧إشارة
- ٦١٧[الاستدلال عليه بما ورد فى إرث ما ترك الميـت]
- ٦١٧إشارة
- ٦١٧الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين فى إرث ما ترك الميـت يتوقف على ثبوت أمرين
- ٦١٧أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا
- ٦١٧الثانى كونه حقا قابلا للانتقال
- ٦١٧بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا
- ٦١٩مسألة فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزية و التقسيم
- ٦١٩إشارة
- ٦١٩الأول ما اختاره بعضهم- من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا
- ٦١٩الثانى استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه
- ٦١٩الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار
- ٦١٩إشارة
- ٦٢٠و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع
- ٦٢٠[فساد الوجه الأول]
- ٦٢٠[عدم دلالة أدلة الإرث على الوجه الثانى]
- ٦٢٠[المتيقن من الأدلة هو الوجه الثالث]
- ٦٢٠[عدم الدليل على المعنى الثانى للوجه الثالث أيضا]
- ٦٢١ثم إن ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد
- ٦٢١[الإشكال على حكم المشهور فى حق الشفعة و الجواب عنه]
- ٦٢١ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول- هو مختار العلامة فى القواعد
- ٦٢١[كلام الشهيد فى الدروس]

- ٦٢١ و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة
- ٦٢٢ فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم
- ٦٢٣ مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات
- ٦٢٣ مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات
- ٦٢٣ مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار
- ٦٢٤ مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به
- ٦٢٤ اشارة
- ٦٢٥ و كيف كان فالمسألة ذات قولين
- ٦٢٥ اشارة
- ٦٢٥ [ثمره القولين فى المسألة]
- ٦٢٥ [رأى المصنف فى المسألة]
- ٦٢٥ اشارة
- ٦٢٦ فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى فى المسألة لا يخلو عن قوة
- ٦٢٦ فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له فقال أعتقهما
- ٦٢٧ مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ
- ٦٢٧ [القول بالمنع]
- ٦٢٧ [القول بالجواز]
- ٦٢٨ [عدم الفرق بين العتق و غيره]
- ٦٢٨ [الفرق بين الإتلاف و غيره]
- ٦٢٨ حجة القول بالمنع
- ٦٢٨ اشارة
- ٦٢٩ [المناقشة فى الحجة المذكورة]
- ٦٢٩ و أما الخيارات المجعلولة بالشرط
- ٦٢٩ [حكم الإتلاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]

- ٦٢٩ [حكم ما لو نقله عن ملكه]
- ٦٣٠ [هل يلزم العاقد بالفسخ]
- ٦٣٠ [هل يكون انفساخ العقد الثاني على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]
- ٦٣٠ [هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]
- ٦٣١ فرعان
- ٦٣١ الأول لو منعا عن التصرف المتلف في زمن الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين
- ٦٣١ الثاني أنه هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار- بدون إذن ذي الخيار
- ٦٣١ اشارة
- ٦٣٢ [رأى المؤلف]
- ٦٣٢ مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد-
- ٦٣٢ اشارة
- ٦٣٢ [ما هو رأى الشيخ الطوسى فى المسألة]
- ٦٣٢ [كلام الشيخ فى الخلاف]
- ٦٣٣ [كلام الشيخ فى المبسوط]
- ٦٣٣ [الأقوى رأى المشهور و الاستدلال عليه]
- ٦٣٣ اشارة
- ٦٣٤ [الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة و المناقشة فيه]
- ٦٣٤ [ضعف ما استدل به فى التذكرة أيضا]
- ٦٣٥ [أشد ضعفا من الكل]
- ٦٣٥ [الاستدلال برواية الخراج بالضمان و المناقشة فيه]
- ٦٣٥ [العمدة فى قول المشهور]
- ٦٣٥ و استدل للقول الآخر- بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار
- ٦٣٥ اشارة
- ٦٣٥ [المناقشة فى الاستدلال المذكور]

- ٦٣٦ [هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]
- ٦٣٦ [اختصاص محل الكلام بخيارى الحيوان و الشرط]
- ٦٣٦ مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة
- ٦٣٦ اشارة
- ٦٣٧ [قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له]
- ٦٣٧ [كلمات الفقهاء فى المسألة]
- ٦٣٧ اشارة
- ٦٣٧ [ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثلن]
- ٦٣٨ [الإنصاف عدم شمول كلماتهم لمطلق الخيار]
- ٦٣٨ [عدم شمول صحیحہ ابن سنان لمطلق الخيار أيضا]
- ٦٣٨ ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض
- ٦٣٩ و أما عموم الحكم للثلن و المثلن
- ٦٣٩ [جريان القاعدة إذا كان الثمن شخصيا]
- ٦٣٩ [إذا كان الثمن أو المثلن كليا]
- ٦٤٠ [ظاهر الدروس عدم الانفساخ]
- ٦٤٠ [ظاهر التذكرة أيضا عدم الانفساخ]
- ٦٤٠ [لو كان التالف هو البعض]
- ٦٤٠ [إذا كان التلف بالإتلاف]
- ٦٤٠ [لو كان الإتلاف من الأجنبى]
- ٦٤١ مسألة و من أحكام الخيار [هل يسقط الخيار بتلف العين]
- ٦٤١ مسألة [هل يسقط الخيار بتلف العين]
- ٦٤١ اشارة
- ٦٤١ [مواضع التردد فى ثبوت الخيار مع التلف]
- ٦٤١ اشارة

- ٦٤٢ [ما ذكره العلامة]
- ٦٤٢ [ما ذكره المحقق الثاني]
- ٦٤٢ و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار
- ٦٤٢ التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.
- ٦٤٣ القول في النقد و النسيئة
- ٦٤٣ [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]
- ٦٤٣ مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد
- ٦٤٣ اشارة
- ٦٤٣ فلو اشترطا تعجيل الثمن
- ٦٤٣ [فائدة اشتراط التعجيل]
- ٦٤٤ مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة
- ٦٤٤ اشارة
- ٦٤٤ و لا فرق فى الأجل المعين بين الطويل و القصير
- ٦٤٤ و هل يجوز الإفراط فى التأخير
- ٦٤٤ ثم إن المعتبر فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها
- ٦٤٥ مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا
- ٦٤٥ اشارة
- ٦٤٥ [أدلة القول بالبطلان]
- ٦٤٥ [كلمات الفقهاء فى المسألة]
- ٦٤٦ مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل
- ٦٤٧ مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه
- ٦٤٧ اشارة
- ٦٤٨ [إذا امتنع الدائن من القبول]
- ٦٤٨ و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض

- ٦٤٨ و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له
- ٦٤٨ فإن لم يمكن إجباره ففى وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه العدم
- ٦٤٨ [جواز التصرف فى المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]
- ٦٤٩ [رأى المؤلف فى الفرعين المذكورين]
- ٦٤٩ مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]
- ٦٤٩ اشارة
- ٦٤٩ [نزول آية الربا فى ذلك]
- ٦٤٩ اشارة
- ٦٤٩ [تأييد ذلك بصحيفة ابن أبى عمير]
- ٦٥٠ [تأييد ذلك بصحيفة ابن أبى عمير]
- ٦٥٠ [دلالة بعض الأخبار على ما تقدم]
- ٦٥٠ [عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد]
- ٦٥٠ مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]
- ٦٥٠ اشارة
- ٦٥١ فالأقوى هو المشهور- للعمومات المجوزة كتابا و سنة
- ٦٥١ اشارة
- ٦٥١ [توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]
- ٦٥١ اشارة
- ٦٥١ [الجواب عن توهم المعارضة]
- ٦٥٢ [ما حكى عن الشيخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا كان أزيد]
- ٦٥٢ [إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]
- ٦٥٢ اشارة
- ٦٥٢ [الاستدلال على بطلان هذا البيع بالدور]
- ٦٥٣ اشارة

- ٦٥٣ [النقض على الاستدلال]
- ٦٥٣ [تقرير الدور في جامع المقاصد]
- ٦٥٣ اشارة
- ٦٥٣ [ما أجيب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]
- ٦٥٣ [الاستدلال على البطلان بعدم القصد]
- ٦٥٣ اشارة
- ٦٥٤ [الرد على الاستدلال]
- ٦٥٤ [الاستدلال على البطلان برواية الحسين ابن المنذر]
- ٦٥٤ اشارة
- ٦٥٤ [بيان الاستدلال]
- ٦٥٤ بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح
- ٦٥٤ [مناقشة المؤلف في الاستدلال]
- ٦٥٥ [الاستدلال على البطلان برواية على بن جعفر و المناقشة فيه]
- ٦٥٥ [رأى المؤلف في المسألة]
- ٦٥٥ [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]
- ٦٥٥ مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد
- ٦٥٦ مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة
- ٦٥٦ مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا
- ٦٥٦ مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل
- ٦٥٧ مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه
- ٦٥٧ مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]
- ٦٥٧ مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا في صورة الاشتراط]
- ٦٥٨ القول في القبض
- ٦٥٨ اشارة

- ٦٥٨ مسألة اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول بعد اتفاهم على أنها التخليه (فى غير المنقول- على أقوال
- ٦٥٨ أحدها أنها التخليه) أيضا
- ٦٥٨ الثانى أنه فى المنقول النقل
- ٦٥٨ الثالث ما فى الدروس
- ٦٥٨ الرابع ما فى الغنيه
- ٦٥٨ الخامس ما فى المبسوط
- ٦٥٨ السادس أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد
- ٦٥٩ السابع ما فى المختلف
- ٦٥٩ الثامن أنه التخليه مطلقا
- ٦٥٩ [رأى المؤلف فى المسأله]
- ٦٥٩ اشارة
- ٦٥٩ [بطلان تفسير القبض بالتخليه]
- ٦٥٩ [لا بد من استفادة معنى القبض من حكم كل مورد بخصوصه]
- ٦٥٩ [اختلاف المناط فى القبض باختلاف مدرك الضمان]
- ٦٦٠ [القبض هو الاستيلاء فى المنقول و غيره]
- ٦٦٠ [المناقشه فى اعتبار النقل و التحويل فى القبض]
- ٦٦١ و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته فى قبض المكيل أو الموزون
- ٦٦١ [لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع]
- ٦٦١ فرعان
- ٦٦٢ الأول قال فى التذكرة لو باع دارا أو سفينه مشحونه بأمتعه البائع
- ٦٦٢ الثانى [لو كيل أو وزن قبل البيع فهل يجب اعتباره ثانيا لتحقق القبض]
- ٦٦٢ اشارة
- ٦٦٢ [كلمات الفقهاء فى المسأله]
- ٦٦٢ اشارة

- ٦٦٣ [عدم ظهور كلمات الفقهاء فى وجوب الاعتبار مرة أخرى]
- ٦٦٣ اشارة
- ٦٦٣ [استثناء بيع التولية ليس قرينه على وجوب الاعتبار مرة أخرى]
- ٦٦٤ القول فى وجوب القبض
- ٦٦٤ مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع
- ٦٦٤ اشاره
- ٦٦٤ [محل الخلاف فى المسألة]
- ٦٦٤ اشاره
- ٦٦٥ فلو كان أحدهما مؤجلا
- ٦٦٥ [لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]
- ٦٦٥ ثم إذا ابتداء أحدهما بالتسليم
- ٦٦٥ مسألة يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة
- ٦٦٥ اشاره
- ٦٦٥ [الاستدلال عليه]
- ٦٦٦ [لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]
- ٦٦٦ [لو كان فى الأرض زرع للبائع]
- ٦٦٦ و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شىء هدمه بإذن المشتري
- ٦٦٦ مسألة لو امتنع البائع من التسليم
- ٦٦٧ الكلام فى أحكام القبض
- ٦٦٧ اشارة
- ٦٦٧ مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض
- ٦٦٧ اشارة
- ٦٦٧ [الاستدلال عليه بالنبوى المشهور]
- ٦٦٧ [الضمان فى المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان اليد]

- ٦٦٧ [الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض برواية عقبه أيضا]
- ٦٦٨ [عدم الخلاف في المسألة]
- ٦٦٨ [نماء المبيع قبل التلف للمشتري]
- ٦٦٨ [تعذر الوصول بحكم التلف]
- ٦٦٨ [لو كان القبض غير واجد لشرائط الصحة]
- ٦٦٩ [هل يكتفى بالتخليه في سقوط الضمان]
- ٦٦٩ و أما الإتلاف
- ٦٦٩ اشارة
- ٦٦٩ فإن كان من المشتري
- ٦٦٩ و لو أتلغه البائع
- ٦٦٩ و لو أتلغه أجنبي
- ٦٧٠ مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين
- ٦٧٠ مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه
- ٦٧٠ فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ البيع فيه
- ٦٧٠ إن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن
- ٦٧١ و كيف كان فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض
- ٦٧١ اشارة
- ٦٧١ و أما الخلاف في الأرش
- ٦٧١ اشارة
- ٦٧١ [المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال عليه]
- ٦٧١ اشارة
- ٦٧١ [ما يؤيد ثبوت الأرش]
- ٦٧٢ [الإشكال في ثبوت الأرش]
- ٦٧٢ [الأقوى قول المشهور]

- ٦٧٢ و أما لو تعيب بفعل أحد
- ٦٧٢ مسألة الأوقى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية
- ٦٧٣ [الأولى حمل الروايات المجوزة على التولية]
- ٦٧٣ اشارة
- ٦٧٣ [الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبى بصير و المناقشة فيه]
- ٦٧٣ و ربما يستدل على الجواز بصحيحى الحلبي و ابن مسلم
- ٦٧٣ و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة فى جواز بيع السلم على من هو عليه
- ٦٧٣ [الحكم فى غير المكيل و الموزون]
- ٦٧٤ [أقوال خمسة فى بيع المكيل و الموزون قبل القبض]
- ٦٧٤ [هل المنع تكليفى أو وضعى]
- ٦٧٤ و ينبغى التنبيه على أمور
- ٦٧٤ اشارة
- ٦٧٤ الأول أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم
- ٦٧٥ الثانى هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال
- ٦٧٥ الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به
- ٦٧٧ الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح
- ٦٧٨ مسألة لو كان له طعام على غيره- فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته
- ٦٧٨ اشارة
- ٦٧٨ أحدها أن يكون المال سلما
- ٦٧٨ الثانية أن يكون ما عليه قرضا
- ٦٧٩ الثالثة أن يكون الاستقرار من جهة الغصب
- ٦٧٩ الجزء الرابع فى الرسائل الملحقه
- ٦٧٩ ١- رساله فى التقيّة
- ٦٧٩ اشارة

- ٦٧٩ [المقام الأول]
- ٦٨٠ و أما المقام الثانى
- ٦٨٠ المقام الثالث
- ٦٨٠ اشارة
- ٦٨٢ [اعتبار عدم المندوحة]
- ٦٨٤ بقى هنا أمور:
- ٦٨٤ الأول
- ٦٨٦ الثانى
- ٦٨٦ الثالث
- ٦٨٧ المقام الرابع
- ٦٨٨ ٢- رساله فى العدالة
- ٦٨٨ اشارة
- ٦٨٨ العدالة لغة:
- ٦٨٩ [الأقوال فى العدالة]
- ٦٨٩ اشارة
- ٦٨٩ أحدها:
- ٦٨٩ الثانى:
- ٦٨٩ الثالث:
- ٦٩٠ يذكر فى معنى العدالة قولان آخران:
- ٦٩٠ أحدهما: الإسلام و عدم ظهور الفسق
- ٦٩٠ و الثانى: حسن الظاهر
- ٦٩٠ اشارة
- ٦٩٢ [اعتبار المروة فى مفهوم العدالة]
- ٦٩٥ [ما أورد على القول بالملكة]

- ٦٩٥ اشارة
- ٦٩٥ منها:
- ٦٩٦ و منها
- ٦٩٧ و منها:
- ٦٩٨ و منها:
- ٦٩٨ وكذلك كون العدالة «نفس حسن الظاهر» غير معقول،
- ٧٠١ [طرق إثبات كون المعصية كبيرة]
- ٧٠١ اشارة
- ٧٠١ الأول: النصّ المعتبر على أنها كبيرة
- ٧٠١ الثاني: النصّ المعتبر على أنها ممّا أوجب الله عليها النار
- ٧٠١ الثالث: النصّ في الكتاب الكريم على ثبوت العقاب عليه بالخصوص
- ٧٠٢ الرابع: دلالة العقل و النقل على أشدّيّة معصيته ممّا ثبت كونها من الكبيرة أو مساواتها
- ٧٠٢ الخامس: أن يرد النصّ بعدم قبول شهادة عليه
- ٧٠٤ خاتمة
- ٧٠٥ في التوبة
- ٧٠٦ [إثبات العدالة بالشهادة]
- ٧٠٨ ٣- رسالة في القضاء عن الميت
- ٧٠٨ اشارة
- ٧٠٨ مسألة «٢» في قضاء الصلاة عن الميت
- ٧٠٨ أمّا القضاء عن الميت «٣»
- ٧١٠ و أمّا القاضى
- ٧١٢ و أمّا المقضى
- ٧١٣ و أمّا المقضى عنه
- ٧١٣ و أمّا أحكام القضاء

- ٧٢٠ فرع
- ٧٢١ ٤- رسالة في المواسعة و المضايقة
- ٧٢١ اشارة
- ٧٢١ مسألة اختلفوا في وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة على أقوال:
- ٧٢١ أحدها: عدم الوجوب مطلقا
- ٧٢٢ و الثاني «٦٢»: القول بعدم وجوب الترتيب مع تعدد الفائتة
- ٧٢٣ الثالث: القول بالمواسعة في غير فائتة اليوم
- ٧٢٤ الرابع: ما حكى عن المحقق في العزيمية
- ٧٢٥ الخامس: ما عن ابن أبي جمهور الأحسائي «٦» من التفصيل
- ٧٢٥ السادس: القول بالمواسعة إذا فاتت عمدا، و بالمضايقة إذا فاتت نسيانا،
- ٧٢٥ السابع: ما تقدم عن العزيمية من الترتيب في الوقت الاختياري، دون غيره.
- ٧٢٥ الثامن: القول بالمضايقة المطلقة
- ٧٢٥ اشارة
- ٧٢٦ الأول: ترتيب الأداء على القضاء
- ٧٢٦ الثاني: التسوية بين أقسام الفوات و أسباب الفوات في مقابل التفاصيل المتقدمة.
- ٧٢٦ الثالث: فورية القضاء
- ٧٢٦ الرابع: بطلان الحاضرة إذا قدمت على الفائتة في السعة
- ٧٢٦ الخامس: العدول عن الحاضرة إلى الفائتة إذا ذكرها في الأثناء
- ٧٢٦ السادس: وجوب التشاغل بالقضاء إلبا عند ضيق الأداء
- ٧٢٧ السابع: تحريم الأفعال المنافية للقضاء عدا الصلاة الحاضرة في آخر وقتها
- ٧٢٧ [أدلة القول بالمواسعة]
- ٧٢٧ اشارة
- ٧٢٧ أحدها: الأصل. و تقريره من وجوه خمسة، أو ستة:
- ٧٢٨ الأول: أصالة البراءة عن التعجيل

- ٧٢٩ الثاني من وجوه تقرير الأصل: استصحاب صحّة صلاته الحاضرة على أنها حاضرة، إذا ذكر الفائتة في أثنائها.
- ٧٣٠ الثالث من وجوه تقرير الأصل: أصالة عدم وجوب العدول من الحاضرة إلى الفائتة.
- ٧٣٠ الرابع: أصالة إباحة فعل الحاضرة و عدم حرمتها
- ٧٣١ الخامس: أنّ الحاضرة كانت يجوز فعلها في السعة قبل اشتغال الذمة بالفائتة.
- ٧٣٢ السادس: أصالة عدم حرمة المنافيات لفعل الفائتة من المباحات الذاتية
- ٧٣٣ [الدليل الثاني: الإطلاقات]
- ٧٣٣ اشارة
- ٧٣٣ الأولى: ما دلّ على وجوب الحواضر على كلّ مكلف حين دخول وقتها «٤».
- ٧٣٤ الثانية: ما دلّ بعمومه أو إطلاقه على صلاحية جميع أوقات الحواضر
- ٧٣٤ الثالثة: ما دلّ على أنه إذا دخل وقت الفريضة لا يمنع من فعلها شيء إلّا أداء نافلتها الراتبية «٤»
- ٧٣٥ الرابعة: ما دلّ على تأكد استحباب فعل الصلاة جماعة «١٠»
- ٧٣٥ الخامسة: ما دلّ على استحباب المستحبات.
- ٧٣٥ السادسة: ما دلّ على أنه: «لا تعاد الصلاة إلّا من خمسة» «١٦»
- ٧٣٥ السابعة: ما دلّ على تأكد استحباب المبادرة مطلقا إلى الصلاة
- ٧٣٦ [الدليل الثالث: الأخبار الخاصة]
- ٧٣٦ اشارة
- ٧٣٦ الأولى: ما دلّ على توسعة القضاء في نفسها: فمن جملة ذلك: إطلاق الأخبار الكثيرة المشتملة على الأمر بالقضاء «٥»
- ٧٣٨ الطائفة الثانية من الأخبار: ما دلّ على أنه يجوز لمن عليه فائتة أن يصلي الحاضرة في السعة
- ٧٤١ الطائفة الثالثة: ما دلّ من الأخبار على جواز النفل أداء، و قضاء، لمن عليه فائتة.
- ٧٤٣ [الدليل الرابع: الإجماعات المنقولة]
- ٧٤٣ [الدليل الخامس: لزوم الحرج]
- ٧٤٤ [أدلة القول بالمضايقة]
- ٧٤٤ اشارة
- ٧٤٤ الأول: الأصل.

- ٧٤٥ الثاني: إطلاق أوامر القضاء
- ٧٤٥ الثالث: ما دل على وجوب المبادرة إلى القضاء
- ٧٤٧ الرابع: من أدلة هذا القول: ما دل على الترتيب و تقديم الفائتة في الابتداء
- ٧٤٩ الخامس من الأدلة: الإجماعات المنقولة
- ٧٥٠ السادس: ما عن المحقق في المعتبر
- ٧٥١ بقى هنا أمور:
- ٧٥١ الأول:
- ٧٥٢ الثاني:
- ٧٥٢ الثالث:
- ٧٥٢ الرابع:
- ٧٥٣ الخامس:
- ٧٥٤ ٥- رسالة في قاعدة من ملك
- ٧٥٤ اشارة
- ٧٥٤ [كلمات الفقهاء في القاعدة]
- ٧٥٥ [مفردات القاعدة و موارد جريانها]
- ٧٦٠ ٦- رسالة في قاعدة لا ضرر
- ٧٦٠ اشارة
- ٧٦٢ ينبغي التنبيه على أمور:
- ٧٦٢ [التنبيه] الأول
- ٧٦٣ [التنبيه] الثاني
- ٧٦٣ [التنبيه] الثالث
- ٧٦٤ [التنبيه] الرابع
- ٧٦٤ [التنبيه] الخامس
- ٧٦٥ [التنبيه] السادس

- ٧٦٥ [التنبيه] السابع
- ٧٦٧ ٧- رسالة في الرضاع
- ٧٦٧ [الخطبة]
- ٧٦٨ ثم اعلم أن انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط
- ٧٦٨ الشرط الأول أن يكون اللبن عن وطء صحيح
- ٧٦٩ الثاني من الشروط كون شرب اللبن على وجه الامتصاص من الثدي
- ٧٦٩ الثالث حياة المرضع منها
- ٧٧٠ الرابع أن يقع مجموع الرضاع المعتبر من الرضيع في حولى رضاعه
- ٧٧١ الخامس أن يكون اللبن بحاله غير ممزوج بشيء
- ٧٧١ السادس الكمية
- ٧٧١ اشارة
- ٧٧١ ثم إن أصحابنا قدروا المقدار الخاص الذى اعتبروه بثلاثة تقديرات
- ٧٧١ أحدها بالأثر
- ٧٧٢ و ثانيها بالزمان
- ٧٧٣ و ثالثها بالعدد
- ٧٧٣ اشارة
- ٧٧٤ ثم إنه يعتبر فى الرضعات العشر أو الخمس عشرة المحرمة أمور
- ٧٧٤ الأول إكمال الرضعة
- ٧٧٥ الثاني توالى الرضعات
- ٧٧٥ الثالث أن يكون كمال العدد المعتبر من امرأة واحدة
- ٧٧٥ الرابع أن يكون كمال العدد المعتبر من لبن فحل واحد
- ٧٧٦ و هنا شروط آخر اعتبرها الأكثر فى نشر الحرمة
- ٧٧٦ اشارة
- ٧٧٦ و هو اتحاد الفحل الذى يرتضع المرضعتان من لبنه

- ٧٧٦ اشارة
- ٧٧٦ و خالف الطبرسى صاحب التفسير فى اعتبار هذا الشرط
- ٧٧٧ و الأظهر ما عليه الأكثر
- ٧٧٧ اشارة
- ٧٧٧ و تقييد إطلاق الكتاب و السنة بالأخبار الدالة على اعتبار اتحاد الفحل.
- ٧٧٧ منها صحيحة الحلبي
- ٧٧٧ و منها موثقة عمار الساباطي
- ٧٧٨ ثم اعلم أن اتحاد الفحل إنما يعتبر فى حصول الأخوة بين المرتضين
- ٧٧٨ [قول العلامة فى المقام]
- ٧٧٨ اشارة
- ٧٧٨ [مناقشة المؤلف فى قول العلامة]
- ٧٧٩ أنه إذا حصل الرضاع المعتبر صارت المرضعة و الفحل أبوين للمرتضع
- ٧٨١ فلنرجع إلى بيان تفاصيل المسائل المذكورة
- ٧٨١ اشارة
- ٧٨١ المسألة الأولى لا شك فى تحريم المرتضع على المرضعة
- ٧٨١ الثانية لا تحرم أصول المرتضع المذكور على المرضعة من جهة إرضاعها إياه
- ٧٨١ الثالثة تحرم فروع المرتضع على المرضعة
- ٧٨١ الرابعة حواشى المرتضع أعنى من فى طبقته من الإخوة لا يجرمون على المرضعة من جهة ارتضاع أخبيهم منها
- ٧٨٢ الخامسة يحرم المرتضع على أصول المرضعة من النساء و يحرم المرتضع على أصولها من الذكور
- ٧٨٢ السادسة لا تحرم أصول المرتضع على أصول المرضعة
- ٧٨٢ السابعة يحرم فروع المرتضع على أصول المرضعة
- ٧٨٢ الثامنة لا يحرم حواشى المرتضع و فروعهم على أصول المرضعة و حواشبيهم
- ٧٨٢ التاسعة يحرم المرتضع على فروع المرضعة نسباً
- ٧٨٢ العاشرة تحرم أصول المرتضع على فروع المرضعة من النسب على الأظهر

- ٧٨٣ الحادية عشر فروع المرتضع و إن نزلوا نسبا و رضاعا يحرمون على فروع المرضعة في المرتبة الأولى
- ٧٨٣ الثانية عشر من في حاشية نسب المرتضع أو رضاعه أعنى إخوته أو أخواته النسبية أو الرضاعية لا يحرمون لأجل ارتضاع أخيهم
- ٧٨٤ الثالثة عشر يحرم المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة
- ٧٨٤ الرابعة عشر لا يحرم أصول المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة
- ٧٨٤ الخامسة عشر تحرم فروع المرتضع على حواشى نسب المرضعة و رضاعها
- ٧٨٤ السادسة عشر لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة
- ٧٨٥ السابعة عشر يحرم المرتضع لو كانت أنثى على الفحل إجماعا
- ٧٨٥ الثامنة عشر لا يحرم أصول المرتضع الإناث عن أمهاته و إن علون على الفحل
- ٧٨٥ التاسعة عشر يحرم فروع المرتضع و إن نزلوا على الفحل لكونهم بمنزلة أحفاده من غير فرق بين فروعه الرضاعية و النسبية
- ٧٨٥ العشرون لا تحرم من في حاشية نسب المرتضع
- ٧٨٥ الحادية و العشرون يحرم المرتضع على أصول الفحل
- ٧٨٥ الثانية و العشرون لا يحرم أصول المرتضع على أصول الفحل
- ٧٨٥ الثالثة و العشرون يحرم فروع المرتضع على أصول الفحل لأنهم جدودة له
- ٧٨٥ الرابعة و العشرون لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على أصول الفحل
- ٧٨٦ الخامسة و العشرون يحرم المرتضع على فروع الفحل نسبا و رضاعا و إن نزلوا
- ٧٨٦ السادسة و العشرون يحرم أصول المرتضع على فروع الفحل
- ٧٨٦ السابعة و العشرون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا على فروع الفحل نسبا و رضاعا
- ٧٨٦ التاسع و العشرون يحرم المرتضع على من في حاشية نسب الفحل أو رضاعه
- ٧٨٦ الثلاثون لا يحرم أصول المرتضع على من في حاشية نسب الفحل
- ٧٨٧ الواحد و الثلاثون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا
- ٧٨٧ الثاني و الثلاثون لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على من في حاشية نسب الفحل
- ٧٨٧ و ينبغي التنبيه على أمور
- ٧٨٧ الأول حيث عرفت أن الضابط في حصول الحرمة بالرضاع ملاحظة الرابطة النسبية التي علق عليها التحريم
- ٧٨٨ الثاني أن الرضاع كما يؤثر في ابتداء النكاح يؤثر في استدامته

- الثالث [ما حكى عن المحقق الثاني عن بعض الطلبة القول بنشر الحرمة بالرضاع فى صور كثيرة] ٧٨٩
- اشارة ٧٨٩
- أما المسائل المختلف فيها ٧٨٩
- فإحداها حرمة جدات المرتضع على صاحب اللبن ٧٨٩
- و ثانيتهما أخوات المرتضع نسبا و رضاعا بشرط اتحاد الفحل هل يحللن للفحل أم لا ٧٩٠
- و ثالثها أولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعا و أولاد المرضعة ولادة هل تحرم على أب المرتضع. ٧٩٠
- و أما المسائل التى ذكرها و نسب القول بالتحريم فيها إلى الوهم ٧٩٠
- اشارة ٧٩٠
- الأولى أن ترضع المرأة بلبن فحلها ٧٩٠
- الثانية ٧٩٠
- الثالثة أن ترضع ولد أختها ٧٩١
- الرابعة أن ترضع الزوجة المذكورة ولد ولدها ابنا كان أو بنتا ٧٩١
- الخامسة ٧٩١
- السادسة أن ترضع خالها أو خالتها ٧٩١
- السابعة ٧٩٢
- الثامنة أن ترضع ولد خالها أو خالتها ٧٩٢
- التاسعة أن ترضع الزوجة المذكورة أخ الزوج أو أخته ٧٩٢
- العاشر أن ترضع ولد ولد الزوج فيقال إنها صارت أما لولد ولده ٧٩٢
- الحادية عشر أن ترضع ولد أخيه أو ولد أخته ٧٩٢
- الثانية عشر ٧٩٢
- الثالثة عشر أن ترضع خال الزوج أو خالته ٧٩٢
- ٨- رساله فى التحريم من جهة المصاهرة ٧٩٣
- الباب الأول فى المصاهرة ٧٩٣
- الثانى الكفر ٧٩٤

- ٧٩٦ اشارة
- ٧٩٦ الأول يحرم على المسلم نكاح غير الكتابية
- ٧٩٦ اشارة
- ٧٩٦ و المجوسية كالكتابية
- ٧٩٧ [البحث الثانى] لو أسلم زوج المرأة الكتابية و المجوسية بقى على نكاحه و إن لم يدخل
- ٧٩٧ اشارة
- ٧٩٨ فمهر المثل مع الدخول
- ٧٩٨ الباب الثالث العقد و الوطى
- ٨٠٢ الباب الرابع فى موجب الخيار و هو العيب و التدليس
- ٨٠٢ الأول فى العيب
- ٨٠٢ العيوب المجوزة لفسخ النكاح فى الرجل أربعة الجنون و الخصى و الجب و العنة
- ٨٠٢ و الخامس من العيوب الإفضاء
- ٨٠٣ و السادس العمى
- ٨٠٣ و السابع العرج مطلقا
- ٨٠٣ و هل يثبت الخيار بالرتق
- ٨٠٣ و اختلف فى المحدودة فى الفجور
- ٨٠٣ و تفسخ المرأة نكاحها بالجنون الحاصل للرجل
- ٨٠٤ و تفسخ المرأة نكاحها بالخصاء
- ٨٠٤ و تفسخ المرأة أيضا نكاحها بالعنة
- ٨٠٥ و اعلم أن الخيار فى الفسخ و العيب و التدليس على الفور
- ٨٠٦ الثانى فى التدليس
- ٨٠٨ مسألة لا خلاف بين الأصحاب كما صرح به جماعة فى وجوب القسم بين الزوجات فى الجملة
- ٨٠٨ اشارة
- ٨٠٨ و يمكن أن يستدل للمشهور بجملة من الآيات و الأخبار

- ٨٠٨ فمنا الآيات
- ٨٠٩ و أما الأخبار
- ٨١٠ ٩- رسالة فى الموارىث
- ٨١٠ مسألة «١» [١] المقتضى للإرث أمران: نسب، و سبب.
- ٨١١ مسألة [٢] للزوج من تركة زوجته الربع إن كان لها ولد، و إلاً فالنصف،
- ٨١١ مسألة [٣] للزوجة من تركة زوجها الثمن إذا كان له ولد، و إلاً فالربع، و الباقى لسائر الورثة.
- ٨١٢ مسألة [٤] توارث الزوجين لا يتوقف على الدخول،
- ٨١٢ مسألة [٥] المعروف من غير الإسكافى أن الزوجة غير ذات الولد من زوجها الذى مات لا ترث من جميع أمواله،
- ٨١٢ مسألة [٦] إذا مات شخصان متوارثان، و لم يعلم تقدم موت أحدهما عن الآخر،
- ٨١٣ مسألة [٧] «٥٧» المحكى عن الأكثر: أن التركة لا تنتقل إلى ورثة «٥٨» الميِّت مع اشتغال ذمته بدين يحيط بها «٥٩»،
- ٨١٣ مسألة [٨] المحكى عن الأكثر: أن مال الميِّت باق على حكم ماله إذا كان عليه دين مستوعب،
- ٨١٧ مسألة [٩] «٦٢» إذا مات المديون فالمحكى عن الأكثر: بقاء المال المقابل للدين على حكم [مال] الميِّت،
- ٨٢٢ تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

المكاسب

إشارة

سرشناسه : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ق ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴

عنوان و نام پدید آور : ...المكاسب / مرتضی الانصاری؛ التحقيق مركز التحقيقات لموسسه احسن الحديث

مشخصات نشر : قم: احسن الحديث، ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹.

مشخصات ظاهري : ج ۳

شابك : ۵۷۳۸-۹۶۴-۱۱-۳(دوره) ؛ ۵۷۳۸-۹۶۴-۰۸-۳۱۵۰۰۰-۰۱(ج.۱) ؛ ۵۷۳۸-۹۶۴-۰۹-۱۲۲۰۰۰-۰۱(ج.۲) ؛ ۵۷۳۸-۹۶۴-

۱۰-۵۱۷۰۰۰-۰۱(ج.۳)

یادداشت : فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیپا.

یادداشت : کتابنامه

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : موسسه احسن الحديث. مركز تحقيقات

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف م ۱۳۷۹

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۷۷۱

الجزء الأول

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين

فالاكتساب المحرم أنواع

و ينبغى أولا التيمن بذكر بعض الأخبار

إشارة

الواردة على سبيل الضابطة للمكاسب من حيث الحل و الحرمة فنقول مستعينا بالله تعالى

[رواية تحف العقول]

[رواية تحف العقول]

روى فى الوسائل و الحدائق عن الحسن بن على بن شعبة فى كتاب تحف العقول: عن مولانا الصادق ص حيث سئل من معاش العباد

فقال جميع المعايير كلها من وجوه المعاملات فيما بينهم مما يكون لهم فيه المكاسب أربع جهات و يكون فيها حلال من جهة و حرام من جهة فأول هذه الجهات الأربع الولاية- ثم التجارة ثم الصناعات ثم الإجازات و الفرض من الله تعالى على العباد فى هذه المعاملات الدخول فى جهات الحلال و العمل بذلك و اجتناب جهات الحرام منها فإحدى الجهتين من الولاية ولاية العادل و لاهة العدل الذين أمر الله بولايتهم على الناس و الجهة الأخرى ولاية ولاية الجور فوجه الحلال من الولاية ولاية الوالى العادل و ولايته ولايته بجهة ما أمر به الوالى العادل بلا- زيادة و نقيصة فالولاية له و العمل معه و معاونته و تقويته حلال محلل و أما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر و ولايته ولايته و العمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام محرم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير لأن كل شىء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر و ذلك أن فى ولاية والى الجائر دروس الحق كله و إحياء الباطل كله و إظهار الظلم و الجور و الفساد و إبطال الكتب و قتل الأنبياء و هدم المساجد و تبديل سنة الله و شرائعه فلذلك حرم العمل معهم و معاونتهم و الكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة إلى الدم و الميتة و أما تفسير التجارات فى جميع البيوع و وجوه الحلال من وجه التجارات التى يجوز للبائع أن يبيع مما لا يجوز له و كذلك المشتري الذى يجوز له شراؤه مما لا يجوز فكل مأمور به مما هو غذاء للعباد و قوامهم به فى أمورهم فى وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيرها مما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون من جميع المنافع التى لا يقيمهم غيرها و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال يبيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريتة و أما وجوه الحرام من البيع و الشراء فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه من جهة أكله و شربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريتة أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد نظير البيع بالربا أو بيع الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش أو الطير أو جلودها أو الخمر أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لأن ذلك كله منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و الثقلب فيه فجميع ثقلبه فى ذلك حرام و كذلك كل مبيع ملهوه به و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله عز و جل أو يقوى به الكفر و الشرك فى جميع وجوه المعاصى أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم يبيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع الثقلب فيه إلا- فى حال تدعو الضرورة فيه إلى ذلك و أما تفسير الإجازات فإجارة الإنسان نفسه أو ما يملك أو يلى أمره من قرابته أو دابته أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الإجازات أن يؤجر نفسه أو داره أو أرضه أو شيئاً يملكه فيما ينتفع به من وجوه المنافع أو العمل بنفسه و ولده و مملوكه و أجيده من غير أن يكون وكيلا للوالى أو واليا للوالى فلا بأس أن يكون أجيده يؤجر نفسه أو ولده أو قرابته أو ملكه أو وكيله فى إجارته لأنهم و كلاء الأجير من عنده ليس هم بولاية الوالى نظير الحمال الذى يحمل شيئاً معلوماً بشىء معلوم فيجعل ذلك الشىء الذى يجوز له حمله بنفسه أو بملكه أو دابته أو يؤجر نفسه فى عمل يعمل ذلك العمل بنفسه أو بمملوكه أو قرابته أو بأجير من قبله فهذه وجوه من وجوه الإجازات حالاً لمن كان من الناس ملكاً أو سوقاً أو كافراً أو مؤمناً فحلال إجارته و حلال كسبه من هذه الوجوه فأما وجوه الحرام من وجوه الإجارة نظير أن يؤجر نفسه على حمل ما يحرم أكله أو شربه أو

المكاسب، ج ١، ص ٣

يؤجر نفسه فى صنع ذلك الشىء أو حفظه أو يؤجر نفسه فى هدم المساجد ضراراً أو قتل النفس بغير حق أو عمل التصاوير و الأصنام و المزامير و البرابط و الخمر و الخنازير و الميتة و الدم أو شىء من وجوه الفساد الذى كان محرماً عليه من غير جهة الإجارة فيه و كل أمر منهى عنه من جهة من الجهات فمحرم على الإنسان إجارة نفسه فيه أو له أو شىء منه أو له إلا لمنفعة من استأجرته كالذى يستأجر الأجير يحمل له الميتة ينحياها عن أذاه أو أذى غيره و ما أشبه ذلك إلى أن قال و كل من آجر نفسه أو ما يملك أو يلى أمره من كافر أو مؤمن أو ملك أو سوقاً على ما فسرناه مما تجوز الإجارة فيه فحلال محلل فعله و كسبه و أما تفسير الصناعات فكل ما يتعلم العباد أو يعلمون غيرهم من أصناف الصناعات مثل الكتابة و الحساب و النجارة و الصياغة و البناء و الحياكة و السراجه و القصاره و الخياطة و صنع صنوف التصاوير ما لم تكن مثل الروحانى و أنواع صنوف الآلات التى يحتاج إليها العباد منها منافعهم و بها

قوامهم وفيها بلغه جميع حوائجهم فحلل فعله و تعليمه و العمل به و فيه لنفسه أو لغيره و إن كانت تلك الصناعة و تلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصي و تكون معونة على الحق و الباطل فلا بأس بصناعته و تقلبه نظير الكتابة التي هي على وجه من وجوه الفساد تقوية و معونة لولاه الجور و كذلك السكين و السيف و الرمح و القوس و غير ذلك من وجوه الآلات التي تصرف إلى وجوه الصلاح و جهات الفساد و تكون آله و معونة عليهما فلا بأس بتعليمه و تعلمه و أخذ الأجر عليه و العمل به و فيه لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق و محرم عليهم تصريفه إلى جهات الفساد و المضار فليس على العالم و لا المتعلم إثم و لا- و زر لما فيه من الرجحان في منافع جهات صلاحهم و قوامهم و بقائهم و إنما الإثم و الوزر على المتصرف فيه في جهات الفساد و الحرام و ذلك إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهه به و الصلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك من صناعات الأشربة الحرام و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات إلا- أن يكون صناعة قد تصرف إلى جهة المنافع و إن كان قد يتصرف فيها و يتناول بها وجه من وجوه المعاصي فلعله ما فيه من الصلاح حل تعلمه و تعليمه و العمل به و يحرم على من صرفه إلى غير وجه الحق و الصلاح فهذا تفسير بيان وجوه اكتساب معاش العباد و تعلمهم في وجوه اكتسابهم إلى آخر الحديث المنقول عن تحف العقول: و حكاة غير واحد عن رسالة المحكم و المتشابه للسيد قدس سره:

[رواية فقه الرضا]

[رواية فقه الرضا]

و في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا ص: اعلم يرحمك الله أن كل مأمور به 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 شراؤه 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 بوجه الفساد مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم انتهى

[رواية الدعائم]

[رواية الدعائم]

و عن دعائم الإسلام للقاضى نعمان المصرى عن مولانا الصادق ع: أن الحلال من البيوع كلما كان حلالاً من المأكول و المشروب و غير ذلك مما هو قوام للناس و يباح لهم الانتفاع و ما كان محرماً أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه انتهى

[النبوى المشهور]

[النبوى المشهور]

و في النبوى المشهور: أن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

[تقسيم المكاسب إلى الأحكام الخمسة]

[تقسيم المكاسب إلى الأحكام الخمسة]

إذا عرفت ما تلوناه و جعلته في بالك متدبراً لمدلولاته فنقول قد جرت عادة غير واحد على تقسيم المكاسب إلى محرم و مكروه و

مباح مهملين للمستحب و الواجب بناء على عدم وجودهما فى المكاسب مع إمكان التمثيل للمستحب بمثل الزراعة و الرعى - مما ندب إليه الشرع- و للواجب بالصناعة الواجبة كفاية- خصوصا إذا تعذر قيام الغير به فتأمل.

و معنى حرمة الاكتساب

و معنى حرمة الاكتساب
حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر المحرم. و أما حرمة أكل المال فى مقابلها فهو متفرع على فساد البيع لأنه مال الغير وقع فى يده بلا سبب شرعى و إن قلنا بعدم التحريم لأن ظاهر أدلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمة أما لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة إلا من حيث التشريع.
و كيف كان

فالاكتساب المحرم أنواع

إشارة

فالاكتساب المحرم أنواع
نذكر كلا منها فى طى مسائل

[النوع] الأول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى

و فيه مسائل ثمان

الأولى يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم

إشارة

الأولى يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم
بلا خلاف ظاهر لحرمة و نجاسته و عدم الانتفاع به منفعه محللة مقصودة فيما عدا بعض أفراده كبول الإبل الجلالة أو الموطوءة.

فرعان

الأول ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه

إشارة

الأول ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه
المحكوم بطهارتها عند المشهور إن قلنا بجواز شربها اختيارا كما عليه جماعة من القدماء و المتأخرين بل عن المرتضى دعوى الإجماع عليه فالظاهر جواز بيعها. و إن قلنا بحرمة شربها كما هو مذهب جماعة أخرى لاستخباتها فى جواز بيعها قولان من عدم المنفعة المحللة المقصودة فيها و المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز معاوضة كل شىء. و التداوى بها لبعض الأوجاع لا

يوجب قياسه على الأدوية والعقاقير لأنه يوجب قياس كل شيء عليها للانتفاع به في بعض الأوقات و من أن المنفعة الظاهرة و لو عند الضرورة المسوغة للشرب كافية في جواز البيع.

و الفرق بينها و بين ذى المنفعة الغير المقصودة حكم العرف بأنه لا منفعة فيه و سيجيء الكلام في ضابطة المنفعة المسوغة للبيع.

[ما يستدل على أن ضابط المنع تحريم الشيء اختياراً]

[ما يستدل على أن ضابط المنع تحريم الشيء اختياراً]

نعم يمكن أن يقال إن قوله ص: إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه و كذلك الخبر المتقدم عن دعائم الإسلام يدل على أن ضابطة المنع تحريم الشيء اختياراً و إلا فلا حرام إلا و هو محلل عند الضرورة و المفروض حرمة شرب الأبوال اختياراً و المنافع الأخر غير الشرب لا يعبأ بها جداً فلا ينتقض بالطين المحرم أكله فإن المنافع الأخر للطين أهم و أعم من منفعة الأكل المحرم بل لا يعد الأكل من منافع الطين فالنبي دال على أنه إذا حرم الله شيئاً بقول مطلق بأن قال يحرم الشيء الفلاني حرم بيعه لأن تحريم عينه إما راجع إلى تحريم جميع منافعه أو إلى تحريم أهم منافعه التي يتبادر عند الإطلاق بحيث يكون غيره غير مقصود منه.

المكاسب، ج ١، ص ٤

و على التقديرين يدخل الشيء لأجل ذلك فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة و الطين لم يحرم كذلك بل لم يحرم إلا بعض منافعه الغير المقصودة منه و هو الأكل بخلاف الأبوال فإنها حرمت كذلك فيكون التحريم راجعاً إلى شربها و غيره من المنافع في حكم العدم. و بالجملة فالانتفاع بالشيء حال الضرورة - منفعة محرمة في حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه و لا ينتقض أيضاً بالأدوية المحرمة في غير حال المرض لأجل الإضرار و لأن حلية هذه في حال المرض ليست لأجل الضرورة بل لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع. و مما ذكرنا يظهر أن قوله ع في رواية تحف العقول المتقدمة و كل شيء يكون فيه الصلاح من جهة من الجهات يراد به جهة الصلاح الثابتة حال الاختيار دون الضرورة.

و مما ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها

و مما ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها

فإن الأول من قبيل الأبوال و الثاني من قبيل الطين في عدم حرمة جميع منافعها المقصودة منها و لا ينافيه النبوي: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها لأن الظاهر أن الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لا كتحریم شحوم غير مأكول اللحم علينا هذا و لكن الموجود من النبوي في باب الأطعمة عن الخلاف: أن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه و الجواب عنه مع ضعفه و عدم الجابر له سنداً و دلالة لقصورها لزوم تخصيص الأكثر.

الثاني بول الإبل يجوز بيعه إجماعاً

الثاني بول الإبل يجوز بيعه إجماعاً

على ما في جامع المقاصد و عن إيضاح النافع إما لجواز شربه اختياراً كما يدل عليه قوله ع في رواية الجعفرى: أبوال الإبل خير من ألبانها و إما لأجل الإجماع المنقول لو قلنا بعدم جواز شربها إلا لضرورة الاستشفاء كما يدل عليه رواية سماعة قال: سألت أبا عبد الله ع عن بول الإبل و البقر و الغنم ينتفع به من الوجع هل يجوز أن يشرب قال نعم لا بأس به و موثقه عمار: عن بول البقر يشربه الرجل قال إن كان محتاجاً إليه يتداوى بشربه فلا بأس و كذلك بول الإبل و الغنم. لكن الإنصاف أنه لو قلنا بحرمة شربه اختياراً أشكال الحكم بالجواز إن لم يكن إجماعياً كما يظهر من مخالفة العلامة في النهاية و ابن سعيد في النزاهة قال في النهاية و كذلك البول يعنى يحرم

بيعه و إن كان طاهرا للاستخبات كأبوال بقر و الإبل و إن انتفع به في شربه للدواء لأنه منفعه جزئية نادرة فلا يعتد به انتهى. أقول بل لأن المنفعة المحللة للاضطرار- و إن كانت كلية لا تسوغ البيع كما عرفت

الثانية يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان

إشارة

الثانية يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان على المشهور بل في التذكرة كما عن الخلاف الإجماع على تحريم بيع السرجين النجس و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم من الأخبار رواية يعقوب بن شعيب: ثمن العذرة من السحت. نعم في رواية محمد بن المصادف: لا بأس ببيع العذرة

[الجمع بين الروايات المانعة و المجوزة]

إشارة

[الجمع بين الروايات المانعة و المجوزة]

و جمع الشيخ بينهما بحمل الأول على عذرة الإنسان و الثاني على عذرة البهائم و لعله لأن الأول نص في عذرة الإنسان ظاهر في غيرها بعكس الخبر الثاني فيطرح ظاهر كل منهما بنص الآخر. و يقرب هذا الجمع رواية سماعة قال: سألت رجلا أبا عبد الله ع و أنا حاضر عن بيع العذرة فقال إنى رجل أبيع العذرة فما تقول قال حرام بيعها و ثمنها و قال لا بأس ببيع العذرة. فإن الجمع بين الحكمين في كلام واحد لمخاطب واحد يدل على أن تعارض الأولين ليس إلا من حيث الدلالة فلا يرجع فيه إلى المرجحات السندية أو المرجحات الخارجية و به يدفع ما يقال من أن العلاج في الخبرين المتنافيين على وجه التباين الكلى هو الرجوع إلى المرجحات الخارجية ثم التخيير أو التوقف لا إلغاء ظهور كل منهما و لهذا طعن على من جمع بين الأمر و النهى بحمل الأمر على الإباحة و النهى على الكراهة. و احتمال السبزواري حمل خبر المنع على الكراهة و فيه ما لا يخفى من البعد و أبعد منه ما عن المجلسي- من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به و الجواز على غيرها و نحوه حمل خبر المنع على التقيء- لكونه مذهب أكثر العامة

[الأظهر من وجوه الجمع]

[الأظهر من وجوه الجمع]

و الأظهر ما ذكره الشيخ رحمه الله- لو أريد التبرع بالحمل لكونه أولى من الطرح و إلا فرواية الجواز لا يجوز الأخذ بها- من وجوه لا تخفى.

[وجه ثبوت الحكم في غير عذرة الإنسان]

[وجه ثبوت الحكم في غير عذرة الإنسان]

ثم إن لفظ العذرة في الروايات إن قلنا إنه ظاهر في عذرة الإنسان كما حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة فثبوت الحكم في غيرها بالأخبار العامة المتقدمة و بالإجماع المتقدم على السرجين النجس. و استشكل في الكفاية في الحكم تبعا للمقدس الأردبيلي رحمه الله إن لم يثبت الإجماع و هو حسن إلا- أن الإجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الأخبار العامة السابقة. و ربما يستظهر من عبارة الإستبصار القول بجواز بيع عذرة ما عدا الإنسان و فيه نظر.

فرع الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة

فرع الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة

التي ينتفع بها منفعة محللة مقصودة و عن الخلاف نفى الخلاف فيه. و حكى أيضا عن المرتضى رحمه الله الإجماع عليه. و عن المفيد حرمة بيع العذرة و الأبوال كلها إلا بول الإبل. و حكى عن سلار أيضا و لا أعرف مستندا لذلك إلا دعوى أن تحريم الخبائث في قوله تعالى وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ يشمل تحريم بيعها. و قوله ع: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و ما تقدم من رواية دعائم الإسلام و غيرها. و يرد على الأول أن المراد بقريئة مقابله لقوله تعالى يُجِزُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ الْأَكْلَ لا مطلق الانتفاع و في النبوى و غيره ما عرفت من أن الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشىء بحيث يدل على تحريم جميع منافعه أو المنافع المقصودة الغالبة و منفعة الروث ليست هى الأكل المحرم فهو كالطين المحرم كما عرفت سابقا

الثالثة يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف

إشارة

الثالثة يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف

بل عن النهاية و حاشية الإرشاد لفخر الدين و التنقيح الإجماع عليه و يدل عليه الأخبار السابقة-.

فرع و أما الدم الطاهر

فرع و أما الدم الطاهر

إذا فرضت له منفعة محللة كالصبيغ لو قلنا بجوازه ففى جواز بيعه و جهان أقواهما الجواز لأنها عين طاهرة ينتفع بها منفعة محللة. و أما مرفوعة الواسطى المتضمنة لمرور أمير المؤمنين ع بالقصابين و نهيم عن بيع سبعة بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال إلى آخرها فالظاهر إرادة حرمة البيع للأكل و لا شك فى تحريمه لما سيجىء من أن قصد المنفعة المحرمة فى المبيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه. و صرح فى التذكرة بعدم جواز بيع الدم الطاهر لاستخباته و لعله لعدم المنفعة الظاهرة فيه غير الأكل المحرم

الرابعة لا إشكال فى حرمة بيع المنى

إشارة

الرابعة لا إشكال فى حرمة بيع المنى

لنجاسته و عدم الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم و لو وقع فيه فكذلك لا ينتفع به المشتري- لأن الولد نماء الأم فى الحيوانات عرفا و للأب فى الإنسان شرعا لكن

المكاسب، ج ١، ص ٥

الظاهر أن حكمهم بتبعية الأم متفرع على عدم تملك المنى و إلا لكان بمنزلة البذر المملوك يتبعه الزرع فالمتعين التعليل بالنجاسة لكن قد منع بعض من نجاسته إذا دخل عن الباطن إلى الباطن.

[بيع العسب]

[بيع العسب]

وقد ذكر العلامة من المحرمات بيع عسيب الفحل و هو ماؤه قبل الاستقرار في الرحم كما أن الملاقح هو ماؤه بعد الاستقرار كما في جامع المقاصد و عن غيره و علل في الغنية بطلان بيع ما في أصلاب الفحول بالجهالة و عدم القدرة على التسليم

الخامسة تحرم المعاوضة على الميتة و أجزاءها التي تحلها الحياة من ذى النفس السائلة

إشارة

الخامسة تحرم المعاوضة على الميتة و أجزاءها التي تحلها الحياة من ذى النفس السائلة على المعروف من مذهب الأصحاب و في التذكرة كما عن المنتهى و التنقيح الإجماع عليه و عن رهن الخلاف الإجماع على عدم ملكيتها. و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم من الأخبار ما دل على أن الميتة لا ينتفع بها منضمنا إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة في المبيع لئلا يدخل في عموم النهى عن أكل المال بالباطل و خصوص عد ثمن الميتة من السحت في رواية السكوني.

[ظهور مكاتبه الصيقل في الجواز]

إشارة

[ظهور مكاتبه الصيقل في الجواز]

نعم قد ورد بعض ما يظهر منه الجواز مثل رواية صيقل قال: كتبوا إلى الرجل ع جعلنا الله فداك أنا قوم نعمل السيوف و ليست لنا معيشة و لا- تجارة غيرها و نحن مضطرون إليها و إنما غلافها من جلود الميتة من البغال و الحمير الأهلية لا يجوز في أعمالنا غيرها فيحل لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسها بأيدينا و ثيابنا و نحن نصلى في ثيابنا و نحن محتاجون إلى جوابك في هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا إليها فكتب ع اجعلوا ثوبا للصلاة إلى آخر الحديث و نحوها رواية أخرى بهذا المضمون و لذا قال في الكفاية و الحدائق إن الحكم لا يخلو عن إشكال.

[المناقشة في دلالتها على جواز البيع]

[المناقشة في دلالتها على جواز البيع]

و يمكن أن يقال إن مورد السؤال عمل السيوف و بيعها و شراؤها لا خصوص الغلاف مستقلا و لا في ضمن السيوف على أن يكون جزء من الثمن في مقابل عين الجلد فغاية ما يدل عليه جواز الانتفاع بجلد الميتة بجعله غمدا للسيوف و هو لا ينافي عدم جواز معاوضته بالمال و لذا جوز جماعة منهم الفاضلان في مختصر النافع و الإرشاد على ما حكى عنهما الاستقاء بجلد الميتة لغير الصلاة و الشرب مع عدم قولهم بجواز بيعه مع أن الجواب لا- ظهور فيه في الجواز إلا- من حيث التقرير الغير الظاهر في الرضا خصوصا في المكاتبات المحتملة للتقية

[بيع الميتة لو جاز الانتفاع بجلدها]

[بيع الميتة لو جاز الانتفاع بجلدها]

هذا. و لكن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد الميتة منفعة مقصودة كالاستقاء بها للبساتين و الزرع إذا فرض عده مالا عرفا فمجرد النجاسة لا يصلح علته لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمة بيع الميتة بقول مطلق لأن المانع حرمة الانتفاع في المنافع المقصودة لا مجرد النجاسة.

و إن قلنا إن مقتضى الأدلة حرمة الانتفاع بكل نجس فإن هذا كلام آخر سيحىء ما فيه بعد ذكر النجاسات.

[ظهور ما دل على المنع في كون المانع حرمة الانتفاع]

[ظهور ما دل على المنع في كون المانع حرمة الانتفاع]

لكننا نقول إذا قام الدليل الخاص على جواز الانتفاع منفعه مقصوده بشيء من النجاسات فلا مانع من صحه بيعه لأن ما دل على المنع عن بيع النجس من النص و الإجماع ظاهر في كون المانع حرمة الانتفاع فإن روايه تحف العقول المتقدمه قد علل فيها المنع عن بيع شيء من وجوه النجس بكونه منهيًا عن أكله و شربه إلى آخر ما ذكر فيها. و مقتضى روايه دعائم الإسلام المتقدمه أيضا إناطه جواز البيع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه.

[ظهور كلام جماعة في ما استظهر من النص و الإجماع]

[ظهور كلام جماعة في ما استظهر من النص و الإجماع]

و أدخل ابن زهره في الغنيه النجاسات فيما لا يجوز بيعه من جهه عدم حل الانتفاع بها و استدل أيضا على جواز بيع الزيت النجس بأن النبي ص أذن في الاستصباح به تحت السماء قال و هذا يدل على جواز بيعه لذلك انتهى. فقد ظهر من أول كلامه و آخره أن المانع من البيع منحصر في حرمة الانتفاع و أنه يجوز مع عدمها و مثل ما ذكرناه عن الغنيه من الاستدلال كلام الشيخ في الخلاف في باب البيع حيث ذكر النبوى الدال على إذن النبي ص في الاستصباح ثم قال و هذا يدل على جواز بيعه انتهى.

و عن فخر الدين في شرح الإرشاد و الفاضل المقداد في التنقيح الاستدلال على المنع عن بيع النجس بأنه محرم الانتفاع و كل ما كان كذلك لا يجوز بيعه. نعم ذكر في التذكرة شرط الانتفاع و حليته بعد اشتراط الطهاره. و استدل للطهاره بما دل على وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة الميته و الإنصاف إمكان إرجاعه إلى ما ذكرناه فتأمل. و يؤيده أنهم أطبقوا على بيع العبد الكافر و كلب الصيد و عله في التذكرة بحل الانتفاع به و رد من منع عن بيعه لنجاسته بأن النجاسة غير مانعه و تعدى إلى كلب الحائط و الماشية و الزرع لأن المقتضى و هو النفع موجود فيها

[المعاوضة على لبن اليهودية المرضعة]

[المعاوضة على لبن اليهودية المرضعة]

و مما ذكرناه من قوة جواز بيع جلد الميته- لو لا- الإجماع إذا جوزنا الانتفاع به في الاستقاء يظهر حكم جواز المعاوضة على لبن اليهودية المرضعة بأن يجعل تمام الأجره أو بعضها في مقابل اللبن فإن نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضة عليه.

فرعان

الأول أنه كما لا يجوز بيع الميته منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى مذكى

إشارة

الأول أنه كما لا يجوز بيع الميته منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى مذكى

و لو باعها فإن كان المذكى ممتازا صح البيع فيه و بطل في الميته كما سيحىء في محله و إن كان مشتبها بالميته لم يجز بيعه أيضا- لأنه لا ينتفع به منفعه محللة- بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين فهو في حكم الميته من حيث الانتفاع فأكل المال بإزائه

أكل المال بالباطل كما أن أكل كل من المشتهين في حكم أكل الميتة

[هل يجوز بيع المختلط ممن يستحل الميتة]

إشارة

[هل يجوز بيع المختلط ممن يستحل الميتة]

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

[دلالة روايتي الحلبي على الجواز]

[دلالة روايتي الحلبي على الجواز]

لكن في صحيحه الحلبي و حسنته إذا اختلط المذكي بالميتة بيع ممن يستحل الميتة و حكي نحوهما عن كتاب علي بن جعفر. و استوجه العمل بهذه الأخبار في الكفاية و هو مشكل مع أن المروى عن أمير المؤمنين ع أنه يرمى بهما

[تجوز بيع بعضهم بالبيع بقصد بيع المذكي و الإيراد عليه]

[تجوز بيع بعضهم بالبيع بقصد بيع المذكي و الإيراد عليه]

و جوز بعضهم بالبيع بقصد بيع المذكي. و فيه أن القصد لا ينفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذكي لأجل الاشتباه. نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب في الشبهة المحصورة و جواز ارتكاب أحدهما جاز البيع بالقصد المذكور- و لكن لا ينبغي القول به في المقام لأن الأصل في كل واحد من المشتهين عدم التذكية غاية الأمر العلم الإجمالي بتذكية أحدهما و هو غير قادح في العمل بالأصلين و إنما يصح القول بجواز ارتكاب أحدهما في المشتهين إذا كان الأصل في كل منهما الحل و علم إجمالاً بوجود الحرام فقد يقال هنا بجواز ارتكاب أحدهما اتكالا على أصالة الحل و عدم جواز ارتكاب الآخر بعد ذلك

المكاسب، ج ١، ص ٦

حذرا عن ارتكاب الحرام الواقعي و إن كان هذا الكلام مخدوشا في هذا المقام أيضا. لكن القول به ممكن هنا بخلاف ما نحن فيه لما ذكرنا فافهم-.

[حمل العلامة لروايته الحلبي]

[حمل العلامة لروايته الحلبي]

و عن العلامة حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميتة بذلك برضاه. و فيه أن المستحل قد يكون ممن لا يجوز الاستنقاذ منه إلا بالأسباب الشرعية كالذمي

[حمل المؤلف لهما]

[حمل المؤلف لهما]

و يمكن حملهما على صورة قصد البائع المسلم أجزاءها التي لا- تحلها الحياة من الصوف و العظم و الشعر و نحوها و تخصيص المشتري بالمستحل لأن الداعي له على الاثراء اللحم أيضا و لا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يقع العقد عليه.

[الانتفاع بأليات الغنم المقطوعه]

[الانتفاع بأليات الغنم المقطوعه]

و في مستطرفات السرائر عن جامع البنزطى صاحب الرضاع قال:

سألته عن الرجل تكون له الغنم يقطع من ألياتها و هي أحياء يصلح له أن ينتفع بما قطع قال نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعهها. و استوجه في الكفاية العمل بها تبعاً لما حكاه الشهيد عن العلامة في بعض أقواله و الرواية شاذة- ذكر الحلبي بعد إيرادها أنها من نوادر الأخبار و الإجماع منعقد على تحريم الميتة و التصرف فيها على كل حال إلا أكلها للمضطر. أقول مع أنها معارضة بما دل على المنع من موردها معللاً بقوله ع: أما علمت أنه يصيب الثوب و اليد و هو حرام و مع الإغماض عن المرجحات يرجع إلى عموم ما دل على المنع عن الانتفاع بالميتة مطلقاً مع أن الصحيحة صريحة في المنع عن البيع إلا- أن يحمل على إرادة البيع من غير الإعلام بالنجاسة.

الثاني أن الميتة من غير النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها

الثاني أن الميتة من غير النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها

إذا كانت مما ينتفع بها أو ببعض أجزائها كدهن السمك الميتة للإسراج و التدهين لوجود مقتضى و عدم المانع لأن أدلة عدم الانتفاع بالميتة مختصة بالنجسة و صرح بما ذكرنا جماعة و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه

السادسة يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين

السادسة يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين

إجماعاً على الظاهر المصرح به في المحكى عن جماعة و كذلك أجزاؤهما. نعم لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزير و جلده جاء فيه ما تقدم في جلد الميتة

السابعة يحرم التكسب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع إجماعاً نصاً و فتوى

السابعة يحرم التكسب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع إجماعاً نصاً و فتوى

. و في بعض الأخبار: يكون لى على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمراً فقال خذها ثم أفسدها قال ابن أبي عمير يعني اجعلها خلا و المراد به إما أخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها أو أخذها و تخليلها لصاحبها ثم أخذ الخل وفاء عن الدراهم

الثامنة يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة- الغير القابلة للطهارة

الثامنة يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة- الغير القابلة للطهارة

إذا توقف منافعها المحللة المعتد بها على الطهارة لما تقدم من النبوى: إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه و نحوه المتقدم عن دعائم الإسلام. و أما التمسك بعموم قوله ع في رواية تحف العقول أو شيء من وجوه النجس ففيه نظر لأن الظاهر من وجوه النجس العنوانات النجسة لأن ظاهر الوجه هو العنوان. نعم يمكن الاستدلال على ذلك بالتعليل المذكور بعد ذلك- و هو قوله ع لأن ذلك كله محرم أكله و شربه و لبسه إلى آخر ما ذكر. ثم اعلم أنه قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها و لما كان الأقوى طهارتها لم يحتج إلى التكلم في جواز بيعها هنا. نعم لو قيل بحرمة البيع لا من حيث النجاسة كان محل التعرض له ما سيجىء من أن كل طاهر

له منفعة محللة مقصودة يجوز بيعه. و سيجيء ذلك في ذيل القسم الثاني مما لا يجوز الاكتساب به لأجل عدم المنفعة فيه

و أما المستثنى من الأعيان المتقدمة

إشارة

و أما المستثنى من الأعيان المتقدمة
فهى أربعة تذكر فى مسائل أربع
@@@

الأولى يجوز بيع المملوك الكافر

إشارة

أصليا كان أم مرتدا مليا بلا خلاف ظاهر بل ادعى عليه الإجماع و ليس ببعيد كما يظهر للمتبع فى المواضع المناسبة لهذه المسألة
كاسترقاق الكفار و شراء بعضهم من بعض و بيع العبد الكافر إذا أسلم على مولاه الكافر و عتق الكافرة و بيع المرتد و ظهور كفر العبد
المشترى على ظاهر الإسلام و غير ذلك

[بيع العبد المرتد عن فطرة]

إشارة

و كذا الفطرى على الأقوى بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من هذه الجهة و إن كان فيه كلام من حيث كونه فى معرض التلف لوجوب
قتله و لم نجد من تأمل فيه من جهة نجاسته عدا ما يظهر من بعض الأساطين- فى شرحه على القواعد حيث احترز بقول العلامة ما لا
يقبل التطهير من النجاسات عما يقبله و لو بالإسلام كالمرتد و لو عن فطرة على أصح القولين فبنى جواز بيع المرتد على قبول توبته بل
بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للطهر بالإسلام. و أنت خير بأن حكم الأصحاب بجواز بيع الكافر نظير حكمهم بجواز بيع الكلب
لا- من حيث قابليته للتطهير نظير الماء المتنجس و إن اشراطهم قبول التطهير إنما هو فيما يتوقف الانتفاع به على طهارته- ليتصف
بالملكية لا مثل الكلب و الكافر المملوكين مع النجاسة إجماعا. و بالغ تلميذه فى مفتاح الكرامة فقال أما المرتد عن فطرة فالقول بجواز
بيعه ضعيف جدا لعدم قبول توبته فلا يقبل التطهير ثم ذكر جماعة ممن جوز بيعه إلى أن قال و لعل من جوز بيعه بنى على قبول توبته
انتهى و تبعه على ذلك شيخنا المعاصر. أقول لا إشكال و لا خلاف فى كون المملوك المرتد عن فطرة ملكا و مالا لملكه و يجوز له
الانتفاع به بالاستخدام ما لم يقتل و إنما استشكل من استشكل فى جواز بيعه من حيث كونه فى معرض القتل بل واجب الإتلاف شرعا
فكان الإجماع منعقد على عدم المنع من بيعه من جهة عدم قابليته للطهارة بالتوبة

[نقل كلمات الأعلام فى المسألة]

. قال فى الشرائع و يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة و استشكل فى المسالك من جهة وجوب إتلافه و كونه فى معرض التلف
ثم اختار الجواز لبقاء ماليته إلى زمان القتل. و قال فى القواعد و يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال و ذكر فى جامع
المقاصد أن منشأ الإشكال أنه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى و من أن مقصود البيع حاصل- و أما مقصود الرهن فقد لا يحصل
بقتل الفطرى حتما و الآخر قد لا يتوب ثم اختار الجواز و قال فى التذكرة المرتد إن كان عن فطرة ففى جواز بيعه نظر ينشأ من تضاد

الحكمين- و من بقاء الملك فإن كسبه لمولاه أما عن غير فطرة فالوجه صحة بيعه لعدم تحتم قتله ثم ذكر المحارب الذي لا تقبل توبته- لوقوعها بعد القدرة عليه و استدلل على جواز بيعه بما يظهر منه جواز بيع المرتد عن فطرة و جعله نظير المريض المأبوس عن برئه نعم منع في التحرير و الدروس عن بيع المرتد عن فطرة و المحارب إذا وجب قتله للوجه

المكاسب، ج ١، ص ٧

المتقدم. و عن التذكرة بل في الدروس أن بيع المرتد عن ملء أيضا مراعى بالتوبة و كيف كان فالمتبع يقطع بأن اشتراط قابلية الطهارة إنما هو فيما يتوقف الانتفاع المعتد به على طهارته و لذا قسم في المبسوط المبيع إلى آدمى و غيره. ثم اشترط الطهارة في غير الآدمى نعم استثنى الكلب الصيود

الثانية يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش في الجملة

إشارة

بلا- خلاف ظاهر إلا- ما عن ظاهر إطلاق العماني و لعله كإطلاق كثير من الأخبار بأن ثمن الكلب سحت محمول على الهراش لتواتر الأخبار و استفاضة نقل الإجماع على جواز بيع ما عدا كلب الهراش في الجملة. ثم إن ما عدا كلب الهراش على أقسام

أحدها كلب الصيد السلوقي

و هو المتيقن من الأخبار و معاهد الإجماعات الدالة على الجواز.

الثاني كلب الصيد غير السلوقي

إشارة

و بيعه جائز على المعروف من غير ظاهر إطلاق المقنعة و النهاية. و يدل عليه قبل الإجماع المحكى عن الخلاف و المنتهى و الإيضاح و غيرها

الأخبار المستفيضة [الدالة على الجواز]

منها قوله ع في رواية القاسم بن الوليد قال: سألت أبا عبد الله ع عن ثمن الكلب الذي لا يصيد قال سحت و أما الصيد فلا بأس به و منها الصحيح عن ابن فضال عن أبي جميلة عن ليث قال: سألت أبا عبد الله ع عن الكلب الصيد يباع قال ع نعم و يؤكل ثمنه و منها رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن ثمن كلب الصيد قال لا بأس به و أما الآخر فلا يحل ثمنه و منها ما عن دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري عن أمير المؤمنين ع أنه قال: لا بأس بثمن كلب الصيد و منها مفهوم رواية أبي بصير عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: ثمن الخمر و مهر البغي و ثمن الكلب الذي لا يصطاد من السحت و منها مفهوم رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ع قال عن أبي عبد الله ع قال: ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت و لا بأس بثمن الهرة و مرسله الصدوق رحمه الله و فيها: ثمن الكلب الذي ليس بكلب الصيد سحت.

ثم إن دعوى انصراف هذه الأخبار كمعاهد الإجماعات المتقدمة إلى السلوقي ضعيفة لمنع الانصراف لعدم الغلبة المعتد بها على فرض تسليم كون مجرد غلبة الوجود من دون غلبة الاستعمال منشأ للانصراف مع أنه لا يصح في مثل قوله ثمن الكلب الذي لا يصيد أو ليس بكلب الصيد لأن مرجع التقييد إلى إرادة ما يصح عنه سلب صفة الاضطهاد. و كيف كان فلا مجال لدعوى الانصراف بل يمكن

أن يكون مراد المقنعة و النهاية من السلوقى مطلق الصيود على ما شهد به بعض الفحول من إطلاقه عليه أحيانا. و يؤيد بما عن المنتهى - حيث إنه بعد ما حكى التخصيص بالسلوقى عن الشيخين قال و عنى بالسلوقى كلب الصيد لأن سلوق قرية باليمن أكثر كلابها معلمة فنسب الكلب إليها و إن كان هذا الكلام من المنتهى يحتمل - لأن يكون مسوقا لإخراج غير كلب الصيد من الكلاب السلوقية و أن المراد بالسلوقى خصوص الصيود لا كل سلوقى لكن الوجه الأول أظهر فتدبر.

الثالث كلب الماشية و الحائط

إشارة

و هو البستان و الزرع و الأشهر بين القدماء على ما قيل المنع لعله استظهر ذلك من الأخبار الحاصرة لما يجوز بيعه فى الصيود المشتهرة بين المحدثين كالكلينى و الصدوقين و من تقدمهم بل و أهل الفتوى كالمفيد و القاضى و ابن زهرة و ابن سعيد و المحقق بل ظاهر الخلاف و الغنية الإجماع عليه.

نعم المشهور بين الشيخ و من تأخر عنه الجواز

وفاقا للمحكى عن ابن الجنيد قدس سره حيث قال لا بأس بشراء الكلب الصائد و الحارس للماشية و الزرع ثم قال لا خير فى الكلب فيما عدا الصيود و الحارس و ظاهر الفقرة الأخيرة لو لم يحمل على الأولى جواز بيع الكلاب الثلاثة و غيرها كحارس الدور و الخيام. و حكى الجواز أيضا عن الشيخ و القاضى فى كتاب الإجارة و عن سلالر و أبى الصلاح و ابن حمزة و ابن إدريس و أكثر المتأخرين كالعلامة و ولده السعيد و الشهيدين و المحقق الثانى و ابن القطان فى المعالم و الصيمرى و ابن فهد و غيرهم من متأخري المتأخرين

[ذهاب المحقق و قليل من متأخري المتأخرين إلى المنع]

عدا قليل وافق المحقق كالسبزوارى و التقى المجلسى و صاحب الحدائق و العلامة الطباطبائى فى مصابيح و فقيه عصره فى شرح القواعد و هو الأوفق بالعمومات المتقدمة المانعة إذ لم نجد مخصصا لها

[دلالة مرسله المبسوط على الجواز]

سوى ما أرسله فى المبسوط من أنه 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 بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشيخ فى كتاب الإجارة إن أحدا لم يفرق بين بيع هذه الكلاب و إجارتها بعد ملاحظة الاتفاق على صحة إجارتها و من قوله فى التذكرة جوز بيع هذه الكلاب عندنا و من المحكى عن الشهيد فى الحواشى أن أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة فيكون هذه الدعاوى قرينة على

حمل كلام من اقتصر على كلب الصيد على المثال

لمطلق ما ينتفع به منفعة محللة مقصودة. كما يظهر ذلك من عبارة ابن زهرة فى الغنية حيث اعتبر أولا فى المبيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة مقصودة ثم قال و احترزنا بقولنا ينتفع به منفعة محللة عما يحرم الانتفاع به و يدخل فى ذلك كل نجس إلا ما خرج بالدليل من بيع الكلب المعلم للصيد و الزيت النجس لفائدة الاستصباح تحت السماء و من المعلوم بالإجماع و السيرة جواز الانتفاع

بهذه الكلاب منفعه محلله مقصوده أهم من منفعه الصيد فيجوز بيعها لوجود القيد الذي اعتبره فيها و أن المنع من بيع النجس منوط بحرمه الانتفاع فينتفى بانتفائها

[التأييد بما أفاده العلامة و المناقشة فيه]

و يؤيد ذلك كله ما في التذكرة من أن المقتضى لجواز بيع كلب الصيد أعنى المنفعه موجود في هذه الكلاب. و عنه رحمه الله في مواضع أخر أن تقدير الديه لها يدل على مقابلتها بالمال و إن ضعف الأول برجوعه إلى القياس - و الثاني بأن الديه لو لم تدل على عدم التملك و إلا لكان الواجب القيمة كائنه ما كانت لم تدل على التملك لاحتمال كون الديه من باب تعيين غرامه معينه لتفويت شىء ينتفع به لا لإتلاف مال كما في إتلاف الحر

[المناقشة في أدلة الجواز]

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

[الفرق بين دعوى الاتفاق و دعوى الإجماع]

نعم لو ادعى الإجماع أمكن منع وهنها بمجرد الخلاف و لو من الكثير بناء على ما سلكه بعض متأخري المتأخرين في الإجماع من كونه

المكاسب، ج ١، ص ٨

منوطا بحصول الكشف من اتفاق جماعة و لو خالفهم أكثر منهم مع أن دعوى الإجماع ممن لم يصطلح الإجماع على مثل هذا الاتفاق لا يعبا بها عند وجدان الخلاف. و أما شهرة الفتوى بين المتأخرين فلا تجبر الروايه خصوصا مع مخالفه كثير من القدماء و مع كثرة ظاهر العمومات الواردة في مقام الحاجه و خلو كتب الروايه المشهوره عنها حتى أن الشيخ لم يذكرها في جامعته

و أما حمل كلمات القدماء على المثال ففي غاية البعد

و أما كلام ابن زهره المتقدم فهو مختل على كل حال - لأنه استثنى الكلب المعلم عما يحرم الانتفاع به مع أن الإجماع على جواز الانتفاع بالكافر فحمل كلب الصيد على المثال لا يصحح كلامه إلا أن يريد كونه مثلا و لو للكافر أيضا كما أن استثناء الزيت من باب المثال لسائر الأدهان المتنجسه هذا و لكن الحاصل من شهرة الجواز بين المتأخرين بضميمه أمارات الملك في هذه الكلاب يوجب الظن بالجواز حتى في غير هذه الكلاب مثل كلاب الدور و الخيام

[مختار المؤلف]

فالمسأله لا تخلو عن إشكال و إن كان الأقوى بحسب الأدله - و الأحوط في العمل هو المنع فافهم

الثالثه الأقوى جواز المعاوضه على العصير العنبى

إذا غلى و لم يذهب ثلثاه و إن كان نجسا لعمومات البيع و التجارة الصادقة عليه بناء على أنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص لأصالة بقاء ماليته و عدم خروجه عنها بالنجاسة غاية الأمر أنه مال معيوب قابل لزوال عيبه و لذا لو غصب عصيرا فأغلاه حتى حرم و نجس لم يكن فى حكم التالف بل و جب عليه رده و و جب عليه غرامة الثلثين و أجره العمل فيه حتى يذهب الثلثان كما صرح به فى التذكرة معللا لغرامة الأجره بأنه رده معيبا و يحتاج زوال العيب إلى خساره و العيب من فعله فكانت الخساره عليه نعم ناقشه فى جامع المقاصد فى الفرق بين هذا و بين ما لو غصبه عصيرا فصار خمرا حيث حكم فيه بوجوب غرامة مثل العصير لأن المالىة قد فاتت تحت يده فكان عليه ضمانها كما لو تلفت لكن لا يخفى الفرق الواضح بين العصير إذا غلى و بينه إذا صار خمرا فإن العصير بعد الغليان مال عرفا و شرعا و النجاسة إنما تمنع من المالىة إذا لم تقبل التطهير كالخمر فإنه لا تزول نجاستها إلا بزوال موضوعها بخلاف العصير فإنه تزول نجاسته بنقصه نظير طهارة ماء البئر بالترح-

[عدم شمول نجس العين للعصير]

و بالجملة فالنجاسة فيه و حرمة الشرب عرضية تعرضانه فى حال متوسط بين حالتى طهارته فحكمه حكم النجس بالعرض القابل للتطهير فلا يشمل قوله ع فى رواية تحف العقول أو شىء من وجوه النجس و لا يدخل تحت قوله ص إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمته لأن الظاهر منها العنونات النجسة و المحرمة بقول مطلق لا ما تعرضانه فى حال دون حال فيقال يحرم فى حال كذا و ينجس فى حال كذا. و بما ذكرنا يظهر عدم شمول معقد إجماع التذكرة على فساد بيع نجس العين للعصير لأن المراد بالعين هى الحقيقة و العصير ليس كذلك

[استظهار المنع من بيع العصير فى مفتاح الكرامة]

و يمكن أن ينسب جواز بيع العصير إلى كل من قيد الأعيان النجسة المحرم بيعها بعدم قابليتها للتطهير و لم أجد مصرحا بالخلاف عدا ما فى مفتاح الكرامة من أن الظاهر المنع للعمومات المتقدمة و خصوص بعض الأخبار- مثل قوله ع: و إن غلى فلا يحل بيعه و رواية أبى كهيمس: إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس و مرسل ابن الهيثم: إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه بناء على أن الخير المنفى يشمل البيع.

و فى الجميع نظر

أما فى العمومات فلما تقدم. و أما الأدلة الخاصة فهى مسوقة للنهى عن بيعه بعد الغليان نظير بيع الدبس و الخل من غير اعتبار إعلام المكلف و فى الحقيقة هذا النهى كناية عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه فلا يشمل بيعه بقصد التطهير مع إعلام المشتري نظير بيع الماء النجس و بالجملة فلو لم يكن إلا استصحاب ماليته و جواز بيعه كفى و لم أعر على من تعرض للمسألة صريحا عدا جماعة من المعاصرين نعم قال المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد فى ذيل قول المصنف و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبولها التطهير بعد الاستشكال بلزوم عدم جواز بيع الأصباغ المتنجسة بعدم قبولها التطهير و دفع ذلك بقبولها له بعد الجفاف- و لو تنجس العصير و نحوه فهل يجوز بيعه على من يستحله فيه إشكال ثم ذكر أن الأقوى لعدم لعموم و لا تعاؤنا على الأثم و العُدوان و الظاهر أنه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث كما يظهر من ذكر المشتري و الدليل فلا يظهر منه حكم بيعه على من يطهره

الرابعة يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس

على المعروف من مذهب الأصحاب و جعل هذا من المستثنى عن بيع الأعيان النجسة مبنى على المنع من الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل أو على المنع من بيع المتنجس و إن جاز الانتفاع به نفعا مقصودا محللا و إلا كان الاستثناء منقطعاً من حيث إن المستثنى منه ما ليس فيه منفعة محللة مقصودة من النجاسات و المتنجسات 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 يظهر من الشهيد الثانى فى المسالك خلاف ذلك و أن جواز بيع الدهن للنص لا لجواز الانتفاع به و إلا لا طرد الجواز فى غير الدهن أيضاً و أما حرمة الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل فسيجىء الكلام فيه إن شاء الله تعالى و كيف كان فلا إشكال فى جواز بيع الدهن المذكور و عن جماعة الإجماع عليه فى الجملة

[الأخبار المستفيضة الدالة على الجواز]

و الأخبار به مستفيضة منها الصحيح عن معاوية بن وهب عن أبى عبد الله ع قال: قلت له جرذ مات فى سمن أو زيت أو عسل قال ع أما السمن و العسل فيؤخذ الجرذ و ما حوله و الزيت يستصبح به و زاد فى المحكى عن التهذيب أنه يبيع ذلك الزيت و بينه لمن اشتراه ليستصبح به و لعل الفرق بين الزيت و أخويه من جهة كونه مائعا غالباً بخلاف السمن و العسل و فى رواية إسماعيل الآتية إشعار بذلك و منها الصحيح عن سعيد الأعرج عن أبى عبد الله ع: فى الفأرة و الدابة تقع فى الطعام و الشراب فتموت فيه قال ع إن كان سمنا أو عسلا أو زيتا فإنه ربما يكون بعض هذا فإن كان الشتاء فانزع ما حوله و كله و إن كان الصيف فادفعه حتى يسرح به و منها ما عن أبى بصير فى الموتق: عن الفأرة تقع فى السمن أو فى الزيت فتموت فيه قال ع إن كان جامدا فليطرحها و ما حولها و يؤكل ما بقى و إن كان ذائبا فأسرح به و أعلمهم إذا بعته و منها رواية إسماعيل بن عبد الخالق قال: سأله سعيد الأعرج السمان و أنا حاضر عن السمن و الزيت و العسل تقع فيه الفأرة فتموت كيف يصنع به قال ع أما الزيت فلا تبعه إلا أن تبين له فيبتاع للسراج المكاسب، ج ١، ص ٩

و أما الأكل فلا و أما السمن فإن كان ذائبا فكذلك و إن كان جامدا و الفأرة فى أعلاه فيؤخذها ما تحتها و ما حولها ثم لا بأس به و العسل كذلك إن كان جامدا

إذا عرفت هذا فالإشكال يقع فى مواضع

@@@الأول أن صحة بيع هذا الدهن هل هى مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحا أو يكفى قصدهما لذلك أو لا- يشترط أحدهما ظاهر الحلى فى السرائر الأول- فإنه بعد ذكر جواز الاستصباح بالأدهان المتنجسة جمع قال و يجوز بيعها بهذا الشرط عندنا و ظاهر المحكى عن الخلاف الثانى حيث قال جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و قال أبو حنيفة يجوز مطلقا و نحوه مجردا عن دعوى الإجماع عبارة المبسوط و زاد أنه لا يجوز بيعه إلا لذلك و ظاهره كفاية القصد و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله جاز بيعه للاستصباح- كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما. نعم ذكر المحقق الثانى ما حاصله أن التعليل راجع إلى الجواز يعنى يجوز لأجل تحقق فائدة الاستصباح بيعه و كيف كان فقد صرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح.

[اعتبار قصد الاستصباح إذا كان من المنافع النادرة]

و يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح إذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه و كان من منافعه النادرة التى لا تلاحظ فى ماليته كما فى دهن اللوز و البنفسج و شبههما و وجهه أن مالية الشئ إنما هى باعتبار منافعه المحللة المقصودة منه لا باعتبار مطلق الفوائد غير الملحوظة فى ماليته و لا باعتبار الفوائد الملحوظة المحرمة فإذا فرض أن لا فائدة فى الشئ محللة ملحوظة فى ماليته فلا يجوز بيعه على الإطلاق لأن الإطلاق ينصرف إلى كون الثمن بإزاء المنافع المقصودة منه و المفروض حرمتها فيكون أكلا للمال بالباطل و لا

على قصد الفائدة النادرة المحللة لأن قصد الفائدة النادرة لا يوجب كون الشيء مالا. ثم إذا فرض ورود النص الخاص على جواز بيعه كما فيما نحن فيه فلا بد من حمله على إرادة صورة قصد الفائدة النادرة لأن أكل المال حينئذ ليس بالباطل بحكم الشارع بخلاف صورة عدم القصد لأن المال في هذه الصورة مبذول في مقابل المطلق المنصرف إلى الفوائد المحرمة فافهم وحينئذ فلو لم يعلم المتبايعان جواز الاستصباح بهذا الدهن و تعاملوا من غير قصد إلى هذه الفائدة كانت المعاملة باطلة لأن المال مبذول مع الإطلاق في مقابل الشيء باعتبار الفوائد المحرمة. ثم لو علمنا عدم التفات المتعاملين إلى المنافع أصلا أمكن صحتها لأنه مال واقعي شرعا قابل لبذل المال بإزائه و لم يقصد به ما لا يصح بذل المال بإزائه من المنافع المحرمة و مرجع هذا في الحقيقة إلى أنه لا يشترط إلا عدم قصد المنافع المحرمة فافهم.

[عدم اعتبار قصد الاستصباح إذا كان من المنافع الغالبة أو المساوية]

و أما فيما كان الاستصباح منفعه غالبه بحيث كان مالىة الدهن باعتباره كالأدهان المعده للإسراج فلا يعتبر في صحه بيعه قصده أصلا لأن الشارع قد قرر ماليتة العرفية بتجوز الاستصباح به و إن فرض حرمة سائر منافعه بناء على أضعف الوجهين من وجوب الاقتصار فى الانتفاع بالنجس على مورد النص. و كذا إذا كان الاستصباح منفعه مقصوده مساوية لمنفعه الأكل المحرم كالألبنة و الزيت و عصارة السمسم فلا يعتبر قصد المنفعة المحللة فضلا عن اشتراطه إذ يكفى فى ماليتة وجود المنفعة المقصوده المحللة غاية الأمر كون حرمة منفعته الأخرى المقصوده نقصا فيه يوجب الخيار للجاهل

نعم يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرمة

بأن يقول بعتك بشرط أن تأكله و إلا-فسد العقد بفساد الشرط بل يمكن الفساد و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد لأن مرجع الاشتراط فى هذا الفرض إلى تعيين المنفعة المحرمة عليه فيكون أكل الثمن أكلا بالبطل لأن حقيقة النفع العائد إلى المشتري بإزاء ثمنه هو النفع المحرم فافهم بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و إن لم يشترط فى متن العقد و بالجملة فكل بيع قصد فيه منفعة محرمة بحيث قصد أكل الثمن أو بعضه بإزاء المنفعة المحرمة كان باطلا كما يومئ إلى ذلك ما ورد فى تحريم شراء الجارية المغنية و بيعها و صرح فى التذكرة بأن الجارية المغنية إذا بيعت بأكثر مما يرغب فيها لو لا الغناء فالوجه التحريم انتهى.

ثم إن الأخبار المتقدمة خالية عن اعتبار قصد الاستصباح

لأن موردها مما يكون الاستصباح فيه منفعه مقصوده منها كافيه فى ماليتها العرفية و ربما يتوهم من قوله ع- فى رواية الأعرج المتقدمة تبينه لمن يشتره فيبتاع للسراج اعتبار القصد و يدفعه أن الابتاع للسراج إنما جعل غاية للإعلام بمعنى أن المسلم إذا اطلع على نجاسته فيشتره للإسراج نظير قوله ع فى رواية معاوية بن وهب: بينه لمن اشتراه ليستصبح به.

الثانى أن ظاهر بعض الأخبار وجوب الإعلام فهل يجب مطلقا أم لا- و هل وجوبه نفسى أم شرطى

بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحه البيع الذى ينبغى أن يقال إنه لا إشكال فى وجوب الإعلام إن قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد أو توأطئهما عليه من الخارج لتوقف القصد على العلم بالنجاسة و أما إذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد فالظاهر وجوب الإعلام وجوبا نفسيا- قبل العقد أو بعده لبعض الأخبار المتقدمة- و فى قوله ع: بينه لمن اشتراه ليستصبح به إشارة إلى وجوب الإعلام لئلا- يأكله فإن الغاية للإعلام ليس هو تحقق الاستصباح إذ لا ترتب بينهما شرعا و لا عقلا و لا عادة- بل الفائدة حصر الانتفاع فيه بمعنى عدم الانتفاع به فى غيره

[وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرما]

ففيه إشارة إلى وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرما بحيث يعلم عادة وقوعه فى الحرام لو لا الإعلام فكأنه قال أعلمه لأن لا يقع فى الحرام الواقعى بتركك الإعلام

[الأخبار الدالة على حرمة تعزيز الجاهل بالحكم أو الموضوع]

و يشير إلى هذه القاعدة كثير من الأخبار المتفرقة الدالة على حرمة تغريير الجاهل بالحكم أو الموضوع في المحرمات مثل ما دل على أن من أفتى بغير علم لحقه وزر من عمل بفتياه فإن إثبات الوزر للمباشر من جهة فعل القبيح الواقعي و حمله على المفتي من حيث التسيب و التغريير و مثل قوله ع: ما من إمام صلى بقوم فيكون في صلاتهم تقصير - إلا كان عليه أوزارهم: و في رواية أخرى: فيكون في صلاته و صلاتهم تقصير إلا كان إثم ذلك عليه: و في رواية أخرى:

لا يضمن الإمام صلاتهم إلا أن يصلى بهم جنبا و مثل رواية أبي بصير المتضمنة لكراهة أن تسقى البهيمة أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شربه فإن في كراهة ذلك في البهائم إشعارا بحرمة بالنسبة إلى المكلف و يؤيده أن أكل الحرام و شربه من القبيح و لو في حق الجاهل و لذا يكون الاحتياط فيه مطلوبا مع الشك إذ لو كان

المكاسب، ج ١، ص ١٠

للعلم دخل في قبحه لم يحسن الاحتياط و حيثئذ فيكون إعطاء النجس للجاهل المذكور إغراء بالقبيح و هو قبيح عقلا. بل قد يقال بوجوب الإعلام و إن لم يكن منه تسيب كما لو رأى نجسا في يده يريد أكله و هو الذي صرح به العلامة رحمه الله في أجوبة المسائل المهنية حيث سأله السيد المهنا عمن رأى في ثوب المصلي نجاسة فأجاب بأنه يجب الإعلام لوجوب النهي عن المنكر لكن إثبات هذا مشكل

[أقسام إلقاء الغير في الحرمة الواقعية]

و الحاصل أن هنا أموراً أربعة. أحدها أن يكون فعل الشخص علّة تامّة لوقوع الحرام في الخارج كما إذا أكره غيره على المحرم و لا إشكال في حرمة و كون وزر الحرام عليه بل أشد لظلمة. و ثانيها أن يكون فعله سببا للحرام كمن قدم إلى غيره محرما و مثله ما نحن فيه و قد ذكرنا أن الأقوى فيه التحريم لأن استناد الفعل إلى السبب أقوى - فنسبته فعل الحرام إليه أولى و لذا يستقر الضمان على السبب دون المباشر الجاهل بل قيل إنه لا ضمان ابتداء إلا عليه. الثالث أن يكون شرطا لصدور الحرام و هذا يكون على وجهين أحدهما أن يكون من قبيل إيجاد الداعي على المعصية إما لحصول الرغبة فيها كترغيب الشخص على المعصية و إما لحصول العناد من الشخص حتى يقع في المعصية كسب آلهة الكفار الموجب لإلقتهم في سب الحق عنادا أو سب آباء الناس الموقع لهم في سب أبيه و الظاهر حرمة القسمين و قد ورد في ذلك عدة من الأخبار. ثانيهما أن يكون بإيجاد شرط آخر غير الداعي كبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا و سيأتي الكلام فيه. الرابع أن يكون من قبيل عدم المانع و هذا يكون تارة مع الحرمة الفعلية في حق الفاعل كسكوت الشخص عن المنع من المنكر و لا إشكال في الحرمة بشرائط النهي عن المنكر و أخرى مع عدم الحرمة الفعلية بالنسبة إلى الفاعل كسكوت العالم عن إعلام الجاهل كما فيما نحن فيه فإن صدور الحرام منه مشروط بعدم إعلامه

فهل يجب دفع الحرام بترك السكوت أم لا

فيه إشكال إلا إذا علمنا من الخارج و جوب دفع ذلك لكونه فسادا قد أمر بدفعه كل من قدر عليه كما لو اطلع على عدم إباحتها دم من يريد الجاهل قتله أو عدم إباحتها عرضه له أو لزم من سكوته ضرر مالي قد أمرنا بدفعه عن كل أحد فإنه يجب الإعلام و الردع لو لم يرتدع بالإعلام بل الواجب هو الردع و لو بدون الإعلام ففي الحقيقة الإعلام بنفسه غير واجب. و أما فيما تعلق بغير الثلاثة من حقوق الله فوجوب دفع مثل هذا الحرام مشكل لأن الظاهر من أدلة النهي عن المنكر و جوب الردع عن المعصية فلا يدل على وجوب إعلام الجاهل بكون فعله معصية نعم و جب ذلك فيما إذا كان الجهل بالحكم لكنه من حيث وجوب تبليغ التكاليف ليستمر التكليف إلى آخر الأبد بتبليغ الشاهد الغائب فالعالم في الحقيقة مبلغ عن الله لئتم الحجة على الجاهل و يتحقق فيه قابلية الإطاعة و المعصية

[الاستدلال على وجوب الإعلام بأن النجاسة عيب خفي و المناقشة فيه]

ثم إن بعضهم استدلل على وجوب الإعلام بأن النجاسة عيب خفي فيجب إظهارها و فيه مع أن وجوب الإعلام على القول به ليس مختصا بالمعاوضات بل يشمل مثل الإباحة و الهبة من المجانيات أن كون النجاسة عيبا ليس إلا لكونه منكرا واقعا و قبيحا فإن ثبت

ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسألة وجوب إظهار العيب و إلا لم يكن عيباً فتأمل.

الثالث المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء

بل في السرائر أن الاستصباح به تحت الظلال محذور بغير خلاف و في المبسوط أنه روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف لكن الأخبار المتقدمة على كثرتها و ورودها في مقام البيان ساكتة عن هذا القيد و لا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من مرسله الشيخ- المنجبرة بالشهرة المحققة و الاتفاق المحكى لكن لو سلم الانجبار فغاية الأمر دورانه بين تقييد المطلقات المتقدمة أو حمل الجملة الخبرية على الاستحباب أو الإرشاد لثلا يتأثر السقف بدخان النجس الذي هو نجس بناء على ما ذكره الشيخ من دلالة المرسله على نجاسة الدخان النجس إذ قد لا يخلو من أجزاء لطيفة دهنية تتصاعد بواسطة الحرارة و لا ريب أن مخالفة الظاهر في المرسله خصوصاً بالحمل على الإرشاد دون الاستحباب أولى خصوصاً مع ابتناء التقييد إما على ما ذكره الشيخ من دلالة الرواية على نجاسة الدخان المخالفة للمشهور و إما على كون الحكم تعبداً محضاً و هو في غاية البعد. و لعله لذلك أفتى في المبسوط بالكراهة مع روايته للمرسله

و الإنصاف أن المسألة لا تخلو عن إشكال

من حيث ظاهر الروايات البعيدة عن التقييد لإبائها في أنفسها عنه و إباء المقيد عنه و من حيث الشهرة المحققة و الاتفاق المنقول و لو رجع إلى أصالة البراءة حينئذ لم يكن إلا بعيداً عن الاحتياط و جرأة على مخالفة المشهور.

ثم إن العلامة في المختلف فصل

بين ما إذا علم بتصاعد شيء من أجزاء الدهن و ما إذا لم يعلم فوافق المشهور في الأول و هو مبنى على ثبوت حرمة تنجيس السقف و لم يدل عليه دليل و إن كان ظاهر كل من حكم بكون الاستصباح تحت السماء تعبداً لا لنجاسة الدخان معللاً بطهارة دخان النجس التسالم على حرمة التنجيس و إلا لكان الأولى تعليل التعبد به لا بطهارة الدخان كما لا يخفى

الرابع هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح

بأن يعمل صابوناً أو يطلى به الأجر أو السفن قولان مبنيان على أن الأصل في المنتجس جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل كالأكل و الشرب و الاستصباح تحت الظل أو أن القاعدة فيه المنع عن التصرف إلا ما خرج بالدليل كالاستصباح تحت السماء و بيعه ليعمل صابوناً على رواية ضعيفة تأتي

[كلمات الفقهاء في المسألة]

و الذي صرح به في مفتاح الكرامة هو الثاني و وافقه بعض مشايخنا المعاصرين و هو ظاهر جماعة من القدماء كالشيخين و السديدن و الحلبي و غيرهم.

[ما قاله السيد في الانتصار]

قال في الانتصار و مما انفردت به الإمامية أن كل طعام عالجه أهل الكتاب و من ثبت كفرهم بدليل قاطع لا يجوز أكله و لا الانتفاع به و اختلف باقي الفقهاء في ذلك و قد دللنا على ذلك في كتاب الطهارة حيث دللنا على أن سؤر الكفار نجس.

[ما قاله الشيخ في المبسوط و النهاية و الخلاف]

و قال في المبسوط في الماء المضاف إنه مباح التصرف فيه بأنواع التصرف ما لم تقع فيه نجاسة فإن وقعت فيه نجاسة لم يجز استعماله على حال و قال في حكم الماء المتغير بالنجاسة إنه لا يجوز استعماله إلا عند الضرورة للشرب لا غير و قال في النهاية و إن كان ما حصل فيه الميتة مائعا لم يجز استعماله و وجب إهراقه انتهى و قريب منه عبارة المقنعة. و قال في الخلاف في حكم السمن و البذر و الشيرج و الزيت إذا وقعت فيه فأرة إنه جاز الاستصباح به و لا يجوز أكله و لا الانتفاع به بغير الاستصباح و به قال الشافعي و قال قوم من أصحاب الحديث لا ينتفع به بحال لا باستصباح و لا غيره بل يراق

المكاسب، ج ١، ص ١١

كالخمر و قال أبو حنيفة يستصبح به و يباع لذلك مطلقا و قال ابن داود إن كان المائع سمنا لم ينتفع به و إن كان غيره من الأدهان لم ينجس بموت الفأرة فيه و يحل أكله و شربه لأن الخبر ورد في السمن فحسب دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم [ما قاله الحلبي في السرائر]

و في السرائر في حكم الدهن المنتجس أنه لا يجوز الأدهان به و لا استعماله في شيء من الأشياء عدا الاستصباح تحت السماء انتهى و ادعى في موضع آخر أن الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف [ما قاله ابن زهرة في الغنية]

و قال ابن زهرة بعد أن اشترط في المبيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة و شرطنا في المنفعة أن تكون مباحة تحفظا من المنافع المحرمة و يدخل في ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره عدا ما استثني من بيع الكلب المعلم للصيد و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء و هو إجماع الطائفة ثم استدل على جواز بيع الزيت بعد الإجماع بأن النبي ص أذن في الاستصباح به تحت السماء قال و هذا يدل على جواز بيعه لذلك انتهى

و لكن الأقوى وفاقا لأكثر المتأخرين جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل و يدل عليه أصالة الجواز و قاعدة حل الانتفاع بما في الأرض و لا حاكم عليها سوى ما يتخيل من بعض الآيات و الأخبار و دعوى الجماعة المتقدمة الإجماع على المنع و الكل غير قابل لذلك.

[الاستدلال على المنع بالآيات و الجواب عنه]

أما الآيات فمنها قوله تعالى *إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ* دل بمقتضى التفرغ على وجوب اجتناب كل رفس و فيه أن الظاهر من الرفس ما كان كذلك في ذاته لا ما عرض له ذلك فيختص بالعناوين النجسة و هي النجاسات العشر مع أنه لو عم المنتجس لزم أن يخرج عنه أكثر الأفراد فإن أكثر المنتجسات لا- يجب الاجتناب عنه مع أن وجوب الاجتناب ثابت فيما كان رجسا من عمل الشيطان يعنى من مبتدعاته فيختص وجوب الاجتناب المطلق بما كان من عمل الشيطان سواء أ كان نجسا كالخمر أم قدرا معنويا مثل الميسر. و من المعلوم أن المائعات المنتجسة كالدهن و الطين و الصبغ و الدبس إذا تنجست ليست من أعمال الشيطان و إن أريد من عمل الشيطان عمل المكلف المتحقق في الخارج بإغوائه ليكون المراد بالمدكورات استعمالها على النحو الخاص فالمعنى أن الانتفاع بهذه المذكورات رجس من عمل الشيطان كما يقال في سائر المعاصي إنها من عمل الشيطان فلا تدل أيضا على وجوب الاجتناب عن استعمال المنتجس إلا إذا ثبت كون الاستعمال رجسا و هو أول الكلام و كيف كان فالآية لا تدل على المطلوب و من بعض ما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال على ذلك بقوله تعالى *وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ* بناء على أن الرجز هو الرفس و أضعف من الكل الاستدلال بآية تحريم الخبائث بناء على أن كل منتجس خبيث و التحريم المطلق يفيد عموم الانتفاع إذ لا يخفى أن المراد هنا حرمة الأكل بقريئة مقابلته بحلية الطيبات.

[الاستدلال على المنع بالأخبار و الجواب عنه]

و أما الأخبار فمنها ما تقدم في رواية تحف العقول حيث علل النهى عن بيع وجوه النجس بأن ذلك كله محرم أكله و شربه و إمساكه و جميع التقلب فيه. فجميع التقلب في ذلك حرام و فيه ما تقدم من أن المراد بوجوه النجس عنواناته المعهودة لأن الوجه هو العنوان و الدهن ليس عنوانا للنجاسة و الملقى للنجس و إن كان عنوانا للنجاسة لكنه ليس وجها من وجوه النجاسة في مقابلة غيره و لذا لم يعدوه عنوانا في مقابل العناوين النجسة مع ما عرفت من لزوم تخصيص الأكثر لو أريد به المنع عن استعمال كل منتجس. و منها ما دل على الأمر بإهراق المائعات الملاقية للنجاسة و إلقاء ما حول الجامد من الدهن و شبهه و طرحه و قد تقدم بعضها في مسألة الدهن و

بعضها الآخر متفرقة مثل قوله يهريق المرق و نحو ذلك و فيه أن طرحها كناية عن عدم الانتفاع بها في الأكل فإن ما أمر بطرحه من جامد الدهن و الزيت يجوز الاستصباح به إجماعا فالمراد اطراحه من ظرف الدهن و ترك الباقي للأكل.

[الإجماعات المدعاة على المنع و النظر في دلالتها]

و أما الإجماعات ففي دلالتها على المدعى نظر يظهر من ملاحظتها فإن الظاهر من كلام السيد المتقدم أن مورد الإجماع هو نجاسة ما باشره أهل الكتاب و أما حرمة الأكل و الانتفاع فهي من فروعها المتفرعة على النجاسة لا أن معقد الإجماع حرمة الانتفاع بالنجس فإن خلاف باقي الفقهاء في أصل النجاسة في أهل الكتاب لا في أحكام النجس. و أما إجماع الخلاف فالظاهر أن معقده ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين إذ فرق بين دعوى الإجماع على محل النزاع بعد تحريره و بين دعواه ابتداء على الأحكام المذكورات في عنوان المسألة فإن الثاني يشمل الأحكام كلها و الأول لا يشمل إلا الحكم الواقع مورد الخلاف - لأنه الظاهر من قوله دليلنا إجماع الفرقة فافهم و اغتتم و أما إجماع السيد في الغيبة فهو في أصل مسألة تحريم بيع النجاسات و استثناء الكلب المعلم و الزيت المتنجس لا - فيما ذكره من أن حرمة بيع المتنجس من حيث دخوله فيما يحرم الانتفاع نعم هو قائل بذلك و بالجملة فلا ينكر ظهور كلام السيد في حرمة الانتفاع بالنجس الذاتي و العرضي و لكن دعواه الإجماع على ذلك بعيدة عن مدلول كلامه جدا و كذلك لا ينكر كون السيد و الشيخ قائلين بحرمة الانتفاع بالمتنجس كما هو ظاهر المفيد و صريح الحلي لكن دعواهما الإجماع على ذلك ممنوعة عند المتأمل المنصف ثم على تقدير تسليم دعواهما الإجماعات فلا ريب في وهنها بما يظهر من أكثر المتأخرين من قصر حرمة الانتفاع على أمور خاصة.

[ما قاله المحقق في المعبر]

قال في المعبر في أحكام الماء القليل المتنجس و كل ماء حكم بنجاسته لم يجز استعماله إلى أن قال و نريد بالمنع عن استعماله الاستعمال في الطهارة و إزالة الخبث و الأكل و الشرب دون غيره مثل بل الطين و سقى الدابة انتهى. أقول إن بل الصبغ و الحناء بذلك الماء داخل في الغير فلا يحرم الانتفاع بهما

[ما قاله العلامة في كتبه]

و أما العلامة فقد قصر حرمة استعمال الماء المتنجس في التحرير و القواعد و الإرشاد على الطهارة و الأكل و الشرب و جوز في المنتهى الانتفاع بالعجين النجس في علف الدواب محتجا بأن المحرم على المكلف تناوله و بأنه انتفاع فيكون سائغا للأصل و لا يخفى أن كلا دليليه صريح في حصر التحريم في أكل العجين المتنجس.

[ما قاله الشهيد في قواعده و الذكري]

و قال الشهيد في قواعده النجاسة ما حرم استعماله في الصلاة و الأغذية ثم ذكر ما يؤيد المطلوب. و قال في الذكري في أحكام النجاسة تجب إزالة النجاسة عن الثوب و البدن ثم ذكر المساجد و غيرها إلى أن قال و عن كل مستعمل في أكل أو شرب أو ضوء تحت ظل للنهي عن النجس و للنص انتهى و مراده بالنهي عن النجس النهي عن أكله و مراده بالنص ما ورد عن النهي عن الاستصباح المكاسب، ج ١، ص ١٢

بالدهن المتنجس تحت السقف فانظر إلى صراحة كلامه في أن المحرم من الدهن المتنجس بعد الأكل و الشرب خصوص الاستضاءة تحت الظل للنص

[ما حكاه المحقق الثاني عن بعض فوائد الشهيد]

و هو المطابق لما حكاه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد عنه قدس سره في بعض فوائده من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس في جميع ما يتصور من فوائده. و قال المحقق و الشهيد الثانيان في المسالك و حاشية الإرشاد عند قول المحقق و العلامة قدس سرهما تجب إزالة النجاسة عن الأواني إن هذا إذا استعملت فيما يتوقف استعماله على الطهارة كالأكل و الشرب و سيأتي عن المحقق الثاني في

حاشية الإرشاد في مسألة الانتفاع بالإصباح المتنجس ما يدل على عدم توقف جواز الانتفاع بها على الطهارة

[ما أفاده الشهيد الثاني في المسالك]

و في المسالك في ذيل قول المحقق قدس سره و كل مائع نجس عدا الأدهان قال لا فرق في عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه و لا بين الإعلام بحالها و عدمه على ما نص عليه الأصحاب و أما الأدهان المتنجس بنجاسة عارضية كالزيت تقع فيه الفأرة فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها و إنما خرج هذا الفرد بالنص و إلا فكان ينبغي مساواتها لغيرها من المائعات المتنجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه و قد ألحق بعض الأصحاب بيعها للاستصباح ببيعها ليعمل صابوناً أو يطلى بها الأجر و نحو ذلك و يشكل بأنه خروج عن مورد النص المخالف للأصل فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسة التي ينتفع بها كالديبس يطعم للنحل و نحوه و لا يخفى ظهوره في جواز الانتفاع بالمتنجس و كون المنع من بيعه لأجل النص يقتصر على مورده و كيف كان فالمتبع في كلام المتأخرين يقطع بما استظهرناه من كلماتهم و الذي أظن و إن كان الظن لا يغني لغيري شيئاً أن كلمات القدماء يرجع إلى ما ذكره المتأخرون و أن المراد بالانتفاع في كلمات القدماء الانتفاعات الراجعة إلى الأكل و الشرب و إطعام الغير و بيعه على نحو بيع ما يحل أكله ثم لو فرضنا مخالفة القدماء كفي موافقة المتأخرين في دفع الوهن عن الأصل و القاعدة السالمة عما يرد عليهما

[جواز بيعه لغير الاستصباح من الانتفاعات بناء على جوازها]

ثم إن على تقدير جواز غير الاستصباح من الانتفاعات فالظاهر جواز بيعه لهذه الانتفاعات وفاقاً للشهيد و المحقق الثاني قدس سرهما قال الثاني في حاشية الإرشاد في ذيل قول العلامة إلا الدهن للاستصباح إن في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد إن الفائدة لا تنحصر في ذلك إذ مع فرض فائدة أخرى للدهن لا تتوقف على طهارته يمكن بيعه لها كاتخاذ الصابون منه قال و هو مروى و مثله طلى الدواب. أقول لا بأس بالمصير إلى ما ذكره شيخنا و قد ذكر أن به رواية انتهى أقول و الرواية إشارة إلى ما عن الراوندي في كتاب النوادر بإسناده عن أبي الحسن موسى بن جعفر و فيه: سئل عن الشحم يقع فيه شيء له دم فيموت قال ع تبعه لمن يعمله صابوناً إلى آخر الخبر

[حكم بيع غير الدهن من المتنجسات]

ثم لو قلنا بجواز البيع في الدهن لغير المنصوص من الانتفاعات المباحة فهل يجوز بيع غيره من المتنجسات المنتفع بها في المنافع المقصودة المحللة كالصنغ و الطين و نحوهما أم يقتصر على المتنجس المنصوص و هو الدهن غاية الأمر التعدي من حيث غاية البيع - إلى غير الاستصباح إشكال

[وجه المنع]

من ظهور استثناء الدهن في كلام المشهور في عدم جواز بيع ما عداه بل عرفت من المسالك نسبة عدم الفرق بين ما له منفعة محللة و ما ليست له إلى نص الأصحاب

[وجه الجواز]

و مما تقدم في مسألة جلد الميتة - من أن الظاهر من كلمات جماعة من القدماء و المتأخرين كالشيخ في الخلاف و ابن زهرة و العلامة و ولده و الفاضل المقداد و المحقق الثاني و غيرهم دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به و عدمه إلا ما خرج بالنص كآليات الميتة مثلاً أو مطلق نجس العين على ما سيأتي من الكلام فيه و هذا هو الذي يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس و هي القاعدة المستفادة من قوله ع في رواية تحف العقول: أن كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال. و ما تقدم من رواية دعائم الإسلام من حل بيع كل ما يباح الانتفاع به و أما قوله تعالى فَاجْتَنِبُوهُ و قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوا

[توجيه ما يظهر منه المنع من النصوص]

فقد عرفت أنهما لا تدلان على حرمة الانتفاع بالمتنجس فضلا عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع. و من ذلك يظهر عدم صحة الاستدلال فيما نحن فيه بالنهي في رواية تحف العقول عن بيع شيء من وجوه النجس بعد ملاحظة تعليل المنع فيها بحرمة الانتفاع [توجيه كلام من أطلق المنع]

و يمكن حمل كلام من أطلق المنع - عن بيع النجس إلا الدهن لفائدة الاستصحاب على إرادة المانعات النجسة التي لا ينتفع بها في غير الأكل و الشرب منفعه محللة مقصودة من أمثالها و يؤيده تعليل استثناء الدهن لفائدة الاستصحاب نظير استثناء بول الإبل للاستشفاء و إن احتمل أن يكون ذكر الاستصحاب لبيان ما يشترط أن يكون غاية للبيع. قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة قدس سره إلا الدهن لتحقق فائدة الاستصحاب به تحت السماء خاصة قال ليس المراد بخاصة بيان حصر الفائدة في الاستصحاب كما هو الظاهر و قد ذكر شيخنا الشهيد في حواشيه أن في رواية جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس و صرح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصور من فوائده به كطلى الدواب إن قيل إن العبارة تقتضى حصر الفائدة لأن الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر فإن المعنى في العبارة إلا الدهن المتنجس لهذه الفائدة قلنا ليس المراد ذلك لأن الفائدة بيان لوجه الاستثناء أي إلا الدهن لتحقق فائدة الاستصحاب و هذا لا يستلزم الحصر و يكفي في صحة ما قلنا تطرق الاحتمال في العبارة المقتضى لعدم الحصر انتهى. و كيف كان فالحكم بعموم كلمات هؤلاء - لكل مائع متنجس مثل الطين و الجص المائعين و الصيغ و شبه ذلك محل تأمل و ما نسبه في المسالك من عدم فرقه في المنع عن بيع المتنجس بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح فلم يثبت صحته مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطة الحكم في كلامهم مدار الانتفاع

[استشكال المحقق الثاني في حاشية الإرشاد على عبارة العلامة]

و لأجل ذلك استشكل المحقق الثاني في حاشية الإرشاد فيما ذكره العلامة بقوله و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهارة حيث قال مقتضاه أنه لو لم يكن قابلا للطهارة لم يجز بيعه و هو مشكل إذ الأصباغ المتنجسة لا تقبل عند الأكثر و الظاهر جواز بيعها لأن منافعتها لا تتوقف على الطهارة اللهم إلا أن يقال إنها تثول إلى حاله يقبل معها التطهير لكن بعد جفافها بل ذلك هو المقصود منها فاندفع الإشكال. أقول لو لم يعلم من مذهب العلامة - دوران المنع عن بيع المتنجس مدار حرمة الانتفاع لم يرد على عبارته إشكال لأن المفروض

المكاسب، ج ١، ص ١٣

حينئذ التزامه بجواز الانتفاع بالأصباغ مع عدم جواز بيعها إلا أن يرجع الإشكال إلى حكم العلامة و أنه مشكل على مختار المحقق لا إلى كلامه و أن الحكم مشكل على مذهب المتكلم فافهم ثم إن ما دفع به الإشكال من جعل الأصباغ قابلة للطهارة إنما ينفع في خصوص الأصباغ. و أما مثل بيع الصابون المتنجس فلا يندفع الإشكال عنه بما ذكره - و قد تقدم منه سابقا جواز بيع الدهن المتنجس ليعمل صابونا بناء على أنه من فوائده المحللة. مع أن ما ذكره من قبول الصبغ التطهير بعد الجفاف محل نظر لأن المقصود من قبوله الطهارة قبولها قبل الانتفاع و هو مفقود في الأصباغ لأن الانتفاع بها و هو الصبغ قبل الطهارة و أما ما يبقى منها بعد الجفاف و هو اللون فهي نفس المنفعة لا الانتفاع مع أنه لا يقبل التطهير و إنما القابل هو الثوب.

بقي الكلام في حكم نجس العين من حيث أصالة حل الانتفاع به في غير ما ثبتت حرمة

أو أصالة العكس فاعلم أن ظاهر الأكثر أصالة حرمة الانتفاع بنجس العين بل ظاهر فخر الدين في شرح الإرشاد و الفاضل المقداد الإجماع على ذلك حيث استدلا على عدم جواز بيع الأعيان النجسة بأنها محرمة الانتفاع و كل ما هو كذلك لا يجوز بيعه قالوا أما الصغرى فإجماعية و يظهر من الحدائق في مسألة الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الاستصحاب نسبه ذلك إلى الأصحاب.

[دلالة ظواهر الكتاب و السنة على حرمة الانتفاع بنجس العين مطلقا]

و يدل عليه ظواهر الكتاب و السنة مثل قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمُئْتَنَةُ بناء على ما ذكره الشيخ و العلامة من إرادة جميع الانتفاعات و

قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ الدال على وجوب اجتناب كل رجس و هو نجس العين وقوله تعالى وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ بناء على أن هجره لا يحصل إلا بالاجتناب عنه مطلقا و تعليقه في رواية تحف العقول حرمة بيع وجوه النجس بحرمة الأكل و الشرب و الإمساك و جميع التقلبات فيه.

[دلالة كل ما دل حرمة البيع على حرمة الانتفاع بالملازمة]

و يدل عليه أيضا كل ما دل من الأخبار و الإجماع على عدم جواز بيع نجس العين بناء على أن المنع من بيعه لا يكون إلا مع الانتفاع به

[مقتضى التأمل رفع اليد عما ذكر من الأدلة]

هذا و لكن التأمل يقتضى بعدم جواز الاعتماد في مقابلة أصالة الإباحة على شيء مما ذكر. أما آيات التحريم و الاجتناب و الهجر فظهرها في الانتفاعات المقصودة- في كل نجس بحسبه و هي في مثل الميتة الأكل و في الخمر الشرب و في الميسر اللعب به و في الأنصاب و الأزلام ما يليق بحالهما و أما رواية تحف العقول فالمراد بالإمساك و التقلب فيه ما يرجع إلى الأكل و الشرب- و إلا فسيجيء الاتفاق على جواز إمساك نجس العين لبعض الفوائد-. و ما دل من الإجماع و الأخبار على حرمة بيع نجس العين قد يدعى اختصاصه بغير ما يحل الانتفاع المعتد به أو بمنع استلزامه لحرمة الانتفاع بناء على أن نجاسة العين مانع مستقل عن جواز البيع من غير حاجة إلى إرجاعها إلى عدم المنفعة المحللة

[دفع توهم الإجماع على الحرمة بظهور كلمات الفقهاء في الجواز]

و أما توهم الإجماع فمدفوع بظهور كلمات كثير منهم في جواز الانتفاع في الجملة. قال في المبسوط إن سرجين ما لا يؤكل لحمه و عذرة الإنسان و خرة الكلاب لا يجوز بيعها و يجوز الانتفاع بها في الزروع و الكروم و أصول الشجر بلا خاف انتهى و قال العلامة في التذكرة يجوز اقتناء الأعيان النجسة لفائدة و نحوها في القواعد و قرره على ذلك في جامع المقاصد و زاد عليه قوله لكن هذه لا تصيرها مالا- بحيث يقابل بالمال و قال في باب الأطعمة و الأشربة من المختلف إن شعر الخنزير يجوز استعماله مطلقا مستدلا بأن نجاسته لا تمنع الانتفاع به لما فيه من المنفعة الخالية عن ضرر عاجل و آجل و قال الشهيد في قواعد النجاسة ما حرم استعماله في الصلاة و الأغذية للاستقذار و للتوصل بها إلى الفرار ثم ذكر أن قيد الأغذية لبيان مورد الحكم و فيه تنبيه على الأشربة كما أن في الصلاة تنبيهها على الطواف انتهى و هو كالنص في جواز الانتفاع بالنجس في غير هذه الأمور. و قال الشهيد الثاني في الروضة عند قول المصنف في عداد ما لا يجوز بيعه من النجاسات و الدم قال و إن فرض له نفع حكيم كالصبيغ و أبوال و أرواث ما لا يؤكل لحمه و إن فرض لهما نفع فإن الظاهر أن المراد بالنفع المفروض للدم و الأبوال و الأرواث هو النفع المحلل و إلا لم يحسن ذكر هذا القيد في خصوص هذه الأشياء دون سائر النجاسات و لا ذكر خصوص الصبيغ للدم مع أن الأكل هي المنفعة المتعارفة المنصرف إليها الإطلاق في قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَالمَسْخُوفَاتُ وَالمَسْفُوحَاتُ. و ما ذكرنا هو ظاهر المحقق الثاني حيث حكى عن الشهيد أنه حكى عن العلامة جواز الاستصباح بدهن الميتة ثم قال و هو بعيد لعموم النهي عن الانتفاع بالميتة فإن عدوله عن التعليل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس إلى ذكر خصوص الميتة يدل على عدم العموم في النجس- و كيف كان فلا يبقى بملاحظة ما ذكرنا و ثوق بنقل الإجماع المتقدم عن شرح الإرشاد و التنقيح الجابر لرواية تحف العقول عن جميع التقلب في النجس مع احتمال أن يراد من جميع التقلب جميع أنواع التعاطي لا الاستعمالات و يراد إمساكه إمساكه للوجه المحرم

[اختيار بعض الأساطين جواز الانتفاع بالنجس كالمتنجس]

و لعله للإحاطة بما ذكرنا اختار بعض الأساطين في شرحه على القواعد جواز الانتفاع بالنجس كالمتنجس لكن مع تفصيل لا يرجع إلى مخالفة في محل الكلام فقال و يجوز الانتفاع بالأعيان النجسة و المتنجسة في غير ما ورد النص بمنعه كالميتة النجسة التي لا يجوز الانتفاع بها فيما يسمى استعمالا عرفا للأخبار و الإجماع و كذا الاستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال و ما دل على المنع من

الانتفاع بالنجس و المنتجس مخصوص أو منزل على الانتفاع الدال على عدم الا-كثرات بالدين و عدم المبالاة. و أما من استعمله ليغسله فغير مشمول للأدلة فيبقى على حكم الأصل انتهى. و التقييد بما يسمى استعمالا في كلامه رحمه الله لعله لإخراج مثل الإيقاد بالميتة- و سد ساقية الماء بها و إطعامها لجوارح الطير و مراده سلب الاستعمال المضاف إلى الميتة عن هذه الأمور لأن استعمال كل شيء إعماله في العمل المقصود منه عرفا فإن إيقاد الباب و السرير لا يسمى استعمالا لهما لكن يشكل بأن المنهى عنه في النصوص الانتفاع بالميتة الشامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف في الشيء و لذا قيد هو قدس سره الانتفاع بما يسمى استعمالا.

[ما هو الانتفاع المنهى عنه في النصوص]

نعم يمكن أن يقال إن مثل هذه الاستعمالات لا تعد انتفاعا تنزيلا لها منزلة المعدوم- و لذا يقال للشيء إنه مما لا ينتفع به مع قابليته للأمور المذكورة. فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التي

المكاسب، ج ١، ص ١٤

تعد عرفا غرضا من تملك الميتة لو لا كونها ميتة و إن كانت قد تملك لخصوص هذه الأمور كما قد يشتري اللحم لإطعام الطيور و السباع لكنها أغراض شخصية كما قد يشتري الجلاب لإطفاء النار و الباب للإيقاد و التسخين به.

[ما قاله العلامة في النهاية]

قال العلامة في النهاية في بيان أن الانتفاع ببول غير المأكول في الشرب للدواب منفعة جزئية لا- يعتد بها قال إذ كل شيء من المحرمات لا يخلو من منفعة كالخمر للتخليل و العذرة للتسميد و الميتة لأكل جوارح الطير و لم يعتبرها الشارع انتهى.

[عدم الاعتداد بالمنافع النادرة]

ثم إن الانتفاع المنفى في الميتة- و إن كان مطلقا في حيز النفي إلا أن اختصاصه بما ادعيناه من الأغراض المقصودة من الشيء دون الفوائد المترتبة عليه من دون أن تعد مقاصد ليس من جهة انصرافها إلى المقاصد حتى يمنع انصراف المطلق في حيز النفي بل من جهة التسامح و الادعاء العرفي تنزيلا للموجود منزلة المعدوم فإنه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها إنها مما لا ينتفع به و مما ذكرنا ظهر الحال في البول و العذرة و المنى فإنها مما لا ينتفع بها و إن استفيد منها بعض الفوائد كالتسميد و الإحراق كما هو سيرة بعض الجصاصين من العرب كما يدل عليه وقوع السؤال في بعض الروايات عن الجص يوقد عليه العذرة و عظام الموتى و يجصص به المسجد فقال الإمام ع: إن الماء و النار قد طهراه بل في الرواية إشعار بالتقرير فتفتن.

[استبعاد ما ذكره بعض الأساطين]

و أما ما ذكره من تنزيل ما دل على المنع من الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكثرات بالدين و عدم المبالاة لا من استعمله ليغسله فهو تنزيل بعيد.

[تنزيل ما دل على المنع على الانتفاع الموجب للتلوين]

نعم يمكن أن ينزل على الانتفاع به على وجه الانتفاع بالظاهر- بأن يستعمله على وجه يوجب تلوين بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع كالصبغ بالدم و إن بنى على غسل الجميع عند الحاجة إلى ما يشترط فيه الطهارة و في بعض الروايات إشارة إلى ذلك.

[دلالة رواية الوشاء على ذلك]

ففي الكافي بسنده عن الوشاء قال: سألت أبا الحسن ع فقلت له جعلت فداك إن أهل الجبل تنقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها فقال حرام هي فقلت جعلت فداك فنستصيح بها فقال أ ما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام بحملها على حرمة الاستعمال- على وجه يوجب تلوين البدن و الثياب. و أما حمل الحرام على النجس كما في كلام بعض فلا شاهد عليه و الرواية في نجس العين فلا ينتقض بجواز الاستصباح بالدهن المنتجس لاحتمال كون مزاوله نجس العين مبعوضا للشارع كما يشير إليه قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرْ

[المنفعة المحللة للنجس قد تجعله مالا عرفا و قد لا تجعله]

ثم إن منفعة النجس المحللة للأصل أو النص - قد تجعله مالا عرفا إلا أنه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة إذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء كما هو مذهب جماعة مع القول بعدم جواز بيعه لظاهر الإجماعات المحكية و شعر الخنزير إذا جوزنا استعماله اختيارا و الكلاب الثلاث إذا منعنا عن بيعها فمثل هذه أموال لا تجوز المعاوضة عليها و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع مع وجود المقتضى فتأمل - . و قد لا تجعله مالا عرفا - لعدم ثبوت المنفعة المقصودة منه له و إن ترتب عليه الفوائد كالميتة التي يجوز إطعامها لجوارح الطير و الإيقاد بها و العذرة للتسميد. فإن الظاهر أنها لا تعد أموالا عرفا كما اعترف به جامع المقاصد في شرح قول العلامة و يجوز اقتناء الأعيان النجسة لفائدة

[الظاهر ثبوت حق الاختصاص في الأعيان النجسة]

و الظاهر ثبوت حق الاختصاص في هذه الأمور الناشئ إما عن الحيابة و إما عن كون أصلها مالا للمالك كما لو مات حيوان له أو فسد لحم اشتراه للأكل على وجه خرج عن المالية و الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض بناء على صحة هذا الصلح بل دفع العوض بناء على أنه لا يعد ثمنا لنفس العين - حتى يكون سحنا بمقتضى الأخبار.

[ما أفاده العلامة في التذكرة]

قال في التذكرة و تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات كالكلب المعلم و الزيت النجس لإشعاله تحت السماء و الزبل للانتفاع بإشعاله و التسميد به و جلد الميتة إن سوغنا الانتفاع به و الخمر المحترمة لثبوت الاختصاص فيها و انتقالها من يد إلى يد بالإيرث و غيره انتهى و الظاهر أن مراده بغير الإيرث الصلح الناقل. و أما اليد الحادثة بعد إعراض اليد الأولى فليس انتقالا - لكن الإنصاف أن الحكم مشكل نعم لو بذل مالا على أن يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسنا كما يبذل الرجل المال على أن يرفع اليد عما في تصرفه من الأمكنة المشتركة كمكانه من المسجد و المدرسة و السوق.

[ما ذكره بعض الأساطين]

و ذكر بعض الأساطين بعد إثبات حق الاختصاص أن دفع شيء من المال لافتكاكه يشك في دخوله تحت الاكتساب المحظور فيبقى على أصالة الجواز

[اشتراط قصد الانتفاع في الحيابة الموجبة لحصول حق الاختصاص]

ثم إنه يشترط في الاختصاص بالحيابة قصد الحائز للانتفاع و لذا ذكروا أنه لو علم كون حيابة الشخص للماء و الكلاء لمجرد العبث لم يحصل له حق و حينئذ فيشكل الأمر فيما تعارف في بعض البلاد من جمع العذرات حتى إذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها في البساتين و الزرع بذل له مال فأخذت منه فإن الظاهر المقطوع أنه لم يحزها للانتفاع بها و إنما حازها لأخذ المال عليها و من المعلوم أن أخذ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقع على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه في المقام و كذلك لو سبق إلى مكان من الأمكنة المذكورة من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى. نعم لو جمعها في مكانه المملوك فبذل له المال على أن يتصرف في ذلك المكان بالدخول لأخذها لكان حسنا. كما أنه لو قلنا بكفاية مجرد الحيابة في الاختصاص و إن لم يقصد الانتفاع بعينه أو قلنا بجواز المعاوضة على حق الاختصاص كان أسهل

النوع الثاني مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحریم ما يقصد به

إشارة

و هو على أقسام

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

إشارة

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

و هي أمور هياكل العبادة

منها هياكل العبادة المبتدعة

إشارة

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

و هي أمور هياكل العبادة

[ما يدل على حرمة الاكتساب بهياكل العبادة]

[ما يدل على حرمة الاكتساب بهياكل العبادة]

ويدل عليه مواضع من رواية تحف العقول المتقدمة في مثل قوله ع: و كل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهي عنه و قوله ع: أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد و قوله ع: و كل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله و قوله ع: إنما حرم الله الصناعة التي حرام هي كلها مما يجىء منها الفساد محضاً نظير المزامير و البرابط و كل ملهه و الصلبان و الأصنام إلى أن قال فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجرة عليه و جميع الثقلب فيه من وجوه الحركات إلى آخر الحديث. هذا كله مضافاً إلى أن أكل المال في مقابل هذه الأشياء أكل له بالباطل و إلى قوله ص: إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه بناء على أن تحريم هذه الأمور تحريم لمنافعها الغالبة بل الدائمة فإن الصليب من حيث إنه خشب بهذه الهيئة لا- ينتفع به إلا- في الحرام و ليس بهذه الهيئة مما ينتفع به في المحلل و المحرم و لو فرض ذلك

المكاسب، ج ١، ص ١٥

كان منفعة نادرة لا يقدر في تحريم العين بقول مطلق الذي هو المناط في تحريم الثمن.

[جواز المعاوضة لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آله أخرى لعمل محلل]

[جواز المعاوضة لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آله أخرى لعمل محلل]

نعم لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل و آله أخرى لعمل محلل بحيث لا تعد منفعة نادرة فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة كما اعترف به في المسالك.

[توجيه القول بعدم الفرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها]

[توجيه القول بعدم الفرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها]

فما ذكره بعض الأساطين من أن ظاهر الإجماع و الأخبار أنه لا فرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها فلعله محمول على الجهة المحللة التي لا- دخل للهيئة فيها أو النادرة التي مما للهيئة دخل فيه. نعم ذكر أيضاً وفاقاً لظاهر غيره بل الأكثر أنه لا فرق بين قصد المادة و

الهيئة.

[تحقيق حول قصد المادة]

[تحقيق حول قصد المادة]

أقول إن أراد بقصد المادة كونها هي الباعث على بذل المال بإزاء ذلك الشيء و إن كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثمن هو ذلك الشيء فما استظهره من الإجماع والأخبار حسن لأن بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكل بالشكل الخاص من حيث كونه مالا عرفا بذل للمال على الباطل. و إن أراد بقصد المادة كون المبيع هي المادة سواء تعلق البيع بها بالخصوص كأن يقول بعتك خشب هذا الصنم أو في ضمن مجموع مركب لو وزن له وزنه حطب فقال بعتك فظهر فيه صنم أو صليب فالحكم ببطلان البيع في الأول و في مقدار الصنم في الثاني مشكل لمنع شمول الأدلة لمثل هذا الفرد لأن المتيقن من الأدلة المتقدمة حرمة المعاوضة على هذه الأمور نظير المعاوضة على غيرها من الأموال العرفية و هو ملاحظة مطلق ما يتقوم به مالىة الشيء من المادة و الهيئة و الأوصاف. و الحاصل أن الملحوظ في البيع قد يكون مادة الشيء من غير مدخليه الشكل أ لا ترى أنه لو باعه وزنه نحاس فظهر فيها آنية مكسورة لم يكن له خيار العيب لأن المبيع هي المادة و دعوى أن المال هي المادة بشرط عدم الهيئة مدفوعه بما صرح به من أنه لو أتلغ الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها و حملة على الإتلاف تدريجا تمحل.

[إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر]

[إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر]

و في محكى التذكرة أنه إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر و كان المشتري ممن يوثق بديانته فإنه يجوز بيعها على الأقوى انتهى و اختار ذلك صاحب الكفاية و صاحب الحدائق و صاحب الرياض نافيا عنه الريب.

[توجيه التقييد في كلام العلامة]

[توجيه التقييد في كلام العلامة]

و لعل التقييد في كلام العلامة بكون المشتري ممن يوثق بديانته لثلا يدخل في باب المساعدة على المحرم فإن دفع ما يقصد منه المعصية غالبا مع عدم وثوق بالمدفوع إليه تقوية لوجه من وجوه المعاصى فيكون باطلا كما في رواية تحف العقول لكن فيه مضافا إلى التأمل في بطلان البيع لمجرد الإعانة على الإثم أنه يمكن الاستغناء عن هذا القيد بكسره قبل أن يقبضه إياه فإن الهيئة غير محترمة في هذه الأمور كما صرحوا به في باب الغصب بل قد يقال بوجوب إتلافها فورا و لا يبعد أن يثبت لوجوب حسم مادة الفساد.

[ما أفاده المحقق الثاني في جامع المقاصد]

[ما أفاده المحقق الثاني في جامع المقاصد]

و في جامع المقاصد بعد حكمه بالمنع عن بيع هذه الأشياء و إن أمكن الانتفاع على حالها في غير محرم منفعة لا تقصد منها قال و لا أثر لكون رضاضها الباقي بعد كسرها مما ينتفع به في المحلل و يعد مالا- لأن بذل المال في مقابلها و هي على هيئتها بذل له في المحرم الذى لا يعد مالا عند الشارع. نعم لو باع رضاضها الباقي بعد كسرها قبل أن يكسرها و كان المشتري موثوقا به و أنه يكسرها أمكن القول بصحة البيع و مثله باقى الأمور المحرمة كأواني النقدين و الصنم انتهى

آلات القمار

و منها آلات القمار بأنواعه

إشارة

و منها آلات القمار بأنواعه

بلا خلاف ظاهرا و يدل عليه جميع ما تقدم في هياكل العبادة و يقوى هنا أيضا جواز بيع المادة قبل تغيير الهيئة. و في المسالك أنه لو كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر و كان المشتري ممن يوثق بديانته ففي جواز بيعها وجهان و قوى في التذكرة الجواز مع زوال الصفة و هو حسن و الأكثر أطلقوا المنع انتهى. أقول إن أراد بزوال الصفة زوال الهيئة فلا ينبغي الإشكال في الجواز و لا ينبغي جعله محلا للخلاف بين العلامة و الأكثر

[بيان المراد بالقمار]

[بيان المراد بالقمار]

ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنة بعوض فكل ما أعد لها بحيث لا يقصد منه على ما فيه من الخصوصيات غيرها حرمت المعاوضة عليه و أما المراهنة بغير عوض فسيجيء أنه ليس بقمار. نعم لو قلنا بحرمتها لحق الآلة المعدة لها حكم آلات القمار مثل ما يعملونه شبه الكرة- يسمى عندنا الطوبه و الصولجان

و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها

و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها

بلا خلاف لجميع ما تقدم في المسألة السابقة و الكلام في بيع المادة كما تقدم و حيث إن المراد بآلات اللهو ما أعد له توقف على تعيين معنى اللهو و حرمة مطلق اللهو إلا أن المتيقن منه ما كان من جنس المزامير و آلات الأغاني و من جنس الطبول و سيأتى معنى اللهو و حكمه
أواني الذهب و الفضة

و منها أواني الذهب و الفضة

و منها أواني الذهب و الفضة

إذا قلنا بتحريم اقتنائها و قصد المعاوضة على مجموع الهيئة و المادة لا المادة فقط
الدراهم

و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس

إشارة

و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس
إذا لم يفرض على هيئتها الخاصة منفعة محللة معتد بها مثل التزيين أو الدفع إلى الظالم الذى يريد مقدارا من المال كالعشار و نحوه بناء على جواز ذلك و عدم وجوب إتلاف مثل هذه الدراهم و لو بكسرها من باب دفع مادة الفساد

[ما يدل على وجوب إتلاف الدراهم المغشوشة]

[ما يدل على وجوب إتلاف الدراهم المغشوشة]

كما يدل عليه قوله ع في رواية الجعفي مشيرا إلى درهم: اكسر هذا فإنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه و في رواية موسى بن بكر: قطعه بنصفين ثم قال ألقه في البالوعة حتى لا يباع بشيء فيه غش و تمام الكلام فيه في باب الصرف إن شاء الله

[لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال]

[لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال]

و لو وقعت المعاوضة عليها جهلا- فتبين الحال لمن صارت إليه فإن وقع عنوان المعاوضة على الدرهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكة السلطان بطل البيع و إن وقعت المعاوضة على شخصه من دون عنوان فالظاهر صحة البيع مع خيار العيب إن كانت المادة مغشوشة و إن كان الغش مجرد تفاوت السكة فهو خيار التدليس فتأمل.

[الفرق بين المعاوضة على الدراهم المغشوشة و آلات القمار]

[الفرق بين المعاوضة على الدراهم المغشوشة و آلات القمار]

و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات فإن البيع الواقع عليها لا يمكن تصحيحه بإمضائه من جهة المادة فقط و استرداد ما قابل الهيئة من الثمن المدفوع كما لو جمع بين الخل و الخمر لأن كل جزء من الخل و الخمر مال لا بد أن يقابل في المعاوضة بجزء من المال ففساد المعاملة باعتباره يوجب فساد مقابله من المال لا غير بخلاف المادة و الهيئة فإن الهيئة من قبيل القيد للمادة جزء عقلي لا خارجي تقابل بمال على حدة ففساد المعاملة باعتباره فساد لمعاملة المادة حقيقة و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد بذل الثمن الخاص لداعي وجوده

القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة**[الوجوه المتصورة في قصد المنفعة المحرمة]**

[الوجوه المتصورة في قصد المنفعة المحرمة]

و هو تارة على وجه يرجع إلى بذل

المكاسب، ج ١، ص ١٦

المال في مقابل المنفعة المحرمة كالمعاوضة على العنب مع التزامها أن لا يتصرف فيه إلا بالتخمير و أخرى على وجه يكون الحرام هو الداعي إلى المعاوضة لا غير كالمعاوضة على العنب مع قصدهما تخميره و الأول إما أن يكون الحرام مقصودا لا غير كبيع العنب على أن يعمله خمرا و نحو ذلك و إما أن يكون الحرام مقصودا مع الحلال بحيث يكون بذل المال بإزائهما كبيع الجارية المغنية بثمن لوحظ فيه وقوع بعضه بإزاء صفة التغمي.

فهنا مسائل ثلاث

الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا

إشارة

الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا و الخشب على أن يعمل صنما أو آلة لهو أو قمار و إجارة المساكن لبيع أو يحرز فيها الخمر و كذا إجارة السفن و الحمولة لحملها و لا إشكال في فساد المعاملة فضلا عن حرمة و لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا إلى كونها إعانة على الإثم و إلى أن الإلزام و الالتزام بصرف المبيع في المنفعة المحرمة الساقطة في نظر الشارع أكل و إيكال للمال بالباطل

[خبر جابر الدال على حرمة مؤاجرة البيت لبيع فيه الخمر]

[خبر جابر الدال على حرمة مؤاجرة البيت لبيع فيه الخمر]

خبر جابر قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال حرام أجرته فإنه إما مقيد بما إذا استأجره لذلك أو يدل عليه بالفحوى بناء على ما سيجيء من حرمة العقد مع من يعلم أنه يصرف المعقود عليه في الحرام.

[مصحة ابن أذينة الدالة على الجواز]

[مصحة ابن أذينة الدالة على الجواز]

نعم في مصحة ابن أذينة قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير قال لا بأس

[الجمع بين الخبرين]

[الجمع بين الخبرين]

لكنها محمولة على ما إذا اتفق الحمل من دون أن يؤخذ ركنا أو شرطا في العقد بناء على أن خبر جابر نص فيما نحن فيه و ظاهر في هذا عكس الصحيحة فيطرح ظاهر كل بنص الآخر فتأمل مع أنه لو سلم التعارض كفت العمومات المتقدمة. و قد يستدل أيضا فيما نحن فيه بالأخبار المسئول فيها عن جواز بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا أو صنما مثل مكاتبه ابن أذينة: عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال لا و رواية عمرو بن الحريث: عن التوت أبيعه ممن يصنع الصليب أو الصنم قال لا و فيه أن حمل تلك الأخبار على صورة اشتراط البائع المسلم على المشتري أو توأطئهما على التزام صرف المبيع في الصنم و الصليب بعيد في الغاية. و الفرق بين مؤاجرة البيت لبيع الخمر فيه و بيع الخشب على أن يعمل صلبيا أو صنما لا يكاد يخفى فإن بيع الخمر في مكان و صيرورته دكانا لذلك منفعة عرفية يقع الإجارة عليها من المسلم كثيرا كما يؤجرون البيوت لسائر المحرمات بخلاف جعل العنب خمرا و الخشب صلبيا فإنه لا غرض للمسلم في ذلك غالبا يقصده في بيع عنبه أو خشبه فلا يحمل عليه موارد السؤال. نعم لو قيل في المسألة الآتية بحرمة بيع الخشب ممن يعلم أنه يعمل صنما لظاهر هذه الأخبار صح الاستدلال بفحواها على ما نحن فيه لكن ظاهر هذه الأخبار معارض بمثله أو بأصرح منه كما سيجيء.

[حرمة بيع كل ذي منفعة محللة على أن يصرف في الحرام]

[حرمة بيع كل ذي منفعة محللة على أن يصرف في الحرام]

ثم إنه يلحق بما ذكر من بيع العنب و الخشب على أن يعمل خمرا أو صلبيا بيع كل ذي منفعة محللة على أن يصرف في الحرام لأن حصر الانتفاع بالبيع في الحرام يوجب كون أكل الثمن بإزائه أكلا للمال بالباطل. ثم إنه لا فرق بين ذكر الشرط المذكور في متن

العقد و بين التواطؤ عليه خارج العقد و وقوع العقد عليه و لو كان فرق فإنما هو فى لزوم الشرط و عدمه لا فيما هو مناط الحكم هنا

[الأظهر فساد العقد المشروط فيه الحرام و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد]

[الأظهر فساد العقد المشروط فيه الحرام و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد]

و من ذلك يظهر أنه لا يبنى فساد هذا العقد على كون الشرط الفاسد مفسدا بل الأظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد لما عرفت من رجوعه فى الحقيقة إلى أكل المال فى مقابل المنفعة المحرمة. و قد تقدم الحكم بفساد المعاوضة على آلات المحرم مع كون موادها أموالا مشتملة على منافع محللة مع أن الجزء أقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط و سيجىء أيضا فى المسألة الآتية ما يؤيد هذا أيضا إن شاء الله.

المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية

إشارة

المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية

و كل عين مشتملة على صفة يقصد منها الحرام إذا قصد منها ذلك و قصد اعتبارها فى البيع على وجه يكون دخيلا فى زيادة الثمن كالعبد الماهر فى القمار أو اللهو و السرقة إذا لوحظ فيه هذه الصفة و بذل بإزائها شىء من الثمن لا ما كان على وجه الداعى و يدل عليه أن بذل شىء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة أكل للمال بالباطل.

[التفكيك بين القيد و المقيد غير معروف عرفا و غير واقع شرعا]

[التفكيك بين القيد و المقيد غير معروف عرفا و غير واقع شرعا]

و التفكيك بين القيد و المقيد بصحة العقد فى المقيد و بطلانه فى القيد بما قابله من الثمن غير معروف عرفا لأن القيد أمر معنوى لا يوزع عليه شىء من المال و إن كان يبذل المال بملاحظة وجوده و غير واقع شرعا على ما اشتهر من أن الثمن لا يوزع على الشروط فتعين بطلان العقد رأسا. و قد ورد النص بأن ثمن الجارية المغنية سحت و أنه قد يكون للرجل الجارية تلهيه و ما ثمنها إلا كثمن الكلب. نعم لو لم تلاحظ الصفة أصلا فى كمية الثمن فلا إشكال فى الصحة

[بيع الجارية المغنية مع ملاحظة الصفة المحرمة و عدمها]

[بيع الجارية المغنية مع ملاحظة الصفة المحرمة و عدمها]

و لو لوحظت من حيث إنه صفة كمال قد تصرف إلى المحلل فيزيد لأجلها الثمن فإن كانت المنفعة المحللة لتلك الصفة مما يعتد بها فلا إشكال فى الجواز و إن كانت نادرة بالنسبة إلى المنفعة المحرمة ففى إلحاقها بالعين فى عدم جواز بذل المال إلا لما اشتمل على منفعة محللة غير نادرة بالنسبة إلى المنفعة المحرمة و عدمه لأن المقابل بالمبدول هو الموصوف و لا ضير فى زيادة ثمنه بملاحظة المنفعة النادرة و جهان أقواهما الثانى إذ لا يعد أكلا للمال بالباطل و النص بأن ثمن المغنية سحت مبنى على الغالب

المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله

إشارة

المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله
و كذا بيع الخشب بقصد أن يعمله صنما أو صليبا لأن فيه إعانته على الإثم و العدوان و لا إشكال و لا خلاف في ذلك

[الأخبار المجوزة للبيع مع عدم القصد]

[الأخبار المجوزة للبيع مع عدم القصد]

أما لو لم يقصد ذلك فالأكثر على عدم التحريم للأخبار المستفيضة منها خبر ابن أذينة قال: كتبت إلى أبي عبد الله ع أسأله عن رجل له كرم [أ] يبيع العنب [و التمر] ممن يعلم أنه يجعله خمرا أو مسكرا فقال ع إنما باعه حلالا في الإبان الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه و رواية أبي كهمس قال: سألت رجلا أبا عبد الله ع إلى أن قال هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا إلى غير ذلك مما هو دونهما في الظهور

[الأخبار المانعة]

[الأخبار المانعة]

و قد تعارض تلك بمكاتبة ابن أذينة: عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال لا و رواية عمرو بن حريث: عن التوت أبيعته ممن يصنع الصليب أو الصنم قال لا

[الجمع بين الأخبار]

[الجمع بين الأخبار]

و قد يجمع بينهما و بين الأخبار المجوزة بحمل المانعة على صورة اشتراط جعل الخشب صليبا أو صنما أو تواطئهما عليه و فيه أن هذا في غاية البعد إذ لا داعي للمسلم على اشتراط صناعة الخشب صنما في متن بيعه أو خارجه ثم يجيء و يسأل الإمام ع عن جواز فعل هذا في المستقبل و حرمة و هل يحتمل أن يريد

المكاسب، ج ١، ص ١٧

الراوى بقوله أبيع التوت ممن يصنع الصنم و الصليب أبيعته مشروطا عليه و ملزما في متن العقد أو قبله أن لا يتصرف فيه إلا بجعله صنما.

فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة

فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة

لشهادة غير واحد من الأخبار على الكراهة كما أفتى به جماعة و يشهد له رواية الحلبي: عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا فقال ببيعته ممن يصنعه خلا أحب إلى و لا أرى به بأسا و غيرها أو الالتزام بالحرمة في بيع الخشب ممن يعمله صليبا أو صنما لظاهر تلك الأخبار و العمل في مسألة بيع العنب و شبهها على الأخبار المجوزة و هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل

[الاستدلال على الحرمة بعموم النهي عن التعاون على الإثم]

[الاستدلال على الحرمة بعموم النهي عن التعاون على الإثم]

و كيف كان فقد يستدل على حرمة البيع - ممن يعلم أنه يصرف المبيع في الحرام بعموم النهي عن التعاون على الإثم و العدوان

[اعتبار القصد في مفهوم الإعانة]

[اعتبار القصد في مفهوم الإعانة]

وقد يستشكل في صدق الإعانة بل يمنع حيث لم يقع القصد إلى وقوع الفعل من المعان بناء على أن الإعانة هو فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه لا مطلقا و أول من أشار إلى هذا المحقق الثاني في حاشية الإرشاد في هذه المسألة حيث إنه بعد حكاية القول بالمنع مستندا إلى الأخبار المانع قال و يؤيده قوله تعالى و لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ و يشكل بلزوم عدم جواز بيع شيء مما يعلم عادة التوصل به إلى محرم لو تم هذا الاستدلال فيمنع معاملته أكثر الناس. و الجواب عن الآية المنع من كون محل النزاع معاونة مع أن الأصل الإباحة و إنما يظهر المعاونة مع بيعه لذلك انتهى. و وافقه في اعتبار القصد في مفهوم الإعانة جماعة من متأخري المتأخرين كصاحب الكفاية و غيره هذا.

[زيادة بعض المعاصرين اعتبار وقوع المعان عليه في الخارج]

[زيادة بعض المعاصرين اعتبار وقوع المعان عليه في الخارج]

و ربما زاد بعض المعاصرين على اعتبار القصد اعتبار وقوع المعان عليه في تحقق مفهوم الإعانة في الخارج و تخيل أنه لو فعل فعلا بقصد تحقق الإثم الفلاني من الغير و لم يتحقق منه لم يحرم من جهة صدق الإعانة بل من جهة قصدتها بناء على ما حرره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحقيقه و أنه لو تحقق الفعل كان حراما من جهة القصد إلى المحرم و من جهة الإعانة و فيه تأمل فإن حقيقة الإعانة على الشيء هو الفعل بقصد حصول الشيء سواء حصل أم لا. و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل إليه فهو داخل في الإعانة على الإثم و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب

[ظهور كلام الأكثر في عدم اعتبار القصد]

[ظهور كلام الأكثر في عدم اعتبار القصد]

و ما أبعد ما بين ما ذكره المعاصر و بين ما يظهر من الأكثر من عدم اعتبار القصد فعن المبسوط الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله ص:

من أعان على قتل مسلم و لو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمته الله و قد استدل في التذكرة على حرمة بيع السلاح من أعداء الدين بأن فيه إعانة على الظلم و استدل المحقق الثاني على حرمة بيع العصير المتنجس ممن يستحله بأن فيه إعانة على الإثم و قد استدل المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه من القول بالحرمة في مسألتنا بأن فيه إعانة على الإثم و قد قرره على ذلك في الحدائق فقال إنه جيد في حد ذاته لو سلم من المعارضة بأخبار الجواز و في الرياض بعد ذكر الأخبار السابقة الدالة على الجواز قال و هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها بل ربما كان بعضها صريحا لكن في مقابلتها للأصول و النصوص المعتضدة بالعقول إشكال انتهى. و الظاهر أن مراده بالأصول قاعدة حرمة الإعانة على الإثم و من العقول حكم العقل بوجوب التوصل إلى دفع المنكر مهما أمكن

[إطلاق الإعانة في غير واحد من الأخبار على المجرى عن القصد]

[إطلاق الإعانة في غير واحد من الأخبار على المجرى عن القصد]

و يؤيد ما ذكره من صدق الإعانة بدون القصد إطلاقها في غير واحد من الأخبار. ففي النبوي المروي في الكافي عن أبي عبد الله ع: من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه و في العلوي الوارد في الطين المروي أيضا في الكافي عن أبي عبد الله ع: فإن أكلته و مت

فقد أعنت على نفسك و يدل عليه غير واحد مما ورد في أعوان الظلمة و سيأتي. و حكى أنه سئل بعض الأكابر فقيل له إنى رجل خياط أخطى للسلطان ثيابه فهل ترانى بذلك فى أعوان الظلمة فقال له المعين لهم من يبيعك الإبر و الخيوط و أما أنت فمن الظلمة أنفسهم.

[ما أفاده المحقق الأردبيلي حول صدق مفهوم الإعانة]

[ما أفاده المحقق الأردبيلي حول صدق مفهوم الإعانة]

و قال المحقق الأردبيلي فى آيات أحكامه فى الكلام على الآية الظاهر أن المراد بالإعانة على المعاصى مع القصد أو على الوجه الذى يصدق أنها إعانة مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إياها أو يطلب القلم لكتابة ظلم فيعطيه إياه و نحو ذلك مما يعد معونة عرفا فلا تصدق على التاجر الذى يتجر لتحصيل غرضه أنه معاون للظالم العاشر فى أخذ العشور و لا على الحاج الذى يؤخذ منه المال ظلما و غير ذلك مما لا يحصى فلا يعلم صدقها على بيع العنب ممن يعمله خمرا أو الخشب ممن يعمله صنما و لذا ورد فى الروايات الصحيحة جوازه و عليه الأ-كثر و نحو ذلك مما لا- يخفى انتهى كلامه رفع مقامه. و لقد دق النظر حيث لم يعلق صدق الإعانة على القصد و لا أطلق القول بصدقه بدون بل علقه بالقصد أو بالصدق العرفى و إن لم يكن قصد

[تفصيل الكلام فى تحقيق المرام]

[تفصيل الكلام فى تحقيق المرام]

لكن أقول لا شك فى أنه إذا لم يكن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغير إلى مقصده و لا إلى مقدمة من مقدماته بل يترتب عليه الوصول من دون قصد الفاعل فلا يسمى إعانة كما فى تجارة التاجر بالنسبة إلى أخذ العشور و مسير الحاج بالنسبة إلى أخذ المال ظلما و كذلك لا إشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله و دعاه إليه وصول الغير إلى مطلبه الخاص فإنه يقال إنه إعانة على ذلك المطلب فإن كان عدوانا مع علم المعين به صدق الإعانة على العدوان. و إنما الإشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير إلى مقدمة مشتركة بين المعصية و غيرها مع العلم بصرف الغير إياها إلى المعصية كما إذا باعه العنب فإن مقصود البائع تملك المشتري له و انتفاعه به فهى إعانة له بالنسبة إلى أصل تملك العنب و لذا لو فرض ورود النهى عن معاونة هذا المشتري الخاص فى جميع أموره أو فى خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقا فمسألة بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا نظير إعطاء السيف أو العصا لمن يريد قتلا- أو ضربا حيث إن الغرض من الإعطاء هو ثبوته بيده و التمكن منه كما أن الغرض من بيع العنب تملكه له فكل من البيع و الإعطاء بالنسبة إلى أصل تملك الشخص و استقراره فى يده إعانة إلا أن الإشكال فى أن العلم بصرف ما حصل بإعانة البائع و المعطى فى الحرام هل يوجب صدق الإعانة على الحرام أم لا.

[هل الإعانة على شرط الحرام إعانة على الحرام]

[هل الإعانة على شرط الحرام إعانة على الحرام]

فحاصل محل الكلام هو أن الإعانة على شرط الحرام مع العلم بصرفه فى الحرام هل هى إعانة على الحرام أم لا. فظهر الفرق بين بيع

المكاسب، ج ١، ص ١٨

العنب و بين تجارة التاجر و مسير الحاج و أن الفرق بين إعطاء السوط للظالم و بين بيع العنب لا وجه له و أن إعطاء السوط إذا كان إعانة كما اعترف به فيما تقدم من آيات الأحكام كان بيع العنب كذلك كما اعترف به فى شرح الإرشاد فإذا بنينا على أن شرط الحرام حرام مع فعله توصلا إلى الحرام- كما جزم به بعض دخل ما نحن فيه فى الإعانة على المحرم فيكون بيع العنب إعانة على

تملك العنب المحرم مع قصد التوصل به إلى التخمير و إن لم يكن إعانة على نفس التخمير أو على شرب الخمر.
و إن شئت قلت إن شراء العنب للتخمير حرام كغرس العنب لأجل ذلك فالبائع إنما يعين على الشراء المحرم.

[بيع الطعام على من يرتكب المعاصي]

[بيع الطعام على من يرتكب المعاصي]

نعم لو لم يعلم أن الشراء لأجل التخمير لم يحرم و إن علم أنه سيخمر العنب بإرادة جديدة منه و كذا الكلام في بائع الطعام على من يرتكب المعاصي فإنه لو علم إرادته من الطعام المبيع التقوى به عند التملك على المعصية حرم البيع منه. و أما العلم بأنه يحصل من هذا الطعام قوة على المعصية يتوصل بها إليها فلا يوجب التحريم هذا و لكن الحكم بحرمة الإتيان بشرط الحرام توصلا إليه قد يمنع إلا من حيث صدق التجري و البيع ليس إعانة عليه و إن كان إعانة على الشراء إلا أنه في نفسه ليس تجريا فإن التجري يحصل بالفعل المتلبس بالقصد و توهم أن الفعل مقدمة له فيحرم الإعانة مدفوع بأنه لم يوجد قصد إلى التجري حتى يحرم و إلا لزم التسلسل فافهم.
نعم لو ورد النهي بالخصوص عن بعض شروط الحرام كالغرس للخمر دخل الإعانة عليه في الإعانة على الإثم كما أنه لو استدللنا بفحوى ما دل على لعن الغارس على حرمة التملك للتخمير حرم الإعانة عليه أيضا بالبيع.

[بيان المتحصل مما ذكر]

[بيان المتحصل مما ذكر]

فتحصل مما ذكرناه- أن قصد الغير لفعل الحرام معتبر قطعاً في حرمة فعل المعين و أن محل الكلام هي الإعانة على شرط الحرام بقصد تحقق الشرط دون المشروط و أنها هل تعد إعانة على المشروط فتحرم أم لا فلا تحرم ما لم تثبت حرمة الشرط من غير جهة التجري و أن مجرد بيع العنب ممن يعلم أنه سيجعله خمرا من دون العلم بقصده ذلك من الشراء ليس محرماً أصلاً لا من جهة الشرط و لا من جهة المشروط و من ذلك يعلم ما فيما تقدم عن حاشية الإرشاد من أنه لو كان يبيع العنب ممن يعمله خمرا إعانة لزم المنع عن معاملته أكثر الناس.

ثم إن محل الكلام فيما يعد شرطاً للمعصية الصادرة عن الغير

ثم إن محل الكلام فيما يعد شرطاً للمعصية الصادرة عن الغير
فما تقدم من المبسوط من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستندا إلى قوله ص من أعان على قتل مسلم إلى آخر الحديث محل تأمل إلا أن يريد الفحوى و لذا استدل في المختلف بعد حكاية ذلك عن الشيخ بوجوب حفظ النفس مع القدرة و عدم الضرر.

ثم إنه يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها

ثم إنه يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها
بين ما ينحصر فائده و منفعته عرفاً في المشروط المحرم كحصول العصا في يد الظالم المستعير لها من غيره لضرب أحد فإن ملكه للانتفاع بها في هذا الزمان تنحصر فائده عرفاً في الضرب و كذا من استعار كأساً ليشرب الخمر فيه و بين ما لم يكن كذلك كتمليك الخمار للعنب فإن منفعة التمليك و فائده غير منحصرة عرفاً في الخمر حتى عند الخمار فيعد الأول عرفاً إعانة على المشروط المحرم بخلاف الثاني. و لعل من جعل بيع السلاح من أعداء الدين حال قيام الحرب من المساعدة على المحرم و جوز بيع العنب ممن يعمله خمرا كالفاضلين في الشرائع و التذكرة و غيرهما نظر إلى ذلك و كذلك المحقق الثاني حيث منع من بيع العصير المنتجس على

مستحله مستندا إلى كونه من الإعانة على الإثم و منع من كون بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا من الإعانة فإن تملك المستحل للعصير منحصر فائدته عرفا عنده في الانتفاع به حال النجاسة بخلاف تملك العنب و كيف كان فلو ثبت تميز موارد الإعانة من العرف فهو و إلا فالظاهر مدخلية قصد المعين.

[الاستدلال على الحرمة في المسألة بوجوب دفع المنكر]

[الاستدلال على الحرمة في المسألة بوجوب دفع المنكر]

نعم يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشيء ممن يعلم أنه يصرف المبيع في الحرام بأن دفع المنكر كرفعه واجب و لا يتم إلا بترك البيع فيجب و إليه أشار المحقق الأردبيلي رحمه الله حيث استدل على حرمة بيع العنب في المسألة بعد عموم النهي عن الإعانة بأدلة النهي عن المنكر.

[ما يشهد لهذا الاستدلال]

[ما يشهد لهذا الاستدلال]

و يشهد بهذا ما ورد من أنه: لو لا أن بنى أمية وجدوا من يجبي لهم الصدقات و يشهد جماعتهم ما سلخوا حقنا دل على مذمة الناس في فعل ما لو تركوه لم يتحقق المعصية من بنى أمية فدل على ثبوت الذم لكل ما لو ترك لم يتحقق المعصية من الغير و هذا و إن دل بظاهرة على حرمة بيع العنب و لو ممن يعلم أنه سيجعله خمرا مع عدم قصد ذلك حين الشراء إلا أنه لم يقيم دليل على وجوب تعجيز من يعلم أنه سيهم بالمعصية و إنما الثابت من النقل و العقل القاضى بوجوب اللطف و جوب ردع من هم بها و أشرف عليها بحيث لو لا الردع لفعلها أو استمر عليها

[توقف هذا الاستدلال على علم البائع بعدم حصول المعصية لو لم يبعه]

[توقف هذا الاستدلال على علم البائع بعدم حصول المعصية لو لم يبعه]

ثم إن الاستدلال المذكور إنما يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبعه لم تحصل المعصية لأنه حينئذ قادر على الردع أما لو لم يعلم ذلك أو علم بأنه يحصل منه المعصية بفعل الغير فلا يتحقق الارتداع بترك البيع كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيه عن المنكر و توهم أن البيع حرام على كل أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بأنه لو تركه لفعله غيره مدفوع بأن ذلك فيما كان محرما على كل واحد على سبيل الاستقلال فلا يجوز لواحد منهم الاعتذار بأن هذا الفعل واقع لا محالة و لو من غيرى فلا ينفع تركى له. أما إذا وجب على جماعة شيء واحد كحمل ثقل مثلا بحيث يراد منهم الاجتماع عليه فإذا علم واحد من حال الباقي عدم القيام به و الاتفاق معه في إيجاد الفعل كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغوا فلا يجب و ما نحن فيه من هذا القبيل فإن عدم تحقق المعصية من مشتري العنب موقوف على تحقق ترك البيع من كل بائع فترك المجموع للبيع سبب واحد لترك المعصية كما أن بيع واحد منهم على البدل شرط لتحقيقها فإذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقي معه في تحصيل السبب و المفروض أن قيامه منفردا لغو سقط وجوبه.

[توجيه الخبر الدال على ذم أتباع بنى أمية]

[توجيه الخبر الدال على ذم أتباع بنى أمية]

و أما ما تقدم من الخبر في اتباع بنى أمية فالذم فيه إنما هو على إعانتهم بالأمر المذكورة في الرواية و سيأتي تحريم كون الرجل من أعوان الظلمة حتى في المباحات التي لا دخل لها برئاستهم فضلا عن مثل جباية الصدقات و حضور الجماعات و شبهها مما هو من

أعظم المحرمات.

[المتلخص مما ذكر]

[المتلخص مما ذكر]

وقد تلخص مما ذكرنا أن فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقيق المعصية من الغير من دون قصد توصل الغير به إلى المعصية غير محرم لعدم كونه في العرف إعانة مطلقا أو على التفصيل الذي احتملناه أخيرا و أما

المكاسب، ج ١، ص ١٩

ترك هذا الفعل فإن كان سببا يعنى علة تامة لعدم المعصية من الغير كما إذا انحصر العنب عنده وجب لوجوب الردع عن المعصية عقلا و نقلا و أما لو لم يكن سببا بل كان السبب تركه منضمنا إلى ترك غيره فإن علم أو ظن أو احتمال قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضا و إن علم أو ظن عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك لأن تركه بنفسه ليس برادع حتى يجب. نعم هو جزء للرادع المركب من مجموع تروك أرباب العنب لكن يسقط وجوب الجزء إذا علم بعدم تحقق الكل في الخارج

[الوجوه المتصورة في فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير]

[الوجوه المتصورة في فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير]

فعلم مما ذكرناه في هذا المقام أن فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير يقع على وجوه أحدها أن يقع من الفاعل قصدا منه لتوصل الغير به إلى الحرام وهذا لا إشكال في حرمة لكونه إعانة. الثاني أن يقع منه من دون قصد لحصول الحرام ولا لحصول ما هو مقدمة له مثل تجارة التاجر بالنسبة إلى معصية العاشر فإنه لم يقصد بها تسلط العاشر عليه الذي هو شرط لأخذ العشر وهذا لا إشكال في عدم حرمة. الثالث أن يقع منه بقصد حصول ما هو من مقدمات حصول الحرام عن الغير لا لحصول نفس الحرام منه وهذا قد يكون من دون قصد الغير التوصل بذلك الشرط إلى الحرام كبيع العنب من الخمار المقصود منه تملكه للعنب الذي هو شرط لتخميره لا نفس التخمير مع عدم قصد الغير أيضا التخمير حال الشراء وهذا أيضا لا إشكال في عدم حرمة وقد يكون مع قصد الغير التوصل به إلى الحرام أعنى التخمير حال شراء العنب وهذا أيضا على وجهين أحدهما أن يكون ترك هذا الفعل من الفاعل علة تامة لعدم تحقق الحرام من الغير والأقوى هنا وجوب الترك و حرمة الفعل. والثاني أن لا يكون كذلك بل يعلم عادة أو يظن بحصول الحرام من الغير من غير تأثير لترك ذلك الفعل والظاهر عدم وجوب الترك حينئذ بناء على ما ذكرنا من اعتبار قصد الحرام في صدق الإعانة عليه مطلقا أو على ما احتملناه من التفصيل.

[الظاهر عدم فساد البيع في كل مورد حكم فيه بالحرمة لأجل الإعانة على الإثم]

[الظاهر عدم فساد البيع في كل مورد حكم فيه بالحرمة لأجل الإعانة على الإثم]

ثم كل مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسة فالظاهر عدم فساد البيع لتعلق النهي بما هو خارج عن المعاملة - أعنى الإعانة على الإثم أو المسامحة في الردع عنه. ويحتمل الفساد لإشعار قوله ع في رواية تحف العقول المتقدمة بعد قوله: و كل بيع ملهوه به و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله أو يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه إلخ [إلى آخر حديث تحف العقول] بناء على أن التحريم مسوق لبيان الفساد في تلك الرواية كما لا يخفى لكن في الدلالة تأمل و لو تمت لثبت الفساد مع قصد المشتري خاصة للحرام لأن الفساد لا يتبعض

القسم الثالث ما يحرم لتحرير ما يقصد منه شأنًا**إشارة**

القسم الثالث ما يحرم لتحرير ما يقصد منه شأنًا
بمعنى أن من شأنه أن يقصد منه الحرام و تحريم هذا مقصور على النص إذ لا- يدخل ذلك تحت الإعانة خصوصًا مع عدم العلم
بصرف الغير له في الحرام

[حرمة بيع السلاح من أعداء الدين]**إشارة**

[حرمة بيع السلاح من أعداء الدين]
كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم بل و عدم العلم باستعمالهم لهذا المبيع الخاص في حرب المسلمين إلا- أن
المعروف بين الأصحاب حرمة بل لا خلاف فيها

[الأخبار الدالة على الحرمة]**[الأخبار الدالة على الحرمة]**

و الأخبار بها مستفيضة منها رواية الحضرمي قال: دخلنا على أبي عبد الله ع فقال له حكم السراج ما ترى فيمن يحمل إلى الشام من
السروج و أداتها قال لا بأس أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله ص أنتم في هدنة فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم
السلاح و السروج و منها رواية هند السراج قال: قلت لأبي جعفر ع أصلحك الله إني كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم
فلما عرفني الله هذا الأمر ضقت بذلك و قلت لا أحمل إلى أعداء الله فقال لي احمل إليهم و معهم فإن الله يدفع بهم عدونا و عدوكم
يعنى الروم فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك

[اختصاص الحرمة في الأخبار بصورة قيام الحرب]**[اختصاص الحرمة في الأخبار بصورة قيام الحرب]**

و صريح الروايتين اختصاص الحكم بصورة قيام الحرب بينهم و بين المسلمين بمعنى وجود المباينة في مقابل الهدنة و بهما تقيد
المطلقات جوازا أو منعا مع إمكان دعوى ظهور بعضها في ذلك- مثل مكاتبه صيقل: أشتري السيوف و أبيعها من السلطان أ جائز لي
بيعها فكتب لا- بأس به و رواية على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة قال إذا لم يحملوا
سلاحا فلا بأس و مثله: ما في وصية النبي ص لعلي ع يا علي كفر بالله العظيم من هذه الأمة عشرة أصناف و عد منها بائع السلاح من
أهل الحرب.

[نقد ما عن حواشي الشهيد]**[نقد ما عن حواشي الشهيد]**

فما عن حواشي الشهيد من أن المنقول أن بيع السلاح حرام مطلقا في حال الحرب و الصلح و الهدنة لأن فيه تقوية الكافر على المسلم

فلا يجوز على كل حال شبه الاجتهاد في مقابل النص - مع ضعف دليبه كما لا يخفى.

[شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة]

[شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة]

ثم إن ظاهر الروايات شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة و المساعدة أصلاً بل صريح مورد السؤال في روايتي الحكم و الهند هي صورة عدم قصد ذلك فالقول باختصاص البيع بصورة قصد المساعدة كما يظهر من بعض العبائر ضعيف جداً. و كذلك ظاهرها الشمول لما إذا لم يعلم باستعمال أهل الحرب للمبيع في الحرب بل يكفي مظنة ذلك بحسب غلبه ذلك مع قيام الحرب بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع

[جواز بيع ما يكن]

[جواز بيع ما يكن]

و حينئذ فالحكم مخالف للأصول صير إليه للأخبار المذكورة و عموم رواية تحف العقول المتقدمة فيقتصر فيه على مورد الدليل و هو السلاح دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما يكن وفاقاً للنهاية و ظاهر السرائر و أكثر كتب العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني للأصل. و ما استدلل به في التذكرة من رواية محمد بن قيس قال: سألت أبا عبد الله ع عن الفتئين من أهل الباطل تلتقيان أبيعهما السلاح قال بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحو هذا

[المناقشة في الجواز]

[المناقشة في الجواز]

و لكن يمكن أن يقال إن ظاهر رواية تحف العقول إناطة الحكم على تقوى الكفر و وهن الحق. و ظاهر قوله ع في رواية هند من حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا أن الحكم منوط بالاستعانة و الكل موجود فيما يكن أيضاً كما لا يخفى مضافاً إلى فحوى رواية الحكم المانعة عن بيع السروج و حملها على السيوف السريجية لا يناسبه صدر الرواية مع كون الراوى سراجاً.

[رد دلالة رواية محمد بن قيس على الجواز]

[رد دلالة رواية محمد بن قيس على الجواز]

و أما رواية محمد بن قيس فلا دلالة لها على المطلوب لأن مدلولها بمقتضى أن التفصيل قاطع للشركة الجواز فيما يكن و التحريم في غيره مع كون الفتئين من أهل الباطل فلا بد من حملها على فريقين محقونى الدماء إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على صاحبه. فالمقصود من بيع ما يكن منهما - تحفظ كل منهما عن صاحبه

المكاسب، ج ١، ص ٢٠

و ترسه بما يكن و هذا غير مقصود فيما نحن فيه بل تحفظ أعداء الدين عن بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع فالتعدى عن مورد الرواية إلى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق. و لعله لما ذكر قيد الشهيد فيما حكى عن حواشيه على القواعد إطلاق العلامة جواز بيع ما يكن بصورة الهدنة و عدم قيام الحرب

[هل يتعدى الحكم إلى غير أعداء الدين]

إشارة

[هل يتعدى الحكم إلى غير أعداء الدين]

ثم إن مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدى إلى غير أعداء الدين كقطاع الطريق

[شمول رواية تحف العقول قطاع الطريق أيضا]

[شمول رواية تحف العقول قطاع الطريق أيضا]

إلا أن الاستفادة من رواية تحف العقول إناطة الحكم بتقوى الباطل و وهن الحق فلعله يشمل ذلك و فيه تأمل. ثم إن النهى فى هذه الأخبار لا يدل على الفساد فلا مستند له سوى ظاهر خبر تحف العقول الواردة فى بيان المكاسب الصحيحة و الفاسدة و الله العالم

النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها

إشارة

النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها

عند العقلاء

[التحريم هنا وضعى]

[التحريم هنا وضعى]

و التحريم فى هذا القسم ليس إلا من حيث فساد المعاملة و عدم تملك الثمن و ليس كالاكتساب بالخمير و الخنزير.

و الدليل على الفساد

و الدليل على الفساد

فى هذا القسم على ما صرح به فى الإيضاح كون أكل المال بإزائه أكلا بالباطل و فيه تأمل لأن منافع كثيرة من الأشياء التى ذكروها فى المقام يقابل عرفا بمال و لو قليلا بحيث لا يكون بذل مقدار قليل من المال بإزائه سفها

[استفادة عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة من كلمات العلماء]

[استفادة عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة من كلمات العلماء]

فالعمدة ما يستفاد من الفتاوى و النصوص من عدم اعتبار الشارع بالمنافع النادرة و كونها فى نظره كالمعدومة. قال فى المبسوط إن الحيوان الطاهر على ضربين ضرب ينتفع به و الآخر لا- ينتفع به إلى أن قال و إن كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل الأسد و الذئب و سائر الحشرات مثل الحيات و العقارب و الفأر و الخنافس و الجعلان و الحداة و الرخمة و النسر و بغاث الطير و

كذلك الغريان انتهى و ظاهر الغنية الإجماع على ذلك أيضا. و يشعر به عبارة التذكرة حيث استدلل على ذلك بخسة تلك الأشياء و عدم نظر الشارع إلى مثلها فى التقويم و لا يثبت يد لأحد عليها قال و لا اعتبار بما ورد فى الخواص من منافعها لأنها لا تعد مع ذلك مالا- و كذا عند الشافعى انتهى و ظاهره اتفاقنا عليه. و ما ذكره من عدم جواز بيع ما لا يعد مالا مما لا إشكال فيه و إنما الكلام فما عدوه من هذا.

[تحسين ما قاله فى محكى إيضاح النافع]

[تحسين ما قاله فى محكى إيضاح النافع]

قال فى محكى إيضاح النافع و نعم ما قال جرت عادة الأصحاب بعنوان هذا الباب و ذكر أشياء معينة على سبيل المثال فإن كان ذلك لأين عدم النفع مفروض فيها فلا نزاع و إن كان لأن ما مثل به لا يصح بيعه لأنه محكوم بعدم الانتفاع فالمنع متوجه فى أشياء كثيرة انتهى. و بالجملة فكون الحيوان من المسوخ أو السباع أو الحشرات لا دليل على كونه كالنجاسة مانعا

[جواز بيع ما يشتمل على منفعة مقصودة للعقلاء]

[جواز بيع ما يشتمل على منفعة مقصودة للعقلاء]

فالمتمين فيما اشتمل منها منفعة مقصودة للعقلاء جواز البيع فكل ما جازت الوصية به لكونه مقصودا بالانتفاع للعقلاء فينبغى جواز بيعه إلا ما دل الدليل على المنع فيه تعبدا. و قد صرح فى التذكرة بجواز الوصية بمثل الفيل و الأسد و غيرهما من المسوخ و المؤذيات و إن منعنا عن بيعها و ظاهر هذا الكلام أن المنع من بيعها على القول به للتعبد لا لعدم المالية

[نقد ما أفاده العلامة فى التذكرة]

[نقد ما أفاده العلامة فى التذكرة]

ثم إن ما تقدم منه قدس سره من أنه لا اعتبار بما ورد فى الخواص من منافعها لأنها لا تعد مالا مع ذلك يشكل بأنه إذا اطلع العرف على خاصية فى إحدى الحشرات معلومة بالتجربة أو غيرها فأى فرق بينها و بين نبات من الأدوية علم فيه تلك الخاصية و حينئذ فعدم جواز بيعها و أخذ المال فى مقابله بملاحظة تلك الخاصية يحتاج إلى دليل لأنه حينئذ ليس أكلا للمال بالباطل و يؤيد ذلك ما تقدم فى رواية التحف من أن: كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك حلال بيعه إلى آخر الحديث.

[تحسين ما قاله فى الدروس]

[تحسين ما قاله فى الدروس]

و قد أجاد فى الدروس حيث قال ما لا نفع فيه مقصودا للعقلاء كالخشار و فضلات الإنسان و عن التنقيح ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه كالخنافس و الديدان

[النظر في منع العلامة بيع ما ينتفع به نادرا]

[النظر في منع العلامة بيع ما ينتفع به نادرا]

و مما ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره في التذكرة من الإشكال في جواز بيع العلق الذي ينتفع به لامتصاص الدم و ديدان القز التي يصاد بها السمك ثم استتبع المنع فقال لندور الانتفاع فيشبه ما لا منفعة فيه إذ كل شيء فله نفع ما انتهى. أقول و لا مانع من التزام جواز بيع كل ما له نفع ما و لو فرض الشك في صدق المال على مثل هذه الأشياء المستلزم للشك في صدق البيع أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها لعمومات التجارة و الصلح و العقود و الهبة المعاوضة و غيرها و عدم المانع لأنه ليس إلا- أكل المال بالباطل و المفروض عدم تحققه هنا.

[انعقاد الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

[انعقاد الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

فالعمدة في المسألة الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة

[مقتضى التأمل في الأخبار عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

[مقتضى التأمل في الأخبار عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

و هو الظاهر من التأمل في الأخبار أيضا مثل ما دل على تحريم بيع ما يحرم منفعته الغالبة مع اشتماله على منفعة نادرة محللة مثل قوله ص:

لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها بناء على أن للشحوم منفعة نادرة محللة على اليهود لأن ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها أو سائر منافعها المتعارفة فلو لا- أن النادر في نظر الشارع كالمعدوم لم يكن وجه للمنع عن البيع- كما لم يمنع الشارع عن بيع ما له منفعة محللة مساوية للمحرمة في التعارف و الاعتداد (إلا أن يقال المنع فيها تعبد للنجاسة لا من حيث عدم المنفعة المتعارفة فتأمل.) و أوضح من ذلك قوله ع- في رواية تحف العقول في ضابط ما يكتسب به: و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال بيعه و شراؤه إلى آخر حديث تحف العقول إذ لا يراد منه مجرد المنفعة و إلا يعم الأشياء كلها.

و قوله في آخره: إنما حرم الله الصناعة التي يجيء منها الفساد محضا نظير كذا و كذا إلى آخر ما ذكره فإن كثيرا من الأمثلة المذكورة هناك لها منافع محللة فإن الأشربة المحرمة كثيرا ما ينتفع بها في معالجة الدواب بل المرضي فجعلها مما يجيء منه الفساد محضا باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح لندرتها إلا أن الإشكال في تعيين المنفعة النادرة و تمييزها عن غيرها فالواجب الرجوع في مقام الشك إلى أدلة التجارة و نحوها مما ذكر

[جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها]

[جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها]

و منه يظهر أن الأقوى جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها للانتفاع البين بجلودها و قد نص في الرواية على بعضها و كذا شحومها و عظامها. و أما لحومها فالمصرح به في التذكرة عدم الجواز معللا بندور المنفعة المحللة المقصودة منه كإطعام الكلاب المحترمة و جوارح الطير

[جواز بيع الهرة]

[جواز بيع الهرة]

و يظهر أيضا جواز بيع الهرة و هو المنصوص في غير واحد

المكاسب، ج ١، ص ٢١

من الروايات و نسبه في موضع من التذكرة إلى علمائنا بخلاف القرد لأن المصلحة المقصودة منه و هو حفظ المتاع نادرة.

[عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء و أخرى إلى قلته]

[عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء و أخرى إلى قلته]

ثم اعلم أن عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء كما ذكر من الأمثلة في عبارة المبسوط و أخرى إلى قلته كجزء يسير من المال لا يبذل في مقابلة مال كحبة حنطة. و الفرق أن الأول لا يملك و لا يدخل تحت اليد كما عرفت من التذكرة بخلاف الثاني فإنه يملك و لو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثليا خلافا للتذكرة فلم يوجب شيئا كغير المثلي و ضعفه بعض بأن اللازم حينئذ عدم الغرامة فيما لو غصب صبرة تدريجا و يمكن أن يلتزم فيه كما يلتزم في غير المثلي فافهم ثم إن منع حق الاختصاص في القسم الأول مشكل مع عموم قوله ص: من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحق به مع عد أخذه قهرا ظلما عرفا

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه

إشارة

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه و هذا النوع و إن كانت أفراده هي جميع الأعمال المحرمة القابلة لمقابلة المال بها في الإجارة و الجعالة و غيرها إلا أنه جرت عادة الأصحاب بذكر كثير مما من شأنه الاكتساب به من المحرمات بل و لغير ذلك مما لم يتعارف الاكتساب به كالغيبة و الكذب و نحوهما و كيف كان فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبة بترتيب حروف أوائل عنواناتهم إن شاء الله تدليس المشطة

المسألة الأولى تدليس المشطة

إشارة

المسألة الأولى تدليس المشطة

المرأة التي يراد تزويجها أو الأمة التي يراد بيعها حرام بلا- خلاف كما عن الرياض و عن مجمع الفائدة الإجماع عليه و [كذا] فعل المرأة ذلك بنفسها

[بما ذا يحصل التدليس]

[بما ذا يحصل التدليس]

قال في المقنعة و كسب المواشط حلال إذا لم يغشش و لم يدلن في عملهن فيصلن شعور النساء بشعور غيرهن من الناس و يشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز في شريعة الإسلام فإن وصلن شعرهن بشعر غير الناس لم يكن بذلك بأس و نحوه بعينه عبارة النهاية. و قال في السرائر في عداد المحرمات و عمل المواشط بالتدليس بأن يشمن الخدود و يحمرنها و ينقشن بالأيدى و الأرجل و يصلن شعر النساء بشعر غيرهن و ما جرى مجرى ذلك انتهى و حكى نحوه عن الدروس و حاشية الإرشاد

[هل يعد وشم الخدود و وصل الشعر بشعر الغير من التدليس]

[هل يعد وشم الخدود و وصل الشعر بشعر الغير من التدليس]

و في عد وشم الخدود من جملة التدليس تأمل لأن الوشم في نفسه زينه. و كذا التأمل في التفصيل بين وصل الشعر بشعر الإنسان و وصله بشعر غيره فإن ذلك لا مدخل له في التدليس و عدمه إلا أن يوجه الأول بأنه قد يكون الغرض من الوشم حدوث نقطة خضراء في البدن حتى يترأى بياض سائر البدن و صفاؤه أكثر مما كان يرى لو لا هذه النقطة و يوجه الثاني بأن شعر غير المرأة لا يلتبس على الشعر الأصلي للمرأة فلا يحصل التدليس به بخلاف شعر المرأة. و كيف كان يظهر من بعض الأخبار المنع عن الوشم و وصل الشعر بشعر الغير

[ظاهر بعض الأخبار المنع عن مطلق الوشم و وصل الشعر بشعر الغير]

[ظاهر بعض الأخبار المنع عن مطلق الوشم و وصل الشعر بشعر الغير]

و ظاهرها المنع و لو في غير مقام التدليس ففي مرسله ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله ع قال: دخلت ماشطة على رسول الله ص فقال لها هل تركت عملك أو أقيمت عليه فقالت يا رسول الله أنا أعمله إلا أن تنهاني عنه فانتهي عنه فقال افعلي فإذا مشطت فلا تجلي الوجه بالخرقة فإنها تذهب بماء الوجه و لا تصلى شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و أما شعر المعز فلا بأس به بأن يوصل بشعر المرأة و في مرسله الفقيه: لا- بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصله بشعر المرأة و عن معاني الأخبار بسنده عن علي بن غراب عن جعفر بن محمد عن آبائه ع قال: لعن رسول الله ص النامصة و المنتمصه و الواشرة و الموتشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و المستوشمة. قال الصدوق قال علي بن غراب النامصة التي تنتف الشعر و المنتمصه التي يفعل ذلك بها و- الواشرة التي تشر أسنان المرأة و تغلجها و تحددتها و الموتشرة التي يفعل ذلك بها و الواصلة التي تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و المستوصلة التي يفعل ذلك بها و الواشمة التي تشم و شما في يد المرأة أو في شيء من بدنها و هو أن تغرز بدنها أو ظهر كفها بإبرة حتى تؤثر فيه ثم تحشوها بالكحل أو شيء من النورة فتخضر و المستوشمة التي يفعل بها ذلك.

و ظاهر بعض الأخبار كراهة الوصل و لو بشعر غير المرأة

و ظاهر بعض الأخبار كراهة الوصل و لو بشعر غير المرأة

مثل ما عن عبد الله بن الحسن قال: سألته عن القرامل قال و ما القرامل قلت صوف تجعله النساء في رءوسهن قال إن كان صوفا فلا بأس و إن كان شعرا فلا خير فيه من الواصلة و المستوصلة.

و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقا

و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقا
ففي رواية سعد الإسكاف قال: سئل أبو جعفر عن القرامل التي تضعها النساء في رءوسهن يصلنه بشعورهن قال لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها قال فقلت له بلغنا أن رسول الله ص لعن الواصلة و المستوصلة فقال ليس هناك إنما لعن رسول الله ص الواصلة التي تزني في شبابها فإذا كبرت قادت النساء إلى الرجال فتلك الواصلة

و يمكن الجمع بين الأخبار

و يمكن الجمع بين الأخبار
بالحكم بکراهة وصل مطلق الشعر كما في رواية عبد الله بن الحسن و شدة الكراهة في الوصل بشعر المرأة. و عن الخلاف و المنتهى الإجماع على أنه يكره وصل شعرها بشعر غيرها رجلا- كان أو امرأة و أما ما عدا الوصل مما ذكر في رواية معاني الأخبار فيمكن حملها أيضا على الكراهة لثبوت الرخصة من رواية سعد الإسكاف في مطلق الزينة خصوصا مع صرف الإمام للنبوي الوارد في الواصلة عن ظاهرها المتحد سيقا مع سائر ما ذكر في النبوي و لعله أولى من تخصيص الرخصة بهذه الأمور- مع أنه لو لا الصرف لكان الواجب إما تخصيص الشعر بشعر المرأة أو تقييده بما إذا كان هو أو إحدى أخواته في مقام التدليس فلا دليل على تحريمها في غير مقام التدليس كفعل المرأة المزوجة ذلك لزوجها خصوصا بملاحظة ما في رواية علي بن جعفر عن أخيه ع: عن المرأة تحف الشعر عن وجهها قال لا بأس و هذه أيضا قرينة على صرف إطلاق لعن النامصة في النبوي عن ظاهره بإرادة التدليس و الحمل على الكراهة.

نعم قد يشكل الأمر في وشم الأطفال

نعم قد يشكل الأمر في وشم الأطفال
من حيث إنه إيذاء لهم بغير مصلحة بناء على أن لا مصلحة فيه لغير المرأة المتزوجة إلا التدليس بإظهار شدة بياض البدن و صفائه بملاحظة النقطة الخضراء الكدرة في البدن لكن الإنصاف أن كون ذلك تدليسا مشكلا بل ممنوع بل هو تزوين للمرأة من حيث خلط البياض بالخضرة فهو تزوين لا موهم لما ليس في البدن واقعا من البياض و الصفاء. نعم مثل نقش الأيدي و الأرجل بالسواد يمكن أن يكون الغالب فيه

المكاسب، ج ١، ص ٢٢

إرادة إيها بياض البدن و صفائه و مثله الخط الأسود فوق الحاجبين أو وصل الحاجبين بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما.

[حصول التدليس بمجرد رغبة الخاطب أو المشتري و إن علما بذلك]

[حصول التدليس بمجرد رغبة الخاطب أو المشتري و إن علما بذلك]
ثم إن التدليس بما ذكرنا إنما يحصل بمجرد رغبة الخاطب أو المشتري و إن علما أن هذا البياض و الصفاء ليس واقعا بل حدث بواسطة هذه الأمور فلا يقال إنها ليست بتدليس لعدم خفاء أثرها على الناظر و حينئذ فينبغي أن يعد من التدليس لبس المرأة أو الأمة الثياب الحمر أو الخضرة الموجبة لظهور بياض البدن و صفائه و الله العالم.

[كراهة كسب الماشطة مع شرط الأجره المعينه]

[كراهة كسب الماشطة مع شرط الأجره المعينه]

ثم إن المرسله المتقدمه عن الفقيه دلت على كراهة كسب الماشطة- مع شرط الأجره المعينه و حكي الفتوى به عن المقنع وغيره. و المراد بقوله ع إذا قبلت ما تعطى البناء على ذلك حين العمل و إلا فلا يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته.

[الحكمه في أولويه قبول ما يعطاه الحجام و الختان و الماشطه]

[الحكمه في أولويه قبول ما يعطاه الحجام و الختان و الماشطه]

ثم إن أولويه قبول ما يعطى و عدم مطالبه الزائد إما لأن الغالب عدم نقص ما تعطى عن أجره مثل العمل إلا أن مثل الماشطه و الحجام و الختان و نحوهم كثيرا ما يتوقعون أزيد مما يستحقون خصوصا من أولى المروءه و الثروه و ربما يبادرون إلى هتك العرض إذا منعوا و لا يعطون ما يتوقعون من الزيادة أو بعضه إلا استحياء و صيانة للعرض. و هذا لا يخلو عن شبهه فأمرؤا في الشريعه الإسلاميه بالقناعه بما يعطون و ترك مطالبه الزائد فلا ينافى ذلك جواز مطالبه الزائد و الامتناع عن قبول ما يعطى إذا اتفق كونه دون أجره المثل و إما لأن المشاركه في مثل هذه الأمور لا يليق بشأن كثير من الأشخاص لأن المماكسه فيها خلاف المروءه و المسامحه فيها قد لا تكون مصلحه لكثرة طمع هذه الأصناف فأمرؤا بترك المشاركه و الإقدام على العمل بأقل ما يعطى و قبوله و ترك مطالبه الزائد مستحب للعامل و إن وجب على من عمل له إيفاء تمام ما يستحقه من أجره المثل فهو مكلف وجوبا بالإيفاء و العامل مكلف ندبا بالسكوت و ترك المطالبه خصوصا على ما يعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء أو لأن الأولى في حق العامل قصد التبرع بالعمل و قبول ما يعطى على وجه التبرع أيضا فلا ينافى ذلك ما ورد من قوله ع: لا تستعملن أجيرا حتى تقاطعه
تزين الرجل بما يحرم عليه

[المسأله الثانيه [حرمه تزين الرجل بما يختص بالنساء و كذا العكس]**إشارة**

المسأله الثانيه [حرمه تزين الرجل بما يختص بالنساء و كذا العكس]

تزين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب حرام لما ثبت في محله من حرمتها على الرجال و ما يختص بالنساء من اللباس كالسوار و الخلل و الثياب المختصه بهن في العادات على ما ذكره في المسالك. و كذا العكس أعنى تزين المرأة بما يخص الرجال كالمنطقه و العمامه و يختلف باختلاف العادات

[لا دليل على الحرمة عدا النبوى]**إشارة**

[لا دليل على الحرمة عدا النبوى]

و اعترف غير واحد بعدم العثور على دليل لهذا الحكم عدا النبوى المشهور المحكى عن الكافي و العلل: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال

و في دلالاته قصور

و في دلالاته قصور

لأن الظاهر من التشبه تأنث الذكر و تذكر الأنثى لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه. و يؤيده المحكى عن العلل: إن علياً رأى رجلاً به تأنث في مسجد رسول الله ص فقال له أخرج من مسجد رسول الله ص فإنى سمعت رسول الله ص يقول لعن الله إلى آخر الحديث و فى رواية يعقوب بن جعفر الواردة فى المساحقة: أن فيهن قال رسول الله ص لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء إلى آخر الحديث و فى رواية أبى خديجة عن أبى عبد الله ع: لعن رسول الله ص المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال و هم المختنون و اللاتى ينكحن بعضهن بعضاً نعم فى رواية سماعة عن أبى عبد الله ع: عن رجل يجر ثيابه قال إنى لأكره أن يتشبه بالنساء و عنه عن آباءه ع: كان رسول الله ص يزرع الرجل أن يتشبه بالنساء و ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال فى لباسها و فيهما خصوصاً الأولى بقرينة المورد ظهور فى الكراهة فالحكم المذكور لا يخلو عن إشكال.

ثم الخنثى يجب عليها ترك الزينتين المختصتين بكل من الرجل و المرأة

ثم الخنثى يجب عليها ترك الزينتين المختصتين بكل من الرجل و المرأة كما صرح به جماعة لأنها يحرم عليها لباس مخالفة فى الذكورة و الأنوثة و هو مردد بين اللبس فيجتنب عنهما مقدمه لأنهما له من قبيل المشتهين المعلوم حرمة أحدهما و يشكل بناء على كون مدرك الحكم حرمة التشبه بأن الظاهر من التشبه صورة علم المتشبه التشبيب

المسألة الثالثة التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة

[بيان معنى التشبيب]

[بيان معنى التشبيب]

و هو كما فى جامع المقاصد ذكر محاسنها و إظهار شدة حباها بالشعر حرام على ما عن المبسوط و جماعة كالفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى

[أدلة الحرمة]

[أدلة الحرمة]

و استدلال عليه بلزوم تفضيحها و هتك حرمتها و إيذائها و إغراء الفساق بها و إدخال النقص عليها و على أهلها و لذا لا ترضى النفوس الآبية ذوات الغيرة و الحمية أن يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم و أخواتهم بل البعيدات من قراباتهم.

و الإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم

و الإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم

مع كونه أخص من المدعى إذ قد لا يتحقق شىء من المذكورات فى التشبيب بل و أعم منه من وجه فإن التشبيب بالزوجة قد يوجب أكثر المذكورات.

[الاستدلال بعمومات حرمة اللهو و الباطل و الفحشاء و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهيج القوة الشهوية]

[الاستدلال بعمومات حرمة اللهو و الباطل و الفحشاء و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهيج القوة الشهوية] و يمكن أن يستدل عليه بما سيجيء من عمومات حرمة اللهو و الباطل و ما دل على حرمة الفحشاء و منافاته للعفاف الأخوذ في العدالة و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب و لو بعيدا تهيج القوة الشهوية بالنسبة إلى غير الحليلة مثل ما دل عن المنع عن النظر لأنه سهم من سهام إبليس و المنع عن الخلوة بالأجنبية لأن ثالثهما الشيطان و كراهة جلوس الرجل في مكان المرأة حتى يبرد المكان. و يرجحان التستر عن نساء أهل الذمة لأنهن يصفن لأزواجهن و التستر عن الصبي المميز الذي يصف ما يرى. و النهي في الكتاب العزيز بقوله تعالى فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ و عن أن يضربن بأرجلهن لِيُغْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ إلى غير ذلك من المحرمات و المكروهات التي يعلم منها حرمة ذكر المرأة المعينة المحترمة بما يهيج الشهوة عليها خصوصا ذات البعل التي لم يرض الشارع بتعريضها للنكاح بقوله رب راغب فيك

[لا يبعد القول بجواز التشيب بالمخطوبة قبل العقد]

[لا يبعد القول بجواز التشيب بالمخطوبة قبل العقد] نعم لو قيل بعدم حرمة التشيب بالمخطوبة قبل العقد بل مطلق من يراد تزوجها لم يكن بعيدا لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها و المسألة غير صافية عن الاشتباه و الإشكال. ثم إن المحكى عن المبسوط و جماعة جواز التشيب بالحليلة بزيادة الكراهة عن المبسوط

[جواز التشيب بالمرأة المبهمة]

[جواز التشيب بالمرأة المبهمة] و ظاهر الكل جواز التشيب بالمرأة المبهمة بأن يتخيل امرأة و يتشيب بها و أما المعروفة عند القائل دون السامع سواء علم السامع إجمالا إنه يقصد معينة أم لا ففيه إشكال. و في جامع المقاصد كما عن الحواشي الحرمة في الصورة الأولى و فيه إشكال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحريم و كذا إذا لم يكن هنا سامع.

و أما اعتبار الإيمان

و أما اعتبار الإيمان
فاختاره في القواعد و التذكرة و تبعه بعض الأساطين
المكاسب، ج ١، ص ٢٣

لعدم احترام غير المؤمنة و في جامع المقاصد كما عن غيره حرمة التشيب بنساء أهل الذمة لفحوى حرمة النظر إليهن و نقض بحرمة النظر إلى نساء أهل الحرب مع أنه صرح بجواز التشيب بهن و المسألة مشككة من جهة الاشتباه في مدرك أصل الحكم و كيف كان فإذا شك المستمع في تحقق شروط الحرمة لم يحرم عليه الاستماع كما صرح به في جامع المقاصد.

و أما التشيب بالغلام فهو محرم على كل حال

و أما التشيب بالغلام فهو محرم على كل حال
كما عن الشهيدين و المحقق الثاني و كاشف اللثام لأنه فحش محض فيشتمل على الإغراء بالقبيح و عن المفاتيح أن في إطلاق الحكم

نظرا و الله العالم

التصوير

المسألة الرابعة تصوير ذوات الأرواح حرام**إشارة**

المسألة الرابعة تصوير ذوات الأرواح حرام

إذا كانت الصورة مجسمة بلا خلاف فتوى و نسا و كذا مع عدم التجسم وفاقا لظاهر النهاية و صريح السرائر و المحكى عن حواشى الشهيد و الميسية و المسالك و إيضاح النافع و الكفاية و مجمع البرهان و غيرهم

[الأخبار المستفيضة الدالة على حرمة مجرد النقش]

[الأخبار المستفيضة الدالة على حرمة مجرد النقش]

للروايات المستفيضة مثل قوله ع: نهى [رسول الله ص] أن ينقش شىء من الحيوان على الخاتم و قوله ع: و نهى عن تزويق البيوت قلت و ما تزويق البيوت قال تصاوير التماثيل و المتقدم عن تحف العقول: و صنعته صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحاني و قوله ع فى عدة أخبار: من صور صورة كلفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها و ليس بنافخ. و قد يستظهر اختصاصها بالمجسمة من حيث إن النفخ فى الروح لا- يكون إلا- فى المجسمة و إرادة تجسم النقش مقدمه للنفخ ثم النفخ فيه خلاف الظاهر. و فيه أن النفخ يمكن تصويره فى النقش بملاحظة محله بل بدونها كما فى أمر الإمام ع الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفة أو بملاحظة لون النقش الذى هو فى الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ. و الحاصل أن مثل هذا لا يعد قرينه عرفا على تخصيص الصورة بالمجسم و أظهر من الكل صحيحة 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 فإن ذكر الشمس و القمر قرينه على إرادة مجرد النقش. و مثل قوله ع: من جدد قبرا أو مثل مثلا فقد خرج عن الإسلام. فإن المثال و التصوير مترادفان على ما حكاه كاشف اللثام عن أهل اللغة مع أن الشائع من التصوير و المطلوب منه هى الصور المنقوشة على أشكال الرجال و النساء و الطيور و السباع دون الأجسام المصنوعة على تلك الأشكال

[استظهار أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق]

[استظهار أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق]

و يؤيده أن الظاهر أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق فى إبداع الحيوانات و أعضائها على الأشكال المطبوعة التى يعجز البشر عن نقشها على ما هى عليه فضلا عن اختراعها و لذا منع بعض الأساطين عن تمكين غير المكلف من ذلك. و من المعلوم أن المادة لا دخل لها فى هذه الاختراعات العجيبة فالتشبه إنما يحصل بالنقش و التشكيل لا غير

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح
فإن صور غيرها كثيرا ما يحصل بفعل الإنسان للدواعى الأخر غير قصد التصوير و لا يحصل به تشبه بحضرة المبدع تعالى عن التشبيه بل كل ما يصنعه الإنسان من التصرف فى الأجسام فيقع على شكل واحد من مخلوقات الله تعالى.

[ما أفاده في كشف اللثام من النقض على التعميم]

[ما أفاده في كشف اللثام من النقض على التعميم]

و لذا قال كاشف اللثام على ما حكى عنه في مسأله كراهه الصلاة في الثوب المشتمل على التماثيل أنه لو عمت الكراهه لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام لشبه الأعلام بالأخشاب و القصبات و نحوها و الثياب المحشوه لشبه طرائقها المخيطة بها بل الثياب قاطبة لشبه خيوطها بالأخشاب و نحوها انتهى و إن كان ما ذكره لا يخلو عن نظر كما سيجىء هذا. و لكن العمدة في اختصاص الحكم بذوات الأرواح أصالة الإباحة مضافا إلى ما دل على الرخصة مثل صحيحه محمد بن مسلم السابقة و روايه التحف المتقدمة و ما ورد: في تفسير قوله تعالى يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَ تَمَاثِيلَ فِي قَوْلِهِ ع و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء و لكنها تماثيل الشجر و شبهه و الظاهر شمولها للجسم و غيره فبها يقيد بعض ما مر من الإطلاق خلافا لظاهر جماعة

[ظاهر بعض تعميم الحكم لغير ذى الروح]

[ظاهر بعض تعميم الحكم لغير ذى الروح]

حيث إنهم بين من يحكى عنه تعميمه الحكم لغير ذى الروح و لو لم يكن مجسما لبعض الإطلاقات اللازم تقييدها بما تقدم مثل قوله ع: و ينهى عن تزويق البيوت و قوله ع: من مثل مثالا إلى آخر الحديث

[ظاهر بعض تخصيص الحكم بالمجسم]

[ظاهر بعض تخصيص الحكم بالمجسم]

و بين من عبر بالتماثيل المجسمة بناء على شمول التمثال لغير الحيوان كما هو كذلك فخص الحكم بالمجسم لأن المتيقن من المقيدات للإطلاقات و الظاهر منها بحكم غلبة الاستعمال و الوجود النقوش لا غير و فيه أن هذا الظهور لو اعتبر لسقط الإطلاقات عن نهوضها لإثبات حرمة المجسم فتعين حملها على الكراهه دون التخصيص بالمجسمة. و بالجملة التمثال في الإطلاقات المانعة مثل قوله ص من مثل مثالا إن كان ظاهرا في شمول الحكم للمجسم كان كذلك في الأدلة المرخصة لما عدا الحيوان كرواية تحف العقول و صحيحه محمد بن مسلم و ما في تفسير الآية فدعوى ظهور الإطلاقات المانعة في العموم و اختصاص المقيدات المجوزة بالنقوش تحكم.

[خروج تصوير ما هو مصنوع للعباد عن أدلة الحرمة]

[خروج تصوير ما هو مصنوع للعباد عن أدلة الحرمة]

ثم إنه لو عمنا الحكم بغير الحيوان مطلقا أو مع التجسم فالظاهر أن المراد به ما كان مخلوقا لله سبحانه على هيئة خاصة معجبة للناظر على وجه تميل النفس إلى مشاهدتها صورتها المجردة عن المادة أو معها فمثل تمثال السيف و الرمح و القصور و الأبنية و السفن مما هو مصنوع للعباد و إن كانت في هيئة حسنة معجبة خارج. و كذا مثل تمثال القصبات و الأخشاب و الجبال و الشطوط مما خلق الله لا على هيئة معجبة للناظر بحيث تميل النفس إلى مشاهدتها و لو بالصور الحاكية لها لعدم شمول الأدلة لذلك كله هذا كله مع قصد الحكاية و التمثيل فلو دعت الحاجة إلى عمل شيء يكون شبيها بشيء من خلق الله و لو كان حيوانا من غير قصد الحكاية فلا بأس قطعا و منه يظهر النظر فيما تقدم عن كاشف اللثام.

ثم إن المرجع في الصورة إلى العرف

ثم إن المرجع في الصورة إلى العرف فلا يقدح في الحرمة نقص بعض الأعضاء و ليس فيما ورد من رجحان تغير الصورة بقلع عينها أو كسر رأسها دلالة على جواز تصوير الناقص

و لو صور بعض أجزاء الحيوان ففي حرمة نظر بل منع

و لو صور بعض أجزاء الحيوان ففي حرمة نظر بل منع و عليه فلو صور نصف الحيوان من رأسه إلى وسطه فإن قدر الباقي موجودا بأن فرضه إنسانا جالسا لا يتبين ما دون وسطه حرم و إن قصد النصف لا- غير لم يحرم إلا- مع صدق الحيوان على هذا النصف و لو بدا له في إتمامه حرم الإتمام لصدق التصوير بإكمال الصورة لأنه إيجاد لها و لو اشتغل بتصوير حيوان فعل حراما حتى لو بدا له في إتمامه و هل يكون ما فعل حراما من حيث التصوير أو لا يحرم إلا من حيث التجري و جهان من أنه لم يقع إلا بعض مقدمات الحرام بقصد تحققه و من أن معنى حرمة الفعل عرفا ليس إلا حرمة الاشتغال به عمدا فلا تراعى الحرمة بإتمام

المكاسب، ج ١، ص ٢٤

العمل. و الفرق بين فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب على إتمامه و بين الحرام هو قضاء العرف فتأمل

بقي الكلام في جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه

إشارة

بقي الكلام في جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه فالمحكي عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي أن المستفاد من الأخبار الصحيحة و أقوال الأصحاب عدم حرمة إبقاء الصور و قرره الحاكي على هذه الاستفادة.

و ممن اعترف بعدم الدليل على الحرمة المحقق الثاني في جامع المقاصد مفرعا على ذلك جواز بيع الصور المعمولة و عدم لحوقها بآلات اللهو و القمار و أواني التقدين و صرح في حاشية الإرشاد بجواز النظر إليها. لكن ظاهر كلام بعض القدماء حرمة بيع التماثيل و ابتياعها ففي المقنعة بعد أن ذكر فيما يحرم الاكتساب به الخمر و صناعتها و بيعها قال و عمل الأصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة و الشطرنج و النرد و ما أشبه ذلك حرام و يبيعه و ابتياعه حرام انتهى و في النهاية و عمل الأصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة و الصور و الشطرنج و النرد و سائر أنواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز و التجارة فيها و التصرف فيها و التكسب بها محظور انتهى و نحوها ظاهر السرائر

و يمكن أن يستدل للحرمة

و يمكن أن يستدل للحرمة

مضافا إلى أن الظاهر من تحريم عمل الشيء مبعوضيه وجود المعمول ابتداء و استدامة بما تقدم في صحيحة ابن مسلم من قوله ع: لا بأس ما لم يكن حيوانا بناء على أن الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلق بها العام البلوى و هو الاقتناء. و أما نفس الإيجاد فهو عمل مختص بالنقاش ألا ترى أنه لو سئل عن الخمر فأجاب بالحرمة أو عن العصير فأجاب بالإباحة

انصرف الذهن إلى شربهما دون صنعتهما بل ما نحن فيه أولى بالانصراف لأن صنعة العصير و الخمر يقع من كل أحد بخلاف صنعة التماثيل و بما تقدم من الحصر في قوله ع في رواية تحف العقول: إنما حرم الله الصناعة التي يجيء فيها الفساد محضاً و لا يكون منه و فيه شيء من وجوه الصلاح إلى قوله ع يحرم جميع الثقلب فيه فإن ظاهره أن كل ما يحرم صنعته و منها التصاوير يجيء منها الفساد محضاً يحرم جميع الثقلب فيه بمقتضى ما ذكر في الرواية بعد هذه الفقرة. و بالنبوي: لا تدع صورة إلا محتوها و لا كلباً إلا قتلته بناء على إرادة الكلب الهراش المؤذى الذي يحرم اقتناؤه. و ما عن قرب الإسناد بسنده عن علي بن جعفر ع عن أخيه ع قال: سألته عن التماثيل هل يصلح أن يلعب بها قال لا و بما ورد في إنكار أن المعمول لسليمان على نبينا و آله و عليه السلام هي تماثيل الرجال و النساء فإن الإنكار إنما يرجع إلى مشيه سليمان للمعمول كما هو ظاهر الآية دون أصل العمل فدل على كون مشيه وجود التمثال من المنكرات التي لا يليق بمنصب النبوة. و بمفهوم صحيحة زرارة عن أبي جعفر ع: لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت إذا غيرت رءوسها و ترك ما سوى ذلك و رواية المثني عن أبي عبد الله ع: إن علياً ع يكره الصور في البيوت بضميمة ما ورد في رواية أخرى مروية في باب الربا: إن علياً ع لم يكن يكره الحلال و رواية الحلبي المحكية عن مكارم الأخلاق عن أبي عبد الله ع قال: أهديت إلى طنفسة من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغير رأسه فجعل كهية الشجر

[المناقشة في أدلة حرمة الاقتناء]

[المناقشة في أدلة حرمة الاقتناء]

هذا و في الجميع نظر أما الأول فلأن الممنوع هو إيجاد الصورة و ليس وجودها مبعوضاً حتى يجب رفعه. نعم قد يفهم الملازمة من سياق الدليل أو من خارج كما أن حرمة إيجاد النجاسة في المسجد يستلزم مبعوضية وجودها فيه المستلزم لوجوب رفعها. و أما الروايات فالصحيحة الأولى غير ظاهرة في السؤال عن الاقتناء لأن عمل الصور مما هو مركز في الأذهان حتى أن السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفه حرمة عملها إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله. و أما الحصر في رواية تحف العقول فهو بقرينة الفقرة السابقة منه الواردة في تقسيم الصناعات إلى ما يترتب عليه الحلال و الحرام و ما لا يترتب عليه إلا الحرام إضافي بالنسبة إلى هذين القسمين يعني لم يحرم من القسمين إلا ما ينحصر فائدته في الحرام و لا يترتب عليه إلا الفساد. نعم يمكن أن يقال إن الحصر وارد في مساق التعليل و إعطاء الضابطة للفرق بين الصنائع لا لبيان حرمة خصوص القسم المذكور. و أما النبوي فسياقه ظاهر في الكراهة كما يدل عليه عموم الأمر بقتل الكلاب. و قوله ع في بعض هذه الروايات و لا قبراً إلا سويته. و أما رواية علي بن جعفر فلا تدل إلا على كراهة اللعب بالصورة و لا- نمعها بل و لا- الحرمة إذا كان اللعب على وجه اللهو و أما ما في تفسير الآية فظاهره رجوع الإنكار إلى مشية سليمان على نبينا و آله و عليه السلام لعملهم بمعنى إذنه فيه أو إلى تقريره لهم في العمل و أما الصحيحة فالبأس فيها محمول على الكراهة لأجل الصلاة أو مطلقاً مع دلالتها على جواز الاقتناء و عدم وجوب المحو. و أما ما ورد من أن علياً ع لم يكن يكره الحلال فمحمول على المباح المتساوي طرفاه لأنه ع كان يكره المكروه قطعاً. و أما رواية الحلبي فلا دلالة لها على الوجوب أصلاً

[معارضة روايات حرمة الاقتناء مع روايات الجواز]

[معارضة روايات حرمة الاقتناء مع روايات الجواز]

و لو سلم الظهور في الجميع فهي معارضة بما هو أظهر و أكثر مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ع: ربما قمت أصلى و بين يدي الوسادة فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوبا و رواية علي بن جعفر ع عن أخيه ع: عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير أو سبع أ يصلى فيه قال لا بأس و عنه ع عن أخيه: عن البيت فيه صورة سمكة أو طير يعبث به أهل البيت هل يصلى فيه قال لا حتى يقطع رأسه و يفسد و رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن الوسادة و البساط يكون فيه التماثيل قال لا بأس به يكون في البيت قلت ما التماثيل

فقال كل شيء يوطأ فلا بأس به و سياق السؤال مع عموم الجواب يأبى عن تقييد الحكم بما يجوز عمله كما لا يخفى. و رواية أخرى لأبى بصير قال: قلت لأبى عبد الله ع إنا نسط عندنا الوسائد فيها التماثيل و نفرشها قال لا بأس بما يبسط و يفرش و يوطأ و إنما يكره منها ما نصب على الحائط و على السرير و عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن رجل كان فى بيته تماثيل أو فى ستر و لم يعلم بها و هو يصلى فى ذلك البيت ثم علم ما عليه قال ع ليس عليه فيما لم يعلم شيء فإذا علم فليترع الستر و ليكسر رءوس التماثيل فإن ظاهره أن الأمر بالكسر لأجل كون البيت مما يصلى فيه و لذلك لم يأمرع بتغيير ما على الستر و اكتفى بنزعه و منه يظهر أن ثبوت البأس فى صحيحه زرارة السابقة مع عدم تغيير الرءوس إنما هو لأجل الصلاة.

[مختار المؤلف]

[مختار المؤلف]

و كيف كان

المكاسب، ج ١، ص ٢٥

فالمستفاد من جميع ما ورد من الأخبار الكثيرة فى كراهة الصلاة فى البيت الذى فيه التماثيل إلا إذا غيرت أو كانت بعين واحدة أو ألقى عليها ثوب جواز اتخاذها و عمومها يشمل المجسمة و غيرها و يؤيد الكراهة الجمع بين اقتناء الصور و التماثيل فى البيت - و اقتناء الكلب و الإناء المجتمع فيه البول فى الأخبار الكثيرة مثل ما روى عنهم ع مستفيضا عن جبرئيل على نبينا و آله و عليه السلام: أننا لا ندخل بيتا فيه صورة إنسان و لا بيتا يبال فيه و لا بيتا فيه كلب و فى بعض الأخبار إضافة الجنب إليها و الله العالم بأحكامه التطفيف

المسألة الخامسة التطفيف حرام

إشارة

المسألة الخامسة التطفيف حرام

ذكره فى القواعد فى المكاسب و لعله استطرادا و المراد اتخاذ كسبا بأن ينصب نفسه كيالا أو وزانا فيطفف للبائع و كيف كان فلا إشكال فى حرمة و يدل عليه الأدلة الأربعة.

ثم إن البخس فى العد و الذرع - يلحق به حكما

ثم إن البخس فى العد و الذرع - يلحق به حكما

و إن خرج عن موضعه

و لو وزن الربوى بجنسه فطفف فى أحدهما

و لو وزن الربوى بجنسه فطفف فى أحدهما

فإن جرت المعاوضة على الوزن المعلوم الكلى فيدفع الموزون على أنه بذلك الوزن اشتغلت ذمته بما نقص و إن جرت على الموزون المعين باعتقاد المشتري أنه بذلك الوزن فسدت المعاوضة فى الجميع للزوم الربا و لو جرت عليه على أنه بذلك الوزن يجعل ذلك عنوانا للعوض فحصل الاختلاف بين العنوان و المشار إليه لم يبعد الصحة و يمكن ابتناؤه على أن لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطا من

العوض أم لا فعلى الأول يصح دون الثانى
التنجيم

المسألة السادسة التنجيم حرام

إشارة

المسألة السادسة التنجيم حرام
و هو كما فى جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية و توضيح المطلب يتوقف على الكلام فى مقامات

الأول الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب

إشارة

الأول الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب
كالحسوف الناشئ عن حيلولة الأرض بين النيرين و الكسوف الناشئ عن حيلولة القمر أو غيره بل يجوز الإخبار بذلك إما جزماً إذا استند إلى ما يعتقد برهانا أو ظناً إذا استند إلى الأمارات

و قد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم

و قد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم
منهم السيد المرتضى و الشيخ أبو الفتح الكراچكى فيما حكى عنهما فى رد الاستدلال على إصابتهم فى الأحكام بإصابتهم فى الأوضاع ما حاصله أن الكسوفات و اقتران الكواكب و انفصالها من باب الحساب و سير الكواكب و له أصول صحيحة و قواعد سديدة و ليس كذلك ما يدعونه عن تأثير الكواكب فى الخير و الشر و النفع و الضرر و لو لم يكن الفرق بين الأمرين إلا الإصابة الدائمة المتصلة فى الكسوفات و ما يجرى مجراها فلا يكاد يبين فيها خطأ و أن الخطأ الدائم المعهود إنما هو فى الأحكام حتى أن الصواب فيها عزيز و ما يتفق فيها من الإصابة قد يتفق من المخمن أكثر منه فحمل أحد الأمرين على الآخر بهت و قلة دين و حياء انتهى المحكى من كلام السيد رحمه الله و قد أشار إلى جواز ذلك فى جامع المقاصد مؤبداً ذلك بما ورد من كراهة السفر و الترويج فى برج العقرب.

[عدم الإصابة الدائمة فى إخبار الفلكين بالأوضاع]

[عدم الإصابة الدائمة فى إخبار الفلكين بالأوضاع]

لكن ما ذكره السيد رحمه الله عن الإصابة الدائمة فى الإخبار عن الأوضاع محل نظر لأن خطأهم فى الحساب فى غاية الكثرة و لذلك لا يجوز الاعتماد فى ذلك على عدولهم فضلاً عن فساقهم لأن حساباتهم مبتنية على أمور نظرية مبتنية على نظريات أخرى إلا فيما هو كالبديهي مثل إخبارهم بكون القمر فى هذا اليوم فى برج العقرب و انتقال الشمس عن برج إلى برج فى هذا اليوم و إن كان يقع الاختلاف بينهم فيما يرجع إلى تفاوت يسير و يمكن الاعتماد فى مثل ذلك على شهادة عدلين منهم إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل

دين أو نحوه.

الثاني يجوز الإخبار بحدوث الأحكام عن الاتصالات و الحركات المذكورة

إشارة

الثاني يجوز الإخبار بحدوث الأحكام عن الاتصالات و الحركات المذكورة بأن يحكم بوجود كذا في المستقبل عند الوضع المعين من القرب و البعد و المقابلة و الاقتران بين الكوكبين إذا كان على وجه الظن المستند إلى تجربة محصلة أو منقولة في وقوع تلك الحادثة بإرادة الله عند الوضع الخاص من دون اعتقاد ربط بينهما أصلاً بل الظاهر حيثنذ جواز الإخبار على وجه القطع إذا استند إلى تجربة قطعية إذ لا حرج على من حكم قطعاً بالمطر في هذه الليلة نظراً إلى ما جربه من نزول كلبه عن السطح إلى داخل البيت مثلاً

[قصة المحقق نصير الدين الطوسي و الطحان]

[قصة المحقق نصير الدين الطوسي و الطحان]

كما حكى أنه اتفق ذلك لمروج هذا العلم بل محييه نصير الملة و الدين حيث نزل في بعض أسفاره على طحان له طاحونه خارج البلد فلما دخل منزله صعد السطح لحرارة الهواء فقال له صاحب المنزل انزل و نم في البيت تحفظاً من المطر فنظر المحقق إلى الأوضاع الفلكية فلم ير شيئاً فيما هي مظنة للتأثير في المطر فقال صاحب المنزل إن لى كلباً ينزل في كل ليلة يحس المطر فيها إلى البيت فلم يقبل منه المحقق ذلك و بات فوق السطح فجاءه المطر في الليل و تعجب المحقق. ثم إن ما سيجيء في عدم جواز تصديق المنجم يراد به غير هذا أو ينصرف إلى غيره لما عرفت من معنى التنجيم

الثالث الإخبار عن الحادثات و الحكم بها مستندا إلى تأثير الاتصالات المذكورة

إشارة

الثالث الإخبار عن الحادثات و الحكم بها مستندا إلى تأثير الاتصالات المذكورة فيها بالاستقلال أو بالمدخلية و هو المصطلح عليه بالتنجيم فظاهر الفتاوى و النصوص حرمة مؤكدة

[النصوص الدالة على الحرمة]

إشارة

[النصوص الدالة على الحرمة]

فقد أرسل المحقق في المعتبر عن النبي ص: أنه من صدق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد ص و هو يدل على حرمة حكم المنجم بأبلغ وجه. و في رواية نصر بن قابوس عن الصادق ع: إن المنجم ملعون و الكاهن ملعون و الساحر ملعون

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع بعض المنجمين]

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع بعض المنجمين]

و في نهج البلاغة: أنه ع لما أراد المسير إلى بعض أسفاره فقال له بعض أصحابه إن سرت في هذا الوقت خشيت أن لا تظفر بمرادك

من طريق علم النجوم فقال له أترعم أنك تهدي إلى الساعة التي من سار فيها انصرف عنه السوء و تخوف من الساعة التي من سار فيها حاق به الضر فمن صدقك بهذا فقد كذب القرآن و استغنى عن الاستعانة بالله في نيل المحبوب و دفع المكروه إلى أن قال ع أيها الناس إياكم و تعلم النجوم إلا ما يهتدى به في بر أو بحر فإنها تدعو إلى الكهانة و الكاهن كالساحر و الساحر كالكاfer و الكافر في النار إلخ

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع منجم آخر]

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع منجم آخر]

و قريب منه ما وقع [بعينه] بينه و بين منجم آخر نهاه عن المسير أيضا: فقال ع له أ تدرى ما فى بطن هذه الدابة أ ذكر أم أنثى قال إن حسبت علمت قال فمن صدقك على هذا القول فقد كذب القرآن قال الله إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ الْآيَةَ [وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَ مَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ] ما كان محمد ص يدعى ما ادعت أ ترعم أنك تهدي إلى الساعة التي من سار فيها صرف عنه السوء و الساعة التي من سار فيها حاق به الضر من صدقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانة بالله فى ذلك الوجه و أوج إلى الرغبة إليك فى دفع المكروه عنه

[قول الصادق عليه السلام لعبد الملك بن أعين أحرق كتبك]

[قول الصادق عليه السلام لعبد الملك بن أعين أحرق كتبك]

و فى رواية عبد الملك بن أعين المروية عن الفقيه: قلت لأبى عبد الله ع إنى قد ابتليت

المكاسب، ج ١، ص ٢٦

بالنظر فى النجوم فأريد الحاجة فإذا نظرت إلى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها و إذا رأيت طالع الخير ذهبت فى الحاجة فقال لى تقضى قلت نعم قال أحرق كتبك

[رواية المفضل بن عمر فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات]

[رواية المفضل بن عمر فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات]

و فى رواية المفضل بن عمر المروية عن معانى الأخبار فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات قال و أما الكلمات فمنها ما ذكرناه و منها المعرفة بقرئه و توحيد و تنزيهه عن التشبيه حتى النظر إلى الكواكب و القمر و الشمس و استدلال بأقول كل واحد منها على حدوثة و بحدوثة على محدثه ثم أعلمه عز و جل أن الحكم بالنجوم خطأ.

[جواز النظر فى النجوم لمجرد التفرؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر]

[جواز النظر فى النجوم لمجرد التفرؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر]

ثم إن مقتضى الاستفصال فى رواية عبد الملك المتقدمة بين القضاء بالنجوم بعد النظر و عدمه: أنه لا بأس بالنظر إذا لم يقض به بل أريد به مجرد التفرؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر كما يدل عليه ما عن المحاسن عن أبيه عن ابن أبى عمير عن عمر بن أذينة عن سفيان بن عمر قال: كنت أنظر فى النجوم و أعرفها و أعرف الطالع فيدخلنى من ذلك شىء فشكوت ذلك إلى أبى الحسن فقال إذا وقع فى نفسك شىء فتصدق على أول مسكين ثم امض فإن الله عز و جل يدفع عنك.

[الحكم بالنجوم مع الاعتقاد بأن الله يمحو ما يشاء و يثبت]

[الحكم بالنجوم مع الاعتقاد بأن الله يمحو ما يشاء و يثبت]

و لو حكم بالنجوم على جهة أن مقتضى الاتصال الفلاني و الحركة الفلانية الحادثة الواقعية و إن كان الله يمحو ما يشاء و يثبت لم يدخل أيضا في الأخبار الناهية لأنها ظاهرة في الحكم على سبيل البت كما يظهر من قوله ع: فمن صدقك بهذا فقد استغنى عن الاستعانة بالله في دفع المكروه بالصدقة و الدعاء و غيرهما من الأسباب نظير تأثير نحوسة الأيام الواردة في الروايات و رد نحوستها بالصدقة إلا- أن جوازها مبنى على جواز اعتقاد الاقتضاء في العلويات للحوادث السفلية و سيجيء إنكار المشهور لذلك و إن كان يظهر ذلك من المحدث الكاشاني

[جواز الإخبار لا بنحو اقتضاء الأوضاع الفلكية]

[جواز الإخبار لا بنحو اقتضاء الأوضاع الفلكية]

و لو أخبر بالحوادث بطريق جريان العادة على وقوع الحادثة عند الحركة الفلانية من دون اقتضاء لها أصلا فهو أسلم- قال في الدروس و لو أخبر بأن الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم و إن كره انتهى.

الرابع اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات

إشارة

الرابع اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات و الربط يتصور على وجوه

الأول الاستقلال في التأثير

إشارة

الأول الاستقلال في التأثير

بحيث يمتنع التخلف عنها امتناع تخلف المعلول عن العلة العقلية

و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا

و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا

. قال السيد المرتضى رحمه الله فيما حكى عنه و كيف يشتهبه على مسلم بطلان أحكام التنجيم و قد أجمع المسلمون قديما و حديثا على تكذيب المنجمين و الشهادة بفساد مذهبهم و بطلان أحكامهم و معلوم من دين الرسول ضرورة تكذيب ما يدعيه المنجمون و الإزرار عليهم و التعجيز لهم و في الروايات عنه ص ما لا يحصى كثرة و كذا عن علماء أهل بيته و خيار أصحابه و ما اشتهر بهذه الشهرة في دين الإسلام كيف يفتى بخلافه منتسب إلى الملة و وصل إلى القبلة انتهى و قال العلامة في المنتهى بعد ما أفتى بتحريم التنجيم و تعلم النجوم مع اعتقاد إنها مؤثرة أو أن لها مدخلا في التأثير في النفع و الضر و بالجمله كل من اعتقد ربط الحركات النفسانية و الطبيعية بالحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية كافر انتهى و قال الشهيد رحمه الله في قواعده كل من اعتقد في الكواكب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له فلا ريب أنه كافر و قال في جامع المقاصد و اعلم أن التنجيم مع اعتقاد أن للنجوم تأثيرا

في الموجودات السفلية و لو على جهة المدخلية حرام و كذا تعلم النجوم على هذا النحو بل هذا الاعتقاد في نفسه كفر نعوذ بالله انتهى و قال شيخنا البهائي ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلية بالأجرام العلوية إن زعموا أنها هي العلة المؤثرة في تلك الحوادث بالاستقلال أو أنها شريكه في التأثير فهذا لا يحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبني على هذا كفر و على هذا حمل ما ورد في الحديث عن التحذير من علم النجوم و النهي عن اعتقاد صحته انتهى و قال في البحار لا نزاع بين الأمة في أن من اعتقد أن الكواكب هي المدبرة لهذا العالم و الخالقة لما فيه من الحوادث و الخير و الشر فإنه يكون كافرا على الإطلاق انتهى و عنه في موضع آخر أن القول بأنها علة فاعلية بالإرادة و الاختيار و إن توقف تأثيرها على شرائط أخرى كفر و مخالفة لضرورة الدين بل ظاهر الوسائل نسبة دعوى ضرورة الدين على بطلان التنجيم و القول بكفر معتقده إلى جميع علمائنا حيث قال قد صرح علماؤنا بتحريم علم النجوم و العمل بها و بكفر من اعتقد تأثيرها أو مدخليتها في التأثير و ذكروا أن بطلان ذلك من ضروريات الدين انتهى.

[موافقة العامة على هذا الحكم]

[موافقة العامة على هذا الحكم]

بل يظهر من المحكى عن ابن أبي الحديد أن الحكم كذلك عند علماء العامة أيضا حيث قال في شرح نهج البلاغة إن المعلوم ضرورة من الدين إبطال حكم النجوم و تحريم الاعتقاد بها و النهي و الزجر عن تصديق المنجمين و هذا معنى قول أمير المؤمنين ع فمن صدقك بهذا فقد كذب القرآن و استغنى عن الاستعانة بالله انتهى

[ظاهرهم لا فرق بين استلزامه إنكار الصانع و عدمه]

[ظاهرهم لا فرق بين استلزامه إنكار الصانع و عدمه]

ثم لا فرق في أكثر العبارات المذكورة بين رجوع الاعتقاد المذكور إلى إنكار الصانع جل ذكره كما هو مذهب بعض المنجمين. و بين تعطيله تعالى عن التصرف في الحوادث السفلية بعد خلق الأجرام العلوية على وجه تتحرك على النحو المخصوص سواء قيل بقدمها كما هو مذهب بعض آخر أم قيل بحدوثها و تفويض التدبير إليها كما هو المحكى عن ثالث منهم و بين أن لا يرجع إلى شيء من ذلك بأن يعتقد أن حركة الأفلاك تابعة لإرادة الخالق فهي مظاهر لإرادة الخالق تعالى و مجبولة على الحركة على طبق اختيار الصانع جل ذكره كالآلة أو بزيادة أنها مختارة باختيار هو عين اختياره تعالى عما يقول الظالمون. لكن ما تقدم في بعض الأخبار من أن المنجم بمنزلة الكاهن الذي هو بمنزلة الساحر الذي هو بمنزلة الكافر من عدا الفرق الثلاث الأول إذ الظاهر عدم الإشكال في كون الفرق الثلاث - من أكفر الكفار لا بمنزلتهم.

[معنى كون تصديق المنجم كفرا]

[معنى كون تصديق المنجم كفرا]

و منه يظهر أن ما رتبته على تصديق المنجم من كونه تكذيبا للقرآن و كونه موجبا للاستغناء عن الاستعانة بالله في جلب الخير و دفع الشر يراد منه إبطال قوله بكونه مستلزما لما هو في الواقع مخالف للضرورة من تكذيب القرآن و الاستغناء عن الله كما هي طريقة كل مستدل من إنهاء بطلان التالي إلى ما هو بديهي البطلان عقلا أو شرعا أو حسا أو عادة و لا يلزم من مجرد ذلك الكفر و إنما يلزم ممن التفت إلى الملازمة و اعترف باللازم و إلا فكل من أفتى بما هو مخالف لقول الله واقعا إما لعدم تفتنه لقول الله أو لدلالته يكون مكذبا للقرآن. و أما قوله ص: فمن صدق منجما أو كاهنا فقد كفر بما أنزل على محمد فلا يدل أيضا على كفر المنجم و إنما يدل

على كذبه فيكون تصديقه تكذيبا للشارع المكذب له و يدل عليه عطف أو كاهن عليه.

[لا بد في تكفير المنجم من مطابقة ما يعتقد لإحدى موجبات الكفر]

[لا بد في تكفير المنجم من مطابقة ما يعتقد لإحدى موجبات الكفر]

و بالجملة فلم يظهر من الروايات تكفير المنجم بالمعنى الذى تقدم للتنجيم فى صدر عنوان المسألة كفرا حقيقيا فالواجب الرجوع فيما يعتقد المنجم إلى ملاحظة مطابقته لأحد موجبات الكفر من إنكار الصانع أو غيره مما علم من الدين بديهى و لعله لذا اقتصر الشهيد فيما تقدم من القواعد فى تكفير المنجم على من يعتقد فى الكواكب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له و لم يكفر غير هذا الصنف كما سيجىء تتمه كلامه السابق و لا شك أن هذا الاعتقاد إنكار إما للصانع و إما لما هو ضرورى الدين من فعله تعالى و هو إيجاد العالم و تدبيره

[ما أفاده السيد شارح النخبة]

[ما أفاده السيد شارح النخبة]

بل الظاهر من كلام بعض اصطلح لفظ التنجيم فى الأول. قال السيد شارح النخبة إن المنجم من يقول بقدم الأفلاك و النجوم و لا يقولون بمفلك و لا- خالق و هم فرقة من الطبيعيين يستمطرون بالأنواء معدودون من فرق الكفر فى مسفورات الخاصة و العامة يعتقدون فى الإنسان أنه كسائر الحيوانات يأكل و يشرب و ينكح ما دام حيا فإذا مات بطل و اضمحل و ينكرون جميع الأصول الخمسة انتهى ثم قال رحمه الله و أما هؤلاء الذين يستخرجون بعض أوضاع السيارات و ربما يتخصون عليها بأحكام مبهمه متشابهة ينقلونها تقليدا لبعض ما وصل إليهم من كلمات الحكماء الأقدمين مع صحة عقائدهم الإسلامية فغير معلوم دخولهم فى المنجمين الذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد انتهى.

[نقد كلام السيد]

[نقد كلام السيد]

أقول فيه مضافا إلى عدم انحصار الكفار من المنجمين فيمن ذكر بل هم على فرق ثلاث كما أشرنا إليه و سيجىء التصريح به من البحار فى مسألة السحر أن النزاع المشهور بين المسلمين فى صحة التنجيم و بطلانه هو المعنى الذى ذكره أخيرا و كما عرفت فى جامع المقاصد- و المطاعن الواردة فى الأخبار المتقدمة و غيرها كلها أو جلها على هؤلاء دون المنجم بالمعنى الذى ذكره أولا و ملخص الكلام أن ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحة فيها بكفرهم بل ظاهر ما عرفت خلافه. و يؤيده ما رواه فى البحار: عن محمد و هارون ابني سهل النوبختي أنهما كتبا إلى أبى عبد الله ع نحن ولد نوبخت المنجم و قد كنا كتبنا إليك هل يحل النظر فيها فكتب نعم و المنجمون يختلفون فى صفة الفلك فبعضهم يقولون إن الفلك فيه النجوم و الشمس و القمر إلى أن قال فكتب ع نعم ما لم يخرج من التوحيد.

الثانى أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها

إشارة

الثانى أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها

و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم كما يقوله بعضهم على ما ذكره العلامة و غيره

[ما أفاده العلامة في أنوار الملكوت]

[ما أفاده العلامة في أنوار الملكوت]

قال العلامة في محكى شرح فص الياقوت اختلف قول المنجمين على قولين أحدهما قول من يقول إنها حية مختارة الثانى قول من يقول إنها موجبة والقولان باطلان. وقد تقدم عن المجلسى رحمه الله أن القول بكونها فاعلة بالإرادة والاختيار وإن توقف تأثيرها على شرائط آخر كفر وهو ظاهر أكثر العبارات المتقدمة. ولعل وجهه أن نسبة الأفعال التى دلت على ضرورة الدين على استنادها إلى الله تعالى كالخلق والرزق والإحياء والإماتة وغيرها إلى غيره تعالى مخالف لضرورة الدين.

[ظاهر الشهيد فى قواعد عدم كفر المعتقد بذلك]

[ظاهر الشهيد فى قواعد عدم كفر المعتقد بذلك]

لكن ظاهر شيخنا الشهيد فى القواعد عدم فإنه بعد ما ذكر الكلام الذى نقلناه منه سابقا قال وإن اعتقد أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها والله سبحانه هو المؤثر الأعظم فهو مخطئ إذ لا حياة لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلى ولا نقلى انتهى. و ظاهره أن عدم القول بذلك لعدم مقتضى له وهو الدليل لا لوجود المانع منه وهو انعقاد الضرورة على خلافه فهو ممكن غير معلوم الوقوع.

[توجيه ما ذكره الشهيد]

[توجيه ما ذكره الشهيد]

ولعل وجهه أن الضرورى عدم نسبة تلك الأفعال إلى فاعل مختار باختيار مستقل مغاير لاختيار الله كما هو ظاهر قول المفوضة أما استنادها إلى الفاعل بإرادة الله المختار بعين مشيئة واختياره حتى يكون كالآلة بزيادة الشعور وقيام الاختيار به بحيث يصدق أنه فعله وفعل الله فلا إذ المخالف للضرورة إنكار نسبة الفعل إلى الله تعالى على وجه الحقيقة لا إثباته لغيره أيضا بحيث يصدق أنه فعله. نعم ما ذكره الشهيد رحمه الله من عدم الدليل عليه حق فالقول به تخرص ونسبة فعل الله إلى غيره بلا دليل وهو قبيح. وما ذكره قدس سره كان مأخذه ما فى الاحتجاج عن هشام بن الحكم قال: سأل الزندىق أبا عبد الله ع فقال ما تقول فيمن يزعم أن هذا التدبير الذى يظهر فى هذا العالم تدبير النجوم السبعة قال ع يحتاجون إلى دليل أن هذا العالم الأكبر والعالم الأصغر من تدبير النجوم التى تسبح فى الفلك وتدور حيث دارت متبعة لا تفترو سائرة لا تقف ثم قال وإن كل نجم منها موكل مدبر فهى بمنزلة العبيد المأمورين المنهيين فلو كانت قديمة أزلية لم تتغير من حال إلى حال إلى آخر الخبر والظاهر أن قوله بمنزلة العبيد المأمورين المنهيين يعنى فى حرركاتهم لا أنهم مأمورون بتدبير العالم بحرركاتهم فهى مدبرة باختياره المنبعث عن أمر الله تعالى.

[ما أفاده المحدث الكاشانى]

[ما أفاده المحدث الكاشانى]

نعم ذكر المحدث الكاشانى فى الوافى فى توجيه البداء كلاما ربما يظهر منه مخالفة المشهور حيث قال فاعلم أن القوى المنطبعة الفلكية لم تحط بتفاصيل ما سيقع من الأمور دفعة واحدة لعدم تنهاى تلك الأمور بل إنما تنقش فيها الحوادث شيئا فشيئا [وجملة فجملة مع أسبابها وعللها على نهج مستمر ونظام مستقر] فإن ما يحدث فى عالم الكون والفساد إنما هو من لوازم حركات الأفلاك المسخرة لله ونتائج برركاتها فهى تعلم أنه كلما كان كذا كان كذا انتهى موضع الحاجة و ظاهره أنها فاعلة بالاختيار لملزومات الحوادث.

و بالجملة فكفر المعتقد بالربط على هذا الوجه الثاني لم يظهر من الأخبار و مخالفتها لضرورة الدين لم يثبت أيضا إذ ليس المراد العلية التامة فكيف و قد حاول المحدث الكاشاني بهذه المقدمات إثبات البداء.

الثالث استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار

[ظاهر كثير كون هذا الاعتقاد كفرا]

[ظاهر كثير كون هذا الاعتقاد كفرا]

و ظاهر كلمات كثير ممن تقدم كون هذا الاعتقاد كفرا إلا أنه قال شيخنا المتقدم في قواعده بعد الوجهين الأولين و أما ما يقال من استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار و غيرها من العاديات بمعنى أن الله تعالى أجرى عادته أنها إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع مخصوص يفعل ما ينسب إليها و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الأدوية و الأغذية بها مجازا باعتبار الربط العادى لا الربط العقلى الحقيقى فهذا لا يكفر معتقده لكنه مخطئ و إن كان أقل خطأ من الأول لأن وقوع هذه الآثار عندها المكاسب، ج ١، ص ٢٨

ليس بدائم و لا- أكثرى انتهى. و غرضه من التعليل المذكور الإشارة إلى عدم ثبوت الربط العادى لعدم ثبوته بالحس كالحرارة الحاصلة بسبب النار و الشمس و برودة القمر و لا بالعادة الدائمة و لا الغالبة لعدم العلم بتكرار الدفعات كثيرا حتى يحصل العلم أو الظن ثم على تقديره فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث فلعل الأمر بالعكس أو كلتاهما مستندان إلى مؤثر ثالث فيكونان من المتلازمين فى الوجود. و بالجملة فمقتضى ما ورد من أنه أبى الله أن يجرى الأشياء إلا بأسبابها كون كل حادث مسببا و إما أن السبب هى الحركة الفلكية أو غيرها فلم يثبت و لم يثبت أيضا كونه مخالفا لضرورة الدين.

[ظاهر بعض الأخبار ثبوت التأثير للكواكب]

[ظاهر بعض الأخبار ثبوت التأثير للكواكب]

بل فى بعض الأخبار ما يدل بظاهره على ثبوت التأثير للكواكب مثل ما فى الاحتجاج عن أبان بن تغلب: فى حديث اليمانى الذى دخل على أبى عبد الله ع و سماه باسمه الذى لم يعلمه أحد و هو سعد فقال له يا سعد و ما صناعتك قال إنا من أهل بيت ننظر فى النجوم إلى أن قال ع ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الإبل فقال ما أدرى قال صدقت قال ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت البقر قال ما أدرى قال صدقت فقال ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الكلاب قال ما أدرى قال صدقت فقال ما زحل عندكم فقال سعد نجم نحس فقال له أبو عبد الله ع لا تقل هذا فإنه نجم أمير المؤمنين ع و هو نجم الأوصياء و هو النجم الثاقب الذى قال الله تعالى فى كتابه [النَّجْمُ الثَّاقِبُ] و فى رواية المدائنى المروية عن الكافى عن أبى عبد الله ع قال: إن الله خلق نجما فى الفلك السابع فخلق من ماء بارد و خلق سائر النجوم الجاريات من ماء حار و هو نجم الأوصياء و الأنبياء و هو نجم أمير المؤمنين ع يأمر بالخروج من الدنيا و الزهد فيها و يأمر بافتراش التراب و توسد اللبن و لباس الخشن و أكل الجشب و ما خلق الله نجما أقرب إلى الله [تعالى] منه [إلى آخر الخبر] و الظاهر أن أمر النجم بما ذكر من المحاسن كناية عن اقتضائه لها.

الرابع أن يكون ربط الحركات بالحوادث

إشارة

الرابع أن يكون ربط الحركات بالحوادث

من قبيل ربط الكاشف و المكشوف و الظاهر أن هذا الاعتقاد لم يقل أحد بكونه كفرا

[قول الشيخ البهائي فهذا لا مانع منه و لا حرج في اعتقاده]

[قول الشيخ البهائي فهذا لا مانع منه و لا حرج في اعتقاده]

قال شيخنا البهائي رحمه الله بعد كلامه المتقدم الظاهر في تكفير من قال بتأثير الكواكب أو مدخليتها ما هذا لفظه و إن قالوا إن اتصالات تلك الأجرام و ما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم مما يوجد الله سبحانه بقدرته و إرادته كما أن حركات النبط و اختلافات أوضاعه علامات يستدل بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه و كما يستدل باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبلية فهذا لا مانع منه و لا حرج في اعتقاده و ما روى في صحة علم النجوم و جواز تعلمه محمول على هذا المعنى انتهى.

[ما أفاده العلامة]

[ما أفاده العلامة]

و ممن يظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء على المنجمين ما تقدم من قول العلامة رحمه الله إن المنجمين بين قائل بحياة الكواكب و كونها فاعلة مختارة و بين من قال إنها موجبة

[ما يظهر من كلام السيد المرتضى]

[ما يظهر من كلام السيد المرتضى]

و يظهر ذلك من السيد رحمه الله حيث قال بعد إطالة الكلام في التشيع عليهم ما هذا لفظه المحكى و ما فيهم أحد يذهب إلى أن الله تعالى أجرى العادة بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض أو بعده أفعالا من غير أن يكون للكواكب أنفسها تأثير في ذلك قال و من ادعى منهم هذا المذهب الآن فهو قائل بخلاف ما ذهب إليه القدماء و منتحل بهذا المذهب عند أهل الإسلام انتهى

[إنكار السيد ابن طاوس على علم الهدى]

[إنكار السيد ابن طاوس على علم الهدى]

لكن ظاهر المحكى عن ابن طاوس إنكار السيد رحمه الله لذلك حيث إنه بعد ما ذكر أن للنجوم علامات و دلالات على الحادثات لكن يجوز للقادر الحكيم تعالى أن يغيرها بالبر و الصدقة و الدعاء و غير ذلك من الأسباب و جوز تعلم علم النجوم و النظر فيه و العمل به إذا لم يعتقد أنها مؤثرة و حمل أخبار النهى على ما إذا اعتقد أنها كذلك ثم أنكر على علم الهدى تحريم ذلك ثم ذكر لتأييد ذلك أسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به انتهى. و ما ذكر رحمه الله حق إلا أن مجرد كون النجوم دلالات و علامات لا يجدى مع عدم الإحاطة بتلك العلامات و معارضاتها و الحكم مع عدم الإحاطة لا يكون قطعيا بل و لا ظنيا

[خلاصة ما أنكره السيد أمران]

[خلاصة ما أنكره السيد أمران]

و السيد علم الهدى إنما أنكر من المنجمين أمرين أحدهما اعتقاد التأثير و قد اعترف به ابن طاوس و الثانى غلبة الإصابة فى أحكامهم كما تقدم منه ذلك فى صدر المسألة و هذا أمر معلوم بعد فرض عدم الإحاطة بالعلامات و معارضاتها.

[ما أفاده الشيخ البهائي]

[ما أفاده الشيخ البهائي]

و لقد أجاد شيخنا البهائي أيضا حيث أنكر الأمرين و قال بعد كلامه المتقدم في إنكار التأثير و الاعتراف بالأماره و العلامه اعلم أن الأمور التي يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقباليه أقسام لها أصول بعضها مأخوذه من أصحاب الوحي ع و بعضها يدعون لها التجربة و بعضها مبتن على أمور متشعبه لا تفي القوه البشريه بضبطها و الإحاطه بها كما يومئ إليه قول الصادق ع: كثيره لا يدرك و قليله لا ينتفع به و لذلك وجد الاختلاف في كلامهم و تطرق الخطأ إلى بعض أحكامهم و من اتفق له الجرى على الأصول الصحيحه صح كلامه و صدقت أحكامه لا محاله كما نطق به الإمام الصادق ع و لكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به إلا القليل و الله الهادي إلى سواء السبيل انتهى.

[ما أفاده الشيخ البهائي هو الذي صرح به الإمام الصادق عليه السلام]

إشارة

[ما أفاده الشيخ البهائي هو الذي صرح به الإمام الصادق عليه السلام]

و ما أفاده رحمه الله أولا من الاعتراف بعدم بطلان كون الحركات الفلكية أمارات و علامات و آخرا من عدم النفع في علم النجوم إلا مع الإحاطه التامه هو الذي صرح به الإمام الصادق ع في روايه هشام الآتيه بقوله: إن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق و يدل أيضا على كل من الأمرين الأخبار المتكثرة. فما يدل على الأول و هو ثبوت الدلاله و العلامه في الجملة

[الأخبار الداله على صحة علم النجوم في نفسه]

[الأخبار الداله على صحة علم النجوم في نفسه]

مضافا إلى ما تقدم من روايه سعد المنجم المحموله بعد الصرف عن ظاهرها الدال على سببيه طلوع الكواكب لهيجان الإبل و البقر و الكلاب على كونه أماره و علامه عليه المروى في الاحتجاج: عن روايه الدهقان المنجم الذي استقبل أمير المؤمنين حين خروجه إلى النهروان فقال له يومك هذا يوم صعب قد انقلب منه كوكب و انقذ من برجك النيران و ليس لك الحرب بمكان فقال ع له أيها الدهقان المنبي عن الآثار المحذر عن الأقدار ثم سأله عن مسائل كثيره من النجوم فاعترف الدهقان بجهلها إلى أن قال ع له أما قولك انقذ من برجك النيران فكان الواجب أن تحكم به لي لا على أما نوره و ضياؤه فعندى و أما حريقه و لهبه فذهب عنى فهذه مسأله عميقه فاحسبها إن كنت حاسبا و في روايه أخرى أنه ع قال له احسبها إن كنت عالما بالأكوار و الأدوار قال لو علمت هذا علمت أنك تحصى عقود القصب في

المكاسب، ج ١، ص ٢٩

هذه الأجمه و في الروايه الآتيه لعبد الرحمن بن سيابه: هذا حساب إذا حسبه الرجل و وقف عليه عرف القصبه التي في وسط الأجمه و عدد ما عن يمينها و عدد ما عن يسارها و عدد ما خلفها و عدد ما أمامها حتى لا يخفى عليه من قصب الأجمه واحده

[عدة أخبار أوردتها في البحار]

[عدة أخبار أوردتها في البحار]

و في البحار وجد في كتاب عتيق عن عطاء قال: قيل لعلي بن أبي طالب ع هل كان للنجوم أصل قال نعم نبي من الأنبياء قال له قومه

إنا لا نؤمن بك حتى تعلمنا بدء الخلق و آجالهم فأوحى الله عز و جل إلى غمامة فأمطرتهم و استنقع حول الجبل ماء صاف ثم أوحى الله [عز و جل] إلى الشمس و القمر و النجوم أن تجرى في ذلك الماء ثم أوحى الله [عز و جل] إلى ذلك النبي أن يرتقى هو و قومه على الجبل فقاموا على الماء حتى عرفوا بدء الخلق و آجاله بمجاري الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار و كان أحدهم يعرف متى يموت و متى يمرض و من ذا الذى يولد له و من ذا الذى لا يولد له فبقوا كذلك برهه من دهرهم ثم إن داود ع قاتلهم على الكفر فأخرجوا على داود ع في القتال من لم يحضر أجله و من حضر أجله خلفوه في بيوتهم فكان يقتل أصحابى و لا يقتل من هؤلاء أحد فأتى الله عز و جل إليه أنى علمتهم بدء الخلق و آجالهم و إنما أخرجوا إليك من لم يحضره أجله و من حضر أجله خلفوه في بيوتهم فمن ثم يقتل من أصحابك و لا يقتل منهم أحد قال داود ع رب على ما ذا علمتهم قال على مجارى الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار قال فدعا الله عز و جل فحبس الشمس عليهم فزاد النهار و لم يعرفوا قدر الزيادة فاختلف حسابهم قال على ع فمن ثم كره النظر في علم النجوم و فى البحار أيضا عن الوافى بالإسناد عن أبى عبد الله ع قال: سئل عن النجوم فقال لا يعلمها إلا أهل بيت من العرب و أهل بيت من الهند و بالإسناد عن محمد بن سالم قال قال أبو عبد الله ع: قوم يقولون النجوم أصح من الرؤيا و ذلك كانت صحيحة حين لم ترد الشمس على يوشع بن نون و أمير المؤمنين ع فلما رد الله الشمس عليهما ضل فيها علوم علماء النجوم و خير يونس قال: قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك أخبرنى عن علم النجوم ما هو قال هو علم من علوم الأنبياء قال فقلت كان على بن أبى طالب ع يعلمه قال كان أعلم الناس به و خير ريان بن الصلت قال: حضر عند أبى الحسن الرضا ع الصباح بن نصر الهندي و سأله عن النجوم فقال هو علم فى أصل صحيح ذكروا أن أول من تكلم فى النجوم إدريس ع و كان ذو القرنين بها ماهرا و أصل هذا العلم من [عند] الله [عز و جل] و عن معلى بن خنيس قال: سألت أبا عبد الله ع عن النجوم أ حق هى فقال نعم إن الله عز و جل بعث المشتري إلى الأرض فى صورة رجل فأخذ رجلا من العجم فعلمه فلم يستكملوا ذلك فأتى بلد الهند فعلم رجلا منهم فمن هناك صار علم النجوم بها. و قد قال قوم هو علم من علوم الأنبياء خصوصا به لأسباب شتى فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها فشاب الحق بالكذب إلى غير ذلك مما يدل على صحة علم النجوم فى نفسه.

[الأخبار الدالة على كثرة الخطأ و الغلط فى حساب المنجمين]

[الأخبار الدالة على كثرة الخطأ و الغلط فى حساب المنجمين]

و أما ما دل على كثرة الخطأ و الغلط فى حساب المنجمين فهى كثيرة منها ما تقدم فى الروايات السابقة مثل قوله ع فى الرواية الأخيرة فشابوا الحق بالكذب و قوله ع ضل فيها علماء النجوم و قوله ع فى تخطئه ما ادعاه المنجم من أن زحل عندنا كوكب نحس إنه كوكب أمير المؤمنين ع و الأوصياء و تخطئه أمير المؤمنين ع للدهقان الذى حكم بالنجوم بنحوسه اليوم الذى خرج فيه أمير المؤمنين ع. و منها خبر عبد الرحمن بن سياه قال:

قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك إن الناس يقولون إن النجوم لا يحل النظر فيها و هى تعجبنى فإن كانت تضر بدينى فلا حاجة لى فى شىء يضر بدينى و إن كانت لا يضر بدينى فو الله إنى لأشتهيها و أشتهى النظر فيها فقال ليس كما يقولون لا يضر بدينك ثم قال إنكم تنظرون فى شىء كثيره لا- يدرك و قليله لا ينتفع به إلى آخر الخبر و منها خبر هشام قال: قال لى أبو عبد الله ع كيف بصرك بالنجوم قلت ما خلقت بالعراق أبصر بالنجوم منى ثم سأله عن أشياء لم يعرفها ثم قال فما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب و فى هذا حاسب فيحسب هذا لصاحبه بالظفر و يحسب هذا لصاحبه بالظفر فيلتقيان فيهزم أحدهما الآخر فأين كانت النجوم قال فقلت لا و الله لا- أعلم ذلك قال فقال ع صدقت إن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق كلهم و منها المروى فى الاحتجاج عن أبى عبد الله ع فى حديث: إن زنديقا قال له ما تقول فى علم النجوم قال ع هو علم قلت منافعه و كثرت مضاره لأنه لا

يدفع به المقذور ولا يتقى به المحذور إن أخبر المنجم بالبلاء لم ينجه التحرز عن القضاء و إن أخبر هو بخير لم يستطع تعجيله و إن حدث به سوء لم يمكنه صرفه و المنجم يضاد الله في علمه بزعمه أنه يرد قضاء الله عن خلقه إلى آخر الخبر إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على أن ما وصل إليه المنجمون أقل بقليل من أمارات الحوادث من دون وصول إلى معارضاتها. و من تتبع هذه الأخبار لم يحصل له ظن بالأحكام المستخرجة منها فضلا عن القطع. نعم قد يحصل من التجربة المنقولة خلفا عن سلف الظن بل العلم بمقارنته حادث من الحوادث لبعض الأوضاع الفلكية.

فالأولى التجنب عن الحكم بها

فالأولى التجنب عن الحكم بها
و مع الارتكاب فالأولى الحكم على سبيل التقريب و أنه لا يبعد أن يقع كذا عند كذا و الله المسدد
حفظ كتب الضلال

المسألة السابعة حفظ كتب الضلال حرام

إشارة

المسألة السابعة حفظ كتب الضلال حرام
في الجملة بلا خلاف كما في التذكرة و المنتهى

[أدلة الحرمة]

[أدلة الحرمة]

و يدل عليه مضافا إلى حكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد و الذم المستفاد من قوله تعالى و مَنْ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ و الأمر بالاجتناب عن قول الزور قوله ع فيما تقدم من رواية تحف العقول: إنما حرم الله تعالى الصناعة التي يجيء منها الفساد محضا إلى آخر الحديث. بل قوله ع قبل ذلك: أو ما يقوى به الكفر في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحق إلى آخره و قوله ع في رواية عبد الملك المتقدمة: حيث شكنا إلى الإمام الصادق ع أني ابتليت بالنظر إلى النجوم فقال ع أ تقضى قال نعم قال أ حرق كتب بناء على أن الأمر للوجوب دون الإرشاد للخلاص من الابتلاء بالحكم بالنجوم.

[جواز الحفظ إذا لم يترتب على إبقائها مفسدة]

[جواز الحفظ إذا لم يترتب على إبقائها مفسدة]

و مقتضى الاستفصال في هذه الرواية أنه إذا لم يترتب على إبقاء كتب الضلال مفسدة لم يحرم و هذا أيضا مقتضى ما تقدم من إناطة التحريم بما يجيء منه الفساد محضا.

نعم المصلحة الموهومة أو المحققة النادرة لا اعتبار بها

نعم المصلحة الموهومة أو المحققة النادرة لا اعتبار بها

فلا يجوز الإبقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحة على ذلك مع كون الغالب ترتب المفسدة و كذلك المصلحة النادرة غير المعتد بها. و قد

المكاسب، ج ١، ص ٣٠

تحصل من ذلك أن حفظ كتب الضلال لا يحرم إلا من حيث ترتب مفسدة الضلالة قطعاً أو احتمالاً قريباً فإن لم يكن كذلك أو كانت المفسدة المحققة معارضة بمصلحة أقوى أو عارضت المفسدة المتوقعة مصلحة أقوى أو أقرب وقوعاً منها فلا دليل على الحرمة إلا أن يثبت إجماع أو يلزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذي لا يقصر عن نقل الإجماع

[المراد بالضلال]

[المراد بالضلال]

و حينئذ فلا بد من تنقيح هذا العنوان و أن المراد بالضلال ما يكون باطلاً في نفسه فالمراد الكتب المشتملة على المطالب الباطلة أو أن المراد به مقابل الهداية فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال و أن يراد ما أوجب الضلال و إن كانت مطالبها حقه كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدعون أن المراد غير ظاهرها فهذه أيضاً كتب ضلال على تقدير حقيتها.

ثم الكتب السماوية المنسوخة غير المحرفة

ثم الكتب السماوية المنسوخة غير المحرفة

لا- تدخل في كتب الضلال. و أما المحرفة كالتوراة و الإنجيل على ما صرح به جماعة فهي داخله في كتب الضلال بالمعنى الأول بالنسبة إلينا حيث إنها لا توجب للمسلمين بعد بداهة نسخها ضلالة نعم توجب الضلالة لليهود و النصارى قبل نسخ دينهما فالأدلة المتقدمة لا تدل على حرمة حفظهما.

[ما قاله الشيخ رحمه الله في المبسوط]

[ما قاله الشيخ رحمه الله في المبسوط]

قال رحمه الله في المبسوط في باب الغنيمه من الجهاد فإن كان في المغنم كتب نظر فيها فإن كانت مباحة يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب و الشعر و اللغة و المكاتبات فجميع ذلك غنيمه و كذلك المصاحف و علوم الشريعة كالفقه و الحديث [و نحوه] لأن هذا مال يباع و يشتري كالثياب و إن كانت كتباً لا يحل إمساكها كالكفر و الزندقه و ما أشبه ذلك فكل ذلك لا يجوز بيعه و ينظر فيه فإن كان مما ينتفع بأوعيته كالجلود و نحوها فإنها غنيمه و إن كان مما لا ينتفع بأوعيته كالكاغد فإنها تمزق و تحرق إذ ما من كاغد إلا و له قيمه و حكم التوراة و الإنجيل هكذا كالكاغد فإنه يمزق لأنه كتاب مغير مبدل انتهى. و كيف كان فلم يظهر من معقد نفى الخلاف إلا حرمة ما كان موجبا للضلال و هو الذي دل عليه الأدلة المتقدمة.

[حكم الكتب الباطلة غير الموجبة للضلال]

[حكم الكتب الباطلة غير الموجبة للضلال]

نعم ما كان من الكتب جامعاً للباطل في نفسه من دون أن يترتب عليه ضلالة لا يدخل تحت الأموال فلا يقابل بالمال لعدم المنفعة المحللة المقصودة فيه مضافاً إلى آتية لهو الحديث و قول الزور أما وجوب إتلافها فلا دليل عليه.

[حكم تصانيف المخالفين]

[حكم تصانيف المخالفين]

و مما ذكرنا ظهر حكم تصانيف المخالفين فى الأصول و الفروع و الحديث و التفسير و أصول الفقه و ما دونها من العلوم فإن المناط فى وجوب الإتلاف جريان الأدلة المتقدمة فإن الظاهر عدم جريانها فى حفظ شىء من تلك الكتب إلا القليل مما ألف فى خصوص إثبات الجبر و نحوه و إثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم و شبه ذلك

[استثناء الحفظ للنقض و الاحتجاج]

[استثناء الحفظ للنقض و الاحتجاج]

و مما ذكرنا أيضا يعرف وجه ما استثنوه فى المسألة من الحفظ للنقض و الاحتجاج على أهلها أو للاطلاع على مطالبهم ليحصل به التقية أو غير ذلك و لقد أحسن جامع المقاصد حيث قال إن فوائد الحفظ كثيرة.

[لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال]

[لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال]

و مما ذكرنا يعرف أيضا حكم ما لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال فإن الواجب رفعه و لو بمحو جميع الكتاب إلا أن يزاحم مصلحته وجوده لمفسده وجود الضلال و لو كان باطلا فى نفسه كان خارجا عن المالىة- فلو قبل بجزء من العوض المبذول يبطل المعاوضة بالنسبة إليه

[المراد بالحفظ المحرم]

[المراد بالحفظ المحرم]

ثم إن الحفظ المحرم يراد منه الأعم من الحفظ بظهر القلب و النسخ و المذاكرة و جميع ما له دخل فى بقاء المطالب المضلة الرشوة

المسألة الثامنة الرشوة حرام

إشارة

المسألة الثامنة الرشوة حرام

و فى جامع المقاصد و المسالك أن على تحريمها إجماع المسلمين

[أدلة حرمة الرشوة]

[أدلة حرمة الرشوة]

و يدل عليه الكتاب و السنة و فى المستفيضة: أنه كفر بالله العظيم أو شرك ففى رواية الأصبع بن نباتة عن أمير المؤمنين ع قال: أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه و إن أخذ هديته كان غلولا و إن أخذ الرشوة فهو مشرك و عن الخصال فى الصحيح عن عمار بن مروان قال: كل شىء غل من الإمام فهو سحت و السحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال

الولاية الظلمة و منها أجور القضاء و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النيذ المسكر و الربا بعد البينة فأما الرشا يا عمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله: و مثلها رواية سماعه عن أبي عبد الله ع: و في رواية يوسف بن جابر: لعن رسول الله ص من نظر إلى فرج امرأة لا- تحل له و رجلا- خان أخاه في امرأته و رجلا احتاج الناس إليه لفقهه فسألهم الرشوة و ظاهر هذه الرواية سؤال الرشوة لبذل فقهه فتكون ظاهرة في حرمة أخذ الرشوة للحكم بالحق أو للنظر في أمر المترافعين ليحكم بعد ذلك بينهما بالحق من غير أجره.

[كلمات اللغويين حول الرشوة]

[كلمات اللغويين حول الرشوة]

و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوة في القاموس بالجعل و إليه نظر المحقق الثاني حيث فسر في حاشية الإرشاد الرشوة بما يبذله المتحاكمان. و ذكر في جامع المقاصد أن الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوة و هو صريح الحلّي أيضا في مسألة تحريم أخذ الرشوة مطلقا و إعطائها إلا- إذا كان على إجراء حكم صحيح فلا- يحرم على المعطى هذا و لكن عن مجمع البحرين قلما تستعمل الرشوة إلا- فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشيه باطل و عن المصباح هي ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد و عن النهاية أنها الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة و الراشى الذي يعطى ما يعينه على الباطل و المرتشى الآخذ و الرائش هو الذي يسعى بينهما ليزيد لهذا أو ينقص لهذا و مما يدل على عدم عموم الرشا لمطلق الجعل على الحكم ما تقدم في رواية عمار بن مروان من جعل الرشا في الحكم مقابلا لأجور القضاء خصوصا بكلمة إما.

[عدم اختصاص الحرمة بما يبذل على الحكم الباطل]

[عدم اختصاص الحرمة بما يبذل على الحكم الباطل]

نعم لا يختص بما يبذل على خصوص الباطل بل يعم ما يبذل لحصول غرضه و هو الحكم له حقا كان أو باطلا و هو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية. و يمكن حمل رواية يوسف بن جابر على سؤال الرشوة للحكم للراشى حقا أو باطلا أو يقال إن المراد الجعل فأطلق عليه الرشوة تأكيدا للحرمة.

[حرمة أخذ الحاكم للجعل مع تعيين الحكومة عليه]

[حرمة أخذ الحاكم للجعل مع تعيين الحكومة عليه]

و منه يظهر حرمة أخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين مع تعيين الحكومة عليه كما يدل عليه قوله ع احتاج الناس إليه لفقهه و المشهور المنع مطلقا بل في جامع المقاصد دعوى النص و الإجماع و لعله لحمل الاحتياج في الرواية على الاحتياج إلى نوعه و لإطلاق ما تقدم في رواية عمار بن مروان من جعل أجور القضاء من السحت بناء على أن الأجر في العرف يشمل الجعل و إن كان بينهما فرق عند المشرعة.

[الاستدلال على المنع عن أخذ الأجر مطلقا بصحيحة ابن سنان]

[الاستدلال على المنع عن أخذ الأجر مطلقا بصحيحة ابن سنان]

و ربما يستدل على المنع بصحيحة ابن سنان قال: سئل أبو عبد الله ع عن قاض بين قريتين يأخذ على القضاء الرزق من السلطان قال ع ذلك السحت و فيه أن ظاهر الرواية كون القاضى منصوبا من قبل السلطان الظاهر بل الصريح في سلطان الجور إذ ما يؤخذ من العادل لا يكون سحتا قطعاً و لا شك أن هذا المنسوب غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من هذا

المكاسب، ج ١، ص ٣١

الوجه و لو فرض كونه قابلا- للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزة السلطان محرما قطعاً فيجب إخراجه عن العموم إلا أن يقال إن المراد الرزق من غير بيت المال و جعله على القضاء بمعنى المقابلة قرينة على إرادة العوض و كيف كان فالأولى في الاستدلال على المنع ما ذكرناه خلافاً لظاهر الغنية و المحكى عن القاضى الجواز.

[مستند الجواز الأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران]

[مستند الجواز الأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران]

و لعله للأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: من استأكل بعلمه افتقر فقلت إن في شيعتك قوما يتحملون علومكم و يبثونها في شيعتكم فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الإكرام فقال ع ليس أولئك بمستأكلين إنما ذاك الذى يفتى بغير علم و لا هدى من الله ليبطل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا إلى آخر الخبر و اللام فى قوله ليبطل به الحقوق إما للغاية أو للعاقبة. و على الأول فيدل على حرمة أخذ المال فى مقابل الحكم بالباطل. و على الثانى فيدل على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعا فى الدنيا و على كل تقدير فظاهرها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لأجل الحكم بالباطل و مع عدم معرفة الحق فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق. و دعوى كون الحصر إضافيا بالنسبة إلى الفرد الذى ذكره على حرمة السائل فلا يدل إلا على عدم الذم على هذا الفرد دون كل من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر

[تفصيل العلامة فى جواز الأخذ للقاضى بين حاجته و عدمها]

[تفصيل العلامة فى جواز الأخذ للقاضى بين حاجته و عدمها]

و فصل فى المختلف فجوز أخذ الجعل و الأجرة مع حاجة القاضى و عدم تعيين القضاء عليه و منعه مع غناه أو عدم الغنى عنه و لعل اعتبار عدم تعيين القضاء لما تقرر عندهم من حرمة الأجرة على الواجبات العينية و حاجته لا تسوغ أخذ الأجرة عليها و إنما يجب على القاضى و غيره رفع حاجته من وجوه أخرى. و أما اعتبار الحاجة فلظهور اختصاص أدلة المنع بصورة الاستغناء كما يظهر بالتأمل فى روايتى يوسف و عمار المتقدمتين و لا مانع من التمسك بالقضاء من جهة وجوبه الكفائى كما هو أحد الأقوال فى المسألة الآتية فى محلها إن شاء الله.

و أما الارتزاق من بيت المال

و أما الارتزاق من بيت المال

فلا إشكال فى جوازه للقاضى مع حاجته بل مطلقا إذا رأى الإمام المصلحة فيه لما سيجىء من الأخبار الواردة فى مصارف الأراضى الخراجية. و يدل عليه ما كتبه أمير المؤمنين ع إلى مالك الأشتر من قوله ع: و افسح له أى للقاضى بالبذل ما يزيح عنته و تقل معه حاجته إلى الناس

[جواز أخذ الرزق من السلطان الجائر]

[جواز أخذ الرزق من السلطان الجائر]

و لا فرق بين أن يأخذ الرزق من السلطان العادل أو من الجائر لما سيجىء من حلية بيت المال لأهله و لو خرج من يد الجائر. و أما ما تقدم فى صحيحة ابن سنان من المنع من أخذ الرزق من السلطان فقد عرفت الحال فيه

[حكم الهدية و بيان الفرق بينها و بين الرشوة]

[حكم الهدية و بيان الفرق بينها و بين الرشوة]

و أما الهدية و هى ما يبذله على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له حقا كان أو باطلا و إن لم يقصد المبدول له الحكم إلا بالحق إذا عرف و لو من القرائن أن الباذل قصد الحكم له على كل تقدير فيكون الفرق بينها و بين الرشوة أن الرشوة تبذل لأجل الحكم و الهدية تبذل لإيراث الحب المحرك له على الحكم على وفق مطلبه فالظاهر حرمتها لأنها رشوة أو بحكمها بتنقيح المناط. و عليه يحمل ما تقدم من قول أمير المؤمنين ع: و إن أخذ يعنى الوالى هدية كان غلولا و ما ورد من أن هدايا العمال غلول و فى آخر سحت. و عن عيون الأخبار عن مولانا أبى الحسن الرضا ع عن أمير المؤمنين ع: فى تفسير قوله تعالى أَكَاوُنَ لِلشُّحِّ قَالَ هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديته و للرواية توجيهات تكون الرواية على بعضها محمولة على ظاهرها من التحريم و على بعضها محمولة على المبالغة فى رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجة إليه لئلا يقع فى الرشوة يوما.

و هل تحرم الرشوة فى غير الحكم

إشارة

و هل تحرم الرشوة فى غير الحكم
بناء على صدقها كما يظهر مما تقدم عن المصباح و النهاية كأن يبذل له مالا على أن يصلح أمره عند الأمير

[التفصيل بين الحاجة المحرمة و غيرها]

[التفصيل بين الحاجة المحرمة و غيرها]

فإن كان أمره منحصرا فى المحرم أو مشتركا بينه و بين المحلل لكن بذل على إصلاحه حراما أو حلالا فالظاهر حرمة لا لأجل الرشوة لعدم الدليل عليها عدا بعض الإطلاقات المنصرف إلى الرشا فى الحكم بل لأنه أكل للمال بالباطل فتكون الحرمة هنا لأجل الفساد فلا يحرم القبض فى نفسه و إنما يحرم التصرف لأنه باق على ملك الغير. نعم يمكن أن يستدل على حرمة بفحوى إطلاق ما تقدم فى هدية الولاة و العمال و أما بذل المال على وجه الهدية الموجبة لقضاء الحاجة المباحة فلا حظر فيه كما يدل عليه ما ورد: فى أن الرجل يبذل الرشوة ليتحرك من منزله فيسكنه قال لا بأس به و المراد المنزل المشترك كالمدرسة و المسجد و السوق و نحوها

و مما يدل على التفصيل فى الرشوة بين الحاجة المحرمة و غيرها رواية الصيرفى

و مما يدل على التفصيل فى الرشوة بين الحاجة المحرمة و غيرها رواية الصيرفى
قال: سمعت أبا الحسن ع و سأله حفص الأعمور فقال إن عمال السلطان يشترطون من القرب و الإداوة فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا فترشوه حتى يظلمنا فقال لا بأس بما تصلح به مالك ثم سكت ساعة ثم قال إذا أنت رشوته يأخذ منك أقل من الشرط قلت نعم قال فسدت رشوتك. و مما يعد من الرشوة أو يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاباة كبيعته من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم

[حكم المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضى]

[حكم المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضى]

فإن لم يقصد من المعاملة إلا المحاباة التى فى ضمنها أو قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل

ما تواطنا عليه من الشروط غير المصرح بها في العقد فهي الرشوة و إن قصد أصل المعاملة و حابى فيها لجلب قلب القاضى فهو كالهديء ملحقه بالرشوة. و فى فساد المعاملة المحاباة فيها وجه قوى

[حكم المال المأخوذ حراما من حيث الضمان و عدمه]

إشارة

[حكم المال المأخوذ حراما من حيث الضمان و عدمه]

ثم إن كل ما حكم بحرمة أخذه و جب على الآخذ رده و رد بدله مع التلف إذا قصد مقابله بالحكم كالجعل و الأجرة- حيث حكم بتحريمها. و كذا الرشوة لأنها حقيقة جعل على الباطل و لذا فسرته فى القاموس بالجعل

[الظاهر عدم ضمان ما أخذ هدية]

[الظاهر عدم ضمان ما أخذ هدية]

و لو لم يقصد بها المقابلة بل أعطى مجانا ليكون داعيا على الحكم و هو المسمى بالهدية فالظاهر عدم ضمانه لأن مرجعه إلى هبة مجانية فاسدة إذ الداعى لا يعد عوضا و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و كونها من السحت إنما يدل على حرمة الأخذ لا على الضمان و عموم على اليد مختص بغير اليد المتفرعة على التسليط المجانى و لذا لا يضمن بالهبة الفاسدة فى غير هذا المقام.

[احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا و مناقشته]

[احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا و مناقشته]

و فى كلام بعض المعاصرين أن احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا غير بعيد معللا بتسليط المالك عليها مجانا و لأنها تشبه المعاوضة و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. و لا يخفى ما بين تعليقه من التنافى لأن تشبيهه الرشوة بالمعاوضة يستلزم الضمان لأن المعاوضة الصحيحة يوجب ضمان كل منهما ما وصل إليه بعوضه الذى دفعه فيكون مع الفساد مضمونا بعوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و ليس فى المعاوضات ما لا يضمن العوض بصحيحه حتى لا

المكاسب، ج ١، ص ٣٢

يضمن بفساده. نعم قد يتحقق عدم الضمان فى بعض المعاوضات بالنسبة إلى غير العوض كما أن العين المستأجرة غير مضمونة فى يد المستأجر بالإجارة فربما يدعى أنها غير مضمونة إذا قبض بالإجارة الفاسدة. لكن هذا كلام آخر [قد ثبت فسادها بما ذكرنا فى باب الغصب من أن المراد مما لا يضمن بصحيحه أن يكون عدم الضمان مستندا إلى نفس العقد الصحيح لمكان الباء و عدم ضمان عين المستأجرة ليس مستندا إلى الإجارة الصحيحة بل إلى قاعدة الأمانة المالكية و الشرعية لكون التصرف فى العين مقدمة لاستيفاء المنفعة مأذونا فيه شرعا فلا يترتب عليه الضمان بخلاف الإجارة الفاسدة فإن الإذن الشرعى فيها مفقود و الإذن المالكى غير مثمر لكونه تبعا و لكونه لمصلحة القابض فتأمل] و الكلام فى ضمان العوض بالمعاوضة الفاسدة و التحقيق أن كونها معاوضة أو شبيهة بها وجه لضمان العوض فيها لا لعدم الضمان

فروع فى اختلاف الدافع و القابض

[دعوى الدافع الهدية و القابض الهبة الصحيحة]

[دعوى الدافع الهدية و القابض الهبة الصحيحة]

لو ادعى الدافع أنها هدية ملحقه بالرشوة في الفساد و الحرمة و ادعى القابض أنها هبة صحيحة لداعى القرية أو غيرها احتمال تقديم الأول لأن الدافع أعرف بنيتها و لأصالة الضمان في اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف و الأقوى تقديم الثاني لأنه يدعى الصحة.

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الصحيحة]

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الصحيحة]

و لو ادعى الدافع أنها رشوة أو أجرة على المحرم و ادعى القابض كونها هبة صحيحة احتمال أنه كذلك لأن الأمر يدور بين الهبة الصحيحة و الإجارة الفاسدة. و يحتمل العدم إذ لا عقد مشترك هنا اختلفا في صحته و فساده فالدافع منكر لأصل العقد الذي يدعيه القابض لا لصحته فيحلف على عدم وقوعه و ليس هذا من مورد التداعي كما لا يخفى.

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الفاسدة]

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الفاسدة]

و لو ادعى أنها رشوة و القابض أنها هدية فاسدة لدفع الغرم عن نفسه بناء على ما سبق من أن الهدية المحرمة لا توجب الضمان ففي تقديم الأول لأصالة الضمان في اليد أو الآخر لأصالة عدم سبب الضمان و منع أصالة الضمان و جهان أقواهما الأول لأن عموم خبر على اليد يقضى بالضمان إلا مع تسليط المالك مجاناً و الأصل عدم تحققه و هذا حاكم على أصالة عدم سبب الضمان فافهم سبب المؤمن

التاسعة سب المؤمنين حرام في الجملة

إشارة

التاسعة سب المؤمنين حرام في الجملة بالأدلة الأربعة لأنه ظلم و إيذاء و إذلال

[الروايات الواردة في حرمة السب]

[الروايات الواردة في حرمة السب]

ففي رواية أبي بصير عن أبي جعفر قال قال رسول الله ص: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه و في رواية السكوني عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: سباب المؤمن كالمشرف على الهلكة و في رواية أبي بصير عن أبي جعفر قال:

جاء رجل من تميم إلى رسول الله ص فقال له أوصني فكان فيما أوصاه لا تسبوا فتكتسبوا العداوة و في رواية ابن الحجاج عن أبي الحسن ع: في رجلين يتسابان قال البادي منهما أظلم و وزره و وزر صاحب عليه ما لم يعتذر إلى المظلوم و في مرجع الضمائر اغتشاش و يمكن الخطأ من الراوى. و المراد و الله أعلم أن مثل وزر صاحبه عليه لإيقاعه إياه في السب من غير أن يخفف عن صاحبه شيء فإن اعتذر إلى المظلوم عن سبه و إيقاعه إياه في السب برأ من الوزرين. ثم إن المرجع في السب إلى العرف

[تفسير السب]

[تفسير السب]

و فسره في جامع المقاصد بإسناده ما يقتضى نقصه إليه مثل الوضيع و الناقص و فى كلام بعض آخر أن السب و الشتم بمعنى واحد و فى كلام ثالث أن السب أن تصف الشخص بما هو إزراء و نقص فيدخل فى النقص كل ما يوجب الأذى كالقذر و الحقير و الوضيع و الكلب و الكافر و المرتد و التعبير بشيء من بلاء الله تعالى كالأجذم و الأبرص.

ثم الظاهر أنه لا يعتبر فى صدق السب مواجهة المسبوب

ثم الظاهر أنه لا يعتبر فى صدق السب مواجهة المسبوب نعم يعتبر فيه قصد الإهانة و النقص فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم و خصوص من وجه و الظاهر تعدد العقاب فى مادة الاجتماع لأن مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه و لو لغير قصد الإهانة غيبة محرمة و الإهانة محرمة آخر.

ثم إنه يستثنى من المؤمن المظاهر بالفسق

ثم إنه يستثنى من المؤمن المظاهر بالفسق لما سيجىء فى الغيبة من أنه لا- حرمة له و هل يعتبر فى جواز سبه كونه من باب النهى عن المنكر فيشترط بشروطه أم لا- ظاهر النصوص و الفتاوى كما فى الروضة الثانى و الأحوط الأول

و يستثنى من ذلك المبتدع أيضا

و يستثنى من ذلك المبتدع أيضا لقوله ص: إذا رأيتم أهل البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و الوقعة فيهم

و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفا

و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفا بأن لا توجب قول هذا القائل فى حقه مذلة و لا نقضا كقول الوالد لولده أو السيد لعبده عنده مشاهدة ما يكرهه يا حمار و عند غيظه يا خبيث و نحو ذلك سواء لم يتأثر بذلك بأن لم يكرهه أصلا أم تأثر به بناء على أن العبرة بحصول الذل و النقص فيه عرفا. و يشكل الثانى بعموم أدلة حرمة الإيذاء نعم لو قال السيد ذلك فى مقام التأديب جاز لفحوى جواز الضرب. و أما الوالد فيمكن استفادة الجواز فى حقه مما ورد من مثل قولهم ع: أنت و مالك لأبيك فتأمل مضافا إلى استمرار السيرة بذلك إلا أن يقال إن استمرار السيرة إنما هو مع عدم تأثر السامع و تأذيه بذلك من هنا يوهن التمسك بالسيرة فى جواز سب المعلم للمتعلم فإن السيرة إنما نشأت فى الأزمنة السابقة من عدم تألم المتعلم بشتم المعلم لعد نفسه أدون من عبده بل ربما كان يفتخر بالسب لدلالته على كمال لطفه. و أما زماننا هذا الذى يتألم المتعلم فيه من المعلم مما لم يتألم به من شركائه فى البحث من القول و الفعل فحل إيذائه يحتاج إلى الدليل و الله الهادى إلى سواء السبيل

السحر

إشارة

العاشرة السحر [فهو] حرام فى الجملة
بلا خلاف بل هو ضرورى كما سيجىء

و الأخبار بالحرمة مستفيضة

و الأخبار بالحرمة مستفيضة

منها ما تقدم من أن الساحر كالكافر. و منها قوله ع: من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر و كان آخر عهده بربه وحده أن يقتل إلا- أن يتوب و فى رواية السكونى عن الصادق ع قال قال رسول الله ص: ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل قيل يا رسول الله لم لا يقتل ساحر الكفار قال لأن الشرك أعظم من السحر و لأن السحر و الشرك مقرونان و فى نبوى آخر: ثلاثة لا يدخلون الجنة مدمن خمر و مدمن سحر و قاطع رحم إلى غير ذلك من الأخبار
ثم إن الكلام هنا يقع فى مقامين

الأول فى المراد بالسحر

إشارة

الأول فى المراد بالسحر

و هو لغة على ما عن بعض أهل اللغة ما لطف مأخذه و دق و عن بعضهم أنه صرف الشىء عن وجهه و عن ثالث أنه الخديعة و عن رابع أنه إخراج الباطل فى صورة الحق و قد اختلفت عبارات الأصحاب فى بيانه

[كلمات الفقهاء]

إشارة

[كلمات الفقهاء]

قال العلامة رحمه الله فى القواعد و التحرير إنه كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه أو يعمل شيئاً تؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة و زاد فى المنتهى أو عقداً

[اعتبار الإضرار فى السحر عند بعض]

[اعتبار الإضرار فى السحر عند بعض]

و زاد فى المسالك أو أقساماً أو عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير و زاد فى الدروس الدخنة و التصوير و النفث و تصفية النفس و يمكن أن يدخل جميع ذلك فى قوله فى القواعد أو يعمل شيئاً. نعم ظاهر المسالك و محكى الدروس أن المعتبر فى السحر الإضرار. فإن أريد من التأثير فى عبارة القواعد و غيرها خصوص الإضرار بالمسحور فهو و إلا كان أعم. ثم إن الشهيدين رحمهما الله عدا من السحر- استخدام الملائكة و استئزال الشياطين فى كشف الغائبات و علاج المصاب و استحضارهم و تلبسهم ببدن صبى أو امرأة و كشف الغائبات على لسانه و الظاهر أن المسحور فيما ذكره هم الملائكة و الجن و الشياطين و الإضرار

المكاسب، ج ١، ص ٣٣

بهم يحصل بتسخيرهم و تعجزهم من المخالفة له و إجتاههم إلى الخدمة. و قال فى الإيضاح إنه استحداث الخوارق - إما بمجرد التأثيرات النفسانية و هو السحر أو بالاستعانة بالفلكيات فقط و هى دعوة الكواكب أو بتمزيج القوى السماوية بالقوى الأرضية و هى الطلسمات أو على سبيل الاستعانة بالأرواح الساذجة و هى العزائم و يدخل فيه النيرنجات و الكل حرام فى شريعة الإسلام و مستحله كافر انتهى. و تبعه على هذا التفسير فى محكى التنقيح و فسر النيرنجات فى الدروس بإظهار غرائب خواص الامتزازات و أسرار النيرين. و فى الإيضاح أما ما كان على سبيل الاستعانة - بخواص الأجسام السفلية فهو علم الخواص أو الاستعانة بالنسب الرياضية فهو علم الحيل و جر الأثقال و هذان ليسا من السحر انتهى. و ما جعله خارجاً قد أدخله غيره و فى بعض الروايات دلالة عليه و سيجىء المحكى و المروى و لا يخفى أن هذا التعريف أعم من الأول لعدم اعتبار مسحور فيه فضلاً عن الإضرار ببدنه أو عقله. و عن الفاضل المقداد فى التنقيح أنه عمل يستفاد منه ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة بأسباب خفية و هذا يشمل علمى الخواص و الحيل

[ما أفاده العلامة المجلسى فى البحار فى بيان أقسام السحر]

إشارة

[ما أفاده العلامة المجلسى فى البحار فى بيان أقسام السحر]

و قال فى البحار بعد ما نقل عن أهل اللغة إنه ما لطف و خفى سببه إنه فى عرف الشرع مختص بكل أمر مخفى سببها و يتخيل على غير حقيقته و يجرى مجرى التمويه و الخداع انتهى و هذا أعم من الكل لأنه ذكر بعد ذلك ما حاصله أن السحر على أقسام

الأول سحر الكلدانيين

الأول سحر الكلدانيين

الذين كانوا فى قديم الدهر و هم قوم كانوا يعبدون الكواكب و يزعمون أنها المدبرة لهذا العالم و منها تصدير الخيرات و الشرور و السعادات و النحوسات ثم ذكر أنهم على ثلاثة مذاهب فمنهم من يزعم أنها الواجبة لذاتها الخالقة للعالم و منهم من يزعم أنها قديمة لقدم العلة المؤثرة فيها و منهم من يزعم أنها حادثه مخلوقة فعالة مختارة فوض خالقها أمر العالم إليها و الساحر عند هذه الفرق من يعرف القوى الغالبة الفعالة بسائطها و مركباتها و يعرف ما يليق بالعالم السفلى معداتها ليعدها و عوائقها ليرفعها بحسب الطاقة البشرية فيكون من استحداث ما يخرق العادة.

الثانى سحر أصحاب الأوهام

الثانى سحر أصحاب الأوهام

و النفوس القوية.

الثالث الاستعانة بالأرواح الأرضية

الثالث الاستعانة بالأرواح الأرضية

و قد أنكرها بعض الفلاسفة و قال بها الأكابر منهم و هى فى أنفسها مختلفة فمنهم خيرة و هم مؤمنو الجن و شريرة و هم كفار الجن و شياطينهم.

الرابع التخيلات الآخذة بالعيون مثل راكب السفينة

الرابع التخيلات الآخذة بالعيون مثل راكب السفينة يتخيل نفسه ساكنا و الشط متحركا.

الخامس الأعمال العجيبة

الخامس الأعمال العجيبة

التي تظهر من تركيب الآلات المركبة على نسب الهندسة كرقاص يرقص و فارسان يقتتلان.

السادس الاستعانة بخواص الأدوية

السادس الاستعانة بخواص الأدوية

مثل أن يجعل في الطعام بعض الأدوية المبلدة أو المزيلة للعقل أو الدخن المسكر أو عصارة البنج المجعول في الملابس و هذا مما لا سبيل إلى إنكاره و أثر المغناطيس شاهد.

السابع تعليق القلب

السابع تعليق القلب

و هو أن يدعى الساحر أنه يعرف الكيمياء و علم السيمياء و الاسم الأعظم حتى يميل إليه العوام و ليس له أصل.

الثامن النميمة

الثامن النميمة

انتهى الملخص منه

[الإشارة إلى بعض أقسام السحر في الرواية]

[الإشارة إلى بعض أقسام السحر في الرواية]

و ما ذكره من وجوه السحر بعضها قد تقدم عن الإيضاح و بعضها قد ذكر فيما ذكره في الاحتجاج من حديث الزنديق الذي سأل أبا عبد الله ع عن مسائل كثيرة منها ما ذكره بقوله: أخبرني عن السحر ما أصله و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه و ما يفعل قال أبو عبد الله ع إن السحر على وجوه شتى منها بمنزلة الطب كما أن الأطباء وضعوا لكل داء دواء فكذلك علماء السحر احتالوا لكل صحة آفة و لكل عافية عاهة و لكل معنى حلية و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه و نوع آخر منه ما يأخذه أولياء الشياطين منهم قال فمن أين علم الشياطين السحر قال من حيث علم الأطباء الطب بعضه بتجربة و بعضه بعلاج قال فما تقول في الملكين هاروت و ماروت و ما يقول الناس إنهما يعلمان الناس السحر قال إنما هما موضع ابتلاء و موقف فتنة و تسيحهما اليوم لو فعل الإنسان كذا و كذا لكان كذا و لو تعالج بكذا و كذا لصار كذا فيتعلمون منهما ما يخرج عنهما فيقولان لهم إنما نحن فتنة فلا تأخذوا عنا ما يضركم و لا ينفعكم قال أفيقدر الساحر على أن يجعل الإنسان بسحره في صورة كلب أو حمار أو غير ذلك قال هو

أعجز من ذلك و أضعف من أن يغير خلق الله إن من أبطل ما ركبته الله تعالى و صورته و غيره فهو شريك الله في خلقه تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفة و الأمراض و لنفى البياض عن رأسه و الفقر عن ساحته و إن من أكبر السحر النيمة يفرق بها بين المتحايين و يجلب العداوة بين المتصافين و يسفك بها الدماء و يهدم بها الدور و يكشف بها الستور و النمام شر من وطئ على الأرض بقدمه فأقرب أقاويل السحر من الصواب أنه بمنزلة الطب إن الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعة النساء فجاءه الطبيب فعالجه بغير ذلك فأبرأه إلى آخر الحديث. ثم لا يخفى أن الجمع بين ما ذكر في معنى السحر في غاية الإشكال لكن المهم بيان حكمه لا موضوعه.

المقام الثاني في حكم الأقسام المذكورة

إشارة

المقام الثاني في حكم الأقسام المذكورة فنقول أما الأقسام الأربعة المتقدمة من الإيضاح فيكفى في حرمتها مضافا إلى شهادة المحدث المجلسي رحمه الله في البحار بدخولها في المعنى المعروف للسحر عند أهل الشرع فتشملها الإطلاقات

[دعوى ضرورة الدين على حرمة أربعة أقسام منه]

[دعوى ضرورة الدين على حرمة أربعة أقسام منه]

دعوى فخر المحققين في الإيضاح كون حرمتها من ضروريات الدين و أن مستحلها كافر و دعوى الشهيدان في الدروس و المسالك أن مستحله يقتل فإننا و إن لم نطمئن بدعوى الإجماعات المنقولة إلا أن دعوى ضرورة الدين مما يوجب الاطمئنان بالحكم و اتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار.

[ما ذكره شارح النخبة حول الطلسمات]

[ما ذكره شارح النخبة حول الطلسمات]

نعم ذكر شارح النخبة أن ما كان من الطلسمات مشتتلا على إضرار أو تمويه على المسلمين أو استهانة بشيء من حرمة الله كالقرآن و أبعاضه و أسماء الله الحسنی و نحو ذلك فهو حرام بلا ريب سواء عد من السحر أم لا و ما كان للأغراض كحضور الغائب و بقاء العمارة و فتح الحصون للمسلمين و نحوه فمقتضى الأصل جوازه و يحكى عن بعض الأصحاب و ربما يستندون في بعضها إلى أمير المؤمنين ع و السند غير واضح و ألحق في الدروس تحريم عمل الطلسمات بالسحر و وجهه غير واضح انتهى. و لا وجه أوضح من دعوى الضرورة من فخر المحققين و الشهيدان قدس سرهما

[حرمة السحر المضر بالنفس المحترمة]

[حرمة السحر المضر بالنفس المحترمة]

و أما غير تلك الأربعة فإن كان مما يضر بالنفس المحترمة فلا إشكال أيضا في حرمة و يكفى في الضرر صرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى إرادته فمثل

المكاسب، ج ١، ص ٣٤

إحداث حب مفرط في الشخص يعد سحرا. روى الصدوق في الفقيه في باب عقاب المرأة على أن تسحر زوجها بسنده عن السكوني

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه ع قال: قال رسول الله ص لامرأة سألته أن لي زوجا و به غلظة على و إني صنعت شيئا لأعطفه على أف لك كدرت البحار و كدرت الطين و لعنتك الملائكة الأخيار و ملائكة السماوات و الأرض قال فصامت المرأة نهارها و قامت ليلها و حلقت رأسها و لبست المسوح فبلغ ذلك النبي ص فقال إن ذلك لا يقبل منها بناء على أن الظاهر من قولها صنعت شيئا المعالجة بشيء غير الأدعية و الصلوات و نحوها و لذا فهم الصدوق منها السحر و لم يذكر في عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية.

[الظاهر جواز ما لا يضر مع الشك في صدق اسم السحر عليه]

[الظاهر جواز ما لا يضر مع الشك في صدق اسم السحر عليه]

و أما ما لا يضر فإن قصد به دفع ضرر السحر أو غيره من المضار الدنيوية أو الأخروية فالظاهر جوازه مع الشك في صدق اسم السحر عليه للأصل بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحرا و إلا فلا دليل على تحريمه إلا أن يدخل في اللهو أو الشعوذة.

نعم لو صح سند رواية الاحتجاج صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنته

نعم لو صح سند رواية الاحتجاج صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنته و كذا لو عمل بشهادة من تقدم كالفاضل المقداد و المحدث المجلسي رحمهما الله بكون جميع ما تقدم من الأقسام داخلا في السحر اتجه الحكم بدخولها تحت إطلاقات المنع عن السحر لكن الظاهر استناد شهادتهم إلى الاجتهاد مع معارضته بما تقدم من الفخر من إخراج علمي الخواص و الحيل من السحر. و ما تقدم من تخصيص صاحب المسالك و غيره السحر بما يحدث ضررا بل عرفت تخصيص العلامة له بما يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله فهذه شهادة من هؤلاء على عدم عموم لفظ السحر لجميع ما تقدم من الأقسام. و تقديم شهادة الإثبات لا يجرى في هذا الموضوع لأن الظاهر استناد المثبتين إلى الاستعمال و النافين إلى الاطلاع على كون الاستعمال مجازا للمناسبة

و الأحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الأقسام

و الأحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الأقسام في البحار بل لعله لا يخلو عن قوة لقوة الظن من خبر الاحتجاج و غيره

بقي الكلام في جواز دفع ضرر السحر بالسحر

إشارة

بقي الكلام في جواز دفع ضرر السحر بالسحر و يمكن أن يستدل له مضافا إلى الأصل بعد دعوى انصراف الأدلة إلى غير ما قصد به غرض راجح شرعا بالأخبار

[الأخبار الواردة في جواز دفع ضرر السحر بالسحر]

إشارة

[الأخبار الواردة في جواز دفع ضرر السحر بالسحر]

منها ما تقدم في خير الاحتجاج و منها ما في الكافي عن القمي عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين قال: دخل عيسى بن سقفي على أبي عبد الله ع قال جعلت فداك إنا رجل كانت صناعتى السحر و كنت آخذ عليه الأجر و كان معاشى و قد حججت منه و قد من الله على بلقائك و قد تبت إلى الله عز و جل من ذلك فهل لى فى شىء من ذلك مخرج فقال له أبو عبد الله ع حل و لا تعقد. و كان الصدوق رحمه الله فى العلل أشار إلى هذه الرواية حيث قال روى أن توبه الساحر أن يحل و لا يعقد و ظاهر المقابلة بين الحل و العقد فى الجواز و العدم كون كل منهما بالسحر فحمل الحل على ما كان بغير السحر من الدعاء و الآيات و نحوهما كما عن بعض لا يخلو عن بعد.

[ما ورد فى قصة هاروت و ماروت]

[ما ورد فى قصة هاروت و ماروت]

و منها ما عن العسكرى عن آبائه ع: فى قوله تعالى و مَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَ مَارُوتَ قال كان بعد نوح قد كثرت السحرة و الموهون فبعث الله ملكين إلى نبي ذلك الزمان يذكر ما يسحر به السحرة و يذكر ما يبطل به سحرهم و يرد به كيدهم فتلقاه النبي عن الملكين و أداه إلى عباد الله بأمر الله و أمرهم أن يقضوا به على السحر و أن يبطلوه و نهاهم أن يسحروا به الناس و هذا كما يقال إن السم ما هو و إن ما يدفع به غائلة السم ما هو ثم يقال للمتعلّم هذا السم فمن رأته سم فادفع غائلته بهذا و لا تقتل بالسم إلى أن قال و ما يعلمان من أحد ذلك السحر و إبطاله حتى يقول للمتعلّم إنما نحن فتنه و امتحان للعباد ليطيعوا الله فيما يتعلمون من هذا و يبطل به كيد السحرة و لا تسحروهم فلا تكفر باستعمال هذا السحر و طلب الإضرار و دعاء الناس إلى أن يعتقدوا أنك تحيى و تميت و تفعل ما لا يقدر عليه إلا الله عز و جل فإن ذلك كفر إلى أن قال و يَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَ لَا يَنْفَعُهُمْ لأنهم إذا تعلموا ذلك السحر ليسحروا به و يضرّوا به فقد تعلموا ما يضرّ بدنيهم و لا ينفعهم إلى آخر الحديث و فى رواية محمد بن الجهم عن مولانا الرضاع فى حديث قال: أما هاروت و ماروت فكانا ملكين علما الناس السحر ليحترزوا به عن سحر السحرة فيبطلوا به كيدهم و ما علما أحدا من ذلك شيئا حتى قالوا- إنما نحن فتنه فلا- تكفر فكفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز عنه و جعلوا يفرقون بما تعلموه بين المرء و زوجه قال الله تعالى وَ مَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ يعنى بعلمه.

هذا كله مضافا إلى أن ظاهر أخبار الساحر إرادة من يخشى ضرره كما اعترف به بعض الأساطين و استقرب لذلك جواز الحل به بعد أن نسبه إلى كثير من أصحابنا.

[منع جمع من الأعلام من حل السحر بالسحر]

[منع جمع من الأعلام من حل السحر بالسحر]

لكنه مع ذلك كله فقد منع العلامة فى غير واحد من كتبه و الشهيد رحمه الله فى الدروس و الفاضل الميسى و الشهيد الثانى من حل السحر به و لعلمهم حملوا ما دل على الجواز مع اعتبار سنده على حالة الضرورة و انحصار سبب الحل فيه لا مجرد دفع الضرر مع إمكانه بغيره من الأدعية و التعويذات و لذا ذهب جماعة منهم الشهيدان و الميسى و غيرهم إلى جواز تعلمه ليتوقى به من السحر و يدفع به دعوى المتنبى. و ربما حملت أخبار الجواز الحاكية لقصة هاروت و ماروت على جواز ذلك فى الشريعة السابقة و فيه نظر.

ثم الظاهر أن التسخيرات بأقسامها داخله فى السحر

ثم الظاهر أن التسخيرات بأقسامها داخله فى السحر

على جميع تعاريفه و قد عرفت أن الشهيدين مع أخذ الإضرار فى تعريف السحر ذكرا أن استخدام الملائكة و الجن من السحر و لعل

وجه دخوله تضرر المسخر بتسخيره. و أما سائر التعاريف فالظاهر شمولها لها و ظاهر عبارة الإيضاح أيضا دخول هذه في معقد دعواه الضرورة على التحريم لأن الظاهر دخولها في الأقسام و العزائم و النفث و يدخل في ذلك تسخير الحيوانات- من الهوام و السباع و الوحوش و غير ذلك خصوصا الإنسان.

و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسما أو حكما

و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسما أو حكما
و قد صرح بحرمة الشهيد في الدروس و المراد به على ما قيل إحداث خيالات لا وجود لها في الحس يوجب تأثيرا في شيء آخر الشعوذة

العادية عشرة الشعوذة و هي حرام بلا خلاف

[تعريف الشعوذة]

و هي الحركة السريعة بحيث يوجب على الحس الانتقال من الشيء إلى شبيهه كما ترى النار المتحركة على الاستدارة دائرة متصلة لعدم إدراك السكونات المتخللة بين الحركات.

[أدلة الحرمة]

و يدل على الحرمة بعد الإجماع مضافا إلى أنه من الباطل و اللهو دخوله في السحر في الرواية المتقدمة عن الاحتجاج المنجبر و عنها بالإجماع المحكى. و في بعض التعاريف المتقدمة للسحر ما يشملها الغش

الثانية عشرة الغش حرام بلا خلاف

[الروايات الدالة على الحرمة]

و الأخبار به متواترة نذكر بعضها متيمنا فعن النبي ص بأسانيد متعددة: ليس من المسلمين من غشهم
المكاسب، ج ١، ص ٣٥

و في رواية العيون بأسانيد قال رسول الله ص: ليس منا من غش مسلما أو ضره أو ماكره و في عقاب الأعمال عن النبي ص: من غش مسلما في بيع أو شراء فليس منا و يحشر مع اليهود يوم القيامة لأنه من غش الناس فليس بمسلم إلى أن قال و من غشنا فليس منا قالها ثلاثا و من غش أخاه المسلم نزع الله بركته رزقه و أفسد عليه معيشته و وكله إلى نفسه و في رسالة هشام عن أبي عبد الله ع: أنه قال لرجل يبيع الدقيق إياك و الغش فإن من غش غش في ماله فإن لم يكن له مال غش في أهله و في رواية سعد الإسكاف عن أبي جعفر ع قال: مر النبي ص في سوق المدينة بطعام فقال لصاحبه ما أرى طعامك إلا طيبا فأوحى الله إليه أن يدس يده في الطعام ففعل فأخرج طعاما رديا فقال لصاحبه ما أراك إلا و قد جمعت خيانه و غشا للمسلمين و رواية موسى بن بكر عن أبي الحسن ع: أنه أخذ دينارا من الدنانير المصبوبة بين يديه فقطعها نصفين ثم قال ألقه في البالوعة حتى لا يباع بشيء فيه غش و قوله فيه غش جملة ابتدائية

و الضمير في لا يباع راجع إلى الدينار. و في رواية هشام بن الحكم قال: كنت أبيع السابري في الظلال فمر بي أبو الحسن فقال لي يا هشام إن البيع في الظلال غش و الغش لا يحل و في رواية الحلبي قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري طعاما فيكون أحسن له و اتفق له أن يبيله من غير أن يلتمس زيادته فقال إن كان يبيعا لا يصلحه إلا ذلك و لا ينفقه غيره من غير أن يلتمس فيه زيادة فلا بأس و إن كان إنما يغش به المسلمين فلا يصلح و روايته الأخرى قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون عنده لوانان من الطعام سعرهما شتى و أحدهما أجود من الآخر و يخلطهما جميعا ثم يبيعهما بسعر واحد فقال لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه و رواية داود بن سرحان قال: كان معي جرابان من مسك أحدهما رطب و الآخر يابس فبدأت بالرطب فبعته ثم أخذت اليابس أبيعه فإذا أنا لا أعطى باليابس الثمن الذي يسوى و لا يزيدوني على ثمن الرطب فسألت أبا عبد الله ع عن ذلك أ يصلح لي أن أنديه قال لا إلا أن تعلمهم قال فنديته ثم أعلمتهم قال لا بأس.

ثم إن ظاهر الأخبار هو كون الغش بما يخفى

كمزج اللبن بالماء و خلط الجيد بالردىء في مثل الدهن و منه وضع الحرير في مكان بارد ليكتسب ثقلا و نحو ذلك

و أما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم

لعدم انصراف الغش إليه.

و يدل عليه مضافا إلى بعض الأخبار المتقدمة صحيحة ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض و بعضه أجود من بعض قال إذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يغط الجيد بالردىء. و مقتضى هذه الرواية بل رواية الحلبي الثانية و رواية سعد الإسكاف أنه لا- يشترط في حرمة الغش كونه مما لا- يعرف إلا- من قبل البائع فيجب الإعلام بالعيب غير الخفى إلا أن تنزيل الحرمة في موارد الروايات الثلاث على ما إذا تعمد الغش برجاء التلبس على المشتري و عدم التفطن له و إن كان من شأن ذلك العيب أن يتفطن له فلا تدل الروايات على وجوب الإعلام إذا كان العيب من شأنه التفطن له فقصر المشتري و سامح في الملاحظة

[وجوب الإعلام بالعيب الخفى لو حصل الغش]

ثم إن غش المسلم إنما هو بيع المغشوش عليه مع جهله فلا- فرق بين كون الاغتشاش بفعله أو بغيره فلو حصل اتفاقا أو لغرض و جب الإعلام بالعيب الخفى و يمكن أن يمنع صدق الأخبار المذكورة إلا على ما إذا قصد التلبس و أما ما هو ملتبس في نفسه فلا يجب عليه الإعلام. نعم يحرم عليه إظهار ما يدل على سلامته من ذلك فالعبرة في الحرمة بقصد تلبس الأمر على المشتري سواء أ كان العيب خفيا أم جليا كما تقدم لا بكتمان العيب مطلقا أو خصوصا الخفى و إن لم يقصد التلبس و من هنا منع في التذكرة من كون بيع المعيب مطلقا مع عدم الإعلام بالعيب غشا. و في التفصيل المذكور في رواية الحلبي إشارة إلى هذا المعنى حيث إنه ع جوز بل الطعام بدون قيد الإعلام إذا لم يقصد به الزيادة و إن حصلت به و حرمة مع قصد الغش. نعم يمكن أن يقال في صورة تعيب المبيع بخروجه عن مقتضى خلقته الأصلية بعيب خفى أو جلى أن التزام البائع بسلامته عن العيب مع علمه به غش للمشتري كما لو صرح باشتراط السلامة فإن العرف يحكمون على البائع بهذا الشرط مع علمه بالعيب أنه غاش

[أقسام الغش]

ثم إن الغش يكون بإخفاء الأدنى في الأعلى كمزج الجيد بالردىء أو غير المراد في المراد كإدخال الماء في اللبن أو بإظهار الصفة الجيدة المفقودة واقعا و هو التلبس أو بإظهار الشيء على خلاف جنسه كبيع المموه على أنه ذهب أو فضة

[ما أفاده المحقق الثاني في صحة المعاملة وفسادها]

ثم إن في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى - بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين في صحة المعاملة وفسادها من حيث إن المحرم هو الغش و المبيع عين مملوكة ينتفع بها و من أن المقصود بالبيع هو اللبن و الجارى عليه العقد هو المشوب. ثم قال و في الذكري في باب الجماعة ما حاصله إنه لو نوى الاقتداء بإمام معين على أنه زيد فبان عمرا إن في الحكم نظرا و مثله ما لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار و جعل منشأ التردد تغليب الإشارة أو الوصف انتهى.

[نقد ما ذكره المحقق الثاني]

و ما ذكره من وجهي الصحة و الفساد جار في مطلق العيب لأن المقصود هو الصحيح و الجارى عليه العقد هو المعيب و جعله من باب تعارض الإشارة و الوصف مبنى على إرادة الصحيح من عنوان المبيع فيكون قوله بعتك هذا العبد بعد تبين كونه أعمى بمنزلة قوله بعتك هذا البصير. و أنت خبير بأنه ليس الأمر كذلك كما سيجيء في باب العيب بل وصف الصحة ملحوظ على وجه الشرطية و عدم كونه مقوما للمبيع كما يشهد به العرف و الشرع. ثم لو فرض كون المراد من عنوان المشار إليه هو الصحيح لم يكن إشكال في تقديم العنوان على الإشارة بعد ما فرض رحمه الله أن المقصود بالبيع هو اللبن و الجارى عليه العقد هو المشوب لأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و لذا اتفقوا على بطلان الصرف فيما إذا تبين أحد العوضين معينا من غير الجنس. و أما التردد في مسألة تعارض الإشارة و العنوان فهو من جهة اشتباه ما هو المقصود بالذات بحسب الدلالة اللفظية فإنها مرددة بين كون متعلق القصد أولا و بالذات هو العين الحاضرة و يكون اتصافه بالعنوان مبنيا على الاعتقاد و كون متعلقه هو العنوان و الإشارة إليه باعتبار حضوره. أما على تقدير العلم بما هو المقصود بالذات و مغايرته للموجود الخارجى كما فيما نحن فيه فلا يتردد أحد في البطلان.

[توجيه ما عن الذكري في مسألة الاقتداء]

و أما وجه تشبيه مسألة الاقتداء في الذكري بما يتعارض فيه الإشارة و الوصف في الكلام مع عدم الإجمال في النية فباعتبار عروض الاشتباه

المكاسب، ج ١، ص ٣٦

للناوى بعد ذلك فيما نواه إذ كثيرا ما يشتبه على الناوى أنه خطر في ذهنه العنوان و نوى الاقتداء به معتقدا لحضوره المعتبر في إمام الجماعة فيكون الإمام هو المعنون بذلك العنوان و إنما أشار إليه معتقدا لحضوره أو أنه نوى الاقتداء بالحاضر و عنونه بذلك العنوان لإحراز معرفته بالعدالة أو تعنون به بمقتضى الاعتقاد من دون اختيار هذا.

[الاستدلال على فساد بيع المغشوش بورود النهي عنه]

ثم إنه قد يستدل على الفساد - كما نسب إلى المحقق الأردبيلي رحمه الله بورود النهي عن هذا البيع فيكون المغشوش منها عن بيعه كما أشير إليه في رواية قطع الدينار و الأمر بإلقائه في البالوعة معللا بقوله حتى لا يباع بشيء و لأن نفس البيع غش منهى عنه

[المناقشة في هذا الاستدلال]

و فيه نظر فإن النهي عن البيع لكونه مصداقا لمحرم هو الغش لا يوجب فساد كما تقدم في بيع العنب على من يعمله خمرا. و أما النهي عن بيع المغشوش لنفسه فلم يوجد في خبر و أما خبر الدينار فلو عمل به لخرجت المسألة عن مسألة الغش لأنه إذا وجب إتلاف

الدينار و إلقاءه في البالوعة كان داخلا فيما يكون المقصود منه حراما نظير آلات اللهو و القمار و قد ذكرنا ذلك فيما يحرم الاكتساب به لكون المقصود منه محرما فيحمل الدينار على المضروب من غير جنس التقدين أو من غير الخالص منهما لأجل التلبيس على الناس و معلوم أن مثله بهيته لا يقصد منه إلا التلبيس فهي آلة الفساد لكل من دفعت إليه و أين هو من اللبن الممزوج بالماء و شبهه.

فالأقوى حينئذ في المسألة صحة البيع في غير القسم الرابع

ثم العمل على ما تقتضيه القاعدة عند تبين الغش فإن كان قد غش في إظهار وصف مفقود كان فيه خيار التديس و إن كان من قبيل شوب اللبن بالماء فالظاهر هنا خيار العيب لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن فهو لبن معيوب و إن كان من قبيل التراب الكثير في الحنطة كان له حكم تبعض الصفقة و ينقص من الثمن بمقدار التراب الزائد لأنه غير متمول و لو كان شيئا متمولا بطل البيع في مقابله الغناء

الثالثة عشرة الغناء لا خلاف في حرمة في الجملة

[الأخبار المستفيضة الدالة على الحرمة]

و الأخبار بها مستفيضة و ادعى في الإيضاح تواترها منها ما ورد مستفيضا في تفسير قول الزور في قوله تعالى وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ ففي صحيحة زيد الشحام و مرسله ابن أبي عمير و موثقه أبي بصير المرويات عن الكافي و رواية عبد الأعلى المحكية عن معاني الأخبار و حسنة هشام المحكية عن تفسير القمي رحمه الله تفسير قول الزور بالغناء. و منها ما ورد مستفيضا في تفسير لهو الحديث كما في صحيحة ابن مسلم و رواية مهرا بن محمد و رواية الوشاء و رواية حسن بن هارون و رواية عبد الأعلى السابقة. و منها ما ورد في تفسير الزور في قوله تعالى وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ كما في صحيحة ابن مسلم عن أبي عبد الله ع تارة بلا واسطة و أخرى بواسطة أبي الصباح الكناني.

[المناقشة في دلالة الروايات على حرمة الكيفية]

و قد يחדش في الاستدلال بهذه الروايات بظهور الطائفة الأولى بل الثانية في أن الغناء من مقولة الكلام لتفسير قول الزور به. و يؤيده ما في بعض الأخبار من أن قول الزور أن تقول للذي يغنى أحسنت و يشهد له قول علي بن الحسين ع في مرسله الفقيه الآتية: في الجارية التي لها صوت لا بأس لو اشتريتها فذكرتك الجنه يعني بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التي ليست بغناء و لو جعل التفسير من الصدوق دل على الاستعمال أيضا. و كذا لهو الحديث بناء على أنه من إضافة الصفة إلى الموصوف فيختص الغناء المحرم بما كان مشتملا على الكلام الباطل فلا تدل على حرمة نفس الكيفية و هو لم يكن في كلام باطل و منه تظهر الخدشة في الطائفة الثالثة حيث إن مشاهد الزور التي مدح الله تعالى من لا يشهدا هي مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام

[إشعار بعض النصوص بكون اللهو على إطلاقه مبغوضا لله تعالى]

فالإنصاف أنها لا تدل على حرمة نفس الكيفية إلا من حيث إشعار لهو الحديث بكون لهو الحديث على إطلاقه مبغوضا لله تعالى. و كذا الزور بمعنى الباطل و إن تحققا في كيفية الكلام لا في نفسه كما إذا تغنى في كلام حق من قرآن أو دعاء أو مرثية. و بالجملة فكل صوت يعد في نفسه مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به لهوا و باطلا فهو حرام

[الروايات الدالة على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا]

و مما يدل على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا رواية عبد الأعلى و فيها ابن فضال قال: سألت أبا عبد الله ع عن الغناء و قلت إنهم يزعمون أن رسول الله ص رخص في أن يقال جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحيككم فقال كذبوا إن الله تعالى يقول ما خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لِأَعْيُنٍ لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهَوًا لَاتَّخَذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا إِنَّ كُنَّا فَاعِلِينَ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَ لَكُمْ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ ثم قال قال و يل لفلان مما يصف رجل لم يحضر المجلس إلى آخر الخبر. فإن الكلام المذكور المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل و اللهو اللذين يكذب الإمام ع رخصة النبي ص فيه فليس الإنكار الشديد و جعل ما زعموا الرخصة فيه من اللهو بالباطل إلا من جهة التغنى به. و رواية يونس قال: سألت الخراساني ص عن الغناء و قلت إن العباسي زعم أنك ترخص في الغناء فقال كذب الزنديق ما هكذا قلت له سألتني عن الغناء فقلت له إن رجلا أتى أبا جعفر ع فسأله عن الغناء فقال له يا فلان إذا ميز الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء قال مع الباطل فقال ع حسبك فقد حكمت و رواية محمد بن أبي عباد و كان مستهترا بالسمع و بشرب النبيذ قال: سألت الرضا ع عن السماع قال لأهل الحجاز فيه رأى و هو في حيز الباطل و اللهو أ ما سمعت الله عز و جل يقول وَ إِذَا مَرُّوا بِاللُّغُومِ مَرُّوا كِرَامًا. و الغناء من السماع كما نص عليه في الصحاح و قال أيضا جارية مسمعة أي مغنية. و في رواية الأعمش الواردة في تعداد الكبائر قوله: و الملاهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار و قوله ع: و قد سئل عن الجارية المغنية قد يكون للرجل جارية تلهيه و ما ثمنها إلا كئمن الكلب. و ظاهر هذه الأخبار بأسرها حرمة الغناء من حيث اللهو و الباطل فالغناء و هي من مقولة الكيفية للأصوات كما سيجيء إن كان مساويا للصوت للهوى و الباطل كما هو الأقوى و سيجيء فهو و إن كان أعم و جب تقييد بما كان من هذا العنوان كما أنه لو كان أخص و جب التعدي منه إلى مطلق الصوت الخارج على وجه اللهو.

[المحرم ما كان من لحن أهل الفسوق و المعاصي]

و بالجملة فالمحرم هو ما كان من لحن أهل الفسوق و المعاصي التي ورد النهي عن قراءة القرآن بها سواء أ كان مساويا للغناء أم أعم أو أخص مع أن الظاهر أنه ليس الغناء إلا هو

[كلمات اللغويين في معنى الغناء]

و إن اختلفت فيه عبارات الفقهاء و اللغويين فعن المصباح أن الغناء الصوت و عن آخر أنه مد الصوت و عن النهاية عن الشافعي أنه تحسين الصوت و تربيته و عنها أيضا أن كل من رفع صوتا و والاه فصوته عند العرب غناء. و كل هذه المفاهيم مما يعلم عدم حرمتها و عدم صدق الغناء عليها فكلها إشارة إلى المفهوم المعين عرفا

[تعريف المشهور للغناء]

و الأحسن

المكاسب، ج ١، ص ٣٧

من الكل ما تقدم من الصحاح و يقرب منه المحكي عن المشهور بين الفقهاء من أنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب

[معنى الطرب]

و الطرب على ما في الصحاح خفة تعترى الإنسان لشدة حزن أو سرور و عن الأساس للزمخشري خفة لسرور أو هم. و هذا القيد هو المدخل للصوت في أفراد اللهو و هو الذي أراده الشاعر بقوله أ طربا و أنت قنسى أي شيخ كبير و إلا فمجرد السرور أو الحزن لا يبعد عن الشيخ الكبير.

[مجرد مد الصوت لا مع الترجيع المطرب لا يعد لهوا]

و بالجملة فمجرد مد الصوت لا مع الترجيع المطرب أو و لو مع الترجيع لا يوجب كونه لهوا و من اكتفى بذكر الترجيع كالقواعد أراد به المقتضى للإطراب.

قال في جامع المقاصد في الشرح ليس مجرد مد الصوت محرما و إن مالت إليه النفوس ما لم ينته إلى حد يكون مطربا بالترجيع المقتضى للإطراب انتهى.

[هل المراد بالمطرب كونه مطربا فعلا]

ثم إن المراد بالمطرب ما كان مطربا في الجملة بالنسبة إلى المغنى أو المستمع أو ما كان من شأنه الإطراب و مقتضيا له لو لم يمنع عنه مانع من جهة قبح الصوت أو غيره. و أما لو اعتبر الإطراب فعلا خصوصا بالنسبة إلى كل أحد و خصوصا بمعنى الخفة لشدة السرور أو الحزن فيشكل لخلو أكثر ما هو غناء عرفا عنه و كان هذا هو الذى دعا الشهيد الثانى إلى أن زاد فى الروضة و المسالك بعد تعريف المشهور قوله أو ما يسمى فى العرف غناء و تبعه فى مجمع الفائدة و غيره.

[ما زعمه صاحب مفتاح الكرامة من أن الإطراب غير الطرب]

و لعل هذا أيضا دعا صاحب مفتاح الكرامة إلى زعم أن الإطراب فى تعريف الغناء غير الطرب المفسر فى الصحاح بخفة لشدة سرور أو حزن و إن توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا. و استشهد على ذلك بما فى الصحاح من أن التطريب فى الصوت مدة و تحسينه. و ما عن المصباح من أن طرب فى صوته مدة و رجعة. و فى القاموس الغناء ككساء من الصوت ما طرب به و أن التطريب الإطراب كالتطرب و التغنى. قال رحمه الله فتحصل من ذلك أن المراد بالتطريب و الإطراب غير الطرب بمعنى الخفة لشدة حزن أو سرور كما توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا فكأنه قال فى القاموس الغناء من الصوت ما مد و حسن و رجع فانطبق على المشهور إذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس فكان لازما للإطراب و التطريب انتهى كلامه.

[نقد ما أفاده فى مفتاح الكرامة]

و فيه أن الطرب إذا كان معناه على ما تقدم من الجوهري و الزمخشري هو ما يحصل للإنسان من الخفة لا جرم يكون المراد بالإطراب و التطريب إيجاد هذه الحالة و إلا لزم الاشتراك اللفظى به مع أنهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشترك منه لفظ التطريب و الإطراب. مضافا إلى أن ما ذكر فى معنى التطريب من الصحاح و المصباح إنما هو للفعل القائم بذى الصوت لا الإطراب القائم بالصوت و هو المأخوذ فى تعريف الغناء عند المشهور دون فعل الشخص فيمكن أن يكون معنى تطريب الشخص فى صوته إيجاد سبب الطرب بمعنى الخفة بمد الصوت و تحسينه و ترجيعه كما أن تفريح الشخص إيجاد سبب الفرح بفعل ما يوجهه فلا ينافى ذلك ما ذكر ما معنى الطرب. و كذا ما فى القاموس من قوله ما طرب به يعنى ما أوجد به الطرب

مع أنه لا مجال لتوهم كون التطريب بمادته بمعنى التحسين و الترجيع

إذ لم يتوهم أحد كون الطرب بمعنى الحسن و الرجوع أو كون التطريب هو نفس المد فليست هذه الأمور إلا- أسبابا للطرب يراد إيجادها من فعل هذه الأسباب. هذا كله مضافا إلى عدم إمكان إرادة ما ذكر من المد و التحسين و الترجيع من المطرب فى قول الأكثر إن الغناء مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب كما لا يخفى مع أن مجرد المد و الترجيع و التحسين لا يوجب الحرمة قطعا لما مر و سيجىء فبين من جميع ما ذكرنا أن المتعين حمل المطرب فى تعريف الأ-كثر للغناء على الطرب بمعنى الخفة. و توجيه كلامهم

يارادة ما يقتضى الطرب و يعرض له بحسب وضع نوع ذلك الترجيع و إن لم يطرب شخصه لمانع من غلظة الصوت و مج الإسماع له. و لقد أجاد فى الصحاح حيث فسر الغناء بالسماع و هو المعروف عند أهل العرف و قد تقدم فى رواية محمد بن أبى عباد المستهتر بالسماع.

[المتحصل من الأدلة حرمه الصوت المرجع فيه على سبيل الله]

و كيف كان فالمحصل من الأدلة المتقدمة حرمه الصوت المرجع فيه على سبيل الله فإن الله كما يكون بآله من غير صوت كضرب الأوتار و نحوه و بالصوت فى الآله كالمزمار و القصب و نحوهما فقد يكون بالصوت المجرد فكل صوت يكون لهوا بكيفية و معدودا من ألحان أهل الفسوق و المعاصى فهو حرام و إن فرض أنه ليس بغناء و كل ما لا يعد لهوا فليس بحرام و إن فرض صدق الغناء عليه فرضا غير محقق لعدم الدليل على حرمه الغناء إلا من حيث كونه باطلا و لهوا و لغوا و زورا ثم إن الله يتحقق بأمرين أحدهما قصد التلهى و إن لم يكن لهوا الثانى كونه لهوا فى نفسه عند المستمعين و إن لم يقصد به التلهى ثم إن المرجع فى الله إلى العرف

و الحاكم بتحقيقه هو الوجدان حيث يجد الصوت المذكور مناسبا لبعض آلات الله و الرقص و لحضور ما يستلذ القوى الشهوية من كون المغنى جارية أو أمرد أو نحو ذلك و مراتب الوجدان المذكور مختلفة فى الوضوح و الخفاء فقد يحس بعض الترجيع من مبادئ الغناء و لم يبلغه.

و ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين استعمال هذه الكيفية فى كلام حق أو باطل فقراءة القرآن و الدعاء و المراثى بصوت يرجع فيه على سبيل الله لا إشكال فى حرمتها و لا فى تضاعف عقابها لكونها معصية فى مقام الطاعة و استخفافا بالمقرو و المدعو و المرثى. و من أوضح تسويلات الشيطان أن الرجل المتستر- قد تدعوه نفسه لأجل التفرج و التزهر و التلذذ إلى ما يوجب نشاطه و رفع الكسالة عنه من الزمزمة الملهية فيجعل ذلك فى بيت من الشعر المنظوم فى الحكم و المراثى و نحوها فيتغنى به أو يحضر عند من يفعل ذلك. و ربما يعد مجلسا لأجل إحضار أصحاب الألحان و يسميه مجلس المرثية فيحصل له بذلك ما لا يحصل له من ضرب الأوتار من النشاط و الانبساط. و ربما يبكى فى خلال ذلك- لأجل الهموم المركوزة فى قلبه الغائبة عن خاطره من فقد ما يستحضره القوى الشهوية و يتخيل أنه بكى فى المرثية و فاز بالمرتبة العالیه و قد أشرف على النزول إلى دركات الهاوية فلا ملجأ إلا إلى الله من شر الشيطان و النفس الغاوية.

[عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع]

إشارة

[عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع] و ربما يجرى على هذا عروض الشبهة فى الأزمنة المتأخرة فى هذه المسألة فتارة من حيث أصل الحكم و أخرى من حيث الموضوع و ثالثة من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

[الأول الشبهة فى أصل الحكم]

[كلام الكاشانى فى جواز الغناء فى نفسه]

إشارة

أما الأول فلأنه حكى عن المحدث الكاشاني - أنه خص الحرام منه بما اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو و دخول الرجال على النساء و الكلام بالباطل و إلا فهو في نفسه غير محرم. و المحكى من كلامه في الوافي أنه بعد حكاية الأخبار التي يأتي بعضها قال الذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة فيه اختصاص حرمة الغناء و ما يتعلق به من الأجر و التعليم و الاستماع و البيع و الشراء كلها بما كان على النحو المعهود المتعارف في زمن الخلفاء [بنى أمية و بنى العباس] من دخول الرجال عليهن و تكلمهن بالأباطيل

المكاسب، ج ١، ص ٣٨

و لعهن بالملاهي من العيدان و القصب و غيرهما دون ما سوى ذلك من أنواعه كما يشعر به قوله ع ليست بالتى يدخل عليها الرجال إلى أن قال و على هذا فلا بأس بسماع التغنى بالأشعار المتضمنة لذكر الجنة و النار و التشويق إلى دار القرار و وصف نعم الله الملك الجبار و ذكر العبادات و الترغيب في الخيرات و الزهد في الفانيات و نحو ذلك كما أشير إليه في حديث الفقيه بقوله فذكرتك الجنة و ذلك لأن هذا كله ذكر الله و ربما تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ثم تلين جلودهم و قلوبهم إلى ذكر الله. و بالجملة فلا يخفى على أهل الحجة بعد سماع هذه الأخبار تمييز حق الغناء عن باطله و أن أكثر ما يتغنى به المتصوفة في محافلهم من قبيل الباطل انتهى.

[نقد ما أفاده المحدث الكاشاني]

[نقد ما أفاده المحدث الكاشاني]

أقول لو لا- استشهاده بقوله ليست بالتى يدخل عليها الرجال أمكن بلا تكلف تطبيق كلامه على ما ذكرناه من أن المحرم هو الصوت اللهوى الذى يناسبه اللعب بالملاهي و التكلم بالأباطيل و دخول الرجال على النساء لحظ السمع و البصر من شهوة الزنى دون مجرد الصوت الحسن الذى يذكر أمور الآخرة و ينسى شهوات الدنيا. إلا أن استشهاده بالرواية ليست بالتى يدخل عليها الرجال ظاهر فى التفصيل بين أفراد الغناء لا- من حيث نفسه فإن صوت المغنية التى تزف العرائس على سبيل اللهو لا محالة و لذا لو قلنا بإباحته فيما يأتي كنا قد خصصناه بالدليل

[نسبة ما قاله المحدث الكاشاني إلى صاحب الكفاية]

و نسب القول المذكور إلى صاحب الكفاية أيضا. و الموجود فيها بعد ذكر الأخبار المتخالفة جوازا و منعا فى القرآن و غيره

[كلام صاحب الكفاية فى الجمع بين الأخبار]

إشارة

أن الجمع بين هذه الأخبار يمكن بوجهين أحدهما تخصيص تلك الأخبار الواردة المانعة بما عدا القرآن و حمل ما يدل على ذم التغنى بالقرآن على قراءة تكون على سبيل اللهو كما يصنعه الفساق فى غنائهم و يؤيده رواية عبد الله بن سنان المذكورة: اقرءوا القرآن بألحان العرب و إياكم و لحون أهل الفسوق و الكبائر و سيجىء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء. و ثانيهما أن يقال و حاصل ما قال حمل الأخبار المانعة على الفرد الشائع فى ذلك الزمان قال و الشائع فى ذلك الزمان الغناء على سبيل اللهو من الجوارى و غيرهن فى مجالس الفجور و الخمر و العمل بالملاهي و التكلم بالباطل و إسماعهن الرجال فحمل المفرد المعرف يعنى

لفظ الغناء على تلك الأفراد الشائعة في ذلك الزمان غير بعيد. ثم ذكر رواية على بن جعفر الآتية ورواية اقرءوا القرآن المتقدمة و قوله ليست بالتى يدخل عليها الرجال مؤيدا لهذا الحمل قال إن فيه إشعارا بأن منشأ المنع فى الغناء هو بعض الأمور المحرمة المقترنة به كالالتهاؤ وغيره إلى أن قال إن فى عدة من أخبار المنع عن الغناء إشعارا بكونه لهوا باطلا و صدق ذلك فى القرآن و الدعوات و الأذكار المقروءة بالأصوات الطيبة المذكورة للجنة المهيجة للشوق إلى العالم الأعلى محل تأمل على أن التعارض واقع بين أخبار الغناء و الأخبار الكثيرة المتواترة الدالة على فضل قراءة القرآن و الأدعية و الأذكار بالصوت الحسن مع عمومها لغه و كثرتها و موافقتها للأصل. و النسبة بين الموضوعين عموم من وجه فإذا لا- ريب فى تحريم الغناء على سبيل اللهو و الاقتران بالملاهى و نحوهما ثم إن ثبت إجماع فى غيره و إلا بقى حكمه على الإباحة و طريق الاحتياط واضح انتهى

[نقد ما أفاده صاحب الكفاية]

أقول لا- يخفى أن الغناء على ما استفدناه من الأخبار بل و فتاوى الأصحاب و قول أهل اللغة هو من الملاهى نظير ضرب الأوتار و النفخ فى القصب و المزمار و قد تقدم التصريح بذلك فى رواية الأعمش الواردة فى الكبائر فلا يحتاج فى حرمة إلى أن يقترن بالمحرمات الأخر كما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثين المذكورين.

[المظنون عدم إفتاء أحد بحرمه الصوت الحسن]

نعم لو فرض كون الغناء موضوعا لمطلق الصوت الحسن كما يظهر من بعض ما تقدم فى تفسير معنى التطريب توجه ما ذكر بل لا أظن أحدا يفتى بإطلاق حرمة الصوت الحسن. و الأخبار بمدح الصوت الحسن و أنه من أجمل الجمال و استحباب القراءة و الدعاء به و أنه حلية القرآن و اتصاف الأنبياء و الأئمة به فى غاية الكثرة

[الأخبار فى مدح الصوت الحسن فى غاية الكثرة]

و قد جمعها فى الكفاية بعد ما ذكر أن غير واحد من الأخبار 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 فصلناه فى بعض رسائلنا انتهى و قد صرح فى شرح قوله ص: اقرءوا القرآن بألحان العرب إن اللحن هو الغناء. و بالجملة فنسبة الخلاف إليه فى معنى الغناء أولى من نسبة التفصيل إليه بل ظاهر أكثر كلمات المحدث الكاشانى أيضا ذلك لأنه فى مقام نفي التحريم عن الصوت الحسن المذكور لأمر الآخرة المنسى لشهوات الدنيا.

[ظهور بعض كلمات المحقق السبزواري و المحدث الكاشانى فى ما نسب إليهما]

نعم بعض كلماتهما ظاهرة فيما نسب إليهما التفصيل فى الصوت اللهوى الذى ليس هو عند التأمل تفصيلا بل قول بإطلاق جواز الغناء و أنه لا حرمة فيه أصلا و إنما الحرام ما يقترن به من المحرمات فهو على تقدير صدق نسبته إليهما فى غاية الضعف لا شاهد له يقيد الإطلاقات الكثيرة المدعى تواترها إلا بعض الروايات التى ذكرها

[بعض الروايات التى يمكن أن تكون شاهدة لما نسب إليهما]

منها ما عن الحميرى بسند لم يبعد فى الكفاية إلحاقه بالصحيح عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن الغناء فى الفطر و الأضحى و الفرح قال لا بأس به ما لم يعص به و المراد به ظاهرا ما لم يصير الغناء سببا للمعصية و لا مقدمة للمعاصى المقارنة له و منها ما فى كتاب على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن الغناء هل يصلح فى الفطر و الأضحى و الفرح قال لا بأس ما لم يزم به و الظاهر أن المراد بقوله ما لم يزم به ما لم يلعب معه بالمزمار أو ما لم يكن الغناء بالمزمار و نحوه من آلات الأغاني. و رواية أبى بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن كسب المغنيات فقال التى يدخل عليها الرجال حرام و التى تدعى إلى الأعراس لا بأس به و هو قول الله عز و جل و مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ و عن أبى بصير عن أبى عبد الله ع قال: أجز المغنية التى تزف العرائس لبس به بأس ليست بالتى يدخل عليها الرجال فإن ظاهر الثانية و صريح الأولى أن حرمة الغناء منوطه بما يقصد منه فإن كان المقصود إقامة مجلس اللهو حرم و إلا فلا. و قوله فى الرواية و هو قول الله إشارة إلى ما ذكره من التفصيل و يظهر منه أن كلا الغناءين من لهو الحديث لكن يقصد بأحدهما إدخال الناس فى المعاصى و الإخراج عن سبيل الحق و طريق الطاعة دون الآخر.

[توجيه الروايات]

و أنت خبير بعدم مقاومة هذه الأخبار للإطلاقات لعدم ظهور يعتد به فى دلالتها فإن الرواية الأولى لعلى بن جعفر

المكاسب، ج ١، ص ٣٩

ظاهرة فى تحقق المعصية بنفس الغناء فىكون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل على الترجيع و هو قد يكون مطربا ملهيا فيحرم و قد لا ينتهى إلى ذلك الحد فلا يعصى به و منه يظهر توجيه الرواية الثانية لعلى بن جعفر فإن معنى قوله لم يزم به لم يرجع فيه ترجيع المزمار أو أن المراد من الزمر التغنى على سبيل اللهو. و أما رواية أبى بصير مع ضعفها سندا بعلى بن أبى حمزة البطائنى فلا تدل إلا على كون غناء المغنية التى يدخل عليها الرجال داخلا فى لهو الحديث فى الآية و عدم دخول غناء التى تدعى إلى الأعراس فيه و هذا لا يدل على دخول ما لم يكن منهما فى القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعا فإذا فرضنا أن المغنى يغنى بإشعار باطله فدخول هذا فى الآية أقرب من خروجه. و بالجملة فالمذكور فى الرواية تقسيم غناء المغنية باعتبار ما هو الغالب من أنها تطلب للتغنى إما فى المجالس المختصة بالنساء كما فى الأعراس و إما للتغنى فى مجالس الرجال.

[عدم رفع اليد عن إطلاق الحرمة لأجل إشعار بعض الروايات بالجواز]

نعم الإنصاف أنه لا يخلو من إشعار بكون المحرم هو الذى يدخل فيه الرجال على المغنيات لكن المنصف لا يرفع اليد عن الإطلاقات لأجل هذا الإشعار خصوصا مع معارضته بما هو كالصريح فى حرمة غناء المغنية و لو لخصوص مولاها كما تقدم من قوله ع: قد يكون للرجل الجارية تلهيه و ما ثمنها إلا ثمن الكلب فتأمل. و بالجملة فضعف هذا القول بعد ملاحظة النصوص أظهر من أن يحتاج إلى الإظهار و ما أبعد ما بين هذا و بين ما سيجىء من فخر الدين من عدم تجويز الغناء فى الأعراس لأن الروايتين و إن كانتا نصين فى الجواز إلا- أنهما لا تقاومان الأخبار المانعة لتواترها. و أما ما ذكره فى الكفاية من تعارض أخبار المنع للأخبار الواردة فى فضل قراءة القرآن فيظهر فساده عند التكلم فى التفصيل

و أما الثانى و هو الاشتباه فى الموضوع

فهو ما ظهر من بعض من لا خبرة له من طلبه زماننا تقليدا لمن سبقه من أعياننا من منع صدق الغناء فى المراثى و هو عجيب فإنه إن أراد أن الغناء مما يكون لمواد الألفاظ دخل فيه فهو تكذيب للعرف و اللغوة. أما اللغوة فقد عرفت و أما العرف فلأنه لا ريب فى أن من سمع من بعيد صوتا مشتملا على الإطراب المقتضى للرقص أو ضرب آلات اللهو لا يتأمل فى إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد

الألفاظ و إن أراد أن الكيفية التي يقرأ بها للمرثية لا يصدق عليها تعريف الغناء فهو تكذيب للحسن.

و أما الثالث و هو اختصاص الحرمة ببعض أفراد الموضوع

إشارة

فقد حكى في جامع المقاصد قولاً لم يسم قائله باستثناء الغناء في المراثي نظير استثنائه في الأعراس و لم يذكر وجهه و ربما وجهه بعض من متأخري المتأخرين لعمومات أدلة الإبكاء و الرثاء و قد أخذ ذلك مما تقدم عن صاحب الكفاية من الاستدلال بإطلاق أدلة قراءة القرآن.

[المناقشة فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم أدلة المحرمات]

و فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم أدلة المحرمات خصوصاً التي تكون من مقدماتها فإن مرجع أدلة الاستحباب- إلى استحباب إيجاد الشيء بسببه المباح لا بسببه المحرم ألا ترى أنه لا يجوز إدخال السرور في قلب المؤمن و إجابته بالمحرمات كالزنا و اللواط و الغناء و السر في ذلك أن دليل الاستحباب إنما يدل على كون الفعل لو خلى و طبعه خالياً عما يوجب لزوم أحد طرفيه فلا ينافي ذلك طرو عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله أو تركه كما إذا صار مقدمه لواجب أو صادفه عنوان محرم فأجابه المؤمن و إدخال السرور في قلبه ليس في نفسه شيء ملزم لفعله أو تركه فإذا تحقق في ضمن الزنى فقد طرأ عليه عنوان ملزم لتركه كما أنه إذا أمر به الوالد أو السيد طرأ عليه عنوان ملزم لفعله. و الحاصل أن جهات الأحكام الثلاثة أعنى الإباحة و الاستحباب و الكراهة لا تراحم جهة الوجوب أو الحرمة فالحكم لهما مع اجتماع جهتهما مع إحدى الجهات الثلاث.

[الاستشهاد بالنبوي]

و يشهد لما ذكرنا من عدم تأدي المستحبات في ضمن المحرمات قوله ص: اقرءوا القرآن بألحان العرب و إياكم و لحون أهل الفسوق و الكبائر و سيجيء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية لا- يجوز تراقبهم قلوبهم مقلوبة و قلوب من يعجبه شأنهم قال في الصحاح اللحن واحد الألحان و اللحن و منه الحديث اقرءوا القرآن بلحون العرب و قد لحن في قراءته إذا طرب بها و غرد و هو ألحن الناس إذا كان أحسنهم قراءة أو غناء انتهى.

[ما أفاده صاحب الحدائق حول كلمة اللحن]

و صاحب الحدائق جعل اللحن في هذا الخبر بمعنى اللغة أى بلغة العرب و كأنه أراد باللغة اللهجة و تخيل أن إبقاءه على معناه يوجب ظهور الخبر في جواز الغناء في القرآن.

[المناقشة في ما أفاده صاحب الحدائق]

و فيه ما تقدم من أن مطلق اللحن إذا لم يكن على سبيل اللهو ليس غناء. و قوله ص و إياكم و لحون أهل الفسوق نهى عن الغناء في القرآن ثم إن في قوله لا يجوز تراقبهم إشارة إلى أن مقصودهم ليس تدبر معانى القرآن بل هو مجرد الصوت المطرب.

[لا منافاة بين حرمة الغناء في القرآن و بين ما روى في الترجيع بالقرآن]

و ظهر مما ذكرنا أنه لا تنافى بين حرمة الغناء فى القرآن و ما ورد من قوله ع: و رجع بالقرآن صوتك فإن الله يحب الصوت الحسن فإن المراد بالترجيع ترديد الصوت فى الحلق و من المعلوم أن مجرد ذلك لا يكون غناء إذا لم يكن على سبيل اللهو فالمقصود من الأمر بالترجيع أن لا يقرأ كقراءة عبائر الكتب عند المقابلة لكن مجرد الترجيع لا يكون غناء و لذا جعله نوعا منه فى قوله ص يرجعون القرآن ترجيع الغناء. و فى محكى شمس العلوم أن الترجيع ترديد الصوت مثل ترجيع أهل الألحان و القراءة و الغناء انتهى. و بالجملة فلا تنافى بين الخبرين و لا بينهما و بين ما دل على حرمة الغناء حتى فى القرآن كما تقدم زعمه من صاحب الكفاية فى بعض ما ذكره من عدم اللهو فى قراءة القرآن و غيره

[ما ذكره المحقق الأردبيلى فى تأييد استثناء المراثى و المناقشة فيه]

تبعا لما ذكره المحقق الأردبيلى رحمه الله حيث إنه بعد ما وجه استثناء المراثى و غيرها من الغناء بأنه ما ثبت الإجماع إلا فى غيرها. و الأخبار ليست بصحيحة صريحة فى التحريم مطلقا أيد استثناء المراثى بأن البكاء و التفجع مطلوب مرغوب و فيه ثواب عظيم و الغناء معين على ذلك و أنه متعارف دائما فى بلاد المسلمين من زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير تكبير ثم أيده بجواز النياحة و جواز أخذ الأجر عليها و الظاهر أنها لا تكون إلا معه و بأن تحريم الغناء للطرب على الظاهر و ليس فى المراثى طرب بل ليس إلا الحزن انتهى. و أنت خير بأن شيئا مما ذكره لا ينفع فى جواز الغناء على الوجه الذى ذكرناه

[منع كون الغناء معينا على البكاء]

أما كون الغناء معينا على البكاء و التفجع فهو ممنوع بناء على ما عرفت من كون الغناء هو الصوت للهوى بل و على ظاهر تعريف المشهور من الترجيع المطرب لأن الطرب الحاصل منه إن كان سرورا فهو مناف للتفجع لا معين له و إن كان حزنا فهو على ما هو المركز فى النفس الحيوانية من فقد المكاسب، ج ١، ص ٤٠

المشتهيات النفسانية لا على ما أصاب سادات الزمان مع أنه على تقدير الإعانة لا ينفع فى جواز الشىء كونه مقدمة لمستحب أو مباح بل لا بد من ملاحظة عموم دليل الحرمة له فإن كان فهو و إلا فيحكم بإباحته للأصل و على أى حال فلا يجوز التمسك فى الإباحة بكونه مقدمة لغير حرام لما عرفت

[توجيه كلام الأردبيلى فى نفيه الطرب فى المراثى]

ثم إنه يظهر من هذا و ما ذكر أخيرا من أن المراثى ليس فيها طرب أن نظره إلى المراثى المتعارفة لأهل الديانة التى لا يقصدونها إلا للتفجع و كأنه لم يحدث فى عصره المراثى التى يكتفى بها أهل اللهو و المترفون من الرجال و النساء بها عن حضور مجالس اللهو و ضرب العود و الأوتار و التغنى بالقصب و المزمار كما هو الشائع فى زماننا الذى قد أخبر النبى ص بنظيره فى قوله يتخذون القرآن مزامير كما أن زيارة سيدنا و مولانا أبى عبد الله ع صار سفرها من أسفار اللهو و الزاهة لكثير من المترفين. و قد أخبر النبى ص بنظيره فى سفر الحج: و أنه يحج أغنياء أمتى للترهة و الأوساط للتجارة و الفقراء للسمعة و كان كلامه ص كالكتاب العزيز و اردا فى مورد و جاريا فى نظيره. و الذى أظن أن ما ذكرناه فى معنى الغناء المحرم من أنه الصوت للهوى أن هؤلاء و غيرهم غير مخالفين فيه و أما ما لم يكن على جهة اللهو المناسب لسائر آياته فلا دليل على تحريمه لو فرض شمول الغناء له لأن مطلقات الغناء منزلة على ما دل على إناطة الحكم فيه باللهو و الباطل من الأخبار المتقدمة خصوصا مع انصرافها فى أنفسها كأخبار المغنية إلى هذا الفرد.

بقى الكلام فيما استثناء المشهور

إشارة

و هو أمران

أحدهما الحداء

بالضم كدعاء صوت يرجع فيه للسير بالإبل. و فى الكفاية أن المشهور استنأؤه و قد صرح بذلك فى شهادات الشرائع و القواعد و فى الدروس و على تقدير كونه من الأصوات اللهوية كما يشهد به استنأؤهم إياه عن الغناء بعد أخذهم الإطراب فى تعريفه فلم أجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الأخبار بالتحريم عدا رواية نبوية ذكرها فى المسالك من تقرير النبى ص لعبد الله بن رواحة حيث حدا للإبل و كان حسن الصوت و فى دلالتة و سنده ما لا يخفى.

الثانى غناء المغنية فى الأعراس

إذا لم يكتنف بها محرم آخر من التكلم بالأباطيل و اللعب بآلات الملاهى المحرمة و دخول الرجال على النساء و المشهور استنأؤه للخبرين المتقدمين عن أبى بصير فى أجر المغنية التى تزف العرائس و نحوهما ثالث عنه أيضا. و إباحة الأجر لازمة لإباحة الفعل و دعوى أن الأجر لمجرد الزف لا- للغناء عنده مخالفة للظاهر لكن فى سند الروايات أبو بصير و هو غير صحيح و الشهرة على وجه يوجب الانجبار غير ثابتة لأن المحكى عن المفيد رحمه الله و المرتضى و ظاهر الحلبي و صريح الحلبي و التذكرة و الإيضاح بل كل من لم يذكر الاستثناء بعد التعميم المنع. لكن الإنصاف أن سند الروايات و إن انتهت إلى أبى بصير إلا أنه لا يخلو من وثوق فالعمل بها تبعا للأكثر غير بعيد و إن كان الأحوط كما فى الدروس الترك و الله العالم

الغيبه

الرابعة عشرة الغيبه حرام بالأدلة الأربعة

و يدل عليه من الكتاب

قوله تعالى وَ لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ فجعَل المؤمن أخا و عرضه كلحمه و التفكه به أكلا و عدم شعوره بذلك بمنزلة حاله موته.

و قوله تعالى وَيَلْ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ و قوله تعالى لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ و قوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ.

و يدل عليه من الأخبار

ما لا يحصى فمنها ما روى عن النبى ص بعده طرق: أن الغيبه أشد من الزنى و إن الرجل يزنى فيتوب و يتوب الله عليه و إن صاحب الغيبه لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه و عنه ص: أنه خطب يوما فذكر الربا و عظم شأنه فقال إن الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم من ستة و ثلاثين زنية و إن أربى الربا عرض الرجل المسلم و عنه ص: من اغتاب مسلما أو مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين صباحا إلا- أن يغفر له صاحبه و عنه ص: من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله بينهما فى الجنة و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه

انقطعت العصمة بينهما و كان المغتاب خالدا في النار و بئس المصير و عنه ع: كذب من زعم أنه ولد من حلال و هو يأكل لحوم الناس بالغيبة فاجتنب الغيبة فإنها إدام كلاب النار و عنه ع: من مشى في غيبة أخيه و كشف عورته كانت أول خطوة خطاها وضعها في جهنم و روى: أن المغتاب إذا تاب فهو آخر من يدخل الجنة و إن لم يتب فهو أول من يدخل النار و عنه ص: إن الغيبة حرام على كل مسلم و إن الغيبة لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب و أكل الحسنات إما أن يكون على وجه الإحباط أو لاضمحلال ثوابها في جنب عقابه أو لأنها تنقل الحسنات إلى المغتاب كما في غير واحد من الأخبار. و منها النبوي ص: يؤتى بأحد يوم القيامة فيوقف بين يدي الرب عز و جل و يدفع إليه كتابه فلا يرى حسناته فيه فيقول إلهي ليس هذا كتابي لا أرى فيه حسناتي فيقال له إن ربك لا يضل و لا ينسى ذهب عملك باغتيال الناس ثم يؤتى بآخر و يدفع إليه كتابه فيرى فيه طاعات كثيرة فيقول إلهي ما هذا كتابي فإني ما عملت هذه الطاعات فيقال له إن فلانا اغتابك فدفعت حسناته إليك الخبر و منها ما ذكره كاشف الريبه رحمه الله رواية عن عبد الله بن سليمان النوفلي الطويلة عن الصادق ع و فيها عن النبي ص: أدنى الكفر أن يسمع الرجل من أخيه كلمة فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها أولئك لا خلاق لهم و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع أنه: من قال في مؤمن ما رأته عيناه و سمعت أذناه مما يشينه و يهدم مروته فهو من الذين قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ.

ثم إن ظاهر هذه الأخبار كون الغيبة من الكبائر

كما ذكر جماعة بل أشد من بعضها- و عد في غير واحد من الأخبار من الكبائر الخيانة و يمكن إرجاع الغيبة إليها فأى خيانة أعظم من التفكه بلحم الأخ على غفلة منه و عدم شعوره بذلك. و كيف كان فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسة في عدها من الكبائر إظهار في غير المحل

ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن

فيجوز اغتيال المخالف كما يجوز لعنه و توهم عموم الآية كبعض الروايات لمطلق المسلم مدفوع بما علم بضرورة المذهب من عدم احترامهم و عدم جريان أحكام الإسلام عليهم إلا- قليلا- مما يتوقف استقامة نظم معاش المؤمنين عليه مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة و حل ذبائحهم و مناكحتهم

المكاسب، ج ١، ص ٤١

و حرمة دمائهم لحكمه دفع الفتنة و نساءهم لأن لكل قوم نكاحا و نحو ذلك مع أن التمثيل المذكور في الآية مختص بمن ثبت إخوته فلا يعم من وجب التبري عنه و كيف كان فلا إشكال في المسألة بعد ملاحظة الروايات الواردة في الغيبة و في حكمه حرمتها و في حال غير المؤمن في نظر الشارع.

ثم الظاهر دخول الصبي المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها

لعموم بعض الروايات المتقدمة و غيرها الدالة على حرمة اغتيال الناس و أكل لحومهم مع صدق الأخ عليه كما يشهد به قوله تعالى وَ إِنَّ تَخَالُطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ مضافا إلى إمكان الاستدلال بالآية و إن كان الخطاب للمكلفين بناء على عد أطفالهم منهم تغليبا و إمكان دعوى صدق المؤمن عليه مطلقا أو في الجملة و لعله لما ذكرنا صرح في كشف الريبه بعدم الفرق بين الصغير و الكبير و ظاهره الشمول لغير المميز أيضا

و منه يظهر حكم المجنون

إلا أنه صرح بعض الأساطين باستثناء من لا عقل له ولا تمييز معللا بالشك في دخوله تحت أدلة الحرمة ولعله من جهة أن الإطلاقات منصرفة إلى من يتأثر لو سمع و سيتضح ذلك زيادة على ذلك.

بقي الكلام في أمور

الأول [حقيقة] الغيبة

إشارة

اسم مصدر لاغتاب أو مصدر لغاب ففي المصباح اغتابه إذا ذكره بما يكرهه من العيوب وهو حق والاسم الغيبة وعن القاموس غابه أى عابه وذكره بما فيه من سوء وعن النهاية أن يذكر الإنسان في غيبته بسوء مما يكون فيه. والظاهر من الكل خصوصا القاموس المفسر لها أولا بالعيب أن المراد ذكره في مقام الانتقاص والمراد بالموصول هو نفس النقص الذى فيه والظاهر من الكراهة في عبارة المصباح كراهة وجوده ولكنه غير مقصود قطعا فالمراد إما كراهة ظهوره ولو لم يكره وجوده كالميل إلى القبائح وإما كراهة ذكره بذلك العيب. وعلى هذا التعريف دلت جملة من الأخبار مثل: قوله ع وقد سأله أبو ذر عن الغيبة أنها ذكر ك أخاك بما يكرهه وفي نبوى آخر قال ص: أتدرون ما الغيبة قالوا الله ورسوله أعلم قال ذكركم أخاكم بما يكرهه

[ما قاله في جامع المقاصد في حقيقة الغيبة]

ولذا قال في جامع المقاصد إن حد الغيبة على ما فى الأخبار أن تقول فى أخيك ما يكرهه لو سمعه مما هو فيه. والمراد بما يكرهه كما تقدم فى عبارة المصنف ما يكرهه ظهوره سواء كره وجوده كالبرص والجذام أم لا- كالميل إلى القبائح ويحتمل أن يراد بالموصول نفس الكلام الذى يذكر الشخص به ويكون كراهته إما لكونه إظهارا للعيب وإما لكونه صادرا على جهة المذمة والاستخفاف والاستهزاء وإن لم يكن العيب مما يكره إظهاره لكونه ظاهرا بنفسه وإما لكونه مشعرا بالذم وإن لم يقصد المتكلم الذم به كالألقاب المشعرة بالذم قال فى الصحاح الغيبة أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمه لو سمعه. و ظاهره التكلم بكلام يغمه لو سمعه

بل فى كلام بعض من قارب عصرنا

أن الإجماع والأخبار متطابقان على أن حقيقة الغيبة أن يذكر الغير بما يكره لو سمعه سواء أ كان بنقص فى نفسه أو بدنه أو دينه أو دنياه أو فيما يتعلق به من الأشياء و ظاهره أيضا إرادة الكلام المكروه.

وقال الشهيد الثانى فى كشف الريبة

أن الغيبة ذكر الإنسان فى حال غيبته بما يكره نسبتة إليه مما يعد نقصا فى العرف بقصد الانتقاص والذم ويخرج على هذا التعريف ما إذا ذكر الشخص بصفات ظاهرة يكون وجودها نقصا مع عدم قصد انتقاصه بذلك مع أنه داخل فى التعريف عند الشهيد أيضا حيث عد من الغيبة ذكر بعض الأشخاص بالصفات المعروف بها كالأعمش والأعور ونحوهما. وكذلك ذكر عيوب الجارية التى يراد شراؤها إذا لم يقصد من ذكرها إلا بيان الواقع وغير ذلك مما ذكره هو وغيره من المستثنيات ودعوى أن قصد الانتقاص يحصل بمجرد بيان النقائص موجبة لاستدراك ذكره بعد قوله مما يعد نقصا.

[أولى التعاريف بملاحظة الأخبار وكلمات الأصحاب]

و الأولى بملاحظة ما تقدم من الأخبار و كلمات الأصحاب بناء على إرجاع الكراهة إلى الكلام المذكور به لا إلى الوصف ما تقدم من أن الغيبة أن يذكر الإنسان بكلام يسوؤه إما بإظهار عيبه المستور و إن لم يقصد انتقاصه و إما بانتقاصه بعيب غير مستور إما بقصد التكلم أو بكون الكلام بنفسه منقصا له كما إذا اتصف الشخص بالألقاب المشعرة بالذم. نعم لو أرجعت الكراهة إلى الوصف الذي يسند إلى الإنسان تعين إرادة كراهة ظهورها فيختص بالقسم الأول و هو ما كان إظهارا لأمر مستور.

و يؤيد هذا الاحتمال بل يعينه الأخبار المستفيضة الدالة على اعتبار كون المقول مستورا غير منكشف

مثل قوله ع فيما رواه العياشي بسنده عن ابن سنان: الغيبة أن تقول في أخيك ما فيه مما قد ستره الله عليه و رواية داود بن سرحان المروية في الكافي قال: سألت أبا عبد الله ع عن الغيبة قال هو أن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل و تبث عليه أمر قد ستره الله تعالى عليه لم يقم عليه فيه حد و رواية أبان عن رجل لا يعلمه إلا يحيى الأزرق قال: قال لى أبو الحسن ع من ذكر رجلا من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يعتبه و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس فقد اغتابه و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته و حسنة عبد الرحمن بن سيابة ب ابن هاشم قال قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه و أما الأمر الظاهر فيه مثل الحدة و العجلة فلا- و البهتان أن تقول فيه ما ليس فيه و هذه الأخبار كما ترى صريحة في اعتبار كون الشيء غير منكشف. و يؤيد ذلك ما في الصحاح من أن الغيبة أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمه لو سمعه فإن كان صدقا سمى غيبة و إن كان كذبا سمى بهتانا فإن أراد من المستور من حيث ذلك المقول وافق الأخبار و إن أراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقة و المخالفة.

و الملخص من مجموع ما ورد في المقام أن الشيء المقول إن لم يكن نقصا

فلا- يكون ذكر الشخص حينئذ غيبة و إن اعتقد المقول فيه كونه نقصا عليه نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد و ليس ممن يكون ذلك نقصا في حقه إلا أنه معتقد باجتهاد نفسه. نعم قد يحرم هذا من وجه آخر

و إن كان نقصا شرعا أو عرفا بحسب حال المغتاب

فإن كان مخفيا للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس و أراد القائل تنقيص المغتاب به فهو المتيقن من أفراد الغيبة و إن لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمة لكونه كشفا لعورة المؤمن و قد تقدم الخبر من مشى في غيبة أخيه و كشف عورته. و في صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله ع قال: قلت عورة المؤمن على المؤمن حرام قال نعم قلت تعنى سفليته قال ليس حيث تذهب إنما هي إذاعته سره و في رواية محمد بن فضل عن أبي الحسن ع: و لا

المكاسب، ج ١، ص ٤٢

تذيعن عليه شيئا تشينه به و تهدم به مروته فتكون من الذين قال الله عز و جل في كتابه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ و لا يقيد إطلاق النهي بصورة قصد الشين و الهدم من جهة الاستشهاد بآية حب شياع الفاحشة بل الظاهر أن المراد مجرد فعل ما يوجب شياعها مع أنه لا فائدة كثيرة في التنبيه على دخول القاصد لإشاعة الفاحشة في عموم الآية و إنما يحسن التنبيه على أن قاصد السب قاصد للمسبب و إن لم يقصده بعنوانه.

[إذاعة ما يوجب مهانة المؤمن هل هي غيبة أم لا]

و كيف كان فلا إشكال من حيث النقل و العقل في حرمة إذاعة ما يوجب مهانة المؤمن و سقوطه عن أعين الناس في الجملة. و إنما

الكلام في أنها غيبية أم لا مقتضى الأخبار المتقدمة بأسرها ذلك خصوصا المستفيضة الأخيرة فإن التفصيل فيها بين الظاهر و الخفى إنما يكون مع عدم قصد القائل المذمة و الانتقاص و أما مع قصده فلا فرق بينهما في الحرمة و المنفى في تلك الأخبار و إن كان تحقق موضوع الغيبة دون الحكم بالحرمة إلا أن ظاهر سياقها نفى الحرمة فيما عداها أيضا لكن مقتضى ظاهر التعريف المتقدم عن كشف الريبة عدمه لأنه اعتبر قصد الانتقاص و الذم إلا أن يراد اعتبار ذلك فيما يقع على وجهين دون ما لا يقع إلا على وجه واحد فإن قصد ما لا ينفك عن الانتقاص قصد له

و إن كان المقول نقصا ظاهرا للسامع

فإن لم يقصد القائل الذم و لم يكن الوصف من الأوصاف المشعرة بالذم نظير الألقاب المشعرة به فالظاهر أنه خارج عن الغيبة لعدم حصول كراهة للمقول فيه لا من حيث الإظهار و لا من حيث ذم المتكلم و لا من حيث الإشعار و إن كان من الأوصاف المشعرة بالذم أو قصد المتكلم التعيير و المذمة لوجوده فلا إشكال في حرمة الثانى بل و كذا الأول لعموم ما دل على حرمة إيذاء المؤمن و إهانته- و حرمة التناوب بالألقاب و حرمة تعيير المؤمن على صدور معصية منه فضلا عن غيرها. ففي عدة من الأخبار: من غير مؤمنا على معصية لم يمت حتى يرتكبه و إنما الكلام في كونهما من الغيبة فإن ظاهر المستفيضة المتقدمة عدم كونهما منها. و ظاهر ما عداها من الأخبار المتقدمة بناء على إرجاع الكراهة فيها إلى كراهة الكلام الذى يذكر به الغير و كذلك كلام أهل اللغة عدا الصحاح على بعض احتمالاته كونها غيبية. و العمل بالمستفيضة لا يخلو عن قوة و إن كان ظاهر الأكثر خلافه فيكون ذكر الشخص بالعيوب الظاهرة التى لا يفيد السامع اطلاعا لم يعلمه و لا يعلمه عادة من غير خبر مخبر ليس غيبية- فلا يحرم إلا إذا ثبتت الحرمة من حيث المذمة و التعيير أو من جهة كون نفس الانتصاف بتلك الصفة مما يستنكفه المغتاب و لو باعتبار بعض التعبيرات فيحرم من جهة الإيذاء و الاستخفاف و الذم و التعيير.

[عدم الفرق فى النقص بين أن يكون فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه]

ثم الظاهر المصرح به فى بعض الروايات- عدم الفرق فى ذلك على ما صرح به غير واحد بين ما كان نقصانا فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه حتى فى ثوبه أو داره أو دابته أو غير ذلك. و قد روى عن مولانا الصادق ع الإشارة إلى ذلك بقوله: وجوه الغيبة تقع بذكر عيب فى الخلق و الفعل و المعاملة و المذهب و الجهل و أشباهه

[ما أفاده بعض فى بيان وجوه النقص]

قيل أما البدن فكذلك فيه العمش و الحول و العور و القرع و القصر و الطول و السواد و الصفرة و جميع ما يتصور أن يوصف به مما يكرهه. و أما النسب فبأن تقول أبوه فاسق أو خبيث أو خسيس أو إسكاف أو حائك أو نحو ذلك مما يكره. و أما الخلق فبأن تقول إنه سيئ الخلق بخيل مرء متكبر شديد الغضب جبان ضعيف القلب و نحو ذلك. و أما فى أفعاله المتعلقة بالدين فكقولك إنه سارق كذاب شارب خائن ظالم متهاون بالصلاة لا يحسن الركوع و السجود و لا يجتنب من النجاسات ليس بارا بوالديه لا يحرس نفسه من الغيبة و التعرض لإعراض الناس. و أما أفعاله المتعلقة بالدنيا فكقولك إنه قليل الأدب متهاون بالناس لا يرى لأحد عليه حقا كثير الكلام كثير الأكل نثوم يجلس فى غير موضعه. و أما فى ثوبه فكقولك إنه واسع الكم طويل الذيل و سخ الثياب و نحو ذلك.

[حرمة الاغتياب بغير اللسان من الفعل و الإشارة]

ثم إن ظاهر النص و إن كان منصرفا إلى الذكر باللسان لكن المراد حقيقة الذكر فهو مقابل الإغفال فكل ما يوجب التذكر للشخص

من القول و الفعل و الإشارة و غيرها فهو ذكر له و من ذلك المبالغة في تهجين المطلب الذى ذكره بعض المصنفين بحيث يفهم منها الإجراء بحال ذلك المصنف فإن قولك إن هذا المطلب بديهى البطلان تعريض لصاحبه بأنه لا يعرف البديهيات - بخلاف ما إذا قيل إنه مستلزم لما هو بديهى البطلان لأن فيه تعريضا بأن صاحبه لم ينتقل إلى الملازمة بين المطلب و بين ما هو بديهى البطلان و لعل الملازمة نظريه و قد وقع من بعض الأعلام بالنسبة إلى بعضهم ما لا بد له من الحمل و التوجيه - أعوذ بالله من الغرور و إعجاب المرء بنفسه و حسده على غيره و الاستيكال بالعلم.

ثم إن دواعى الغيبة كثيرة

روى عن مولانا الصادق ع التنبه عليها إجمالاً بقوله ع: أصل الغيبة تتنوع بعشرة أنواع شفاء غيظ و مساعدة قوم و تصديق خبر بلا كشف - و تهمة و سوء ظن و حسد و سخرية و تعجب و تبرم و تزين - إلى آخر الخبر.

ثم إن ذكر الشخص قد يتضح كونها غيبة و قد يخفى على النفس لحب أو بغض

فيرى أنه لم يغتب و قد وقع في أعظمها و من ذلك أن الإنسان قد يغتم بسبب ما يتلى به أخوه في الدين لأجل أمر يرجع إلى نقص في فعله أو رأيه فيذكره المغتم في مقام التأسف عليه بما يكره ظهوره للغير مع أنه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه ليكون قد أحرز ثواب الاغتمام على ما أصاب المؤمن لكن الشيطان يخدعه و يوقعه في ذكر الاسم.

بقى الكلام في أنه هل يعتبر في الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب

أو يكفى ذكره عند نفسه ظاهر الأكثر الدخول كما صرح به بعض المعاصرين.
نعم ربما يستثنى من حكمها عند من استثنى ما لو علم اثنان صفة شخص فيذكر أحدهما بحضرة الآخر و أما على ما قويناه من الرجوع في تعريف الغيبة إلى ما دلت عليه المستفيضة المتقدمة من كونها هتك سر مستور فلا يدخل ذلك في الغيبة.

[حكم غيبة شخص مجهول]

و منه يظهر أيضاً أنه لا يدخل فيها ما لو كان الغائب

المكاسب، ج ١، ص ٤٣

مجهولاً - عند المخاطب مردداً بين أشخاص غير محصورة كما إذا قال جاءنى اليوم رجل بخيل دنى ذميم فإن ظاهر تعريف الأكثر دخوله و إن خرج عن الحكم بناء على اعتبار التأثير عند السامع و ظاهر المستفيضة المتقدمة عدم الدخول. نعم لو قصد المذمة و التعيير حرم من هذه الجهة فيجب على السامع نهى المتكلم عنه إلا إذا احتمل أن يكون الشخص متجاهراً بالفسق فيحمل فعل المتكلم على المصلحة كما سيجىء في مسألة الاستماع و الظاهر أن الذم و التعيير لمجهول العين لا - يجب الردع عنه مع كون الذم و التعيير في موقعهما بأن كان مستحقاً لهما - و إن لم يستحق مواجهته بالذم أو ذكره عند غيره بالذم

هذا كله لو كان الغائب المذكور مشتبهاً على الإطلاق أما لو كان مردداً بين أشخاص

فإن كان بحيث لا يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كان كالمشتبه على الإطلاق كما لو قال جاءنى عجمى أو عربى كذا و كذا إذا لم يكن الذم راجعاً إلى العنوان كأن يكون فى المثالين تعريض إلى ذم تمام العجم أو العرب و إن كان بحيث يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كأن يقول أحد ابنى زيد أو أحد أخويه كذا و كذا ففى كونه اغتياياً لكل منهما لذكرهما بما يكرهانه من التعريض

لا احتمال كونه هو المعيوب و عدمه لعدم تهتك ستر العيوب منهما كما لو قال أحد أهل البلد الفلاني كذا و كذا و إن كان فرق بينهما من جهة كون ما نحن فيه محرما من حيث الإساءة إلى المؤمن بتعريضه للاحتمال دون المثال أو كونه اغتيابا للمعيوب الواقعي منهما و إساءة بالنسبة إلى غيره لأنه هتك بالنسبة إليه لأنه إظهار في الجملة لعيبه بتقليل مشاركته في احتمال المعيب فيكون الاطلاع عليه قريبا. و أما الآخر فقد أساء بالنسبة إليه حيث عرضه لاحتمال العيب وجوه

[ما حكاه في جامع المقاصد عن بعض الفضلاء]

قال في جامع المقاصد و يوجد في كلام بعض الفضلاء أن من شرط الغيبة أن يكون متعلقها محصورا و إلا فلا تعد غيبة فلو قال عن أهل بلدة غير محصورين ما لو قاله عن شخص واحد كان غيبته لم يحتسب غيبته انتهى.

[نقد ما أفاده الفاضل المذكور]

أقول إن أراد أن ذم جمع غير محصور لا يعد غيبة و إن قصد انتقاص كل منهم كما لو قال أهل هذه القرية أو هذه البلدة كلهم كذا و كذا فلا إشكال في كونها غيبة محرمة و لا وجه لإخراجه عن موضوعها أو حكمها و إن أراد ذم المتردد بين غير المحصور لا يعد غيبة فلا بأس كما ذكرنا و لذا ذكر بعض تبعاً لبعض الأساطين في مستثنيات الغيبة ما لو علق الذم بطائفة أو أهل بلدة أو أهل قرية مع قيام القرينة على عدم إرادة الجمع كذم العرب أو العجم أو أهل الكوفة أو البصرة أو بعض القرى انتهى. و لو أراد الأغلب ففي كونه اغتيابا لكل منهم و عدمه ما تقدم في المحصور و بالجملة فالمدار في التحريم غير المدار في صدق الغيبة و بينهما عموم من وجه.

الثاني في كفارة الغيبة الماحية لها

إشارة

و مقتضى كونها من حقوق الناس توقف رفعها على إسقاط صاحبها حقه.

أما كونها من حقوق الناس

فلأنه ظلم على المغتاب و للأخبار في أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه و أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله و أما توقف رفعها على إبراء ذى الحق فللمستفيضة المعتضدة بالأصل -

[الأخبار الدالة على توقف رفعها على إبراء ذى الحق]

منها ما تقدم من أن الغيبة لا تغفر حتى يغفر صاحبها و أنها نافلة للحسنات و السيئات. و منها ما حكاه غير واحد عن الشيخ الكراجكي بسنده المتصل إلى علي بن الحسين عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين ع قال قال رسول الله ص: للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة منها إلا - بأدائها أو العفو إلى أن قال سمعت رسول الله ص يقول إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له و عليه و النبوى المحكى في السرائر و كشف الريبية: من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو مال فليستحلها من قبل أن يأتي يوم ليس هناك درهم و لا دينار فيؤخذ من حسناته فإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فتزايد على سيئاته و في نبوى آخر: من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين يوماً و ليلة إلا أن يغفر له صاحبه. و في دعاء التاسع و

الثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدل على هذا المعنى أيضا.

[عدم الفرق بين التمكّن من الاستبراء و تعذره]

و لا فرق في مقتضى الأصل و الأخبار بين التمكّن من الوصول إلى صاحبه و تعذره لأن تعذر البراءة لا يوجب سقوط الحق كما في غير هذا المقام

[النبي المعارض للإطلاقات المتقدمة]

لكن روى السكوني عن أبي عبد الله ع عن النبي ص: إن كفارة الاغتياب أن تستغفر لمن اغتبتك كلما ذكرته و لو صح سنده أمكن تخصيص الإطلاقات المتقدمة به فيكون الاستغفار طريقا أيضا إلى البراءة مع احتمال العدم أيضا لأن كون الاستغفار كفارة لا يدل على البراءة فلعله كفارة للذنب من حيث كونه حقا لله تعالى - نظير كفارة قتل الخطاء التي لا توجب براءة القاتل إلا أن يدعى ظهور السياق في البراءة.

[ما أفاده في كشف الريبه في الجمع بين النبيين المتعارضين]

قال في كشف الريبه بعد ذكر النبيين الأخيرين المتعارضين و يمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار - على من لم تبلغه غيبته المغتاب فينبغي له الاقتصار على الدعاء و الاستغفار لأن في محالته إثارة للفتنة و جلبا للضغائن و في حكم من لم تبلغه من لم يقدر على الوصول إليه لموت أو غيبه و حمل المحال على من يمكن التوصل إليه مع بلوغه الغيبه

[ما أفاده المؤلف]

أقول إن صح النبوي الأخير سندا فلا مانع عن العمل به بجعله طريقا إلى البراءة مطلقا في مقابل الاستبراء و إلا تعين طرحه و الرجوع إلى الأصل لإطلاق الأخبار المتقدمة و تعذر الاستبراء أو وجود المفسدة فيه لا يوجب وجود مبرئ آخر. نعم أرسل بعض من قارب عصرنا عن الإمام الصادق ع: أنك إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه و إن لم يبلغه فاستغفر الله له و في رواية السكوني المرويه في الكافي في باب الظلم عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: من ظلم أحدا ففاته فليستغفر الله له فإنه كفارة له

و الإنصاف أن الأخبار الواردة في هذا الباب كلها غير نقيه السند

و أصالة البراءة تقتضى عدم وجوب الاستحلال و الاستغفار و أصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب بالفتح - على المغتاب بالكسر تقتضى عدم الخروج منه إلا بالاستحلال خاصة لكن الميثب لكون الغيبه حقا بمعنى وجوب البراءة منه ليس إلا الأخبار غير نقيه السند مع أن السند لو كان نقيا كانت الدلالة ضعيفه - لذكر حقوق أخرى في الروايات لا قائل بوجود البراءة منها. و معنى

المكاسب، ج ١، ص ٤٤

القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها المعامله معه معامله من لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكوره في روايه الكراچكى.

[مختار المؤلف في المسأله]

فالقول بعدم كونه حقا للناس بمعنى وجوب البراءة نظير الحقوق الماليه لا يخلو عن قوة و إن كان الاحتياط في خلافه بل لا يخلو عن

قرب من جهة كثرة الأخبار الدالة على وجوب الاستبراء منها بل اعتبار سند بعضها والأحوط الاستحلال إن تيسر وإلا الاستغفار غفر الله لمن اغتناه و لمن اغتابنا بحق محمد وآله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

الثالث فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم

[استثناء ما فيه مصلحة عظيمة]

فاعلم أن المستفاد من الأخبار المتقدمة وغيرها- أن حرمة الغيبة لأجل انتقاص المؤمن وتأذيه منه فإذا فرض هناك مصلحة راجعة إلى المغتاب بالكسر أو بالفتح أو ثالث دل العقل أو الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس و قد نبه عليه غير واحد. قال في جامع المقاصد بعد ما تقدم عنه في تعريف الغيبة إن ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكه به أو إضحاك الناس منه و أما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم كنصح المستشير و التظلم و سماعه و الجرح و التعديل و رد من ادعى نسبا ليس له و القدح في مقالة باطله خصوصا في الدين انتهى و في كشف الريبة اعلم أن المرخص في ذكر مساوئ الغير غرض صحيح لا يمكن التوصل إليه إلا بها انتهى. و على هذا فموارد الاستثناء لا تنحصر في عدد

نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة

أحدهما ما إذا كان المغتاب متجاهرا بالفسق

إشارة

فإن من لم يبال بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق نعم لو كان في مقام ذمه كرهه من حيث المذمة لكن المذمة على الفسق المتجاهر به لا تحرم كما لا يحرم لعنه. و قد تقدم عن الصحاح أخذ المستور في المغتاب

[الأخبار المستفيضة الدالة على الجواز]

و قد ورد في الأخبار المستفيضة جواز غيبة المتجاهر منها قوله ع في رواية هارون بن الجهم: إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة و قوله ع: من ألقى جلابب الحياء فلا غيبة له و رواية أبي البختری: ثلاثة ليس لهم حرمة صاحب هوى مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعلن بفسقه و مفهوم قوله ع: من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و عددهم فلم يخلفهم فهو ممن كملت مروته و ظهرت عدالته و وجبت إخوته و حرمت غيبته و في صحيحة ابن أبي يعفور الواردة: في بيان العدالة بعد تعريف العدالة أن الدليل على ذلك أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته دل على ترتب حرمة التفتيش على كون الرجل ساترا فتنتفى عند انتفائه. و مفهوم قوله ع في رواية علقمة المحكية عن المحاسن: من لم تره بعينك يرتكب ذنبا و لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر و شهادته مقبولة و إن كان في نفسه مذنبا و من اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله تعالى داخل في ولاية الشيطان إلى آخر الخبر دل على ترتب حرمة الاغتياب و قبول الشهادة على كونه من أهل الستر و كونه من أهل العدالة على طريق اللف و النشر أو على اشتراط الكل - بكون الرجل غير مرئي منه المعصية و لا مشهود عليه بها و مقتضى المفهوم جواز الاغتياب مع عدم الشرط خرج منه غير المتجاهر. و كون قوله من اغتابه إلى آخره جملة مستأنفة غير معطوفة على الجزاء خلاف الظاهر.

[عدم اعتبار قصد الغرض الصحيح في غيبة المتجاهر]

ثم إن مقتضى إطلاق الروايات جواز غيبة المتجاهر فيما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحيح و لم أجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحيح و هو ارتداعه عن المنكر. نعم تقدم عن الشهيد الثاني - احتمال اعتبار قصد النهي عن المنكر في جواز سب المتجاهر مع اعترافه بأن ظاهر النص و الفتوى عدمه

و هل يجوز اغتياح المتجاهر في غير ما تجاهر به

صرح الشهيد الثاني و غيره بعدم الجواز و حكى عن الشهيد أيضا. و ظاهر الروايات النافية لاحترام المتجاهر و غير الساتر هو الجواز و استظهره في الحدائق من كلام جملة من الإعلام و صرح به بعض الأساطين. و ينبغي إلحاق ما يتستر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح فمن تجاهر باللواط العياذ بالله جاز اغتياحه بالتعرض للنساء الأجنبية و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتياحه بالسرقة و من تجاهر بكونه جلاد السلطان يقتل الناس و ينكلهم جاز اغتياحه بشرب الخمر و من تجاهر بالقبايح المعروفة جاز اغتياحه بكل قبيح و لعل هذا هو المراد بمن ألقى جلباب الحياء لا من تجاهر بمعصية خاصة و عد مستورا بالنسبة إلى غيرها كبعض عمال الظلمة

ثم المراد بالمتجاهر

من تجاهر بالقيح بعنوان أنه قبيح فلو تجاهر به مع إظهار محمل له لا يعرف فساد إلا القليل كما إذا كان من عمال الظلمة ادعى في ذلك عذرا مخالفا للواقع أو غير مسموع منه لم يعد متجاهرا. نعم لو كان اعتذاره واضح الفساد لم يخرج عن التجاهر

و لو كان متجاهرا عند أهل بلده أو محلته مستورا عند غيرهم

هل يجوز ذكره عند غيرهم ففيه إشكال من إمكان دعوى ظهور روايات المرخصة فيمن لا يستنكف عن الإطلاق على عمله مطلقا فرب متجاهر في بلده متستر في بلاد الغربية أو في طريق الحج و الزيارة لثلايق عن عيون الناس. و بالجملة فحيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الإطلاق و جب الاقتصار على ما تيقن خروجه فالأحوط الاقتصار على ذكر المتجاهر بما لا يكرهه لو سمعه و لا يستنكف من ظهوره للغير. نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره لم يقدر في 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 الثاني إظهار عيوبه فلا يجوز إلا بمقدار الرخصة.

الثاني تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم

إشارة

و إن كان متسترا به كما إذا ضربه في الليل الماضي و شتمه أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه

[أدلة الاستثناء]

لظاهر قوله تعالى وَ لَمَنْ اَنْتَصَرَ بِعَدِ ظُلْمِهِ فَاُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ اِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَقوله تعالى لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ فَعَن تفسير القمى أنه لا يحب الله أن يجهر الرجل بالظلم و السوء و يظلم إلا من ظلم فقد أطلق له

المكاسب، ج ١، ص ٤٥

أن يعارضه بالظلم و عن تفسير العياشى عنه ع: من أضاف قوما فأساء ضيافتهم فهو ممن ظلم فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه و هذه الرواية و إن وجب توجيهها إما بحمل الإساءة على ما يكون ظلما و هتكا لاحترامهم أو بغير ذلك إلا أنها دالة على عموم من ظلم فى الآية الشريفة و أن كل من ظلم فلا جناح عليه فيما قال فى الظالم و نحوها فى وجوب التوجيه رواية أخرى فى هذا المعنى محكية عن المجمع: إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته فلا جناح عليه فى أن يذكره بسوء ما فعله

و يؤيد الحكم فيما نحن فيه أن فى منع المظلوم من هذا الذى هو نوع من التشفى حرجا عظيما

و لأن فى تشريع الجواز مظنة ردع للظالم و هى مصلحة خالية عن مفسدة فيثبت الجواز لأن الأحكام تابعة للمصالح. و يؤيده ما تقدم من عدم الاحترام للإمام الجائر بناء على أن عدم احترامه من جهة جوره لا من جهة تجاهره و إلا لم يذكره فى مقابل الفاسق المعلن بالفسق و فى النبوى: لصاحب الحق مقال.

[هل يقيد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه]

و الظاهر من جميع ما ذكر عدم تقييد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه بسببه و قواه بعض الأساطين خلافا لكاشف الريبة و جمع ممن تأخر عنه فقيده اقتصارا فى مخالفة الأصل على المتيقن من الأدلة لعدم عموم فى الآية و عدم نهوض ما تقدم فى تفسيرها للحجية مع أن المروى عن الإمام الباقر فى تفسيرها المحكى عن مجمع البيان أنه: لا يحب الله الشتم فى الانتصار إلا من ظلم فلا بأس له أن ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به فى الدين. قال فى الكتاب المذكور و نظيره و اَنْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظَلَمُوا و ما بعد الآية لا يصلح للخروج بها عن الأصل الثابت بالأدلة العقلية و النقلية و مقتضاه الاقتصار على مورد رجاء تدارك الظلم فلو لم يكن قابلا للتدارك لم تكن فائدة فى هتك الظالم

[ظاهر بعض الأخبار جواز الاشتكاء لترك الأولى]

و كذا لو لم يكن ما فعل به ظلما- بل كان من ترك الأولى و إن كان يظهر من بعض الأخبار جواز الاشتكاء لذلك فعن الكافى و التهذيب بسندهما عن حماد بن عثمان قال: دخل رجل على أبى عبد الله ع فشكا إليه رجلا من أصحابه فلم يلبث إن جاء المشكو عليه فقال أبو عبد الله ع ما لفلان يشكوك فقال له يشكونى أنى استقضيت منه حقى قال فجلس أبو عبد الله ع مغضبا ثم قال فقال كأنك إذا استقضيت حقك لم تسئ أ رأيت ما حكى الله عز و جل فى كتابه و يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ أ ترى أنهم خافوا الله عز و جل أن يجوز عليهم لا و الله ما خافوا إلا الاستقضاء فسماه الله عز و جل سوء الحساب فمن استقضى فقد أساء و مرسله ثعلبة بن ميمون المروية عن الكافى قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه فقال له أبو عبد الله ع و أنى لك بأخيك الكامل و أى الرجال المهذب فإن الظاهر من الجواب أن الشكوى إنما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب. و مع ذلك كله فالأحوط عد هذه الصورة من الصور العشر الآتية التى رخص فيها فى الغيبة لغرض صحيح أقوى من مصلحة احترام المغتاب كما أن الأحوط جعل الصورة السابقة خارجة عن موضوع الغيبة بذكر المتجاهر بما لا يكره نسبه إليه من الفسق المتجاهر به و إن جعلها

من تعرض لصور الاستثناء منها

فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها

منها نصح المستشير

فإن النصيحة واجبة للمستشير فإن خيانتة قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع في المغتاب. و كذلك النصح من غير استشاره فإن من أراد تزوج امرأة و أنت تعلم بقبائحها التي توجب وقوع الرجل من أجلها في الغيبة و الفساد فلا ريب أن التنبيه على بعضها و إن أوجب الوقيعه فيها أولى من ترك نصح المؤمن مع ظهور عدة من الأخبار في وجوبه.

و منها الاستفتاء

بأن يقول للمفتي ظلمي فلان في حقى فكيف طريقى في الخلاص هذا إذا كان الاستفتاء موقوفا على ذكر الظالم بالخصوص و إلا فلا يجوز

[حكاية هند زوجة أبى سفيان]

و يمكن الاستدلال عليه بحكاية هند زوجة أبى سفيان و اشتكائها إلى رسول الله ص و قولها إنه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى فلم يرد ص عليها غيبة أبى سفيان. و لو نوقش في هذا الاستدلال بخروج غيبة مثل أبى سفيان عن محل الكلام أمكن الاستدلال بصحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله ع قال: جاء رجل إلى النبى ص فقال إن أمى لا تدفع يد لامس فقال احبسها قال قد فعلت فقال ص فامنع من يدخل عليها قال قد فعلت قال ص فقيدها فإنك لا تبرها بشيء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عز و جل إلى آخر الخبر و احتمال كونها متجاهرة مدفوع بالأصل.

و منها قصد ردع المغتاب عن المنكر الذى يفعله

فإنه أولى من ستر المنكر عليه فهو فى الحقيقة إحسان فى حقه مضافا إلى عموم أدلة النهى عن المنكر.

و منها قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس

كالمبتدع الذى يخاف من إضلاله الناس و يدل عليه مضافا إلى أن مصلحه دفع فتنته عن الناس أولى من ستر المغتاب ما عن الكافى بسنده الصحيح عن أبى 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 الوقيعه و باهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلموا من بدعهم يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات.

و منها جرح الشهود

فإن الإجماع دل على جوازه و لأن مصلحه عدم الحكم بشهادة الفساق أولى من الستر على الفاسق و مثله بل أولى بالجواز جرح الرواة فإن مفسدة العمل برواية الفاسق أعظم من مفسدة شهادته و يلحق بذلك الشهادة بالزنى و غيره لإقامة الحدود.

و منها دفع الضرر عن المغتاب و عليه يحمل ما ورد فى ذم زرارة

من عدة أحاديث وقد بين ذلك الإمام ع بقوله في بعض ما أمر به عبد الله بن زرارَةَ بتبليغ أبيه: اقرأ مني على والدك السلام فقل له إنما أعيبك دفاعاً مني عنك فإن الناس يسارعون إلى كل من قربناه وحمدناه لإدخال الأذى عليه فيمن نحبه و نقر به و يذمونه لمحبتنا له و قربته و دنوة منا و يرون إدخال الأذى عليه و قتله و يحمدون كل من عيناه نحن و إنما أعيبك لأنك رجل اشتهرت منا بميلك إلينا و أنت في ذلك مذموم غير محمود الأمر بمودتك لنا و ميلك إلينا فأحببت أن أعيبك ليحمدوا أمرك في الدين بعيبك و نقصك و يكون ذلك منا دافع شرهم عنك يقول الله عز و جل **أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَضْبًا** هذا التنزيل من عند الله ألا و الله ما عابها إلا لكي

المكاسب، ج ١، ص ٤٦

تسلم من الملك و لا تغضب على يديه و لقد كانت صالحة ليس للعب فيها مساغ و الحمد لله فافهم المثل رحمك الله فإنك أحب الناس إلى و أحب أصحاب أبي إلى حيا و ميتا و إنك أفضل سفن ذلك البحر القمقام الزاخر و إن وراءك لملكاً ظلوماً غصبوا يرقب عبور كل سفينة صالحة ترد من بحر الهدى ليأخذها غصبا و يغضب أهلها فرحمة الله عليك حيا و رحمة الله عليك ميتا إلى آخر الخبر.

و يلحق بذلك الغيبة للتيقن على نفس المتكلم

أو ماله أو عرضه أو على ثالث فإن الضرورات تبيح المحظورات.

و منها ذكر الشخص بعينه الذي صار بمنزلة الصفة المميزة له

التي لا يعرف إلا بها كالأعمش و الأعرج و الأشتر و الأحول و نحوها و في الحديث جاءت زينب العطارَةُ الحولاء إلى نساء رسول الله ص. و لا بأس بذلك فيما إذا صارت الصفة في اشتهار يوصف الشخص بها إلى حيث لا يكره ذلك صاحبها و عليه يحمل ما صدر عن الإمام ع و غيره من العلماء الأعلام لكن كون هذا مستثنى مبنى على كون مجرد العيب الظاهر من دون قصد الانتقاص غيبة و قد منعنا ذلك سابقاً إذ لا وجه لكرهه المغتاب لعدم كونها إظهاراً لعيب غير ظاهر و المفروض عدم قصد الذم أيضاً اللهم إلا أن يقال إن الصفات المشعرة بالذم كالألقاب المشعرة به يكره الإنسان الاتصاف بها و لو من دون قصد الذم بها فإن إشعارها بالذم كاف في الكراهة.

و منها [ذكر الشخص بما لا يؤثر عند السامع شيئاً لكونه عالماً به]

ما حكاه في كشف الريبَة عن بعض من أنه إذا علم اثنان من رجل معصية شاهدها فأجرى أحدهما ذكره في غيبته ذلك العاصي جاز لأنه لا يؤثر عند السامع شيئاً و إن كان الأولى تنزيه النفس و اللسان عن ذلك لغير غرض من الأغراض الصحيحة خصوصاً مع احتمال نسيان المخاطب لذلك أو خوف اشتهارها عنهما انتهى. أقول إذا فرض عدم كون ذكرهما في مقام التعيير و المذمة و ليس هنا هتك ستر أيضاً فلا وجه للتحريم و لا لكونها غيبة إلا على ظاهر بعض التعاريف المتقدمة.

و منها رد من ادعى نسبا ليس له

فإن مصلحة حفظ الأنساب أولى من مراعاة حرمة المغتاب

و منها القدح في مقالة باطله

و إن دل على نقصان قائلها إذا توقف حفظ الحق و إضاعة الباطل عليه و أما ما وقع من بعض العلماء بالنسبة إلى من تقدم عليه منهم من الجهر بالسوء من القول فلم يعرف له وجه مع شيوعه بينهم من قديم الأيام ثم إنهم ذكروا موارد للاستثناء لا حاجة إلى ذكرها بعد

ما قدمنا أن الضابط في الرخصة وجود مصلحة غالبية على مفسده هتك احترام المؤمن و هذا يختلف باختلاف تلك المصالح و مراتب مفسده هتك المؤمن فإنها متدرجه في القوة و الضعف فرب مؤمن لا يساوى عرضه شىء فالواجب التحرى في الترجيح بين المصلحة و المفسده.

الرابع يحرم استماع الغيبه بلا خلاف

إشارة

فقد ورد: أن السامع للغيبه أحد المغتابين. و الأخبار في حرمة كثيرة إلا أن ما يدل على كونه من الكبائر كالرواية المذكورة و نحوها ضعيفه السند ثم المحرم سماع الغيبه المحرمه دون ما علم حليتها

و لو كان متجاهرا عند المغتاب مستورا عند المستمع

و قلنا بجواز الغيبه حينئذ للمتكلم - فالمحكي جواز الاستماع من احتمال كونه متجاهرا إلا مع العلم بعدمه.

قال في كشف الرية إذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم المغتاب مستحقا للغيبه

و لا- عدمه قيل لا- يجب نهى القائل لإمكان الاستحقاق فيحمل فعل القائل على الصحة ما لم يعلم فساده لأن ردعه يستلزم انتهاك حرمة و هو أحد المحرمين ثم قال و الأولى التنزيه عن ذلك حتى يتحقق المخرج منه لعموم الأدلة و ترك الاستفصال فيها و هو دليل إرادة العموم حذرا من الإغراء بالجهل و لأن ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول فيه بالنسبة إلى السامع مع احتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته و هو هدم قاعدة النهى عن الغيبه انتهى أقول و المحكى بقوله قيل لا دلالة فيه على جواز الاستماع و إنما يدل على عدم وجوب النهى عنه و يمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبه مع فرض جوازها للقائل لأن السامع أحد المغتابين فكما أن المغتاب تحرم عليه الغيبه إلا إذا علم التجاهر المسوغ كذلك السامع يحرم عليه الاستماع إلا إذا علم التجاهر و إما نهى القائل فغير لازم مع دعوى القائل العذر المسوغ بل مع احتمالها في حقه و إن اعتقد الناهى عدم التجاهر. نعم لو علم عدم اعتقاد القائل بالتجاهر و جب ردعه

[مختار المؤلف]

هذا و لكن الأقوى جواز الاستماع إذا جاز للقائل لأنه قول غير منكر فلا يحرم الإصغاء إليه للأصل. و الرواية على تقدير صحتها تدل على أن السامع لغيبه كقائل تلك الغيبه فإن كان القائل عاصيا كان المستمع كذلك فتكون دليلا على الجواز فيما نحن فيه. نعم لو استظهر منها أن السامع للغيبه كأنه متكلم بها فإن جاز السامع التكلم بغيبه جاز سماعها و إن حرم عليه حرم سماعها أيضا لكانت الرواية على تقدير صحتها دليلا للتحريم فيما نحن فيه لكنه خلاف الظاهر من الرواية على تقدير قراءة المغتابين بالثنية و إن كان هو الظاهر على تقدير قراءته بالجمع لكن هذا التقدير خلاف الظاهر و قد تقدم في مسألة التشبيب أنه إذا كان شك السامع في حصول شرط حرمة من القائل لم يحرم استماعه فراجع

ثم إنه يظهر من الأخبار المستفيضة وجوب رد الغيبه

. فعن المجالس بإسناده عن أبي ذر رضوان الله عليه عن النبي ص: من اغتیب عنده أخوه المؤمن و هو يستطيع نصره فنصره نصره الله

تعالى في الدنيا والآخرة وإن خذله وهو يستطيع نصره خذله الله في الدنيا والآخرة ونحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عن آباءه ع في وصية النبي ص لعلي ع. وعن عقاب الأعمال بسنده عن النبي ص: من رد عن أخيه غيبة سمعها في مجلس رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة فإن لم يرد عنه وأعجبه كان عليه كوزر من اغتابه وعن الصدوق بإسناده عن الصادق ع في حديث الملاهي عن النبي ص: من تطول على أخيه في غيبة سمعها فيه في مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة فإن هو لم يردّها وهو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة إلى آخر الخبر. ولعل وجه زيادة عقابه أنه إذا لم يردّه تجرى المغتاب على الغيبة فيصر على هذه الغيبة وغيرها

[المراد بالرد الانتصار للغائب لا صرف النهي عن الغيبة]

و الظاهر أن الرد غير النهي عن الغيبة والمراد به الانتصار للغائب بما يناسب تلك الغيبة فإن كان عيباً دنيوياً انتصر له بأن العيب ليس إلا- ما عاب الله به من المعاصي التي من أكبرها ذكرك أحاك بما لم يعبأ الله به وإن كان عيباً دنيوياً وجهه بمحامل تخرجه عن المعصية فإن لم يقبل المكاسب، ج ١، ص ٤٧

التوجيه انتصر له بأن المؤمن قد يتلى بالمعصية فينبغي أن تستغفر له وتهتم له لا أن تعيره و أن تعيرك إياه لعله أعظم عند الله من معصيته ونحو ذلك. ثم إنه يظهر من الأخبار المستفيضة وجوب رد الغيبة . فعن المجالس بإسناده عن أبي ذر رضوان الله عليه عن النبي ص: من اغتاب عنده أخوه المؤمن وهو يستطيع نصره فنصره نصره الله تعالى في الدنيا والآخرة وإن خذله وهو يستطيع نصره خذله الله في الدنيا والآخرة ونحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عن آباءه ع في وصية النبي ص لعلي ع. وعن عقاب الأعمال بسنده عن النبي ص: من رد عن أخيه غيبة سمعها في مجلس رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة فإن لم يرد عنه وأعجبه كان عليه كوزر من اغتابه وعن الصدوق بإسناده عن الصادق ع في حديث الملاهي عن النبي ص: من تطول على أخيه في غيبة سمعها فيه في مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة فإن هو لم يردّها وهو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة إلى آخر الخبر. ولعل وجه زيادة عقابه أنه إذا لم يردّه تجرى المغتاب على الغيبة فيصر على هذه الغيبة وغيرها

[الأخبار الواردة في عقوبة ذي اللسانين و ذمه]

ثم إنه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممن يمدح المغتاب في حضوره وهذا وإن كان في نفسه مباحاً إلا أنه إذا انضم مع ذمه في غيبته سمي صاحبه ذا لسانين يوم القيامة وتؤكد حرمتها ولذا ورد في المستفيضة أنه يجيء ذو لسانين يوم القيامة وله لسانان من النار فإن لسان المدح في الحضور وإن لم يكن لساناً من نار إلا أنه إذا انضم إلى لسان الذم في الغياب صار كذلك. وعن المجالس بسنده عن حفص بن غياث عن الصادق عن أبيه عن آباءه عن علي ع قال رسول الله ص: من مدح أخاه المؤمن في وجهه و اغتابه من ورائه فقد انقطع ما بينهما من العصمة وعن الباقر ع: بشس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين يقرأ أخاه شاهداً و يأكله غائباً إن أعطى حسده و إن ابتلى خذله

[البهتان أغلظ تحريماً من الغيبة]

واعلم أنه قد يطلق الاغتيا ب على البهتان وهو أن يقال في شخص ما ليس فيه وهو أغلظ تحريماً من الغيبة و وجهه ظاهر لأنه جامع بين مفسدتي الكذب و الغيبة و يمكن القول بتعدد العقاب- من جهة كل من العنوانين و المركب. و في رواية علقمة عن الصادق ع

حدثني أبي عن آباءه ع عن رسول الله ص أنه قال: من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة أبداً و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه فقد انقطعت العصمة بينهما و كان المغتاب في النار خالداً فيها و بس المصير.

خاتمة في بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه

إشارة

ففي صحيحة مرآزم عن أبي عبد الله ع: ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن و روى في الوسائل و كشف الريبة عن كثر الفوائد للشيخ الكراجكي عن الحسين بن محمد بن علي الصيرفي عن محمد بن علي الجعابي عن القاسم بن محمد بن جعفر العلوي عن أبيه عن آباءه ع قال: قال رسول الله ص للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو يغفر زلته و يرحم عبرته و يستر عورته و يقبل عثرته و يقبل معذرتة و يرد غيبته و يديم نصيحته و يحفظ خلته و يرعى ذمته و يعود مرضه و يشهد ميتة و يجيب دعوته و يقبل هديته و يكافئ صلته و يشكر نعمته و يحسن نصرته و يحفظ حليلته و يقضى حاجته و يستنجح مسألته و يسمت عطسته و يرشد ضالته و يرد سلامه و يطيب كلامه و يبر إنعامه- و يصدق أقسامه و يوالي وليه و لا يعاديه و ينصره ظالماً و مظلوماً فأما نصرته ظالماً فيرده عن ظلمه و أما نصرته مظلوماً فيعيه على أخذ حقه و لا يسلمه و لا يخذله و يحب له من الخير ما يحب لنفسه و يكره له من الشر ما يكره لنفسه ثم قال ع سمعت رسول الله ص يقول إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له و عليه. و الأخبار في حقوق المؤمن كثيرة و الظاهر إرادة الحقوق المستحبة التي ينبغي أدائها. و معنى القضاء لذيها على من هي عليه المعاملة معه معاملة من أهملها بالحرمان عما أعد لمن أدى حقوق الإخوة

ثم إن ظاهرها و إن كان عاماً إلا أنه يمكن تخصيصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر

أما المؤمن المضيق لها فالظاهر عدم تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبة إليه و لا يوجب إهمالها مطالبته يوم القيامة لتحقيق المقاصد فإن التهاتر يقع في الحقوق كما يقع في الأموال.

و قد ورد في غير واحد من الأخبار ما يظهر منه الرخصة في ترك هذه الحقوق

لبعض الإخوان بل لجميعهم إلا القليل منهم. فعن الصدوق رحمه الله في الخصال و كتاب الإخوان و الكليني بسندهما عن أبي جعفر ع قال: قام إلى أمير المؤمنين ص رجل بالبصرة فقال أخبرنا عن الإخوان فقال ع الإخوان صنفان إخوان الثقة و إخوان المكاشرة فأما إخوان الثقة فهم كالكف و الجناح و الأهل و المال فإذا كنت من أخيك على ثقة فابدل له مالك و يدك و صاف من صافاه و عاد من عاداه و اکتب سره و عيبه و أظهر منه الحسن و اعلم أيها السائل أنهم أعز من الكبريت الأحمر و أما إخوان المكاشرة فإنك تصيب منهم لذتك فلا تقطن ذلك منهم و لا تطلبن ما وراء ذلك من ضميرهم و ابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقة الوجه و حلاوة اللسان

[حدود الصداقة]

و في رواية عبيد الله الحلبي المروية في الكافي عن أبي عبد الله ع قال: لا تكون الصداقة إلا بحدودها فمن كانت فيه هذه الحدود أو شيء منها فانسبه إلى الصداقة و من لم يكن فيه شيء منها فلا تنسبه إلى شيء من الصداقة فأولها أن تكون سريرته و علانيته لك واحدة و الثانية أن يرى زينك زينه و شينك شينه و الثالثة أن لا تغيره عليك ولا ية و لا مال و الرابعة أن لا يمنعك شيئاً تناله مقدرته و الخامسة و هي تجمع هذه الخصال أن لا يسلمك عند النكبات و لا يخفي أنه إذا لم تكن الصداقة لم تكن الأخوة فلا بأس بترك الحقوق المذكورة بالنسبة إليه. و في نهج البلاغة: لا يكون الصديق صديقا حتى يحفظ أخاه في ثلاث في نكبته و في غيبته و في وفاته

و في كتاب الإخوان بسنده عن الوصافي عن أبي جعفر قال: قال لي أ رأيت من قبلكم إذا كان الرجل ليس عليه رداء و عند بعض إخوانه رداء يطرحه عليه قلت لا- قال فإذا كان ليس عنده إزار يوصل إليه بعض إخوانه بفضل إزاره حتى يجد له إزارا قلت لا قال فضرب بيده على فخذه و قال ما هؤلاء ياخوة إلى آخر الخبر دل على أن من لا يواسي المؤمن ليس بأخ له فلا يكون له حقوق الأخوة المذكورة في روايات الحقوق. و نحوه رواية ابن أبي عمير عن خلاد رفعه قال: أبطأ على رسول الله ص رجل فقال ما أبطأ بك فقال العري يا رسول الله فقال ص أ ما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما فقال بلى يا رسول الله فقال ص ما هذا لك بأخ و في رواية يونس بن زبيان قال قال أبو عبد الله ع: اختبروا إخوانكم بخصلتين فإن كانتا فيهم و إلا فأعزب ثم اعزب ثم اعزب المحافظة على الصلاة في مواقيتها و البر بالإخوان في اليسر و العسر

القمار

الخامسة عشرة القمار و هو حرام إجماعا

إشارة

و يدل عليه الكتاب و السنة المتواترة

[معنى القمار لغة و شرعا]

و هو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة الرهن على اللعب بشيء بالآلات المعروفة و حكى عن جماعة أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقا و لو من دون رهن و به صرح في جامع المقاصد و عن بعض أن أصل المقامرة المغالبة. فكيف كان فهنا مسائل أربع لأن اللعب قد يكون بآلات القمار مع الرهن و قد يكون بدونه و المغالبة بغير آلات القمار قد تكون مع العوض و قد تكون بدونه.

فالأولى اللعب بآلات القمار مع الرهن

و لا إشكال في حرمتها و حرمة العوض و الإجماع عليها محقق و الأخبار بها متواترة.

الثانية اللعب بآلات القمار من دون رهن

إشارة

المكاسب، ج ١، ص ٤٨

و في صدق القمار عليه نظر لما عرفت و مجرد الاستعمال لا- يوجب إجراء أحكام المطلقات و لو مع البناء على أصالة الحقيقة في الاستعمال لقوة انصرافها إلى الغالب من وجود الرهن في اللعب بها. و منها تظهر الخدشة في الاستدلال على المطلب بإطلاق النهي عن اللعب بتلك الآلات بناء على انصرافه إلى المتعارف من ثبوت الرهن. نعم قد يبعد دعوى الانصراف في رواية أبي الربيع الشامي: عن الشطرنج و النرد قال لا تقربوهما قلت فالغناء قال لا خير فيه لا تقربه.

[الأخبار الدالة على الحرمة]

و الأولى الاستدلال على ذلك بما تقدم في رواية تحف العقول من أن ما يجيء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات. و في تفسير القمي عن أبي الجارود عن أبي جعفر: في قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ قَالَ أما الخمر فكل مسكر من الشراب إلى أن قال و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر إلى أن قال و كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام محرم. و ليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدرى حتى يرد ما تقدم من انصرافه إلى اللعب مع الرهن بل المراد الآلات بقرينه قوله بيعه و شراؤه و قوله و أما الميسر فهو النرد إلى آخر الحديث. و يؤيد الحكم ما عن مجالس المفيد الثاني ولد شيخنا الطوسي رحمهما الله بسنده عن أمير المؤمنين ع: في تفسير الميسر في أن كل ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر و رواية الفضيل قال: سألت أبا جعفر عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس من النرد و الشطرنج حتى انتهت إلى السدر قال إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون قال مع الباطل قال و مالك و الباطل و في موثقة زرارة عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الشطرنج و عن لعبة الشيب التي يقال لها لعبة الأمير و عن لعبة الثلاث فقال رأيت إذا ميز الله بين الحق و الباطل مع أيهما يكون قلت مع الباطل قال فلا خير فيه و في رواية عبد الواحد بن مختار: عن اللعب بالشطرنج قال إن المؤمن لمشغول عن اللعب فإن مقتضى إناطة الحكم بالباطل و اللعب عدم اعتبار الرهن في حرمة اللعب بهذه الأشياء و لا يجرى دعوى الانصراف هنا.

الثالثة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار

إشارة

كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل و على المصارعة و على الطيور و على الطفرة و نحو ذلك مما عدوها في باب السبق و الرماية من أفراد غير ما نص على جوازه و الظاهر الإلحاق بالقمار في الحرمة و الفساد بل صريح بعض أنه قمار.

و صرح العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابحه بعدم الخلاف في الحرمة و الفساد

و هو ظاهر كل من نفى الخلاف في تحريم المسابقة فيما عدا المنصوص مع العوض و جعل محل الخلاف فيه بدون العوض فإن ظاهر ذلك أن محل الخلاف هنا هو محل الوفاق هناك و من المعلوم أنه ليس هنا إلا الحرمة التكليفية دون خصوص الفساد.

[الأخبار الدالة على الحرمة]

و يدل عليه أيضاً قول الإمام الصادق ع إنه قال رسول الله ص: إن الملائكة لتحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش و ما سوى ذلك قمار حرام و في رواية أبي العلاء بن سيابة عن الإمام الصادق ع عن النبي ص: إن الملائكة لتنتفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل و المحكى عن تفسير العياشى عن ياسر الخادم عن الإمام الرضا ع قال: سألت عن الميسر قال الثفل من كل شيء قال و الثفل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيرها و في صحيحة معمر بن خلاد: كل ما قورم عليه فهو ميسر و في رواية جابر عن أبي جعفر: قيل يا رسول الله ما الميسر قال كل ما تقوم به حتى الكعاب و الجوز و الظاهر أن المقامرة بمعنى المغالبة على الرهن

[استظهار بعض اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار و المناقشة فيه]

و مع هذه الروايات الظاهرة بل الصريحة في الحرمة المعتضدة بدعوى عدم الخلاف في الحكم ممن تقدم فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار. و أما مطلق الرهان و المغالبة بغيرها فليس فيه إلا فساد المعاملة و عدم تملك الراهن فيحرم التصرف فيه لأنه أكل مال بالباطل و لا معصية من جهة العمل كما في القمار بل لو أخذ الرهن بعنوان الوفاء

بالعهد الذى هو نذر له - لا كفارة له مع طيب النفس من الباذل لا بعنوان أن المقامرة المذكورة أوجبتة و ألزمته أمكن القول بجوازه. و قد عرفت من الأخبار إطلاق القمار عليه - و كونه موجبا للعن الملائكة و تنفرهم و أنه من الميسر المقرون بالخمير. و أما ما ذكره أخيرا من جواز أخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد فلم أفهم معناه لأن العهد الذى تضمنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به إذ لا يستحب ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك إلا أن يراد صورة الوفاء بأن يملكه تملিকা جديدا بعد الغلبة فى اللعب لكن حل الأكل على هذا الوجه جار فى القمار المحرم أيضا غاية الأمر الفرق بينهما بأن الوفاء لا يستحب فى المحرم لكن الكلام فى تصرف المبدول له بعد التملك الجديد لا فى فعل الباذل و أنه يستحب له أو لا

[عدم الخلاف فى الحكم بالحرمة و الفساد]

و كيف كان فلا أظن أن الحكم بحرمة الفعل مضافا إلى الفساد محل إشكال بل و لا محل خلاف كما يظهر من كتاب السبق و الرماية و كتاب الشهادات و قد تقدم دعواه صريحا من بعض الأعلام.

[قضاء أمير المؤمنين (ع) فى رجل آكل و أصحاب له شاء]

نعم عن الكافى و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس عن أبى جعفر قال: قضى أمير المؤمنين ع فى رجل آكل و أصحاب له شاء - فقال إن أكلتموها فهى لكم و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا فقضى فيه و أن ذلك باطل لا شىء فى المؤكلة فى الطعام ما قل منه أو كثر و منع غرامة فيه.

[ظهور الرواية فى الجواز]

و ظاهرها من حيث عدم ردع الإمام ع عن فعل مثل هذا أنه ليس بحرام إلا أنه لا يترتب عليه الأثر لكن هذا وارد على تقدير القول بالبطان و عدم التحريم أيضا لأن التصرف فى هذا المال مع فساد المعاملة حرام أيضا فتأمل.

ثم إن حكم المعوض من حيث الفساد

حكم سائر المأخوذ بالمعاملات الفاسدة يجب رده على مالكه مع بقائه و مع التلف فالبديل مثلا أو قيمة.

و ما ورد من قىء الإمام ع - البيض الذى قامر به الغلام

فعله للحذر من أن يصير الحرام جزء من بدنه لا للرد على المالك لكن يشكل بأن ما كان تأثيره كذلك كيف أكل المعصوم ع له جهلا بناء على عدم إقدامه على المحرمات الواقعية غير المتبدلة بالعلم لا جهلا و لا غفلة لأن ما دل على عدم جواز الغفلة عليه فى ترك الواجب و فعل الحرام دل على عدم جواز الجهل عليه فى ذلك اللهم إلا أن يقال إن مجرد التصرف من المحرمات العلمية - و التأثير الواقعي غير المتبدل بالجهل إنما هو فى بقائه و صيرورته بدلا عما يتحلل من بدنه ع و الفرض اطلاعه عليه فى أوائل وقت تصرف المعدة و لم يستمر جهله. هذا كله لتطبيق فعلهم على القواعد و إلا فلهم فى حركاتهم من أفعالهم و أقوالهم شئون لا يعلمها

المكاسب، ج ١، ص ٤٩

غيرهم.

الرابعة المغالبة بغير عوض - في غير ما نص على جواز المسابقة فيه

إشارة

و الأكثر على ما في الرياض على التحريم بل حكى فيها عن جماعة دعوى الإجماع عليه و هو الظاهر من بعض العبارات المحكية عن التذكرة.

[الظاهر من بعض عبارات التذكرة الإجماع على التحريم]

فمن موضع منها أنه لا يجوز المسابقة في المصارعة بعوض و بغير عوض عند علمائنا أجمع لعموم النهى إلا في الثلاثة الخف و الحافر و النصل و ظاهر استدلاله أن مستند الإجماع هو النهى و هو جار في غير المصارعة أيضا. و عن موضع آخر لا يجوز المسابقة على رمى الحجارة باليد و المقلاع و المنجنيق سواء أ كان بعوض أم بغير عوض عند علمائنا و فيه أيضا لا يجوز المسابقة على المراكب و السفن و الطيارات عند علمائنا و قال أيضا لا يجوز المسابقة على مناطق الغنم و مهارشة الديك بعوض و بغير عوض قال و كذلك لا يجوز المسابقة بما لا ينتفع به في الحرب و عد فيما مثل به اللعب بالخاتم و الصولجان و رمى البنادق و الجلايق و الوقوف على رجل واحدة و معرفة ما في اليد من الزوج و الفرد و سائر الألعاب و كذلك اللبث في الماء قال و جوزه بعض الشافعية و ليس بجيد انتهى.

و ظاهر المسالك الميل إلى الجواز

و استجوده في الكفاية و تبعه بعض من تأخر عنه للأصل و عدم ثبوت الإجماع و عدم النص عدا ما تقدم من التذكرة من عموم النهى و هو غير دال لأن السبق في الرواية يحتمل التحريك بل في المسالك أنه المشهور في الرواية و عليه فلا تدل إلا على تحريم المراهنة بل هي غير ظاهرة في التحريم أيضا لاحتمال إرادة فسادها بل هو الأظهر لأن نفي العوض ظاهر في نفي استحقيقه و إرادة نفي جواز العقد عليه في غاية البعد. و على تقدير السكون فكما يحتمل نفي الجواز التكليفي فيحتمل نفي الصحة لوروده مورد الغالب من اشتغال المسابقة على العوض

و قد يستدل للتحريم أيضا بأدلة القمار

بناء على أنه مطلق المغالبة و لو بدون العوض كما يدل عليه ما تقدم من إطلاق الرواية- بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا. و دعوى أنه يشترط في صدق القمار أحد الأمرين إما كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار و إن لم يكن عوض و إما المغالبة مع العوض و إن لم يكن بالآلات المعدة للقمار على ما يشهد به إطلاقه في رواية الرهان في الخف و الحافر في غاية البعد بل الأظهر أنه مطلق المغالبة. و يشهد له أن إطلاق آله القمار موقوف على عدم دخول الآلة في مفهوم القمار كما في سائر الآلات المضافة إلى الأعمال حيث إن الآلة غير مأخوذة في المفهوم و قد عرفت أن العوض أيضا غير مأخوذ فيه فتأمل.

و يمكن أن يستدل على التحريم أيضا بما تقدم من أخبار حرمة الشطرنج و النرد

معللة بكونها من الباطل و اللعب و أن كل ما ألهى عن ذكر الله عز و جل فهو الميسر. و قوله ع: في بيان حكم اللعب بالأربعة عشر لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمي و المراد رهان الفرس و لا شك في صدق اللهو و اللعب فيما نحن فيه ضرورة أن العوض لا دخل له في ذلك.

و يؤيده ما دل على أن كل لهو المؤمن باطل

خلا ثلاثة و عد منها إجراء الخيل و ملاعبة الرجل امرأته و لعله لذلك كله استدل في الرياض تبعاً للمهذب في مسألنا بما دل على حرمة اللعب لكن قد يشكل الاستدلال فيما إذا تعلق بهذه الأفعال غرض صحيح يخرج عن صدق اللهو عرفاً فيمكن إناطة الحكم باللهو و يحكم في غير مصاديقه بالإباحة إلا- أن يكون قولاً بالفصل و هو غير معلوم و سيجيء بعض الكلام في ذلك عند التعرض لحكم اللهو و موضوعه إن شاء الله القيادة

السادسة عشرة القيادة- و هو السعي بين الشخصين لجمعهما على الوطاء المحرم

السادسة عشرة القيادة- و هو السعي بين الشخصين لجمعهما على الوطاء المحرم و هي من الكبائر و قد تقدم تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك في مسألة تدليس الماشطة. و في صحيحة ابن سنام: أنه يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني خمسة و سبعون سوطاً و ينفي من المصر الذي هو فيه القيافة

السابعة عشرة القيافة و هو حرام في الجملة

إشارة

السابعة عشرة القيافة و هو حرام في الجملة نسبه في الحدائق إلى الأصحاب و في الكفاية لا أعرف له خلافاً و عن المنتهى الإجماع.

[القائف لغة و اصطلاحاً]

و القائف كما عن الصحاح و القاموس و المصباح هو الذي يعرف الآثار- و عن النهاية و مجمع البحرين زيادة أنه يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه و في جامع المقاصد و المسالك كما عن إيضاح النافع و الميسية أنها إلحاق الناس بعضهم ببعض و قيد في الدروس و جامع المقاصد كما في التنقيح حرمتها بما إذا ترتب عليها محرم و الظاهر أنه مراد الكل و إلا فمجرد حصول الاعتقاد العلمي أو الظني بنسب شخص لا دليل على تحريمه

[الأخبار الناهية عن مراجعة القائف]

و لذا نهى في بعض الأخبار عن إتيان القائف و الأخذ بقوله. ففي المحكي عن الخصال ما أحب أن تأتيهم و عن مجمع البحرين أن في الحديث لا تأخذ بقول القائف. و نسب بعض أهل السنة أن رسول الله ص قضى بقول القافة و قد أنكر ذلك عليهم في أخبارنا كما يشهد به ما في الكافي عن زكريا بن يحيى بن نعمان الصيرفي قال: سمعت علي بن جعفر يحدث حسن بن الحسين بن علي بن الحسين فقال و الله لقد نصر الله أبا الحسن الرضاع فقال الحسن إى و الله جعلت فداك لقد بغى عليه إخوته فقال علي بن جعفر إى و الله و نحن عمومته بغينا عليه فقال له الحسن جعلت فداك كيف صنعتم فإني لم أحضركم قال قال له إخوته و نحن أيضاً- ما كان فينا إمام قط حائل اللون فقال لهم الرضاع هو ابني قالوا فإن رسول الله ص قد قضى بالقافة فيننا و بينك القافة قال ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا

فلا ولا تعلموهم لما دعوتموهم إليه و لتكونوا في بيوتكم فلما جاءوا أقعدونا في البستان و اصطف عمومته و إخوته و أخواته و أخذوا الرضاع و ألبسوه جبء من صوف و قلنسوة منها و وضعوا على عنقه مسحاة و قالوا له ادخل البستان كأنك تعمل فيه ثم جاءوا بأبي جعفر فقالوا ألقوا هذا الغلام بأبيه فقالوا ليس له هاهنا أب و لكن هذا عم أبيه و هذا عمه و هذه عمته و إن يكن له هاهنا أب فهو صاحب البستان فإن قدميه و قدميه واحدة فلما رجع أبو الحسن ع قالوا هذا أبوه قال علي بن جعفر فقلت فمصصت ريق أبي جعفر ثم قلت له أشهد أنك إمامي إلى آخر الخبر نقلناه بطوله تيمنا
الكذب

الثامنة عشرة الكذب و هو حرام بضرورة العقول و الأديان

إشارة

الثامنة عشرة الكذب و هو حرام بضرورة العقول و الأديان
و يدل عليه الأدلة الأربعة إلا أن الذى ينبغى الكلام فيه مقامان أحدهما فى أنه من الكبائر ثانيهما فى مسوغاته

أما الأول [هل المستفاد من الأخبار أن الكذب من الكبائر]

إشارة

فالظاهر من غير واحد من الأخبار كالمروى فى العيون بسنده عن الفضل بن شاذان لا يقصر عن الصحيح و المروى عن الأعمش فى حديث شرائع الدين عده من الكبائر. و فى الموثقة بعثمان بن عيسى: إن الله تعالى جعل
المكاسب، ج ١، ص ٥٠

للشر أقالا- و جعل مفاتيح تلك الأقال الشراب و الكذب شر من الشراب و أرسل عن رسول الله ص: أ لا أخبركم بأكبر الكبائر الإشراك بالله و عقوق الوالدين و قول الزور أى الكذب و عنه ص: إن المؤمن إذا كذب بغير عذر لعنه سبعون ألف ملك خرج من قلبه نتن حتى يبلغ العرش و كتب عليه بتلك الكذبة سبعين زنية أهونها كمن يزنى مع أمه و يؤيده ما عن العسكري ع: جعلت الخبائث كلها فى بيت واحد و جعل مفتاحها الكذب إلى آخر الحديث فإن مفتاح الخبائث كلها كبيرة لا محالة. و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكُذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ فجعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها و لذلك كله أطلق جماعة كالفاضلين و الشهيد الثانى فى ظاهر كلماتهم كونه من الكبائر من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسدة أو لا يترتب عليه شىء أصلا. و يؤيده ما روى: عن النبى ص فى وصيته لأبى ذر و يلى للذى يحدث فيكذب ليضحك القوم و يلى له و يلى له فإن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالبا إيقاع فى المفسدة.

[هل الكذب كله من الكبائر]

نعم فى الأخبار ما يظهر من عدم كونه على الإطلاق كبيرة- مثل رواية أبى خديجة عن أبى عبد الله ع: إن الكذب على الله و على رسوله من الكبائر فإنها ظاهرة باختصاص الكبيرة بهذا الكذب الخاص لكن يمكن حملها على كون هذا الكذب الخاص من الكبائر الشديدة العظيمة و لعل هذا أولى من تقييد المطلقات المتقدمة. و فى مرسله سيف بن عميرة عن أبى جعفر ع قال: كان على بن الحسين ع يقول لولده اتقوا الكذب الصغير منه و الكبير فى كل جد و هزل فإن الرجل إذا كذب فى الصغير اجترأ على الكبير- إلى

آخر الخبر و يستفاد منه أن عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفساد.

[هل الكذب من اللمم]

و فى صحيحه ابن الحجاج: قلت لأبى عبد الله الكذاب هو الذى يكذب فى الشىء قال لا ما من أحد إلا يكون ذاك منه و لكن المطبوع على الكذب فإن قوله ما من أحد إلا يكون ذاك منه يدل على أن الكذب- من اللمم التى تصدر من كل أحد لا من الكبائر. و عن الحارث الأعور عن على ع قال: لا يصلح من الكذب جد و لا هزل و أن لا يعد أحدكم صبيه ثم لا يفى له إن الكذب يهدى إلى الفجور و الفجور يهدى إلى النار و ما زال أحدكم يكذب حتى يقال كذب و فجر إلى آخر الخبر و فيه أيضا إشعار بأن مجرد الكذب ليس فجورا.

[حكم الإنشاء المنبئ عن الكذب]

و قوله و لا أن يعد أحدكم صبيه ثم لا يفى له لا بد أن يراد منه النهى عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء و هو المراد ظاهرا بقوله تعالى كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ بل الظاهر عدم كونه كذبا حقيقيا و أن إطلاق الكذب عليه فى الرواية- لكونه فى حكمه من حيث الحرمة أو لأن الوعد مستلزم للإخبار بوقوع الفعل كما أن سائر الإنشاءات كذلك و لذا ذكر بعض الأساطين أن الكذب و إن كان من صفات الخبر إلا أن حكمه يجرى فى الإنشاء المنبئ عنه كمدح المذموم و ذم الممدوح و تمنى المكاره و ترجى غير المتوقع و إيجاب غير الموجب و نذب غير النادب و وعد غير العازم

[خلف الوعد لا يدخل فى الكذب]

و كيف كان فالظاهر عدم دخول خلف الوعد فى الكذب لعدم كونه من مقوله الكلام. نعم هو كذب للوعد بمعنى جعله مخالفا للواقع كما أن إنجاز الوعد صدق له بمعنى جعله مطابقا للواقع فيقال صادق الوعد و وعد غير مكذوب و الكذب بهذا المعنى ليس محرما على المشهور و إن كان غير واحد من الأخبار ظاهرا فى حرمة و فى بعضها الاستشهاد بالآية المتقدمة

[الكذب فى الهزل]

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين خصوصا المرسله حرمة الكذب حتى فى الهزل و يمكن أن يراد بها الكذب فى مقام الهزل. و أما نفس الهزل و هو الكلام الفاقد للقصد إلى تحقق مدلوله فلا يبعد أنه غير محرم مع نصب القرينة على إرادة الهزل كما صرح به بعض و لعله لانصراف الكذب إلى الخبر المقصود و للسيرة و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحية- و يحتمل غير بعيد حرمة لعموم ما تقدم خصوصا الخبرين الأخيرين- و النبوى فى وصية أبى ذر لأن الأكاذيب المضحكة أكثرها من قبيل الهزل. و عن الخصال بسنده عن رسول الله ص: أنا زعيم بيت فى أعلى الجنة و بيت فى وسط الجنة و بيت فى رياض الجنة لمن ترك المراء و إن كان محقا و لمن ترك الكذب و إن كان هازلا- و لمن حسن خلقه و قال أمير المؤمنين ص: لا يجد الرجل طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله و جدّه

ثم إنه لا ينبغى الإشكال فى أن المبالغه فى الادعاء و إن بلغت ما بلغت ليست من الكذب

و ربما يدخل فيه إذا كانت فى غير محلها كما لو مدح إنسانا قبيح المنظر و شبه وجهه بالقمر إلا إذا بنى على كونه كذلك فى نظر المادح فإن الأنظار تختلف فى التحسين و التقيح كالدائقات فى المطعومات.

و أما التورية

إشارة

و هو أن يريد بلفظ معنى مطابقا للواقع و قصد من إلقائه أن يفهم المخاطب منه خلاف ذلك مما هو ظاهر فيه عند مطلق المخاطب أو المخاطب الخاص كما لو قلت في مقام إنكار ما قلته في حق أحد علم الله ما قلته و أردت بكلمة ما الموصولة و فهم المخاطب النافية و كما لو استأذن رجل بالباب فقال الخادم له ما هو هاهنا و أشار إلى موضع فارغ في البيت و كما لو قلت اليوم ما أكلت الخبز تعنى بذلك حالة النوم أو حالة الصلاة إلى غير ذلك فلا ينبغي الإشكال في عدم كونها من الكذب و لذا صرح الأصحاب فيما سيأتي من وجوب التورية عند الضرورة بأنه يؤدي بما يخرج عن الكذب بل اعترض جامع المقاصد على قول العلامة في القواعد في مسألة الوديعه إذا طالبها ظالم بأنه يجوز الحلف كاذبا و تجب التورية على العارف بها بأن العبارة لا تخلو عن مناقشة حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التورية و معلوم أن لا كذب معها انتهى. و وجه ذلك أن الخبر باعتبار معناه و هو المستعمل فيه كلامه ليس مخالفا للواقع و إنما فهم المخاطب من كلامه أمرا مخالفا للواقع لم يقصده المتكلم من اللفظ. نعم لو ترتبت عليها مفسدة حرمت من تلك الجهة اللهم إلا أن يدعى أن مفسدة الكذب و هو الإغراء موجودة فيها و هي ممنوعة لأن الكذب محرم لا لمجرد الإغراء.

[الملك في اتصاف الخبر بالكذب عند بعض الأفاضل]

و ذكر بعض الأفاضل أن المعتبر في اتصاف الخبر بالصدق و الكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه فلو قال رأيت حمارا و أراد منه البليد من دون نصب قرينه فهو متصف بالكذب و إن لم يكن المراد مخالفا للواقع انتهى موضع الحاجة. أقول فإن أراد اتصاف الخبر في المكاسب، ج ١، ص ٥١

الواقع فقد تقدم أنه دائر مدار موافقه المخبر و مخالفته للواقع لأنه معنى الخبر و المقصود منه دون ظاهره الذي لم يقصد. و إن أراد اتصافه عند الواصف فهو حق مع فرض جهله بإرادة خلاف الظاهر. لكن توصيفه حيثنذ باعتقاد أن هذا هو مراد المخبر و مقصوده فيرجع الأمر إلى إناطة الاتصاف بمراد المتكلم و إن كان الطريق إليه اعتقاد المخاطب.

و مما يدل على سلب الكذب عن التورية

ما روى في الاحتجاج: أنه سئل الإمام الصادق ع عن قول الله عز و جل في قصة إبراهيم على نبينا و آله و عليه السلام بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَيَلُّوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْظُرُونَ قال ما فعله كبيرهم و ما كذب إبراهيم قيل و كيف ذلك فقال إنما قال إبراهيم فسئلوهم إن كانوا ينطقون أى إن نطقوا فكبيرهم فعل- و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئا فما نطقوا و ما كذب إبراهيم: و سئل [أبو عبد الله ع] عن قول الله تعالى [فِي يَوْسُفَ] أَيْتُهَا الْعِيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ قال إنهم سرقوا يوسف من أبيه أ لا- ترى أنهم قالوا نفقد صواع الملك و لم يقولوا سرقتم صواع الملك: و سئل عن قول الله عز و جل حكاية عن إبراهيم ع إِنِّي سَيِّئِمٌّ قال ما كان إبراهيم سقيما و ما كذب إنما عنى سقيما في دينه أى مرتادا و في مستطرفات السرائر من كتاب ابن كثير قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية قولى ليس هو هاهنا فقال ع لا بأس ليس بكذب فإن سلب الكذب مبنى على أن المشار إليه بقوله هاهنا موضع خال من الدار إذ لا وجه له سوى ذلك. و روى في باب الحيل من كتاب الطلاق للمبسوط: أن واحدا من الصحابة صحب واحدا آخر فاعترضهما في الطريق أعداء المصحوب فأنكر الصحاب أنه هو فأحلفوه فحلف لهم أنه أخوه فلما أتى النبي ص قال له صدقت المسلم أخو المسلم إلى غير ذلك مما يظهر منه ذلك

أما الكلام في المقام الثاني و هي مسوغات الكذب

إشارة

فاعلم أنه يسوغ الكذب لوجهين

أحدهما الضرورة إليه

إشارة

فيسوق معها بالأدلة الأربعة قال الله تعالى **إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ** وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَقَالَ تَعَالَى **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً**. وقوله ع: ما من شيء إلا وقد أحله الله لمن اضطر إليه وقد اشتهر أن الضرورات تبيح المحظورات. والأخبار في ذلك أكثر من أن تحصى وقد استفاضت أو تواترت بجواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه. والإجماع أظهر من أن يدعى أو يحكى والعقل مستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين مع بقاءه على قبحة أو انتفاء قبحة لغلبة الآخر عليه على القولين وهما كون القبح العقلي مطلقا أو في خصوص الكذب لأجل الذات فيختلف الوجوه والاعتبارات ولا إشكال في ذلك

وإنما الإشكال والخلاف في أنه هل يجب حينئذ التورية لمن يقدر عليها أم لا

إشارة

ظاهر المشهور هو الأول كما يظهر من المقنعة والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والقواعد واللمعة وشرحها والتحرير وجامع المقاصد والرياض ومحكى مجمع البرهان في مسألة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة.

[ما يدل على الوجوب من كلمات الفقهاء]

قال في المقنعة من كانت عنده أمانة فطالبه ظالم بتسليمها إليه وخيانة صاحبها فيها فليجدها ليحفظها على المؤمن له عليها وإن استحلّفه على ذلك فليحلف ويورى في نفسه بما يخرج عن الكذب فليجهد وإن استحلّفه ظالم على ذلك فليحلف ويورى في نفسه بما يخرج عن الكذب إلى أن قال فإن لم يحسن التورية وكانت نيته حفظ الأمانة أجزأته النية وكان مأجورا انتهى. وقال في هذه المسألة أعنى مطالبه الظالم الوديعة فإن قنع الظالم منه بيمينه فله أن يحلف ويورى في ذلك انتهى. وفي الغنية في هذه المسألة ويجوز له أن يحلف أنه ليس عنده وديعة ويورى في يمينه بما يسلم به من الكذب بدليل إجماع الشيعة انتهى وقال في المختصر النافع حلف موريا وفي القواعد وتجب التورية على العارف بها انتهى وفي السرائر في باب الحيل من كتاب الطلاق لو أنكر الاستدانة خوفا من الإقرار بالإبراء أو القضاء جاز الحلف مع صدقه بشرط التورية بما يخرج عن الكذب انتهى وفي اللمعة يحلف عليه فيورى و قريب منه في شرحها وفي جامع المقاصد في باب المكاسب تجب التورية بما يخرج عن الكذب انتهى.

[وجه ما ذكره الفقهاء في وجوب التورية]

ووجه ما ذكره أن الكذب حرام ولم يحصل الاضطرار إليه مع القدرة على التورية فيدخل تحت العمومات مع أن قبح الكذب عقلي

فلا يسوغ إلا مع تحقق عنوان حسن في ضمنه يغلب حسنه على قبحه و يتوقف تحققه على تحققه و لا يكون التوقف إلا مع العجز عن التوريه

[مقتضى الإطلاقات عدم الوجوب]

و هذا الحكم جيد إلا أن مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص في الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك. ففي رواية السكوني عن الإمام الصادق عن أبيه عن آباءه عن علي ع قال قال رسول الله ص: احلف بالله كاذبا و نج أخاك من القتل و صحیحة إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضاع قال: سألته عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف له لينجو به منه قال لا- بأس و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على مال نفسه قال نعم و عن الفقيه قال قال الصادق ع: اليمين على وجهين إلى أن قال فأما اليمين التي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذبا و لم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرأ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره و في موثقة زرارة بابن بكير: أنا نمر على هؤلاء القوم فيستحلفوننا على أموالنا و قد أدينا زكاتها فقال يا زرارة إذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا و رواية سماعة عن أبي عبد الله ع: إذا حلف الرجل تقياً لم يضره إذا هو أكره أو اضطر إليه و قال ليس شيء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطر إليه إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا الباب و فيما يأتي من جواز الكذب في الإصلاح التي يصعب على الفقيه التزام تقيدها بصورة عدم القدرة على التورية. و أما حكم العقل بقبح الكذب في غير مقام توقف تحقق المصلحة الراجحة عليه فهو و إن كان مسلماً إلا أنه يمكن القول بالعموم شرعاً- للأخبار المذكورة كما عفى عن الكذب في الإصلاح و عن السب و التبري مع الإكراه مع أنه قبيح عقلاً أيضاً مع أن إيجاب التورية على القادر لا يخلو عن الالتزام بالعسر كما لا يخفى

[المختار اشتراط جواز الكذب بعدم إمكان التورية]

فلو قيل بتوسعة الشارع على العباد بعدم ترتب الآثار على الكذب فيما نحن فيه و إن قدر على التورية كان حسناً إلا أن 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

المكاسب، ج ١، ص ٥٢

مطلقاً عموم من وجه فيرجع إلى عمومات حرمة الكذب فتأمل. هذا مع إمكان منع الاستبعاد المذكور لأن مورد الأخبار عدم التفات إلى التورية في مقام الضرورة إلى الكذب إذ مع الالتفات فالغالب اختيارها إذ لا داعي إلى العدول عنها إلى الكذب

[هل يتحقق الإكراه في صورة القدرة على التورية]

ثم إن أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم القدرة على التورية أطلقوا القول بلغوية ما أكره عليه من العقود و الإيقاعات و أقوال المحرمة كالسب و التبري من دون تقييد بصورة عدم التمكن من التورية بل صرح بعض هؤلاء كالشهيد في الروضة و المسالك في باب الطلاق بعدم اعتبار العجز عنها بل في كلام بعض ما يشعر بالاتفاق عليه مع أنه يمكن أن يقال إن المكروه على البيع إنما أكره على التلفظ بالصيغة. و أما إرادة المعنى فمما لا- يقبل الإكراه فإذا أراد مع القدرة على عدم إرادته فقد اختاره فالإكراه على البيع الواقعي يختص بغير القادر على التورية لعدم المعرفة بها أو عدم الالتفات إليها كما أن الاضطرار إلى الكذب يختص بغير القادر عليها

[الفرق بين الإكراه و الكذب]

و يمكن أن يفرق بين المقامين بأن الإكراه إنما يتعلق بالبيع الحقيقي أو الطلاق الحقيقي غاية الأمر قدرة المكروه على التفصي عنه بإيقاع الصورة من دون إرادة المعنى لكنه غير المكروه عليه. و حيث إن الأخبار خالية عن اعتبار العجز عن التفصي بهذا الوجه لم يعتبر ذلك في حكم الإكراه و هذا بخلاف الكذب فإنه لم يسوغ إلا عند الاضطرار إليه و لا اضطرار مع القدرة. نعم لو كان الإكراه من أفراد الاضطرار بأن كان المعترف في تحقق موضوعه عرفا أو لغة العجز عن التفصي كما ادعاه بعض أو قلنا باختصاص رفع حكمه بصورة الاضطرار بأن كان عدم ترتب الأثر على المكروه عليه من حيث إنه مضطر إليه لدفع الضرر المتوقع عليه به عن النفس و المال كان ينبغي فيه اعتبار العجز من التورية لعدم اضطرار مع القدرة عليها. و الحاصل أن المكروه إذا قصد المعنى مع التمكن من التورية صدق على ما أوقع أنه مكروه عليه فيدخل في عموم رفع ما أكرهوا عليه. و أما المضطر فإذا كذب مع القدرة على التورية لم يصدق أنه مضطر إليه فلا يدخل في عموم رفع ما اضطروا إليه هذا كله على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصورة الاضطرار إليه حتى من جهة العجز عن التورية. و أما على ما استظهرناه من الأخبار كما اعترف به جماعة من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهة العجز عن التورية فلا فرق بينه و بين الإكراه كما أن الظاهر أن أدلة نفي الإكراه راجعة إلى الاضطرار لكن من غير جهة التورية. فالشارع رخص في ترك التورية في كل كلام مضطر إليه للإكراه عليه أو دفع الضرر به هذا و لكن الأحوط التورية في البابين

ثم إن الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات

. نعم يستحب تحمل الضرر المالي الذي لا يجحف و عليه يحمل قول أمير المؤمنين ع في نهج البلاغة: علامة الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك-

[الأنسب حمل روايات التقية على خلاف الظاهر لا الكذب لمصلحة]

ثم إن الأقوال الصادرة عن أئمتنا في مقام التقية في بيان الأحكام مثل قولهم: لا بأس بالصلاة في ثوب أصابه خمر و نحو ذلك و إن أمكن حمله على الكذب لمصلحة بناء على ما استظهرنا جوازه من الأخبار إلا- أن الأليق بشأنهم ع هو الحمل على إرادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينة بأن يريد من جواز الصلاة في الثوب المذكور جوازها عند تعذر الغسل و الاضطرار إلى اللبس و قد صرحوا بإرادة المحامل البعيدة في بعض الموارد مثل أنه: ذكر ع أن النافلة فريضة ففرع المخاطب ثم قال إنما أردت صلاة الوتر على النبي ص

و من هنا يعلم أنه إذا دار الأمر في بعض المواضع بين الحمل على التقية و الحمل على الاستحباب

كما في الأمر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا تعين الثاني لأن التقية تتأدى بإرادة المجاز و إخفاء القرينة.

الثاني من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح

و قد استفاضت الأخبار بجواز الكذب عند إرادة الإصلاح.

ففي صحيحة معاوية بن عمار: المصلح ليس بكذاب و نحوها رواية معاوية بن حكم عن أبيه عن جده عن أبي عبد الله ع. و في رواية عيسى بن حسان في الوسائل عن الصادق ع: كل كذب مسؤل عنه صاحبه يوما إلا كذبا في ثلاثة رجل كائد في حربته فهو موضوع عنه أو رجل أصلح بين اثنين يلقي هذا بغير ما يلقي به هذا يريد بذلك الإصلاح أو رجل وعد أهله و هو لا يريد أن يتم لهم و بمضمون هذه الرواية في استثناء هذه الثلاثة روايات. و في مرسله الواسطي عن أبي عبد الله ع قال: الكلام ثلاثة صدق و كذب و إصلاح بين الناس قال قيل له جعلت فداك ما الإصلاح بين الناس قال تسمع من الرجل كلاما يبلغه فتخبث نفسه فيقول سمعت من

فلان قال فيك من الخير كذا و كذا خلاف ما سمعت منه و عن الصدوق في كتاب الإخوان بسنده عن أبي الحسن الرضا ع قال: إن الرجل ليصدق على أخيه فيصيبه عنت من صدقه فيكون كذابا عند الله و إن الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقا ثم إن ظاهر الأخبار المذكورة عدم وجوب التورية و لم أر من اعتبر العجز عنها في جواز الكذب في هذا المقام. و تقييد الأخبار المذكورة بصورة العجز عنها في غاية البعد و إن كان مراعاته مقتضى الاحتياط. ثم إنه قد ورد في أخبار كثيرة جواز الوعد الكاذب مع الزوجة بل مطلق الأهل و الله العالم
الكهانة

التاسعة عشرة الكهانة

إشارة

من كهن يكهن ككتب يكتب كتابه كما في الصحاح إذا تكهن قال و يقال كهن بالضم كهانة بالفتح إذا صار كاهنا. و عن القاموس أيضا الكهانة بالكسر لكن عن المصباح كهن يكهن كقتل يقتل كهانة بالفتح

[من هو الكاهن]

و كيف كان فعن النهاية أن الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان. فقد كان في العرب كهنة فمنهم من كان يزعم أن له تابعا من الجن يلقي إليه الأخبار و منهم من كان يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات و أسباب يستدل بها على مواقعها من كلام من سأله أو فعله أو حاله و هذا يخصونه باسم العراف. و المحكى عن الأكثر في تعريف الكاهن ما في القواعد من أنه من كان له رأى من الجن يأتيه الأخبار. و عن التنقيح أنه المشهور و نسبه في السرائر إلى القيل و رأى على فعيل من رأى يقال فلان رأى القوم أى صاحب رأيهم قيل و قد تكسر راؤه اتبعا و عن القاموس و السرائر رأى كغنى جنى يرى فيخبر و عن النهاية يقال للتابع من الجن رأى بوزن كى.

المكاسب، ج ١، ص ٥٣

[تفسير الكهانة في رواية الاحتجاج]

أقول روى الطبرسى في الاحتجاج: في جملة الأسئلة التي سألت الزنديق عنها أبا عبد الله ع قال الزنديق فمن أين أصل الكهانة و من أين يخبر الناس بما يحدث قال ع إن الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فترة من الرسل كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم فيخبرهم عن أشياء تحدث و ذلك من وجوه شتى فإسألة العين و ذكاء القلب و وسوسة النفس و فطنة الروح مع قذف في قلبه لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف و أما أخبار السماء فإن الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك و هي لا تحجب و لا ترجم بالنجوم و إنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي من خبر السماء و يلبس على أهل الأرض بما جاءهم من الله تعالى لإثبات الحجج و نفى الشبهة و كان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث الله في خلقه فيختطفها ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن فإذا زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل فلما أصاب الكاهن من خبر يخبر به فهو ما أداه إليه شيطانه مما سمعه و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة. و اليوم إنما تؤدي الشياطين إلى كهانها أخبار الناس بما يتحدثون به و ما يحدثونه و الشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من

الحوادث من سارق سرق و من قاتل قتل و من غائب غاب و هم بمنزلة الناس أيضا صدوق و كذوب إلى آخر الخبر. و قوله ع مع قذف في قلبه يمكن أن يكون قيذا للأخير و هو فطنة الروح فتكون الكهانة بغير قذف الشياطين كما هو ظاهر ما تقدم من النهاية و يحتمل أن يكون قيذا لجميع الوجوه المذكورة فيكون المراد تركب أخبار الكاهن مما يقذفه الشيطان و ما يحدث في نفسه لتلك الوجوه و غيرها كما يدل عليه قوله ع بعد ذلك زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل و كيف كان ففي قوله ع انقطعت الكهانة دلالة ما عن المغرب من أن الكهانة في العرب كانت قبل المبعث و قبل منع الشيطان عن استراق السمع لكن قوله ع إنما تؤدي الشياطين إلى كهانها أخبار الناس و قوله ع قبل ذلك مع قذف في قلبه إلى آخر الكلمات دلالة على صدق الكاهن على من لا يخبر إلا- بإخبار الأرض فيكون المراد من الكهانة المنقطعة الكهانة الكاملة التي يكون الكاهن بها حاكما في جميع ما يتحاكمون إليه من المشتبهات كما ذكر في أول الرواية

و كيف كان فلا خلاف في حرمة الكهانة

. و في المروى عن الخصال: من تكهن أو تكهن له فقد برأ من دين محمد ص و قد تقدم رواية أن الكاهن كالساحر و أن تعلم النجوم يدعو إلى الكهانة. و روى في مستطرفات السرائر عن كتاب المشيخة للحسن بن محبوب عن الهيثم قال: قلت لأبي عبد الله ع إن عندنا بالجزيرة رجلا ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك فنسأله فقال قال رسول الله ص من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب.

[حرمة الإخبار عن الغائبات جزما و لو بغير الكهانة]

و ظاهر هذه الصحيحة أن الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا سواء أ كان بالكهانة أم بغيرها لأنه ع جعل المخبر بالشيء الغائب بين الساحر و الكاهن و الكذاب و جعل الكل حراما و يؤيدها النهي في النبوي المروى في الفقيه في حديث المناهى أنه نهى عن إتيان العراف.

و قال ص: من أتاه و صدقه فقد برأ بما أنزل الله عز و جل على محمد ص. و قد عرفت من النهاية أن المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن و يخص باسم العراف و يؤيد ذلك ما تقدم في رواية الاحتجاج من قوله ع لثلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي إلى آخر الحديث فإن ظاهر قوله هذا أن ذلك مبغوض للشارع من أى سبب كان فتبين من ذلك أن الإخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها من غير نظر في بعض ما صح اعتباره كبعض الجفر و الرمل محرم و لعله لذا عد صاحب المفاتيح من المحرمات المنصوصة الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم لغير نبي أو وصي نبي سواء أ كان بالتنجيم أم الكهانة أم القيافة أو غير ذلك اللهم

العشرون اللهو حرام

العشرون اللهو حرام

إشارة

على ما يظهر من المبسوط و السرائر و المعتمر و القواعد و الذكري و الجعفرى و غيرها حيث عللوا لزوم الإتمام في سفر الصيد بكونه محرما من حيث اللهو.

[كلمات الفقهاء في حرمة اللهو]

قال في المبسوط السفر على أربعة أقسام و ذكر الواجب و الندب و المباح ثم قال الرابع سفر المعصية و عد من أمثلتها من طلب الصيد للهو و البطر و نحوه بعينه عبارة السرائر. و قال في المعبر قال علماؤنا اللاهية بسفره كالمتمتره بصيده بطرا لا يترخص لنا أن اللهو حرام فالسفر له معصية انتهى و قال في القواعد الخامس من شروط القصر إباحة السفر فلا يترخص العاصي بسفره كتابع الجائر و المتصيد لهو انتهى و قال في المختلف في كتاب المتاجر حرم الحلبي الرمي من قوس الجلاهق قال و هذا الإطلاق ليس بجيد بل ينبغي تقييده باللهو و البطر و قد صرح الحلبي في مسألة اللعب بالحمام بغير رهان بحرمة و قال إن اللعب بجميع الأشياء قبيح و رده بعض بمنع حرمة مطلق اللعب. و انتصر في الرياض للحلي بأن ما دل على قبح اللعب و ورود الذم به من الآيات و الروايات أظهر من أن يخفى فإذا ثبت القبح ثبت النهي ثم قال و لو لا شذوذه بحيث كاد أن يكون مخالفا للإجماع لكان المصير إلى قوله ليس بذلك البعيد انتهى. و لا يبعد أن يكون القول بجواز خصوص هذا اللعب و شذوذ القول بحرمة مع دعوى كثرة الروايات بل الآيات على حرمة مطلق اللهو لأجل النص على الجواز فيه في قوله ع: لا بأس بشهادة من يلعب بالحمام و استدلل في الرياض أيضا تبعا للمهذب على حرمة المسابقة بغير المنصوص على جوازه بغير عوض بما دل على تحريم اللهو و اللعب قال لكونها منه بلا تأمل انتهى.

و الأخبار الظاهرة في حرمة اللهو كثيرة جدا

منها ما تقدم من قوله ع في رواية تحف العقول: و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجرة عليه و منها ما تقدم من رواية الأعمش حيث عد في الكبائر الاشتغال بالملاهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار فإن الملاهي جمع ملهى مصدرا أو ملهى وصفا لا الملهاء آله لأنه لا يناسب التمثيل و نحوها في عد الاشتغال بالملاهي من الكبائر رواية العيون الواردة في الكبائر و هي حسنة كالصحيحة بل صحيحة. و منها ما تقدم في روايات القمار في قوله ع: كل ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر و منها: قوله ع في جواب من خرج في السفر يطلب الصيد بالزاة و الصقور إنما خرج في لهو لا يقصر و منها ما تقدم في رواية الغناء في حديث الرضاع: في جواب من سأله عن السماع فقال المكاسب، ج ١، ص ٥٤

إن لأهل الحجاز فيه رأى قال و هو في حيز اللهو: و قوله ع في رد من زعم أن النبي ص رخص في أن يقال جئناكم جئناكم إلخ [حيونا نحيكم إلى آخر الحديث] كذبوا إن الله يقول لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْوًا لَاتَّخِذْنَا مِنْ لَمَدْنَا إِلَى آخِرِ آيَاتِنَا وَ مِنْهَا مَا دَلَّ عَلَى أَنَّ اللَّهَ مِنَ الْبَاطِلِ بِضَمِيمَةٍ مَا يَظْهَرُ مِنْهُ حَرَمَةُ الْبَاطِلِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي رِوَايَاتِ الْغِنَاءِ. ففي بعض الروايات: كل لهو المؤمن من الباطل ما خلا ثلاثة المسابقة و ملاعبة الرجل أهله إلى آخر الحديث و في رواية علي بن جعفر عن أخيه ع قال: سألت عن اللعب بالأربعة عشر و شبهها قال لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمي إلى غير ذلك مما يتوقف عليه المتتبع و يؤيدها أن حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر أنه من حيث اللهو لا من حيث خصوص الآلة. ففي رواية سماعة قال قال أبو عبد الله ع: لما مات آدم شمت به إبليس و قابيل فاجتمعا في الأرض فجعل إبليس و قابيل المعازف و الملاهي شماتة بآدم على نبينا و آله و عليه السلام فكل ما كان في الأرض من هذا الضرب الذي يتلذذ به الناس فإنما هو من ذلك فإن فيه إشارة إلى أن المناط هو مطلق التلهي و التلذذ و يؤيدها ما تقدم من أن المشهور حرمة المسابقة على ما عدا المنصوص بغير عوض فإن الظاهر أنه لا وجه له عدا كونه لهو- و إن لم يصرحوا بذلك عدا القليل منهم كما تقدم. نعم صرح في التذكرة بحرمة المسابقة على جميع الألعاب كما تقدم في نقل كلامه في مسألة القمار

هذا و لكن الإشكال في معنى اللهو

فإنه إن أريد به مطلق اللعب 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 يدخل في ذلك الرقص و التصفيق و الضرب بالطست بدل الدف و كل ما يفيد فائدة آلات اللهو و لو جعل مطلق الحركات التي لا يتعلق بها غرض عقلائي مع انبعاثها عن القوى الشهوية ففي حرمة تردد.

و اعلم أن هنا عنوانين آخرين اللع و اللغو.

أما اللعب

فقد عرفت أن ظاهر بعض ترادفهما و لكن مقتضى تعاطفهما في غير موضع من الكتاب العزيز تغايرهما و لعلهما من قبيل الفقير و المسكين إذا اجتماعا افترقا و إذا افترقا اجتماعا و لعل اللعب يشمل مثل حركات الأطفال غير المنبثثة عن القوى الشهوية.

و اللهو ما تلتذ به النفس و ينبعث عن القوى الشهوية. و قد ذكر غير واحد أن قوله تعالى **أَتَمَّا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ** إلى آخر الآية بيان ملاذ الدنيا على ترتيب تدرجه في العمر و قد جعلوا لكل واحد منها ثمان سنين و كيف كان فلم أجد من أفتى بحرمة اللعب عدا الحلبي على ما عرفت من كلامه- و لعله يريد اللهو و إلا فالأقوى الكراهة.

و أما اللغو

فإن جعل مرادف اللهو كما يظهر من بعض الأخبار كان في حكمه. ففي رواية محمد بن أبي عباد المتقدمة عن أبي الحسن الرضا ع: إن السماع في حيز اللهو و الباطل أ ما سمعت قول الله تعالى **وَ إِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا** و نحوها رواية أبي أيوب حيث أراد باللغو الغناء مستشهدا بالآية و إن أريد به مطلق الحركات اللاغية فالأقوى فيها الكراهة. و في رواية أبي خالد الكابلي عن سيد الساجدين: تفسير الذنوب التي تهتك العصم بشرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطى ما يضحك الناس من اللغو و المزاح و ذكر عيوب الناس: و في وصية النبي ص لأبي ذر رضي الله عنه أن الرجل ليتكلم بالكلمة فيضحك الناس فيهوى ما بين السماء و الأرض مدح من لا يستحق المدح

الحادية و العشرون مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم

إشارة

ذكره العلامة في المكاسب المحرمة و الوجه فيه واضح من جهة قبحه عقلا.

[ما يدل على الحرمة]

و يدل عليه من الشرع قوله تعالى **وَ لَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ** و عن النبي ص فيما رواه الصدوق: من عظم صاحب دنيا و أحبه طمعا في دنياه سخط الله عليه و كان في درجته مع قارون في التابوت الأسفل من النار و في النبوي الآخر الوارد في حديث المناهي: من مدح سلطانا جائرا أو تخفف أو تضع له طمعا فيه كان قرينه في النار.

[وجوب مدح من لا يستحق المدح لدفع شره]

و مقتضى هذه الأدلة حرمة المدح طمعا في الممدوح و أما لدفع شره فهو واجب و قد ورد في عدة أخبار: أن شرار الناس الذين يكرمون اتقاء شرهم معونة الظالمين

الثانية و العشرون معونة الظالمين في ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة

الثانية و العشرون معونة الظالمين في ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة

إشارة

و هو من الكبائر. فعن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس قال قال ع: من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام قال و قال ع: إذا كان يوم القيامة ينادى مناد أين الظلمة أين أعوان الظلمة أين أشباه الظلمة حتى من برىء لهم قلما أو لاق لهم دواة فيجتمعون في تابوت من حديد ثم يرمى بهم في جهنم و في النبوى ص: من علق سوطا بين يدي سلطان جائر جعلها الله حية طولها سبعون ألف ذراع فيسلط الله عليه في نار جهنم خالدا فيها مخلدا.

و أما معونتهم في غير المحرمات

فظاهر كثير من الأخبار حرمتها أيضا كبعض ما تقدم. و قول الصادق ع في رواية يونس بن يعقوب: لا تعنهم على بناء مسجد و قوله ع ما أحب أنى عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء و أن لى ما بين لابتيتها لا و لا مدة بقلم إن أعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار حتى يفرغ الله من الحساب لكن المشهور الحرمة حيث قيدوا المعونة المحرمة بكونها في الظلم و الأقوى التحريم مع عد الشخص من الأعوان فإن مجرد إعانتهم على بناء المسجد ليست محرمة إلا أنه إذا عد الشخص معمارا للظالم أو بناء له في خصوص المساجد بحيث صار هذا العمل منصبا له في باب السلطان كان محرما و يدل على ذلك جميع ما ورد في ذم أعوان الظلمة. و قول أبي عبد الله ع في رواية الكاهلى: من سود اسمه في ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيرا و قوله ع: ما اقترب عبد من سلطان جائر إلا تباعد من الله و عن النبى ص: إياكم و أبواب السلطان و حواشيها فإن أقربكم من أبواب السلطان و حواشيها أبعدكم عن الله عز و جل

و أما العمل له في المباحات لأجره أو تبرعا من غير أن يعد معينا له في ذلك

إشارة

فضلا من أن يعد من أعوانه فالأولى عدم الحرمة للأصل و عدم الدليل

[ظهور بعض الأخبار في التحريم]

إشارة

عدا ظاهر الأخبار مثل رواية ابن أبي يعفور قال: كنت عند أبي عبد الله ع إذ دخل عليه رجل من أصحابنا فقال له جعلت فداك ربما أصاب الرجل منا الضيق و الشدة فيدعى إلى البناء بينه أو النهز يكرهه أو المسناة يصلحها فما تقول في ذلك فقال أبو عبد الله ع ما أحب أنى عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء و أن لى ما بين لابتيتها إلى آخر ما تقدم. و رواية محمد بن عذافر عن أبيه قال: قال

لى أبو عبد الله ع يا عذافر بلغنى أنك تعامل أبا أيوب و أبا الربيع فما حالك إذا نودى بك فى أعوان الظلمة قال فوجم أبى فقال له المكاسب، ج ١، ص ٥٥

أبو عبد الله ع لما رأى ما أصابه أى عذافر إنما خوفتك بما خوفنى الله عز و جل به قال محمد فقدم أبى فما زال مغموما مكروبا حتى مات و رواية صفوان بن مهران الجمال: دخلت على أبى الحسن الأول ع فقال لى يا صفوان كل شىء منك حسن جميل ما خلا شيئا واحدا فقلت جعلت فداك أى شىء قال ع إكراؤك جمالك من هذا الرجل يعنى هارون قلت و الله ما أكريته أشرا و لا بطرا و لا للصيد و لا- لهو و لكنى أكريته لهذا الطريق يعنى طريق مكة و لا- أتولاه بنفسى و لكن أبعث معه غلمانى فقال لى يا صفوان أيقع كراؤك عليهم قلت نعم جعلت فداك قال أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك قلت نعم قال من أحب بقاءهم فهو منهم و من كان منهم كان وروده إلى النار قال صفوان فذهبت و بعث جمالى عن آخرها فبلغ ذلك إلى هارون فدعاني فقال لى يا صفوان بلغنى أنك بعث جمالك قلت نعم قال و لم قلت أنا شيخ كبير و إن الغلمان لا يقومون بالأعمال فقال هيهات هيهات إنى لأعلم من أشار عليك بهذا إنما أشار عليك بهذا موسى بن جعفر قلت ما لى و لموسى بن جعفر قال دع هذا عنك فو الله لو لا حسن صحبتك لقتلتك. و ما ورد فى تفسير الركون إلى الظالم من أن الرجل يأتى السلطان فيحب بقاءه إلى أن يدخل يده فى كيسه فيعطيه و غير ذلك مما ظاهره و جوب التجنب عنهم. و من هنا لما قيل لبعض إنى رجل أخيط للسلطان ثيابه فهل ترانى بذلك داخلا فى أعوان الظلمة قال له المعين من يبيحك الإبر و الخيوط و أما أنت فمن الظلمة أنفسهم. و فى رواية سليمان الجعفرى المروية عن تفسير العياشى: أن الدخول فى أعمالهم و العون لهم و السعى فى حوائجهم عدل الكفر و النظر إليهم على العمد من الكبائر التى يستحق بها النار

[مناقشة ظهور الأخبار فى التحريم]

لكن الإنصاف أن شيئا مما ذكر لا- ينهض دليلا- لتحريم العمل لهم على غير جهة المعونة. أما الرواية الأولى فلأن التعبير فيها فى الجواب بقوله لا- أحب ظاهر فى الكراهة. و أما قوله ع إن أعوان الظلمة إلى آخر الحديث فهو من باب التنبيه على أن القرب إلى الظلمة و المخالطة معهم مرجوح و إلا فليس من يعمل لهم الأعمال المذكورة فى السؤال خصوصا مرة أو مرتين خصوصا مع الاضرار معدودا من أعوانهم و كذلك يقال فى رواية عذافر مع احتمال أن تكون معاملة عذافر مع أبى أيوب و أبى الربيع على وجه يكون معدودا من أعوانهم و عمالهم. و أما رواية صفوان فالظاهر منها أن نفس المعاملة معهم ليست محرمة بل من حيث محبة بقائهم و إن لم تكن معهم معاملة و لا يخفى على الفطن العارف بأساليب الكلام أن قوله ع و من أحب بقاءهم كان منهم لا يراد به من أحبهم مثل محبة صفوان بقاءهم حتى يخرج كراؤه بل هذا من باب المبالغة فى الاجتناب عن مخالطتهم حتى لا يفضى ذلك إلى صيرورتهم من أعوانهم و أن يشرب القلب حبهم لأن القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها.

و قد تبين مما ذكرنا أن المحرم من العمل للظلمة قسما

أحدهما الإعانة لهم على الظلم. الثانى ما يعد معه من أعوانهم و المنسويين إليهم بأن يقال هذا خياط السلطان و هذا معماره. و أما ما عدا ذلك فلا دليل معتبر على تحريمه

النجش

الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة - حرام

الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة - حرام

إشارة

لما فى النبوى المنجبر بالإجماع المنقول عن جامع المقاصد من لعن الناجش و المنجوش له و قوله ص: و لا- تناجشوا. و يدل على قبحة العقل لأنه غش و تلبيس و إضرار

[معنى النجش]

و هو كما عن جماعة أن يزيد الرجل فى ثمن السلعة و هو لا يريد شراءها لىسمعه غيره فيزيد لزيادته بشرط المواطأة مع البائع أو لا بشرطها كما حكى عن بعض و حكى تفسيره أيضا بأن يمدح السلعة فى البيع لينفقها و يروجها لمواطأة بينه و بين البائع أو لا معها. و حرمة بالتفسير الثانى خصوصا لا مع المواطأة يحتاج إلى دليل و حكيت الكراهة عن بعض النميمة

الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة

الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة

[معنى النميمة]

و هى نقل قول الغير إلى المقول فيه كأن يقول تكلم فلان فيك بكذا و كذا قيل هى من نم الحديث من باب قتل و ضرب أى سعى به لإيقاع فتنه أو وحشه

و هى من الكبائر

قال الله تعالى وَ يَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ وَ النمام قاطع لما أمر الله بصلته و مفسد. قيل و هو المراد بقوله تعالى وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ. و قد تقدم فى باب السحر قوله فيما رواه فى الاحتجاج من وجوه السحر: و أن من أكبر السحر النميمة بين المتحابين و عن عقاب الأعمال عن النبى ص: من مشى فى نميمة بين اثنين سلط الله عليه فى قبره نارا تحرقه و إذا خرج من قبره سلط الله عليه تينا أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار. و قد استفاضت الأخبار بعدم دخول النمام الجنة و يدل على حرمتها مع كراهة المقول عنه لإظهار القول عند المقول فيه جميع ما دل على حرمة الغيبة و تفاوت عقوبتها بتفاوت ما يترتب عليها من المفساد.

و قيل إن حد النميمة بالمعنى الأعم كشف ما يكره كشفه

سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث و سواء أ كان الكشف بالقول أم بغيره من الكتابة و الرمز و الإيماء و سواء أ كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال و سواء أ كان ذلك عيبا و نقصانا على المنقول عنه أم لا بل حقيقة النميمة إفشاء السر و هتك الستر عما يكره كشفه انتهى موضع الحاجة.

[متى تباح النميمة و متى تجب]

ثم إنه قد يباح ذلك لبعض المصالح التي هي أكد من مفسدة إفشاء السر كما تقدم في الغيبة بل قيل إنها قد تجب لإيقاع الفتنة بين المشركين لكن الكلام في النميمة على المؤمنين النوح بالباطل

الخامسة والعشرون النوح بالباطل

إشارة

ذكره في المكاسب المحرمة الشيخان و سلار و الحلبي و المحقق و من تأخر عنه

[وجه حرمة النوح بالباطل]

و الظاهر حرمة من حيث الباطل يعنى الكذب و إلا فهو في نفسه ليس بمحرم و على هذا التفصيل دل غير واحد من الأخبار. و ظاهر المبسوط و ابن حمزة التحريم مطلقا كبعض الأخبار و كلاهما محمول على المقيد جمعا الولاية

السادسة والعشرون الولاية من قبل الجائر

إشارة

و هي صيرورته واليا على قوم منصوبا من قبله محرمة

[وجه حرمة الولاية من قبل الجائر]

لأن الوالى من أعظم الأعوان و لما تقدم في رواية تحف العقول من قوله ع: و أما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر و ولاية ولاته و العمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام محرم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير لأن كل شىء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر و ذلك أن فى ولاية الوالى الجائر دروس الحق كله و إحياء الباطل كله و إظهار الظلم و الجور و الفساد و إبطال الكتب و قتل الأنبياء و هدم المساجد و تبديل سنة الله و شرائعه فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم و الكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة إلى الدم و الميتة إلى آخر الخبر و فى رواية زياد بن أبى سلمة: أهون ما يصنع الله

المكاسب، ج ١، ص ٥٦

عز و جل بمن تولى لهم عملا أن يضرب عليه سراق من نار إلى أن يفرغ الله من حساب الخلائق.

ثم إن ظاهر الروايات كون الولاية محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليه

من ظلم الغير مع أن الولاية عن الجائر لا تنفك عن المعصية و ربما كان فى بعض الأخبار إشارة إلى كونه من جهة الحرام الخارجى - ففى صحيحه داود بن زربى قال أخبرنى مولى لعل بن الحسين ع قال: كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله ع الحيرة فأتيته فقلت له جعلت فداك لو كلمت داود بن على - أو بعض هؤلاء فأدخل فى بعض هذه الولايات فقال ما كنت لأفعل فانصرفت إلى منزلى فتنكرت

فقلت ما أحسبه منعنى إلا مخافة أن أظلم أو أجور و الله لآتينه و أعطينه الطلاق و العتاق و الأيمان المغلظة أن لا أجورن على أحد و لا أظلمن و لأعدلن قال فأتيته فقلت جعلت فداك إنى فكرت فى إبائك على و ظننت أنك إنما منعتنى و كرهت ذلك مخافة أن أظلم أو أجور و إن كل امرأة لى طالق و كل مملوك لى حر إن ظلمت أحدا أو جرت على أحد و إن لم أعدل قال كيف قلت فأعدت عليه الإيمان فرفع رأسه إلى السماء فقال تناول السماء أيسر عليك من ذلك بناء على أن المشار إليه هو العدل و ترك الظلم و يحتمل أن يكون هو الترخص فى الدخول.

ثم إنه يسوغ الولاية المذكورة أمران

أحدهما القيام بمصالح العباد

إشارة

بلا خلاف على الظاهر المصرح به فى المحكى عن بعض حيث قال أن تقلد الأمر من قبل الجائر جائز إذا تمكن معه من إيصال الحق لمستحقه بالإجماع و السنة الصحيحة. و قوله تعالى اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ

و يدل عليه

قبل الإجماع أن الولاية إن كانت محرمة لذاتها جاز ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفساد التى هو أهم من مفسده انسلاك الشخص فى أعوان الظلمة بحسب الظاهر و إن كانت لاستلزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه هنا و يدل عليه النبوى الذى رواه الصدوق فى حديث المناهى قال: من تولى عرافة قوم أتى به يوم القيامة و يده مغلولتان إلى عنقه فإن قام فيهم بأمر الله تعالى أطلقه الله و إن كان ظالما يهوى به فى نار جهنم و بئس المصير و عن عقاب الأعمال: و من تولى عرافة قوم و لم يحسن فيهم حبس على شفير جهنم بكل يوم ألف سنة و حشر و يده مغلولتان إلى عنقه فإن قام فيهم بأمر الله أطلقه الله و إن كان ظالما هوى به فى نار جهنم سبعين خريفا و لا يخفى أن العريف سيما فى ذلك الزمان لا يكون إلا من قبل الجائر. و صحيحة زيد الشحام المحكية عن الأمالى عن أبى عبد الله ع: من تولى أمرا من أمور الناس فعدل فيهم و فتح بابيه و رفع ستره و نظر فى أمور الناس كان حقا على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة و يدخل الجنة و رواية زياد بن أبى سلمة عن أبى الحسن موسى ع: يا زياد لأن أسقط من شاهق فأتقطع قطعة قطعة أحب إلى من أن أتولى لأحد منهم عملا أو أطأ بساط رجل منهم إلا لما ذا قلت ما أدرى جعلت فداك قال إلا لتفريج كربته عن مؤمن أو فك أسره أو قضاء دينه و رواية على بن يقطين: إن الله تبارك و تعالى مع السلطان من يدفع بهم عن أوليائه قال الصدوق و فى آخر أولئك عتقاء الله من النار قال و قال الصادق ع:

كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان و عن المقنع: سئل أبو عبد الله ع عن رجل يحب آل محمد و هو فى ديوان هؤلاء يقتل تحت رايتهم قال يحشره الله على نيته إلى غير ذلك. و ظاهرها إباحة الولاية من حيث هى مع المواساة و الإحسان بالإخوان فيكون نظير الكذب فى الإصلاح و ربما يظهر من بعضها الاستحباب و ربما يظهر من بعضها أن الدخول أولا غير جائز إلا أن الإحسان إلى الإخوان كفارة له كمرسلة الصدوق المتقدمة. و فى ذيل رواية زياد بن أبى سلمة المتقدمة: فإن وليت شيئا من أعمالهم فأحسن إلى إخوانك فواحدة بواحدة

و الأولى أن يقال إن الولاية غير المحرمة.

منها ما يكون مرجوحة

و هو من تولى لهم لنظام معاشه قاصدا الإحسان فى خلال ذلك إلى المؤمنين و دفع الضرر عنهم. ففى رواية أبى بصير: ما من جبار إلا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين و هو أقلهم حظا فى الآخرة لصحبة الجبار

و منها ما يكون مستحبة

و هى ولاية من لم يقصد بدخوله إلا- الإحسان إلى المؤمنين فعن رجال النجاشى فى ترجمه محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا قال: إن لله بأبواب الظالمين من نور الله به البرهان و مكن له فى البلاد ليدفع بهم عن أوليائه و يصلح الله بهم أمور المسلمين إليهم ملجأ المؤمنين من الضر و إليهم يفرع ذو الحاجة من شيعتنا و بهم يؤمن الله روعه المؤمنين فى دار الظلمة أولئك المؤمنون حقا أولئك أمناء الله فى أرضه أولئك نور الله فى رعيته يوم القيامة و يزهر نورهم لأهل السماوات كما يزهر نور الكواكب الدرية لأهل الأرض أولئك من نورهم يضىء يوم القيامة خلقوا و الله للجنة و خلقت الجنة لهم فهنيئا لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله قال قلت بما ذا جعلت فداك قال يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن منهم يا محمد

و منها ما يكون واجبه و هو ما توقف الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجب عليه

إشارة

فإن ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدرة و ربما يظهر من

كلمات جماعة عدم الوجوب فى هذه الصورة أيضا

قال فى النهاية

تولى الأمر من قبل السلطان العادل جائز مرغوب فيه و ربما بلغ حد الوجوب لما فى ذلك من التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و وضع الأشياء مواقعها و أما السلطان الجور فمتى علم الإنسان أو غلب على ظنه أنه متى تولى الأمر من قبله أمكن التوصل إلى إقامة الحدود و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و قسمة الأخماس و الصدقات فى أربابها و صلة الإخوان و لا يكون جميع ذلك مخلا بواجب و لا فاعلا لقبيح فإنه استحب له أن يتعرض لتولى الأمر من قبله انتهى

و قال فى السرائر

و أما السلطان الجائر فلا- يجوز لأحد أن يتولى شيئا من الأمور مختارا من قبله إلا أن يعلم أو يغلب على ظنه إلى آخر عبارة النهاية بعينها

و فى الشرائع

و لو أمن من ذلك أى اعتماد ما يحرم و قدر على الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر استحبت

قال فى المسالك

إشارة

بعد أن اعترف أن مقتضى ذلك وجوبها و لعل وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب عن الظالم و عموم النهى عن الدخول معهم و تسويد الاسم فى ديوانهم فإذا لم تبلغ حد المنع فلا أقل من عدم الوجوب.

و لا يخفى ما فى ظاهره من الضعف

كما اعترف به غير واحد لأن الأمر بالمعروف واجب فإذا لم يبلغ ما ذكره من كونه بصورة النائب عن الظالم حد المنع فلا مانع من الوجوب المقدمى للواجب

و يمكن توجيهه بأن نفس الولاية قبيحة محرمة

المكاسب، ج ١، ص ٥٧

لأنها توجب إعلاء كلمة الباطل و تقوية شوكة الظالم فإذا عارضها قبيح آخر و هو ترك الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و ليس أحدهما أقل قبحا من الآخر فللمكلف فعلها تحصيلاً لمصلحة لأمر بالمعروف و تركها دفعا لمفسدة تسويد اسمهم فى ديوانهم الموجب لإعلاء كلمتهم و تقوية شوكتهم. نعم يمكن الحكم باستحباب اختيار أحدهما لمصلحة لم تبلغ حد الإلزام حتى يجعل أحدهما أقل قبحا ليصير واجبا. و الحاصل أن جواز الفعل و الترك هنا ليس من باب عدم جريان دليل قبح الولاية و تخصيص دليله بغير هذه الصورة بل من باب مزاحمة قبحها بقبح ترك الأمر بالمعروف فللمكلف ملاحظة كل منهما و العمل بمقتضاه نظير تراحم الحقيين فى غير هذا المقام هذا ما أشار إليه الشهيد بقوله لعموم النهى إلى آخره.

و فى الكفاية

أن الوجوب فيما نحن فيه حسن لو ثبت كون وجوب الأمر بالمعروف مطلقا غير مشروط بالقدرة فيجب عليه تحصيلها من باب المقدمة و ليس بثابت و هو ضعيف لأن عدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقدرة الحالية العرفية كاف مع إطلاق أدلة الأمر بالمعروف السالم عن التقييد بما عدا القدرة العقلية المفروضة فى المقام. نعم ربما يتوهم انصراف الإطلاقات الواردة إلى القدرة العرفية غير المحققة فى المقام لكنه تشكيك ابتدائي لا يضر بالإطلاقات

و أضعف منه ما ذكره بعض [صاحب الجواهر]

إشارة

بعد الاعتراض على ما فى المسالك بقوله و لا- يخفى ما فيه قال و يمكن تقوية عدم الوجوب- بتعارض ما دل على وجوب الأمر بالمعروف و ما دل على حرمة الولاية عن الجائر بناء على حرمتها فى ذاتها و النسبة عموم من وجه فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز رفعا لقيد المنع من الترك من أدلة الوجوب و قيد المنع من الفعل من أدلة الحرمة. و أما الاستحباب فيستفاد من خبر محمد بن إسماعيل و غيره الذى هو أيضا شاهد للجمع خصوصا بعد الاعتراض بفتوى المشهور و بذلك يرتفع إشكال عدم معقولية الجواز بالمعنى الأخص فى مقدمته الواجب ضرورة ارتفاع الوجوب للمعارضة إذ عدم المعقولية مسلم فيما لم يعارض الوجوب انتهى.

[مناقشة ما أفاده صاحب الجواهر]

وفيه أن الحكم في التعارض بالعموم من وجه هو التوقف و الرجوع إلى الأصول لا التخيير كما قرر في محله و مقتضاها إباحة الولاية للأصل و وجوب الأمر بالمعروف لاستقلال العقل به كما ثبت في بابه ثم على تقدير الحكم بالتخيير الذي يصار إليه عند تعارض الوجوب و التحريم هو التخيير الظاهري و هو الأخذ بأحدهما بالتزام الفعل أو الترك لا التخيير الواقعي ثم المتعارضان بالعموم من وجه لا يمكن إلغاء ظاهر كل منهما مطلقا بل بالنسبة إلى مادة الاجتماع لوجب إبقاؤهما على ظاهرهما في مادتي الافتراق فيلزمك استعمال كل من الأمر و النهي في أدلة الأمر بالمعروف و النهي عن الولاية في الإلزام و الإباحة ثم دليل الاستحباب أخص لا محالة من أدلة التحريم - فتخصص به فلا- ينظر بعد ذلك في أدلة التحريم بل لا- بد بعد ذلك من ملاحظة النسبة بينه و بين أدلة وجوب الأمر بالمعروف. و من المعلوم المقرر في غير مقام أن دليل استحباب الشيء الذي قد يكون مقدمة للواجب لا يعارض أدلة وجوب ذلك الواجب فلا- وجه لجعله شاهدا على الخروج عن مقتضاها لأن دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشيء في نفسه مع قطع النظر عن الملزمات العرضية كصيورته مقدمة لواجب أو مأمورا به لمن يجب إطاعته أو مندورا و شبهه

فالأحسن في توجيه كلام من عبر بالجواز

مع التمكن من الأمر بالمعروف إرادة الجواز بالمعنى الأعم. و أما من عبر بالاستحباب فظاهره إرادة الاستحباب العيني الذي لا ينافي الوجوب الكفائي نظير قولهم يستحب تولي القضاء لمن يثق من نفسه مع أنه واجب كفائي لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفاية أو يقال إن مورد كلامهم ما إذا لم يكن هناك معروف متروك يجب فعلا- الأمر به أو منكر مفعول يجب النهي عنه كذلك بل يعلم بحسب العادة تحقق مورد الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر بعد ذلك و من المعلوم أنه لا- يجب تحصيل مقدمتهما قبل تحقق موردهما خصوصا مع عدم العلم بزمان تحققه و كيف كان فلا إشكال في وجوب تحصيل الولاية إذا كان هناك معروف متروك أو منكر مرتكب يجب فعلا الأمر بالأول و النهي عن الثاني

الثاني مما يسوغ الولاية الإكراه عليه بالتوعيد على تركها من الجائر

إشارة

بما يوجب ضررا بدنيا أو ماليا عليه أو على من يتعلق به بحيث يعد الإضرار به إضرارا به و يكون تحمل الضرر عليه شاقا على النفس كالأب و الولد و من جرى مجراهما و هذا مما لا إشكال في تسويغه ارتكاب الولاية المحرمة في نفسها لعموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً فِي الاستثناء عن عموم لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ و النبوى ص: رفع عن أمتي ما أكرهوا عليه و قولهم ع: التقيء في كل ضرورة و ما من شيء إلا و قد أحله الله لمن اضطر إليه. إلى غير ذلك مما لا يحصى كثرة من العمومات و ما يختص بالمقام.

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول [إباحة ما يلزم الولاية بالإكراه من المحرمات عدا إراقة الدم]

إشارة

أنه كما يباح بالإكراه نفس الولاية المحرمة كذلك يباح به ما يلزمها من المحرمات الأخر و ما يتفق في خلالها مما يصدر الأمر به من السلطان الجائر ما عدا إراقة الدم إذا لم يمكن التفصي عنه و لا إشكال في ذلك و إنما الإشكال في أن ما يرجع إلى الإضرار بالغير من نهب الأموال و هتك الأعراض و غير ذلك من العظائم هل تباح كل ذلك بالإكراه و لو كان الضرر المتوقع به على ترك المكره

عليه أقل بمراتب من الضرر المكروه عليه كما إذا خاف على عرضه من كلمة خشنة لا- تليق به فهل يباح بذلك أعراض الناس و أموالهم و لو بلغت ما بلغت كثرة و عظمة أم لا- بد من ملاحظة الضررين و الترجيح بينهما وجهان من إطلاق أدلة الإكراه و أن الضرورات تبيح المحظورات و من أن المستفاد من أدلة الإكراه تشريعه لدفع الضرر فلا يجوز دفع الضرر بالإضرار بالغير و لو كان ضرر الغير أدون فضلا عن أن يكون أعظم. و إن شئت قلت إن حديث رفع الإكراه و رفع الاضطرار مسوق للامتنان على جنس الأمة و لا- حسن في الامتنان على بعضهم بترخيصه في الإضرار البعض الآخر فإذا توقف دفع الضرر عن نفسه على الإضرار بالغير لم يجوز و جب تحمل الضرر هذا و لكن الأقوى هو الأول لعموم دليل نفي الإكراه لجميع المحرمات حتى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدم و عموم نفي الحرج فإن إلزام الغير تحمل الضرر و ترك ما أكره عليه حرج. و قوله ص: إنما جعلت التقيّة لتحقق بها الدماء فإذا بلغ الدم فليس تقيّة حيث إنه دل على أن حد التقيّة بلوغ الدم فتشريع لما عداه.

[حكم دفع الضرر بالإضرار بالغير]

و أما

المكاسب، ج ١، ص ٥٨

ما ذكر من استفادة كون نفي الإكراه لدفع الضرر فهو مسلم بمعنى دفع توجه الضرر و حدوث مقتضية لا بمعنى دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضية. بيان ذلك أنه إذا توجه الضرر إلى شخص بمعنى حصول مقتضية فرفعه عنه بالإضرار بغيره غير لازم بل غير جائز في الجملة فإذا توجه ضرر على المكلف بإجباره على مال و فرض أن نهب مال الغير دافع له فلا يجوز للمجور نهب مال غيره لرفع الجبر عن نفسه و كذلك إذا أكره على نهب مال غيره فلا يجب تحمل الضرر بتترك النهب لدفع الضرر المتوجه إلى الغير و توهم أنه كما يسوغ النهب في الثاني لكونه مكروها عليه فترفع حرمة كذلك يسوغ في الأول لكونه مضطرا إليه ألا- ترى أنه لو توقف دفع الضرر على محرم آخر غير الإضرار بالغير كالإفطار في شهر رمضان أو ترك الصلاة أو غيرها ما ساغ له ذلك المحرم. و بعبارة أخرى الإضرار بالغير من المحرمات فكما ترتفع حرمة بالإكراه كذلك ترتفع بالاضطرار لأن نسبة الرفع إلى ما أكرهوا عليه و ما اضطروا إليه على حد سواء مدفوع بالفرق بين المثالين في الصغرى بعد اشتراكهما في الكبرى المتقدمة و هي أن الضرر المتوجه إلى شخص لا يجب دفعه بالإضرار بغيره بأن الضرر في الأول متوجه إلى نفس الشخص فرفعه عن نفسه بالإضرار بالغير غير جائز و عموم رفع ما اضطروا إليه لا يشمل الإضرار بالغير المضطر إليه لأنه مسوق للامتنان على الأمة فترخيص بعضهم في الإضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه و صرفه إلى غيره مناف للامتنان بل يشبه الترجيح بلا مرجح فعموم ما اضطروا إليه في حديث الرفع مختص بغير الإضرار بالغير من المحرمات. و أما الثاني فالضرر فيه أولا و بالذات متوجه إلى الغير بحسب التزام المكروه بالكسر و إرادته الحتمية و المكروه بالفتح و إن كان مباشرا إلا أنه ضعيف لا ينسب إليه توجيه الضرر إلى الغير حتى يقال إنه أضرب بالغير لثلاث تنضرر نفسه. نعم لو تحمل الضرر و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير إلى نفسه عرفا لكن الشارع لم يوجب هذا و الامتنان بهذا على بعض الأمة لا قبح فيه كما أنه لو أراد ثالث الإضرار بالغير لم يجب على الغير تحمل الضرر و صرفه عنه إلى نفسه هذا كله مع أن أدلة نفي الحرج كافية في الفرق بين المقامين فإنه لا- حرج في أن لا يرخص الشارع في دفع الضرر عن أحد بالإضرار بغيره بخلاف ما لو ألزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه إلى الغير فإنه حرج قطعاً.

الثاني أن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر

إشارة

على ترك المكروه عليه ضررا متعلقا بنفسه أو ماله أو عرضه أو بأهله ممن يكون ضرره راجعا إلى تضرره و تألمه و أما إذا لم يترتب على ترك المكروه عليه إلا- الضرر على بعض المؤمنين ممن يعد أجنبيا من المكروه بالفتح فالظاهر أنه لا يعد ذلك إكراها عرفا إذا لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به و بما ذكرنا من اختصاص الإكراه بصورة خوف لحقوق الضرر بالمكروه نفسه أو بمن يجرى مجراه كالأب و الولد صرح في الشرائع و السرائر و التحرير و الروضة البهية و غيرها. نعم لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولاية المحرمة بل غيرها من المحرمات الإلهية التي أعظمها التبري من أئمة الدين لقيام الدليل على وجوب مراعاة المؤمنين و عدم تعريضهم للضرر مثل ما في الاحتجاج عن أمير المؤمنين ع قال: و لأن تبرأ منا ساعة بلسانك و أنت موال لنا بجانك لتبقى على نفسك روحك التي بها قوامها و مالها الذي به قيامها و جاهها الذي به تمسكها و تصون من عرف بذلك من أوليائنا و إخواننا فإن ذلك أفضل من أن تتعرض للهلاك و تتقطع به عن عمل في الدين و صلاح إخوانك المؤمنين و إياك ثم إياك أن تترك التقية التي أمرتك بها فإنك شائط بدمك و دماء إخوانك معرض بنعمتك و نعمتهم للزوال مذل لهم في أيدي أعداء دين الله و قد أمرك الله بإعزازهم فإنك إن خالفت وصيتي كان ضررك على إخوانك و نفسك أشد من ضرر الناصب لنا الكافر بنا إلى آخر الحديث. لكن لا يخفى أنه لا يباح بهذا النحو من التقية الإضرار بالغير لعدم شمول أدلة الإكراه لهذا لما عرفت من عدم تحققه مع عدم لحوق ضرر بالمكروه بالفتح و لا- بمن يتعلق به و عدم جريان أدلة نفى الحرج إذ لا- حرج على المأمور لأن المفروض تساوى من أمر بالإضرار به و من يتضرر بترك هذا الأمر من حيث النسبة إلى المأمور مثلا لو أمر الشخص بنهب مال المؤمن و لا يترتب على مخالفة المأمور به إلا نهب مال مؤمن آخر فلا حرج حينئذ في تحريم نهب مال الأول بل تسويغه لدفع النهب عن الثاني قبيح بملاحظة ما علم من الرواية المتقدمة من الغرض في التقية خصوصا مع كون المال المنهوب للأول أعظم بمراتب فإنه يشبه بمن فر من المطر إلى الميزاب بل اللازم في هذا المقام عدم جواز الإضرار بمؤمن و لو لدفع الضرر الأعظم من غيره. نعم إلا لدفع ضرر النفس في وجه مع ضمان ذلك الضرر

[المناقشة في إطلاق تسويغ ما عدا إراقة الدم بالإكراه]

و بما ذكرنا ظهر أن إطلاق جماعة لتسويغ ما عدا الدم من المحرمات بترتب ضرر مخالفة المكروه عليه على نفس المكروه أو على أهله أو على الأجانب من المؤمنين لا يخلو عن بحث إلا أن يريدوا الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين فلا إشكال في تسويغه لما عدا الدم من المحرمات إذ لا- يعادل نفس المؤمن شيء فتأمل. قال في القواعد و تحريم الولاية من الجائر إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو على بعض المؤمنين فيجوز ائتمار ما يأمره إلا القتل انتهى. و لو أراد بالخوف على بعض المؤمنين الخوف على أنفسهم دون أموالهم و أعراضهم لم يخالف ما ذكرناه و قد شرح العبارة بذلك بعض الأساطين فقال إلا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر في البدن أو المال المضر بالحال من تلف أو حجب أو العرض من جهة النفس أو الأهل أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين فيجوز حينئذ ائتمار ما يأمره انتهى. و مراده بما عدا الوسط الخوف على نفس بعض المؤمنين و أهله

[الفرق بين الإكراه و دفع الضرر المخوف]

و كيف كان فهنا عنوانان الإكراه و دفع الضرر للخوف عن نفسه و عن غيره من المؤمنين من دون إكراه. و الأول يباح به كل محرم و الثاني إن كان متعلقا بالنفس جاز له كل محرم حتى الإضرار المالي بالغير لكن الأقوى استقرار الضمان عليه إذا تحقق سببه لعدم الإكراه المانع عن الضمان أو استقراره. و أما الإضرار بالزنى و نحوه ففيه تأمل و لا يبعد ترجيح النفس عليه و إن كان متعلقا بالمال فلا يسوغ معه الإضرار بالغير أصلا حتى في اليسير من المال فإذا توقف دفع السبع عن فرسه بتعريض حمار غيره للافتراس لم يجوز و إن كان متعلقا بالعرض- ففي جواز الإضرار

المكاسب، ج ١، ص ٥٩

بالمال مع الضمان أو العرض الأخرى من العرض المدفوع عنه تأمل. و أما الإضرار بالنفس أو العرض الأعظم فلا يجوز بلا إشكال هذا وقد وقع في كلام بعض تفسيري الإكراه بما يعم لحوق الضرر. قال في المسالك ضابط الإكراه المسوغ للولاية الخوف على نفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين انتهى. و يمكن أن يريد بالإكراه مطلق المسوغ للولاية لكن صار هذا التعبير منه منشأ لتخييل غير واحد أن الإكراه المجوز لجميع المحرمات هو بهذا المعنى.

الثالث [في اعتبار عدم القدرة على التفصي]

أنه قد ذكر بعض مشايخنا المعاصرين أنه يظهر من الأصحاب أن في اعتبار عدم القدرة على التفصي من المكروه عليه و عدمه أقوالاً ثالثها التفصيل بين الإكراه على نفس الولاية المحرمة فلا تعتبر و بين غيرها من المحرمات فيعتبر فيه العجز عن التفصي و الذي يظهر من ملاحظة كلماتهم في باب الإكراه عدم الخلاف في اعتبار العجز عن التفصي إذا لم يكن حرجاً و لم يتوقف على ضرر كما إذا أكره على أخذ المال من مؤمن فيظهر أنه أخذ المال و جعله في بيت المال مع عدم أخذه واقعا أو أخذه جهراً ثم رده إليه سرا كما كان يفعله ابن يقطين و كما إذا أمره بحبس مؤمن فيدخله في دار واسعة من دون قيد و يحسن ضيافته و يظهر أنه حبسه و شدد عليه و كذا لا خلاف في أنه لا يعتبر العجز عن التفصي إذا كان فيه ضرر كثير و كأن منشأ زعم الخلاف ما ذكره في المسالك في شرح عبارة الشرائع مستظهراً منه خلاف ما اعتمد عليه. قال في الشرائع بعد الحكم بجواز الدخول في الولاية دفعا للضرر اليسير مع الكراهة و الكثير بدونها إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول و العمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصي منه إلا في دماء المحرمة فإنه لا تقيء فيها انتهى قال في المسالك ما ملخصه أن المصنف ذكر في هذه المسألة شرطين للإكراه و العجز عن التفصي و هما متغايران و الثاني أخص و الظاهر أن مشروطهما مختلف فالأول شرط في أصل قبول الولاية و الثاني شرط للعمل بما يأمره ثم فرع عليه أن الولاية إن أخذت مجردة عن الأمر بالمحرم فلا يشترط في جوازه بالإكراه. و أما العمل بما يأمره من المحرمات فمشروط بالإكراه خاصة و لا يشترط فيه الإلجاء بحيث لا يقدر على خلافه و قد صرح به الأصحاب في كتبهم فاشتراط العجز عن التفصي غير واضح إلا أن يريد به أصل الإكراه إلى أن قال إن الإكراه مسوغ لامتنال ما يؤمر به و إن قدر على المخالفة مع خوف الضرر انتهى موضع الحاجة من كلامه. أقول لا يخفى على المتأمل أن المحقق رحمه الله لم يعتبر شرطاً زائداً على الإكراه إلا أن الجائر إذا أمر الوالي بأعمال محرمة في ولايته كما هو الغالب و أمكن في بعضها المخالفة واقعا و دعوى الامتنال ظاهراً كما مثلنا لك سابقاً قيد امتثال ما يؤمر به بصورة العجز عن التفصي. و كيف كان فعبارة الشرائع واقعة على طبق المتعارف من تولية الولاية و أمرهم في ولايتهم بأوامر كثيرة يمكنهم التفصي عن بعضها و ليس المراد بالتفصي المخالفة مع تحمل الضرر كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر فساد ما ذكره من نسبة عدم الخلاف المتقدم إلى الأصحاب و من أنه على القول باعتبار العجز عن التفصي لو توقف المخالفة على بذل مال كثير لزم ثم قال و هو أحوط بل أقرب.

الرابع أن قبول الولاية مع الضرر المالي

الذي لا يضر بالحال رخصة لا عزيمة فيجوز تحمل الضرر المذكور لأن الناس مسلطون على أموالهم بل ربما يستحب تحمل ذلك الضرر للفرار عن تقوية شوكتهم.

الخامس لا يباح بالإكراه قتل المؤمن

و لو توعد على تركه بالقتل إجماعاً على الظاهر المصرح به في بعض الكتب و إن كان مقتضى عموم نفي الإكراه و الحرج الجواز إلا أنه قد صحح عن الصادقين ص أنه: إنما شرعت التقية ليحقن بها الدم فإذا بلغت الدم فلا تقيه. و مقتضى العموم أنه لا فرق بين أفراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر و الذكورة و الأنوثة و العلم و الجهل و الحر و العبد و غير ذلك

و لو كان المؤمن مستحقاً للقتل لحد

ففي العموم وجهان من إطلاق قولهم لا تقيه في الدماء و من أن المستفاد من قوله ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فلا تقيه أن المراد الدم المحقون دون المأمور بإهراقه و ظاهر المشهور الأول.

و أما المستحق للقتل قصاصاً

فهو محقون الدم بالنسبة إلى غير ولي الدم

و مما ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف

لأن التقيه إنما شرعت لحقن دماء الشيعة فحدها بلوغ دمهم لآدم غيرهم و بعبارة أخرى محصل الرواية لزوم نقض الغرض من تشريع التقيه في إهراق الدماء لأنها شرعت لحقنها فلا يشرع لأجلها إهراقها و من المعلوم أنه إذا أكره المؤمن على قتل مخالف فلا يلزم من شرعية التقيه في قتله إهراق ما شرع التقيه لحقنه هذا كله في غير الناصب و أما الناصب لأنه غير محقون الدم و إنما منع منه حدوث الفتنة فلا إشكال في مشروعيتها قتله للتقيه و مما ذكرنا يظهر حكم دم الذمي و شرعية التقيه في إهراقه. و بالجملة فكل دم غير محترم بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروايتين فحكم إهراقه حكم سائر المحرمات التي شرعت التقيه فيها.

بقي الكلام في أن الدم يشمل الجرح و قطع الأعضاء أو يختص بالقتل

وجهان من إطلاق الدم و هو المحكى عن الشيخ و من عمومات التقيه و نفي الحرج و الإكراه و ظهور الدم المتصف بالحقن في الدم المبقى للروح و هو المحكى عن الروضة البهية و المصاييح و الرياض و لا يخلو عن قوة

خاتمة فيما ينبغي للوالى العمل به في نفسه و في رعيتيه

[رسالة النجاشي إلى الإمام الصادق عليه السلام]

روى شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله في رسالته المسماة بكشف الريبه عن أحكام الغيبة بإسناده عن شيخ الطائفة عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري عن عبد الله بن سليمان النوفلي قال: كنت عند أبي عبد الله ع فإذا بمولى لعبد الله النجاشي - و قد ورد عليه فسلم و أوصل إليه كتاباً فضمه و قرأه فإذا أول سطر فيه بسم الله الرحمن الرحيم أطال الله بقاء سيدي و جعلني من كل سوء فداه و لا أراني فيه مكروها فإنه ولي ذلك و القادر عليه اعلم سيدي و مولاي إني بليت بولاية الأهواز فإن رأى سيدي و مولاي أن يحد لي حدا و يمثل لي مثلاً استدل به علي ما يقربني إلى الله عز و جل و إلى رسوله و يلخص لي في كتابه ما يرى لي العمل به و فيما أبدله و أين أضع زكاتي و فيمن أصرفها و بمن آنس و إلى من أستريح و بمن أثق و آمن و ألجأ إليه في سرى فعسى أن يخلصني الله تعالى بهدايتك و ولايتك

المكاسب، ج ١، ص ٦٠

فإنك حجة الله على خلقه و أمينه في بلاده لا زالت نعمته عليك

[جواب الإمام الصادق عليه السلام عن رسالة النجاشي]

إشارة

قال عبد الله بن سليمان فأجابني أبو عبد الله ع بسم الله الرحمن الرحيم أحاطك الله بصنعه و لطف بك بمنه و كلاكك برعايته فإنه ولى ذلك أما بعد فقد جاءني رسولك بكتابك فقرأتها و فهمت جميع ما ذكرته و سألت عنه و ذكرت أنك بليت بولاية الأهواز فسرتني ذلك و ساءني و سأخبرك بما ساءني من ذلك و ما سرتني إن شاء الله تعالى

[علة سرور الإمام عليه السلام بولاية النجاشي]

فأما سروري بولايتك فقلت عسى أن يغيث الله بك ملهوفاً خائفاً من أولياء آل محمد ص و يعزبك ذليلهم و يكسو بك عاريهم و يقوى بك ضعيفهم و يطفئ بك نار المخالفين عنهم

[علة استياء الإمام عليه السلام بولاية النجاشي]

و أما الذي ساءني من ذلك فإن أدنى ما أخاف عليك أن تعثر بولي لنا فلا تشم رائحة حظيرة القدس فإنني ملخص لك جميع ما سألت عنه إن أنت عملت به و لم تجاوزه رجوت أن تسلم إن شاء الله تعالى أخبرني يا عبد الله أبي عن آبائه عن علي ع عن رسول الله ص أنه قال من استشاره أخوه المؤمن فلم يمحضه النصيحة سلب الله لبه عنه

[ما رسمه الإمام عليه السلام للنجاشي للنجاة من تبعات الولاية]

و أعلم أنني سأشير عليك برأي إن أنت عملت به تخلصت مما أنت تخافه و اعلم أن خلاصك و نجاتك في حقن الدماء و كف الأذى عن أولياء الله و الرفق بالرعية و التأنى و حسن المعاشرة مع لين في غير ضعف و شدة في غير عنف و مداراة صاحبك و من يرد عليك من رسله و أرفق برعيتك بأن توقفهم على ما وافق الحق و العدل إن شاء الله تعالى و إياك و السعاة و أهل النمائ فلا يلزقن بك منهم أحد و لا يراك الله يوماً و ليلة و أنت تقبل منهم صرفاً و لا عدلاً فيسخط الله عليك و يهتك سترك و احذر مكر خوزي الأهواز فإن أبي أخبرني عن آبائه عن أمير المؤمنين ع قال إن الإيمان لا يثبت في قلب يهودي و لا خوزي أبداً و أما من تأنس به و تستريح إليه و تلجئ أمورك إليه فذلك الرجل الممتحن المستبصر الأمين الموافق لك على دينك و ميز أعوانك و جرب الفريقين فإن رأيت هناك رشداً فشأنك و إياه

[ما ينبغي للوالي الحذر منه]

و إياك أن تعطى درهماً أو تخلع ثوباً أو تحمل على دابة في غير ذات الله لشاعر أو مضحك أو ممزح إلا أعطيت مثله في ذات الله و لتكن جوائزك و عطاياك و خلعتك للقواد و الرسل و الأجناد و أصحاب الرسائل و أصحاب الشرط و الأحماس و ما أردت أن تصرفه في وجوه البر و النجاح و الفطرة و الصدقة و الحج و الشرب و الكسوة التي تصلى فيها و تصل بها و الهدية التي تهديها إلى الله عز و جل و إلى رسول الله ص من أطيب كسبك يا عبد الله اجهد أن لا تكثر ذهباً و لا فضة فتكون من أهل هذه الآية وَ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ الدَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ و لا تستصغرن من حلو و لا من فضل طعام تصرفه في بطون خالية

تسكن بها غضب الرب تبارك و تعالى و أعلم أنى سمعت أبى يحدث عن آباءه عن أمير المؤمنين ع أنه سمع عن النبى ص يقول لأصحابه يوما ما آمن بالله و اليوم الآخر من بات شعبانا و جاره جائع فقلنا هلكننا يا رسول الله فقال من فضل طعامكم و من فضل تمركم و رزقكم و خلقكم و خرقكم تطفئون بها غضب الرب

و سأنبئك بهوان الدنيا و هوان شرفها على من مضى من السلف

و التابعين فقد حدثنى أبى محمد بن على بن الحسين ع قال لما تجهز الحسين ع إلى الكوفة أتاه ابن عباس فناشده الله و الرحم أن يكون هو المقتول بالطف فقال أنا أعلم بمصرعى منك و ما وكدى من الدنيا إلا- فراقها إلا- أخبرك يا بن عباس بحديث أمير المؤمنين ع و الدنيا فقال له بلى لعمرى إنى أحب أن تحدثنى بأمرها

[تجسم الدنيا لعلى عليه السلام و رفضه لها]

فقال أبى قال على بن الحسين سمعت أبا عبد الله يقول حدثنى أمير المؤمنين ع قال إنى [كنت] بفدك فى بعض حيطانها و قد صارت لفاطمه ع فإذا أنا بامرأة قد قحمت على و فى يدي مسحاء و أنا أعمل بها فلما نظرت إليها طار قلبى مما يداخلى من جمالها فشبهتها ببنيه الجمحى بنت عامر و كانت من أجمل نساء قريش فقالت يا بن أبى طالب هل لك أن تتزوج بى فأغنيك عن هذه المسحاء و أدلك على خزائن الأرض فيكون لك الملك ما بقيت و لعقبك من بعدك فقال لها على ع من أنت حتى أخطبك من أهلك فقالت أنا الدنيا قال لها فارجمى و اطلبى زوجا غيرى فأقبلت على مسحاتى و أنشأت أقول

لقد خاب من غرته دنيا دنية و ما هى إن غرت قرونا بطائل

أتنا على زى العزيز بشينه و زينتها فى مثل تلك الشمائل

فقلت لها غرى سوى فإننى عزوف عن الدنيا و لست بجاهل

و ما أنا و الدنيا فإن محمدا أحل صريعا بين تلك الجنادل

و هبها أتنى بالكنوز و درها و أموال قارون و ملك القبائل

أليس جميعا للفناء مصيرها و يطلب من خزائنها بالطوائل

فغرى سوى إننى غير راغب بما فيك من ملك و عز و نائل

فقد قنعت نفسى بما قد رزقته فشأنك يا دنيا و أهل الغوائل

فإنى أخاف الله يوم لقائه و أخشى عذابا دائما غير زائل فخرج من الدنيا و ليس فى عنقه تبعه لأحد حتى لقي الله تعالى محمودا غير ملوم و لا مذموم ثم اقتدت به الأئمة من بعده بما قد بلغكم لم يتلطخوا بشيء من بوائقها

[ما يكفر عن الوالى]

و قد وجهت إليك بمكارم الدنيا و الآخرة: و عن الصادق المصدق رسول الله ص فإن أنت عملت بما نصحت لك فى كتابى هذا ثم كانت عليك من الذنوب و الخطايا كمثل أوزان الجبال و أمواج البحار رجوت الله أن يتجاوز عنك جل و عز بقدرته

[جملة من حقوق المؤمن على المؤمن]

يا عبد الله إياك أن تخيف مؤمنا فإن أبى محمد بن على ع حدثنى عن أبيه عن جده عن على بن أبى طالب ع أنه كان يقول من نظر إلى مؤمن نظره ليخيفه بها أخافه الله يوم لا ظل إلا ظله و حشره فى صورة الذر لحمه و جسده و جميع أعضائه حتى يورده مورده و

حدثني أبي عن آباءه عن علي ع عن النبي ص قال من أغاث لهفانا من المؤمنين أغاثه الله يوم لا ظل إلا ظله و آمنه الفرع الأكبر و آمنه من سوء المنقلب و من قضى لأخيه المؤمن حاجة قضى الله له حوائج كثيرة إحداها الجنة و من كسا أخاه المؤمن جبة عن عرى كساه الله من سندس الجنة و إستبرقها و حريرها و لم يزل يخوض في رضوان الله ما دام على المكسو منها سلك و من أطعم أخاه من جوع أطعمه الله من طيبات الجنة و من سقاه من ظمأ سقاه الله من الرحيق المختوم و من أخدم أخاه أخدمه الله من الولدان المخلدين و أسكنه مع أوليائه الطاهرين و من حمل أخاه المؤمن على راحلة حمله الله على ناقه من نوق الجنة و باهى به الملائكة المقربين يوم القيامة و من زوج أخاه المؤمن امرأة يأنس بها و تشد عضده و يستريح إليها زوجة الله من الحور العين و آنسه بمن أحبه من الصديقين من أهل بيت نبيه ع و إخوانه

المكاسب، ج ١، ص ٦١

و آنسهم به و من أعان أخاه المؤمن على سلطان جائر أعانه الله على إجازة الصراط عند زلة الأقدام و من زار أخاه المؤمن في منزله لا لحاجة منه إليه كتب من زوار الله و كان حقيقا على الله أن يكرم زائره يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع أنه سمع رسول الله ص يقول لأصحابه يوما معاشر الناس إنه ليس بمؤمن من آمن بلسانه و لم يؤمن بقلبه فلا تتبعوا عثرات المؤمنين فإنه من تتبع عثره مؤمن أتبع الله عثراته يوم القيامة و فضحه في جوف بيته و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع أنه قال أخذ الله ميثاق المؤمن أن لا يصدق في مقالته و لا ينتصف من عدوه على أن لا يشفى غيظه إلا بفضيحة نفسه لأن كل مؤمن ملجم و ذلك لغاية قصيرة و راحة طويلة و أخذ الله ميثاق المؤمن على أشياء أيسرها عليه مؤمن مثله يقول بمقالته يعيبه و يحسده و الشيطان يغويه و يمقته و السلطان يقفو أثره و يتبع عثراته و كافر بالذي هو مؤمن به يرى سفك دمه دينا و إباحة حريمه غنما فما بقاء المؤمن بعد هذا يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع عن النبي ص قال نزل جبرئيل ع فقال يا محمد إن الله يقرئك السلام و يقول اشتقت للمؤمن اسما من أسمائي سميته مؤمنا فالمؤمن مني و أنا منه من استهان بمؤمن فقد استقبلني بالمحاربة يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع عن النبي ص صلى الله عليهم أجمعين أنه قال يوما يا علي لا تناظر رجلا حتى تنظر في سريره فإن كانت سريره حسنة فإن الله عز و جل لم يكن ليخذل وليه و إن كانت سريره رديئة فقد تكفيه مساوية فلو جهدت أن تعمل به أكثر مما عمل به عن معاصي الله عز و جل ما قدرت عليه يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع عن النبي ص قال إنه قال أدنى الكفر أن يسمع الرجل عن أخيه الكلمة فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها أولئك لا خلاق لهم يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع أنه قال من قال في مؤمن ما رأته عيناه و سمعت أذناه ما يشينه و يهدم مروته فهو من الذين قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ يا عبد الله و حدثني أبي عن آباءه عن علي ع أنه قال من روى عن أخيه المؤمن رواية يريد بها هدم مروته و ثلثه أوبقه الله بخيئته يوم القيامة حتى يأتي بمخرج مما قال و من أدخل على أخيه المؤمن سرورا فقد أدخل على أهل بيت نبيه ص سرورا و من أدخل على رسول الله ص سرورا فقد أدخل على رسول الله ص سرورا فقد سر الله و من سر الله فحقيق على الله أن يدخله جنته ثم إنني أوصيك بتقوى الله و إثارة طاعته و الاعتصام بحبله فإنه من اعتصم بحبل الله فقد هدى إلى صراط مستقيم فاتق الله و لا تؤثر أحدا على رضاه و هواه فإنه وصية الله عز و جل إلى خلقه لا يقبل منهم غيرها و لا يعظم سواها و اعلم أن الخلق لم يوكلوا بشيء أعظم من تقوى الله فإنه وصيتنا أهل البيت فإن استطعت أن لا تنال من الدنيا شيئا تسأل عنه غدا فافعل

[ما قاله النجاشي عند وصول كتاب الإمام إليه]

قال عبد الله بن سليمان فلما وصل كتاب الصادق ع إلى النجاشي نظر فيه فقال صدق و الله الذي لا إله إلا هو مولاي فما عمل أحد بما في هذا الكتاب إلا نجا قال فلم يزل عبد الله يعمل به أيام حياته

هجاء المؤمن

السابعة والعشرون هجاء المؤمن حرام بالأدلة الأربعة

إشارة

لأنه همز و لمز و أكل اللحم و تعبير و إذاعة سر و كل ذلك كبيرة موبقة

[تفسير الهجاء]

و يدل عليه فحوى ما تقدم فى الغيبة بل البهتان أيضا بناء على تفسير الهجاء بخلاف المدح كما عن الصحاح فيعم ما فيه من المعايب و ما ليس فيه كما عن القاموس و النهاية و المصباح لكن مع تخصيصه فيها بالشعر. و أما تخصيصه بذكر ما فيه بالشعر كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا- يخلو عن تأمل و لا- فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره. و أما الخبر: محصوا ذنوبكم بذكر الفاسقين فالمراد به الخارجون عن الإيمان أو المتجاهرون بالفسق

[هجاء المخالف و الفاسق المبدع]

و احترز بالمؤمن عن المخالف فإنه يجوز هجوه لعدم احترامه و كذا يجوز هجاء الفاسق المبدع لثلا يؤخذ ببدعة لكن بشرط الاقتصار على المعايب الموجودة فيه فلا- يجوز بهته بما ليس فيه لعموم حرمة الكذب و ما تقدم من الخبر فى الغيبة- من قوله ع فى حق المبتدعة: باهتوهم كيلا- يطمعوا فى إضلالكم محمول على اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به بأن يقال لعله زان أو سارق و كذا إذا زاد ذكر ما ليس فيه من باب المبالغة- و يحتمل إبقاؤه على ظاهره بتجويز الكذب عليهم لأجل المصلحة فإن مصلحة تنفير الخلق عنهم أقوى من مفسدة الكذب.

و فى رواية أبى حمزة عن أبى جعفر قال: قلت له إن بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم فقال الكف عنهم أجمل ثم قال لى و الله يا أبا حمزة إن الناس كلهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا ثم قال نحن أصحاب الخمس و قد حرمانه على جميع الناس ما خلا شيعتنا و فى صدرها دلالة على جواز الافتراء و هو القذف على كراهة ثم أشار ع إلى أولوية قصد الصدق بإرادة الزنى من حيث استحلال حقوق الأئمة

الهجر

الثامنة والعشرون الهجر بالضم و هو الفحش من القول و ما استبح

التصريح به منه

ففى صحيحة أبى عبيدة: البذاء من الجفاء و الجفاء فى النار و فى النبوى: إن الله حرم الجنة على كل فحاش بذى قليل الحياء لا يبالى بما قال و لا- ما قيل فيه و فى رواية سماعة: إياك أن تكون فحاشا و فى النبوى: إن من شر عباد الله من يكره مجالسته لفحشه و فى رواية: من علامات شرك الشيطان الذى لا شك فيه أن يكون فحاشا لا يبالى بما قال و لا ما قيل فيه إلى غير ذلك من الأخبار. هذا آخر ما تيسر تحريره من المكاسب المحرمة

الأجرة على الواجبات

[النوع] الخامس مما يحرم التكسب به ما يجب على الإنسان فعله

[أخذ الأجرة على الواجب]

إشارة

عينا أو كفاية تعبدا أو توصلا على المشهور كما في المسالك بل عن مجمع البرهان كان دليله الإجماع والظاهر أن نسبه إلى الشهرة في المسالك في مقابل قول السيد المخالف في وجوب تجهيز الميت على غير الولي لا في حرمة أخذ الأجرة على تقدير الوجوب عليه. وفي جامع المقاصد الإجماع على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم صيغة النكاح أو إلقائها على المتعاقدين انتهى. وكان لمثل هذا ونحوه ذكر في الرياض أن على هذا الحكم الإجماع في كلام جماعة وهو الحجة انتهى.

[تحديد موضوع المسألة]

واعلم أن موضوع هذه المسألة ما إذا كان للواجب على العامل منفعة تعود إلى من يبذل بإزائه المال كما لو كان كفايا وأراد سقوطه منه فاستأجر غيره أو كان عينيا على العامل ورجع نفعه منه إلى باذل المال كالقضاء للمدعى إذا وجب عينا. وبعبارة أخرى مورد الكلام ما لو فرض مستحبا لجواز الاستيجار عليه لا أن الكلام في كون مجرد المكاسب، ج ١، ص ٦٢

الوجوب على الشخص مانعا عن أخذ الأجرة عليه فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لا يجوز أخذ الأجرة عليه لا لوجوبها بل لعدم وصول عوض المال إلى باذله فإن النافلة أيضا كذلك

و من هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب بمنافاة ذلك للإخلاص في العمل

لانتقاضه طردا و عكسا بالمندوب و الواجب التوصلى. و قد يرد ذلك بأن تضاعف الوجوب بسبب الإجارة يؤكد الإخلاص و فيه مضافا إلى اقتضاء ذلك الفرق بين الإجارة و الجعالة حيث إن الجعالة لا توجب العمل على العامل أنه إن أريد أن تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الإخلاص فلا ريب أن الوجوب الحاصل بالإجارة توصلى لا يشترط في حصول ما وجب به قصد القربة مع أن غرض المستدل منافاة قصد أخذ المال لتحقيق الإخلاص في العمل لا لاعتباره في وجوبه. و إن أريد أنه يؤكد تحقق الإخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعاً لأن ما لا يترتب عليه أجر دينوى أخلص مما يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان هذا مع أن الوجوب الناشئ من الإجارة إنما يتعلق بالوفاء بعقد الإجارة. و مقتضى الإخلاص المعتبر في ترتب الثواب على موافقة هذا الأمر و لو لم يعتبر في سقوطه هو إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله فهذا المعنى ينافى وجوب إتيان العبادة لأجل استحقاقه تعالى إياه و لذا لو لم يكن هذا العقد واجب الوفاء كما في الجعالة لم يمكن قصد الإخلاص مع قصد استحقاق العوض فلا إخلاص هنا حتى يؤكد وجوب الوفاء بعد إيجاب بالإجارة فالمانع حقيقة هو عدم القدرة على إيجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض سواء أ كانت المعاوضة لازمة أم جائزة

و أما تأتى القربة فى العبادات المستأجرة

- فالأذن بالإجارة إنما تقع على الفعل المأتى به تقرباً إلى الله نيابة عن فلان. توضيحه أن الشخص يجعل نفسه نائباً عن فلان في العمل متقرباً إلى الله فالمنوب عنه يتقرب إليه تعالى بعمل نائبه و تقربه و هذا الجعل في نفسه مستحب لأنه إحسان إلى المنوب عنه و إيصال

نفع إليه و قد يستأجر الشخص عليه فيصير واجبا بالإجارة وجوبا توصليا لا يعتبر فيه التقرب فالأجير إنما يجعل نفسه لأجل استحقاق الأجرة نائبا عن الغير في إتيان العمل الفلاني تقربا إلى الله فالأجرة في مقابل النيابة في العمل المتقرب به إلى الله التي مرجع نفعها إلى المنوب عنه و هذا بخلاف ما نحن فيه لأن الأجرة هنا في مقابل العمل تقربا إلى الله لأن العمل بهذا الوجه لا يرجع نفعه إلى العامل لأن المفروض أنه يمثل ما وجب على نفسه بل في مقابل نفس العمل فهو يستحق نفس العمل و المفروض أن الإخلاص هو إتيان العمل لخصوص أمر الله تعالى و التقرب يقع للعامل دون الباذل و وقوعه للعامل يتوقف على أن لا يقصد بالعبادة سوى امتثال أمر الله تعالى. فإن قلت يمكن للأجير أن يأتي بالفعل مخلصا لله تعالى بحيث لا يكون للإجارة دخل في إتيانه فيستحق الأجرة فالإجارة غير مانعة من قصد الإخلاص. قلت الكلام في أن مورد الإجارة لا- بد أن يكون عملا قابلا لأن يوفى به بعقد الإجارة و يؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إياه و من باب تسليم مال الغير إليه و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك. فإن قلت يمكن أن تكون غاية الفعل التقرب و المقصود من إتيان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الأجرة كما يؤتى بالفعل تقربا إلى الله و يقصد منه حصول المطالب الدنيوية كأداء الدين و سعة الرزق و غيرهما من الحاجات الدنيوية. قلت فرق بين الغرض الدنيوي المطلوب من الخالق الذي يتقرب إليه بالعمل و بين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الأجرة فإن طلب الحاجة من الله تعالى سبحانه و لو كانت دنيوية محبوب عند الله فلا يقدح في العبادة بل ربما يؤكدها. و كيف كان فذلك الاستدلال حسن في بعض موارد المسألة و هو الواجب التعبدى في الجملة إلا أن مقتضاه جواز أخذ الأجرة في التوصليات و عدم جوازه في المنذوبات التعبدية فليس مطردا و لا منعكسا.

[استدلال بعض الأساطين على الحرمة و توضيحه]

إشارة

نعم قد استدل على المطلب بعض الأساطين في شرحه على القواعد بوجوه أقواها أن التنافي بين صفة الوجوب و التملك ذاتي لأن الملوك المستحق لا- يملك و لا يستحق ثانيا. توضيحه أن الذي يقابل المال لا بد أن يكون كنفس المال مما يملكه المؤجر حتى يملكه المستأجر في مقابل تمليكه المال إياه فإذا فرض العمل واجبا لله ليس للمكلف تركه فيصير نظير العمل المملوك للغير. أ لا ترى أنه إذا أجر نفسه لدفن الميت لشخص لم يجز له أن يؤجر نفسه ثانيا من شخص آخر لذلك العمل و ليس إلا لأن الفعل صار مستحقا للأول و مملوكا له فلا معنى لتمليكه ثانيا للآخر مع فرض بقاءه على ملك الأول و هذا المعنى موجود فيما أوجهه الله تعالى خصوصا فيما يرجع إلى حقوق الغير حيث إن حاصل الإيجاب هنا جعل الغير مستحقا لذلك العمل من هذا العامل كأحكام تجهيز الميت التي جعل الشارع الميت مستحقا لها على الحي فلا يستحقها غيره ثانيا هذا.

[المناقشة في الاستدلال]

و لكن الإنصاف أن هذا الوجه أيضا لا- يخلو عن الخدشة لإمكان منع المنافاة بين الوجوب الذي هو طلب الشارع الفعل و بين استحقاق المستأجر له و ليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المتترع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمي و تملكه الذي ينافي تملك الغير و استحقاقه

[الاستدلال على الحرمة في الواجب الكفائي و مناقشته]

ثم إن هذا الدليل باعتراف المستدل يختص بالواجب العيني. و أما الكفائي فاستدل على عدم جواز أخذ الأجرة عليه بأن الفعل متعين له فلا يدخل في ملك آخر و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقه غيره لأنه بمنزلة قولك استأجرتك لتملكك منفعتك المملوكة لك أو لغيرك و فيه منع وقوع الفعل له بعد إجارة نفسه للعمل للغير فإن آثار الفعل حينئذ ترجع إلى الغير فإذا وجب إنقاذ غريق

كفاية أو إزالة النجاسة عن المسجد فاستأجر واحدا غيره فثواب الإنقاذ والإزالة يقع للمستأجر دون الأجير المباشر لهما. نعم يسقط الفعل عنه لقيام المستأجر به ولو بالاستئابة و من هذا القبيل الاستيجار للجهاد مع وجوبه كفاية على الأجير والمستأجر.

[عدم وجدان الدليل على الحرمة غير الإجماع]

و بالجملة فلم أجد دليلا على هذا المطلب و ايا بجميع أفراده عدا الإجماع الذي لم يصرح به إلا المحقق الثاني لكنه موهون بوجود القول بخلافه من أعيان الأصحاب من القدماء و المتأخرين على ما يشهد به الحكاية و الوجدان.

[وهن الإجماع بنقل الخلاف عن الفقهاء]

إما الحكاية فقد نقل المحقق و العلامة رحمهما الله و غيرهما القول بجواز أخذ الأجرة على القضاء عن بعض. فقد قال في الشرائع أما المكاسب، ج ١، ص ٦٣

لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و كذلك العلامة في المختلف. و قد حكى العلامة الطباطبائي في مصابيح عن فخر الدين و جماعة التفصيل بين العبادات و غيرها.

و يكفي في ذلك ملاحظة الأقوال التي ذكرها في المسالك في باب المتاجر و أما ما وجدناه فهو أن ظاهر المقنعة بل النهاية و محكى المرتضى جواز الأجر على القضاء مطلقا و إن أول بعض كلامهم بإرادة الارتزاق. و قد اختار جماعة جواز أخذ الأجرة عليه إذا لم يكن متعينا أو تعيين و كان القاضى محتاجا. و قد صرح فخر الدين في الإيضاح بالتفصيل بين الكفاية التوصلية و غيرها فجوز أخذ الأجرة في الأول قال في شرح عبارة والده في القواعد في الاستيجار على تعليم الفقه ما لفظه الحق عندي أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف أخذ الأجرة عليه و الذي وجب كفاية فإن كان مما لو أوقعه بغير نية لم يصح و لم يزل الوجوب فلا يجوز أخذ الأجرة عليه لأنه عبادة محضة قال الله تعالى و مَا أُمُّرُوا إِلَّا لِيُعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حصر غرض الأمر في انحصار غاية الفعل في الإخلاص و ما يفعل بالعوض لا يكون كذلك و غير ذلك يجوز أخذ الأجرة عليه إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن انتهى. نعم رده في محكى جامع المقاصد لمخالفة هذا التفصيل لنص الأصحاب. أقول لا يخفى أن الفخر أعرف بنص الأصحاب من المحقق الثاني فهذا والده قد صرح في المختلف بجواز أخذ الأجرة على القضاء إذا لم يتعين و قبله المحقق في الشرائع غير أنه قيد صورة عدم التعيين بالحاجة و لأجل ذلك اختار العلامة الطباطبائي في مصابيح ما اختاره فخر الدين من التفصيل و مع هذا فمن أين الوثوق على إجماع لم يصرح به إلا المحقق الثاني مع ما طعن به الشهيد الثاني على إجماعه بالخصوص في رسالته في صلاة الجمعة

[مقتضى القاعدة في المقام]

والذي ينساق إليه النظر - أن مقتضى القاعدة في كل عمل له منفعة محللة مقصودة جواز أخذ الأجرة و الجعل عليه و إن كان داخلا في العنوان الذي أوجبه الله على المكلف ثم إن صلح ذلك الفعل المقابل بالأجرة لامتنال الإيجاب المذكور أو إسقاطه به أو عنده سقط الوجوب مع استحقاق الأجرة و إن لم يصلح استحقاق الأجرة و بقي الواجب في ذمته لو بقي وقته و إلا عوقب على تركه. و أما مانعية مجرد الوجوب من صحة المعاوضة على الفعل فلم تثبت على الإطلاق

[اللازم التفصيل بين العيني التعيني فلا يجوز و بين غيره فيجوز]

بل اللازم التفصيل فإن كان العمل واجبا عينيا تعينيا لم يجز أخذ الأجرة لأن أخذ الأجرة عليه مع كونه واجبا مقهورا من قبل الشارع على فعله أكل للمال بالباطل لأن عمله هذا لا يكون محترما لأن استيفاءه منه لا يتوقف على طيب نفسه لأنه يقهر عليها مع عدم طيب

النفس و الامتناع. و مما يشهد بما ذكرناه أنه لو فرض أن المولى أمر بعض عبيده بفعل لغرض و كان مما يرجع نفعه أو بعض نفعه إلى غيره فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عد أكلا للمال مجانا و بلا عوض ثم إنه لا ينافى ما ذكرناه حكم الشارع بجواز أخذ الأجرة على العمل بعد إيقاعه كما أجاز للوصى أخذ أجرة المثل أو مقدار الكفاية لأن هذا حكم شرعى لا من باب المعاوضة

ثم لا فرق فيما ذكرناه بين التعبدى من الواجب و التوصلى

مضافا فى التعبدى إلى ما تقدم من منافاة أخذ الأجرة على العمل للإخلاص كما نبهنا عليه سابقا و تقدم عن الفخر و قرره عليه بعض من تأخر عنه.

[حرمة أخذ الأجرة على المندوب التعبدى]

و منه يظهر عدم جواز أخذ الأجرة على المندوب إذا كان عبادة يعتبر فيها التقرب.

[جواز أخذ الأجرة على الواجب التوصلى التخيبرى]

و أما الواجب التخيبرى فإن كان توصليا فلا أجد مانعا عن جواز أخذ الأجرة على أحد فرديه بالخصوص بعد فرض كونه مشتملا على نفع محلل للمستأجر و المفروض أنه محترم لا يقهر المكلف عليه فجاز أخذ الأجرة بإذائه فإذا تعين دفن الميت على شخص و تردد الأمر بين حفر أحد موضعين فاختار الولى أحدهما بالخصوص لصلابته أو لغرض آخر فاستأجر ذلك لحفر ذلك الموضع بالخصوص لم يمنع من ذلك كون مطلق الحفر واجبا عليه مقدمة للدفن

[التفصيل فى الواجب التعبدى التخيبرى]

و إن كان تعبديا فإن قلنا بكفاية الإخلاص بالقدر المشترك و إن كان إيجاد خصوص بعض الأفراد لداع غير الإخلاص فهو كالتوصلى و إن قلنا إن اتحاد وجود القدر المشترك مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما فى القصد كان حكمه كالتعبدى.

[التفصيل فى الكفائى بين التوصلى و التعبدى]

و أما الكفائى فإن كان توصليا أمكن أخذ الأجرة على إتيانه لأجل باذل الأجرة فهو العامل فى الحقيقة و إن كان تعبديا لم يجز الامتثال به و أخذ الأجرة عليه. نعم يجوز النيابة إن كان مما يقبل النيابة لكنه يخرج عن محل الكلام لأن محل الكلام أخذ الأجرة على ما هو واجب على الأجير لا على النيابة فيما هو واجب على المستأجر فافهم.

[حرمة أخذ الأجرة فى الكفائى لو كان حقا لمخلوق على المكلفين]

ثم إنه قد يفهم من أدله وجوب الشىء كفاية كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين فكل من أقدم عليه فقد أدى حق ذلك المخلوق فلا يجوز له أخذ الأجرة منه و لا من غيره ممن وجب عليه أيضا كفاية و لعل من هذا القبيل تجهيز الميت و إنقاذ الغريق بل و معالجة الطبيب لدفع الهلاك.

[الإشكال على أخذ الأجرة على الصناعات التى يتوقف عليها النظام]

إشارة

ثم إن هنا إشكالا مشهورا و هو أن الصناعات التي يتوقف النظام عليها تجب كفاية لوجوب إقامة النظام بل قد يتعين بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه مع أن جواز أخذ الأجرة عليها مما لا كلام لهم فيه و كذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة لوجوبها عليه كفاية أو عينا كالفقاهة

و قد تقضى عنه بوجوه

أحدها

الالتزام بخروج ذلك بالإجماع و السيرة القطعيين.

الثاني الالتزام بجواز أخذ الأجرة على الواجبات إذا لم تكن تعبدية

و قد حكاها في المصاييح عن جماعة و هو ظاهر كل من جوز أخذ الأجرة على القضاء بقول مطلق يشمل صورة تعينه عليه كما تقدم حكايته في الشرائع و المختلف عن بعض و فيه ما تقدم سابقا- من أن الأقوى عدم جواز أخذ الأجرة عليه.

الثالث ما عن المحقق الثاني من اختصاص جواز الأخذ بصورة قيام من به الكفاية

فلا يكون حينئذ واجبا و فيه أن ظاهر العمل و الفتوى جواز الأخذ و لو مع بقاء الوجوب الكفائي بل و مع وجوبه عينا للانحصار.

الرابع ما في مفتاح الكرامة من أن المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة لذاتها

كأحكام الموتى و تعليم الفقه دون ما يجب لغيره كالصنائع و فيه أن هذا التخصيص إن كان لاختصاص معاهد إجماعاتهم و عنوانات كلامهم فهو خلاف الموجود منها و إن كان الدليل يقتضى الفرق فلا بد من بيانه.

الخامس أن المنع عن أخذ الأجرة على الصناعات الواجبة لإقامة النظام يوجب اختلال النظام

لوقوع أكثر الناس في المعصية بتركها أو ترك الشاق منها و الالتزام بالأسهل فإنهم لا يرغبون بالصناعات

المكاسب، ج ١، ص ٦٤

الشاقة أو الدقيقة إلا طمعا في الأجرة و زيادتها على ما يبذل لغيرها من الصناعات و تسويغ أخذ الأجرة عليها لطف في التكليف بإقامة النظام. و فيه أن المشاهد بالوجدان أن اختيار الناس للصنائع الشاقة و تحملها ناش عن الدواعي الأخر غير زيادة الأجرة مثل عدم قابليته لغير ما يختار أو عدم ميله إليه أو عدم كونه شاقا عليه لكونه ممن نشأ في تحمل المشقة ألا- ترى أن أغلب الصنائع الشاقة من الكفائيات كالفلاحة و الحرث و الحصاد و شبه ذلك لا تزيد أجرتها على الأعمال السهلة.

السادس أن الوجوب في هذه الأمور مشروط بالعوض

. قال بعض الأساطين بعد ذكر ما يدل على المنع عن أخذ الأجرة على الواجب أما ما كان واجبا مشروطا فليس بواجب قبل حصول الشرط فتعلق الإجارة به قبله لا مانع منه و لو كانت هو الشرط في وجوبه فكل ما وجب كفاية من حرف و صناعات لم تجب إلا بشرط العوض بإجارة أو جعالة أو نحوهما فلا فرق بين وجوبها العيني للانحصار و وجوبها الكفائي لتأخير الوجوب عنها و عدمه قبلها كما أن

بذل الطعام و الشراب للمضطر إن بقي على الكفاية أو تعين يستحق فيه أخذ العوض على الأصح لأن وجوبه مشروط بخلاف ما وجب مطلقاً بالأصالة كالنفقات أو بالعارض كالمندور ونحوه انتهى كلامه رحمه الله وفيه أن وجوب الصناعات ليس مشروطاً ببذل العوض لأنه لإقامة النظام التي هي من الواجبات المطلقة فإن الطبابة و الفصد و الحجامة و غيرها مما يتوقف عليه بقاء الحياة في بعض الأوقات واجبه بذل له العوض أم لم يبذل

السابع أن وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها

و إنما ثبت من حيث الأمر بإقامة النظام غير متوقفة على العمل تبرعاً بل يحصل به و بالعمل بالأجرة فالذي يجب على الطبيب لأجل إحياء النفس و إقامة النظام بذل نفسه للعمل لا بشرط التبرع به بل له أن يتبرع به و له أن يطلب الأجرة و حينئذ فإن بذل المريض الأجرة و جب عليه العلاج و إن لم يبذل الأجرة و المفروض أداء ترك العلاج إلى الهلاك أجزبه الحاكم حسبته على بذل الأجرة للطبيب و إن كان المريض مغمى عليه دفع عنه و ليه و إلا جاز للطبيب العمل بقصد الأجرة فيستحق الأجرة في ماله و إن لم يكن له مال ففي ذمته فيؤدى في حياته أو بعد مماته من الزكاة أو غيرها. و بالجملة فما كان من الواجبات الكفائية ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بناء على المشهور و أما ما أمر به من باب إقامة النظام فأقامه النظام تحصل ببذل النفس للعمل في الجملة و أما العمل تبرعاً فلا و حينئذ فيجوز طلب الأجرة من المعمول له إذا كان أهلاً للطلب منه و قصدتها إذا لم يكن ممن يطلب منه كالغائب الذي يعمل فيما له عمل لدفع الهلاك عنه و كالمريض المغمى عليه و فيه أنه إذا فرض وجوب إحياء النفس و وجب العلاج مقدمة له فأخذ الأجرة عليه غير جائز .

[مختار المؤلف]

فالتحقيق على ما ذكرنا سابقاً أن الواجب إذا كان عينياً تعينياً لم يجز أخذ الأجرة عليه و لو كان من الصناعات فلا يجوز للطبيب أخذ الأجرة على بيان الدواء أو بعد تشخيص الدواء و أما أخذ الوصى الأجرة على تولى أموال الطفل الموصى عليه الشامل بإطلاقه لصورة تعين العمل عليه فهو من جهة الإجماع و النصوص المستفيضة على أن له أن يأخذ شيئاً و إنما وقع الخلاف في تعيينه فذهب جماعة إلى أن له أجرة المثل حملاً للأخبار على ذلك و لأنه إذا فرض احترام عمله بالنص و الإجماع فلا بد من كون العوض أجرة المثل. و بالجملة فملاحظة النصوص و الفتاوى في تلك المسألة ترشد إلى خروجها عما نحن فيه و أما باذل المال للمضطر - فهو إنما يرجع بعوض المبدول لا بأجرة البذل - فلا يرد نقضاً في المسألة و أما رجوع الأم المرضعة بعض إرضاع اللبأ مع وجوبه عليها بناء على توقف حياة الولد عليه فهو إما من قبيل بذل المال للمضطر و إما من قبيل رجوع الوصى بأجرة المثل من جهة عموم الآية فإن أرضع عنكم فآتوهن أجورهن فافهم و إن كان كفائياً جاز الاستيجار عليه فيسقط الواجب بفعل المستأجر عليه عنه و عن غيره و إن لم يحصل الامتثال. و من هذا الباب أخذ الطبيب الأجرة على حضوره عند المريض إذا تعين عليه علاجه فإن العلاج و إن كان معيناً عليه إلا أن الجمع بينه و بين المريض مقدمة للعلاج واجب كفائياً بينه و بين أولياء المريض فحضوره أداء للواجب الكفائى كإحضار الأولياء إلا أنه لا بأس بأخذ الأجرة عليه. نعم يستثنى من الواجب الكفائى ما علم من دليله صيرورة ذلك العمل حقاً للغير يستحقه من المكلف كما قد يدعى أن الظاهر من أدلة وجوب تجهيز الميت أن للميت حقاً على الأحياء في التجهيز فكل من فعل شيئاً منه في الخارج فقد أدى حق الميت فلا يجوز أخذ الأجرة عليه و كذا تعليم الجاهل أحكام عباداته الواجبة عليه و ما يحتاج إليه كصيغة النكاح و نحوها لكن تعيين هذا يحتاج إلى لطف قريحه هذا تمام الكلام في أخذ الأجرة على الواجب.

و أما الحرام

فقد عرفت عدم جواز أخذ الأجرة عليه

و أما المكروه و المباح

فلا إشكال في جواز أخذ الأجرة عليهما

و أما المستحب

إشارة

و المراد منه ما كان له نفع قابل لأن يرجع إلى المستأجر لتصح الإجارة من هذه الجهة فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز أخذ الأجرة عليه لأن الموجود من هذا الفعل في الخارج لا يتصف بالاستحباب إلا مع الإخلاص الذي ينافيه إتيان الفعل لاستحقاق المستأجر إياه كما تقدم في الواجب. و حينئذ فإن كان حصول النفع المذكور منه متوقفا على نية القربة لم يجوز أخذ الأجرة عليه كما إذا استأجر من يعيد صلاته ندبا ليقتمد به لأن المفروض بعد الإجارة عدم تحقق الإخلاص و المفروض مع عدم تحقق الإخلاص عدم حصول نفع منه عائد إلى المستأجر و ما يخرج بالإجارة عن قابلية انتفاع المستأجر به لم يجوز الاستيجار عليه و من هذا القبيل الاستيجار على العبادة لله تعالى أصالة- لا نيابة و إهداء ثوابها إلى المستأجر فإن ثبوت الثواب للعامل موقوف على قصد الإخلاص المنفي مع الإجارة و إن كان حصول النفع غير متوقف على الإخلاص جاز الاستيجار عليه كبناء المساجد و إعانة المحاويع فإن من بنى لغيره مسجدا عاد إلى الغير نفع بناء المسجد و هو ثوابه و إن لم يقصد البناء من عمله إلا- أخذ الأجرة. و كذا من استأجر غيره لإعانة المحاويع و المشى في حوائجهم فإن الماشى لا يقصد إلا الأجرة إلا أن نفع المشى عائد إلى المستأجر

و من هذا القبيل استيجار الشخص للنيابة عنه في العبادات التي تقبل النيابة

المكاسب، ج ١، ص ٦٥

كالحج و الزيارة و نحوهما فإن نيابة الشخص عن غيره فيما ذكر و إن كانت مستحبة إلا أن ترتب الثواب للمنوب عنه و حصول هذا النفع له لا- يتوقف على قصد النائب الإخلاص في نيابته بل متى جعل نفسه بمنزلة الغير و عمل العمل بقصد التقرب الذي هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابة انتفع المنوب عنه سواء فعل النائب هذه النيابة بقصد الإخلاص في امتثال أو أمر النيابة عن المؤمن أم لم يلتفت إليها أصلا و لم يعلم بوجودها فضلا عن أن يقصد امتثالها ألا ترى أن أكثر العوام الذين يعملون الخيرات لأمواتهم لا يعلمون ثبوت الثواب لأنفسهم في هذه النيابة بل يتخيلون النيابة مجرد إحسان إلى الميت لا يعود نفع منه إلى نفسه و التقرب الذي يقصده النائب بعد جعل نفسه نائبا هو تقرب المنوب عنه لا- تقرب النائب فيجوز أن ينوب لأجل مجرد استحقاق الأجرة عن فلان بأن ينزل نفسه منزلة في إتيان الفعل قربة إلى الله ثم إذا عرض هذه النيابة للوجوب بسبب الإجارة فالأجير غير متقرب في نيابته لأن الفرض عدم علمه أحيانا بكون النيابة راجحة شرعا يحصل بها التقرب لكنه متقرب بعد جعل نفسه نائبا عن غيره فهو متقرب بوصف كونه بدلا و نائبا عن الغير فالتقرب يحصل للغير.

[الإشكال بكون الإخلاص منافيا للإجارة و الجواب عنه]

فإن قلت الموجود في الخارج من الأجير ليس إلا الصلاة عن الميت مثلا و هذا متعلق بالإجارة و النيابة فإن لم يمكن الإخلاص في متعلق الإجارة لم يترتب على تلك الصلاة نفع للميت و إن أمكن لم يناف الإخلاص لأخذ الأجرة كما ادعت و ليست النيابة عن الميت في الصلاة المتقرب بها إلى الله تعالى شيئا و نفس الصلاة شيئا آخر حتى يكون الأول متعلقا للإجارة و الثاني موردا للإخلاص.

قلت القربة المانع اعتبارها من تعلق الإجارة هي المعبرة في نفس متعلق الإجارة وإن اتحد خارجا مع ما يعتبر فيه القربة مما لا يكون متعلقا للإجارة فالصلاة الموجودة في الخارج على جهة النيابة فعل للنائب من حيث إنها نيابة عن الغير وبهذا الاعتبار ينقسم في حقه إلى المباح والراجح والمرجوح وفعل للمنوب عنه بعد نيابة النائب يعنى تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه في هذه الأفعال وبهذا الاعتبار تترتب عليه الآثار الدنيوية والأخروية لفعل المنوب عنه الذي لم يشترط فيه المباشرة والإجارة تتعلق به بالاعتبار الأول والتقرب بالاعتبار الثاني فالموجود في ضمن الصلاة الخارجية فعلا نيابة صادرة عن الأجير النائب فيقال ناب عن فلان وفعل كأنه صادر عن المنوب عنه فيمكن أن يقال على سبيل المجاز صلى فلان ولا يمكن أن يقال ناب فلان فكما جاز اختلاف هذين الفعلين في الآثار فلا ينافى اعتبار القربة في الثاني جواز الاستيجار على الأول الذي لا يعتبر فيه القربة.

[جواز الاستيجار للميت]

وقد ظهر مما قررناه وجه ما اشتهر بين المتأخرين فتوى وعملا من جواز الاستيجار على العبادات للميت وأن الاستشكال في ذلك بمنافاة ذلك لاعتبار القربة فيها ممكن الدفع - خصوصا بملاحظة ما ورد من الاستيجار للحج ودعوى خروجه بالنص فاسدة لأن مرجعها إلى عدم اعتبار القربة في الحج وأضعف منها دعوى أن الاستيجار على المقدمات كما لا يخفى مع أن ظاهر ما ورد في استيجار مولانا الصادق ع للحج عن ولده إسماعيل كون الإجارة على نفس الأفعال.

[عدم جواز إتيان ما وجب بالإجارة عن نفسه]

ثم اعلم أنه كما لا يستحق الغير بالإجارة - ما وجب على المكلف على وجه العبادة كذلك لا يؤتى على وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغير منه بالإجارة فلو استؤجر لإطافة صبي أو مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه كما صرح به في المختلف بل كذلك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف - كما صرح به جماعة تبعا للإسكافي لأن المستأجر يستحق الحركة المخصوصة عليه لكن ظاهر جماعة جواز الاحتساب في هذه الصورة لأن استحقاق الحمل غير استحقاق الإطافة به كما لو استؤجر لحمل متاع. وفي المسألة أقوال قال في الشرائع ولو حمله حامل في الطواف أمكن أن يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه انتهى وقال في المسالك هذا إذا كان الحامل متبرعا أو حاملا - بجعالة أو كان مستأجرا للحمل في طوافه أما لو استؤجر للحمل مطلقا لم يحتسب للحامل لأن الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره فلا يجوز صرفها إلى نفسه - وفي المسألة أقوال هذا أجودها انتهى وأشار بالأقوال إلى القول بجواز الاحتساب مطلقا كما هو ظاهر الشرائع وظاهر القواعد على إشكال. والقول الآخر ما في الدروس من أنه يحتسب لكل من الحامل والمحمول ما لم يستأجره للحمل لا في طوافه انتهى. والثالث ما ذكره في المسالك من التفصيل. والرابع ما ذكره بعض محشى الشرائع من استثناء صورة الاستيجار على الحمل. والخامس الفرق بين الاستيجار للطواف به وبين الاستيجار لحمله في الطواف وهو ما اختاره في المختلف. وبنى فخر الدين في الإيضاح جواز الاحتساب في صورة الاستيجار للحمل التي استشكل والده رحمه الله فيها على أن ضم نية التبرد إلى الوضوء قاذح أم لا. والمسألة مورد نظر وإن كان ما تقدم من المسالك لا يخلو عن وجه.

[أخذ الأجرة على الأذان]

إشارة

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه - من عدم جواز الاستيجار على المستحب إذا كان من العبادات أنه لا يجوز أخذ الأجرة على أذان المكلف لصلاة نفسه إذا كان مما يرجع نفع منه إلى الغير لأجله يصح الاستيجار كالأعلام بدخول الوقت والاجتزاء به في الصلاة وكذا أذان

المكلف للإعلام عند الأكثر كما عن الذكرى و على الأشهر كما فى الروضة و هو المشهور كما فى المختلف و مذهب الأصحاب إلا من شذ كما عنه و عن جامع المقاصد و بالإجماع كما عن محكى الخلاف بناء على أنه عبادة يعتبر فيها وقوعها لله فلا يجوز أن يستحقه الغير.

[ما يدل على عدم جواز الأجره على الأذان]

و فى رواية زيد بن على عن أبيه عن آباءه عن على ع: أنه أتاه رجل فقال له و الله إنى أحبك لله فقال له لكنى أبغضك لله قال و لم قال لأنك تبغى فى الأذان أجرا و تأخذ على تعليم القرآن أجرا و فى رواية حمران الواردة فى فساد الدنيا و اضمحلال الدين و فيها قوله ع: و رأيت الأذان بالأجره و الصلاة بالأجر و يمكن أن يقال إن مقتضى كونه عبادة عدم حصول الثواب إذا لم يتقرب به لا فساد الإجارة مع فرض كون العمل مما ينتفع به و إن لم يتقرب به نعم لو قلنا بأن الإعلام بدخول الوقت المستحب كفاية لا يتأتى بالأذان الذى لا يتقرب به صح ما ذكر لكن ليس كذلك و أما الرواية فضيفة- و من هنا استوجه الحكم بالكراهة فى الذكرى و المسالك و مجمع البرهان و البحار بعد أن حكى عن علم الهدى رحمه الله و لو اتضحت دلالة الروايات أمكن جبر سند الأولى

المكاسب، ج ١، ص ٦٦

بالشهرة مع أن رواية حمران حسنة على الظاهر بابن هاشم

[الأجره على الإمامة]

و من هنا يظهر وجه ما ذكره فى هذا المقام من حرمة أخذ الأجره على الإمامة مضافا إلى موافقتها للقاعدة المتقدمة من أن ما كان انتفاع الغير به موقوفا على تحققه على وجه الإخلاص لا- يجوز الاستيجار عليه لأن شرط العمل المستأجر عليه قابلية إيقاعه لأجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاء بالعقد و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك

[الأجره على تحمل الشهادة]

ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجره عليها عند المشهور تحمل الشهادة بناء على وجوبه كما هو أحد الأقوال فى المسألة لقوله تعالى و لا- يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا المفسر فى الصحيح بالدعاء للتحمل و كذلك أداء الشهادة لوجوبه عينا أو كفاية و هو مع الوجوب العيني واضح و أما مع الوجوب الكفائى فلأن المستفاد من أدلة الشهادة كون التحمل و الأداء حقا للمشهود له على الشاهد فالموجود فى الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا يقابل بعوض للزوم مقابلة حق الشخص بشىء من ماله فيرجع إلى أكل المال بالباطل.

و منه يظهر أنه كما لا يجوز أخذ الأجره من المشهود له كذلك لا يجوز من بعض من وجبت عليه كفاية إذا استأجره لفائدة إسقاطها عن نفسه ثم إنه لا- فرق فى حرمة الأجره بين توقف التحمل أو الأداء على قطع مسافة طويلة و عدمه. نعم لو احتاج إلى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه و لو أمكن إحضار الواقعة عند من يراد تحمله للشهادة فله أن يمتنع من الحضور و يطلب الإحضار.

[الارتزاق من بيت المال لمن يحرم عليه أخذ الأجره]

إشارة

بقى الكلام فى شىء و هو أن كثيرا من الأصحاب صرحوا فى كثير من الواجبات و المستحبات التى يحرم أخذ الأجره عليها بجواز ارتزاق مؤديها من بيت المال المعد لمصالح المسلمين و ليس المراد أخذ الأجره أو الجعل من بيت المال لأن ما دل على تحريم

العوض لا- فرق فيه بين كونه من بيت المال أو من غيره بل حيث استفدنا من دليل الوجوب كونه حقا للغير يجب أدائه إليه عينا أو كفاية فيكون أكل المال بإزائه أكلا له بالباطل كان إعطاؤه العوض من بيت المال أولى بالحرمة لأنه تضييع له و إعطاء مال المسلمين بإزاء ما يستحقه المسلمون على العامل بل المراد أنه إذا قام المكلف بما يجب عليه كفاية أو عينا مما يرجع إلى مصالح المؤمنين و حقوقهم كالقضاء و الإفتاء و الأذان و الإقامة و نحوها و رأى ولي المسلمين المصلحة في تعيين شىء من بيت المال له فى اليوم أو الشهر أو السنة من جهة قيامه بذلك الأمر لكونه فقيرا يمنعه القيام بالواجب المذكور عن تحصيل ضرورياته فيعين له ما يرفع حاجته و إن كان أزيد من أجره المثل أو أقل منها. و لا فرق بين أن يكون تعيين الرزق له بعد القيام أو قبله حتى أنه لو قيل له اقض فى البلد و أنا أكفيك مؤنتك من بيت المال جاز و لم يكن جعله

و كيف كان فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق إلا مع الحاجة

على وجه يمنعه القيام بتلك المصلحة عن اكتساب المئونة فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنعه القيام بتلك المصلحة غير جائز و يظهر من إطلاق جماعة فى باب القضاء خلاف ذلك بل صرح غير واحد بالجواز مع وجدان الكفاية

خاتمة تشمل على مسائل

الأولى [بيع المصحف]

إشارة

صرح جماعة كما عن النهاية و السرائر و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد بحرمة بيع المصحف و المراد به كما صرح فى الدروس خطه و ظاهر المحكى عن نهاية الأحكام اشتهاها بين الصحابة حيث تمسك على الحرمة بمنع الصحابة و عليه تدل ظواهر الأخبار المستفيضة.

[روايات المنع عن بيع المصحف]

ففى موثقة سماعة: لا تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام قلت فما تقول فى شرائها قال اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف و إياك أن تشتري منه الورق و فيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراما و على من باعه حراما و مضمرة عثمان بن عيسى قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال لا تشتري كلام الله و لكن اشتر الجلد و الحديد و الدفتر و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا: و رواها فى الكافى عن عثمان بن عيسى عن سماعة عن أبى عبد الله ع: و رواية جراح المدائنى: فى بيع المصاحف قال لا تبع الكتاب و لا تشتريه و بع الورق و الأديم و الحديد ٢٥٨ و رواية عبد الرحمن بن سيابة قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن المصاحف لن يشتري فإذا اشترت فقل إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا. و ظاهر قوله ع إن المصاحف لن تشتري أنها لا- تدخل فى ملك أحد على وجه العوضىة عما بذله من الثمن و أنها أجل من ذلك و يشير إليه تعبير الإمام فى بعض الأخبار بكتاب الله و كلام الله الدال على التعظيم و كيف كان فالحكم فى المسألة واضح بعد الأخبار و عمل من عرفت حتى مثل الحلوى الذى لا يعمل بأخبار الآحاد.

[توهم استفادة الجواز من بعض الروايات]

و ربما يتوهم هنا ما يصرف هذه الأخبار عن ظواهرها مثل رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن بيع المصاحف و شرائها فقال إنما كان يوضع عند القامة و المنبر قال كان بين الحائط و المنبر قيد ممر شاه أو رجل و هو منحرف فكان الرجل يأتي فيكتب البقرة و يجيء آخر فيكتب السورة كذلك كانوا ثم إنهم اشتروا بعد ذلك - قلت فما ترى في ذلك قال أشتريه أحب إلى من أن أبيع: و مثلها رواية روح بن عبد الرحيم و زاد فيها: قلت فما ترى إن أعطى على كتابته أجرا قال لا بأس و لكن هكذا كانوا يصنعون فإنها تدل على جواز الشراء من جهة حكايته عن المسلمين بقوله ثم إنهم اشتروا بعد ذلك و قوله أشتريه أحب إلى من أن أبيع و نفى البأس عن الاستيجار لكتابته كما في أخبار أخرى غيرها فيجوز تملك الكتابة بالأجر فيجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بيع المجموع المركب منها و من القرطاس و غيرها

[عدم دلالة الروايات على جواز المعاوضة على الخط]

لكن الإنصاف أن لا دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف و إنما تدل على أن تحصيل المصحف في الصدر الأول كان بمباشرة كتابته ثم قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم و حصلوا المصاحف بأموالهم شراء و استئجارا و لا دلالة فيها على كيفية الشراء و أن الشراء و المعاوضة لا - بد أن لا تقع إلا على ما عدا الخط من القرطاس و غيره. و في بعض الروايات دلالة على أن الأولى - مع عدم مباشرة الكتابة بنفسه أن يستكتب بلا شرط ثم يعطيه ما يرضيه مثل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ع قال: إن أم عبد الله بن الحارث أرادت أن تكتب مصحفا فاشتريت ورقا من عندها و دعت رجلا فكتب لها على غير شرط فأعطته حين المكاسب، ج ١، ص ٦٧

فرغ خمسين ديناراً و أنه لم تبع المصاحف إلا حديثاً

[رواية عنبسة الوراق و توجيهها]

و مما يدل على الجواز رواية عنبسة الوراق قال: قلت لأبي عبد الله ع أنا رجل أبيع المصاحف فإن نهيتني لم أبعها قال أ لست تشتري ورقا و تكتب فيه قلت بلى و أعالجها قال لا بأس بها و هي و إن كانت ظاهرة في الجواز إلا أن ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع في مقام الحاجة إلى البيان فلا - تعارض ما تقدم من الأخبار المتضمنة للبيان و كيف كان فالأظهر في الأخبار - ما تقدم من الأساطين المتقدمة إليهم الإشارة.

[بقي الكلام في المراد من حرمة البيع و الشراء]

بعد فرض أن الكاتب للمصحف في الأوراق المملوكة مالك للأوراق و ما فيها من النقوش فإن النقوش إن لم تعد من الأعيان المملوكة بل من صفات النقوش التي تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها فلا حاجة إلى النهي عن بيع الخط فلا يقع بإزائه جزء من الثمن حتى يقع في حيز البيع - و إن عدت من الأعيان المملوكة فإن فرض بقاؤها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد فيلزم شركته مع المشتري و هو خلاف الاتفاق و إن انتقلت إلى المشتري فإن كان بجزء من العوض فهو البيع المنهي عنه لأن بيع المصحف المركب

من الخط وغيره ليس إلا- جعل جزء من الثمن بإزاء الخط و إن انتقلت إليه قهرا تبعا لغيرها لا لجزء من العوض نظير بعض ما يدخل في المبيع فهو خلاف مقصود المتبايعين مع أن هذا كالتزام كون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه لا الورق و النقوش فإن النقوش غير مملوكة بحكم الشارع مجرد تكليف صوري إذ لا أظن أن تعطل أحكام الملك فلا تجرى على الخط المذكور إذا بنينا على أنه ملك عرفا قد نهى عن المعاوضة عليه بل الظاهر أنه إذا لم يقصد بالشراء إلا الجلد و الورق كان الخط باقيا على ملك البائع فيكون شريكا بالنسبة فالظاهر أنه لا مناص عن التزام التكليف الصوري أو يقال إن الخط لا يدخل في الملك شرعا و إن دخل فيه عرفا فتأمل. و لأجل ما ذكرناه التجأ بعض إلى الحكم بالكراهة و أولوية الاقتصار في المعاملة على ذكر الجلد و الورق بترك إدخال الخط فيه احتراما و قد تعارف إلى الآن تسمية ثمن القرآن هدية

[بيع المصحف من الكافر]

ثم إن المشهور بين العلامة رحمه الله و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذي يجوز بيعه من المسلم و لعله لفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم و أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه فإن الشيخ رحمه الله قد استدل به على عدم تملك الكافر للمسلم و من المعلوم أن ملك الكافر للمسلم إن كان علوا على الإسلام فملكه للمصحف أشد علوا عليه و لذا لم يوجد هنا قول بتملكه- و إجباره على البيع كما قيل به في العبد المسلم و حينئذ فلو كفر المسلم انتقل مصحفه إلى وارثه و لو كان الوارث هو الإمام هذا

[تملك الكفار للمصاحف]

و لكن ذكر في المبسوط في باب الغنائم أن ما يوجد في دار الحرب من المصاحف و الكتب التي ليست بكتب الزندقة و الكفر داخل في الغنيمه و يجوز بيعها و ظاهر ذلك تملك الكفار للمصاحف و إلا لم يكن وجه لدخولها في الغنيمه بل كانت من مجهول المالك المسلم- و إرادة غير القرآن من المصاحف بعيدة

و الظاهر أن أبعاض المصحف في حكم الكل

إذا كانت مستقلة. و أما المتفرقة في تضاعيف غير التفاسير من الكتب للاستشهاد بلفظه أو معناه فلا يبعد عدم اللحق لعدم تحقق الإهانة و العلو و في إلحاق الأدعية المشتملة على أسماء الله تعالى كالجوشن الكبير مطلقا أو مع كونه الكافر ملحدا بها دون المقر بالله المحترم لأسمائه- لعدم الإهانة و العلو وجوه.

و في إلحاق الأحاديث النبوية بالقرآن

وجهان حكى الجزم به عن الكركي و فخر الدين قدس سرهما و التردد بينهما عن التذكرة. و على اللحق فيلحق اسم النبي ص بطريق أولى لأنه أعظم من كلامه و حينئذ فيشكل أن يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبة في زماننا المكتوب عليها اسم النبي ص إلا أن يقال إن المكتوب عليها غير مملوك عرفا و لا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث إنه اسمه جزء من الثمن فهو كاسمه

المبارك المكتوب على سيف أو على باب دار أو جدار إلا أن يقال إن مناط الحرمة التسليط لا المعاوضة بل ولا التمليك ويشكل أيضا من جهة مناوئتها الكافر مع العلم العادي بمسه إياه خصوصا مع الرطوبة

الثانية جوائز السلطان وعماله

إشارة

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا أو عوضا لا يخلو عن أحوال لأنه إما أن لا يعلم أن في جملة أموال هذا الظالم مالا محرما يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال وإما أن يعلم وعلى الثاني فإما أن لا يعلم ذلك المحرم أو شيئا منه داخل في المأخوذ وإما أن يعلم ذلك وعلى الثاني فإما أن يعلم تفصيلا وإما أن يعلم إجمالا فالصور أربع

[الصورة الأولى أن لا يعلم بأن للجائر مال حرام يحتمل كون الجائزة منها]

أما الأولى فلا إشكال فيها في جواز الأخذ و حلية التصرف للأصل والإجماع والأخبار الآتية لكن ربما يوهم بعض الأخبار أنه يشترط في حل مال الجائر ثبوت مال حلال له مثل ما عن الاحتجاج عن الحميري: أنه كتب إلى صاحب الزمان عجل الله فرجه يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلا لما في يده لا يتورع عن أخذ ماله ربما نزلت في قريته وهو فيها أو أدخل منزله وقد حضر طعامه فيدعوني إليه فإن لم آكل عاداني عليه فهل يجوز لي أن آكل من طعامه و أتصدق بصدقة و كم مقدار الصدقة و إن أهدى هذا الوكيل هدية إلى رجل آخر فيدعوني إلى أن أنال منها و أنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده فهل على فيه شيء إن أنا نلت منها الجواب إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل طعامه و اقبل بره و إلا فلا بناء على أن الشرط في الحلية هو وجود مال آخر فإذا لم يعلم به لم يثبت الحل لكن هذه الصورة قليلة التحقق.

و أما الثانية [أن يعلم بوجود مال محرر للجائر لكن لا يعلم بكون الجائزة منها]

[الحالة الأولى أن تكون الشبهة غير محصورة]

إشارة

فإن كانت الشبهة فيها غير محصورة فحكمها كالصورة الأولى و كذا إذا كانت محصورة بين ما لا يبتلى المكلف به و بين ما من شأنه الابتلاء به كما إذا علم أن الواحد المردد بين هذه الجائزة و بين أم ولده المعدودة من خواص نسائه مغصوب و ذلك لما تقرر في الشبهة المحصورة من اشتراط تنجز تعلق التكليف فيها بالحرام الواقعي بكون كل من المشتبهين بحيث يكون التكليف بالاجتناب عنه منجزا لو فرض كونه هو المحرم الواقعي لا- مشروطا بوقت الابتلاء المفروض انتفاؤه في أحدهما في المثال فإن التكليف غير منجز بالحرام الواقعي على أى تقدير لاحتمال كون المحرم في المثال هى أم الولد و توضيح المطلب في محله

ثم إنه صرح جماعة بكراهة الأخذ

إشارة

و عن المنتهى الاستدلال له باحتمال الحرمة و بمثل قوله ع: دع ما يريبك و قولهم ع: من ترك الشبهات نجا من المحرمات إلى آخر الحديث. و ربما يزداد على ذلك بأن أخذ المال منهم يوجب محبتهم فإن القلوب مجبولة على حب من أحسن المكاسب، ج ١، ص ٦٨

إليها و يترتب عليها من المفسد ما لا يخفى. و فى الصحيح: إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه مثله و ما عن الإمام الكاظم ع من قوله: لو لا أنى أرى من أزوجه من عزاب آل أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها أبدا

ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمر -

منها أخبار المجيز بحليته

بأن يقول هذه الجائزة من تجارتي أو زراعتي أو نحو ذلك مما يحل للآخذ التصرف فيه. و ظاهر المحكى عن الرياض تبعا لظاهر الحدائق أنه مما لا خلاف فيه و اعترف ولده فى المناهل بأنه لم نجد له مستندا مع أنه لم يحك التصريح به إلا عن الأردبيلي ثم عن العلامة الطباطبائي و يمكن أن يكون المستند ما دل على قبول قول ذى اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البينة على تملكه و شبهه الحرمة و إن لم ترتفع بذلك إلا أن الموجب للكراهة ليس مجرد الاحتمال و إلا لعمت الكراهة أخذ المال من كل أحد بل الموجب له كون الظالم مظنة الظلم و الغصب و غير متورع عن المحارم نظير كراهة سؤر من لا يتوقى النجاسة و هذا المعنى يرتفع بإخباره إلا إذا كان خبره كيدته مظنة للكذب لكونه ظالما غاصبا فيكون خبره حينئذ كيدته و تصرفه غير مفيد إلا للإباحة الظاهرية غير المنافية للكراهة فيختص الحكم برفع الكراهة بما إذا كان مأمونا فى خبره و قد صرح الأردبيلي بهذا القيد فى إخبار و كيله و بذلك يندفع ما يقال من أنه لا فرق بين يد الظالم و تصرفه و بين خبره فى كون كل منهما مفيدا للملكية الظاهرية غير مناف للحرمة الواقعية المقتضية للاحتياط فلا وجه لوجود الكراهة الناشئة عن حسن الاحتياط مع اليد و ارتفاعها مع الأخبار فتأمل.

و منها إخراج الخمس منه

حكى عن المنتهى و المحقق الأردبيلي و ظاهر الرياض هنا أيضا عدم الخلاف و لعله لما ذكر فى المنتهى فى وجه استحباب إخراج الخمس من هذا المال أن الخمس مطهر للمال المختلط يقينا بالحرام فمحمتم الحرمة أولى بالتطهير به فإن مقتضى الطهارة بالخمس صيرورة المال حلالا واقعا فلا يبقى حكم الشبهة - كما لا يبقى فى المال المختلط يقينا بعد إخراج الخمس. نعم يمكن الخدشة فى أصل الاستدلال بأن الخمس إنما يطهر المختلط بالحرام حيث إن بعضه حرام و بعضه حلال فكان الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام فمعنى تطهيره تخليصه بإخراج الخمس مما فيه من الحرام فكان مقدار الحلال طاهرا فى نفسه إلا أنه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام فصار محكوما بحكم الحرام و هو وجوب الاجتناب فإخراج الخمس مطهر له عن هذه القذارة العرضية و أما المال المحتمل لكونه بنفسه حراما و قذرا ذاتيا فلا معنى لتطهيره بإخراج خمسة بل المناسب لحكم الأصل - حيث جعل الاختلاط قذارة عرضية كون الحرام قدر العين و لازمه أن المال المحتمل الحرمة غير قابل للطهارة فلا بد من الاجتناب عنه. نعم يمكن أن يستأنس أو يستدل على استحباب الخمس بعد فتوى النهاية التى هى كالرواية ففيها كفاية فى الحكم بالاستحباب و كذلك فتوى السرائر مع عدم العمل فيها إلا بالقطعيات: بالموثقة المسئول فيها عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال ع لا إلا أن لا يقدر على شىء يأكل و يشرب و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار فى يده شىء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت فإن موردها و إن كان ما يقع فى يده بإزاء العمل إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه و بين ما يقع فى اليد على وجه الجائزة و يمكن أن يستدل له أيضا بما دل على وجوب الخمس فى الجائزة مطلقا - و هى عدة أخبار مذكورة فى محلها و حيث إن المشهور غير قائلين بوجوب الخمس فى الجائزة حملوا تلك الأخبار على الاستحباب ثم

إن الاستفادة مما تقدم من اعتذار الإمام 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 يمكن أن يكون اعتذاره ع إشارة إلى أن لو لا صرفها فيما يصرف فيه المظالم المردودة لما قبلها فيجب أو ينبغي أن يأخذها ثم يصرفها في مصارفها. و هذه الفروع كلها بعد الفراغ عن إباحة أخذ الجائزة و المتفق عليه من صورها صورة عدم العلم بالحرام في ماله أصلاً أو العلم بوجود الحرام من كون الشبهة غير محصورة أو محصورة ملحقه بغير المحصورة على ما عرفت

[الحالة الثانية] و إن كانت الشبهة محصورة

إشارة

بحيث تقتضى قاعدة الاحتياط لزوم الاجتناب عن الجميع لقبلياً تنجز التكليف بالحرام المعلوم إجمالاً فظاهر جماعة المصرح به في المسالك و غيره الحل و عدم لحوق حكم الشبهة المحصورة هنا.

[ظاهر جماعة حلية الجائزة في هذه الحالة]

قال في الشرائع جوائز السلطان الجائر [الظالم] إن علمت حراماً بعينها فهو حرام و نحوه عن نهاية الأحكام و الدروس و غيرهما. قال في المسالك التقييد بالعين إشارة إلى جواز أخذها إن علم [إجمالاً] أن في أمواله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم و لا يكون حكمها حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك انتهى.

[مناقشة القول بالحلية]

أقول ليس في أخبار الباب ما يكون حاكماً على قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة بل هي مطلقاً أقصاها كونها من قبيل قولهم ع كل شيء لك حلال أو كل شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال. و قد تقرر حكومة قاعدة الاحتياط على ذلك فلا بد حينئذ من حمل الأخبار على مورد لا- تقتضى القاعدة لزوم الاجتناب عنه كالشبهة غير المحصورة أو المحصورة التي لم يكن كل احتمالاتها مورداً لابتلاء المكلف- أو على أن ما يتصرف فيه الجائر بالإعطاء يجوز أخذه حملاً لتصرفه على الصحيح أو لأن تردد الحرام بين ما ملكه الجائر و بين غيره من قبيل التردد بين ما ابتلى به المكلف و ما لم يبتل به و هو ما لم يعرضه الجائر لتمليكه فلا يحرم قبول ما ملكه لدوران الحرام بينه و بين ما لم يعرضه لتمليكه فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه كما أشرنا إليه سابقاً فلو فرضنا مورداً خارجاً عن هذه الوجوه المذكورة كما إذا أراد أخذ شيء من ماله مقاصه أو أذن له الجائر في أخذ شيء من أمواله على سبيل التخيير أو علم أن المجيز قد أجازته من المال المختلط في اعتقاده بالحرام بناء على أن اليد لا- تؤثر في حل ما كلف ظاهراً بالاجتناب عنه كما لو علمنا أن شخصاً أعارنا أحد الثوبين المشتبهين في نظره فإنه لا يحكم بطهارته. فالحكم في هذه الصور بجواز أخذ بعض ذلك مع العلم بوجود الحرام فيه و طرح قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة في غاية الإشكال بل الضعف.

فلنذكر النصوص الواردة في هذا المقام و نتكلم في مقدار شمول كل واحد منها

إشارة

بعد ذكره حتى يعلم عدم

المكاسب، ج ١، ص ٦٩

نهوضها للحكومة على القاعدة.

[قوله عليه السلام كل شيء فيه حلال و حرام و المناقشة فيه]

فمن الأخبار التي استدلت بها في هذا المقام قول الإمام الصادق ع: كل شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال أبدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه و قوله ع:

كل شيء هو لك حلال حتى تعرف أنه حرام بعينه و لا يخفى أن المستند في المسألة- لو كان مثل هذا لكان الواجب إما التزام أن القاعدة في الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط مطلقا كما عليه شردمته من متأخري المتأخرين أو أن مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الأصحاب و على أي تقدير فهو على طرف النقيض مما تقدم عن المسالك.

[صحيحه أبي ولاد و المناقشة فيها]

و منها صحيحه أبي ولاد قال: قلت لأبي عبد الله ع ما ترى في رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم و أنا أمر به و أنزل عليه فيضيفني و يحسن إلي و ربما أمر لي بالدرهم و الكسوة و قد ضاق صدرى من ذلك فقال لي كل و خذ منها فلك المهنة و عليه الوزر إلى آخر الخبر. و الاستدلال بها على المدعى لا يخلو عن نظر لأن الاستشهاد إن كان من حيث حكمه ع بحل مال العامل المميز للسائل- فلا يخفى أن الظاهر من هذه الرواية و من غيرها من الروايات حرمة ما يأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له و أن العمل للسلطان من المكاسب المحرمة بالحكم بالحل ليس إلا من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السلطان بل مما اقترضته أو اشتراه في الذمة و أما من حيث إن ما يقع من العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده فيتم الاستشهاد لكن فيه مع أن الاحتمال الأول مسقط للاستدلال على حل المشتبه المحصور الذي تقتضى القاعدة لزوم الاحتياط فيه لأن الاعتماد حينئذ على اليد كما لو فرض مثله في غير الظلمة أن الحكم بالحل على هذا الاحتمال غير وجيه إلا على تقدير كون المال المذكور من الخراج و المقاسمة المباحين للشيعة إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتجه حله لغير المالك بغير رضاه لأن المفروض حرمة على العامل لعدم احترام عمله و كيف كان فالرواية إما من أدلة حل مال السلطان المحمول بحكم الغلبة إلى الخراج و المقاسمة و إما من أدلة حل المأخوذ من المسلم لاحتمال كون المعطى مالكا له و لا اختصاص له بالسلطان أو عماله أو مطلق الظالم أو غيره و أين هذا من المطلب الذي هو حل ما في يد الجائر مع العلم إجمالا بحرمة بعضه المقتضى مع حصر الشبهة للاجتناب عن جميعه

[روايات أخر]

و مما ذكرنا يظهر الكلام في مصححة أبي المعزى: أمر بالعامل فيجيزني بالدرهم آخذها قال نعم قلت و أحج بها قال نعم و رواية محمد بن هشام: أمر بالعامل فيصلني بالصلة أقبلها قال نعم قلت و أحج بها قال نعم و حج بها و رواية محمد بن مسلم و زرارة عن أبي جعفر ع: جوائز السلطان ليس بها بأس

[حمل النصوص على الشبهة غير المحصورة]

إلى غير ذلك من الإطلاقات التي لا تشمل من صورة العلم الإجمالى بوجود الحرام إلا الشبهة غير المحصورة.

[محامل أخر للنصوص على فرض شمولها للشبهة المحصورة]

و على تقدير شمولها لصورة العلم الإجمالي مع انحصار الشبهة فلا- تجدى- لأن الحل فيها مستند إلى تصرف الجائر بالإباحة و التمليك و هو محمول على الصحيح مع أنه لو أغمض النظر عن هذا أو رده بشمول الأخبار لما إذا أجاز الجائر من المشتبهات فى نظره بالشبهة المحصورة و لا يجرى هنا أصالة الصحة فى تصرفه فيمكن استناد الحل فيها إلى ما ذكر سابقا من أن تردد الحرام بين ما أباحه الجائر أو ملكه و بين ما بقى تحت يده من الأموال التى لا- دخل فيها للشخص المجاز تردد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين و بين ما لم يتبل به و لا يجب الاجتناب حينئذ عن شىء منهما من غير فرق بين هذه المسألة و غيرها من موارد الاشتباه مع كون أحد المشتبهين مختصا بابتلاء المكلف به ثم لو فرض نص مطلق فى حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط فى الشبهة المحصورة كما لا ينهض ما تقدم من قولهم ع كل شىء حلال إلى آخر الحديث. و مما ذكرنا يظهر أن إطلاق الجماعة لحل ما يعطيه الجائر مع عدم العلم بحرمته عينا إن كان شاملا لصورة العلم الإجمالى بوجود حرام فى الجائزة مردد بين هذا و بين غيره مع انحصار الشبهة إنما هو مستند إلى حمل تصرفه على الصحة- أو على عدم الاعتناء بالعلم الإجمالى لعدم ابتلاء المكلف بالجميع لا لكون هذه المسألة خارجة بالنص عن حكم الشبهة المحصورة. نعم قد يחדش فى حل تصرف الظالم على الصحيح- من حيث إنه مقدم على التصرف فيما فى يده من المال المشتبه على الحرام- على وجه عدم المبالاة بالتصرف فى الحرام فهو كمن أقدم على ما فى يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام و لم يقل أحد بحمل تصرفه حينئذ على الصحيح لكن الظاهر أن هذه الخدشة غير مسموعة عند الأصحاب فإنهم لا يعتبرون فى الحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف الحرام لكونه حراما بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع أخرى- . و أما عدم الحمل فيما إذا أقدم المتصرف على الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده ففساد تصرفه فى ظاهر الشرع فلا يحمل على الصحيح الواقعى فتأمل فإن المقام لا يخلو عن إشكال.

[عدم ثبوت ما يدل على إلغاء قاعدة الاحتياط]

و على أى تقدير فلم يثبت من النص و لا الفتوى مع شرائط إعمال قاعدة الاحتياط فى الشبهة المحصورة عدم وجوب الاجتناب فى المقام و إلغاء تلك القاعدة. و أوضح ما فى هذا الباب من عبارات الأصحاب ما فى السرائر حيث قال إن كان يعلم أن فيه شيئا مغصوبا إلا- أنه غير متميز العين بل هو مخلوط فى غيره من أمواله أو غلاته التى يأخذها على جهة الخراج فلا بأس أيضا بشرائه منها و قبول صلته منها لأنها صارت بمنزلة المستهلك لأنه غير قادر على ردها بعينها انتهى. و قريب منها ظاهر عبارة النهاية بدون ذكر التعليل و لا ريب أن الحل لم يستند فى تجويز أخذ المال المردد إلى النص بل إلى ما زعمه من القاعدة و لا يخفى عدم تماميتها إلا أن يريد بها الشبهة غير المحصورة بقربنة الاستهلاك فتأمل.

و أما الصورة الثالثة أن يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه و لا إشكال فى حرمة حينئذ على الأخذ

إلا أن الكلام فى حكمه إذا وقع فى يده

فنقول علمه بحرمته إما أن يكون قبل وقوعه فى يده و إما أن يكون بعده

[إذا علم بحرمته الجائزة قبل وقوعها فى اليد]

فإن كان قبله لم يجر له أن يأخذه بغير نية الرد إلى صاحبه سواء أخذه اختيارا أم تقيء لأن أخذه بغير هذه النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به و التقيء تأدى بقصد الرد فإن أخذه بغير هذه النية كان غاصبا ترتبت عليه أحكامه و إن أخذه بنية الرد كان محسنا و كان فى يده أمانة شرعية

و إن كان العلم بها بعد وقوعه في يده

كان كذلك و يحتمل قويا الضمان هنا لأنه أخذه بنية التملك لا بنية الحفظ و الرد و مقتضى عموم على اليد الضمان. و ظاهر المسالك عدم

المكاسب، ج ١، ص ٧٠

الضمان رأسا مع القبض جاهلا- قال لأنه يد أمانة فتستصحب و حكي موافقته عن العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابيح لكن المعروف من المسالك و غيره في مسألة ترتب الأيدي على مال الغير ضمان كل منهم و لو مع الجهل غاية الأمر رجوع الجاهل على العالم- إذا لم يقدم على أخذه مضمونا- و لا- إشكال عندهم ظاهرا في أنه لو استمر جهل القابض المتهب إن تلف في يده كان للمالك الرجوع عليه و لا دافع لهذا المعنى مع حصول العلم بكونه مال الغير فيستصحب ضمان لا عدمه. و ذكر في المسالك فيمن استودعه الغاصب مالا مغضوبا أنه يرد إليه مع الإمكان و لو أخذه منه قهرا ففي الضمان نظر و الذي تقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء و إن كان قرار الضمان على الغاصب انتهى. و الظاهر أن مورد كلامه ما إذا أخذ الودعي المال من الغاصب جهلا بغصبه ثم تبين له و هو الذي حكم فيه هنا بعدم الضمان لو استرده الظالم المجيز أو تلف بغير تفريط و على أي حال فيجب على المجاز رد الجائزة- بعد العلم بغصبتها إلى مالكها أو وليه

و الظاهر أنه لا- خلاف في كونه فوريا. نعم تسقط بإعلام صاحبه به و ظاهر أدلة و جوب أداء الأمانة و جوب الإقباض و عدم كفاية التخليه إلا- أن يدعى أنها في مقام حرمة الحبس و جوب التمكين لا- تكليف الأيمن بالإقباض و من هنا ذكر غير واحد كما عن التذكرة و المسالك و جامع المقاصد أن المراد برد الأمانة رفع اليد عنها و التخليه بينه و بينها و على هذا فيشكل حملها إليه لأنه تصرف لم يؤذن فيه إلا إذا كان الحمل مساويا لمكانه الموجود فيه أو أحفظ فإن الظاهر جواز نقل الأمانة الشرعية من مكان إلى ما لا يكون أدون من الأول في الحفظ

[هل يجب الفحص عن المغصوب منه]

و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان لتوقف الأداء الواجب بمعنى التمكين و عدم الحبس على الفحص- مضافا إلى الأمر به في الدين المجهول المالك ثم لو ادعاه مدع ففي سماع قول من يدعيه مطلقا لأنه لا معارض له- أو مع الوصف تنزيلا له منزلة اللقطة أو يعتبر الثبوت شرعا للأصل و جوه و يحتمل غير بعيد عدم و جوب الفحص لإطلاق غير واحد من الأخبار ثم إن المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص نظير ما ذكره في تعريف اللقطة

و لو احتاج الفحص إلى بذل مال

كأجرة دلالة صائح عليه فالظاهر عدم وجوبه على الواجد بل يتولاه الحاكم و لايه عن صاحبه- و يخرج عن العين أجره الدلال ثم يتصدق بالباقي إن لم يوجد صاحبه و يحتمل وجوبه عليه لتوقف الواجب عليه. و ذكر جماعة في اللقطة أن أجره التعريف على الواجد لكن حكي عن التذكرة أنه إن قصد الحفظ دائما يرجع أمره إلى الحاكم ليبدل أجرته من بيت المال أو يستقرض على المالك أو يبيع بعضها إن رآه أصلح و استوجه ذلك جامع المقاصد.

ثم إن الفحص لا يتقيد بالسنة

على ما ذكره الأكثر هنا بل حده اليأس و هو مقتضى الأصل- القول بوجوب الفحص سنة في المال المغصوب إلا أن المشهور كما في جامع المقاصد أنه إذا أودع الغاصب مال الغصب لم يجز الرد إليه بل يجب رده إلى مالكة فإن جهل عرف سنة ثم يتصدق به عنه

[تأييد ذلك برواية حفص الواردة في اللص]

و به رواية حفص بن غياث لكن موردها في من أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم فهل يرد عليه فقال لا يرد فإن أمكنه أن يرد على صاحبه فعل و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق

بها فإن جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الغرم والأجر فإن أجزأ الأجر فالأجر له وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له وقد تعدى الأصحاب من اللص إلى مطلق الغاصب بل الظالم ولم يتعدوا من الوديعة المجهول مالكتها إلى مطلق ما يعطيه الغاصب ولو بعنوان غير الوديعة كما فيما نحن فيه. نعم ذكر في السرائر فيما نحن فيه أنه روى أنه بمنزلة اللقطة ففهم التعدى من الرواية. و ذكر في السرائر أن إجراء حكم اللقطة فيما نحن فيه ليس ببعيد كما أنه عكس في النهاية والتحرير فألحقا الوديعة بمطلق مجهول المالک. والإنصاف أن الرواية يعمل بها في الوديعة وفيما أخذ من الغاصب بعنوان الحسبة للمالك لا مطلق ما أخذ منه حتى لمصلحة الآخذ فإن الأقوى فيه تحديد التعريف باليأس للأصل بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فيه مضافا إلى ما ورد من الأمر بالتصدق بمجهول المالک مع عدم معرفة المالک كما في الرواية الواردة في بعض عمال بنى أمية من الأمر بالصدقة بما لا يعرف صاحبه مما يقع في يده من أموال الناس بغير حق.

ثم الحكم بالصدقة هو المشهور فيما نحن فيه أعنى جوائز الظالم

- ونسبه في السرائر إلى رواية أصحابنا فهي مرسله مجبورة بالشهرة المحققة مؤيدة بأن التصديق أقرب طرق الإيصال. وما ذكره الحلبي من إبقائها أمانة في يده والوصية بها معرض المال للتلف مع أنه لا يبعد دعوى شهادة حال المالک للقطع برضاه بانتفاعه بماله في الآخرة على تقدير عدم انتفاعه به في الدنيا هذا

[الحكم بالصدقة]

والعمدة ما أرسله في السرائر مؤيدا بأخبار اللقطة وما في منزلتها و ببعض الأخبار الواردة في حكم ما في يد بعض عمال بنى أمية الشامل بإطلاقه لما نحن فيه من جوائز بنى أمية: حيث قال له ع أخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به. و يؤيده أيضا الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين من أجزاء النقدين و ما ورد من الأمر بالتصدق بغلة الوقف المجهول أربابه و ما ورد من الأمر بالتصدق بما يبقى في ذمة الشخص لأجير استأجره و مثله مصححة يونس: فقلت جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة فارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم و قد بقى المتاع عندنا فما نصنع به قال ع تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفة قال يونس قلت له لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم قال بعه و أعط ثمنه أصحابك قلت جعلت فداك أهل الولاية قال نعم.

نعم يظهر من بعض الروايات أن مجهول المالک مال الإمام ع

كرواية داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله قال: قال له رجل إنى قد أصبت مالا و إنى قد خفت فيه على نفسى فلو أصبت صاحبه دفعته إليه و تخلصت منه فقال له أبو عبد الله ع لو أصبته كنت تدفعه إليه فقال إى و الله فقال ع فأنا و الله ما له صاحب غيرى قال فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره قال فحلف قال فاذهب فاقسمه بين إخوانك و لك الأمن مما خفت فيه قال فقسمته بين إخوانى هذا.

[المناقشة فيما ذكر توجيهها للحكم بالتصدق]

و أما ما ذكرناه في وجه التصديق من أنه إحسان و أنه أقرب طرق الإيصال و أن الإذن فيه حاصل بشهادة الحال فلا يصلح شىء منها للتأييد فضلا عن الاستدلال لمنع جواز كل إحسان في مال الغائب و منع كونه

المكاسب، ج ١، ص ٧١

أقرب طرق الإيصال بل الأقرب دفعه إلى الحاكم الذى هو ولى الغائب. و أما شهادة الحال فغير مطردة إذ بعض الناس لا يرضى بالتصدق لعدم يأسه عن وصوله إليه خصوصا إذا كان المالک مخالفا أو ذميا يرضى بالتلف و لا يرضى بالتصدق على الشيعة

فمقتضى القاعدة لو لا ما تقدم من النص هو لزوم الدفع إلى الحاكم

- ثم الحاكم يتبع شهادة حال المالک فإن شهدت برضاه بالصدقة أو بالإمساك عمل عليها و إلا تخير بينهما لأن كلا منهما تصرف لم يؤذن فيه من المالک و لا بد من أحدهما و لا ضمان فيهما و يحتمل قويا تعيين الإمساك لأن الشك في جواز التصديق يوجب بطلانه

لأصالة الفساد. و أما بملاحظة ورود النص بالتصدق فالظاهر عدم جواز الإمساك أمانة لأنه تصرف لم يؤذن فيه من المالك ولا الشارع- و يبقى الدفع إلى الحاكم و التصدق-.

[القول بالتخير بين الصدقة و الدفع إلى الحاكم و المناقشة فيه]

و قد يقال إن مقتضى الجمع بينه و بين دليل ولاية الحاكم- هو التخير بين الصدقة و الدفع إلى الحاكم فلكل منهما الولاية و يشكل بظهور النص في تعيين الصدقة. نعم يجوز الدفع إليه من حيث ولايته على مستحقي الصدقة و كونه أعرف بمواقعها [توجيه أخبار التصدق]

و يمكن أن يقال إن أخبار التصدق واردة في مقام إذن الإمام بالصدقة- أو محمولة على بيان المصرف فإنك إذا تأملت في كثير من التصرفات الموقوفة على إذن الحاكم وجدتها واردة في النصوص على طريق الحكم العام كإقامة البيعة و الإحلاف و المقاصة [مقتضى قاعدة الاحتياط]

و كيف كان فالأحوط خصوصا بملاحظة ما دل على أن مجهول المالك مال الإمام ع مراجعته الحاكم في الدفع إليه أو استيذانه و يتأكد ذلك في الدين المجهول المالك إذا الكلى لا يتشخص للغريم إلا بقبض الحاكم الذي هو وليه و إن كان ظاهر الأخبار الواردة فيه ثبوت الولاية للمدين

ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك

و تردده بين غير محصورين في التصدق استقلالاً أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة منهم المحقق في الشرائع و غيره

ثم إن مستحق هذه الصدقة هو الفقير

لأنه المتبادر من إطلاق الأمر بالتصدق

و في جواز إعطائها للهاشمي قولان

من أنها صدقة مندوبة على المالك و إن وجبت على من هي بيده إلا أنه نائب كالوكيل و الوصى و من أنها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بأمر المالك حتى تكون مندوبة مع أن كونها من المالك غير معلوم فلعلها ممن تجب عليه ثم إن في الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق و عدمه

مطلقاً أو بشرط عدم ترتب يد الضمان كما إذا أخذه من الغاصب حسباً لا بقصد التمليك وجوه من أصالة براءة ذمة المتصدق- و أصالة لزوم الصدقة بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الذي وقعت عليه- و من عموم ضمان من أئلف. و لا ينافيه إذن الشارع لاحتمال أنه إذن في التصدق على هذا الوجه- كإذنه في التصدق باللقطة المضمونة بلا خلاف و بما استودع من الغاصب و ليس هنا أمر مطلق بالتصدق ساكت عن ذكر الضمان حتى يستظهر منه عدم الضمان مع السكوت عنه و لكن يضعف هذا الوجه- بأن ظاهر دليل الإتلاف كونها علة تامة للضمان و ما نحن فيه ليس كذلك- و إيجابه للضمان مراعى بعدم إجازة المالك يحتاج إلى دليل آخر إلا أن يقال إنه ضامن بمجرد التصدق و يرتفع بإجازته فتأمل.

[عدم الضمان فيما لو كان الإتلاف إحساناً إلى المالك]

هذا مع أن الظاهر من دليل الإتلاف اختصاصه بالإتلاف على المالك لا الإتلاف له و الإحسان إليه و المفروض أن الصدقة إنما قلنا بها لكونها إحساناً و أقرب طرق الإيصال بعد اليأس من وصول إليه. و أما احتمال كون التصدق مراعى كالفضولى- فمفروض الانتفاء إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين و انتقال الثواب من شخص إلى غيره حكم شرعى و كيف كان فلا مقتضى للضمان- و إن كان مجرد الإذن في الصدقة غير مقتضى لعدمه فلا بد من الرجوع إلى الأصل لكن الرجوع إلى أصالة البراءة إنما يصح فيما لم تسبق يد الضمان و هو ما إذا أخذ المال من الغاصب حسباً و أما إذا تملكه منه ثم علم بكونه مغصوباً فالأجود استصحاب الضمان في هذه الصورة لأن المتيقن هو ارتفاع الضمان بالتصرف الذي يرضى به المالك بعد الاطلاع لا مطلقاً.

[الأوجه الضمان مطلقاً]

فتبين أن التفصيل بين يد الضمان وغيرها فوق القاعدة لكن الأوجه الضمان مطلقاً إما تحكيماً للاستصحاب حيث يعارض البراءة و لو بضميمة عدم القول بالفصل و إما للمرسله المتقدمة عن السرائر و إما لاستفاده ذلك من خبر الوديعة إن لم نتعد عن مورده إلى ما نحن فيه من جعله بحكم اللقطة لكن استفاد منه أن الصدقة بهذا الوجه حكم اليأس عن المالك [متى يثبت الضمان]

ثم الضمان هل يثبت بمجرد التصديق و إجازته رافعة أو يثبت بالرد من حينه أو من حين التصديق وجوه من دليل الإلتلاف و الاستصحاب و من أصالة عدم الضمان قبل الرد- و من ظاهر الرواية المتقدمة في أنه بمنزلة اللقطة. [هل إجازة التصديق حق موروث يرثه الوارث]

و لو مات المالك ففي قيام وارثه مقامه في إجازة التصديق و رده وجه قوى لأن ذلك من قبيل الحقوق المتعلقة بتلك الأموال فيورث كغيره من الحقوق و يحتمل عدم لفرض لزوم التصديق بالنسبة إلى العين فلا- حق لأحد فيه و المتيقن من الرجوع إلى القيمة هو المالك.

[رد المالك بعد موت المتصدق]

و لو مات المتصدق فرد المالك فالظاهر خروج الغرامة من تركته لأنه من الحقوق المالية اللازمة عليه بسبب فعله [هل يضمن لو دفعه إلى الحاكم و تصدق بعد اليأس]

هذا كله على تقدير مباشرة المتصدق له و لو دفعه إلى الحاكم فتصدق به بعد اليأس فالظاهر عدم الضمان لبراءة ذمة الشخص بالدفع إلى ولي الغائب و تصرف الولي كتصرف المولى عليه و يحتمل الضمان- لأن الغرامة هنا ليست لأجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق حتى يفرق بين تصرف الولي و غيره لثبوت الولاية للمتصدق في هذا التصرف لأن المفروض ثبوت الولاية له كالحاكم و لذا لا تسترد العين من الفقير إذا رد المالك فالتصرف لازم و الغرامة حكم شرعي تعلق بالتصدق كائناً من كان فإذا كان المكلف بالتصدق هو من وقع في يده لكونه هو المأبوس و الحاكم وكيلاً كان الغرم على الموكل- و إن كان المكلف هو الحاكم لوقوع المال في يده قبل اليأس عن مالكة فهو المكلف بالفحص ثم التصديق كان الضمان عليه.

و أما الصورة الرابعة- و هو ما علم إجمالاً اشتمال الجائزة على الحرام

[صور المسألة]

فإما أن يكون الاشتباه موجبا لحصول الإشاعة و الاشتراك و إما أن لا يكون. و على الأول فالقدر و المالك إما معلومان أو مجهولان أو مختلفان و على الأول فلا إشكال. و على الثاني فالمعروف إخراج الخمس على تفصيل المذكور في باب الخمس و لو علم القدر فقد تقدم في القسم الثالث و لو علم المالك و جب التخلص معه بالمصالحة و على الثاني تتعين القرعة أو البيع و الاشتراك في الثمن و تفصيل ذلك كله في كتاب الخمس

[انقسام الأخذ من الظالم بحسب الأحكام الخمسة و انقسام المأخوذ إلى المحرم و الواجب و المكروه]

و اعلم أن أخذ

المكاسب، ج ١، ص ٧٢

ما في يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسة و باعتبار نفس المال إلى المحرم و المكروه و الواجب فالمحرم ما علم كونه من مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ و المكروه المال المشتبه و الواجب ما يجب استنقاذه من يده من حقوق الناس حتى أنه

يجب على الحاكم الشرعى استنقاذ ما فى ذمته من حقوق السادة و الفقراء و لو بعنوان المقاصه بل يجوز ذلك لاحاد الناس خصوصا نفس المستحقين مع تعذر استيذان الحاكم

[ما يتلفه الظالم غصبا يحتسب من ديونه]

و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال فى كون ما فى ذمته من قيم المتلفات غصبا من جملة ديونه نظير ما استقر فى ذمته بقرض أو ثمن مبيع أو صداق أو غيرها. و مقتضى القاعدة كونها كذلك بعد موته فيقدم جميع ذلك على الإرث و الوصية إلا أنه ذكر بعض الأساطين أن ما فى يده من المظالم تالفا- لا يلحقه حكم الديون فى التقديم على الوصايا و الموارث لعدم انصراف الدين إليه و إن كان منه و بقاء عموم الوصية و الميراث على حاله و للسيرة المأخوذة يدا بيد من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف أخرجت من الثلث و فيه منع عدم الانصراف فإننا لا نجد بعد مراجعة العرف فرقا بين ما أتلفه هذا الظالم عدوانا و بين ما أتلفه نسيانا و لا بين ما أتلفه هذا الظالم عدوانا و بين ما أتلفه شخص آخر من غير الظلمة مع أنه لا إشكال فى جريان أحكام الدين عليه فى حال حياته من جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص و لعدم تعلق الخمس و الاستطاعة و غير ذلك فلو تم عدم الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطه بالدين و جودا و عدما من غير فرق بين حياته و موته. و ما ادعاه من السيرة فهو ناش من قلة مبالاة الناس كما هو دينهم فى أكثر السير التى استمروا عليها و لذا لا يفرقون فى ذلك بين الظلمة و غيرهم ممن علموا باشتغال ذمتهم بحقوق الناس من جهة حق السادة و الفقراء أو من جهة العلم بفساد أكثر معاملاتهم و لا فى إنفاذ وصايا الظلمة و توريث و رثتهم بين اشتغال ذمتهم بعوض المتلفات و أرش الجنائيات و بين اشتغالهم بديونهم المستقرة عليهم من معاملاتهم و صدقاتهم الواجبة عليهم و لا بين ما علم المظلوم فيه تفصيلا و بين ما لم يعلم فإنك إذا تتبعت أحوال الظلمة وجدت ما استقر فى ذمتهم من جهة المعاوضات و المداينات مطلقا أو من جهة خصوص أشخاص معينين تفصيلا أو مشتبهين فى محصور كافيا فى استغراق تركتهم المانع من التصرف فيها بالوصية أو الإرث. و بالجملة فالتمسك بالسيرة المذكورة أو هن من دعوى عدم الانصراف السابقة بالخروج بها عن القواعد المنصوصه المجمع عليها غير متوجه.

الثالثة ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضى باسمهما - و من الأنعام باسم الزكاه

إشارة

يجوز أن يقبض منه مجانا أو بالمعاوضة و إن كان مقتضى القاعدة حرمة لأنه غير مستحق لأخذه فتراضيه مع من عليه الحقوق المذكورة فى تعيين شىء من ماله لأجلها فاسد- كما إذا تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير فى دفع شىء إليه عوض الأجره هذا مع التراضى و أما إذا قهره على أخذ شىء بهذه العنوانات ففساده أوضح

[دعوى الإجماع على جواز شراء ما يأخذه الجائر]

و كيف كان فما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه و مع ذلك يجوز قبضه من الجائر بلا خلاف يعتد به بين الأصحاب و عن بعض حكاية الإجماع عليه. قال فى محكى لأن الدليل على جواز شراء الثلاثة من التثقيح الجائر و إن لم يكن مستحقا له النصوص الواردة عنهم ع و الإجماع و إن لم يعلم مستنده و يمكن أن يكون مستنده- أن ذلك حق للأئمة ع و قد أذنوا لشيعتهم فى شراء ذلك فىكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى إذا انضم إليه إذن المالك انتهى. أقول و الأولى أن يقال إذا انضم إليه إذن متولى الملك

كما لا يخفى.

و فى جامع المقاصد أن عليه إجماع فقهاء الإمامية و الأخبار المتواترة عن الأئمة الهداء ع و فى المسالك أطبق عليه علماؤنا و لا نعلم فيه مخالفا و عن المفاتيح أنه لا خلاف فيه و فى الرياض أنه استفاض نقل الإجماع عليه. - و قد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهرة المحققة بين و من تأخر عنه

[الاستدلال على الجواز بلزوم الحرج و اختلال النظام من عدمه]

و يدل عليه قبل الإجماع مضافا إلى لزوم الحرج العظيم فى الاجتناب عن هذه الأموال بل اختلال النظام و إلى الروايات المتقدمة لأخذ الجوائز من السلطان خصوصا الجوائز العظام التى لا يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج و كان الإمام ع يأبى عن أخذها أحيانا معللا بأن فيها حقوق الأمة

[الاستدلال بالروايات على جواز الشراء من الجائر]

إشارة

روايات عن أبى جعفر ع

منها صحيحة الحداء

إشارة

قال: سألت عن الرجل منا يشتري من عمال السلطان من إبل الصدقة و غنمها و هو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذى يجب عليهم فقال ما الإبل و الغنم الأمثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه فيجتنب قلت فما ترى فى متصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعنا إياها فما ترى فى شرائها منه فقال إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه فقال إن كان قد قبضه بكيل و أنتم حضور فلا بأس بشرائه منهم بغير كيل. دلت هذه الرواية على أن شراء الصدقات من الأنعام و الغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل و إنما سأل أولا عن الجواز مع العلم الإجمالى بحصول الحرام فى أيدي العمال و ثانيا من جهة توهم الحرمة أو الكراهة فى شراء ما يخرج فى الصدقة كما ذكر فى باب الزكاة و ثالثا من جهة كفاية الكيل الأول و بالجملة ففى هذه الرواية سؤالا و جوابا إشعار بأن الجواز كان من الواضحات غير المحتاجة إلى السؤال و إلا لكان أصل الجواز أولى بالسؤال حيث إن ما يأخذونه باسم الزكاة معلوم الحرمة تفصيلا فلا فرق بين أخذ الحق الذى يجب عليهم و بين أخذ أكثر منه. و يكفى قوله ع حتى تعرف الحرام بعينه فى الدلالة على مفروغية حل ما يأخذونه من الحق و أن الحرام هو الزائد و المراد بالحلال هو الحلال بالنسبة إلى من ينتقل إليه و إن كان حراما بالنسبة إلى الجائر الآخذ له بمعنى معاقبته على أخذه و ضمانه و حرمة التصرف فى ثمنه

[دفع ما قيل من أن الرواية مختصة بالشراء]

ففى وصفه ع للمأخوذ بالحلية - دلالة على عدم اختصاص الرخصة بالشراء بل يعم جميع أنواع الانتقال إلى الشخص. فاندفع ما قيل إن

الرواية مختصة بالشراء فليقتصر في مخالفة القواعد عليه

[مناقشة الفاضل القطيفي و المحقق الأردبيلي و الجواب عنها]

ثم الظاهر من الفقرة الثالثة السؤال و الجواب عن حكم المقاسمة فاعتراض الفاضل القطيفي الذي صنف في الرد على رسالة المحقق الكركي المسماة بقاطعة اللجاج في حل الخراج رسالة زيف فيها جميع ما في الرسالة من أدلة الجواز بعدم دلالة الفقرة الثانية على حكم المقاسمة و احتمال كون القاسم هو زارع الأرض - أو وكيله ضعيف جدا و تبعه على هذا الاعتراض المحقق الأردبيلي و زاد عليه ما سكت هو عنه من عدم دلالة الفقرة الأولى على حل شراء الزكاة بدعوى أن قوله ع

المكاسب، ج ١، ص ٧٣

لا بأس حتى تعرف الحرام بعينه لا يدل إلا على جواز شراء ما كان حلالا بل مشتبهها و عدم جواز شراء ما كان معروفا أنه حرام بعينه و لا يدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا. نعم ظاهرها ذلك لكن لا ينبغي الحمل عليه لمنافاته العقل و يمكن أن يكون سبب الإجمال فيه التقيء. و يؤيد عدم الحمل على الظاهر أنه غير مراد بالاتفاق إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر فتأمل انتهى. و أنت خير بأنه ليس في العقل ما يقتضى قبح الحكم المذكور و أى فارق بين هذا و بين ما أحلوه لشيعتهم مما فيه حقوقهم و لا في النقل إلا عمومات قابلة للتخصيص بمثل هذه الصحيحة و غيرها المشهورة بين الأصحاب رواية و عملا مع نقل الاتفاق عن جماعة و أما الحمل على التقيء فلا يجوز بمجرد معارضة العمومات كما لا يخفى.

و منها رواية إسحاق بن عمار

قال: سألت عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا. وجه الدلالة أن الظاهر أن الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه و هو الذي يأخذه من الحقوق من قبل السلطان. نعم لو بنى على المناقشة احتمل أن يريد السائل شراء أملاك العامل منه مع علمه بكونه ظالما غاصبا فيكون سؤالا عن معاملة الظلمة لكنه خلاف الإنصاف و إن ارتكبه صاحب الرسالة.

و منها رواية أبي بكر الحضرمي

قال: دخلت على أبي عبد الله ع و عنده ابنه إسماعيل فقال ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطى الناس قال ثم قال لي لم تركت عطاءك قلت مخافة على ديني قال ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك أ ما علم أن لك في بيت المال نصيبا. فإن ظاهره حل ما يعطى من بيت المال عطاء أو أجره للعمل فيما يتعلق به بل قال المحقق الكركي إن هذا الخبر نص في الباب لأنه ع بين أن لا خوف على السائل في دينه لأنه لم يأخذ إلا نصيبه من بيت المال و قد ثبت في الأصول تعدى الحكم بتعدى العلة المنصوصة انتهى و إن تعجب منه الأردبيلي رحمه الله فقال أنا ما فهمت منه دلالة ما و ذلك لأن غايته ما ذكر و قد يكون الشيء من بيت المال [و] يجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقين بأن يكون مندورا أو وصية لهم بأن يعطيهم ابن أبي سماك و غير ذلك انتهى. و قد تبع في ذلك صاحب الرسالة حيث قال إن الدليل لا إشعار فيه بالخراج. أقول الإنصاف أن الرواية ظاهرة في حل ما في بيت المال مما يأخذه الجائر.

و منها الأخبار الواردة في أحكام تقبل الخراج من السلطان

إشارة

على وجه يستفاد من بعضها كون أصل التقبل مسلم الجواز عندهم.

و منها صحيحة الحلبي

عن أبي عبد الله ع في جملة الحديث قال: لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان و عن مزارعة أهل الخراج بالنصف و الربع و الثلث قال نعم لا بأس به و قد قبل رسول الله ص خبير أعطاها اليهود حيث فتحت عليه بالخبر و الخبر هو النصف

و منها الصحيح عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي

عن أبي عبد الله ع قال: سألته في الرجل يتقبل خراج الرجال و جزيه رءوسهم 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 يشتريه أو في أي زمان يشتريه يتقبل منه فقال إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره و تقبل به.

و نحوها الموثق المروي في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي

بأدنى تفاوت.

و رواية الفيض بن المختار

قال: قلت لأبي عبد الله ع جعلت فداك ما تقول في الأرض أتقبلها من السلطان ثم أؤجرها من أكرتني على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال لا بأس كذلك أعامل أكرتني إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في باب قبالة الأرض و استيجار أرض الخراج من السلطان ثم إجارتها للزراع بأزيد من ذلك

و قد يستدل بروايات أخرى لا تخلو عن قصور في الدلالة**منها الصحيح عن جميل بن صالح**

قال: أرادوا بيع تمر عين أبي زياد فأردت أن أشتريه فقلت لا- حتى أستأذن أبا عبد الله ع فسألت معاذاً أن يستأمره فسأله فقال قل له فليشتره فإنه إن لم يشتريه اشتراه غيره و دلالة مبنية على كون عين أبي زياد من الأملاك الخراجية و لعلها من الأملاك المغصوبة من الإمام أو غيره الموقوف اشتراء حاصلها على إذن الإمام ع و يظهر من بعض الأخبار أن عين أبي زياد كانت ملكاً لأبي عبد الله ع.

و منها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج

قال: قال لي أبو الحسن موسى ع ما لك لا تدخل مع علي في شراء الطعام إني أظنك ضيقاً قال قلت نعم فإن شئت وسعت علي قال اشتره. و بالجملة ففي الأخبار المتقدمة غنى عن ذلك

و ينبغي التنبيه على أمور**الأول أن ظاهر عبارات الأكثر بل الكل أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان**

فقبل أخذه الخراج لا يجوز المعاملة عليه بشراء ما في ذمه مستعمل الأرض أو الحوالة عليه و نحو ذلك و به صرح السيد العميد فيما

حكى من شرحه على النافع حيث قال إنما يحل ذلك بعد قبض السلطان أو نائبه و لذا قال المصنف يأخذه انتهى. لكن صريح جماعة عدم الفرق بل صرح المحقق الثاني بالإجماع- على عدم الفرق بين القبض و عدمه و فى الرياض صرح بعدم الخلاف و هذا هو الظاهر من الأخبار المتقدمة الواردة فى قبالة الأرض و جزية الرءوس حيث دلت على أنه يحل ما فى ذمة مستعمل الأرض من الخراج لمن تقبل الأرض من السلطان. و الظاهر من الأصحاب فى باب المساقاة- حيث يذكرون أن خراج السلطان على مالك الأشجار إلا أن يشترط خلافه إجراء ما يأخذه العادل فى إبراء ذمة مستعمل الأرض- الذى استقر عليه أجرتها بأداء غيره بل ذكروا فى المزارعة أيضا أن خراج الأرض كما فى كلام الأكثر أو الأرض الخراجية كما فى الغنية و السرائر على مالكةا و إن كان يشكل توجيهه من جهة عدم مالك للأراضى الخراجية و كيف كان فالأقوى أن المعاملة على الخراج جائزة و لو قبل قبضها. و أما تعبير الأكثر بما يأخذه فالمراد به إما الأعم مما يبنى على أخذه و لو لم يأخذه فعلا و إما المأخوذ فعلا لكن الوجه فى تخصيص العلماء العنوان به جعله كالمستثنى من جوائز السلطان التى حكموا بوجوب ردها على مالكةا إذا علمت حراما بعينها فافهم. - و يؤيد الثانى سياق كلام بعضهم حيث يذكرون هذه المسألة عقيب مسألة الجوائز خصوصا عبارة القواعد حيث صرح بتعميم الحكم بقوله و إن عرفت أربابه فافهم. و يؤيد الأول أن المحكى عن الشهيد عن حواشيه على القواعد أنه علق على قول العلامة أن الذى يأخذه الجائر إلى آخر قوله و إن لم يقبضها الجائر انتهى.

الثانى [هل للجائر سلطنة على أخذ الخراج فلا يجوز منعه منه]

إشارة

هل يختص الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا- مغصوبا محرما بمن ينتقل إليه فلا استحقاق للجائر فى أخذه أصلا فلم يمتص الشارع من هذه المعاملة إلا حل ذلك
المكاسب، ج ١، ص ٧٤
للمنتقل إليه أو يكون الشارع قد أمضى سلطنة الجائر عليه فيكون منعه عنه أو عن بدله المعوض عنه فى العقد معه حراما

صريح الشهيدين و المحكى عن جماعة ذلك

. قال المحقق الكركى فى رسالته ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم و لا سيما شيخنا الأعظم الشيخ على بن هلال رحمه الله أنه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقة و لا- جحوده و لا- منعه و لا- شىء منه- لأن ذلك حق واجب عليه انتهى و فى المسالك فى باب الأرضين- و ذكر الأصحاب أنه لا يجوز لأحد جحدها و لا منعها و لا التصرف فيها بغير إذنه- بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه انتهى و فى آخر كلامه أيضا أن ظاهر الأصحاب أن الخراج و المقاسمة لازم للجائر حيث يطلبه أو يتوقف على إذنه انتهى و على هذا عول بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث قال و تقوى حرمة سرقة الحصه و خيانتها و الامتناع من تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر و إن حرمت عليه و دخل تسليمها فى الإعانة على الإثم فى البداية أو الغاية لنص الأصحاب على ذلك و دعوى الإجماع عليه انتهى أقول إن أريد منع الحصه مطلقا فتصرف فى الأرض من دون أجره فله وجه لأنها ملك المسلمين فلا بد لها من أجره تصرف فى مصالحهم و إن أريد منعها من خصوص الجائر فلا دليل على حرمة لأن اشتغال ذمة مستعمل الأرض بالأجره لا يوجب دفعها إلى الجائر بل يمكن القول بأنه لا يجوز مع التمكّن لأنه غير مستحق فيسلم إلى العادل أو نائبه الخاص أو العام و مع التعذر يتولى صرفه فى

المصالح حسبة

مع أن في بعض الأخبار ظهوراً في جواز الامتناع

مثل صحيحة زرارة:

اشترى ضريس بن عبد الملك و أخوه أرزا من هبيرة بثلاثمائة ألف درهم قال قلت له ويلك أو ويحك انظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه و احتبس الباقي قال فأبى علي و أدى المال و قدم هؤلاء فذهب أمر بني أمية قال فقلت ذلك لأبي عبد الله ع فقال مبادرا للجواب هو له هو له فقلت له إنه أداها فعرض علي إصبعه فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمة و أما حملة علي كونه من الناصب أعني هبيرة أو بعض بني أمية فيكون دليلاً علي حل مال الناصب بعد إخراج خمسة كما استظهرها في الحدائق فقد ضعف في محله بمنع هذا الحكم و مخالفته لاتفاق أصحابنا كما حقق في باب الخمس و إن ورد بها غير واحد من الأخبار و أما الأمر بإخراج الخمس في هذه الرواية فلعله من جهة اختلاط مال المقاسمة بغيره من وجوه الحرام فيجب تخميسه أو من جهة احتمال اختلاطه بالحرام فيستحب تخميسه كما تقدم في جوائز الظلمة.

و ما روى: من أن علي بن يقطين قال له الإمام [أبو الحسن موسى] ع إن كنت و لا بد فاعلا فائق أموال الشيعة

و [قال فأخبرني علي] أنه كان يجيبها من الشيعة علانية و يردّها عليهم في السر

قال المحقق الكركي في قاطعة اللجاج

إنه يمكن أن يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرمة و يمكن أن يراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزكوات لأنها و إن كانت حقا عليهم لكنها ليست حقا للجائر فلا يجوز جمعه لأجله إلا عند الضرورة و ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم و لا سيما شيخنا الأعظم إلى آخر ما تقدم نقله عنه عن مشايخه

[مناقشة كلام المحقق الكركي]

أقول ما ذكره من الحمل علي وجوه الظلم المحرمة مخالف لظاهر العام في قول الإمام ع فائق أموال الشيعة فالاحتمال الثاني أولى لكن بالنسبة إلى ما عدا الزكوات لأنها كسائر وجوه الظلم المحرمة خصوصاً بناء علي عدم الاجتزاء بها عن الزكاة الواجبة لقوله ع: إنما هؤلاء قوم غصبوكم أموالكم و إنما الزكاة لأهلها و قوله ع: لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم فإن المال لا ينبغي أن يزكى مرتين. و فيما ذكره المحقق من الوجه الثاني - دلالة علي أن مذهبه ليس وجوب دفع الخراج و المقاسمة إلى خصوص الجائر و جواز منعه عنه و إن نقل بعد عن مشايخه في كلامه المتقدم ما يظهر منه خلاف ذلك - لكن يمكن بل لا يبعد أن يكون مراد مشايخه المنع عن سرقة الخراج أو جحوده رأساً حتى عن نائب العادل لا - منعه عن خصوص الجائر مع دفعه إلى نائب العادل أو صرفه حسبة في وجوه بيت المال كما يشهد لذلك تعليل المنع بكونه حقا واجبا عليه فإن وجوبه عليه إنما يقتضي حرمة منعه رأساً لا عن خصوص الجائر لأنه ليس حقا واجبا له. و لعل ما ذكرناه هو مراد المحقق حيث نقل هذا المذهب عن مشايخه رحمهم الله بعد ما ذكره من التوجيه المتقدم بلا فصل من دون إشعار بمخالفته لذلك الوجه و مما يؤيد ذلك أن المحقق المذكور بعد ما ذكر أن هذا يعني حل ما يأخذه الجائر من الخراج و المقاسمة مما وردت به النصوص و أجمع عليه الأصحاب بل المسلمون قاطبة قال فإن قلت فهل يجوز أن يتولى من له النيابة حال الغيبة ذلك أعني الفقيه الجامع للشرائط قلنا لا نعرف للأصحاب في ذلك تصريحاً لكن من جوز للفقهاء حال الغيبة تولى استيفاء الحدود و غير ذلك من توابع منصب الإمامة ينبغي له تجويز ذلك بطريق أولى - و لا سيما المستحقون لذلك موجودون في كل عصر - و من تأمل في أقوال كبراء علمائنا الماضين مثل علم الهدى و علم المحققين نصير الملة و الدين و بحر العلوم جمال الملة

و الدين العلامة و غيرهم نظر متأمل منصف لم يشك في أنهم كانوا يسلكون هذا المسلك و ما كانوا يودعون في كتبهم إلا ما يعتقدون صحته انتهى. و حمل ما ذكره من تولى الفقيه على صورة عدم تسلط الجائر خلاف الظاهر و أما قوله و من تأمل إلى آخره فهو استشهاد على أصل المطلب- و هو حل ما يؤخذ من السلطان من الخراج على وجه الاتهاب و من الأراضى على وجه الانقطاع و لا دخل له بقوله فإن قلت قلنا أصلاً فإن علماءنا المذكورين و غيرهم لم يعرف منهم الاستقلال على أراضى الخراج بغير إذن السلطان.

[ما قاله الشهيد في حرمة منع الخراج و توجيهه]

و ممن يتراءى منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر شيخنا الشهيد في الدروس حيث قال يجوز شراء ما يأخذه الجائر باسم الخراج و المقاسمة و الزكاة و إن لم يكن مستحقاً له ثم قال و لا يجب رد المقاسمة و شبهها على المالك و لا يعتبر رضاه و لا يمنع تظلمه من الشراء و كذا لو علم أن العامل يظلم إلا أن يعلم الظلم بعينه نعم يكره معاملته الظلمة و لا يحرم لقول الإمام الصادق ع: كل شيء فيه حلال و حرام فهو حلال حتى تعرف الحرام بعينه و لا فرق بين قبض الجائر إياها أو وكيهه و بين عدم القبض فلو أحاله بها و قبل الثلاثة- أو وكله في قبضها أو باعها و هى في يد المالك أو فى ذمته جاز تناول و يحرم على المالك المنع- و كما يجوز الشراء تجوز سائر المعاوضات و الوقف و الهبة و الصدقة و لا يحل تناولها بغير ذلك انتهى لكن الظاهر من قوله و يحرم على المالك المنع أنه عطف على قوله جاز تناول فيكون من أحكام الإحالة بها و التوكيل و البيع فالمراد منع المالك المحال و

المكاسب، ج ١، ص ٧٥

المشترى عنها و هذا لا إشكال فيه لأن اللازم من فرض صحة الإحالة و الشراء تملك المحال و المشترى فلا يجوز منعها عن ملكهما. و أما قوله رحمه الله و لا يحل تناولها بغير ذلك فعلى المراد به ما تقدم فى كلام مشايخ الكركى من إرادة تناولها بغير إذن أحد حتى الفقيه النائب عن السلطان العادل و قد عرفت أن هذا مسلم فتوى و نصاب- و أن الخراج لا يسقط من مستعملى أراضى المسلمين ثم إن ما ذكره من جواز الوقف لا يناسب ذكره فى جملة التصرفات فيما يأخذه الجائر و إن أراد وقف الأرض المأخوذة منه إذا نقلها السلطان إليه لبعض مصالح المسلمين فلا يخلو عن إشكال

[توجيه كلام الشهيد الثانى فى حرمة منع الخراج]

و أما ما تقدم من المسالك من نقل الاتفاق على عدم جواز المنع عن الجائر و الجحود فالظاهر منه أيضاً ما ذكرناه من جحود الخراج و منعه رأساً لا عن خصوص الجائر مع تسليمه إلى الفقيه النائب عن العادل فإنه رحمه الله بعد ما نقلنا عنه من حكاية الاتفاق قال بلا فصل و هل يتوقف التصرف فى هذا القسم- على إذن الحاكم الشرعى إذا كان متمكناً من صرفها على وجهها بناء على كونه نائباً عن المستحق- و مفوضاً إليه ما هو أعظم من ذلك الظاهر ذلك و حينئذ يجب عليه صرف حاصلها فى مصالح المسلمين و مع عدم التمكن أمرها إلى الجائر. و أما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل واحد من المسلمين فبعيد جداً بل لم أقف على قائل به لأن المسلمين بين قائل بأولوية الجائر و توقف التصرف على إذنه و بين مفوض الأمر إلى الإمام ع و مع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه فالتصرف بدونهما لا دليل عليه انتهى. و ليس مراده رحمه الله من التوقف التوقف على إذن الحاكم بعد الأخذ من الجائر و لا خصوص صورة عدم استيلاء الجائر على الأرض كما لا يخفى

و كيف كان فقد تحقق مما ذكرناه أن غاية ما دلت عليه النصوص و الفتاوى كفاية إذن الجائر فى حل الخراج

و كون تصرفه بالإعطاء و المعاوضة و الإسقاط و غير ذلك نافذا و أما انحصاره بذلك فلم يدل عليه دليل و لا أمانة بل لو نوقش في كفاية تصرفه في الحلية و عدم توقفها على إذن الحاكم الشرعى مع التمكن بناء على أن الأخبار الظاهرة في الكفاية منصرفه إلى الغالب من عدم تيسر استيذان الإمام ع أو نائبه أمكن ذلك إلا أن المناقشة في غير محلها لأن المستفاد من الأخبار الإذن العام من الأئمة الأطهار ع بحيث لا يحتاج بعد ذلك إلى إذن خاص في الموارد الخاصة منهم ع و لا من نوابهم

[عدم نفوذ إذن الجائر فيما لا تسلط له عليه]

هذا كله مع استيلاء الجائر على تلك الأرض و التمكن من استيذانه و أما مع عدم استيلائه على أرض خراجية لقصور يده عنها لعدم انقياد أهلها له ابتداء أو طغيانهم عليه بعد السلطنة عليهم فالأقوى خصوصا مع عدم الاستيلاء ابتداء عدم جواز استيذانه و عدم مضي إذنه فيها كما صرح به بعض الأساطين حيث قال بعد بيان أن الحكم مع حضور الإمام مراجعته أو مراجعة الجائر مع التمكن و أما مع فقد سلطان الجور أو ضعفه عن التسلط أو عدم التمكن من مراجعته فالواجب الرجوع إلى الحاكم الشرعى إذ ولاية الجائر إنما ثبتت على من دخل في قسم رعيته حتى يكون في سلطانه و يكون مشمولاً لحفظه من الأعداء و حمايته فمن بعد عن سلطانهم أو كان على الحد فيما بينهم أو يقوى عليهم فخرج عن مأموريتهم فلا يجرى عليه حكمهم اقتصارا على المقطوع به من الأخبار و كلام الأصحاب في قطع الحكم بالأصول و القواعد و تخصيص ما دل على المنع عن الركون إليهم و الانقياد لهم.

[الثالث [هل يحل ما يعتقده الجائر خراجيا و إن كان عندنا من الأنفال أم يثبت حق الاختصاص]

أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذ من الأراضي التي يعتقد الجائر كونها خراجية و إن كانت عندنا من الأنفال و هو الذي يقتضيه نفى الحرج. نعم مقتضى بعض أدلتهم و بعض كلماتهم هو الاختصاص فإن العلامة قد استدلت في كتبه على حل الخراج و المقاسمة بأن هذا مال لا يملكه الزارع و لا صاحب الأرض بل هو حق الله عز و جل أخذه غير مستحقه فبرأت ذمته و جاز شراؤه و هذا الدليل و إن كان فيه ما لا يخفى من الخلل إلا أنه كاشف عن اختصاص محل الكلام بما كان من الأراضي التي لها حق على الزارع و ليست الأنفال كذلك لكونها مباحة للشيعه. نعم لو قلنا بأن غيرهم يجب عليه أجره الأرض كما لا يبعد أمكن تحليل ما يأخذه منهم الجائر بالدليل المذكور لو تم و مما يظهر منه الاختصاص ما تقدم من الشهيد و مشايخ المحقق الثاني من حرمة جحود الخراج و المقاسمة معللين ذلك بأن ذلك حق عليه فإن الأنفال لا حق و لا أجره في التصرف فيها و كذا ما تقدم من التنقيح حيث ذكر بعد دعوى الإجماع على الحكم أن تصرف الجائر في الخراج و المقاسمة من قبيل تصرف الفضولى إذا أجاز المالك. و الإنصاف أن كلمات الأصحاب بعد التأمل في أطرافها ظاهرة في الاختصاص بأراضي المسلمين خلافا لما استظهره المحقق الكركى قدس سره من كلمات الأصحاب و إطلاق الأخبار مع أن الأخبار أكثرها لا عموم فيها و لا إطلاق. نعم بعض الأخبار الواردة في المعاملة على الأراضي الخراجية التي جمعها صاحب الكفاية شامله لمطلق الأرض المضروب عليها الخراج من السلطان. نعم لو فرض أنه ضرب الخراج على ملك غير الإمام أو على ملك الإمام لا بالإمامة أو على الأراضي التي أسلم أهلها عليها طوعا لم يدخل في منصرف الأخبار قطعا و لو أخذ الخراج من الأرض المجهولة المالك معتقدا لاستحقاقه إياها ففيه وجهان.

[الرابع ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله]

الرابع 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. نعم ظاهر الدليل المتقدم من العلامة شموله له لكنك عرفت أنه قاصر عن إفادة المدعى كما أن ظاهره عدم الفرق بين السلطان المخالف المعتقد لاستحقاق أخذ الخراج و المؤمن و الكافر و إن اعترفا بعدم الاستحقاق إلا أن ظاهر الأخبار الاختصاص بالمخالف

و المسألة مشكئة

من اختصاص موارد الأخبار بالمخالف المعتقد لاستحقاق أخذه و لا عموم فيها لغير المورد فيقتصر في مخالفته القاعدة عليه و من لزوم الحرج- و دعوى الإطلاق في بعض الأخبار المتقدمة مثل قوله ع في صحبته الحلبي: لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان و قوله ع في صحبته محمد بن مسلم: كل أرض دفعها إليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذي قاطعك عليه و غير ذلك

[دفع بعض وجوه الإشكال]

و يمكن أن يرد لزوم الحرج بلزومه على كل تقدير لأن المفروض أن السلطان المؤمن خصوصاً في هذه الأزمنة المكاسب، ج ١، ص ٧٦

يأخذ الخراج عن كل أرض و لو لم تكن خراجية و أنهم يأخذون كثيراً من وجوه الظلم المحرمة منضمماً إلى الخراج و ليس الخراج ممتازاً عندهم عن سائر ما يأخذونه ظلماً من العشور و سائر ما يظلمون به الناس كما لا يخفى على من لاحظ سيرة عمالهم فلا بد إما من الحكم بحل ذلك كله لدفع الحرج و إما من الحكم بكون ما في يد السلطان و عماله من الأموال المجهولة المالك و أما الإطلاقات فهي مضافاً إلى إمكان دعوى انصرافها إلى الغالب كما في المسالك مسوقة لبيان حكم آخر كجواز إدخال أهل الأرض الخراجية في تقبل الأرض في صحبته الحلبي لدفع توهم حرمة ذلك كما يظهر من أخبار أخرى- و كجواز أخذ أكثر مما تقبل به الأرض من السلطان في رواية الفيض بن المختار و كغير ذلك من أحكام قبالة الأرض و استيجارها فيما عداها من الروايات. و الحاصل أن الاستدلال بهذه الأخبار على عدم البأس بأخذ أموالهم- مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشكل

[ما يدل على عدم شمول كلمات الأصحاب للجائر المؤمن]

و مما يدل على عدم شمول كلمات الأصحاب أن عنوان المسألة في كلامهم ما يأخذه الجائر لشبهه المقاسمة أو الزكاة كما في المنتهى أو باسم الخراج و المقاسمة كما في غيره. و ما يأخذه الجائر المؤمن ليس لشبهه الخراج و المقاسمة لأن المراد بشبهتهما- شبهه استحقاقهما الحاصلة في مذهب العامة نظير شبهه تملك سائر ما يأخذون مما لا يستحقون لأن مذهب الشيعة أن الولاية في الأراضي الخراجية إنما هي للإمام أو نائبه الخاص أو العام فما يأخذه الجائر المعتقد لذلك- إنما هو شيء يظلم به في اعتقاده معترفاً بعدم براءة ذمة زارع الأرض من أجرتها شرعاً نظير ما يأخذه من الأملاك الخاصة التي لا خراج عليها أصلاً و لو فرض حصول شبهه الاستحقاق لبعض سلاطين الشيعة من بعض الوجوه لم يدخل ذلك في عناوين الأصحاب قطعاً لأن مرادهم من الشبهه الشبهه من حيث

المذهب التي أمضاها الشارع للشيعة لا الشبهة في نظر شخص خاص لأن الشبهة الخاصة إن كانت عن سبب صحيح كاجتهاد أو تقليد فلا إشكال في حليته له و استحقاؤه للأخذ بالنسبة إليه و إلا كانت باطلة غير نافذة في حق أحد.

[ما يؤيد عدم شمول الكلمات للجائر الموافق]

و الحاصل أن أخذ الخراج و المقاسمة لشبهة الاستحقاق في كلام الأصحاب ليس إلا الجائر المخالف و مما يؤيده أيضا عطف الزكاة عليها مع أن الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولاية جباية الصدقات و كيف كان فالذى أتخيل أنه كلما ازداد المنصف المتأمل في كلماتهم يزداد له هذا المعنى وضوحا فما أظن به بعض في دعوى عموم النص و كلمات الأصحاب مما لا ينبغي أن يغتر به

[تفسير الفاضل القطيفي للجائر]

و لأجل ما ذكرنا و غيره فسر صاحب إيضاح النافع - الجائر [الواقع] في عبارة النافع بالمخالف فالقول بالاختصاص كما استظهره في المسالك و جزم به في إيضاح النافع و جعله الأصح في الرياض لا يخلو عن قوة.

[لزوم مراجعة الحاكم الشرعي]

فينبغي في الأراضي التي بيد الجائر الموافق في المعاملة على عينها أو على ما يؤخذ عليها مراجعة الحاكم الشرعي و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقا لجباية تلك الوجوه و إنما أخذ ما يأخذ نظير ما يأخذه على غير الأراضي الخراجية من الأملاك الخاصة فهو أيضا غير داخل في منصرف الأخبار و لا في كلمات الأصحاب فحكمه حكم السلطان الموافق

و أما السلطان الكافر

فلم أجد فيه نصا. و ينبغي لمن تمسك بإطلاق النص و الفتوى الترام دخوله فيهما لكن الإنصاف انصرفهما إلى غيره مضافا إلى ما تقدم في السلطان الموافق من اعتبار كون الأخذ بشبهة الاستحقاق و قد تمسك في ذلك بعض بنفى السبيل للكافر على المؤمن فتأمل.

الخامس الظاهر أنه لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ أن يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للأخذ

فلا- فرق حينئذ بين المؤمن و المخالف و الكافر لإطلاق بعض الأخبار المتقدمة- و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن كما في روايتي الحذاء و إسحاق بن عمار و بعض روايات قبالة الأراضي الخراجية و لم يستبعد بعض اختصاص الحكم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الأخذ مع اعترافه بأن ظاهر الأصحاب التعميم و كأنه أدخل هذه المسألة يعني مسألة حل الخراج و المقاسمة في القاعدة المعروفة من إلزام الناس بما ألزموا به أنفسهم و وجوب المضى معهم في أحكامهم على ما يشهد به تشبيه بعضهم ما نحن فيه باستيفاء الدين من الذمي من ثمن ما باعه من الخمر و الخنزير و الأقوى أن المسألة أعم من ذلك و أن الممضى فيما نحن فيه تصرف الجائر في تلك الأراضي مطلقا.

السادس ليس للخراج قدر معين

إشارة

بل المناطق فيه ما تراضى فيه السلطان و مستعمل الأرض لأن الخراج هي أجرة الأرض فينات برضا الموجر و المستأجر. نعم لو استعمل أحد الأرض قبل تعيين الأجرة تعين عليه أجرة المثل و هي مضبوطة عند أهل الخبرة و أما قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه و نسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب و يدل عليه قول أبي الحسن ع في مرسله حماد بن عيسى: و الأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفه متروكة في يدى من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى - على قدر طاقتهم من الحق الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضرهم إلى آخر الحديث.

حكم ما إذا كان الخراج المجعول مضرا بحال المزارعين

و يستفاد منه أنه إذا جعل عليهم من الخراج أو المقاسمة ما يضر بهم لم يجز ذلك كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا بحيث لا يختار الزارع الزراعة من كثرة الخراج فيجبرونه على الزراعة و حينئذ ففى حرمة كل ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضر الزيادة عليه و جهان. و حكى عن بعض أنه يشترط أن لا يزيد على ما كان يأخذه المتولى له الإمام العادل إلا برضاه و التحقيق أن مستعمل الأرض بالزرع و الغرس إن كان مختارا فى استعمالها فمقاطعه الخراج و المقاسمة باختياره و اختيار الجائر فإذا تراضيا على شىء فهو الحق قليلا كان أو كثيرا و إن كان لا بد من استعمال الأرض لأنها كانت مزرعة له مدة سنين و يتضرر بالارتحال عن تلك القرية إلى غيرها فالمناطق ما ذكر فى المرسله من عدم كون المضروب عليهم مضرا بأن لا يبقى لهم بعد أداء الخراج ما يكون بإزاء ما أنفقوا على الزرع من المال و بذلوا له من أبدانهم الأعمال.

السابع ظاهر إطلاق الأصحاب - أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج [الاستحقاق]

إشارة

أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية أو يقطعه الأرض الخراجية إقطاعا أن يكون مستحقا له - و نسبه الكركى فى رسالته إلى إطلاق الأخبار و الأصحاب و لعله أراد إطلاق ما دل على حل جوائز السلطان و عماله مع كونها غالبا من بيت المال - و إلا فما استدلووا به لأصل المسألة إنما هي الأخبار الواردة فى جواز ابتياع الخراج و المقاسمة و الزكاة و الواردة فى حل تقبل الأرض الخراجية من السلطان و لا ريب فى عدم اشتراط

المكاسب، ج ١، ص ٧٧

كون المشتري و المتقبل مستحقا لشىء من بيت المال و لم يرد خبر فى حل ما يهبه السلطان من الخراج حتى يتمسك بإطلاقه عدا أخبار جوائز السلطان مع أن تلك الأخبار واردة أيضا فى أشخاص خاصة فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال فالحكم بنفوذ تصرف الجائر على الإطلاق فى الخراج من حيث البذل و التفريق كنفوذ تصرفه على الإطلاق فيه بالقبض و الأخذ و المعاملة عليه مشكل.

[عدم دلالة رواية الحضرمي و كلام العلامة على الاشتراط] و أما قوله ع في رواية الحضرمي السابقة:

ما يمنع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك أ ما علم أن لك نصيبا من بيت المال فإنما يدل على أن كل من له نصيب في بيت المال يجوز له الأخذ لا أن كل من لا نصيب له لا يجوز أخذه. و كذا تعليل العلامة رحمه الله فيما تقدم من دليله بأن الخراج حق لله أخذه غير مستحقة فإن هذا لا ينافي إمضاء الشارع لبذل الجائر إياه كيف شاء كما أن للإمام ع أن يتصرف في بيت المال كيف شاء. فالاستشهاد بالتعليل المذكور في الرواية المذكورة و بالمذكور في كلام العلامة رحمه الله على اعتبار استحقاق الأخذ لشيء من بيت المال كما في الرسالة الخراجية محل نظر

[الإشكال في تحليل الزكاة الذي يأخذه الجائر لكل أحد]

ثم أشكل من ذلك تحليل الزكاة المأخوذة منه لكل أحد كما هو ظاهر إطلاقهم القول بحل اتها ب ما يؤخذ باسم الزكاة.

[كلام الشهيد الثاني في اتها ب ما يؤخذ باسم الزكاة]

و في المسالك أنه يشترط أن يكون صرفه لها على وجهه المعتبر بحيث لا يعد عندهم عاصيا إذ يمتنع الأخذ منه عندهم أيضا ثم قال و يحتمل الجواز مطلقا نظرا إلى إطلاق النص و الفتوى قال و يجيء مثله في الخراج و المقاسمة فإن مصرفهما بيت المال و له أرباب مخصوصون عندهم أيضا انتهى.

الثامن [ما يعتبر في كون الأرض خراجية]

إشارة

أن كون الأرض بحيث يتعلق بما يؤخذ منها ما تقدم من أحكام الخراج و المقاسمة يتوقف على أمور ثلاثة

الأول كونها مفتوحة عنوة

إشارة

أو صلحا على أن تكون الأرض للمسلمين إذ ما عداهما من الأرضين لا خراج عليها. نعم لو قلنا بأن حكم ما يأخذه الجائر من الأنفال حكم ما يأخذه من أرض الخراج دخل ما يثبت كونه من الأنفال في حكمها.

[كيف يثبت كون الأرض مفتوحة عنوة]

فنقول يثبت الفتح عنوة بالشياع الموجب للعلم و بشهادة عدلين و بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم بنا على كفايته في كل ما يعسر إقامة البينة عليه كالنسب و الوقف و الملك المطلق و أما ثبوتها بغير ذلك من الأمارات الظنية حتى بقول من يوثق به من المؤرخين فمحل إشكال لأن الأصل عدم الفتح عنوة و عدم تملك المسلمين. نعم الأصل عدم تملك غيرهم أيضا- فإن فرض دخولها بذلك

فى الأنفال- و ألحقناها بأرض الخراج فى الحكم فهو و إلا فمقتضى القاعدة حرمة تناول ما يؤخذ من زراعتها قهرا و أما الزراع فىجب عليهم مراجعته حاكم الشرع فىعمل فيها معهم على طبق ما تقتضيه القواعد عنده من كونه مال الإمام ع أو مجهول المالك أو غير ذلك.

و المعروف بين الإمامية بلا خلاف ظاهر أن أرض العراق فتحت عنوة

و حكى ذلك عن التواريخ المعتمدة. و حكى عن بعض العامة أنها فتحت صلحا و ما دل على كونها ملكا للمسلمين يحتتمل الأمرين. ففى صحيحة الحلبي: أنه سئل أبو عبد الله ع عن أرض السواد ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن اليوم مسلم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد و رواية أبى الربيع الشامي: لا تشتت من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هى فىء للمسلمين و قريب منها صحيحة ابن الحجاج.

[حكم غير أرض العراق]

إشارة

و أما غير هذه الأرض مما ذكر و اشتهر فتحها عنوة فإن أخير به عدلان يحتتمل حصول العلم لهما من السماع- أو الظن المتأخم من الشيعاء أخذ به على تأمل فى الأخير- كما فى العدل الواحد- و إلا فقد عرفت الإشكال فى الاعتماد على مطلق الظن

و أما العمل بقول المؤرخين

بناء على أن قولهم فى المقام نظير قول اللغوى فى اللغة و قول الطبيب و شبههما فدون إثباته خرط القتاد

و أشكل منه إنبات ذلك باستمرار السيرة على أخذ الخراج من أرض

لأن ذلك إما من جهة ما قيل من كشف السيرة عن ثبوت ذلك من الصدر الأول من غير نكير إذ لو كان شيئا حادثا لنقل فى كتب التواريخ لاعتناء أربابها بالمبتدعات و الحوادث و إما من جهة وجوب حمل تصرف المسلمين و هو أخذهم الخراج على الصحيح. و يرد على الأول مع أن عدم التعرض يحتتمل كونه لأجل عدم اطلاعهم الذى لا يدل على العدم أن هذه الإمارات ليست بأولى من تنصيب أهل التواريخ الذى عرفت حاله. و على الثانى أنه إن أريد بفعل المسلم تصرف السلطان بأخذ الخراج فلا ريب أن أخذه حرام و إن علم كون الأرض خراجية فكونها كذلك لا يصح فعله. و دعوى أن أخذه الخراج من أرض الخراج أقل فسادا من أخذه من غيرها توهم لأن مناط الحرمة فى المقامين واحد و هو أخذ مال الغير من غير استحقاق و اشتغال ذمة المأخوذ منه بأجرة الأرض الخراجية و عدمه فى غيرها لا يهون الفساد.

نعم بينهما فرق من حيث الحكم المتعلق بفعل غير السلطان و هو من يقع فى يده شىء من الخراج بمعاوضة أو تبرع فيحل فى الأرض الخراجية دون غيرها مع أنه لا دليل على وجوب حمل الفاسد على الأقل فسادا إذا لم يتعدد عنوان الفساد كما لو دار الأمر بين الزنى مكرها للمرأة و بين الزنى برضاها حيث إن الظلم محرم آخر غير الزنى بخلاف ما نحن فيه مع أن أصالة الصحة لا تثبت الموضوع و هو كون الأرض خراجية إلا أن يقال إن المقصود ترتب آثار الأخذ الذى هو أقل فسادا و هو حل تناوله من الأخذ و إن لم يثبت كون الأرض خراجية بحيث تترتب عليها آثار أخرى مثل وجوب دفع أجرة الأرض إلى حاكم الشرع ليصرفه فى المصالح إذا فرض عدم السلطان الجائر و مثل حرمة التصرف فيه من دون دفع أجرة أصلا لا إلى الجائر و لا إلى حاكم الشرع و إن أريد بفعل المسلم تصرف المسلمين فيما يتناولونه من الجائر من خراج هذه الأرض ففيه أنه لا عبرة بفعلهم إذا علمنا بأنهم لا يعلمون حال هذه الأراضى كما هو

الغالب في محل الكلام إذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم إحراز الموضوع و لو احتمل تقليدهم لمن يرى تلك الأرض خراجية لم ينفع و لو فرض احتمال علمهم بكونها خراجية- كان اللازم من ذلك جواز تناول من أيديهم لا من يد السلطان كما لا يخفى.

الثاني أن يكون الفتح بإذن الإمام

إشارة

و إلا كان المفتوح مال الإمام بناء على المشهور بل عن المجمع أنه كاد يكون إجماعا و نسبه في المبسوط إلى رواية أصحابنا و هي مرسله العباس الوراق: و فيها أنه إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام ع قال في المبسوط و على هذه الرواية يكون جميع ما فتحت بعد النبي ص إلا ما فتحت في زمان الوصي ع من مال الإمام انتهى. أقول فيبنتي حل المأخوذ منها خراجا على ما تقدم من حل الخراج المأخوذ من الأنفال

و الظاهر أن أرض العراق مفتوحة بالإذن

المكاسب، ج ١، ص ٧٨

كما يكشف عن ذلك ما دل على أنها للمسلمين

و أما غيرها مما فتحت في زمان خلافة الثاني

إشارة

و هي أغلب ما فتحت

فظاهر بعض الأخبار كون ذلك أيضا بإذن مولانا أمير المؤمنين ع و أمره

إشارة

. ففي الخصال في أبواب السبعة في باب أن الله تعالى يمتحن أوصياء الأنبياء في حياة الأنبياء في سبعة مواطن و بعد وفاتهم في سبعة مواطن عن أبيه و شيخه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن الحسين بن سعيد عن جعفر بن محمد النوفلي عن يعقوب بن الرائد عن أبي عبد الله جعفر بن أحمد بن أبي طالب عن يعقوب بن عبد الله الكوفي عن موسى بن عبيد عن عمرو بن أبي المقدم عن جابر الجعفي عن أبي جعفر: أنه أتى يهودى أمير المؤمنين ع في منصرفة عن وقعة النهروان فسأله عن تلك المواطن و فيه قوله ع و أما الرابعة يعنى من المواطن الممتحن بها بعد النبي ص فإن القائم بعد صاحبه يعنى عمر بعد أبي بكر كان يشاورنى في موارد الأمور و مصادرها فيصدرها عن أمرى و يناظرنى في غوامضها فيمضيها عن رأى لا يعلمه أحد و لا يعلمه أصحابى و لا يناظرنى غيره إلى آخر الخبر. و الظاهر أن عموم الأمور إضافى بالنسبة إلى ما يقدر في رئاسته مما يتعلق بالسياسة و لا يخفى أن الخروج إلى الكفار و دعاءهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور بل لا أعظم منه.

[المناقشة في سند الرواية و دفعها]

و في سند الرواية جماعة تخرجها عن حد الاعتبار إلا أن اعتماد القميين عليها و روايتهم لها مع ما عرف من حالهم لمن تتبعها من أنهم

لا يثبتون في كتبهم رواية في راويها ضعف إلا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها جابر لضعفها في الجملة

[ما يؤيد مضمون الرواية]

مضافا إلى ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن ع في بعض الغزوات و دخول بعض خواص أمير المؤمنين ع من الصحابة كعمار في أمرهم. و في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر ع قال: سألته عن سيرة الإمام ع في الأرض التي فتحت بعد رسول الله ص فقال إن أمير المؤمنين ع قد سار في أهل العراق بسيرة فهي إمام لسائر الأرضين إلى آخر الخبر. و ظاهرها أن سائر الأرضين المفتوحة بعد النبي ص حكمها حكم أرض العراق مضافا إلى أنه يمكن الاكتفاء عن إذن الإمام- المنصوص في مرسله الوراق بالعلم بشاهد الحال برضا أمير المؤمنين ع و سائر الأئمة بالفتوحات الإسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين. و قد ورد أن الله تعالى يؤيد هذا الدين بأقوام لا خلاق لهم منه مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه الصحيح- و هو كونه بأمر الإمام ع مع أنه يمكن أن يقال إن عموم ما دل من الأخبار الكثيرة على تقييد الأرض المعدودة من الأنفال بكونها ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب معارض بالعموم من وجه- و على أن ما أخذت بالسيف من الأرضين يصرفها في مصالح المسلمين لمرسله الوراق فيرجع إلى عموم قوله تعالى وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِأَيِّ الْقُرْبَىٰ وَ لِأَيِّ الْمَسَاكِينِ وَ لِأَبْنِ السَّبِيلِ فَيَكُونُ الْبَاقِي لِلْمُسْلِمِينَ إِذْ لَيْسَ لِمَنْ قَاتَلَ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِينَ نَصًّا وَ إِجْمَاعًا

الثالث أن يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام ع محياة حال الفتح

إشارة

لتدخل في الغنائم و يخرج منها الخمس أولا- على المشهور و بقي الباقي للمسلمين فإن كانت حينئذ مواتا كانت للإمام ع كما هو المشهور بل المتفق عليه على الظاهر المصرح به عن الكفاية و محكى التذكرة و يقتضيه إطلاق الإجماعات المحكية على أن الموات من الأنفال لإطلاق الأخبار الدالة على أن الموات بقول مطلق له ع و لا يعارضها إطلاق الإجماعات و الأخبار الدالة على أن المفتوحة عنوة للمسلمين لأن موارد الإجماعات هي الأرض المغنومة من الكفار كسائر الغنائم التي يملكونها منهم و يجب فيها الخمس و ليست الموات من أموالهم و إنما هي مال الإمام و لو فرض جريان أيديهم عليها كان بحكم المغصوب لا يعد في الغنيمه و ظواهر الأخبار خصوص المحياة- مع أن الظاهر عدم الخلاف.

نعم لو ماتت المحياة حال الفتح

فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين بل عن ظاهر الرياض استفادة عدم الخلاف في ذلك من السرائر لاختصاص أدلة الموات بما إذا لم يجر عليه ملك مسلم دون ما عرف صاحبه

ثم إنه تثبت الحياة حال الفتح

بما كان يثبت به الفتح عنوة و مع الشك فيها فالأصل العدم و إن وجدناها الآن محياة لأصالة عدمها حال الفتح فيشكل الأمر في كثير من محياة أراضي البلاد المفتوحة عنوة. نعم ما وجد منها في يد مدع للملكية حكم بها له أما إذا كانت بيد السلطان أو من أخذها منه فلا يحكم لأجلها بكونها خراجية لأن يد السلطان عادية على الأراضي الخراجية أيضا

وما لا يد لمدعى الملكية عليها كان مرددا بين المسلمين

و مالك خاص مردد بين الإمام لكونها تركة من لا وارث له و بين غيره فيجب مراجعته حاكم الشرع في أمرها و وظيفته الحاكم في الأجرة المأخوذ منها إما القرعة و إما صرفها في مصرف مشترك بين الكل كفقير يستحق الإنفاق من بيت المال لقيامه ببعض مصالح المسلمين

[هل كانت أرض السواد كلها عامرة حال الفتح]

ثم اعلم أن ظاهر الأخبار تملك المسلمين لجميع أرض العراق المسمى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر فينزل على أن كلها كانت عامرة حال الفتح.

[حد سواد العراق]

إشارة

و يؤيده أنهم ضبطوا أرض الخراج كما في المنتهى و غيره بعد المساحة بستة أو اثنين و ثلاثين ألف ألف جريب و حينئذ فالظاهر أن البلاد الإسلامية المبنية في العراق و هي مع ما يتبعها من القرى من المحيأة حال الفتح التي تملكها المسلمون.

[ما ذكره العلامة في تحديد سواد العراق]

و ذكر العلامة في كتبه تبعا لبعض ما عن ظاهر المبسوط و الخلاف أن حد سواد العراق ما بين منقطع الجبال بحلوان إلى أطراف القادسية المتصل بعذيب من أرض العرب عرضا و من تخوم الموصل إلى ساحل البحر ببلاد عبادان طولاً و زاد العلامة رحمه الله قوله من شرقي دجلة فأما الغربي الذي تليه البصرة فإنما هو إسلامي مثل شط عثمان بن أبي العاص و ما والاها كانت سباخا مما تافأحيائها عثمان و يظهر من هذا التقييد- أن ما عدا ذلك كانت محيأة كما يؤيده ما تقدم من تقدير الأرض المذكور بعد المساحة بما ذكر من الجريب

[النظر فيما قيل من أن البلاد المحدثه في العراق لم تفتح عنوة]

فما قيل من أن البلاد المحدثه بالعراق مثل بغداد و الكوفة و الحلة و المشاهد المشرفة إسلامية بناها المسلمون و لم تفتح عنوة و لم يثبت أن أرضها تملكها المسلمون بالاستغنام و التي فتحت عنوة و أخذت من الكفار قهرا قد انهدمت لا يخلو عن نظر لأن المفتوح عنوة لا يختص بالأبنية حتى يقال إنها انهدمت فإذا كانت البلاد المذكورة و ما يتعلق بها من قرأها غير مفتوحة عنوة فأين أرض العراق المفتوحة عنوة المقدره بستة و ثلاثين ألف ألف جريب و أيضا من البعيد عادة أن يكون بلد المدائن على طرف العراق بحيث يكون الخارج منها مما يليه [و هي] البلاد المذكورة مواتا غير معمورة وقت الفتح و الله العالم و لله الحمد أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا [و به نستعين]

المكاسب، ج ٢، ص ٧٩

الجزء الثاني

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين
كتاب البيع

[تعريف البيع]

إشارة

و هو فى الأصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين

فلا يعم إبدال المنافع بغيرها و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع. نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار كالأخبار كالأخبار الدال على جواز بيع خدمة المدبر و بيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها و الظاهر أنها مسامحة فى التعبير كما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفا فى نقل بعض الأعيان كالثمره على الشجرة.

و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعه

كما فى غير موضع من القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و لا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه و لعله لما اشتهر فى كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان و الظاهر إرادتهم بيان المبيع نظير قولهم إن الإجارة لنقل المنافع.

[جعل عمل الحر عوضا]

و أما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين فى البيع مالا قبل المعاوضة يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

[أقسام الحق و ما يقع منها عوضا]

و أما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال - كحق الحضانه و الولايه فلا إشكال و كذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار لأن البيع تمليك الغير و لا- ينتقض بيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط و لذا جعل الشهيد فى قواعد الإبراء مرددا بين الإسقاط و التمليك. و الحاصل أنه يعقل أن يكون مالكا فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط لا يعقل أن يتسلط على نفسه و السر أن مثل هذا الحق سلطنه فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم. و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير و نحوه فهى و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال فى الصلح إلا أن فى جواز وقوعها عوضا للبيع إشكالا من أخذ المال فى عوضى المبايعه لغه و عرفا مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح أن يكون أجره فى الإجارة فى حصر الثمن فى المال.

[تعاريف الفقهاء و المناقشه فيها]

ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشريعية بل هو باق على معناه العرفى كما سنوضحه إن شاء الله إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه فى المبسوط و التذكرة و غيرهما انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و حيث إن فى

هذا التعريف مسامحةً واضحةً عدل آخرون إلى تعريفه بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال و حيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى و إلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة. و يرد عليه مع أن النقل ليس مترادفاً للبيع و لذا صرح في التذكرة بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و أن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة أن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة و لا يندفع هذا بأن المراد أن البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعث نقلت بالصيغة لأنه إن أريد بالصيغة خصوص بعث لزم الدور لأن المقصود معرفة مادة بعث و إن أريد بها ما يشمل ملكت و جب الاقتصار على مجرد التملك و النقل

[أولى التعاريف للبيع]

إشارة

فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تملك عين بمال و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

نعم يبقى عليه أمور

منها أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت

و إلا لم يكن مرادفاً له و يرد أنه الحق كما سيجىء.

و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الإنسان لا يملك مالا- على نفسه و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه- و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملك ما هو مساو لما فى ذمته و سقوطه بالتهاتر أنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة و عرفاً معنى غير المبادلة و النقل و التملك و ما يساويها من الألفاظ و لذا قال فخر الدين إن معنى بعث فى لغة العرب ملكت غيرى فإذا لم يعقل ملكية ما فى ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها أنه يشمل التملك بالمعاطاة

مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً و فيه ما سيجىء من كون المعاطاة بيعاً و أن مراد النافين نفي صحته.

و منها صدقه على الشراء

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه أن التملك فيه ضمنى و إنما حقيقته التملك بعوض و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الإيجاب أو تأخر و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث إن الاستيجار يتضمن تملك

العين بمال أعنى المنفعة.

و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال

إشارة

و بالهبة المعوضة و فيه أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الأصلي هو التسالم- و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين لا أنه نفسه

[حقيقة الصلح

و الذى يدللك على هذا أن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليط و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين المكاسب، ج ٢، ص ٨٠

لصاحبه صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المعانى الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق إلا- أن يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه.

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقرارا له بخلاف طلب التمليك.

و أما الهبة المعوضة

و المراد بها هنا ما اشترط فيه العوض فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة و إلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته فالظاهر أن التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها فى كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط فى ضمن الهبة الأولى. فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان بيعا و لا يصح صلحا و لا هبة معوضة و إن قصدتهما إذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحا و لا هبة فلا يقعان به. نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدتهما فما قيل من أن البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة محل تأمل بل منع لما عرفت من أن تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو أتى بلفظ التمليك بالعوض و احتمال إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظى - حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم و سيجىء توضيحه فى مسألة المعاطاء فى غير البيع إن شاء الله

بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد

و يمكن إخراجها بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة لا معاوضة للعين بهما و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفى فيها و لا ذكر العوض و لا العلم به فتأمل.

[استعمال البيع فى معان أخر]

إشارة

ثم إن ما ذكرناه تعريف للبيع المأخوذ فى صيغته بعث و غيره من المشتقات و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان أخرى غير ما ذكر

أحدها التمليك المذكور

لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري و إليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول مأخوذاً فى تعريف البيع المصطلح و لعله لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحة السلب عن المجرى و لهذا لا يقال باع فلان ماله إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره و يستفاد من قول القائل بعث مالى أنه اشتراه غيره لا أنه أوجب البيع فقط.

الثانى الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول

و هو الانتقال كما يظهر من المبسوط و غيره.

الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة و شبهها التى ليست فى الأصل اسماً لأحد طرفى العقد.

[المناقشة فى هذه الاستعمالات]

أقول أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول و إنما هو فرد انصرف إليه اللفظ فى مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمر إذ لا ثمره فى الإيجاب المجرى فقول المخبر بعث إنما أراد الإيجاب المقيد فالفيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل فى الإيجاب المتعقب للقبول و كذلك لفظ النقل و الإبدال و التمليك و شبهها مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فى معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج فى نظر الشارع لا فى نظر الناقل إذ التأثير لا ينفك عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب و الوجوب- لا الكسر و الانكسار كما تخيله بعض فتأمل و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح فضلاً عن أن يجعل أحد معانيه. و أما البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف و إنما وقع فى تعريف جماعة تبعاً للمبسوط و قد يوجه بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول أعنى المبيعية و هو تكلف حسن و أما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقفه على شىء كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصبر واجبا فى الخارج فى نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما

ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا- بيع بينهما أو إقالة في البيع و نحو ذلك. و الحاصل أن البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية و لذا يقال انعقد البيع و لا ينعقد البيع.

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]

[اختيار الشهيد كونه للصحيح]

إشارة

ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب قال و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعا و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة انتهى و قال الشهيد الأول فى قواعد الماهيات الجعليه كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج لوجوب المضى فيه و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقى

[المناقشة فيما أفاده الشهيدان]

و يشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و إطلاقات أدله سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار شىء فيها مع أن سيره علماء الإسلام التمسك بها فى هذه المقامات.

[توجيه ما أفاده الشهيدان]

نعم يمكن أن يقال إن البيع و شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر الذى يراد من قول القائل بعت عقد الإنشاء لا يستعمل حقيقة- إلا فيما كان صحيحا مؤثرا و لو فى نظر القائل ثم إذا كان مؤثرا فى نظر الشارع كان بيعا عنده و إلا كان صورة بيع نظير الهازل عند العرف. فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد

المكاسب، ج ٢، ص ٨١

للأثر و مجاز فى غيره إلا أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوها

فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه فى الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف أو على المصدر الذى يراد من لفظ بعت فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا فى نظر الشارع أيضا فتأمل فإن للكلام محلا آخر

الكلام فى المعاطاة

[حقيقة المعاطاة]

اعلم أن المعاطاة على ما فسرہ جماعة أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذہ من الآخر

[صور المعاطاة]

و هو يتصور على وجهين أحدهما أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه. الثانى أن يتعاطيا على وجه التملك. وربما يذكر وجهان آخران أحدهما أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه. الثانى أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع. ويرد الأول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصة والثانى بما تقدم فى تعريف البيع من أن التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير. نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة و غير ذلك كون التملك المطلق أعم من البيع

ثم إن المعروف بين علمائنا فى حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف

إشارة

و يحصل الملك بتلف إحدى العينين و عن المفيد و بعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع و عن العلامة رحمه الله فى النهاية احتمال كونها يبيعا فاسدا فى عدم إفادتها إباحة التصرف

[محل النزاع فى المعاطاة]

و لا- بد أولا- من ملاحظة أن النزاع فى المعاطاة هل المقصود بها الإباحة أو المقصود بها التملك الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثانى.

[تنزيل المحقق الثانى الإباحة على الملك الجائر]

و حيث إن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجمع ظاهرا قصد التملك من المتعاطيين نزل المحقق الكركى الإباحة فى كلامهم على الملك الجائر المترلزل و أنه يلزم بذهاب إحدى العينين و حقق ذلك فى شرحه على القواعد و فى تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه

[توجيه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هى المعاطاة بقصد الإباحة]

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هى المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة و رجح بقاء الإباحة فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه و طعن على من جعل محل النزاع فى المعاطاة بقصد التملك قائلا إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلا عن أعظم الأصحاب و كبارهم.

[المناقشة في توجيه المحقق الثاني]

و الإنصاف أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المترزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف والحلى في السرائر وابن زهرة في الغنية والحلبى في الكافى والعلامة فى التذكرة وغيرها

[المناقشة في توجيه صاحب الجواهر]

بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه بل لا يكاد يوجد فى كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى

[دلالة كلام الفقهاء على بعد التوجيهين]

ولنتقل أولاً كلمات جماعة ممن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المترزل كما صنعه المحقق الكركى و أبعديه جعل محل الكلام فى كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك فنقول والله التوفيق قال فى الخلاف إذا دفع قطعة إلى البقلى أو الشارب فقال أعطني بها بقله أو ماء فأعطاه فإنه لا يكون بيعاً وكذلك سائر المحقرات و إنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه و فائدة ذلك أن البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما و به قال الشافعى. و قال أبو حنيفة يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل الإيجاب و القبول و قال ذلك فى المحقرات دون غيرها. دليلنا أن العقد حكم شرعى و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت و أما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. و لا يخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك و فى أن محل الخلاف بينه و بين أبى حنيفة ما لو قصد البيع لا الإباحة المجردة كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية حيث إنه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال و ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى أيضاً فتمسكه بأن العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيع و إلا لكان الأولى بل المتعين التعليل به إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغته و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقفه على الأسباب الشرعية كما لا يخفى. و قال فى السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدم الأول على الثانى ما لفظه فإذا دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب فقال أعطني فإنه لا يكون بيعاً و لا عقداً لأن الإيجاب و القبول ما حصل و كذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقراً كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك و إنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه و لكل منهما أن يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما و إنما ذلك على جهة الإباحة انتهى. فإن تعليقه عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك مع أن ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرناه و لا ينافى ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة إلى آخر قوله كما لا يخفى. و قال فى الغنية بعد ذكر الإيجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحريزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع بأن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك بألف فإنه لا ينعقد بذلك بل لا بد أن يقول المشتري بعد ذلك اشترت أو قبلت حتى ينعقد و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلى قطعة و يقول أعطني بقله فيعطيه فإن ذلك ليس ببيع و إنما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة مما عداه دليل

ولما ذكرناه نهى ص عن بيع المنابذة والملازمة وعن بيع الحصة على التأويل الآخر ومعنى ذلك أن يجعل اللبس بشيء أو النبد له وإلقاء الحصة بيعا موجبا انتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض من قصد المتعاطين التملك من وجوه متعددة منها ظهور أدلته الثلاثة في ذلك. ومنها احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. وقال الحلبي في الكافي بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية ما لفظه واشترط الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع إلى أن قال فإن اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضي دون عقد البيع ويصح معه الرجوع انتهى وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية. وقال المحقق رحمه الله في الشرائع - ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع انتهى. وذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل. وقال في التذكرة في حكم الصيغة الأشهر عندنا أنه لا بد منها فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل أعطني بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فأخذه وبه قال الشافعي مطلقا لأصالة بقاء الملك وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد وعن بعض الحنفية وابن شريح في الجليل وقال أحمد ينعقد مطلقا ونحوه قال مالك فإنه قال بع بما يعتقد الناس بيعا انتهى ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقا لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال بع بما يعتقد الناس بيعا وقال الشهيد في قواعد بعد قوله قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي وذكر أمثلة لذلك ما لفظه وأما المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقير عندنا ودالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى هذا كله مع أن الواقع في أيدي الناس - هي المعاطاة بقصد التملك ويعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد أنهم أرادوا بالإباحة الملك المترزل فقال المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد ولا يقول أحد من الأصحاب إنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها وقوله تعالى وَ أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بَيْنَهُمْ لَأَنْهَايَهُمُ بِالْإِباحَةِ وَأَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي هُوَ أَعْلَمُ بِمَا تُعْمَلُونَ وقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ عَامٍ إلا ما أخرجه الدليل. وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر وبالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك فإذا لم يحصل كان بيعا فاسدا ولم يجز التصرف في العين وكافة الأصحاب على خلافه وأيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلا ورأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده. وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم لأن إحداهما في مقابل الآخر ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر انتهى ونحو المحكى عنه في تعليقه على الإرشاد وزاد فيه أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد وهو باطل وعليه يتفرع النماء وجواز وطء الجارية - ومن منع فقد أغرب انتهى. والذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك من استلزام إعطاء كل منهما سلطته مسلطا عليه الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة وحاصله أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود وترتب غيره بعيد جدا مع أن التأمل في

كلامهم يعطى إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية. و يؤيد إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطئ و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد. و سيجىء ما ذكره بعض الأساطين و من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة لكن الإنصاف أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم فإن هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع أن المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس أو زكاة و كوطئ الجارية. [و صرح الشيخ فى المبسوط بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطؤها.] و مما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك أنه قد صرح الشيخ فى المبسوط و الحلوى فى السرائر و كظاهر العلامة فى القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى و طء الجارية ثم إن المعروف بين المتأخرين - أن من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال إنها ليست بيعة حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد إجماع الغنية و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من إرادة نفي اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر. و يدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد أن الإيجاب و القبول من شرائط

المكاسب، ج ٢، ص ٨٣

صحة انعقاد البيع بالصيغة و أما الأول فإن قلنا إن البيع عند المشرعة حقيقة فى الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع من أن البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل فإن كان فى نظر الشارع أو المشرعة من حيث إنهم مشرعة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعة حقيقيا و إلا كان صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفي البيعة عنه على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال فى المعاطاة على ما تساعده ظواهر كلماتهم ستلزم لزوم مطلقا كما هو ظاهر شيخنا المفيد و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و بعض متأخرى المحدثين لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاة تأمل و الملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثانى و نسبه إلى كل من قال بالإباحة و سوغ جميع التصرفات و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرة بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات و إباحة ما لا يتوقف على الملك و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا نسب إلى ظاهر [المبسوط] و النهاية لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها. و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة [و إن قصد المتعاطيان بها التملك بل لم نجد قائلا به إلى زمان المحقق الثانى الذى قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب. نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه الأقوى أن المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فإن تلفت لزمت انتهى و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أما قوله و الأقوى إلى آخره فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و إطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و إطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا و كذا اللزوم. و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقفها على الإيجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول فى هدية الأئمة الأقرب عدمه نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى. و صرح بذلك أيضا فى الهدية

فإذا لم يقل في الهدية بصحة المعاطاء فكيف يقول بها في البيع. و ذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك و يدل عليه أيضاً عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ حَيْثُ إِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى حَلْيَةِ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى الْبَيْعِ بَلْ قَدْ يُقَالُ إِنَّ الْآيَةَ دَالَّةٌ عَرَفَا بِالْمُطَابَقَةِ عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ لَا مَجْرَدِ الْحُكْمِ التَّكْلِيفِيِّ لَكِنِّهَا مَحَلُّ تَأْمَلٍ. و أما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة و أما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابتن زهرة في الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هو أحد العقود و لذا صرح في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع و دعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس يباع قد عرفت الحال فيها. و مما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ - . و أما قوله ص: إن الناس مسلطون على أموالهم فلا دلالة فيه على المدعى - لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنما يجدى فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقه أم لا أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه و ماضية شرعاً لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببها المعاطاة في

الشرعية للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم و منه يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية اللهم إلا أن يقال إنهما لا تدلان على الملك و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطى و العتق و الإيضاء و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم - حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات. و صرح في المسالك أن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً ما فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر فيقال إن مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى و دعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة - جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطء الجارية المأخوذ بها. و قد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعاً بأنه و إن لم يثبت ذلك إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر فيجوز للفقهاء حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر. فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً هذا مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتهما و تتميمه في البيع بالإجماع المركب هذا مع أن ما ذكر من أن للفقهاء - التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد

المكاسب، ج ٢، ص ٨٤

في مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة منها أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد. و منها أن يكون إرادة التصرف من المملكات - فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة و إن لم يخطر ببال مالك الأول الإذن في شىء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حين الدفع و أنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال أعتق عبدك عنى أو تصدق بمالك عنى. و منها أن الأحماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاسمة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفى

بالأصل - فيكون متعلقه بغير الأملاك و أن صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف. و منها جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيد جدا مع أن فى التلف القهرى إن ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاطيين. و منها أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية - فلا يتوقف على النية فهو بعيد و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة و الجانى عليها و المتلف لها جانيا على مال الغير و متلفا له. و منها أن النماء الحادث قبل التصرف - إن جعلنا حدوثة مملكا له دون العين فبعيد و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفى. و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن فى التمليك فيرجع إلى كون المتصرف فى تمليك نفسه موجبا قابلا و ذلك جار فى القبض بل هو أولى منه لاقرانه بقصد التمليك دونه انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا أن الوجوه المذكورة تنهض فى مقابل الأصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصد ففيها أولا أن المعاطاء ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فإن تبعية العقود للقصد - و عدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه أما المعاملات الفعلية التى لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد فى كلامه المتقدم من أن السبب الفعلى لا - يقوم مقام السبب القولى فى المبيعات نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به و إن لم يكن مقصودا. و ثانيا أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان كل من العوضين القيمة لإفادته العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحته 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 كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك - مع إجازته على قول كثير و ترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبة فى المسالك و كشف اللثام إلى المشهور. نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه أن التخلف عن المقصود يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل. و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز تصرف المطلق و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك فيكون كتصرف ذى الخيار - و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطة و البيع و العتق و شبههما

. و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات - إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك. و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. و أما كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه فيكون تلفه فى يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين أصالة عدم الملك إلا فى الزمان المتيقن وقوعه فيه توضيحه أن الإجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذى اليد رعاية لعموم على اليد ما أخذت فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية فى أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذى اليد فلا بد من أن يقدر فى آخر أزمته إمكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما تقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد. و أما ما ذكر من

صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا- وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. و أما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص من سائر ما ذكره مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنها استبعادات في محلها. و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك- المعتضدة بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثاني و بالاتفاق المدعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الإيجاب و القبول

المكاسب، ج ٢، ص ٨٥

مشكل و رفع اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة و نحوهما المعتضد بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكال. فالقول الثاني لا يخلو عن قوة و عليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقا- كما حكى عن ظاهر المفيد أو بشرط كون الدال على التراضي لفظا كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني و قواه جماعة من متأخري المحدثين أو هي غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلهم عدا من عرفت وجوه أوقفها بالقواعد هو الأول بناء على أصالة اللزوم في الملك- و للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي. و دعوى أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر فلا- ينفع الاستصحاب بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول مدفوعة مضافا إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب- فتأمل بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته و إنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك. فجاوز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب و يدل عليه مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك- أو من لوازم السبب المملك و مع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد أن اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك- فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده و هو بديهي البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه و إن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ و هو باطل في العقود لما تقدم من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد و إن أمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود أيضا و بالجملة فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا- 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 و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قوله ص: الناس مسلطون على أموالهم فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره- فجاوز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم أن من غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي و بما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة و نحوه العلامة في موضع آخر و منه يظهر جواز التمسك بقوله ع: لا- يحل مال أمرا إلا عن طيب نفسه حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك فلا يحل بغير رضاه. و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم من أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضا فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك و يمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل- إلا أن تكون تجارة عن تراض و لا ريب أن الرجوع ليس تجارة و لا عن تراض فلا يجوز أكل المال. و

التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها حيث إن أكل المال و نقله عن مالكه بغير رضا المالك أكل و تصرف بالباطل عرفاً. نعم بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان- و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقي و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النواقل القهريه هذا كله مضافاً إلى ما دل على لزوم

خصوص البيع مثل قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أن العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة و كذلك قوله ص: المؤمنون عند شروطهم فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ. و الحاصل أن الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع مما لا ينكر إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحاً بعض الأساطين في شرحه على القواعد و تعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين فإن العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن الخلاف الاعتراف به فإن المحكى عنه أنه قال ينعقد البيع على تراض بين الاثنین فيما يملكان التابع له إذا عرفاه جميعاً و تراضياً بالبيع و تقابضاً أيضاً و افتراقاً بالأبدان انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم و كأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله أنه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص. و قد تقدم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً و هو نص في عدم اللزوم و لا يقدح كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لا نقول به. و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع نعم قول العلامة رحمه الله في التذكرة إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة و لو كان المخالف شاذاً لعبر بالمشهور و كذلك نسبته في المختلف إلى الأ-كثر. و في التحرير الأقوى أن المعاطاة غير لازمة ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على

المكاسب، ج ٢، ص ٨٦

عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملوكة و إنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً إذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع.

نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائر و بين قائل بعدم الملك رأساً فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل و كيف كان فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام ع من قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و إن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء كما تبين في الأصول. و بالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم- ما أحسنه و ما أمتن دليلاً إن لم ينعقد إجماع على خلافه في غاية الحسن و المتانة و الإجماع و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع إلا أن المظنون قويا تحققة على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التملك سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار بل يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة- التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي. نعم ربما يكتفون بالمصافقة فيقول البائع بارك الله لك أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية نعم يكتفون بالتعاطى في المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الأخبار كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطاة

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطاة

تارة على عدم إفادة المعاطاة بإباحة التصرف و أخرى على عدم إفادتها للزوم جمعا بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض وهو قوله ع:

إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام الكليني في باب بيع ما ليس عنده و الشيخ في باب النقد و النسيئة عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيج قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يجيئني و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا فقال أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام إلى آخر الخبر. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخرى مجردة عن قوله ع إنما يحلل إلى آخر كلامه كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه و نقول إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها الأول أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى أن تحريم شيء و تحليله لا- يكون إلا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. الثاني أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه كما في قولك هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ أعنى الصوت و يكون المراد أن المطلوب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام مثلا المقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعى أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسى أو أحللتها لك و بقولها متعت نفسى بكذا فما عدا الأخير موجب لتحريمه و الأخير محلل و على هذا المعنى ورد قوله ع: إنما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارة منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله ع: عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط ثلاثة للبذر و ثلاثة للبقر قال لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا وإنما يحرم الكلام. الثالث أن يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله و غير محله فيحل فى محله و يحرم فى غيره و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارة. الرابع أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و المواعدة- و من الكلام المحرم إيجاب البيع و إيقاعه ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول لأنه مع لزوم تخصيص الأ- أكثر حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم فى الشريعة فى اللفظ يوجب عدم ارتباط له فى الحكم المذكور فى الخبر. جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات آخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم أصلا فكيف يعلل به و كذا المعنى الثانى إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما فتعين الثالث و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التى يريد بها الرجل لأنه بيع ما ليس عنده و لا يحلل إلا عدمه إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعه و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية أن سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدما و وجودا و المعنى الرابع و هو أن المقاوله و المراضاة مع المشتري الثانى قبل اشتراء العين محلل للمعاملة و إيجاب البيع معه محرما لها و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل كما هو المقصود فى مسألة المعاطاة. 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 كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور كما يشعر به قوله ع في رواية أخرى- واردة في هذا الحكم أيضا و هي رواية يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع المكاسب، ج ٢، ص ٨٧

عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري و يشعر به أيضا رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يريد أن يبيع يبيعا فيقول أبيعك به ده دوازده أو ده يازده فقال لا بأس إنما هذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك في المقابلة التي قبل العقد و إنما يكره حين العقد و في صحيحة ابن سنان: لا- بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجه على نفسك ثم تبيعه منه بعده

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع

- بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِإِفَادَتِهَا الْإِبَاحَةَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا بَيْعٌ عَرَفِيٌّ لَمْ تَوَثِّرْ شَرْعًا إِلَّا الْإِبَاحَةَ فَنفى البيع عنها في كلامهم و معاهد إجماعاتهم هو نفى البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقا من أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التمليك و البيع و أما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعا عرفيا و لا شرعا و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم: إن الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطية غير ما ثبتت شرطية كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. و الحاصل أن المرجع على هذا عند الشك في شروطها هي أدلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع أم لا و أما على المختار من أن الكلام فيما إذا قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا أم لا كذلك أم تبنى على القول بإفادتها الملك و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة و جوه يشهد للأول كونها بيعا عرفيا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع و يؤيده أن محل النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط أم لا كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركا له في الحكم و لذا ادعى في الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و أنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شروط البيع. و يشهد للثاني أن البيع في النص و الفتوى ظاهر فيما حكم به باللزوم و ثبت له الخيار في قولهم:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه أما على القول بالإباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع و المتشعبة إذ لا- نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام فتحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل في نظرهم. و قد تقدم سابقا في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم البيعان بالخيار و قولهم إن الأصل في البيع اللزوم و الخيار إنما ثبت لدليل و إن البيع

بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل و وجه الثالث ما تقدم للثاني على القول بالإباحة من سلب البيع عنه و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ و إن لم يكن لازماً و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص فيحمل على العرفي و إن لم يفد عند الشارع إلا-الإباحة و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناء على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد و أما على القول بالإباحة فلأنها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر أنه يجوز أن يكون الثمن و المثلن في المعاطة مجهولين لأنها ليست عقداً و كذا جهالة الأجل و أنه لو اشترت أمة بالمعاطة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه في باب الصرف أيضاً أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطة النقدين. أقول حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم إفادتها للملك إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللاً بأن المعاطة ليست عقداً يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك حيث إن المفيد للملك منحصر في العقد و أن يكون باعتبار عدم اللزوم حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة- لأنها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلا الإباحة. و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي بل تقييدها بالبيع العقدي تقييداً بغير الغالب و لما عرفت من أن الأصل في المعاطة بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تأثيره شيئاً خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقى الباقي و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك بل معاوضة شرعية- كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال إن المعاطة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة انتهى و لو قلنا إن المقصود للمتعاظين بالإباحة لا الملك فلا يبعد أيضاً جريان

المكاسب، ج ٢، ص ٨٨

الربا لكونها معاوضة عرفاً فتأمل و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار و إن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمن المعاطة إلا- أن أثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجرى لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش فتجربى لعموم أدلتها و أما حكم الخيار بعدم اللزوم فسيأتى بعد ذكر الملزمات.

الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين

فالملك أو الإباحة في كل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا- الإباحة رأساً لأن كلا- منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو الإباحة إلا أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيد في الدروس جعله من المعاطة و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطة- لكن هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكها له بعوض أو مبيحا له به و أخذ الآخر له تملكها له بالعوض أو إباحة له بإزائه فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء و أخذه بيعاً للمثلن به فيحصل الإيجاب و القبول الفعلين بفعل واحد [في زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطة بيعاً مملوكاً واضحة إذ يدل

عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين. و أما على القول بالإباحة فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقي و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثلثن - من غير صدق إعطاء أصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات و نحوها و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجره في كوز صاحب الحمام مع غيبته فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضا في مسألة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله. ثم إنه لو قلنا إن اللفظ غير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الإيعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادلة شىء بشىء من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك و أما على القول بالإباحة فالاشكال المتقدم هنا أكد.

الأمر الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية

مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدرهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة واضح فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف و أما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثلثن في العوضيه فإذا أعطى الحنطه في مقام اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطه يساوى درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطه و إذا انعكس انعكس الصدق فيكون المدفوع بنيه البدليه عن الدرهم و الدنانير هو الثمن و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نيه قيام أحدهما مقام المثلثن في العوضيه أو لوحظت القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطه بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاوله تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا ففى كونه بيعا و شراء بالنسبه إلى كل منهما بناء على أن البيع لغه كما عرفت مبادله مال بمال و الشراء ترك شىء و أخذ غيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطه و أنه اشترى الحنطه فيحتمل لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطه. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري لانصرافهما في أدله تلك إلى من اختص بصفه البيع أو الشراء فلا تعم من كان في معامله واحده مصداقا لهما باعتبارين أو كونه بيعا بالنسبه إلى من يعطى أولا لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبه إلى الآخذ لكونه قابلا عرفا أو كونه معاطاة مصالحة لأنها بمعنى التسالم على شىء و لذا حملوا الروايه الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى على الصلح أو كونه معاوضه مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفه و جوه لا يخلو ثانيها عن قوة لصدق تعريف البائع لغه و عرفا على الدافع أولا دون الآخر و صدق المشتري على الآخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله

يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه أحدها أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر - و الآخر فى أخذه قابلا و ممتلكا بإزاء ما يدفعه فلا يكون فى دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقه المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعامله فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقومه بالعطاء من الطرفين و مثله فى هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعه و المؤجره و غيرها و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة فى الرهن و القرض و الهبه و ربما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل و لو لم يكن إعطاء و فى صحته تأمل ثانيها أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه فيكون تملك بإزاء تملك فالمقابل بين التملكين لا

الملكين و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاء و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة لكون كل من المالين خاليا عن العوض لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه فما لم يتحقق تملك من الثاني لم يتحقق تملكه إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض فلا يقدح تخلفه فالأولى أن يقال إنها مصالحة و تسالم على أمر معين أو المكاسب، ج ٢، ص ٨٩

معاوضة مستقلة. ثالثها أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض - فيقبل الآخر بأخذه إياه فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض و من الثاني بقبوله لها التملك كما لو صرح بقوله أبحث لك كذا بدرهم. رابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى فيكون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصورهما على نحو الداعي و على نحو العوضية و كيف كان فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما و منشأ الإشكال أولا الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول أبحث لك كل تصرف من دون أن يملكه العين و ثانيا الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تملك. فنقول أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنه لا يجوز - إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك فإن إذن المالك ليس مشرعا وإنما يمضى فيما يجوز شرعا فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه. نعم يصح ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود أحدهما أن يقصد المبيع بقوله أبحث لك أن تبيع مالي أن ينشئ توكيلا له لنفسك [إنشاء توكيل له في بيع ماله له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو في نقله أولا - إلى نفسه ثم يبيعه أو تملكها له بنفس هذه الإباحة فيكون إنشاء تملك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد أعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتملكه و إعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق أنا ما فيكون هذا يبيعا ضمينا لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع و لا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولا و لا في نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التملك بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو إجمالا في مسألة أعتق عبدك عنى و لذا عد العامة و الخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه فمثلوا للعقل بقوله تعالى و سَيَلِّ الْقَرْيَةَ و للشرع بهذا المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة. الثاني أن يدل دليل شرعى - على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة - فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع أنا ما يقع البيع في ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما لا يقبل غير العتق فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر أنا ما للجمع بين الأدلة و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة و إثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداه لقواعد أخرى مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالا - له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغته خاصة لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف. و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف في أنه لو دفع إلى غيره مالا و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به في مواضع من القواعد و علله في بعضها بأنه لا يعقل شراء شئ لنفسه بمال الغير و هو كذلك فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و إلا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطء الجارية مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات. و عرفت أيضا أن

الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا و طء الجارية مع أن مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة و دعوى أن الملك التقديرى هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص بل تكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديرى مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا فالإباحة و إن كانت مطلقة إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة. و من المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالين على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض فلا يشمله العموم في الناس مسلطون على أموالهم حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى أنا ما و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم- الناس مسلطون على أموالهم الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها نظير حكومة الدليل على عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه فلا- يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر. نعم لو كان هناك تعارض و تزام من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى أنا ما فتأمل. و أما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى في الدية بالنسبة إلى الميت- أو شراء العبد المعتق عليه- بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه. و بالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمنى المذكور أولا في أعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور

ثانيا في شراء من ينعق عليه

المكاسب، ج ٢، ص ٩٠

لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك و عدم حكومة الثانى على الأول و لا على التملك الضمنى المذكور ثالثا في بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق إلا الحكم ببطان الإذن في بيع ماله لغيره- سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك أو اشتر بمالى لنفسك أم أدخله في عموم قوله أبحث لك كل تصرف فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازما بناء على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفا على الإجازة بناء على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا و لكن الذى يظهر من جماعة- منهم قطب الدين و الشهيد رحمهما الله فى باب بيع الغاصب أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن و الإذن فى إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا و أنه يملك الثمن بدفعه إليه فليس للمالك إجازة هذا الشراء و يظهر أيضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له و طء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع.

و مقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل و سيأتى توضيحه فى مسألة البيع الفضولى إن شاء الله. و أما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض- سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصلة أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فى صدق التجارة عليها فضلا عن البيع إلا أن يكون نوعا من الصلح لمناسبة له لغته لأنه فى معنى التسالم على أمر بناء على أنه لا- يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار الدال على صحته بقول المتصالحين لك ما عندك و لى ما عندى و نحوه ما ورد فى مصالحة الزوجين و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على أموالهم و المؤمنون عند شروطهم و على تقدير الصحة فى لزومها مطلقا- لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف

المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع حيث إن ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه أقواها أولها ثم أوسطها. و أما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا في سابقه و الأقوى فيها أيضا الصحة و اللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه

اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد- على ما حكى عنه أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الإجارة و كذا في الهبة و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل يمنع من مطلق التصرف و هى ملاحظة و جبهة انتهى.

و فيه أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني- الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الأمر العمل المعين على المأمور به و لم نجد من صرح به في المعاطاة. و أما قوله لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل و لا سيما إذا لم يكن العمل تصرفا في عين من أموال المستأجر. و قوله لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد ممنوع لأن الظاهر ثبوت أجرة المثل لأنه لم يقصد التبرع و إنما قصد عوضا لم يسلم إليه. و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا- يدل على جريان المعاطاة فيها إلا- إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة فإن جماعة كالشيخ و الحلبي و العلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك لكن المحقق الثاني رحمه الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بهما مفيدة للإباحة المجردة و توقف الملك في الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك و مما ذكرنا يظهر المنع في قوله بل مطلق التصرف هذا و لكن الأظهر بناء على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الإجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا لتمليك فيهما. و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال في باب الرهن إن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكور في البيع آت هنا لكن استشكله في محكى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا و لعل وجه الإشكال عدم تأدى المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذى أجروها في البيع- لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف و الأول غير متصور هنا و أما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان و إن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ و كان هذا هو الذى دعا المحقق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشكال في الرهن. نعم من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا- يشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كخذه و الجملة الخبرية أمكن أن يكون بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم لإطلاق بعض أدلة الرهن و لم يبق هنا إجماع- على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع فتأمل. نعم يظهر الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله ثم إن الملزم فيما تجرى فيه من العقود الآخر هو الملزم في باب البيع كما سننبه به بعد هذا

الأمر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة

. اعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة و أما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم - لقاعدة تسلط الناس على أموالهم و أصالة سلطنة المالك

المكاسب، ج ٢، ص ٩١

الثابتة قبل المعاطاة و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به في بعض العباير أما على القول بالإباحة فواضح لأن تلفهما من مال المالك و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه- و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء. و أما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى- حتى يستصحب بعد التلف لأن هذا الجواز من عوارض العقد لا العوضين- فلا مانع من بقاءه- بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة هذا مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين أو تراد العينين يمنع من استصحابه فإن المتيقن تعلقه بالتراد إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت مزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما و منه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين- أو بعضها على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمساك أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها- و فيه أنها معارضة- بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته- و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله- بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان 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 هذا و لكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة مع أن ضمان التالف ببدله معلوم- إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي أعنى المثل أو القيمة أو البدل الجعلى أعنى العين الموجودة فلا أصل هذا مضافا إلى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي و هو المثل أو القيمة فتدبر. و لو كان أحد العوضين دينا في ذمة أحد المتعاطيين- فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه و الظاهر أنه في حكم التلف لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف- و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم. و لو نقلت العينان أو إحدهما بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك لامتناع التراد- و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. و لو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة و جهان أوجهما ذلك إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك- فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني فلا دليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول أو عائدا إليه بفسخ و كذا لو قلنا إن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها و لا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة- و قلنا إن التصرف في

مثله لا- يكشف عن سبق الملك إذ لا- عوض فيه حتى لا- يعقل كون العوض ما لا لأحد و انتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك المتهم فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكةا بهذا النحو من العود إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقلة. و لو أجاز المالك الثاني نفذت بغير إشكال و ينعكس الحكم إشكالا و وضوحا على القول بالإباحة و لكل منهما رد العين قبل إجازة الآخر- . و لو رجع الأول فأجاز الثاني فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغا الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و تلغو الإجازة و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا. 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 شريكا مع المال الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالإتلاف- جرى عليه حكم التلف. و لو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة- كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا- لزوم على القول بالإباحة و على القول بالملك ففي اللزوم و جهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد و منشأ الإشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة- نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداء أو في ضمن معاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة- و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا

المكاسب، ج ٢، ص ٩٢

الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجوز له التصرف فلو مات أحد المالكين لم يجوز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل لأن من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي و لا يجرى الاستصحاب. و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

السابع أن الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيرورة المعاطة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة

قال يحتمل الأول لأن المعاوضات محصورة و ليست إحداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل و يحتمل الثاني لإطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه- و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطة أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم إنها ليست بيعا و الثاني بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها اللهم إلا أن تجعل المعاطة جزء السبب و التلف تمامه و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على أنها ليست لازمة و إنما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيشبان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف انتهى. و الظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة في المعاطة و أما على القول بكونها مفيدة للملك المترزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعا مترزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المترزل بيع بلا إشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني فإذا لم صار بيعا لازما فتلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليبه ثبوته للبيع العقدي الذي مناه على اللزوم لو لا الخيار. و قد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه إلا- بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه و بعد التلف تترتب عليه أحكام البيع- عدا ما اختص دليبه بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر. و المحكى من حواشي الشهيد- أن المعاطة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة- و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن لا إشكال في تحقق المعاطة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل

و هو قبض العينين أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه أو لا- يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطة فالإنشاء القولي السابق كالعقد لا عبرة به و لا بوقوع القبض به خاليا عن قصد الإنشاء بل بانبا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرائط ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الأول تبعا لما استفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقود [على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتمدة في الصيغة] إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطة انتهى و في الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق أنها تفيد المعاطة مع الإفهام الصريح انتهى و ظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهره كصريح جماعة منهم المحقق و العلامة أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه هو الوجه الأخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين و إما ما يشتمل هذا و غيره كما هو الظاهر و كيف كان فالصورة الأولى داخله قطعا و لا يخفى أن الحكم فيها بالضمان مناف لجريان الحكم بالمعاطة و ربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين فيقال إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطة فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتب على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير إذن و أكلا- للمال بالباطل لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيبعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال بغير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل فالرضا المتقدم كالعقد فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا كلام في صحة المعاملة و رجعت إلى المعاطة كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجه اتفق سواء صحت المعاملة أم فسدت فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء. أقول المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحدا هو التمليك و من المعلوم أن هذا المقدار لا- يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك و الموجود بعده إن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطة حينئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المرضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما و منه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطة بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد ثم إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور مع أن كلام الجميع مطلق. يرد عليه أن هذا التراضي إن كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد فإن كان لا على وجه المعاطة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس

المكاسب، ج ٢، ص ٩٣

من المعاطة بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال و لا- يترتب عليه أثر المعاطة من اللزوم بتلف إحدى العينين أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع أو مع ثبوت أحدهما و إن كان على وجه المعاطة فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمال الآخر و ليس تراضيا جديدا بناء على أن المقصود بالمعاطة التمليك كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثاني فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ

العقود أن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة التراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة. و تفصيل الكلام أن المتعاملين بالعقد الفاقدة لبعض الشرائط إما أن يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما أو على أحدهما و إجبارا على العمل بمقتضى العقد فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما في كل قبض وقع على هذا الوجه لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقيديه مأخوذة في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع كما في نظائره. و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين كما أنه لا- إشكال في الجواز إذا أضرعا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيد فاسد و إما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء تملك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها لكان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف و أوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين الأول كفاية هذا الرضا المركز في النفس بل الرضا الشأني لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره و قد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركز في النفس. الثاني أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض بل و لا- بمطلق الفعل بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور و فيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد و كذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول و إنما يفيد الإباحة إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي. و من أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و أن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة و لذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين و السيرة موجودة في المقام فإن بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة

مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع

إشارة

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه عقد الإجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة أما مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب. ثم لو قلنا إن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و الظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه و أما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة و لعله لأنها أصرح في

الإشياء من الكتابة. و في بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس و إليه ذهب الحلبي رحمه الله هناك. ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ تارة يقع في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصرحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة و أخرى في هيئة كل من الإيجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضي و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالة أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة الرابع من شروط الصيغة التصريح فلا- يقع بالكناية بيع البتة مثل قوله أدخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه مني أو سلطتك عليه بكذا عملاً بأصالة بقاء الملك و لأن المخاطب لا يدرى بم خوطب انتهى. و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله أعطيتك بكذا أو تسلط عليه بكذا و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد. و المراد بالصرح كما يظهر من جماعة من الخاصة

المكاسب، ج ٢، ص ٩٤

و العامة في باب الطلاق و غيره ما كان موضوعاً بعنوان ذلك العقد لغه أو شرعاً و من الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد إرادة نفسه بالقرائن و هي على قسمين عندهم جلية و خفية. و الذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة و الفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق و في بعض أنواعه و في غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود فلا- فرق بين قوله بعث و ملكت و بين قوله نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا و هذا هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين. و حكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق حيث حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و أنه اختاره أيضاً و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل أسلمت إليك و عاوضتك. و حكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة رحمه الله في التحرير حيث قال إن الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل مثل بعثك أو ملكتك أو ما يقوم مقامهما و نحوه المحكى عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا بل قد يدعى أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه فتأمل. و قد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالاً بلفظ المسلم. و صرح جماعة أيضاً في بيع التولية بانعقاده بقوله وليتك العقد أو وليتك السلعة و التشريك في المبيع بلفظ شركتك. و عن المسالك في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمرة أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقييل مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع و أما في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله تصرف فيه أو انتفع به و عليك رد عوضه أو خذه بمثله و أسلفتك و غير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات مع أن القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الإجارة. و حكى عن جماعة في الرهن أن إيجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك. و عن الدروس تجويزه بقوله خذه أو أمسكه بمالك. و حكى عن غير واحد تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلك. و لقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد و تردد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة. و عن مجمع البرهان كما في غيره أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضياً و عن المشهور جوازها بلفظ ازرع.

و قد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرينة الدالة على إرادة الوقف مثل أن لا يباع و لا يورث مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما من الكنايات و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه. و مع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له و أنه لا- يجوز بالألفاظ المجازية خصوصاً مع تعميمها للقريبة و البعيدة كما تقدم عن بعض المحققين و لعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ

المجازية في العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ غير الموضوعه لذلك العقد جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة و هو جمع حسن و لعل الأولى أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء أ كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنته حال أو سبق مقال خارج عن العقد فإن الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال يدل على إرادة البيع جزما. و مما ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي اتكالا على القرينة الحالية المعينة و كذا المشترك المعنوي و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا يدري بم خوطب إذ ليس المراد أن المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاص فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب و إنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم. و المفروض على ما تقرر في مسألة المعاطاة أن النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به لكن هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية. ثم إنه ربما يدعى أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغته مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتي بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فعمل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا هي اشتمالها على العنوان المعبر به عن تلك المعاملة في كلام الشارع فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين

المكاسب، ج ٢، ص ٩٥

فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك و هكذا الكلام في العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع و الإجارة و نحوهما. فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العناوين الدائرة في لسان الشارع أو ما يرادفها لغه أو عرفا لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى. فعلى هذا فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع إذ لو وقع بإنشاء غيرها فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع لم تترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة و إن كان يقصد هذه العناوين دخل في الكناية التي عرفت أن تجوزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إليه يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه. و ما عن المسالك من أنه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغه و مراده بالمنقولة شرعا هي المأثورة في كلام الشارع. و عن كثر العرفان في باب النكاح أنه حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النص ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظا ثلاثة و عللها بورودها في القرآن. و لا يخفى أن تعليقه هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود أنها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغه من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره و أن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه هكذا. إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول

[الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع]

منها لفظ بعت في الإيجاب

و لا خلاف فيه فتوى و نصا و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حد تغنيه عن القرينة.

و منها لفظ شريت

[فلا إشكال في وقوع البيع به لوضعه له كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. و عن القاموس شراء يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتره فهما ضدان و عنه أيضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتره و 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 منها لفظ ملكت بالتشديد

و الأكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه حيث قال إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبت و ملكت و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادله العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة كما صرح به فخر الدين حيث قال إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى. و ما قيل من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر منه عند الإطلاق غيرها فيه أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع و إن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريد الملكية المجانية. و قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى و أما الإيجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد. أقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعت و ملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدا و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد فيتعين إرادة ما يراد فهما لغة أو عرفا فيشمل شريت و اشترت لكن الإشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه إلا- فيه بخلاف اشترت. و دفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجابا إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول و إما لغلبة ذلك غير صحيح لأن الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميزه عما عداه من العقود. و أما تميز إيجاب عقد معين عن قبوله الراجع إلى تمييز البائع عن المشتري فلا- يعتبر فيه الصراحة بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام أو غلبته أو نحوهما و فيه إشكال. و أما القبول فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشترت و ابتعت و تملك و ملكت مخففا. و أما بعت فلم ينقل إلا- من الجامع مع أن المحكى عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء و لعل الإشكال فيه كإشكال اشترت في الإيجاب. و اعلم أن المحكى عن نهاية الأحكام و المسالك أن الأصل في القبول قبلت و غيره بدل لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء و الابتداء بنحو

اشترت وابتعت ممكن و سياتى توضيح ذلك فى اشتراط تقديم الإيجاب. ثم إن فى انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها وجهين.

فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول

ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل إما بناء على جواز تقديم القبول و إما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الاشتراء على واحد منهما.

مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانى اعتبار العربية

فى العقد للتأسى كما فى جامع المقاصد لأن عدم صحته بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق أولى و فى الوجهين ما لا يخفى و أضعف منهما منع صدق العقد على غير العربى مع التمكن من العربى فالأقوى صحته بغير العربى. و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربى الأقوى ذلك بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب المكاسب، ج ٢، ص ٩٦

النقل و كذا اللحن فى الأعراب. و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصح الأول دون الثانى إلا مع العجز عن التعلم و التوكيل و لعله معنى صحيح فى الأول إلا البيع بخلاف التجويز فإن له معنى آخر فاستعماله فى الترويج غير جائز و منه يظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى. ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب و القبول كالثمن و المثلث أم تكفى عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب و القبول حتى لو قال بعتك أين كتاب را به ده درهم كفى و الأقوى هو الأول لأن غير العربى كالمعدوم فكأنه لم يذكر فى الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب فى القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثانى لكن الشهيد رحمه الله فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب. ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ بأن يكون فارقا بين معنى بعث و أبيع و أنا بائع أو يكفى مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لإنشاء البيع الظاهر هو الأول لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب فلا يقال إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إذا ميز بين معنى بعث و أبيع و أوجدت البيع و غيرها بل على هذا لا يكفى معرفة أن بعث مرادف لقوله فروختم حتى يعرف أن الميم فى الفارسية عوض عن تاء المتكلم فيميز بين بعثك و بعث بالضم و بعث بفتح التاء فلا ينبغى ترك الاحتياط و إن كان فى تعينه نظر و لذا نص بعض على عدمه

مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية

بل فى التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو اشتر منى و لعله لصراحته فى الإنشاء إذ المستقبل أشبه بالوعد و الأمر استدعاء لا إيجاب مع أن قصد الإنشاء بالمستقبل خلاف المتعارف. و عن القاضى فى الكامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود و ما دل فى بيع الآبق و اللبن فى الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع و فحوى ما دل عليه فى النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام فتأمل.

مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول

و به صرح في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة كما عن الإيضاح و جامع المقاصد و لعله الأصل بعد حمل آية و جوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع و التجارة في الكتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه و أنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه. و حكى عن غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلا- أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع خلافا للشيخ في المبسوط في باب النكاح و إن وافق الخلاف في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل زوجني فلانة جازر بلا خلاف قال أما البيع فإنه إذا قال بعينها فقال بعثكها صحح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا- يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و كيف كان فنسب القول الأول إلى المبسوط مستنده إلى كلامه في باب البيع و أما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق رحمه الله في الشرائع و العلامة في التحرير و الشهيدان في بعض كتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار مثل: خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله ص إلى أن قال فإذا قالت نعم فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها. و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها. و التحقيق أن القبول إما أن يكون بلفظ قبلت و رضيت و إما أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعني فيقول المخاطب بعثك و إما أن يكون بلفظ اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت فإن كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت في صدر المسألة بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت و هو المحكى عن نهاية الأحكام و كشف اللثام في باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه. و يدل عليه مضافا إلى ما ذكر و إلى كونه خلاف المتعارف من العقد أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب سواء تحقق قبل ذلك أم لا حيث إن الرضا لشيء لا يستلزم في تحققه في الماضي فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيه لأن المشتري ناقل كالبائع و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال فإن من رضى بمعاوضة ينشأها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقا فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله إلى غيره على وجه العوضيه. و من هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الإيجاب و تابع له و هو أن تبعية القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و إنما هو على سبيل الفرض و التنزيل بأن يجعل القابل نفسه متناولا- لما يلقى إليه من الموجب و الموجب متناولا- كما يقول السائل في مقام الإنشاء أنا راض بما تعطيني و قابل لما تمنحني فهو متناول قدم إنشاءه أو آخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت إن لم يرقم إجماع على خلافه انتهى. و وجه الفساد ما عرفت سابقا من أن الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال و ليس المراد أن أصل الرضا بشيء تابع لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد الرضا الذي يعد قبولا و ركنا في العقد. و مما ذكرنا

المكاسب، ج ٢، ص ٩٧

يظهر الوجه في المنع عن تقدم القبول بلفظ الأمر كما لو قال يعني هذا بدرهم فقال بعثك لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقلة نقل في الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى. و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه و أما فحوى جوازه في النكاح ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل بناء على منع دلالة رواية سهل - على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ص و يؤيده أنه

لولا ان يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة نعم فى الإيجاب ثم اعلم أن فى صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب فقال فى المبسوط إن قال بعينها بألف فقال بعنتك صح و الأقوى عندى أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت و اختار ذلك فى الخلاف و صرح به فى الغنية فقال و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو أن يقول بعينه بألف فيقول بعنتك فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت أو قبلت و صرح به أيضا فى السرائر و الوسيلة. و عن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفانى و حكى الإجماع عن ظاهر الغنية أيضا أو صريحها. و عن المسالك المشهور بل قيل إن هذا الحكم ظاهر كل من اشتراط الإيجاب و القبول و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع و نسبته إلينا مشعر بقريضة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا فقال إذا تعاقدنا فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح و كذا إذا تقدم الإيجاب على القبول فى البيع صح بلا خلاف و إما أن تأخر الإيجاب و سبق القبول فإن كان فى النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح و إن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي: قال الرجل زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الإيجاب و إن كان هذا فى البيع فقال بعينها فقال بعنتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى فى الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق و تمسك له فى النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج إلا أن المحقق مع تصريحه فى البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب. و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الإيجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته مع أنه تردد فى اعتبار تقديم القبول و كيف كان فقد عرفت أن الأقوى المنع فى البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ فى اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة فى الملك. و أما على ما قويناه سابقا فى مسألة المعاطاة من أن البيع العرفى موجب للملك و أن الأصل فى الملك اللزوم فاللزام الحكم باللزوم فى كل مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم و أما فى غير ذلك فالأصل اللزوم. و قد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح فى المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى فى الكامل أيضا فتأمل و إن كان التقديم بلفظ اشترت أو ابتعت أو تملكيت أو ملكت هذا بكذا فالأقوى جوازه لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا فى الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله فى الحقيقة كل منهما يخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه فى ملكه إلا أن الإدخال فى الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و فى القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس و حينئذ فليس فى حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه

عقيب الإيجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول أطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود فى الإيجاب المتأخر- لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا و البائع إنما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة. و قد صرح فى النهاية و المسالك على ما حكى بأن اشترت ليس قبولا حقيقة و إنما هو بدل و أن الأصل فى القبول قبلت لأن القبول فى الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشترت يجوز الابتداء به و مرادها أنه بنفسه لا- يكون قبولا- فلا ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان. فإن قلت إن الإجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله اشترت حتى يقع قبولا لأن إنشاء

مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر فيكون اشترت متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا- قبول فيه رأسا. قلت المسلم من الاجتماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و قبول الأثر فلا- فقد تبين من جميع ذلك أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع. فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشترت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر إطلاق

المكاسب، ج ٢، ص ٩٨

الشيخ في الخلاف حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشترت و كذا السيد في الغنية حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطة و بالاستيجاب و الإيجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد. و الحاصل أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمرى أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول و قد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الإيجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا أو ملكت و النكاح الذي يؤدي قبولها بلفظ نكحت و تزوجت و أما بالإنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتعت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب و قد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق فيجوز أن يقول رضيت برهنك هذا عندي فيقول رهنت. و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن لأن الإيجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و كذا القول في الهبة و القرض فإنه لا يحصل من إنشاء القول فيهما التزام بشيء- و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوهما قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض. و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين و كانت نسبتها إليهما على وجه سواء و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك كان إيجابا آخر- فيلزم تركيب العقد من إيجابين و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت. و قد عرفت أن قبلت و رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود على أقسام لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل كنقل مال عنه أو زوجية و إما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. و الأول على قسمين لأن الالتزام الحاصل من القابل إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايرا كالاقتراض. و الثاني أيضا على قسمين لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض و إما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالكال و العارية و شبههما فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين. ثم إن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا. و بعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري و إلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و

يملك مال غيره بإزاء ماله.

و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد. قال الشهيد في قواعد 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 الفورية في استتابة المرتد فيعتبر في الحال و قيل إلى ثلاثة أيام و منه السكوت في أثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله و منه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها و كذا التشهد و منه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع فإن تعمدوا أو نسوا 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 استؤنفت ليتوالى انتهى. أقول حاصله أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية و لذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفردا في الطول كسنة أو أزيد و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما و يجوز بين الكلمات الفصل بما لا- يجوز بين الحروف كما في الأذان و القراءة. و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا- يضره عدم صدق العقد و أما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه فالأصل منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص. و قد صرح في القواعد مكررا بكون الأصل في هذه القاعدة كذا و يحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن

المكاسب، ج ٢، ص ٩٩

حد الكذب إلى الصدق فصدقه يتوقف عليه فلذا كان طول الفصل هناك أقبح فصار أصلا في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا و نحو ذلك ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهها إن المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات. و أما مسألة الجمعة فلأن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقدح الإخلال بها و للتأمل في هذه الفروع و في صحة تفرعها على الأصل المذكور مجال ثم إن المعيار في الموالاة موكول إلى العرف كما في الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبي بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي زوجيها و الإيجاب قوله ص بعد فصل طويل زوجتها بما معك من القرآن و لعل هذا موهن آخر للرواية فافهم.

و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد

بأن لا يكون معلقا على شيء بأداء الشرط بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلبي و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم قدس الله أرواحهم. و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية و كذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة. و عن

تمهيد القواعد دعوى الإجماع عليه و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و إن لم يتعرض الأ-كثر في هذا المقام و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كل ما دل على الإذن حتى أن العلامة ادعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحة أن يقول الموكل أنت و كيلى في يوم الجمعة أن تبع عبدى و على صحه قوله أنت و كيلى و لا تبع عبدى إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع و بالجملة فلا شبهة في اتفاقهم على الحكم. و أما الكلام في وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة في التذكرة أنه مناف للجزم حال الإنشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق. قال الخامس من الشروط للجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و إن كان الشرط المشيئة- للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته- و هو أحد قولى الشافعى و أظهرهما عندهم الصحة لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده قال لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا إلا مع الجزم و الجزم ينافي التعليق انتهى. و مقتضى ذلك أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول كما صرح به المحقق في باب الطلاق. و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة إن كان لى فقد بعته أن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم أن الجزم ينافي التعليق لأنه بعرضه عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف كان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد ثم قال فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل- إن كان لى فقد بعته منك بكذا قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا نقول لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة إن كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه رحمه الله و علل العلامة في القواعد صحة إن كان لى فقد بعته بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع و لا فى وقوعه انتهى. و تفصيل الكلام أن المعلق عليه- إما أن يكون معلوم التحقق و إما إما يكون محتمل التحقق و على الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل و على التقادير فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشىء مما يصح تملكه شرعا أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد و غير الموقوف و نحوه و كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا و ممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً و إما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق إما مصرح به و إما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة و قوله فى القرض و الهبة خذ هذا بعوضه أو خذ به بلا عوض يوم الجمعة فإن التملك معلق على تحقق الجمعة فى الحال أو فى الاستقبال و لهذا احتمل العلامة فى النهاية و ولده فى الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد و إن كان منجزاً فى الصورة إلا- أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و الصيمرى. و

حكى أيضا عن المبسوط و الإيضاح فى مسألة ما لو قال إن كان لى فقد بعته بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح و لذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا و ما كان منها معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل فى معقد اتفاقهم على عدم الجواز و إن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجرى فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنه قال إذا قال الواقف إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق أيضا انتهى فإن ذيله يدل على أن مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير

مختص بالإمامية. نعم مماثلته للعتق مختصة بهم و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم و ما كانت صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة فظاهر إطلاق كلامهم يشمله إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة إن كان لى فقد بعته قولاً من بعض الناس بالصحة و أن الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك انتهى و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضاؤه له و حاصله أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالتزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالتزام بما يقتضى العقد إزمائه كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه و مقيداً به. و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفة المتكلم فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء و المعلق على شىء ليس معلقاً فى كلام المتكلم على شىء بل و لا منجزاً بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف فى عدم الظن بتحقيق الإجماع عليه مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قبح التعليق يدل على أن محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم. و يؤيد ذلك أن الشهيد فى قواعد جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البائع بعتك إن قبلت و يظهر منه ذلك أيضاً فى أواخر القواعد. ثم إنك قد عرفت أن العمدة فى المسألة هو الإجماع و ربما يتوهم أن الوجه فى اعتبار التنجيز - هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق و بطلانه واضح لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه إلا أن الكلام ليس فيه و إن كان الكلام فى أنه - كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك إن جاء زيد غداً و خذ المال قرضاً أو قرضاً إذا أخذته من فلان و نحو ذلك فلا ريب فى أنه أمر متصور واقع فى العرف و الشرع كثيراً كما فى الأوامر و المعاملات من العقود و الإيقاعات. و يتلو هذا الوجه فى الضعف ما قيل من أن ظاهر ما دل على سبب العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك. و فيه بعد الغرض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم فى مثل قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** - لأن دليل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم كاف فى إثبات ذلك أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** إلا مفاد أوفوا بالعهد فى أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه فى تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد. و الحاصل أنه إن أريد بالمسبب مدلول العقد - فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها - و إن أريد به الأثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزه بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعى الملك الغير المعلق و إن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً مع أن ما ذكره لا يجرى فى مثل قوله بعتك إن شئت أو إن قبلت فقال قبلت فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه مع أن هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا - موقوفاً مع أن ما ذكره لا يجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى و ليس الكلام فى خصوص البيع و ليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل على حدة. ثم الأضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس إلا العقد العارى عن التعليق إذ فيه أن إطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب

الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود كافية فى التوقف. و بالجملة فإثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها فى العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء. و أما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد و إن كان المنشئ متردداً فى ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً كمن ينشئ البيع و هو لا - يعلم أن المال له أو أن المبيع مما يتمول أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا أو غير ذلك مما تتوقف صحة العقد عليه عرفاً أو شرعاً بل الظاهر أنه لا يقدر اعتقاد عدم ترتب

الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التملك العرفي. وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد. نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشك فيها عند إنشاء الطلاق فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية و كذا الرقبة في العتق و حينئذ فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجز و إن كان في الواقع معلقا أو يوكل غير الجاهل بالحال بإيقاعه و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلا أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال و كذا الإيقاعات كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها أو ولي نائب الإمام ع قاضيا لا يعلم أهليته و إن ظهر أهلا. ثم قال و يخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا لأن الجزم هنا حاصل - لكن خصوصية البائع غير معلومة و إن قيل بالبطلان أمكن لعدم القصد إلى نقل ملكه و كذا لو زوج أمه أبيه فظهر ميتا انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بإمكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق فافهم. و قال في موضع آخر و لو طلق بحضور خنثين فظهر رجلين أمكن الصحة و كذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا و يشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح انتهى.

و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول

المكاسب، ج ٢، ص ١٠١

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص - من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإيجاب فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسى لم ينعقد و لو قال بعته هذا من موكلك فقال الموكل غير المخاطب قبلت صح و كذا لو قال بعتك فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل و لو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد. و كذا لو قال بعتك العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير و لو قال للاثنين بعتكما العبد بألف فقال أحدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع و لو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز - و نحوه لو قال البائع بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين و فيه إشكال. و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة و المعاقدة حينئذ. و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط تحققه لا ركن فإن حقيقة الوصية الإيضاء و كذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلك و إن كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأن المعبر فيه عرفا رضا كل منهما لما ينشأه الآخر حين إنشائه كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق أو قرض أو مرض موت. و الأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإيجاب السابق و كذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير فصحة كل من الإيجاب و القبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب و به يتم معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما أو قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد بل يكفي حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل كما لو فرضنا أنه لا- قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسية أردوها أخيرا و الأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربية و كصلاة المتيتم بالنسبة إلى واجد الماء أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلد فيها. و المسألة محررة في الأصول هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر كالصراحة و العربية و الماضوية و الترتيب. و أما الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفة صحة الإنشاء إلى آخر العقد فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن الإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفة صحة الإنشاء يفسده عبارة من يراها شروطا فإن الموجب إذا علق مثلا أو لم يبق على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول و كذا القابل إذا لم يقبل إلا- بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك فإنه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة فتأمل.

مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه - و كان مضمونا عليه

إشارة

أما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه - و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد

إشارة

فهو المعروف- . و ادعى الشيخ في باب الرهن و في موضع من البيع الإجماع عليه صريحا و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد و في السرائر أن البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان و في موضع آخر نسبه إلى أصحابنا و يدل عليه النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدى و الخدشة في دلالة بأن كلمته على ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان ضعيفة جدا فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه دين فإن لفظه على حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة- عينا كان أو دينا و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور. و يدل على الحكم المذكور أيضا- قوله ع: في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أنه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى- و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتلف لا- كالتلف فافهم. ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة- كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده- و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و هذه القاعدة أصلا و عكسا و إن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضمونا عليه- . و حاصله أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها. و ذكر أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أن صححة لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده و هذا يدل على العكس المذكور و لم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق أجره

المثل أم لا

[القول فى قاعدة الضمان]

إشارة

و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها.

[أما أصلها]

فتقول و من الله الاستعانة إن المراد بالعقد أعم من الجائر و اللازم بل مما كانت فيه شائبة الإيقاع

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٢

أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع و المراد بالضمان فى الجملتين - هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الأصلى فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه و أما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلا فلا- يقال إن الإنسان ضامن لأمواله ثم تداركه من ماله تارة يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضا و إمضاء الشارع كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح و أخرى بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه- و ثالثه بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعى و الجعلى كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى لأن هذا هو التدارك حقيقته و لذا لو اشترط ضمان العارية لزمت غرامته مثلها أو قيمتها. و لم يرد فى أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق- و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال أن يكون المراد بالضمان فى قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان فى العقد الصحيح ضعيف فى الغاية لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضى نظير المعاطاة على القول بالإباحة- بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و أن التدارك بالمسمى فى الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطأ على عوضيته لا لأن معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفساد حتى يوجب ذلك تفكيكا فى العبارة فافهم- . ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع- لتكون أفرادها مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان و إنما المقتضى له بعض أصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوضة أو الإبراء فالموجب للضمان هو المشتتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا و لا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا فلا يضمن بفاسده و كذا الكلام فى الهبة المعوضة و كذا عارية الذهب و الفضة. نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغى أن لا يضمن بفاسدها و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها. ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح فى الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة إشكال كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط فهل تضمن بهذا الفاسد لأن صحيحة يضمن به و لو لأجل الشرط أم لا و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العارية المضمونة. و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا تبعا لظاهر المسالك. و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة و ربما يحتمل فى العبارة أن يكون معناه أن كل شخص من

العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد. ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا- أجره كما اختاره الشهيدان- أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد. و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح فاسد لا ما يفرض تارة صحيحا و أخرى فاسدا فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع لأن البيع الصحيح يضمن به- . نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونه عليه- لا يجرى في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها ثم إن لفظه الباء في بصحيحه و بفاسته- إما بمعنى في بأن يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسته- . و إما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى أن دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتأمل و كذا الإجارة و النكاح و الخلع فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل

عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه. و أما العقد الفاسد فلا تكون علة تامة أبدا بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض فقبله لا ضمان فجعل الفاسد سببا إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان و إما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض و لذا علل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه. و لا- ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه و الغرض من ذلك كله دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسته. و قد ظهر من ذلك أيضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد إلى القبض فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع و نحوه ثم إن المدرك لهذه الكلية- على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان ثم أضاف إلى ذلك قوله ص: على اليد ما أخذت حتى تؤدي. و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل لأنهما إنما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعى تابع لدليله و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان. و هذا كله مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع- إذا تلف في يد المشتري- و كما إذا

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٣

قال بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا أجره. نعم قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم. و بالجملة فدليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طردا و عكسا و أما خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبرا إلا- أن مورده مختص بالأعيان فلا- يشمل المنافع و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة- اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم و أنه لا يحل إلا عن طيب نفسه و أن حرمة ماله كحرمة دمه و أنه لا يصلح ذهاب حق أحد مضافا إلى أدلة نفي الضرر فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيله لغرضه فلا بد من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر. ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه بيان أن العين و المنفعة- التين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا و تبرعا حتى لا- يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعة مجانا أو أمانة فليس دليل الإقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال. نعم في المسالك ذكر كلا من الأقدام و اليد دليلا مستقلا فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقض و الاعتراض. و يبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة حيث حكم

الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل خلافا لآخرين- و وجهه أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر- و لم يقع بأمره أيضا. فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه لأنه ليس كالمستوفى له و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل و تمام الكلام في بابه- ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد- بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض. و توهم أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض أن القابض جاهل- . مدفوع بإطلاق النص و الفتوى و ليس الجاهل مغرورا لأنه أقدم على الضمان قاصدا و تسليط الدافع العالم لا يجعله أمانة مالكية لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه لا أنه أمانة عنده أو عارية و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به و ستأتى تتمه ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكليّة المذكورة

و أما عكسها

و هو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحة ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمنا كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية غير المضمونة بل المضمونة بناء على أن المراد بإفادته الصحيح للضمان إفادته بنفسه- لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة- ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضماتها كما صرح به في القواعد و السرائر. و حكى عن التذكرة و إطلاق الباقي إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان و حكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب و الظاهر أن المحكى عنه- هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة. و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد حيث قال في باب الغصب إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان لأن التصرف فيها حرام لأنه غصب فيضمنه ثم قال إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك- فيقال إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا و الأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلاءه بغير حق و هو باطل انتهى. و لعل الحكم بالضمان في المسألة- إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد في الإجارة المنفعة فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد- و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان و أما في فاسدها فدفع الموجد للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيها و المفروض عدم الاستحقاق- فیده عليها يد عدوان موجبة للضمان و إما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد- و الأقوى عدم الضمان. فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد

منها الصيد الذي استعاره المحرم من المحل

بناء على فساد العارية فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أن صحيح العارية لا يضمن به و لذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديرى الصحة و الفساد إلا أن يقال إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين فوجب دفع القيمة ثابت قبل التلف- بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

و يشكل اطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا

بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد إلا أن يقال إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد- . و فيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح-

لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع و يمكن نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة- و التحرير من كونه مضمونا على المشتري خلافا للشهيدين و المحقق الثاني و بعض آخر تبعا للعلامة في القواعد مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان ثم إن مبنى هذه القضية السالبة- على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولوية و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده. و توضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان و المفروض عدمه و إلا لضمن بصحيحه و إما من حكم الشارع بالضمان المكاسب، ج ٢، ص ١٠٤

بواسطة هذه المعاملة الفاسدة و المفروض أنها لا تؤثر شيئا. و وجه الأولوية أن الصحيح إذا كان مفيدا للضمان- أمكن أن يقال إن الضمان من مقتضيات الصحيح- فلا يجرى في الفاسد لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريره من أنه أقدم على ضمان خاص- و الشارع لم يمهضه فيرفع أصل الضمان لكن يخذشها أنه يجوز أن تكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان- بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطا لهما على العين فلا أولوية. فإن قلت إن الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان إلا- أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان- خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقي الباقي.

قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هي عموم ما دل على أن من لم يضمه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض- أو سلطه على الانتفاع به أو استأمنه منه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه- أو العمل فيه بلا أجره أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أما في غير التملك بلا عوض أعني الهبة بالدليل المخصص لقاعدة الضمان- عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتهمه-. و أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان فإن استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له- اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمه بعوض واقعي أعني المثل أو القيمة و لا جعلي فليس عليه ضمان.

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالفاسد- وجوب رده فورا إلى المالك

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه- على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد أن مئونة الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم إلا به و إطلاقه يشمل ما لو كان في رده مئونة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر. و يدل عليه أن الإمساك آنا ما تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه و لو نوقش في كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده. و أما توهم أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه إياه عوضا- فإذا انتفت صفة العوضي باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا و المفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك و كونه مالا للمالك و أمانه في يده أيضا مما لم يؤذن فيه و لو أذن له فهو استيداع جديد كما أنه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة هذا و لكن الذي يظهر من المبسوط عدم الإثم في إمساكه معللا بأنه قبضه بإذنه مالكة و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب و هو ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

الثالث أنه لو كان للعين المتباعدة منفعة - استوفاه المشتري قبل الرد

كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم. ويدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة و لذا يجعل ثمننا في البيع و صداقا في النكاح خلافا للوسيلة فنفي الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل. و تفسيره أن من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه له فالباء للسببية أو المقابلة- فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقريب البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجانا كان اللانزاع من ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد- كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضا. و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائدة بإزاء الغرامة و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كونه منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري و نحوه في الرهن و غيره. و فيه أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه و إنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له و ربما ينتقض ما ذكرناه- في معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث إنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة و إنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك فتأمل. و الحاصل أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله إلا عن طيب النفس و ربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة- من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن بل عوض كلما انتفع. و فيه أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير و أضعف من ذلك رده بصحيحة أبي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاه ردا على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغضب سقط كراها كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهت الصحيحة و ما قبلها ردا عليه هذا كله في المنفعة المستوفاه و أما المنفعة الفاتئة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة- و لعله لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده و لذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمننا و كذا الدار المجعول سكنها ثمننا مضافا إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه في يد غير مالكة مدة طويلة من غير أجره مناف للاحترام لكن يشكل الحكم- بعد تسليم كون المنافع أموالا حقيقة بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان إلا أن يندرج في عموم على اليد ما أخذت و لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ و دعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة. و أما احترام

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٥

مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه و إتلافه بلا عوض- و إنما يتحقق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافا إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له و من المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمنا للمشتري للمنفعة لأنها له مجانا و لا يتقسط الثمن عليها و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف فلا- ينافي القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف مضافا إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقة المبيعة الساكتة عن ضمان غيرها في مقام البيان: و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه فقال ع: الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها و سكت عن المنافع الفاتئة فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع- يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. و الإنصاف أن للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعا للدروس و

التنقيح مجالا وربما يظهر من القواعد فى باب الغضب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الإشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهر السيد العميد و المحقق الثانى من عبارة الكتاب. و عن الفخر حمل الإشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء فتحصل من ذلك كله أن الأقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاه خمسه الأول الضمان و كأنه للأكثر. الثانى عدم الضمان كما عن الإيضاح. الثالث الضمان إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع. الرابع التوقف فى هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس التوقف مطلقا كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين. و قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف إلا- أن المحكى عن التذكرة ما لفظه أن منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غضب عبدا أو جارية أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدة فى يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. و لا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة فتشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصا مع غلبته و لا- سيما مع جهل البائع به و أظهر منه ما فى السرائر فى آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا فى ارتفاع الإثم عن إمساكه انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة و إن كان المترادى من ظاهر صحيحه أبى و لاد- اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاه من البعل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة إلا أنا لم نجد بذلك عاملا فى المغصوب الذى هو موردها.

الرابع - إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف

إلا- ما يحكى عن ظاهر الإسكافى. و قد اختلفت كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى فالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم قدس الله أرواحهم بل المشهور على ما حكى- أنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار و لذا قيل فى توضيحه- إن المقدار منه إذا كان يساوى قيمة فنصفه يساوى تلك القيمة. و من هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من النقدين قيما قال إذ لو انفصل نقصت قيمته قلت و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذ لو انكسر نصفين نقصت قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع إلا أن يقال إن الدرهم مثلى بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح و لذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة و لا الدقاقة مثلا للأرز. و من هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلى بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف- فلا يرد ما قيل من أنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعروف إذ ما من مثلى إلا و أجزاءه مختلفة فى القيمة كالحنطة فإن فقيزا من حنطة يساوى عشرة و من أخرى يساوى عشرين و إن أريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الأرض انتهى. و قد لوح هذا المورد فى آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل للأجزاء و متساويا فى القيمة لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية فى القيمة فإذا كان المضمون بعضا من صنف فالواجب دفع مساوية من هذا الصنف لا القيمة و لا بعض من صنف آخر. لكن الإنصاف أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه و إطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيدا إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها كما التزمه بعضهم. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضا عن التالف- أو القرض و هذا أبعد- هذا مضافا إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا بأنه إن أريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فإنه قل ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع لأن أشخاص ذلك الصنف لا- تكاد تتساوى فى القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كما لا يخفى و إن أريد تقارب

أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم تتساو حقيقة تحقق ذلك في أكثر القيميات فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة وبهذا الاعتبار يصح السلم فيها ولذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله. وقد عد الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع أن كل نوع منهما مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفا ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلي

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٦

بالمثلي و القيمي بالقيمة ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص. فعن التحرير أنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته و عن الدروس و الروضة البهية أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن المسالك و الكفاية أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غاية المراد ما تساوت أجزاءه في الحقيقة النوعية و عن بعض العامة أنه ما قدر بالكيل أو الوزن. و عن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلما. و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة. ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية و لا متشعبة و ليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثل لغة المماثل فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس و إن أريد من بعضها فغير مطرد و ليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين - و حينئذ فينبغي أن يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل للإجماع. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات - و ظاهر غيره كونهما مثليين و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فإن ظواهر عبارة المبسوط و الغنية و السرائر كونهما قيمة. و عبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ في المبسوط بكون الرطب و العنب قيميين و التمر و الزبيب مثليين و قال في محكي المختلف إن في الفرق إشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين. و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد أن الثوب مثلي و المشهور خلافه و أيضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة و الشعير و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف - و ما المعيار في الصنف و كذا التمر و الحاصل أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة - فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة و لا - يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك مضافا إلى عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر و الأقوى تخيير المالك من أول الأمر لأصالة الاشتغال و التمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع. نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعنى تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع و بين تعيين القيمة كذلك فلا - متيقن في البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح - فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل هذا و لكن يمكن أن يقال - إن القاعدة المستفاد من إطلاقات الضمان - في المغصوبات و الأمانات المفروطة فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات ثم بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما - لأنهما أقرب من حيث المالية - لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص المشهور فيه على ذكر المضمون به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها الضمان فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان. و قد استدلل في المبسوط و الخلاف على ضمان المثلي بالمثل و القيمي

بالقيمة بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلى و القيمة في غيره و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل و ربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به و فيه نظر. نعم الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليها- بالقول المشهور لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية- و هذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيمات سواء وجد المثل فيها أم لا أما مع وجود المثل فيها كما لو أتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات فإن مقتضى العرف و الآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به- و كذا لو أتلف عليه عبدا و له في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى كما يشهد به ملاحظ كلماتهم فى بيع عبد من عبيدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان فى الدروس و المسالك إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمة لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين لا من جهة ضمان القيمي بالمثل و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلا- لها من جميع الجهات. و أما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر كما لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلى و لا يقولون به و أيضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية- مع أن المشهور كما يظهر من بعض إزماءه به و إن قوى خلافه بعض بل ربما احتمل جواز دفع المثل و لو سقط المثل عن القيمة بالكلي و إن كان الحق خلافه- فبين أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين- و لا يضمن به عند المشهور كما فى المثاليين المتقدمين. و قد يعكس الحكم كما فى المثال الثالث و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثلة ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا ففى موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و عموم الآية بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوم المراد بين الأقل و الأكثر

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٧

لا- يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك. فحاصل الكلام أن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التى يختلف فيها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد فى أن الثابت فى ذمة من اقترض دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هى الدراهم الأولى و ما أجمع على كونه قيميا يضمن بالقيمة بناء على ما سيجىء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله- أو كان مثله فى ذمة الضامن و ما شك فى كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمته المدفوع و التالف و مع الاختلاف الحق بالقيمي فتأمل.

الخامس ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

فى وجوب الشراء تردد انتهى. أقول كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل- بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر أنه لا إشكال فى وجوب الشراء و لا خلاف كما صرح به فى الخلاف حيث قال إذا غصب ماله مثل الحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف فى يده يشتره بأى ثمن كان بلا- خلاف و فى المبسوط يشتره بأى ثمن كان إجماعا انتهى. و وجه 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 بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية كالماء على الشاطئ و الثلج فى الشتاء و إما إن كانت لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بإزائه ضررا عرفا. فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن فى الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل و إنما زاد

على ثمن التالف يوم التلف فحينئذ يمكن التردد في الصورة الثانية كما قيل من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدى و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر و لكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء و فاقا للتحريم كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى ثم إنه لا فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا- و فاقا لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد. و في السرائر أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة و أما مع تعذره فسيأتى حكمه في المسألة السادسة.

السادس لو تعذر المثل في المثلى

إشارة

السادس لو تعذر المثل في المثلى

فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك لأن منع المالك ظلم- و إزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجبت القيمة جمعا بين الحقين مضافا إلى قوله تعالى فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَإِنِ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى و أما مع عدم مطالبه المالك فلا دليل على إزامه بقبول القيمة لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبه المالك و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة و حق الضامن لعدم تكليفه بالتعذر و المعسور أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل. و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة و الإيضاح حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه أن المثل لا يسقط بالإعواز ألا ترى أن المغضوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة و إنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها انتهى. لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل و لعلهم يريدون صورة المطالبة و إلا فلا دليل على الإطلاق و يؤيد ما ذكرنا- أن المحكى عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع فليأمل و كيف كان فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول إن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته هو يوم الدفع لأن المثلى ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان و لا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني و قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدل عليه- و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلى في البيع الفاسد و التحرير في باب القرض و المحكى عن المسالك لأنه وقت الانتقال إلى القيمة و يضعفه أنه إن أريد بالانتقال- انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت فلا دليل عليه و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذر مع المطالبة إلا أنه لو أخر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط و إسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان و ليس في الزمان الثاني مكلفا بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول هذا و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقا من الآيه و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف قيما بمجرد تعذر المثل إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات- و بين طوره بعد التمكن كما في ما نحن فيه. و دعوى اختصاص الآيه و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم- ثم إن في المسألة احتمالات آخر- ذكر أكثرها في القواعد و قوى بعضها في الإيضاح و بعضها بعض الشافعية و حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها أنه إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذي اخترناه- تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض و

ذكره في القواعد خامس الاحتمالات و إما أن نقول بصيرورته قيما عند الإعواز فإذا صار كذلك فإما أن نقول إن المثل المستقر في الذمة قيما فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجبت قيمته و إما أن نقول إن المغصوب انقلب قيما بعد أن كان مثليا. فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد و التحرير في باب القرض لأنه يوم تلف القيمي و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما المكاسب، ج ٢، ص ١٠٨

هو القول الآخر في القيمي كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه أول أزمنه وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه و هذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأ-كثر و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات. و إن قلنا إن التالف انقلب قيما احتمال الاعتبار بيوم الغصب كما في القيمي المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد. و إن قلنا إن المشترك بين العين و المثل صار قيما جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان إما للعين و إما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل- و وجهه في محكي التذكرة و الإيضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز قالوا لا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه- فالمصير إلى القيمة عند تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. و حاصله أن وجوب دفع قيمة المثلي يعتبر من زمن وجوبها أو وجوب مبدلها أعنى العين فيجب أعلى القيم منهما فافهم. إذا عرفت هذا فاعلم أن المناسب لإطلاق كلامهم- لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفرغ الذمة و أما بناء على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما في القيمي أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيما و هو حال الإعواز فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمنه صيرورة التالف قيما لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلبي رحمه الله. و لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف- كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائها المتدارك لارتفاع القيم كذلك يشترط تعذر المثل في المثلي إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوية- و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها كرد عينها في إلغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز و هو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل. و إن قلنا إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة و هو المحكى عن الإيضاح و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل. ثم اعلم أن العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات أنه لو تلف المثلي و المثل موجود ثم أعوز ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد وجود المثل في بعض أزمنه التلف لا ما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات و يمكن أن يחדش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداء كما لا يشترط في استقراره استدامة على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض. و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطرء التعذر و إلا- لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر إلا- أن يقال إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن و إن لم يكن

مشروطا به عقلا فلا تعم صورة العجز. نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميا- و قد يقال على المحقق المذكور إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة و لا- أظن أحدا يلتزمه و فيه تأمل. ثم إن المحكى عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل أن لا يوجد في البلد و ما حوله و زاد في المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في الانقطاع المسلم فيه- . و عن جامع المقاصد الرجوع فيه إلى العرف و يمكن أن يقال- إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم في الذمة و وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت و لو كانت في تحصيلها مئونة كثيرة و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد- كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه. نعم ورد في بعض أخبار السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه- على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري. و من المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقع على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه ثم إن في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا من حيث إن العبرة بفرض وجوده و لو في غاية العزّة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٩

هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة. فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كانت قيمة المثل هناك أزيد و أما مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفا لها في بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف و جوه. و فصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب بأنه إن لم يكن في نقله مئونة فإن كالتقدين فله المطالبة بالمثل سواء أ كانت القيمتان مختلفتين أم لا- و إن كان في نقله مئونة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا لأنه لا ضرر عليه في ذلك و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد ثم قال إن الكلام في القرض كالقرض في الغصب و حكى نحو هذا عن القاضي أيضا فتدبر. و يمكن أن يقال إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف- . بقى الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا تلفه في مفازة و الجمد في الشتاء إذا أطفاه في الصيف أم لا الأقوى بل المتعين هو الأول بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب و غيرهم. و المصرح به في محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل في تلك المفازة و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية.

فرع - لو دفع القيمة في المثلى المتعذر مثله ثم تمكن من المثل

فالظاهر عدم عود المثل في ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله- و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة لأن المثل كان دينا في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز و أما على

القول بسقوطه و انقلابه قيما. فإن قلنا بأن المغصوب انقلب قيما عند تعذر مثله- فأولى بالسقوط لأن المدفوع نفس ما فى الذمة. و إن قلنا إن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيما احتمل وجوب المثل عند وجوده لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل و سيأتى أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السابع - لو كان التالف المبيع فاسدا قيما

إشارة

فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة و تدل عليه الأخبار المتفرقة فى كثير من القيميات فلا حاجة إلى التمسك بصحيحة أبى ولاد الآتية فى ضمان البغل و لا بقوله ع: من أعتق شقصا من عبد قوم عليه بل الأخبار كثيرة بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان فى القيميات هو ذلك بحسب المتعارف إلا أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة فى خصوص بعض القيميات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة تعذر المثل كما هو الغالب- فالمرجع فى وجوب القيمة فى القيمي و إن فرض تيسر المثل له كما فى من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه و كما لو أتلف عليه ذراعا من مائه ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت فى أجزائه أصلا هو الإجماع كما يستظهر. و على تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل خصوصا مع الاستدلال عليه كما فى الخلاف و غيره بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ بِنَاء عَلَى أَنَّ الْقِيَمَةَ مِمَّا تَلَفَ فِي الْمَالِيَةِ فَإِنْ ظَاهَرَ ذَلِكَ جَعَلَهَا- من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى. و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض فإن أرادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل فتكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالا فى مسألة تعين القيمة متفرعا على هذا القول فترده إطلاقات الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة منها صحيحة أبى ولاد الآتية. و منها رواية العبد. و منها ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. و منها غير ذلك من الأخبار الكثيرة. و إن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء و نفي الضرر لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه و لو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمن المثل فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً فى المسألة ثم إنهم اختلفوا فى تعين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد. فالمحكى فى غاية المراد عن الشيخين و أتباعهما تعين قيمة يوم التلف و عن الدروس و الروضة نسبه إلى الأ-كثر. و الوجه فيه على ما نبه عليه جماعة منهم العلامة فى التحرير أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف إذ الواجب قبله هو رد العين و ربما يورد عليه- أن يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة أما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا و يدفع بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهده و معنى ذلك وجوب تداركه ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف- و تداركه ببذله على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه. و مما ذكرنا ظهر أن الأصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف فإن خرج المغصوب من ذلك مثلا فبدليل خارج. نعم لو تم ما تقدم عن الحلّى فى هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون المبيع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا- فى ارتفاع الإثم ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل بل يمكن أن يقال إذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبى ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف لما ذكرنا من أن معنى التدارك الالتزام بقيمته يوم وجوب التدارك. نعم لو فرضت دلالة الصحيحة على وجوب

أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها

ليلحق به البيع الفاسد إما لما ادعاه الحلي- وإما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات. وكون العبرة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد

المكاسب، ج ٢، ص ١١٠

و حيث إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا- و إن كان الغرض متعلقا ببعضها. فروى الشيخ في الصحيح عن ابن محبوب عن أبي ولاد قال: اكرت بعلغا إلى قصر بني هبيرة- ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لي فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه نحو النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني و بينه و رجعت إلى الكوفة و كان ذهابي و مجيء خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و أرضيه فبدلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعت سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال أريد كرى بغلي فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال إني ما أرى لك حقا لأنه اكرته إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكرى فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكرى قال فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع فرحمت مما أفتى به أبو حنيفة و أعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله ع بما أفتى به أبو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاتهما [قال فقلت لأبي عبد الله ع فما ترى أنت جعلت فداك قال ع أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل [و مثل كرى البغل ذاهبا من النيل إلى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لأنك غاصب فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني- قال نعم قيمة بعل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو إما يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك قلت إني أعطيته دراهم و رضى بها و حللني قال إنما رضى فأحلكت حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفتيتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك إلخ و محل الاستشهاد فيها فقرتان الأولى قوله نعم قيمة بعل يوم خالفته إلى ما بعد فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه- ثانيا معنى قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة لا لأن ذا القيمة بعل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل و القيمة إنما هي قيمة المثل و إما بجعل اليوم قيما للاختصاص- الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل و أما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم القائم مقام قوله ع يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بعل فبعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بعل يوم خالفته. و قد أطب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي و لا التفاهم العرفي. الثانية قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرت كذا و كذا فإن إثبات قيمة يوم الاكترت من حيث هو يوم الاكترت لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناء على أنه يوم الاكترت لأن الظاهر من صدر الرواية- أنه خالف المالك بمجرد خروجه من

الكوفة و من المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. و أما قوله ع في جواب السؤال عن إصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة إذ لا عبرة

في أرش العيب بيوم الرد إجماعا- لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و يحتمل أن يكون قيما للعيب. و المراد العيب الموجود في يوم الرد لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو مضمون دون العيب القليل الحادث أولا 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 أيضا فتعين تعلقه بقوله ع عليك-. و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب- الذي هو يوم تلف وصف الصحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوزات و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا أيضا على ذلك. نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما و يكون السر في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة.

و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء فإن فيه إشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة إلا أن يقال إن الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس- و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينه كاليمين- في مقابل قول السائل و من يعرف ذلك فتأمل. و يؤيده أيضا قوله ع فيما بعد في جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال أنت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت له لزمه أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا فيلزمك

المكاسب، ج ٢، ص ١١١

فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك- مع كونه مخالفا للأصل ثم لا وجه لقبول بيته لأن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه. و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدق فيه من دون محاكمة و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف- فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا و لا شك حينئذ أن القول قول المالك و يكون سماع البينة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا- مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف و فتكون الرواية قد تكلفت لحكم صورتين من صور تنازعهما. و يبقى بعض الصور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة و لعل حكمها أعنى حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية و أما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له فادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة و لا يخفى بعده و أبعد منه حمل النص على التعبد و جعل الحكم مخصوصا في الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى من كون البينة على المدعى و اليمين على من أنكر كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة و الغصب- و أضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب. نعم استدلو على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته و فيه أن ضمانها في تلك

الحال إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه مسلم إذ تداركه لا يكون إلا بذلك لكن المفروض أنها لم تتلف فيه و إن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا و إن تنزلت بعد ذلك فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و إن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل عدا ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك و فيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر. نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صارت مالتها مقومة بتلك القيمة فكما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت إذ لا- فرق مع عدم التمكن منها بين إن تلفت أو تبقى نعم لو ردت فتتدارك تلك المالية بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و إنما هو مقوم لمالية المال و به تمايز الأموال كثرة و قلة. و الحاصل أن للعين في كل زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن- و إن تلفت استقرت عليا تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى- نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة حيث إنه يضمن الأعلى منها- و لأجل ذلك استدل العلامة في التحرير- للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان إزالة يد المالك. و نقول في توضيحه إن كل زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته- ففي زمان أزيلت من مقدار درهم و في آخر عن درهمين و في ثالث عن ثلاثة فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها فتأمل. و استدل في السرائر و غيرها على هذا القول- بأصالة الاشتغال ذمته بحق المالك و لا- تحصل البراءة إلا بالأعلى و قد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة حيث إن الشك في التكليف بالزائد. نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد ثم إنه حكى عن المفيد و القاضي و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري و لم يعلم له وجه و لعلمهم يريدون به يوم القبض لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم ثم إنه

لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال إلا أنه تردد فيه في 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 ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة و أما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محل الضمان بعشرة و في مكان التلف بعشرين و في مكان المطالبة بثلاثين فالظاهر اعتبار محل التلف لأن مالية الشيء تختلف بحسب الأماكن و تداركه بحسب ماليته ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف- إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس و أما إذا كان حاصلا من زيادة في العين فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة و إنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه- النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليها و إن لم تهلك كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبققت لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة. و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه- أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها أو لو كانت قصيرة وجوه-. ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين- لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغسوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن تبلغ الساحل. و يؤيده أن فيه جمعا بين

المكاسب، ج ٢، ص ١١٢

الحقين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبته الخروج عن عهده عند تعذر نفسه نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبته القيمة للمثل المتعذر في المثلى. نعم لو

كان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة أشكل الحكم- ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف- بل لو كان ممكنا بحيث يجب عليه السعى في مقدماته لم تسقط القيمة زمان السعى لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر- و هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين فتأمل و لعل المراد به التعذر في الحال و إن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمه ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلى زوال العذر كما صرح به الشيخ في المبسوط. و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم و كما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا-خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين. و لعل الوجه فيه أن التدارك لا- يتحقق إلا- بذلك- و لو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة و إن لم يدخل في ملكه نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين- . و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله و على أي حال فلا تنتقل العين إلى الضامن فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له. و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان قال الأول في محكي جامع إن هنا إشكالا فإنه كيف تجب القيمة و يملكها الآخذ و تبقى العين على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه انتهى و قال الثاني إن هذا لا يخلو عن إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح- و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزا و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف كان وجهها في المسألة انتهى و استحسنته في محكي الكفاية

[الكلام في بدل الحيلولة]

أقول الذي ينبغي أن يقال هنا إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن و لازم ذلك إقامه مقابلها من ماله مقامها- ليصدق ذهابها من كيسه ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا و جب قيام مقابلها من ماله مقامها في الملكية و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنها و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية- و جب قيام مقابلها مقامها في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابل و تداركا للسلطنة الفائتة- فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة- . نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليه و جب تملكه للمبذول تحقيقا لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة و على أي تقدير فلا- ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكها- إنما الكلام في البدل المبذول و لا كلام أيضا في وجوب الحكم بالإباحة- و بالسلطنة المطلقة عليها و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف و قد تقدم في المعاطاة بيان ذلك ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقيق ملكية البدل- أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكها إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا- أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ- لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم و لذا استظهر غير واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذي وطئه يملكه لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه في بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالية هذا كله مع انقطاع السلطنة مع بقائها على مقدار ماليتها السابقة أما لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية- . فمقتضى قاعدة الضمان و وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك به لأن القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم لا عوض عن العين نفسها

كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب فإن بقاءها على ملك مالكةا لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات به فىقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك و لو ببذل القيمة. قال فى القواعد فىما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب ثم يضم الغاصب النقص و لو لم تبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى و عطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد قوله و لا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين انتهى و عن المسالك فى هذه المسألة أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق فىجمع بين العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزاع بل قال يمكن أن لا يجوز و تتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف- و حينئذ يمكن جواز الصلاة فى هذا الثوب المخيط إذ لا غضب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح- بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح انتهى. و استجوده بعض المعاصرين- ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه لصيرورته معوضاً شرعاً و فيه أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء و أدلة الضمان قد عرفت أن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٣

محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء أ كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيتها و لا يخفى أن العين على التقدير الأول- خارجة عن الملكية عرفاً. و على الثانى السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين و هذا معنى بدل الحيلولة. و على الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية كيف و لم تتلف هى و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية- بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال- بل لو استلزم ردها ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه فتأمل. و لعل ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتتبع القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء الداخلة فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلاحظ و حينئذ فلا- ينافى ما تقدم سابقاً من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته ثم إن هنا قسماً رابعاً و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمراً. فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة و لعله من استصحاب وجوب ردها و من أن الموضوع فى المستصحب ملك المالك إذ لم يجب إلا رده و لم يكن المالك إلا أولى به إلا أن يقال إن الموضوع فى الاستصحاب عرفى و لذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى و يؤيده أنه لو عادت خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها فلا يضم ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أم للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة و لا يضم منافعها فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع و قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. و فى موضع من جامع المقاصد أنه موضع توقف- و فى موضع آخر رجح الوجوب-. ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف فى كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأنه مع التلف تتعين القيمة- و لذا ليس له الامتناع من أخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و تبقى العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغضب على الخلاف. و الحاصل أن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة فى عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذر و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهراً فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى. ثم إنه لا إشكال

فى أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا و جب ردها على مالکها كما صرح به فى جامع المقاصد فورا و إن كان فى إحضارها مئونة كما كان قبل التعذر لعموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى و دفع البدل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى أنه لو تلفت لم تكن عليه قيمتها بعد ذلك- و استلزم ذلك على ما اخترناه من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعدر العقلى فلا يجوز استصحابه- بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه المغيى فى قوله ص:

على اليد ما أخذت المغيى بقوله: حتى تؤدى و هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمنا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم أو أنها باقية على ملك مالك العين و تكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر فى ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث فى العين إلا حكم تكليفى بوجوب رده. و أما الضمان و عهده جديده فلا وجهان أظهرهما الثانى لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمنا جديدا و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال فى زوال ملكية المالك للغرامة. و توهم أن المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فى زمن التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف فى الغاية بل كان بدلا عن أصل السلطنة يعود بعودها فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه- أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز و لا يجب رد نمائه المنفصل و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولا إذ ما لم تتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل. نعم للمالك مطالبة عين ماله- لعموم: الناس مسلطون على أموالهم و ليس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة- حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك و لذا لا تباح لغيره بمجرد بذل الغرامة. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد. و عن السرائر الجزم بأن له ذلك- و لعله لأن القيمة عوض إما عن العين و إما عن السلطنة عليها و على أى تقدير فيتحقق التراد و حينئذ فلكل من صاحبه العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر-. و فيه أن العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة فالمالك مسلط عليها- و المعوض للغرامة هى السلطنة الفائتة التى هى فى معرض العود بالتراد اللهم إلا- أن يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هى السلطنة الفائتة و الأقوى الأول- ثم لو قلنا

المكاسب، ج ٢، ص ١١٤

بجواز الحبس- لو حبسها فتلفت العين محبوسة فالظاهر أنه لا يجرى عليه حكم المغصوب لأنه حبسها بحق نعم يضمنها لأنه قبضها لمصلحة نفسه و الظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل فى كل مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. و ذكر العلامة فى القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأولى و الظاهر أن مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونها محبوسة بغير عدوان لا خصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لا- تخلو عن اضطراب ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور فى كلماتهم فى باب الغصب و لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها فى حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا إذ ليس فى الغصب خصوصية زائدة. نعم ربما يفرق من جهة نص فى المغصوب مخالف لقاعدة الضمان كما احتمل فى الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحبة أبى ولاد أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثانى دعوى دلالة الصحبة عليه و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحا. و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقى منه أحكام آخر أكثر مما ذكرنا- و لعل بعضها يجيء فى بيع الفضولى إن شاء الله تعالى

الكلام فى شروط المتعاقدين

[من جملة شرائط المتعاقدين البلوغ]

مسألة المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبى

إشارة

بل عن الغنية الإجماع عليه و إن أجاز الولى. و فى كنز العرفان نسبه عدم صحة عقد الصبى إلى أصحابنا و ظاهرها إرادة التعميم لصورة إذن الولى. و عن التذكرة أن الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع سواء أ كان مميزاً أم لا فى جميع التصرفات إلا ما استثني كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه فى الدخول على خلاف فى ذلك انتهى. و استثناء إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله لأن الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية و إنما هو فى الأول آله فى إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و إرسالها و الثانى كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول و هو رضا المالك.

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

و احتج على الحكم فى الغنية بقوله ص: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ و قد سبقه فى ذلك الشيخ فى المبسوط فى مسألة الإقرار و قال إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم و نحوه الحلوى فى السرائر فى مسألة عدم جواز وصية البالغ عشراً و تبعهم فى الاستدلال به جماعة كالعلامة و غيره.

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبى]

إشارة

و استدلو أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر: إن الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و جاز أمرها فى الشراء و الغلام لا يجوز أمره فى البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة إلى آخر الحديث.

و فى رواية ابن سنان: متى يجوز أمر اليتيم قال حتى يبلغ أشده قال ما أشده قال احتلامه و فى معناها روايات آخر

[المناقشة فى دلالة هذه الروايات]

لكن الإنصاف أن جواز الأمر فى هذه الروايات ظاهر فى استقلاله فى التصرف لأن الجواز مرادف للمضى فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة كما يقال بيع الفضولى غير ماض بل موقوف. و يشهد له الاستثناء فى بعض تلك الأخبار بقوله إلا أن يكون سفيهاً فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته و أنه إذا ساوم وليه متاعه و عين له قيمته و أمر الصبى لمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر

كان باطلا و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

[المناقشة في دلالة حديث رفع القلم]

و أما حديث رفع القلم ففيه أولا أن الظاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي. و ثانيا أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته كما تكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف. و ثالثا لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ - موضوعا للأحكام المجعولة في حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. و بالجملة فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين

[ترديد بعضهم في الصحة و تصريح آخرين بها]

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة و إلا فالمسألة محل إشكال و لذا تردد المحقق في الشرائع في إجازة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية و استشكل فيها في القواعد و التحرير. و قال في القواعد و في صحة بيع المميز بإذن الولي نظر بل عن الفخر في شرحه أن الأقوى الصحة مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده حيث قال و هل يصح بيع المميز و شراؤه الوجه عندي أنه لا يصح. و اختار في السرائر صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده. و ذكر المحقق الثاني أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي و أقواله شرعية أم لا ثم حكم بأنها غير شرعية و أن الأصح بطلان العقد. و عن المختلف أنه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاما يدل على صحة بيع الصبي و بالجملة فالمسألة لا تخلو عن إشكال و إن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه

[الحجة في المسألة هي الشهرة و الإجماع المحكى]

إشارة

فالإنصاف أن الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة و الإجماع المحكى عن التذكرة بناء على أن استثناء الإحرام الذي لا يجوز إلا بإذن الولي شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة لا نفى الاستقلال في التصرف و كذا إجماع الغنية - بناء على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال إن الإجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي و يؤيد الإجماعين ما تقدم عن كثر العرفان.

[المناقشة في تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم خصوصا المحقق الثاني الذي

المكاسب، ج ٢، ص ١١٥

بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الإجماع و كيف كان فالعمل على المشهور

[ما يستأنس به للبطان الأخبار المستفيضة]

ويمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبي و خطؤه واحد كما في صحيحه ابن مسلم و غيرها و الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنایات إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنایات و لذا تمسك بها الشيخ في المبسوط و الحلى في السرائر على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام التي يختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي و لا على الولي لأن عمدته خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطي و إيقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم و هو ما عن قرب الإسناد بسند أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي ع أنه كان يقول: المجنون المعتوه الذي لا يفقه و الصبي الذي لم يبلغ عمدته خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم إلى آخر الحديث فإن ذكر رفع القلم في الذيل ليس له وجه ارتباط إلا أن يكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة أو أن يكون معلولا لقوله عمدته خطأ يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما و لا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية أعني عدم مؤاخذه الصبي و المجنون بمقتضى جنایة العمد و هو القصاص و لا بمقتضى شبه العمد و هي الدية في مالهما لا- يستقيم إلا- بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا من حيث العقوبة الأخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية. و على هذا فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولي فلا أثر لهما في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي فليس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة إذن الولي و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا- يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال لأنه ليس مبني على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف فافهم و اغتنم. ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير.

[رأى المؤلف في المسألة و دليله]

و الحاصل أن مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكي في البيع و غيره من العقود و الأخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها إلى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود أصالة و وكالة و القبض و الإقباض و كل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

[كلام العلامة في عدم صحة تصرفات الصبي]

قال في التذكرة و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك في الهبة و إن اتهب له الولي و لا لغيره و إن إذن الموهوب له بالقبض و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حتى إلى الصبي فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبي لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه و بقي الدين لأنه في الذمة و لا يتعين إلا بقبض صحيح كما لو قال ارم حتى في البحر فرمى مقدار حقه بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر لأنه امتثل أمره في حقه المعين و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي إذ ليس له تضييعها بإذن الولي. و قال أيضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد لينقده أو متاعا إلى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده إلى الصبي بل على وليه إن كان فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برأ من ضمانه إن كان المال للولي و إن كان للصبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر فإنه يلزمه ضمانه و إذا تباع الصبيان و تقابضا و أتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما و إلا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين و يأتي في باب الحجر تمام الكلام و لو فتح الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]**إشارة**

ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة لما عرفت من عموم النص و الفتوى حتى أن العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فأرسله ردها بعدم الثبوت و عدم الحجية و توجيهه بما يخرجها عن محل الكلام

[تفصيل المحدث الكاشاني بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة و المناقشة فيه]

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرص انتهى. فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيمة ثم إن أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة فالظاهر كونه مخالفا للإجماع. و أما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله ع قال: و نهى النبي ص عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه إن لم يجد سرق فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أو وقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي لكن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٦

يستحب للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات و كيف كان فالقول المذكور في غاية الضعف. نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك و فيه إشكال من جهة قوة

احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة و يؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم و لا بينهم و بين المجانين و لا بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلا و بين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الألية مع أن هذا مما لا ينبغي الشك في فسادها خصوصا الأخير مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكون إلى من بلغ ست سنين شراء باقه بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس و إلى من بلغ ثمانى سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكون إليه أمور التجارة في الأسواق و البلدان و لا يفرقون بينه و بين من أكمل خمس عشر سنة و لا يكون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب و لا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل و كيف كان فالظاهر أن هذا القول أيضا مخالف لما يظهر منهم. و قد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه مع كونه غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا.

إدعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذونا و المناقشة فيه

و قال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة و وكالة ما لفظه نعم ثبت الإباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رءوس الأَشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا في المحقرات ثم قال و لو قيل بتملك لأخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى. أما التصرف و المعاملة بإذن الأولياء سواء أ كان على وجه البيع أم المعاطاة فهو الذى قد عرفت أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة لأنها تصرف لا محالة و إن لم تكن بيعا و لا معاوضة و إن أراد بذلك أن إذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم في إذن الولي في أعاره الصبي. فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته و هو أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوزات و كان الغالب في الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة و الاختلاف الذى يتسامح به في العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار و في إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه و قد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف. و بالجملة فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ و الإعطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك و كثيرا ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذى يد أصلا مع شهادة الحال بذلك كما في دخول الحمام و وضع الأجره عوض الماء التالف في الصندوق و كما في أخذ الخضراوات الموضوعه للبيع و شرب ماء السقاءين و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لهما و غير ذلك من الأمور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوزات من أنواع التصرفات فالتحقيق أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافيا له و لا يعتمد على ذلك أيضا في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا انتهى. و حاصله أن مناط الإباحة و مدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين أو بشخص منزل منزلة شخصين بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح و نحوها ففرضا على التصرف بإخبار صبي أو غيره من الأمارات كالكتابة و نحوها كان هذا معاطاة أيضا و لذا يكون وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدي

بالتصرف بل التملك كافيًا في إباحة الهدية بل في تملكها. وفيه أن ذلك حسن إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحة أو تملك و أنه يكتفى فيها بمجرد الرضا. و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي مدفوعة بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها و به يفرق بين ما نحن فيه. و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تملك كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير و أما دخول الحمام و شرب الماء و وضع الأجره و القيمة فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحة و ساطة الصبي بما يكتفى فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكتفى فيه. و الحاصل أن دفع الصبي و قبضه بحكم العدم فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتفق فلا تضر فيه مباشرة الصبي لمقدمات الوصول ثم إن ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان أو غيره. و أما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً من صيرورة الشخص موجبا و قابلاً ففيه أولاً أن تولى وظيفة الغائب و هو من أذن للصغير إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه و إن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن

موضوع الفضولي مشكل بل ممنوع. و ثانياً أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عن من أذن للصبي

المكاسب، ج ٢، ص ١١٧

ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الألية بالصبي و لا بالأشياء الحقيرة بل هو جار في المجنون و السكران بل البهائم و في الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آله فلا فرق في الألية بينه و بين غيره. نعم من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصبي لأنه المتيقن من موردها كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به

إشارة

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به

- و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و لا إشكال فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط أو إلى المعنى كما في الهازل لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق إرادته به و إن أوجد مدلوله بالإشياء كما في الأمر الصورى فهو شبيه الكذب في الأخبار أو قصد معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الأخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطا فلا يقع البيع لعدم القصد إليه و لا المقصود إذا اشترطت فيه عبارة خاصة ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولى و المكروه كما صرح به في المسالك حيث قال إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و فيه أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولى و أما معنى ما في المسالك فسيأتى في اشتراط الاختيار.

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين

إشارة

و اعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل أو الانتقال

بالنسبة إليهما أم لا. و ذكر أن في المسألة أوجها و أقوالا و أن المسألة في غاية الإشكال و أنه قد اضطرت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه ثم قال و تحقيق المسألة أنه إن توقف تعين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع التلفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد أو الوكيل عنهما و الولي عليهما في البيوع المتعددة فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره و أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما فإذا عين جهة خاصة تعينت و إن أطلق فإن كانت هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام أو التعيين بعد العقد و إلا وقع لاغيا و هذا جار في سائر العقود من النكاح و غيره. و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء تلفظ بذلك أم نواه و إن أبهم مع قصد الغير بطل و لا- يتوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال و إن لم يتوقف تعين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لملكهما. ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح أوجه أقواها الأخير و أوسطها الوسط و أشبهها للأصول الأول و في حكم التعيين ما إذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلا و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير- وقع عنه و لغا قصد كونه عن الغير و لو باع مال زيد عن عمرو فإن كان و كيلا عن زيد صح عنه و إلا وقف على إجازته و لو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد فإن لم يكن و كيلا عن زيد وقع له و تعلق المال بذمته لا عن زيد ليقف على إجازته و إن كان و كيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما و لما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة. و عن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغوا كما في المعين و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولا و لم يجز فأجاز عمرو و لم يصح عن أحدهما. و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول انتهى كلامه.

[المناقشة فيما أفاده صاحب المقاسب]

أقول مقتضى المعاوضة و المبادلة- دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر و إلا لم يكن كل منهما عوضا و بدلا و على هذا فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك فإن من الأعراض ما يكون متشخصا بنفسه في الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمم لأن ملكية الكلي لا- تكون إلا- مضافة إلى ذمة و إجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المررد بين شخصين فصاعدا غير معهود. فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة. فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء في العوض المعين أم في الكلي و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه لا- لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال بعث عبدا بألف ثم قال قبلت فلا يصير العبد قابلا للبيع و لا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين

فيقول بعث عبداً من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقاً لمفهوم العوضية و البدلية فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما أو إليهما العوضان و إذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد فإن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٨

جعل [من العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض فقال ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه و في وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتي. - و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه أبداً. نعم لو ملكه فأجاز قيل بوقوعه له لكن لا- من حيث إيقاعه أولاً- لنفسه فإن القائل به لا يفرق حيثئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه إلا أن يقال إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينته على عدم إرادته من البيع المبادل الحقيقية- أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع- كما سيأتي أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه و حيثئذ يحكم بطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. و من هنا ذكر العلامة و غيره في عكس المثال المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلب الطعام و قال اشتر به لنفسك طعاماً هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة- و لغوية القصد المذكور لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير لا جعله أحد ركني المعاوضة و أما حكمهم بطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لا- أن المخاطب إذا قال بعته لنفسى أو اشتريته لنفسى لم يقع لمالكة إذا أجازها و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك

[هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع]

ثم إن ما ذكرناه كله حكم و جوب تعيين كل من البائع و المشتري من يبيع له و من يشتري له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب و تعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع و الإجازات فيحتمل يراد من ضمير المخاطب في قوله ملكتك كذا أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلا إذا علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية و الأقوى هو الأول عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية و تبعية العقود للقصد و على فرض القول الثاني فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا- يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في التذكرة لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيرة إلا أنه مبنى على ما ذكرناه من مراعاة ظاهر الكلام. و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما فلا بد من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد و لأن معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع و المشتري يطلق على المالك و وكيله و معنى قولها زوجتك نفسى رضاها بكونه زوجاً و الزوج لا يطلق على الوكيل انتهى. و يرد على الوجه الأول من وجهي الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجهاً لوجوب التعيين في النكاح لا لعدم وجوبه في البيع مع أن الظاهر أن ما ذكرناه من الوقف و إخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي فلا بد من وجه مطرد

فى الكل. و على الوجه الثانى أن معنى بعتك فى لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين و غيره هو ملكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكا و من المعلوم أن المالك لا يصدق على الولى و الوكيل و الفضولى. فالأولى فى الفرق ما ذكرناه من أن الغالب فى البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا- من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشترى فى دعوى كونه غير أصيل فتأمل بخلاف النكاح و ما أشبهه فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد بل ربما يستشكل فى صحته أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصل كما لو قال زوجته مريدا له باعتبار كونه و كيلا عن الزوج و كذا قوله وفتت عليك و أوصيت لك و و كلتك و لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها فلا يقال للوكيل الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له و لا الموكل بخلاف البائع و المستأجر فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقا و اعترضنا عليه.

مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار

[المراد من الاختيار]

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار فى مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى إلاً أن تكون تجارة عن تراضٍ وقوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه وقوله ص فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين: رفع أو وضع عن أمتى تسعة أشياء أو ستها و منها ما أكرهوا عليه. و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذه إلا- أن استشهاد الإمام ع به فى رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشىء. ففى صحیحة البنظى عن أبى الحسن ع: فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك فقال ع لا- قال رسول الله ص وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا. و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا إلا أن مجرد استشهاد الإمام ع فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى هذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله بل يظهر

المكاسب، ج ٢، ص ١١٩

ذلك من بعض كلمات العلامة و ليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم كيف و الهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصدا سوريا. و الخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعانى.

[المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج و أن الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج لا أن كلامه الإنشائى مجرد عن المدلول كيف و هو معلول الكلام الإنشائى إذا كان مستعملا غير مهملا و هذا الذى ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل فى معنى الإكراه لغة و عرفا و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه التى لا تستقيم مع ما

توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد. و حكمهم بعدم وجوب التورية- في التفصي عن الإكراه و صحة بيعه بعد الرضا و استدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره و أنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله إلى غير ذلك. و في أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهها لا ينبغي أن يحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبرا و لا إنشاء و غير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به لا عدم إرادة المعنى من الكلام و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أن المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. نعم ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك. قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد انتهى. و بعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرناه من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبني و عدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور و لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به

[حقيقة الإكراه لغة و عرفا]

ثم إن حقيقة الإكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتراجه بتوعد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفسا أو عرضا أو مالا فظهر من ذلك أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكره عليه كيف و الأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق المكره عليه فإن من أكره على دفع مال و توقف على بيع بعض أمواله فالبيع الواقع منه لبعض أمواله و إن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرضت حرمة عليه لحلف أو شبهه ليس مكرها.

[المعيار في صدق الإكراه]

فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه و لا يعتمد إليه عن رضا و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضرر إلا- أن هذا المقدار لا- يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشق تحمله. و الحاصل أن الفاعل و إن يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل في فعله و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا تطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان

[هل يعتبر عدم إمكان التفصي عن الضرر بما لا ضرر فيه]

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة أم لا- الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأذن حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه و معاقد الإجماعات و الشهرة المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]

هذا وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضا في صدق الإكراه مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله ع قال: لا-يمين في غضب ولا في قطيعه رحم ولا في جبر ولا في إكراه قلت أصلحك الله و ما الفرق بين الجبر والإكراه قال الجبر من السلطان ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب وليس ذلك بشيء.

و يؤيده أنه لو خرج عن الإكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لأن المناط حينئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوقع به في فعل المكروه عليه فلا-فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الإكراه كما ترى لكن الإنصاف أن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك و مع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه بل على تركه و ترك التفصي معا يدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكروه عليه و التفصي فهو مختار في كل منهما و لا يصدر كل منهما إلا باختياره فلا إكراه و ليس التفصي من الضرر أحد فردى المكروه عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما كما لو أكرهه على أحد الأمرين حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه لا بدل له و لذا لا تجرى عليه أحكام المكروه عليه إجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا و ما ذكرناه و إن كان جاريا في التورية إلا أن الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التورية مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا: في قصة عمار و أبويه حيث أكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا و أظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باشيا إلى رسول الله ص فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٠

بِالإِيمَانِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص إِنْ عَادُوا عَلَيْكَ فَعَدْ وَ لَمْ يَنْبِهِ عَلَى التَّوْبَةِ فَإِنَّ التَّوْبَةَ فِي الْمَقَامِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا إِلَّا أَنَّهُ لَا شَكَّ فِي رَجْحَانِهِ خُصُوصًا مِنَ النَّبِيِّ ص بِاعْتِبَارِ شَفَقَتِهِ عَلَى عِمَارٍ وَ عِلْمِهِ بِكَرَاهَتِهِ تَكَلَّمَ عِمَارٌ بِالْفَاظِ الْكُفْرِ مِنْ دُونِ تَوْبَتِهِ كَمَا لَا يَخْفَى

[الفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها]

هذا و لكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني لأن الأصحاب وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكروه بالفتح أنه لو امتنع مما أكره عليه لوقع فيما توعد عليه و معلوم أن المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية و لا يصدق مع التمكّن من التفصي بغيرها لأن المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه. و الحاصل أن التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتورية لا مع التمكّن بغيرها فافهم

[عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات]

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوغ للمحرمات و مناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه.

و أما الإكراه الراجع لأثر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة و قد يتحقق مع إمكان التفصي مثلا من كان

قاعدًا في مكان خاص خال عن الغير متفرغًا لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه على بيع شيء مما عنده و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شر المكروه فالظاهر صدق الإكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه و يكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل و لو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل و قد تقدم الفرق بين الجبر و الإكراه في رواية ابن سنان.

[المراد من الإكراه الرفع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور و الرفع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر في تلك الرواية أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة فالمعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة و الإلجاء و إن كانت هي المتبادر من لفظه الإكراه و لذا يحمل الإكراه في حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا- من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى تَجَارَةً عَنْ تَرَاوٍ. و لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم اعتبار الإرادة في صحة الطلاق و خصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق مداراة مع عياله.

[الفرق بين الإكراه في الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]

فقد تلخص مما ذكرنا أن الإكراه الرفع لأثر الحكم التكليفي أخص من الرفع لأثر الحكم الوضعي. و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس

[لو أكره الشخص على أحد الأمرين]

و من هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرمين لا بعينه فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم لأن المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل أحدهما أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه. فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه و يرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكره عليه باعتبار جنسه أم لا- بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه و إن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكروه بطلاق إحداها مبهمه لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية و إن كان الأقوى وفاقا لكل من تعرض للمسألة تحقق الإكراه لغة و عرفا مع أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا إذ الموجود في الخارج دائما إحدى خصوصيات المكروه عليه إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و إن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى أن وجوده الخارجي ناش عن إكراه و اختيار و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل و يستحقه باعتبار الخصوصية. و تظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك مثلا لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه و إن كان مكرها في أصل الشرب و كذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد فإنه لا يرتفع أثر الصحيح لأنه مختار فيه و إن كان

مكرها في جنس البيع لكنه لا- يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه و من هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراها لأن القدر المشترك بين الحق و غيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا و إلا لوقع الإيفاء أيضا باطلا فإن اختار البيع صحيح لأن الخصوصية غير مكره عليها و المكره عليه و هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر و لو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق كان إكراها لأنه لا يفعل البيع إلا فرارا من بدله أو وعيده المضرين كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضمر الدينوى بوعيده

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفاية و إيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد كما تقدم و قد يتعلق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله فإن العاقد قاصد مختار و المالك مجبور و هو داخل في عقد الفضولى بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه و قد ينعكس كما لو قال بع مالى أو طلق زوجتى و إلا قتلتك و الأقوى هنا الصحة لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقدا و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا. و احتمال في المسالك عدم الصحة نظرا إلى

المكاسب، ج ٢، ص ١٢١

أن الإكراه يسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها ثم قال و الفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد- فإن كان الأمر قاصدا لم يقدح إكراه المأمور انتهى و هو حسن و قال أيضا لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان أيضا من تحقق الاختيار في الموكل المالك و من سلب عبارة المباشر انتهى. و ربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الإكراه و فيه ما سيجيء من أنه إنما يرفع حكما ثابتا على المكره لو لا الإكراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لو لا الإكراه. و مما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذى هو أمر مستمر و هو النقل و الانتقال و أما التللفظ بالكلام الذى صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب. نعم ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور بأن القصد إلى المعنى و لو على وجه الإكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد و لا يعرف إلا من قبل العاقد فإذا كان مختارا أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها اللهم إلا أن يقال إن الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغيا أو موريا و لو كان مكرها مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضا فتأمل.

فروع

[الإكراه على بيع عبد من عبيدين]

و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة إشكال. أقول أما بيع العبيدين فإن كان

تدریجا فالظاهر وقوع الأول مكرها دون الثاني - مع احتمال الرجوع إليه في التعيين سواء ادعى العكس أم لا و لو باعهما دفعة احتملت صحة الجميع لأنه خلاف المكره عليه و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرها عليه و لا ترجيح و الأول أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو أكره على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه و أما مسألة النصف فإن باع النصف بعد الإكراه على الكل بقصد أن يبيع النصف الآخر امتثالا - للمكره بناء على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه مكرها عليه و إن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا إكراها لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

إشارة

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى - . و نحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النية لا حكم لها. و حكى عن سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً - و استدل عليه بعموم ما دل من النص و الإجماع على بطلان عقد المكره و الإكراه متحقق هنا إذ المفروض أنه لولاه لما فعله ثم قال و المسألة محل إشكال انتهى و عن بعض الأجلة أنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ و له تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه و إنما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و إن لم يردده المكره أم لا انتهى. ثم إن بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك و بناء على أن المكره لا قصد له أصلا فردته بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه و فيه ما عرفت سابقا من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ و ليس هذا مرادا من قولهم إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ و لذا شرك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك كما عرفت سابقا فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكره ضعيف جدا و كذا ما تقدم عن بعض الأجلة من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختيارا صح لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفظن لها إذ لا فرق بين التلخيص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغيا و قد عرفت أن ظاهر الأدلة و الأخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التورية.

[أقسام الإكراه على الطلاق و أحكامها]

و توضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصدا إليه راضيا به إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلا بأن يوقع الطلاق قصدا إليه عن طيب النفس بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به و لا يخفى بدهائه وقوع الطلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه فلا معنى لجعله في التحرير أقرب و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك و جعله قولاً - في نهاية المرام و استشكله فيه لعموم النص و الإجماع. و كذا لا - ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلا في داعي الوقوع بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل و إن كان الداعي هو الإكراه فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده طلق زوجتك و إلا قتلتك أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره

بالكسر أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لثلا يقع الناس في محرم و الحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال. و إن كان الفعل لداعى التخلص من الضرر فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق و حصول البينونة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا و هذا كثيرا ما يتفق للعوام. و قد يكون هذا التوطن و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فإذا أكره على الطلاق فقد طلق قاصدا لوقوعه لأن القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا فى وقوع البينونة يستلزم القصد إلى وقوعها فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه و هذا أيضا كثيرا ما يتفق للعوام و الحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب

[عقد المكره لو تعقبه الرضا]

[الاستدلال على الصحة]

ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم لأنه عقد حقيقى فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع و هو طيب النفس. و دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٢

و أضعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد- اللزوم منه عدم كون عقد الفضولى عقدا حقيقه و أضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده اللزوم منه عدم صحه بيع المكره بحق و كون إكراهه على العقد تعديا لا لتأثير فيه و يؤيده فحوى صحه عقد الفضولى حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشئ للنقل بكلامه. و إمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه و ليس إنشاء مستأنفا مع أنه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقد و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقى. و توهم أن عقد الفضولى واجد لما هو مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشؤه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا فى صدق العقدية إذ يكفى فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه و لا فى النقل و الانتقال لعدم مدخلة غير المالك فيه. نعم لو صح ما ذكر سابقا من توهم أن المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلا و أنه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض صح أنه لا يجدى تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع

[ما استدل به على البطلان و المناقشة فيه]

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمّل فى المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثانى فى جامع المقاصد و إن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى إلاً أن تكون تجارة عن تراص الدال على اعتبار كون العقد عن التراضى مضافا إلى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيدا بالنقض بالهازل مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا و الكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إما بمفهوم الحصر و إما بمفهوم الوصف و لا حصر كما لا يخفى لأن الاستثناء منقطع و غير مفرغ. و مفهوم الوصف على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما فى رَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه و سيجىء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى البيع الفضولى. و أما حديث الرفع ففيه أولا أن المرفوع فيه هى المؤاخذه و الأحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره و إلزامه بشيء و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن

يرضى بذلك و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكروه أو يفسخ و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكروه كما تقدم و أما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه لا- من أحكام الفعل المتحقق على وجه الإكراه ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلا و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكروها عليه كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه العلة التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه و بعبارة أخرى أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث و المدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك و هذا غير مرتفع بالإكراه لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكروه و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه فيرجع إلى أصله الفساد. و بعبارة أخرى أن أدلة صحة البيع تدل على سببته المستقلة فإذا قيدت بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم المكروه بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببته المستقلة كان دليل الإكراه حاكما عليه مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الإطلاقات المقيدة للسببته المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الإكراه له. و أما المرضي به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف و هو أصل البيع قبل الرضا و لا نقول بتأثيره بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره و وجوب الوفاء به. فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام و هذا لا يرتفع بالإكراه لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض [إلا أن يقال إن أدلة الإكراه كما ترفع السببته المستقلة] التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكروه عليه لأن التأثير الناقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا- أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا و كيف كان فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة الثقيلة هو الثاني كما سيجيء في مسألة الفضولي و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. و فيه أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل إلا أن إنشاءه لما كان في زمان التكلم فإن كان ذلك الإنشاء مؤثرا في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه و إن كان مؤثرا بعد حصول أمر حدث الأثر بعده. فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٣

اجتماع ما يعتبر في الحكم و لذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء

زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب و لم يكن تبعضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. فإن قلت حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت المراد هو الملك شرعاً و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك و سيأتى توضيح ذلك فى البيع الفضولى إن شاء الله. و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد- فإنه و إن كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن إلا أنه لا ترتفع به الملكية السابقة على الفسخ لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا يأتى بيانه فى الفضولى إن شاء الله.

مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً

إشارة

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده سواء أ كان لنفسه فى ذمته أو بما فى يده أم لغيره

[الدليل على هذا الشرط]

لعموم أدله عدم استقلاله فى أموره. قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ. و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبى جعفر و أبى عبد الله ع قالوا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده قلت فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فشىء الطلاق. و الظاهر من القدرة خصوصاً بقريته الرواية هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره فى فعل غير قادر عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شىء فكل ما صدر عنه من دون مدخلة المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعى أصلاً كيف و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]

إشارة

و كيف كان فإنشاءات العبد لا- يترتب عليه آثارها من دون إذن المولى- أما مع الإذن السابق فلا إشكال و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين- الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف فى السابق و أن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده و بتقرير آخر أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد و حاصله أعنى انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين و إنما له حق فى كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده فإذا وقع على وجه مستقل به العبد فلحق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً

[مختار المؤلف و دليله]

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى لعموم أدلة الوفاء بالعقود و المخصص إنما دل على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلا سابقا و لاحقا لا مدخلية إذنه السابق و لو شك أيضا وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك. و تؤيد إرادة الأعم من الإجازة الصحيحة السابقة فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة. فالمراد بالإذن هو الأعم إلا أنه خرج الطلاق بالدليل و لا يلزم تأخير البيان لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلا بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله بيد من الطلاق.

[ما يؤيد المختار]

و يؤيد المختار بل يدل عليه ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته معللا بأنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز بتقريب أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه و حمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال مع أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى إلى آخره في قوة أن يقال إنه إذا عصى الله بعقد كعقد على ما حرم الله تعالى على ما مثل به الإمام ع في روايات أخرى واردة في هذه المسألة كان العقد باطلا لعدم تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته أما إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقا فإذا رضى به و أجاز صح. فيكون الحاصل أن معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها مما لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقا أو لاحقا و أنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضى السيد بها صح و أن ما قاله المخالف من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده و أنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامة غير صحيح فافهم و اغتنم و من ذلك يعرف أن استشهاد بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة بل و مع سبق النهي أيضا لأن غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى لكن النهي مطلقا لا- يوجب الفساد خصوصا النهي الناشئ عن معصية السيد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا تقدر بصحة العقد في غير محله بل الروايات ناطقة كما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى و تبدله بالرضا بما فعله العبد و ليست كراهة الله عز و جل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق فكأنه قال لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز فقد علق الجواز صريحا على الإجازة. و دعوى أن تعليق الصحة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو الترويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعا لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجا إلى إجازة مولى العاقد مدفوعة بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كل ما يتوقف على مراجعته السيد و كان فعله من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصية له و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل. ثم إن ما ذكره من عصيان العبد بتصرفه في لسانه و أنه لا يقتضى الفساد يشعر بزعم أن المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى و فيه أولا منع حرمة هذه التصرفات الجزئية للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٤

و نحو ذلك من المشاغل الجزئية. و ثانيا بدهاء أن الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد فلا يظن استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة. و ثالثا أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحا في صحة العقد غير صحيح لأن مقتضاه أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسدا مع أنه لا يقول به أحد فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما في الصلاة و القراءة المضيق و نحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعا. فالتحقيق أن المستند في الفساد هو الآية المتقدمة و الروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد و مضيه مستقلا و أنه ليس له من الأمر شيء.

فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه - فباعه مولاه صح و لزم

بناء على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمني و لا يقدح عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتبرة في كل من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاثراء حيث يكفي تحققه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولا. و عن القاضي البطلان في المسألة مستدلا عليه باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب و القابل و فيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقا منع الاتحاد أولا و منع قدحه ثانيا هذا إذا أمره الأمر بالاشترار من مولاه فإن أمره بالاشترار من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان أنه لا يصح لعدم الإذن من المولى. و ربما قيل بالجواز حينئذ أيضا بناء على ما سبق منه من أن المنع لأجل النهى و هو لا يستلزم الفساد و فيه ما عرفت أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد في شيء لا منعه عن التصرف في لسانه فراجع ما تقدم و الله أعلم.

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

إشارة

فعقد الفضولى لا يصح أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطا ثم فرع عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد فاعتراض جامع المقاصد عليه بأن التفريع فى غير محله لعله فى غير محله و كيف كان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولى التى هى من أهم المسائل

[اختلاف الفقهاء فى صحة عقد الفضولى و اتفاقهم على بطلان إيقاعه

فنقول اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى بل مطلق عقده بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه كما فى غاية المراد على أقوال.

[المراد بالفضولى

و المراد بالفضولى كما ذكره الشهيد هو كامل غير المالك للتصرف و لو كان غاصبا. و فى كلام بعض العامة أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه و قد يوصف به نفس العقد و لعله تسامح و كيف كان فيشمل العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون إذن الولي و من المالك إذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولى بما دل على المنع من نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليها و حينئذ فيشمل بيع الراهن و السفية و نحوهما و بيع العبد بدون إذن السيد

[هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولى

و كيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف و مسلطا عليه بمجرد علمه برضا المالك. و يؤيده اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا و فرعوا عليه ببيع الفضولى. و يؤيده أيضا استدلالهم على صحة الفضولى بحديث عروة البارقي مع أن الظاهر علمه برضا النبی ص بما يفعله و إن كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقفه على الإجازة اللاحقة بل يكفي فيه

رضا المالك المقرون بالعقد سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف أصلاً فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضى به و يرتب الآثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود. وقوله تعالى إلاً أن تُكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه. و ما دل على علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه و رواية عروة البارقي الآتية حيث أقبض المبيع و قبض الدينار لعلمه برضا النبي ص و لو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض و العوض بالقبض و الإقباض و تقرير النبي ص له على ما فعل دليل على جوازه هذا مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة إن الشرائط كلها حاصله إلا رضا المالك. و قولهم إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت لأنه أعم من الرضا و نحو ذلك ثم لو سلم كونه فضولياً لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة كما هو أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آناً ما إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد و لو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع.

فهنا مسائل ثلاث

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

إشارة

- و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي

و المشهور الصحة

إشارة

بل في التذكرة نسبها إلى علمائنا تارة صريحا و أخرى ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا فيه قولاً بالبطلان. و في غاية المراد حكى الصحة عن العماني و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية و سلالر و الحلبي و القاضي و ابن حمزة و حكى عن الإسكافي و استقر عليها رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين كالأردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المتأخرين

[مقتضى العمومات الصحة]

لعموم أدلة البيع و العقود لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضا لا مجال لإنكاره فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه و مرجع ذلك كله إلى عموم حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العارى عن الإذن و

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٥

الإجازة معا و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجازة و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر من أهله وقع في محله. فما

ذكره في غاية المراد من أنه من باب المصادرات لم أتحقق وجهه لأن كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه و كذا كون المبيع قابلاً- للبيع فليس محل الكلام إلا- خلو العقد عن مقارنة إذن المالك و هو مدفوع بالأصل و لعل مراد الشهيد أن الكلام في أهلية العاقد و يكتفى في إثباتها بالعموم المتقدم.

[الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقي و المناقشة فيه]

و قد اشتهر الاستدلال عليه: بقضية عروة البارقي حيث دفع إليه النبي ص ديناراً و قال له اشتر لنا به شاء للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع إحداهما في الطريق بدينار فأتى النبي ص بالشاء و الدينار فقال له رسول الله ص بارك الله لك في صفقة يمينك فإن بيعه وقع فضولاً و إن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي- هذا و لكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة- المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي. توضيح ذلك أن الظاهر علم عروة برضا النبي ص بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن و لا ريب أن الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام لكونه تصرفاً في مال الغير فلا بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي ص و إما من القول بأن البيع الذي يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناء على كون الإجازة كاشفةً و سيجيء ضعفه في دور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه. و رابع و هو علم عروة برضا النبي ص بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة و إلا فالفضولي ليس مالكا و لا وكيلاً فلا يستحق قبض المال فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً و لكن الظاهر هو أول الوجهين كما لا يخفى خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاء-. و قد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة و وصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبياً أو حيواناً فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي و غيره مقروناً برضا المالكين ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف و ليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آله في الإيصال و العبرة برضا المالك المقرون به

[الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس]

إشارة

و استدلال له أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر قال: قضى أمير المؤمنين ع في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال ع الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك فلما رآه أبوه قال له أرسل ابني قال لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه الحديث قال في الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولي و أن الإجازة كاشفة

[المناقشة في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس]

و لا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها فضلاً عن أن يسقطها و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة- إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد من جهة ظهور المخاصمة في ذلك. و إطلاق حكم الإمام ع بتعيين أخذ الجارية و ابنها من المالك بناء على أنه لو لم يرد البيع و جب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد و مناقشة المشتري للإمام ع و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولدته. و قوله

حتى ترسل ابني الظاهر في أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافية قوله ع فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الوليدة. و الحاصل أن ظهور الرواية في رد البيع أولا مما لا ينكره المنصف إلا- أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للإنكار فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد. و الحاصل أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناء على قاعده اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا في الحكم الشرعي كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها لوجه علمه الإمام ع مثل كون مالك الوليدة كاذبا في دعوى عدم الإذن للولد فاحتال ع حيلة يصل بها الحق إلى صاحبه

[توجيه الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس]

و أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير ع في قوله خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع. و قول الباقر ع في مقام الحكاية فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد فيقول ما يظهر منه الرد بإرادة عدم العزم بالإجازة و الرد أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها في مسألة الفضولي أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة فإنها لا تزيد على الإشعار- و لذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في غنى عنه بعد العمومات المتقدمة.

[الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه]

إشارة

و ربما يستدل أيضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر و العبد- الثابتة بالنص و الإجماعات المحكية فإن تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك مضافا إلى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح لأنه يكون منه الولد كما في بعض الأخبار. و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد و استدلل بها في الرياض بل قال إنه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع و هو حسن

[المناقشة في الاستدلال المذكور]

إلا- أنها ربما توهم بالنص الوارد في الرد على العامة- الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه بالصحة في الثاني لأن المال له عوض و البطلان في الأول لأن البضع ليس له عوض: حيث قال الإمام ع في مقام ردهم و اشتباههم في وجه الفرق سبحانه الله ما أجور هذا الحكم و أفسده فإن

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٦

النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج و منه يكون الولد الخبر و حاصله أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره فدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح فمقتضى حكم الإمام ع أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع لأن الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في

الأصل في باب الأولوية و إلا لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى. فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض بقى الكلام في وجه جعل الإمام ع الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله مستدلا بأنه يكون منه الولد أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين و لا احتياط في البين و يمكن أن يكون الوجه في ذلك أن إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا فتزوج المرأة و يحصل الزنى بذات البعل - بخلاف إبقائه فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع و هذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطا و كيف كان فمقتضى هذه الصحيحة أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولى لم يوجب ذلك التعدى إلى الحكم بصحة بيع الفضولى. نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح لأن النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نص الرواية ثم إن الرواية و إن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية هي أن إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذى هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولى -

[ما يؤيد صحة بيع الفضولى]

[ما ورد في المضاربة]

هذا ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة - مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله ع: في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فاشترى غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه. و نحوها غيرها الواردة في هذا الباب فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب و عد هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما في المسالك و غيره كان فيها استيناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا في نقل مال المالك إلى غيره و إن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب. و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة في الفضولى و صحتها في خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

[ما ورد في اتجار غير الولى في مال اليتيم]

و من هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولى في مال اليتيم و أن الربح لليتيم فإنها إن حملت على صورة إجازة الولى كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولى لكن يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدم و ربما احتمل دخولها في المسألة من حيث إن الحكم بالمضى إجازة إلهية لاحقه للمعاملة فتأمل.

[رواية ابن أشيم]

و ربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن أشيم الواردة: في العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها و يحجه عن أبيه فاشترى أباه و أعتقه ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله فقال أبو جعفر ع يرد المملوك رقا لمولاه و أى الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقاله الخبر بناء على أنه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال - فى تملك المبيع بعد مطالبتهم المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البينة عليها كافية فى تملك المبيع.

[صحيحة الحلبي]

و مما تؤيد المطلب أيضا صحيحة الحلبي: عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا- فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

[موثقة عبد الله]

و يمكن التأييد له أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا- بأس الخبر بناء على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه. و لا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر لأن وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله لا- بملاحظة هذه القضية الشخصية. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق يأذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره و يحتمل أن يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضوليا كما لا يخفى فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام ع بعدم البأس من دون استفعال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده. و حاصله أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى. و أما المانع الذي 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

[مختار المؤلف الصحة]

هذا غاية ما يمكن أن يحتج و يستشهد به للقول بالصحة و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه إلا أن في بعضها الآخر غنى و كفاية

و احتج للبطان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب

فقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٧

مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا و من المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى و فيه أن دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين ضرورة عدم كون التجارة عن تراضٍ فردا من الباطل خارجا

عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه. و فى قوله تعالى وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مع احتمال أن يكون عن تراض خيرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدها و إن كانت غلبه وصف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و يكون عن تراض و من المعلوم أن السبب الموجب لحل الأكل فى الفضولى إنما نشأ عن التراضى مع أن الخطاب لملاك الأموال و التجارة فى الفضولى إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة فتجارته عن تراض. و قد حكى عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم أن معنى التراضى بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خيرا بعد خبر

و أما السنة

إشارة

فهى أخبار منها النبوى المستفيض: و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك- فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه لعدم تملكه فيكون مساوقا للنبوى الآخر: لا بيع إلا فيما يملك بعد قوله ص لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لما ورد فى توقيع العسكرى ع إلى الصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملك و ما عن الحميرى أن مولانا عجل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله: أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضا منه و ما فى الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد: فى أرض بقم النيل اشتراها رجل و أهل الأرض يقولون هى أرضنا و أهل الأستان يقولون هى أرضنا فقال لا تشتريها إلا برضا أهلها و ما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل: فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه

[المناقشة فى الاستدلال بالروايات

و الجواب عن النبوى أولا أن الظاهر من الموصول هى العين الشخصية للإجماع و النص على جواز بيع الكلى و من البيع لنفسه لا عن مالك العين و حيثئذ فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكة قال لأنه ص ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشئ فيمضى و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافا للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعه انتهى. و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك. و بعبارة أخرى نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك فى وقوعه له و هذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به كما سيجىء. و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز. و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله لا بيع إلا فى ملك فإن الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه و أن النفى راجع إلى نفى الصحة فى حقه لا- فى حق المالك مع أن العموم لو سلم و جب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و أما الروايتان فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح و ليس فيهما ما يدل لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. و أما الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع فإنما هو فى مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضيحه أن النهى فى مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه. و من المعلوم أن عقد الفضولى لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه و لذا يطلق عليه الباطل فى عباراتهم كثيرا و لذا عد فى الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين أعنى شروط الصحة كون العاقد مالكا أو

قائما مقامه و إن أبيت إلا عن ظهور الروائتين في لغوية عقد الفضولي رأسا و جب تخصيصهما بما تقدم من أدلة الصحة. و أما رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي لأنه باع ما لا يملك و هذا حق لا ينافي صحة الفضولي. و أما توقيع الصفار فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم و يؤيده تصريحه بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك فلا دلالة على عدم وقوعه لملكه إذا أجاز. و بالجملة فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز و لا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقده.

الثالث الإجماع على البطلان

ادعاه الشيخ في الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم و ادعاه ابن زهرة أيضا في الغنية و ادعى الحلبي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب و الجواب عدم الظن بالإجماع بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل و أتباعهم إلى الصحة و أتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين.

الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه

إشارة

فإن الرضا اللاحق لا ينعف في رفع القبح الثابت حال التصرف ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

[المناقشة في دليل العقل]

و الجواب أن العقد على مال الغير متوقفا لإجازته غير قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفا فيه. نعم لو فرض كون العقد علة تامة و لو عرفا لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازا و المكاسب، ج ٢، ص ١٢٨

منعنا حكم معلولة المترتب عليه ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه- مثل الاستضاء و الاصطلاء بنور الغير و ناره مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي مع أن تحريمه لا يدل على الفساد مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك و لا ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقله. و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناء على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

و قد يستدل لمنع بوجوه آخر ضعيفة

أقواها أن القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع و الفضولي غير قادر و أن الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح في المسالك. و يضعف الأول مضافا إلى أن الفضولي قد يكون قادرا على إرضاء المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقده قطعاً بل يكفي تحققه في المالك فحينئذ يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه و قدرة المشتري على تسليمه على ما سيجيء. و يضعف الثاني بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره لا يزيد منه بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

المسألة الثانية أن يسبقه منع من المالك

و المشهور أيضا صحته

و حكى عن فخر الدين أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوى: أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر بعد تضعيف السند على أنه إن نكح بعد منع مولاه و كراهته فإنه يقع باطلا و الظاهر أنه لا يفرق بين النكاح و غيره. و يظهر من المحقق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هي الغصب و كيف كان فهذا القول لا وجه له ظاهرا عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام و أن العقد إذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو أنا ما كاف في الرد فلا ينفع الإجازة اللاحقة بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه أماره عدم الرضا

[مختار المؤلف و دليله

هذا و لكن الأقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة و كفاية العمومات مضافا إلى ترك الاستفصال في صحیحه محمد بن قيس و جريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين المولى و العبيد مع أن رواية إجازته صريحه في عدم قدح معصية السيد حينئذ مع جريان المؤيدات المتقدمة له من بيع مال اليتيم و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح في منعه عما عداه. و أما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد و لو أنا ما فلم يدل دليل على كونه فسخا لا ينفع بعده الإجازة. و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في رد البيع و عدم تسليمه له. و مما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكروه بعد الرضا و أن كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدر في حصته إذا لحقه الإجازة.

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 صحیحه الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة

[الأقوى الصحة و الدليل عليه

و الأقوى فيه الصحة و فاقا للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم و فحوى الصحة في النكاح و أكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحیحه ابن قيس المتقدمة

[الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه

إشارة

ولا- وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من الفضولى للمالك إلا- وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة

منها إطلاق ما تقدم من النبيين:

لا تبع ما ليس عندك و: لا يبيع إلا فى ملك بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه. و الجواب عنه يعرف مما تقدم من أن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك بلا تعرض فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك

و هذا غالبا مفقود فى المغصوب و قد تقدم عن المحقق الكركى أن الغصب قرينه عدم الرضا و فيه أولا أن الكلام فى الأعم من بيع الغاصب. و ثانيا أن الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء. و ثالثا قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر.

و منها أن الفضولى إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة

إذا لا- يعقل دخول أحد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة فحقيقته ترجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه و هذا ليس يباعا و الجواب عن ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب- أن قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقية نظير المجاز الادعائى فى الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث و لا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله غيره شيئا بطل و لم يقع له و لا لغيره و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا- اعتقاد لتملك المثلث لأن مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

و منها أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافيا لصحة العقد

لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء النقل الفضولى فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و قد أجاب عن هذا المحقق القمى رحمه الله فى بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبادل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٩

و وقوع البيع عنه و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئا ثم ملكه. و قد صرح فى موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذى قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازة و فيه أن الإجازة على هذا تصوير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانيا بالمذكور و لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد

المجاز فالمشترى إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانيا فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري و هذا خلاف الإجماع و العقل. و أما القول بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم- و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو [بيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدم من المشتري و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك المبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه و هذا ما ذكرناه من أنه خلاف الإجماع و العقل فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى. و توضيحه أن البائع الفضولى إنما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن و أما كون الثمن مالا له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فى ملك مالك العوض تحقيقا لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث إن البائع يملك المثلث بانيا على تملكه له و تسلطه عليه عدوانا أو اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه و هذا معنى قصد بيعه لنفسه و حيث إن المثلث ملك لمالكة واقعا فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولى للثوب فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأ الفضولى الغاصب. و بالجملة فنسب المتكلم الفضولى تملك المثلث إلى نفسه بقوله ملكت أو تملك كإيقاع المتكلم الأصيل التملك على المخاطب الفضولى بقوله ملكت هذا بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك و بهذا استشكل العلامة رحمه الله عليه فى التذكرة حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر فأشكال من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا أو نائبا و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا و ليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا أو أصليا أما الفضولى فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار و قد تظن بعض المعاصرين لهذا الإشكال فى بعض كلماته فالترم تارة بطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف به أخيرا و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلث مأخوذة فيها و فيه أن حقيقة العقد فى العبارة التى ذكرنا فى الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصيل له بل يتوقف على نقل مستأنف. فالأنسب فى التفصلى أن يقال إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك أو قول غيره له ملكت ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثلث اعتقادا أو عدوانا و

لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للمثلث التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا- يكون إلا- إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم تتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا و كذا فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث إن الثابت للشئ من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للمثلث إلا أن الفضولى لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذى هو بدل الثمن إلى نفسه فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولى و هو التملك المسند إلى مالك الثمن و هو

حقيقته نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال المثلثن إليه هذا مع أنه ربما يلتزم صحته أن يكون الإجازة للعقد الفضولي - موجهة لصيرورة العوض ملكا للفضولي - ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم في ذلك وجهين أحدهما أن قضية بيع مال الغير عن نفسه أو الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع أو الشراء تملكه قبل أن انتقله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتري لك بمالى كذا فهو تملكك ضمنى حاصل بيعه أو الشراء. و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع أو الشراء و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٠

قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه. الثانى أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله إليه بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتري لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري و كذا ملك المثلثن فى الصورة الثانية و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه دون العاقد. أقول و فى كلا الوجهين نظر أما الأول فلأن صحة الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة كما تقدم فى بعض فروع المعاوضة مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق لأن الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك أنا ما قبل البيع بخلاف الإجازة فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا و المفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر. نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البدل فى ملك المجيز و إن رجعت إلى المبادلة منضمه إلى بناء العاقد على تملك المال فهى و إن أفادت دخول البدل فى ملك العاقد إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك و إمضائه له إذ بعد إمضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البدل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن لأن الإذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته. و أما الثانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة و لذا صرح العلامة رحمه الله فى غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور و أخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئا بل ادعى بعضهم فى مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن اشترى لنفسك به طعاما و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما. نعم سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن و أن لم يملكه فإذا اشترى به شيئا ملكه و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلثن المشتري إلا- أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلثن مطلقا- كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب أو آنا ما قبل أن يشتري به شيئا تصحيحا للشراء و كيف كان فالأولى فى التفصلى عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا

ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على ملكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري الأصيل و هو أن المشتري الأصيل إذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن و هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية و إلا لكان ردها موجبا لرجوع كل عوض إلى مالكه و حينئذ إذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا- ثمن و لعل هذا هو الوجه فى إشكال العلامة فى التذكرة حيث قال بعد إشكال فى صحة بيع الفضولى مع جهل المشتري أن الحكم فى الغاصب مع علم المشتري أشكل انتهى أقول هذا الإشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك و بقاءه و بعد تسليم أن الوجه فى حكمهم ذلك هو

مطلق التسليط على تقديرى الرد و الإجازة لأن التسليط المراعى بعدم إجازة البيع إنما يتوجه على القول بالنقل حيث إن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. و أما على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال أصلا لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا له على مال نفسه و الإجازة كاشفة عن كونه تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض و لذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أورد لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك و سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك تتمه لذلك فانتظر ثم اعلم أن الكلام فى صحة بيع الفضولى لنفسه غاصبا كان أو غيره إنما هو فى وقوعه للمالك إذا أجاز و هو الذى لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولى البائع للمالك لا لنفسه. و أما الكلام فى صحة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و أجاز سواء باع لنفسه أو للمالك فلا دخل له بما نحن فيه لأن الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك و هناك فى وقوعه للعائد إذا ملكك و من هنا يعلم أن ما ذكره فى الرياض من أن بيع الفضولى لنفسه باطل و نسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه فى غير محله إلا أن يريد ما ذكرناه و هو خلاف ظاهر كلامه.

بقي هنا أمران

الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو دينا أو فى ذمة الغير

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا فى ذمة الغير ثم إن تشخيص ما فى الذمة الذى يعقد عليه الفضولى - إما بإضافة الذمة إلى الغير بأن يقول بعث كرا من طعام فى ذمة فلان بكذا أو بعث هذا بكذا فى ذمة فلان و حكمه أنه لو أجاز فلان يقع العقد له و إن رد بطل رأسا و إما بقصده العقد له فإنه إذا قصده فى العقد تعين كونه صاحب الذمة لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين فى ملك غير من خرج عنه الآخر إلا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض فكما أن تعيين العوض فى الخارج يعنى عن قصد من وقع له العقد كذلك قصد من وقع له العقد يعنى عن تعيين الثمن الكلى بإضافته إلى ذمة شخص خاص و حينئذ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد و إن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا - لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه إذ المال مردد فى باب الفضولى بين مالكة الأصلي و بين من وقع له العقد - فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولى و من وقع له العقد إذ لو صح وقوعه للفضولى لم يحتج إلى إجازة و وقع له إلا - أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولى لوقوع العقد له ظاهرا كما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الكركى و السيورى و الشهيد

المكاسب، ج ٢، ص ١٣١

الثانى. و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالتقواعد و المبسوط وقوع العقد له واقعا و قد نسب ذلك إلى جماعة فى بعض فروع المضاربة حيث عرفت أن قصد البيع للغير - أو إضافته إليه فى اللفظ يوجب صرف الكلى إلى ذمة ذلك الغير كما أن إضافة الكلى إليه توجب صرف البيع أو الشراء إليه و إن لم يقصده أو لم يصفه إليه ظهر من ذلك التنافى بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلى إلى نفسه أو قصده من غير إضافة و كذا بين إضافة البيع إلى نفسه و إضافة الكلى إلى غيره فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى أو اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان ففى الأول يحتمل البطلان لأنه فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله و يحتمل إلغاء أحد القيدتين و تصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره و فى الثانى يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك فى ذمة الغير اعتقادا و يحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير لأن تقييد الشراء أولا بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير و المسألة تحتاج إلى تأمل. ثم إنه قال فى التذكرة لو اشترى فضوليا فإن كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان أو الوقف على الإجازة إلا أن أبا حنيفة قال يقع للمشتري بكل حال و إن كان فى الذمة لغيره و أطلق اللفظ. قال علماؤنا يقف على الإجازة فإن أجازته صح و لزمه أداء الثمن و إن رد نفذ عن المباشر. و به قال الشافعى فى القديم و أحمد و إنما يصح الشراء لأنه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره و إنما توقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له فإن أجازته لزمه

و إن رده لزم لمن اشتراه و لا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. و قال أبو حنيفة يقع عن المباشر و هو جديد للشافعي انتهى و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا كما يشعر به تعليقه بقوله لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير لكن أشرنا سابقا إجمالا إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة فيكون ما في ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد في مثل هذا إما البطلان لو عمل بالنية بناء على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهرا و إما صحته و وقوعه لنفسه لو أُلغيت النية بناء على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهرا و إن نوى خلافه و إن جعل المال في ذمته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا فمع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة و هذه النيابة تقع فاسدة من أصلها لا أنها تقع للمباشر. نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا و نص عليه جماعة من باب التوكيل و كيف كان فوقع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر و المنوى دون التزامه خرط القتاد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهرا لكنه بعيد.

الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة

بناء على إفادتها للملك إذ لا فارق بينها و بين العقد فإن التقابض بين الفضولين أو فضولي و أصيل إذا وقع بنية التمليك و التملك فأجازته المالك فلا- مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة فعموم مثل قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ شَامِلٌ و يؤيده رواية عروة البارقي حيث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة و توهم الإشكال فيه من حيث إن الإقباض الذي يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا في مال الغير فلا يترتب عليه أثر في غير محله إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة مع أنه قد يقع الإقباض مقرونا برضا المالك- بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي مع أن النهي لا يدل على الفساد- مع أنه لو دل لدل على عدم ترتب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض في السببية فلا ينافي كونه جزء سبب و ربما يستدل على ذلك بأن المعاطاة منوطه بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك و هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثاني أن المكروه و الفضولي قاصدان للفظ دون المدلول و ذكر أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك و مشروطة أيضا بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنا للأمرين و لا أثر لهما إلا إذا صدرا من المالك أو بإذنه. و فيه أن اعتبار الإقباض و القبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد في قواعده و المعاطاة عندهم عقد فعلى و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى و حينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك و اعتبار مقارنته الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس في حل مال الغير لا يخلو عن تحكم. و ما ذكره الشهيد الثاني لا يجدى فيما نحن فيه لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله لعدم الدليل و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضا إلا أن يقال إن مقتضى الدليل ذلك- خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة. نعم لو قلنا إن المعاملة لا يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا أو مع وصولهما أو وصول أحدهما لم يعقل وقوعها من الفضولي. نعم الواقع منه إيصال المال و المفروض أنه لا- مدخل له في المعاملة فإذا رضى المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقه لكن الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة إنما قصدهم إلى العقد الفعلي هذا كله على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثرا فإذا أجاز حدث

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٢

الإباحة من حين الإجازة اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة فافهم

القول فى الإجازة و الرد

أما الكلام فى الإجازة

إشارة

فيقع تارة فى حكمها و شروطها و أخرى فى المجيز و ثالثه فى المجاز

أما حكمها

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتفاهم على توقفها على الإجازة فى كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة على قولين

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه

إشارة

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه

فالأكثر على الأول و استدلالهم عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة بأن العقد سبب تام فى الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فى الفضولى إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شىء آخر و بأن الإجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلا نقل العوضين من حينه

[ما استدلالهم به فخر الدين للأكثر]

[ما استدلالهم به فخر الدين للأكثر]

و عن فخر الدين فى الإيضاح الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود- لأن العقد حالها عدم انتهى.

[المناقشات التى يذكر على القول بالكشف

[المناقشات التى يذكر على القول بالكشف

و يرد على الوجه الأول أنه إن أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولى كونها قائمة

مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الأثر قبله و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة إلا- رضا المالك فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله. و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم السبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقتها فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به مدفوعة بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعى و غيره و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى كدعوى أن التناقض الشرعى بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما لأن النقيض الشرعى غير العقلى. فجميع ما ورد مما يوهم ذلك أنه لا بد من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطا بل السبب و الشرط هو الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه بأن يقال إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلة اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه و هذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن الاستفادة من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس و أنه لا ينفع لحوقه فى حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك. و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقة للعقد فى المستقبل فالعلة التامة العقد الملحق به الإجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه. و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجوز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد و فيه ما لا- يخفى من المخالفة للأدلة و يرد على الوجه الثانى أولا أن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه فى ذلك الحال بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان و إنما الزمان من ضروريات إنشائه- فإن قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين و إن كان النقل المنشأ به واقعا فى ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما أن إنشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضا بذلك كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب لأن الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به. و دعوى أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بأن سببته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل فى زمان و رضا بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب و لأجل ما ذكرنا أيضا لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فإن الفسخ نظير الإجازة و الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من حينه فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا فى العقد على وجه القيدىة لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر فى جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا فجميع ما يتعلق بالعقد من الإمضاء و الرد و الفسخ إنما يتعلق بنفس

المضمون دون المقيد بذلك الزمان. و الحاصل أنه لا إشكال فى حصول الإجازة بقول المالك رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله أو رضيت بانتقال مالى إلى زيد و غير ذلك من الألفاظ التى لا تعرض فيها لإنشاء الفضولى فضلا عن زمانه كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك. و من المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير آخر أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة فهى إما

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٣

شرط أو جزء سبب للملك. و بعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد و لا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. و ثانيا فلانا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب و إنما هى من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلته إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها و من المعلوم أن الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم وَّ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فَإِنِ الْمَلِكُ مَلْزُومٌ لِحَلِيئِهِ التَّصَرُّفَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو ترده فى الفسخ و الإمضاء. و ثالثا سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع- لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى أعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الآثار من حين العقد كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب فتأمل إذا المعنى على حقيقته غير معقول لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه فإذا دل الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة فإذا أجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه. و الحاصل أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات و ستأتى الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقى و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال فى زمان العقد و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و فى زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع فى هذه المسألة نزاعا فى زمان الانتقال-

[معانى الكشف

إشارة

[معانى الكشف

و قد تحصل مما ذكرنا أن كاشفة الإجازة على وجوه ثلاثة قال بكل منها قائل

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

و التزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا و لذا اعترض عليهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر.

الثاني الكشف الحقيقي

الثاني الكشف الحقيقي

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 فيما بعد.

الثالث الكشف الحكمي

الثالث الكشف الحكمي

و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة.

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمي]

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمي]

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمي. و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد و لم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعا للمحكي عن كاشف الرموز و قواه في مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام في النكاح

[ظاهر صحيحه محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم]

[ظاهر صحيحه محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم]

هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الأخبار فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس الكشف - كما صرح به في الدروس و كذا الأخبار التي بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور فتحتمل الكشف الحكمي.

[ظاهر صحيحه أبي عبيده هو الكشف الحقيقي]

[ظاهر صحيحه أبي عبيده هو الكشف الحقيقي]

نعم صحيحه أبي عبيده الواردة في تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تخلف ظاهره في قول الكشف إذ لو كان مال و الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق الحكم بالعزل منضمما إلى عموم: الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المدركة وارثه في الواقع فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر مما يحتمل.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

إشارة

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

فبقول

أما الثمرة على الكشف الحقيقى

أما الثمرة على الكشف الحقيقى

بين كون نفس الإجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى

مع كون نفس الإجازة شرطا فإنه يظهر فى مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز فإن الوطاء على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأن مقتضى جعل الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطاء فى الملك و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكته للمشتري بعد ذلك و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد و بقى صحيحا على الكشف الحكمى و على المجيز

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٤

قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و بين مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقة بنقل لازم. و ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد- فإن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعلق فات محلها مع احتمال الرجوع إلى البدل و سيجىء

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع

منها النماء

منها النماء

فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين و على النقل لمن انتقلت عنه و للشهيد الثانى فى الروضة عبارة توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و منها أن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف

و منها أن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصل لفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لإنشائه السابق بخلاف ما لو جعلت كاشفة فإن العقد تام من طرف الأصل غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه و هذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالتبض فى الهبة و الوقف و الصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الإبطال على القول بالنقل معللا بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري

فيه و فيه أن الكلام فى أن عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد فى وجود المسبب فالأولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها و لا يخلو من إشكال.

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

بناء على النقل - و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه فلو باع جارية من فضولى جاز له وطؤها و إن استولدها صارت أم ولد لأنها ملكه و كذا لو زوجت نفسها من فضولى جاز لها الترويج من الغير فلو حصلت الإجازة فى المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. و الحاصل أن الفسخ القولى و إن قلنا إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا أن له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة فيفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حق الأصيل و إن لم يجب فى الطرف الآخر و هو الذى يظهر من المحقق الثانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف فى العين لإمكان الإجازة و لا سيما على القول بالكشف انتهى. و فيه أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيد الذى لا يوجد إلا بعد القيد و هذا كله على النقل و أما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثانى و ظاهر غيرهم و ربما اعترض عليه بعدم المنع له من التصرف لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدر فى السلطنة الثابتة له و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز فأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه قال نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف انتهى. أقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك و من هنا يظهر أنه لا فائدة فى أصالة عدم الإجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعبه بالإجازة لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا- يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين. و أما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الأصيل كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى. و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شىء شرطا أو شطرا حرمة نقضه على الأصيل مطلقا فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز و من هنا تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه تنافى مقتضى العقد أعنى المبادلة. توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه و هذا لا يدل إلا على حرمة التصرف فى ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل و أما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه بل مما جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه و أما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلا فى مفهوم المبادلة فلو لم يتصرف فى مال صاحبه لم يكن ذلك نقضا للمبادلة فالمرجع فى هذا التصرف فعلا و تركا إلى ما يقتضيه الأصل و هى أصالة عدم الانتقال. و دعوى أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل فى ملكه فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثا فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعد

نقضا لما التزمه إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٥

معلق على الإجازة وإنما التزم بالمبادلة متوقعا للإجازة فيجب عليه الوفاء به ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة أو ينتقض إلزامه برد المالك ولأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها. قال في القواعد في باب النكاح و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسة والأخت والأم والبنت إلا- إذا فسخت على إشكال في الأم وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يقع المصاهرة وإن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ والطلاق هنا معتبر انتهى. وعن كشف اللثام نفى الإشكال وقد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة و أما مثل النظر إلى المزوجة فضولا و إلى أمها مثلا و غيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الأصول لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة بل المنفية بالأصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعنى علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقص من الطرفين

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها و بما يمكن أن يقال عليها منها ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل و كذا لو انسلخت قابلية المنقول- بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فيما قارن العقد فقد الشرط ثم حصل و بالعكس و ربما يعترض على الأول بإمكان دعوى ظهور الأدلة- في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا إلى حين الإجازة. و فيه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية و لا- استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على مال فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا و كما يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة مضافا إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح لما ذكر في الثمرة الثانية أعنى خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد مضافا إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي ص عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه نعم ما ذكره أخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة لبطلان العقد ظاهرا على القولين و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة فباب المناقشة و إن كان واسعا إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري و تظهر الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتي إن شاء الله.

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعا أو انصرافا بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان.

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية كقوله أمضيت و أجزت و أنفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية و ليس ببيد إذا اتكل عليها عرفا و الظاهر أن الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن و منه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين و في النسبة نظر و استدل عليه بعضهم بأنها كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن أن يوجه بأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ و من المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة. و فيه نظر بل لو لا شبهه الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا. و حكى عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها. و ذكر بعض أنه يكفى في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها. و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع دفعا للحرج عليها و علينا ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. و قد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالإجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر أنها إذا أقامت معه بعد ما أفادت فذلك رضا منها و عرفت أيضا استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فإذا حصل عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد و حينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٦

ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه أقوى حجة في المقام مضافا إلى ما ورد في عدة أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه و ما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازة و على أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا. و ما دل على أن التصرف من ذى الخيار رضا منه و غير ذلك. بقى في المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه فينبغى أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنا للعقد أو سابقا فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى و الظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك فمقتضى ذلك أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذنا مخرجا للبيع عن الفضولى. و يؤيد ذلك أنه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسحا فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك لأن الكراهة الحاصلة حينه و بعده و لو آنا ما تكفى في الفسخ بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلا إلا أن

يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسحا و إن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد

إذ مع الرد يفسخ العقد فلا يبقى ما تلحقه الإجازة والدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد وإلا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حق العاقدين أو من قام مقامهما. وقد تقرر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة هذا مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الإجازة فتأمل. نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة- ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد اللهم إلا أن يقال إن الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ. و دعوى أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله فيها بالفعل يدفعها أن الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع. و بالجمله فالظاهر هنا و في جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقب الفسخ فإن سلم ظهور الرواية في خلافه فلتطرح أو تأول.

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

فموضوعها المالك فقولنا له أن يجيز مثل قولنا له أن يبيع و الكل راجع إلى أن له أن يتصرف فلو مات المالك لم يورث الإجازة و إنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولى فله الإجازة بناء على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميتا و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمل.

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع

و لو أجازهما صريحا أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري. و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين و أما قبض الكلى و تشخيصه فوقوعه من الفضولى على وجه تصححه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الإقباض و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة و عن المختلف أنه حكى عن الشيخ أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض و على أى حال فلو كانت إجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق كانت إجازة العقد إجازة لقبض صونا للإجازة عن اللغوية و لو قال أجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور

السادس الإجازة ليست على الفور

للعوميات و لصحيحة محمد بن قيس و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك و لم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف- فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين-.

السابع هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا

السابع هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا
وجهان الأقوى التفصيل فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار و لو أوقع العقد على شرط فأجاز المالك مجرداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط و إن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط و لو انعكس الأمر بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط و أجاز المالك مشروطاً ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضى به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد فلا- يجدى وقوعه في حيز القبول إلا- إذا تقدم على الإيجاب ليرد الإيجاب عليه أيضاً أو بطلانها لأنه إذا لغا الشرط لغا الشروط لكون المجموع التزاماً واحداً أقواها الأخير.

و أما القول في المجيز

إشارة

و أما القول في المجيز
فاستقصاؤه يتم ببيان أمور

الأول يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد

و لو أجاز المريض بنى نفوذها على منجزات المريض- و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثانى هل يشترط في صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا تنفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط قولان أولهما للعلامة في ظاهر القواعد و استدلل له بأن صحة العقد و الحال هذه ممتعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً و بلزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين- لإمكان عدم

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٧

الإجازة و لعدم تحقق المقتضى و فى الثمن لإمكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه. و يضعف الأول مضافاً إلى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادةً بمنع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائماً سواء قلنا بالنقل أم بالكشف و أما الضرر فيتدارك بما تدارك به صورة النقض المذكورة هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة فى تزويج الصغار فضولاً الشاملة لصوره ولى النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم و صورة عدم وجود الولي بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح و انحصار الولي فى الأب و الجد و الوصى على خلاف فيه و كيف كان فالأقوى عدم الاشتراط وفاقاً للمحكى عن ابن المتوج البحرانى و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل لم يرجحه غير العلامة ره ثم اعلم أن العلامة فى القواعد مثل لعدم وجوب المجيز بيع مال اليتيم.

و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوى على ما قيل الإيراد عليه لا يتم على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام ع فى كل عصر. و عن المصنف قدس سره أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الإمام و هو المجتهد الجامع

للشروط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار في غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضا فإن أريد وجود ذات المجيز فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام ع و إن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد فالأولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعله الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد

إشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أم للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فكك الرهن. فالكلام يقع في مسائل

الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر- و الأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففكك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة

الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد

إشارة

سواء أ كان هو البائع أم غيره لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه و هذه تتصور على صور لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث ثم البائع الذي يشتري الملك إما أن يجيز العقد الأول و إما أن لا يجيزه فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له

و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز

إشاره

و ما لو باع و اشترى و لم يجز إذا يعلم حكم غيرهما منهما. أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها- فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعبر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه أنه صح البيع و الرهن فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصه الفقراء قال الشيخ صح البيع و الرهن و فيه إشكال لأن العين مملوكة و إذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة كما لو باع مال غيره ثم اشتراه انتهى. بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن فإن الراهن إذا باع ففكك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى و المحكى عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد هو البطلان و مال إليه بعض

المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه

[الأقوى الصحة]

و الأقوى هو الأول للأصل و العمومات السليمة عما يرد عليه

[ما أورده المحقق التستري على الصحة]

إشارة

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح و جامع المقاصد

[الإيراد الأول و جوابه

الأول أنه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الإشكال فيه و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك و فيه أنه قد سبق أن الأقوى صحته و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

[الإيراد الثاني و جوابه

أنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم فقد اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم إجازته و عدم وقوع البيع عنه و فيه أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا لأن الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم و هذا المعنى لا يقتضى أزيد مما ذكرنا و أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة و هذا كلام آخر لا يقدرح التزامه في صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

[الإيراد الثالث و جوابه

الثالث أن الإجازة حيث صحت كاشفة على الأصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه و فيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه و لا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة فكما أن مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له فكذلك مالكة الثاني إذا رضى يقع البيع له و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد و حينئذ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٨

عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في

المقتضى للصحة أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلا أو شرعا أن يكون عن خروج المال ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان وأنه لا مانع عقلا ولا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد إذ التخصيص إنما يقدح مع القابلية كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

[الإيراد الرابع]

إشارة

الرابع أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي و هي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك و ملكا للمشتري معا في زمان واحد و هو محال لتضادهما فوجود الثاني يقتضى عدم الأول و هو موجب لعدم الثاني أيضا فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد و هو محال. فإن قلت مثل هذا لا يزم في كل عقد فضولي - لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء مالكة المالك و مستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا في آن واحد فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه. قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها في الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

[الجواب عن الإيراد الرابع]

أقول قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد و حينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم و توقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلم أيضا فقولُه صحة الأول تستلزم كون المال ملكا للمالك و المشتري في زمان واحد ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي. نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى و جوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد و لكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث و قد تقدم منعه فلا وجه لإعادته بتقرير آخر كما لا يخفى. نعم يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معا و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا غير الإشكال الذي استنتجته من المقدمات المذكورة و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري.

نعم يلزم من ضم هذا الإشكال العام - إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني لوجوب التزام مالكية المالك الأصلي حتى يصح العقد الثاني و مالكية المشتري له لأن الإجازة تكشف عن ذلك و مالكية العاقد له لأن ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه و إلا لم تنفع إجازته في ملكه من حين العقد لأن إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره. ثم إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن و لا يغني لأن الإجازة إذا وقعت فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها لأن الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي و المالك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية. ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني من كفاية الملك الصوري في الأول

دون الثاني تحكم صرف خصوصا مع تعليله بأن الإجازة رفع لليد و إسقاط للحق فليت شعري أن إسقاط الحق كيف يجدى و ينفع مع عدم الحق واقعا مع أن الإجازة رفع لليد من الملك أيضا بالبدية. و التحقيق أن الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذى ذكرناه سابقا فى كاشفة الإجازة على الوجه المشهور من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

[الإيراد الخامس و جوابه

الخامس أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول- و عن كون المال ملك المشتري الأول فقد وقع العقد الثانى على ماله فلا بد من إجازته كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول فلا بد من إجازة المشتري البيع الثانى حتى يصح و يلزم فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر و توقف صحة كل من العقدين و الإجازة- على إجازة المشتري غير الفضولى و هو من الأعاجيب بل من المستحيل لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثل و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان و دون تمامه إن زاد الأول و مع زيادة إن نقص لانكشاف وقوعه فى ملكه فالثلث له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر. و الجواب عن ذلك ما تقدم فى سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع. و الحاصل أن منشأ الوجوه [الثلاثة] الأخيرة شىء واحد و المحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة قد نبه عليه فى الإيضاح و جامع المقاصد

[الإيراد السادس و جوابه

السادس أن من المعلوم أنه يكفى فى إجازة المالك و فسخه- فعل ما هو من لوازمهما فلما باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لا يجامع صحة العقد الأول فإنها تقتضى تملك المالك للثمن الأول و حيث وقع الثانى يكون فسخا له و إن لم يعلم بوقوعه فلا تجدى الإجازة المتأخرة. و بالجملة حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها فكما أن التصرف المنافى مبطل لها كذلك عقد الفضولى. و الجواب أن فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده و أما الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقودة فضولا نفسها من آخر و بيع المالك ماله المبيع فضولا

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٩

من آخر فليس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولى غاية ما فى الباب أن الفعل المنافى لمضى العقد مفوت لمحل الإجازة فإذا فرض وقوعه صحيحا فات محل الإجازة و يخرج العقد عن قابلية الإجازة إما مطلقا كما فى مثال التزويج أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما فى مثال البيع فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول فللمالك الثانى أن يجيز. نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعا و لعموم تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. فالحاصل أنه إن أريد من كون البيع الثانى فسخا إنه إبطال لأثر العقد فى الجملة فهو مسلم و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة إلى المالك الثانى فيكون له إجازة و إن أريد أنه إبطال للعقد رأسا فهو ممنوع إذ لا دليل على كونه كذلك و تسمية مثل ذلك الفعل ردا فى بعض الأحيان من حيث إنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث تكون الإجازة منه بعده لغوا. نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول لكن الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابلية لحوق الإجازة. و أما الالتزام فى مثل الهبة و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلأن صحة التصرف المنافى تتوقف على فسخ العقد و إلا- وقع فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه فإن تصرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا- يتوقف على فسخه غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة و من ذلك يظهر ما فى قوله

رحمه الله أخيرا وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل أولى فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الأولوية و سيجىء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقق به الرد.

[الإيراد السابع

إشارة

السابع الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى ص عن بيع ما ليس عندك- فإن النهى فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى و إما لبيان فساد بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا- على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يقول لى اشترى لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيا و يحرم إثباتا كما فهمه فى الوافى أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء- و يحرم إذا وقع قبله أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة. و صحيحة ابن مسلم قال: سألت عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه. و صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع فى رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه قال لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه. و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله ع يجيئنى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح و الأجل حتى يجتمع على شىء ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه المتاع فقال أ رأيت إن وجد هو مبيعا أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه عنه [و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس. و غيرها من الروايات و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الآخر فى عدم صحة البيع قبل الاشتراء و أنه يشترط فى البيع الثانى تملكك البائع له و استقلاله فيه و لا- يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

[الجواب عن الإيراد السابع

و الجواب عن العمومات أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف فى الثمن و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع و منه يظهر الجواب عن الأخبار- فإنها لا- تدل خصوصا بملاحظة قوله ع: و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة و هى المسألة الآتية أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة و سيأتى أن الأقوى فيها البطلان. و ما قيل من أن تسليم البائع المبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض فى مورد الروايات و هو إجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إنما وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد إجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة فى باب الفضولى لأن المعترف فى الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس فى صيرورة مال الغير

حلالا لغيره يدل على عدم كفاية ذلك. نعم يمكن أن يقال إن مقتضى تعليل نفى البأس - في رواية خالد المتقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده لكن الظاهر بقريته النهى عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفين.

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٠

و الحاصل أن دلالة الروايات عموما و خصوصا - على النهى عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره و دلالة النهى على الفساد أيضا مما لم يقع فيه المناقشة في هذه المسألة إلا أنا نقول إن المراد بفساد البيع هو عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفا من إنشاء البيع مثلا لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة كان يترتب عليه بعد البيع النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع في الثمن و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من ماله و تسليمه و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه و هو لا ينافى قابلية العقد للحقوق الإجازة من ماله حين العقد أو ممن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة النهى على الفساد وقوع النهى عنه لغوا غير مؤثر أصلا كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أن مقصوده من الفعل المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا - يترتب عليه فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين لا - أنه لغو من جميع الجهات فافهم اللهم إلا أن يقال إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض في الهبة و نحوها و الإجازة في الفضولي لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق إذ معنى صحة المعاملة شرعا أن يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا - يوجب النهى عنه إلا - مقيدا بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا - يوجب الحكم عليه بالفساد. فالإنصاف أن ظاهر النهى في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقا حتى مع الإجازة و أما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز فلا بد من النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع فلا - تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم قد يחדش فيها أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة - ورودها في بيع الكلي و أنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأول و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر فيقوى في النفس أنها و ما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضا كروايتي يحيى و خالد المتقدمين أريد بها الكراهة أو وردت في مقام التقيية لأن المنع عن بيع الكلي حالا مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة كما صرح به في بعض الأخبار مستندين في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك لكن الاعتماد على هذا التوهين و رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي خلاف الإنصاف إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار و هو بيع الكلي قبل التملك على التقيية و هو لا - يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا فتدبر فالأقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور. و مما يؤيد المنع مضافا إلى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد الطائى الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه قال: قلت لأبي عبد الله ع إنى كنت رجلا - مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا أنك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئا قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك الخبر فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته فلو كانت صيرورته حرا مالكا لنفسه مسوغا للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا للزوم العقد حينئذ على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب للإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافيا للخلاف في فسادة قال ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلمها وبه قال الشافعي وأحمد ولا نعلم فيه خلافا لقوله ص: لا تبع ما ليس عندك ولا اشتغالها على الغرر فإن صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها أما لو اشترى موصوفا في الذمة سواء كان حالا أم مؤجلا فإنه جائز إجماعا انتهى. وحكى عن المختلف الإجماع على المنع أيضا واستدل به بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في وقوع الاضراء غير مترقب للإجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الأخبار ولا في معقد الاتفاق ولو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهى عنه في الأخبار المذكورة حيث قال وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجازته وكذا لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده وقد نهى عنه انتهى. لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء.

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك حيث علل المنع بالضرر وعدم القدرة على التسليم وأصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل النقد والنسيئة ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع - فأجازته فالظاهر أيضا الصحة لخروجه عن مورد الأخبار. نعم قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلي ولا معنى للإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه ويمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال في عكس المسألة وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه فتأمل. ولو باع لثالث معتقدا لملكه أو بانيا عليه عدوانا فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة

المكاسب، ج ٢، ص ١٤١

بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك وإن ملكه الثالث وأجازته أو ملكه البائع فأجازته فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة

[لو باع لنفسه ثم تملكه ولم يجز]

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى وهي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا - مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم وعدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما إلا - بكون مال غيره له اللهم إلا - أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد و شرط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبيا لا حكم لوفائه ونقضه ولعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الإيضاح بناء على صحة الفضولي صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة قيل ويلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعبر لكن يضعفه أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا - مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل - مضافا إلى معارضة العموم المذكور - بعموم سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس.

وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه وإن عتقه لا يجدى في لزوم النكاح لو

لا سكوت المولى الذى هو بمنزلة الإجازة ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة فإنما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه أما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكل و لو باع وكالة عن المالك فبان انزاله بموت الموكل فلا إشكال فى عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها.
نعم يقع للوارث مع إجازته

المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف

إشارة

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه إما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا و إما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا و على كل منهما فإما أن يبيع عن المالك و إما أن يبيع لنفسه فالصور أربعة

الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع

فلا- ينبغى الإشكال فى اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى- لكن الظاهر من المحكى عن القاضى أنه إذا أذن السيد لعبده فى التجارة فباع و اشترى و هو لا يعلم بإذن سيده و لا علم به أحد لم يكن مأذونا فى التجارة و لا يجوز شىء مما فعله فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما أن يبايعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان يبيعه و شراؤه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز انتهى و عن المختلف الإيراد عليه بأنه لو أذن الولى و لا- يعلم العبد ثم باع العبد صح لأنه صادف الإذن و لا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المتعاملين انتهى و هو حسن.

الثانية أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا

فالظاهر أيضا صحة العقد لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدر و فى توقفه على إجازته للمولى عليه وجه لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمل.

الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا

و قد مثل له الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة فى القواعد و الإرشاد فى باب الهبة الإجماع و لم نثر على مخالف صريح إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر فى قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن و قد سبقه فى احتمال ذلك العلامة و ولده فى النهاية و الإيضاح لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه و لأنه و إن كان منجزا فى الصورة إلا أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتهك و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره انتهى. أقول أما قصد نقل الملك عن الأب فلا- يقدر فى وقوعه لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده ففى الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ فى اعتقاده أن المالك أبوه و قد تقدم توضيح ذلك فى عكس المسألة أى ما لو باع ملك غيره باعتقاده أنه ملكه. نعم من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه و لذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد. و أما ما ذكره من أنه فى معنى التعليق ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى منع كونه فى معنى التعليق لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال

على المال لا- على تعليق للنقل بكونه منتقلا- إليه بالإيرث عن مورثه لأن ذلك لا- يجامع و ظن الحياة اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه فالقصد صوري على ما تقدم من المسالك من أن الفضولي و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصوري كاف و لذا قلنا بصحة عقد الفضولي و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا- بعلمه بكون المبيع لغيره. و كيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد إلا أن ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه و إن لم يشعر به فهو أولى من الإذن في ذلك فضلا عن إجازته و إلا توجه عدم وقوع العقد له لكن الأقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانيين ووقوفه على الإجازة لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله إلا أن يقال المكاسب، ج ٢، ص ١٤٢

إن قصده إلى أصل البيع كاف. و توضيحه أن انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصده خلافه و إنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقد بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا- بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض. و بالجملة فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا. و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة و إلا فسد العقد ففيه أنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين و قصد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطائه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر و لا ينفذ و لذا بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره. و أما أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له في الواقع فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك فلو أذن في التصرف في مال يعتقد أنه لغيره و المأذون يعلم أنه لم يجز له التصرف بذلك الإذن و لو فرضنا أنه أعتق عبدا عن غيره فبان أنه لم ينعق و كذا لو طلق امرأة و كالة عن غيره فبان زوجته لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما فلا تنفع الإجازة و لو غره الغاصب فقال هذا عبدي أعتقه عنك فأعتقه عن نفسه فبان كونه له بالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكي عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطله بخلاف البيع فلا- تناقض بين حكمه بطلان العتق و صحة البيع مع الإجازة كما يتوهم. نعم ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم في البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به إن كان يكفي في طيب النفس و الرضا المعتبر في جميع إنشاءات الناس المتعلقة بأموالهم و يجب الحكم بوقوع العتق و إن اعتبر في طيب النفس المتعلقة بإخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له و لم يكف مجرد مصادفة الواقع و يجب الحكم بعدم لزوم البيع فالحق أن القصد إلى الإنشاء المتعلقة بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له لكن لا- يكفي ذلك في تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء ثم إن كان ذلك الإنشاء مما يقبل اللزوم بلحقوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود و إلا وقع الإنشاء باطلا كما في الإيقاعات ثم إنه ظهر مما ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة- أن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ فعقده مترزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرناه معللا بقاعدة نفي الضرر إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال و قد تقدم توفقه على طيب النفس. و ما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع إلى العوض و المعوض و إنما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه و رضاه إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله و من المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت

لتوقف عقد الفضولي على الإجازة إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر. ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي- بل يجيء على القول بالبطلان إلا أن يستند في البطلان بما تقدم- من قبح التصرف في مال الغير فيتجه عنده حينئذ البطلان [ثم يغرم المثلث إن كان جاهلا].

الرابعة أن يبيع لنفسه باعتقاده أنه لغيره فانكشف أنه له

و الأقوى هنا أيضا الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة بمثل ما مر في الثالثة و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالث و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

و أما القول في المجاز

إشارة

فاستقصاؤه يكون بيان أمور

الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتمدة في تأثيره عدا رضا المالك

فلا- يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء و لا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف للزومه عليه حينئذ بل مطلقا لتوقف تأثيره الثابت و لو على القول بالنقل عليها و ذلك لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه و على أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده و لهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط و لو سلم كونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد فيكون جميع ما دل من النص و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد. نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفايته وجوده حين الإجازة و لعل من هذا القبيل القدرة على التسليم و إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتمدة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط و أما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها بناء على النقل و أما بناء على الكشف فوجهان و اعتبارها عليه أيضا غير بعيد.

الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل

من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعا أو صلحا فضلا عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو بيعا لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة و جهان من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل و من أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة فتشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل و من هنا يظهر قوة احتمال

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٣

اعتبار العلم بوقوع العقد و لا- يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه لأن الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى تشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها إلا أنها في معناها و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق- مع أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد فتأمل.

الثالث [حكم العقود المترتبة]

إشارة

المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير وإما العقد الواقع على عوضه و على كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو على عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و مجمع الكل فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس ثم باعه المشتري بكتاب ثم باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم و باع الثالث الدينار بجارية و باع بائع الفرس الدرهم برغيف ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهي ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناء على الكشف و أما بناء على النقل فيبني على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و هي فسخ بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده أعنى بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة و هو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنية على مسألة اشترط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعنى مال المجيز. و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز - فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم فيتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما إجازة العقد الواقع على العوض - أعنى بيع الدرهم برغيف فهي ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أم على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على العوض و هو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البديل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً. و ملخص ما ذكرنا أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز فإن وقعت من أشخاص متعددة كانت إجازة منها فسحا لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و لعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح و الدروس في حكم ترتب العقود من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صح و ما بعده و في الثمن ينعكس فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة. و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره بل مرادها ترامي الأثمان في العقود المترتبة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان و قد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من أن العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الأول له بل العوض و لو بواسطة.

[الإشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب]

ثم إن هنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه فقال الأول فيما حكى عنه إن وجه الإشكال أن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقى ففيه الوجهان فلا تنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثنا عن مبيع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه انتهى. و قال في محكى الحواشي إن المشتري مع علمه بالغصب - يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن فلا يدخل في ملك رب العين فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فتتحقق ملكيته للمبيع فلا يتصور نفوذ الإجازة فيها لصيرورته ملكاً للبائع و إن أمكن إجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضاً لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا - يكون ثمناً فلا - تؤثر الإجازة في جعله ثمناً فصار الإشكال في صحة البيع و في التبع ثم قال إنه يلزم من القول ببطان التبع بطلان إجازة البيع في المبيع لاستحالة كون المبيع بلا ثمن فإذا قيل إن الإشكال في صحة العقد كان صحيحاً أيضاً

انتهى. و اقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سراية هذا الإشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب و المحكى عن الإيضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم الإشكال في الكشف و النقل. قال في محكى الإيضاح إذا كان المشتري جاهلاً للمالك تتبع العقود و رعايته مصلحته و الربح في سلسلتى الثمن و المثمن و أما إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسلمة لا- يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملك الغاصب مجاناً لأنه بالتسليم إلى الغاصب- ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أى الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب و على القول بأن إجازة المالك كاشفة فإذا أجاز العقد كان له و يحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله و أشقها عليه و المالك مأخوذ بالأحوال ثم قال و الأصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به انتهى كلامه رحمه الله.

[عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف]

و ظاهر كلامه أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد بأن تسليط

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٤

المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ملك الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل بمقتضاه و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله فليس له أن يسترده بناء على ما نقل من الأصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن لأن إجازة المالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن لأنه قبلها أجنبي عنه و المفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل و كذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. و ما ذكره في الإيضاح من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم يعلم له وجه بناء على النقل لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز و التسليط المتأخر عنه علة تامه لتملك الغاصب فكيف يكون حق المجيز أسبق. نعم يمكن أن يقال إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع لا لأن نفس التسليط علة تامه لاستحقاق الغاصب على تقديري الرد و الإجازة و حيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد و جب الاقتصار فيه على المتيقن و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة فافهم.

مسألة في أحكام الرد

[ما يتحقق به الرد]

لا- يتحقق الرد قولاً إلا بقوله فسخت و رددت و شبه ذلك مما هو صريح في الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما كالتعق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك و الوجه في ذلك أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك

و أما التصرف غير المخرج عن الملك- كاستيلاذ الجارية و إجارة الدابة و تزويج الأمة فهو و إن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه إلا- أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل أن وقوع هذه الأمور صحيحة مناقضة لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحا فلا- بد من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه أو إيقاعه على غير وجهه و حيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. و بالجملة كل ما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد فوقوعه صحيحا مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس كان عليه أجره المثل إذا أجاز فتأمل و منه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونه لأن التنافي بينهما واقعي و دعوى أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة و لذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئا ثم ملكه مدفوعة بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي و تصح الإجازة.

بقي الكلام في التصرفات غير المنافية لملك المشتري**إشارة**

من حين العقد- كتعريض المبيع و البيع الفاسد و هذا أيضا على قسمين لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله و إما أن تقع في حال عدم الالتفات

[ما يقع في حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى

أما الأول فهو رد فعلى للعقد و الدليل على إلحاقه بالرد القولى مضافا إلى صدق الرد عليه فيعمه ما دل على أن للمالك الرد مثل ما وقع في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه. و ما ورد فيمن زوجته أمه و هو غائب من قوله ع: إن شاء قبل و إن شاء ترك إلا أن يقال إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك فلا تعرض فيه لكيفيته إن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولى موجود في الرد الفعلى و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفى العقد مضافا إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق- فإن الوجه في حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع و إلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقع على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك و كيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

[ما يقع في حال عدم التفات المالك

و أما الثانى و هو ما يقع في حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالته على إنشاء الرد و المفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد و الالتفات إلى وقوع المردود نظير إنكار الطلاق الذى جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم لو ثبتت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى كما عرفت لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسألة محل إشكال بل الإشكال في كفاية سابقه أيضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة و لذا استشكل في

القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده وقرره في الإيضاح وجامع المقاصد على الإشكال.

[حاصل الكلام فيما يتحقق به الرد]

والحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي و في حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا- يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الرد الفعلي و هو الفعل المنشأ به لمفهوم الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به و أما مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية- و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي أوضح. و أما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلي. و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطئ و العتق فالظاهر أن الفسخ بهما من باب تحقق

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٥

القصد قبلهما لا لمنافتهما لبقاء العقد لأن مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام في محله ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقف على الرد بل يكفي فيه عدم الإجازة و الظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على إرادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم و لذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

مسألة لو لم يجز المالك

إشارة

فإن كان المبيع في يده فهو- و إلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر و فرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة هذا كله حكم المالك مع المشتري

و أما حكم المشتري مع الفضولي

إشارة

فيقع الكلام فيه تارة في الثمن و أخرى فيما يغرمة للمالك زائدا على الثمن فهنا مسألتان

الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا

إشارة

سواء كان باقيا أم تالفا و لا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا- لأن اعترافه مبني على ظاهر يده. نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم إسناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئه لم يرجع بشيء و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيرها ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته على الواقع وجهان

[لو كان عالما بكونه فضوليا و كان الثمن باقيا]

و إن كان عالما بالفضولية فإن كان الثمن باقيا استرده وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و لأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فإن تملك البائع للثمن قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة فتأمل. و هل يجوز للبائع التصرف فيه وجهان بل قولان أقواهما العدم لأنه أكل مال بالباطل هذا كله إذا كان باقيا

[حكم ما لو كان الثمن تالفا]

و أما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم رحمهم الله الاتفاق عليه و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى و العلامة و غيرهما و يظهر من آخرين أيضا أنه سلطه على ماله بلا عوض. و توضيح ذلك أن الضمان إما لعموم على اليد ما أخذت و إما لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه و الأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما في الوديعة أو الانتفاع به كما في العارية أو لاستيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى و دعوى أنه إنما سلطه في مقابل العوض لا مجانا حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدم عدم الضمان فيها مندفعة بأنه إنما سلطه في مقابل ملك غيره فلم يضمنه في الحقيقة شيئا من كيسه فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجازة بلا أجره التي قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان و هو الإقدام على الضمان هنا لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن إلا بما علم المشتري أنه ليس ملكا له. فإن قلت تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير - لبنائه لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم في صحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمنه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن و تعاقد معرضين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة بل بنى المشتري على كون المثمن ملكا للبائع فالتسليط ليس مجانا و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى إلا أن كون المثمن مالا له ادعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكا للغير فإن المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا مع أنه إنما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذى هو مال الغير فكما أن التضمين هنا حقيقى و كون المثمن مالا له اعتقادى لا يقدر حيثئذ تخلفه في التضمين فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثمن عدوانا لا يقدر في التضمين الحقيقى بماله. قلت الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه و إذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك. و ما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثمن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال الغير فهو إنما يصح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء مع عدم كون البائع أهلا لذلك في الواقع و إلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقى بالنسبة إليهما و لذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل أنه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنه إنما ضمنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه دون ضمان و إن كان ما ضمنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمين لأنه إنما طابت نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكا له و صيرورته مباحا له بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه لأن طيب النفس بالتصرف - و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. و مما ذكرنا يظهر أيضا فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث إنه ضمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به فكأنه لم يضمنه بشيء و وجه الفساد أن التضمين الحقيقى حاصل هنا لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان و التضمين في نظر

الشارع لأن المفروض فساده فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٦

تسليط مجاني أو استيمان عن مالكة موجبا لضمانه على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحناه بما لا مزيد عليه.

و حاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال - كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد هذا و لكن إطلاق قولهم أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه نظرا إلى أن البيع الصحيح يقتضى الضمان بفساده كذلك إلا أن يفسر بما أبطناه سابقا من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع بلا ثمن و الإجارة بلا - أجره إذا فرض صحيحا لا يكون فيها ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا في توضيح هذه القضية فإن معناه أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا و أخرى فاسدا. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح بل يراد مطلق المعاملة المالية التي لا يوجد لها فردان صحيح و فاسد فيقال إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره تملك بلا عوض من مال الآخر و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة غير المعوضة لا ضمان فيها ففسادها كذلك فتأمل و بالجملة فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض و لذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في بعتك بلا ثمن مع اتفاقهم عليه و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجره و يؤيد ما ذكرنا ما دل من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا و إن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده - إذ لم يسلطه عليه و لا إذن له في التصرف فيه فضلا عن إتلافه و لعل كلماتهم و معاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناء على العقد الواقع بينهما فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد و التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع فيه مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها و لو كان الثمن كليا فدفع إليه المشتري بعض أفرادها فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا.

المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن

إشارة

فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة و إما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة و إما أن يكون

غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع كالنفقة و ما صرفه في العمارة و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلك أو نقص من الصفات و الأجزاء

[لو كان عالما بالفضولية]

ثم المشتري إن كان عالما فلا رجوع له في شيء من هذه الموارد لعدم الدليل عليه

[لو كان جاهلا بالفضولية]

إشارة

و إن كان جاهلا فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض. و عن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد دعوى الإجماع على الرجوع ما لم يحصل في مقابله نفع و في السرائر أنه يرجع قولاً واحداً و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للفرور فإن البائع مغرر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته و القاعدة نفى الضرر مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها: عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمة الولد التي أخذت فإن حريه ولد المشتري إما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا و على التقديرين يثبت المطلوب مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعلية الحكم فيطرد في سائر ما أخذ منه

[توجيه بعض الروايات الساكنة عن رجوع المشتري إلى البائع]

و أما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع - في بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك كرواية زرارة: في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم أتاه من يزعم أنها له و أقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها و رواية زريق قال: كنت عند أبي عبد الله ع يوماً إذ دخل عليه رجلان فقال أحدهما إنه كان على مال لرجل من بني عمار و له بذلك حق و شهود فأخذ المال و لم أسترجع عنه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتاباً و لا أخذت منه براءة بذلك و ذلك لأنني وثقت به و قلت له مزق الذكر بالحق الذي عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه و عقيب هذا طالبني بالمال وراثته و حاكموني و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان المال كثيراً فتواريت عن الحاكم فباع على قاضي الكوفة معيشة لي و قبض القوم المال و هذا رجل

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٧

من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي ثم إن ورثه الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرد على معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومة فقال إنني أحب أن تسأل أبا عبد الله ع عن هذا فقال الرجل يعني المشتري كيف أصنع جعلت فداك قال تصنع أن ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها قال فإذا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا قال نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعت أنت فإن للزارع إما قيمة الزرع و إما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له و رد عليك القيمة و كان الزرع له قلت جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه

يقبله و يأخذه قلت أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و رد البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض كلما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه. و فيه مع أنا نمنع و رودها- إلا- في مقام حكم المشتري مع المالك أن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع مع أن البائع في قضية زريق هو القاضى فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم لأذن الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها و إن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف- و تصرفه في أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

[ما يغترمه في مقابل المنافع غير المستوفاة]

و أما الثانى و هو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء ففى الرجوع بها خلاف أقواهما الرجوع وفاقا للمحكى عن المبسوط و المحقق و العلامة في التجارة و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. و عن التنقيح بأن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله و تؤيده قاعدة نفي الضرر- فإن تغريم من أقدم على إتلاف شىء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه إلى من غره في ذلك ضرر عظيم و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر و كيف كان فصدق الضرر و إضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا في بعض الموارد فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شىء مضافا إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر و أما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه كما في المكروه و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقته و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه لكون المباشر بمنزلة الآلة و أما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود فلا بد من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة أو كون الغار سببا في تغريم المغرور فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح و أما الأول فقد عرفته و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا في خصوص المسألة إلا أن تحققهما في نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا و رجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا. و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما في كلام بعض حيث عدل في رد مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى فإن الإنصاف أن مفهوم الغرور و الموجب للرجوع في باب الإتلاف و إن كان غير منقح إلا أن المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير فيشبه المكروه في عدم القصد هذا كله مضافا إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناء على أن حرية الولد منفعه راجعة إلى المشتري و هو الذى ذكره المحقق احتمالا في الشرائع في باب الغصب بناء على تفسير المسالك و فيه تأمل.

[ما يغترمه في مقابل العين]

ثم إن ما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغترمه في مقابل العين- من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد كما لو باع

ما ساوى عشرين بعشرة فتلف فأخذ منه المالك عشرين فإنه لا يرجع بعشرة الثمن و إلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره فى ذلك لأنه لو فرض صدق البائع فى دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع و أما العشرة الزائدة فإنما جاءت غرامتها من كذب البائع فى دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع. و مما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر فى وجه عدم الرجوع من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين و كون تلفها منه كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه و مع الإقدام لا غرور و لذا لم يقل به فى العشرة المقابلة للثمن. توضيح الاندفاع- أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سببا لضمان المبيع بقيمته الواقعية فالمانع من تحقق الغرور و هو الإقدام لم يكن إلا فى مقابل الثمن و الضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغيير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٨

فغرامة العشرة الزائدة و إن كانت مسببة عن الإقدام إلا أنها ليست مقدما عليها هذا كله مع أن التحقيق على ما تقدم سابقا- أن سبب الضمان فى العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان و أن ليس الإقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان و إن استدل به الشيخ و أكثر من تأخر عنه و قد ذكرنا فى محله توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد فراجع و كيف كان فجريان قاعدة الغرر فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل فى مقابله نفع هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى

[ما يغترمه بإزاء الأجزاء التالفة]

هذا كله فيما يغترمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة. و أما ما يغترمه المشتري بإزاء أجزائه التالفة فالظاهر أن حكمه حكم المجموع فى أنه يرجع فى الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع فى تمام ما يغترمه.

[ما يغترمه بإزاء الأوصاف التالفة]

و أما ما يغترمه بإزاء أوصافه فإن كانت مما لا يسقط 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.

[حكم ما يغترمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهة الفضولية]

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغترمه إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً- من غير جهة كون البائع غير مالك- أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع لأن الغرامة لم تجيء من تغيير البائع فى دعوى الملكية و إنما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامة غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق و المالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع و كذبه ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه- لأن المفروض قرار الضمان على البائع. و أما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوى الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده.

[حكم المالك بالنسبة إلى الأباى المتعاقبة]

فإن قلت إن كلا من البائع والمشتري - يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان و حصول التلف في يد المشتري لا - وجه له ولا - دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه. نعم لو أتلف بفعله رجح لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق. قلت توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف - و صيرورته في عهده كل منهما مع أن الشيء الواحد لا يعقل استقراره إلا في ذمة واحدة و أن الموصول في قوله على اليد ما أخذت شيء واحد كيف يكون على كل واحدة من الأيدى المتعددة فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه فإذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهده كل من الأيدى لكن ثبوت الشيء الواحد في العهده المتعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفها و حيث إن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبه كل منهم الخروج عن العهده عند تلفه فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البديل بمعنى أنه إذا استوفى من أحدهم سقط من الباقي لخروج الباقي عن كونه تداركا لأن المتدارك لا يتدارك. و الوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي أن مطالبته ما دام لم يحصل إليه المبدل و لا بد له فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. و يتحقق مما ذكرنا أن المالك إنما يملك البديل على سبيل البدلية إذ يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف و أصلا إلى المالك و يمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى و ضمان عهده العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا كما في الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة و قواه في الإيضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة. و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة في درسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال قال و نظيره في العبادات الواجب الكفائي و في الأموال الغاصب من الغاصب هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدى.

[حكم الأيدى المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض]

و أما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أن اللاحق إذا رجح عليه لا يرجع إلى السابق - ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان كما لا - ريب في أن السابق إذا رجح عليه و كان غارا لللاحق لم يرجع إليه إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له فنقول إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته له بالبديل قبل اللاحق فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له ببدل فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البديل و المبدل على سبيل البديل إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البديل و إلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له و لا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك لأنه من باب الغرامة و التدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء. و الحاصل أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد فتشغل ذمته إما بتدارك العين و إما بتدارك ما تداركها و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل كما كان في الأيدى المتعاقبة اشتغال ذمة إشخاص على البديل لشيء واحد لشخص واحد و ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجح عليه إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبديل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٩

بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية قال و بذلك اتضح الفرق بين من

تلف المال في يده و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعى لا ذمى إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو انتهى و أنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمى و خطاب غيره شرعى مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء. و المفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد فى كون كل من ذوى الأيدى مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون فى إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقديمه على الوصايا و الضرر فيه مع الغرماء و مصالحة المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك من أحكام ما فى الذمة مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما فى ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختياري و لا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف فى يده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه فى الأيدى العادية إلا بمن تلف فى يده مع أن الظاهر خلافه فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلفت فى يده

[لو كانت العين باقية فى الأيدى المتعاقبة]

هذا كله إذا تلف المبيع فى يد المشتري و قد عرفت الحكم أيضا فى صورة بقاء العين و أنه يرجع المالك بها على من فى يده أو من جرت يده عليها فإن لم يمكن انتزاعها ممن هى فى يده غرم للمالك بدل الحيلولة- و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة و لا ترتفع سلطة المالك على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثانى لأن عهدها على الأول فيجب عليه تحصيلها و إن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه و لو لم يقدر على استردادها إلا المالك و طلب من الأول عوضا عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائدة عليها مما يعد إجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين و أما إذا تغيرت فتجىء فيه صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها و إن كان كثير مما ذكرنا أيضا مما لا يناسب ذكره إلا فى باب الغصب إلا أن الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها فى هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم و العمل إنه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه

فعلى القول ببطلان الفضولى فالظاهر أن حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله- و الحكم فيه الصحة لظهور الإجماع بل دعواه عن غير واحد مضافا إلى صححة الصفار المتقدمة فى أدلة بطلان الفضولى من قوله ع: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك و لما ذكرنا قال بها من قال ببطلان الفضولى كالشيخ و ابن زهرة و الحلى و غيرهم. نعم لو لا النص و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجىء فى بيع ما يملك و ما لا يملك و أما على القول بصحة الفضولى فلا ينبغى الريب فى الصحة مع الإجازة بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري- مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة و سيجىء فى أقسام الخيار بل عن الشيخ فى الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صححة الصفار و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن و كلام الغنية على العالم ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيدة فى بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعى كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضميمه و سيجىء الكلام فى محله ثم إن البيع المذكور صحيح- بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن و موقوف فى غيره بحصته و طريق معرفة حصه كل منهما من الثمن فى غير المثلى أن يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلاثة دنانير و قيل إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي

الثلث و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الإرشاد حيث قال و يسقط المسمى على القيمتين و لعله أيضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللعة من أنهما يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما و لهذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الإرشاد حيث قال طريق تقسيط المسمى على القيمتين إلى آخره. لكن الإنصاف أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمها معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم ثم يقوم أحدهما ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كل منهما و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع و من هنا أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعي باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثلث خمسة فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثلث نسبه إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد مع أنه لم يستحق من الثلث إلا مقداراً من الثلث مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين و نصفاً. و الحاصل أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثلث يستحقها الغير مع الإجازة و يصح في نصيب المالك بحصة كأن يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع أو مرادهم من تقويمها تقويم كل منهما منفرداً و يراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و إلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٠

لا- يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي لا يمكن القول فيها و إن كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع بل تنتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة بحيث تكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد فإن هذه فرض ممكن كما صرح به في رهن جامع المقاصد و غيره فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثلث و المثلث كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة ثمانية فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين - نسبة الشيء إلى مماثله فيرجع بكل الثمانية و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفرداً و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين فإن قلت إن المشتري إنما بذل الثلث في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما فالبايع إنما يستحق من الثلث ما يوزع على ماله منفرداً فله من الثلث جزء نسبه إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة و هو درهم واحد فالزيادة ظلم على المشتري و إن كان ما أوهمته عبارة الشرائع و شبهها من أخذ البائع أربعة و المشتري واحداً أشد ظلماً كما نبه عليه في بعض حواشي الروضة فاللازم أن يقسط الثلث على قيمة كل من الملكين منفرداً أو على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من الثلث بنسبة قيمة ملكه منفرداً و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً و قيمة هيئته الاجتماعية. قلت فوات وصف الانضمام- كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضموناً في باب المعاوضات و إن كان مضموناً في باب العدوان غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين في الوجود كعبد و جارية أو متحدين كعبد ثلثة للبائع و ثلثاه لغيره فإنه لا يوزع الثلث على قيمة المجموع أثلاثاً لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه أقل رغبة منه بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثلث بتلك النسبة هذا كله في القيمي أما المبيع المثلي - فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثلث على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البائع و الأجنبي بما يخصه و إن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين و تقسيط الثلث على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به و إلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان حملة على نصفه المملوك له و حملة على النصف المشاع بينه و بين الأجنبي و منشأ الاحتمالين إما تعارض ظاهره النصف أعنى الحصّة المشاعة في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص و إن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام و لذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجيء أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير لا بد فيه إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و إما من بناءه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا. و 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 إلى عبده فقاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيفسر بهما إجمال لفظ المبيع ثم إنه لو كان البائع و كيلا- في بيع النصف أو وليا عن مالكة فهل هو كالأجنبي وجهان مبنيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التملك في الأصالة الأقوى هو الأول لأن ظهور التملك في الأصالة من باب الإطلاق و ظهور النصف في المشاع و إن كان كذلك أيضا إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق. و ما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيد إلا أنه مختص بالفضولي لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الولي فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع تحكيما لظاهر النصف إلا أن يمنع ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع و أما ملاحظة حقي المالين و إرادة الإشاعة في الكل من حيث إنه مجموعهما فغير معلومة- بل معلومة العدم بالفرض. و من المعلوم أن النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا في بيع ذلك عن غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه لأنه عقد على ما يملكه فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له و لعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم أنه لو أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي و قيمة نصف الموهوب و إن ذكروا ذلك احتمالا و ليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى فَنَصْفُ مَا قَرَضْتُمْ و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا- للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات بل لا- تغاير بينهما إلا بالاعتبار فلا وجه لاعتبار القيمة نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمة لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام و نظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح- من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعا في نصيبها فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع و إلا نفذ في الربع فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالحة بنصف المقر له لأنه إن وقع الصلح على نصفه الذي أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه و إن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته فلا وجه لاشتراكه بينه و بين

المكاسب، ج ٢، ص ١٥١

شريكه و لذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له و فصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد فاختر مذهب المشهور في الثالث لأن الإقرار منزل على الإشاعة و حكمه بالاختصاص في الأولين لاختصاص النصف و ضعا في الأول و انصرافا في الثاني إلى النصف المختص و اعترضه في مجمع الفائدة بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به و تمام الكلام في محله و على كل حال فلا- إشكال في أن لفظ النصف المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه و لهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما

على نصف العين بأن ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع في النصيبين - فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتة إلى المقر والمقر له على حد سواء فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع على الاستحقاق. و دعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقر سدس و في يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال إن له في يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده و هو السدس المقر به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه بأن ما في يد الغير ليس عين ماله فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره بل هو مقدار حصته المشاعة كحصه المقر و حصه المقر له بزعم المقر إلا أنه لما يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده إلا على احتمال ضعيف و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه لكنه احتمال مضعف في محله و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للحرج أو السيرة. نعم يمكن أن يقال في هذا المقام بأن التلف في المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر و الشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له فلا يحسب منه على المقر شيء و ليس هذا كأخذ الغاصب جزء معينا من المال عدوانا بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين. و الحاصل أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع و إنما أذن له على أن يكون من مال المقر له و لعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثالث و لا يدفع إليه نصف ما في يده نظرا إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث و كل ما حصل كان لهما و كل ما نوى كذلك هذا و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة أن الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به. و من المعلوم أن مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمناصفة و أما المنكر فإن كان عالما فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما قابل حصته عما في يدهما و الزائد حق لهما عليه. و أما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر و حكاة الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد بل ظاهره جعل فتواه كروايته إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة و تبعه سبطه و السيد [صاحب الرياض في شرحي النافع. و الظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل و الكليني بل و غيرهما. فروى الصدوق مرسلا و الشيخ مسندا عن وهب بن وهب أبي البختری عن جعفر ابن محمد عن أبيه ع قال: قضى

على ع في رجل مات و ترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجز ذلك على الورثة و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا و كذلك إن أقر بعض الورثة بأخ أو أخت إنما يلزمه في حصته و بالإسناد قال قال على ع:

من أقر لأخيه فهو شريك في المال و لا يثبت نسبه فإن أقر اثنان فكذلك إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم. و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار و الميراث إن شاء الله.

مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

كالخمر و الخنزير صفقة بثمان واحد صح في المملوك عندنا كما في جامع المقاصد و إجماعا كما عن الغنية و يدل عليه إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة و دعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من أن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا بالحكم

بالإمضاء فى البعض مع كونه مقصودا إلا- فى ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه و قد نبه عليه فى جامع المقاصد فى باب فساد الشرط و ذكر أن فى الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا و تمام الكلام فى باب الشروط- و يكفى هنا الفرق بالنص و الإجماع. نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكر فى المسالك وفاقا للمحكى فى التذكرة عن الشافعى من جهة إفضائه إلى الجهل بضمن المبيع قال فى التذكرة بعد ذلك و ليس عندى بعيدا من الصواب الحكم بالبطالان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه انتهى. و يمكن دفعه بأن اللانزم هو العلم بضمن المجموع الذى قصد إلى نقله عرفا و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة فيبيع الغرر المتعلق لنهى الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غررا فى نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطالان لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرح به الشهيد فى محكى الحواشى المنسوبة إليه المكاسب، ج ٢، ص ١٥٢

حيث قال إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه و إلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كالا قصد انتهى لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيت- و إن كان مناسبا لما ذكره فى بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع لأنه سلطه عليه مجانا فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك إما لوقوع المجموع فى مقابل المملوك كما عرفت من الحواشى و إما لبقاء ذلك القسط له مجانا كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد ثم إن طريق تقسيت الثمن على المملوك و غيره- يعرف مما تقدم فى بيع ماله مع مال الغير من أن العبرة بتقويم كل منهما منفردا و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين لكن الكلام هنا فى طريق معرفة قيمة غير المملوك. و قد ذكروا أن الحر يفرض عبدا بصفاته و يقوم و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتهم عند من يراهما مالا و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهم إذا باع الخنزير بعنوان أنه شاء و الخمر بعنوان أنها حل فبان الخلاف- بل جزم بعض هنا بوجود تقويمهما قيمة الخل و الشاء كالحر.

[القول فى أولياء التصرف]

مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل - بالبيع و الشراء

إشارة

و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرحة فى موارد كثيرة و فحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح

[عدم اعتبار العدالة فى ولاية الأب و الجد]

و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج خلافا للمحكى عن الوسيلة و الإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلا فى الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله و يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه انتهى. و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التى أشار إليها فى جامع المقاصد و فى دلالة الآية نظر و أضعف منها ما ذكره فى الإيضاح من الاستحالة إذ

المحذور يندفع كما في جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله انتهى

و هل يشترط في تصرفه المصلحة - أو يكفى عدم المفسدة أم لا

يعتبر شيء وجوه - يشهد للأخير إطلاق ما دل على أن مال الوالد للوالد كما في رواية سعد بن يسار و أنه و ماله لأبيه كما في النبوي المشهور و صحيحه ابن مسلم: إن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء و ما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا: من أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد في قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ إِنْ شَاءَ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ و يؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب - كما يشهد له قوله ع في رواية الحسين بن أبي العلاء قال: قلت لأبي عبد الله ع ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر إليه قال فقلت له فقول رسول الله ص للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال إنما جاء بأبيه إلى النبي ص فقال يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي عن أمي فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه فقال النبي ص أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله ص يحبس الأب للابن و نحوها صحيحه أبي حمزة الثمالي: عن أبي جعفر ع قال قال رسول الله ص لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ع ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه أن الله لا يحب الفساد. فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة و أنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل هذا كله مضافا إلى عموم قوله تعالى و لا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِنْ إِطْلَاقُهُ يَشْمَلُ الْجَدَّ و يتم في الأب بعدم الفصل و مضافا إلى ظهور الإجماع على عدم اعتبار المفسدة بل في مفتاح الكرامة استظهر الإجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة و ليس ببعيد فقد صرح به في محكي المبسوط حيث قال و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة الأب و الجد للأب و وصى الأب و الجد و الحاكم و من يأمره ثم قال و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلاً - لأنه خلاف ما نصب له انتهى و قال الحلبي في السرائر لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه و هذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى. و قد صرح بذلك أيضا المحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم بل في شرح الروضة للفاضل الهندي أن المتقدمين عموما الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء و استظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين. و قد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الإتلاف بالاقتراض لأنا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إتلافه قال و توقف زاعما أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب هذا و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة - وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بما دل على ولاية الجد و سلطته الظاهرة في أن له أن يتصرف في مال الطفل بما ليس فيه مفسدة له فإن ما دل على ولاية الجد في النكاح معللا بأن البنت و أباهما للجد. و قوله ص: أنت و مالك لأبيك خصوصا مع استشهاد الإمام ع به في مضي نكاح الجد بدون إذن الأب ردا على من أنكرك و حكم ببطان ذلك من العامة في مجلس بعض الأمراء و غير ذلك يدل على ذلك مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه في حكم الجد دون الأب و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة فقد حكى عن بعض متأخري

المتأخرين

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٣

القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر

[مشاركة الجد و إن علا للأب في الحكم

ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد و إن علا يشارك الأب في الحكم و يدل عليه ما دل على أن الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه و ما دل على أن الولد و والده لجده

و لو فقد الأب و بقي الجد فهل أبوه أو جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية

قولان من ظاهر أن الولد و والده لجده و هو المحكى عن ظاهر جماعة و من أن مقتضى قوله تعالى و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض كون القريب أولى بقربه من البعيد فينفى ولاية البعيد و خرج منه الجد مع الأب و بقي الباقي و ليس المراد من لفظ الأولى التفضيل مع الاشتراك في المبدأ بل هو نظير قولك هو أحق بالأجر من فلان و نحوه و هذا محكى عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و للمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم

إشارة

و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و قد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول مستعينا بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة

أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى في علمه

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعى عليها و لا إشكال و لا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامى و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثانى الحكومه

فله الحكم بما يراه حقا في المرافعات و غيرها في الجملة و هذا المنصب أيضا ثابت له بلا خلاف فتوى و نصا و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

إشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا فنقول

الولاية تصور على وجهين

الأول استقلال الولي بالتصرف

مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا بإذنه أو غير منوط به و مرجع هذا إلى كون نظره سببا في جواز تصرفه.

الثانى عدم استقلال غيره بالتصرف

و كون تصرف الغير منوطا بإذنه و إن لم يكن هو مستقلا بالتصرف و مرجع هذا إلى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره و بين موارد الوجهين عموم من وجه ثم إذنه المعتبر فى تصرف الغير إما أن يكون على وجه الاستتابة كوكيل الحاكم و إما أن يكون على وجه التفويض و التولية كمتولى الأوقاف من قبل الحاكم و إما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره لفظا فى الصلاة على ميت لا ولى له

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة ع

إشارة

إذا عرفت هذا فنقول مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد- بشىء من الأمور المذكورة خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة

[الاستدلال بالكتاب

قال الله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ - فَلْيَخِذْ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَ أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ إِنَّمَا وَرَثَكُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ الْآيَةُ إِلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ.

[الاستدلال بالروايات

و قال النبي ص كما فى رواية أيوب بن عطية: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و قال فى يوم غدير خم: أ لست أولى بكم من أنفسكم قالوا بلى قال من كنت مولاه فهذا على مولاه. و الأخبار فى افتراض طاعتهم و كون معصيتهم كمعصية الله كثيرة يكفى فى ذلك منها مقبوله عمر بن حنظلة و مشهورة أبى خديجة و التوقيع الآتى حيث علل فيه حكومة الفقيه و تسلطه على الناس بأنى قد جعلته كذلك و أنه حجتى عليكم.

[الاستدلال بالإجماع و العقل

و أما الإجماع فغير خفى و أما العقل القطعى فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنهم أولياء النعم و غير المستقل حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن فى الجملة كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى لأن الحق هنا أعظم بمراتب فتأمل. و المقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية و أنه لا دليل على وجوب إطاعته فى أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال و الأنفس. و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التبع و التأمل أن للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى و أن تصرفهم نافذ على الرعية ماض مطلقا هذا كله فى ولايتهم بالمعنى الأول.

و أما بالمعنى الثانى أعنى اشتراط تصرف الغير بإذنه

فهو وإن كان مخالفا للأصل إلا أنه قد وردت أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معين من الرعية كالحدود و التعزيرات و التصرف في أموال القاصرين و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك يكفي في ذلك ما دل على أنهم أولو الأمر و الولاية فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص و كذا ما دل على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإنه دل على أن الإمام هو المرجع الأصلي. و ما عن العلل بسنده عن الفضل بن الشاذان: عن مولانا أبي الحسن الرضاع في علل حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل و منها أنا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملة من الملل عاشوا و بقوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه من أمر الدين و الدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بلا رئيس و هو يعلم أنه لا بد لهم منه و لا قوام لهم إلا به هذا مضافا إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات و أنها لإمام المسلمين و في الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع و كيف كان فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة بدون إذنهم و رضاهم لكن لا عموم يقتضى أصالة توقف كل تصرف على الإذن. نعم الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر و ولاته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة و المرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع و إلا- فإلى الأصول العملية لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة و إنما تنفع ذلك مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض و بالجملة فلا يهمننا التعرض لذلك

إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه

إشارة

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٤

بأحد الوجهين المتقدمين فنقول

أما الولاية على الوجه الأول أعني استقلاله في التصرف

فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة في شأن العلماء مثل: إن العلماء ورثة الأنبياء و ذلك أن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر و أن: العلماء أمناء الرسل. و قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حاله و حرامه و قوله ص: علماء أمتي كأنبياء بنى إسرائيل و فى المرسله المرويه فى الفقه الرضوى: أن منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى إسرائيل و قوله ع فى نهج البلاغه: أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به إنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ إِلَى آخِرِ آيَةِ و قوله ص ثلاثا: اللهم ارحم خلفائى قيل و من خلفائك يا رسول الله الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى و قوله ع فى مقبوله [عمر] بن حنظلة: قد جعلته عليكم حاكما و فى مشهوره أبى خديجه: جعلته عليكم قاضيا و قوله عجل الله فرجه: هم حجتي عليكم و أنا حجة الله. إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع لكن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية لا كونهم كالنبي و الأئمة ص فى كونهم أولى بالناس فى أموالهم فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعا. نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما- بدفعهما إلى الفقيه مطلقا أو بعد المطالبة لو أفتى بذلك الفقيه وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار فيخرج عن محل الكلام هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة العام من الجهة المعهودة

المتعارفة من وظيفته من حيث كونه رسولا مبلغا و إلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. و بالجملة فأقامه الدليل على وجوب إطاعة الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعني توقف تصرف الغير على إذنه

فيما كان متوقفا على إذن الإمام ع و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها فنقول كل معروف علم من الشارع إرادته وجوده في الخارج إن علم كونه وظيفه شخص خاص كنظر الأب في مال ولده الصغير أو صنف خاص كالإفتاء و القضاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا إشكال في شيء من ذلك و إن لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطا في جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليته لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة إن كان مما يرى الاستنابة فيه و إلا عطله فإن كونه معروفا لا ينافي إناطته بنظر الإمام ع و الحرمان عنه عند فقد كسائر البركات التي حرمانا منها بفقده عجل الله تعالى فرجه. و مرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاص. أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة فيدل عليه مضافا إلى ما استفاد من جعله حاكما كما في مقبوله ابن حنظلة الظاهرة في كونه كسائر الحكام المنصوبة في زمان النبي ص و الصحابة في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه و الانتهاء فيها إلى نظره بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع في الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه و إلى ما تقدم من قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه التوقيع المروى في إكمال الدين و كتاب الغيبة و احتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التي ذكر: إنى سألت العمري رضى الله عنه أن يوصل لى إلى صاحب عجل الله فرجه كتابا فيه تلك المسائل التي قد أشكلت على فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام في أجوبتها و فيها و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التي لا بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا- أو شرعا إلى الرئيس مثل النظر في أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه منها أن الظاهر وكول نفس الحادثة إليه لياشتر أمرها مباشرة أو استنابة لا الرجوع في حكمها إليه. و منها التعليل بكونهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هذا منصب ولاة الإمام من قبل نفسه لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام و إلا كان المناسب أن يقول إنهم حجج الله عليكم كما وصفهم في مقام آخر بأنهم أمانة الله على الحلال و الحرام. و منها أن وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف مما لم يكن يخفى على مثل إسحاق ابن يعقوب حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأى أحد و نظره فإنه يحتمل أن يكون الإمام ع قد وكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان. و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشبه حكمه و لا بالمنازعات ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد مثل قوله ع: كل معروف صدقة و قوله ع: عون الضعيف من أفضل الصدقة و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام ع أو نائبه في الأمور العامة التي يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر في قوله أولى الأمر و على تسليم التنزل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا لكن المسألة لا تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورا و على أى تقدير. فقد ظهر مما ذكرنا أن ما دلت عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي تكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية و أما ما يشك في مشروعيته كالحدود

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٥

لغير الإمام و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخياري عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقهاء - بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام ع بالأدلة المتقدمة المختصة به مثل آية أولى بالمؤمنين من أنفسهم. و قد تقدم أن إثبات عموم نيابته للفقهاء عنه ع في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

و بالجملة فهنا مقامان أحدهما وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه لتقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذي لا ولى له فإنه يجب أن تقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأى الفقيه الثانى مشروعياً تصرف خاص فى نفس أو مال أو عرض و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثانى و إن كان الإفتاء فى المقام الثانى بالمشروعىة و عدمها أيضاً من وظيفته إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعىة. نعم لو ثبتت أدلة النيابة عموماً تم ما ذكر ثم إنه قد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب رواية أن السلطان ولى من لا ولى له و هذا أيضاً بعد الانجبار سندا أو مضمونا تحتاج إلى أدلة عموم النيابة. و قد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه و أنه لا يخلو عن وهن فى دلالة مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام و يظهر ذلك من المحقق الثانى أيضاً فى رسالته الموسومة بقاطع اللجاج فى مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام ع إذا ظهر للشك فى عموم النيابة و هو فى محله. ثم إن قوله ع من لا ولى له فى المرسله المذكورة ليس مطلقاً من لا ولى له بل المراد عدم الملكة يعنى أنه ولى من من شأنه أن يكون له ولى بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه فيشمل الصغير الذى مات أبوه و المجنون بعد البلوغ و الغائب و الممتنع و المريض و المغمى عليه و الميت الذى لا ولى له و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامة و نحو ذلك لكن يستفاد منه ما لم يكن استفاد من التوقيع المذكور و هو الإذن فى فعل كل مصلحة لهم فتثبت به مشروعىة ما لم تثبت مشروعىته بالتوقيع المتقدم فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين. نعم ليس له فعل شيء لا تعود مصلحته إليهم و إن كان ظاهر الولى يوهم ذلك إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولى له من من شأنه أن يكون له ولى يراد به كونه ممن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصلحته لا- بمعنى أنه ينبغى أن يكون عليه ولى له عليه ولاية الأخبار بحيث يكون تصرفه ماضياً عليه. و الحاصل أن الولى المنفى هو الولى للشخص لا عليه فيكون المراد بالولى المثبت ذلك أيضاً فمحصله أن الله جعل الولى الذى يحتاج إليه الشخص و ينبغى أن يكون له هو السلطان فافهم.

مسألة فى ولاية عدول المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه و هو ما كان تصرفاً مطلوباً للشارع إذا كان الفقيه متعذر الوصول فالظاهر جواز توليته لا- حاد المؤمنين لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط له بفرض التعدد و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالفاً لفرض العلم بكونه مطلوباً للوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذى أمر بإقامته فى الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام صح الرجوع إلى أصالة عدم المشروعىة كبعض مراتب النهى عن المنكر حيث إن إطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح. قال الشهيد رحمه الله فى قواعد يجوز للأحاد مع تعذر الحكام تولية آحاد التصرفات الحكيمية على الأصح كدفع ضرورة اليتيم لعموم و تعاؤوا على البر و التقوى و قوله ص: و الله تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه و قوله ص: كل معروف صدقة و هل يجوز أخذ الزكوات و الأحماس من الممتنع و تفريقها فى أربابها و كذا

بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه وجهان وجه الجواز ما ذكرنا ولأنه لو منع من ذلك لفانت مصالح تلك الأموال و هي مطلوبة لله تعالى. وقال بعض المتأخرين عن العلامة لا شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها و يصرفونها إلى غير مستحقها فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه و إن يئس من ذلك كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه لما في إبقائه من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم و مع اليأس يتصدق بها عنهم و يضمن و عند العامة تصرف في المصارف العامة انتهى. و الظاهر أن قوله فإن توقع إلى آخره من كلام الشهيد رحمه الله و لقد أجاد فيما أفاد إلا أنه لم يبين وجه عدم الجواز و لعل وجهه أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع الدعاوى و إقامة الحدود كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب و جد فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص. نعم لو فرض المعروف على وجه مستقل العقل بحسنه مطلقا كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل أحد إلا أنه خرج ما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه و هذا كتجهيز الميت و إلا فمجرد كون التصرف معروفا لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه و لهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفا و مصلحة و لا يفهم من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه لأن المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلة المعروف. و بالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين و هو مقتضى الأصل و يمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار أيضا

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٦

ففي صحيحة محمد بن إسماعيل رجل مات من أصحابنا و لم يوص فرجع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صبر إليه وصيته و كان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج قال فذكرت ذلك لأبي جعفر فقلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضي رجلا منا لبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى في ذلك قال إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس بالخبر بناء على أن المراد من المماثلة أما المماثلة في التشيع أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحة اليتيم و إن لم يكن شيعيا أو في الفقاهة بأن يكون من نواب الإمام عموما في القضاء بين المسلمين أو في العدالة و احتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعذره و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن المخالف و إن تعذر غيرهم فتعين أحدهما الدائر بينها فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل

[ظاهر بعض الروايات كفاية الأمانة]

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظه مصلحة اليتيم فيكون مفسرا لاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة. ففي صحيحة علي بن رثاب: رجل بيني و بينه قرابة مات و ترك أولادا صغارا و ترك مماليك غلما و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد و ما ترى في بيعهم قال فقال إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم الخبر و موثقه زرعه عن سماعة: في رجل مات و

له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك قال إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس بناء على أن المراد من يوثق به و يطمأن بفعله عرفا و إن لم يكن فيه ملكه العدالة لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة قال: سألت الرضاع و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة أ يطيب الشراء منه أم لا فقال ع إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك.

[رأى المؤلف فى المسألة]

هذا و الذى ينبغى أن يقال أنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل. و أما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق أو تكليفه بالنسبة إلى نفسه و أنه هل يكون مأذونا من الشرع فى مباشرة أم لا و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة كالشراء منه مثلا- أما الأول فالظاهر جوازه و أن العدالة ليست معتبرة فى منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف و لو مثل قوله ع: عونك الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى و لا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة قد عرفت أنها محمولة على صحيحة على بن رثاب المتقدمة بل موثقة زرعه و غير ذلك مما سياتى و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك فى صحته و لو شك فى حدوث الفعل منه و أخبر به ففى قبوله إشكال. و أما الثانى فالظاهر اشتراط العدالة فيه فلا- يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة بل يجب أخذ المال من يده و يدل عليه بعد صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة بل و موثقة زرعه بناء على إرادة العدالة من الوثيقة أن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنه بمجرد تصرف الفاسق فإن وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما فى مثال الصلاة المتقدم لأن الواجب هناك هى صلاة صحيحة و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق و إذا شك فى صحتها أحرزت بأصالة الصحة. و أما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح و إنما حمل على موضوع هو إصلاح المال و مراعاة الحال و الشك فى أصل تحقق ذلك فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. و إن شئت قلت إن شراء مال اليتيم لا- بد أن يكون ذا مصلحة له و لا- يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع كما لو شك المشتري فى بلوغ البائع فتأمل. نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق لأن مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو الثمن و أصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين]

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الإمام فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا- يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله لليتيم أو مطلق و ليه من غير تخصيص بالعاقد و أما لو أراد بيعه من شخص و عرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان فى يد الأول. و بالجملة فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجد- من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر

[مزاحمة فقيه لفقير آخر]

و أما حكام الشرع فهل هم كذلك فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولى له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا

[رأى المؤلف في المسألة]

الذى ينبغى أن يقال إنه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام فالنهي عن المزاحمة يختص بهم و أما الحكام فكل منهم حجة من الإمام ع فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٧

الحادث إلى الآخر فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه فحال كل منهم حال كل من الأب و الجد فى أن النافذ هو تصرف السابق و لا- عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرف الآخر كما يجوز لأحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم و أما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة و أن فعل الفقيه كفعل الإمام و نظره كنظر الذى لا- يجوز التعدى عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على النفس و الأموال حتى يقال إنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثه إليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجة منه ع على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرف و لأن دخوله فيه كدخول الإمام ع فدخول الثانى فيه و بناؤه على تصرف آخر مزاحم له فهو كمزاحمة الإمام ع فأدلة النيابة عن الإمام ع لا تشمل مما كان فيه مزاحمة الإمام ع. فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام و بين الأب و الجد لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة و بين كون كل واحد منهم نائباً و ربما يتوهم كونهم كالوكلاء المتعديين فى أن بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول و يندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا و كلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً فى تصرف مغاير و إن بنى عليه الأول و دخل فيه أما إذا فرضوا و كلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم فى الأمر كدخوله و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل و كالتهم على الإذن فى مخالفة نفس الموكل و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة أو استتابة كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة. و الوهم إنما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعديين المتعلقة بنفس ذى المقدمة فتأمل هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام مثل هذه الأزمان التى شاع فيها القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومة و كيف كان فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله فى كل إلزام قولى أو فعلى يجب الرجوع فيه إلى الحاكم فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره لأن نظره كنظر الإمام. ٩٦ و أما جواز تصدى مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلا أن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم

[هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم

ثم إنه هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا. ذكر الشهيد فى قواعده أن فيه وجهين و لكن ظاهر كثير من كلماتهم أنه لا- يصح إلا- مع المصلحة بل فى مفتاح الكرامة أنه إجماعى و أن الظاهر من التذكرة فى باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين و عن شيخه فى شرح القواعد أنه ظاهر الأصحاب و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلوى بذلك حتى فى الأب و الجد. و يدل عليه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد عموم قوله تعالى و لا- تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و حيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغى لم أجده فى كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام فنقول إن القرب فى الآية يحتمل معانى أربعة الأول مطلق التقلب و التحريك حتى من مكان إلى آخر فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد. الثانى وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه و مجتنباً فالمعنى تجنبوا عنه و لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن فلا يشمل حكم ما بعد الوضع. الثالث ما يعد تصرفاً عرفياً كالاقتراض و البيع و الإجارة و ما أشبه ذلك فلا يدل على تحريم إبقائه بحاله تحت يده

إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلا بتتقيح المناط. الرابع مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك و المعنى لا تختاروا في مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره فيدل على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور لأن إبقاءه قرب له بما ليس أحسن. و أما لفظ الأحسن في الآية فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات و على الثاني فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات الأحسن هو الاحتمال الثاني أعنى التفضيل المطلق و حينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها دينارا فأراد الولي جعلها دينارا فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه و إن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا أما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز و كذا لو جعلنا القرب من المعنى الرابع لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقدا فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو دينارا لأن القدر المشترك أحسن من غيره و أحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها دينارا قريبا و القدر المشترك أحسن من غيره فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما. و الحاصل أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء لكون القدر المشترك بينهما حسنا و عدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول عن أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة إلى مال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف لكن الإنصاف أن المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث و إن كان الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره

[ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة]

. نعم ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع. ففي حسنة الكاهلي قال: لأبي عبد الله ع إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم المكاسب، ج ٢، ص ١٥٨

و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى في ذلك قال إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس و إن كان فيه ضرر فلا [الحديث بناء على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين من أن الصدر دال على إناطة الجواز بالنفع و الذيل دال على إناطة الحرمة بالضرر فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر و هذا منه مبني على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يباذع مال اليتيم إليه بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله كأن يشرب ماء فيعطى فلسا يباذعته و هكذا و أنت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي. و في رواية ابن المغيرة: قلت لأبي عبد الله ع إن لى ابنه أخ يتيمة فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول يا رب هذا بهذا فقال لا بأس فإن ترك الاستفصال عن مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدي إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح إذ الظاهر من الطعام المهدي إليها هو المطبوخ و شبهه

و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا

وجهان.

قال الشهيد رحمه الله في القواعد هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه أو يكفى نفى المفسدة يحتمل الأول لأنه منصوب لها ولأصله بقاء الملك على حاله ولأن النقل والانتقال لا بد لهما من غاية والعمديات لا تكاد تقع غايةً وعلى هذا هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان. نعم لمثل ما قلناه لأن ذلك لا يتناهى - وعلى كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحة لم يجز العدول عن الأصلح و يترتب على ذلك أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة ولا مفسدة و تزويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك انتهى. و الظاهر أن فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتجار به أصلح منه لا يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب فى الآية بأن يراد لا تختاروا فى مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره و قد عرفت الإشكال فى استفادة هذا المعنى بل الظاهر التصرفات الوجودية فهى المنهى عن جميعها لا ما كان أحسن من غيره و من الترك فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك. نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة و أما إذا كان فى الترك مفسدة و دار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه - بل ربما يعد العدول فى بعض المقامات إفساداً كما إذا اشترى فى موضع بعشرة و فى موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه فى الأول إفساداً للمال و لو ارتكبه عاقل عد سفيها ليست فيه ملكه إصلاح المال و هذا هو الذى أراده الشهيد بقوله و لو ظهر فى الحال. نعم قد لا يعد العدول من السفاهة كما لو كان بيعه مصلحة أو كان بيعه فى بلد آخر مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية وجوبه.

مسألة يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مئناً أن يكون مسلماً

إشارة

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا كما فى التذكرة بل عن الغنية عليه الإجماع خلافاً للمحكي فى التذكرة عن بعض علمائنا و سيأتى عبارة الإسكافى فى المصحف.

[الاستدلال على عدم الصحة]

و استدلال للمشهور تارة بأن الكافر يمنع من استدامته لأنه لو ملكه قهراً يارث أو أسلم فى ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه كالنكاح و أخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن فينتفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و بالنبوى المرسل فى كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به فى موارد متعددة حتى فى عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم بل عدم جواز مساواته و هو قوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و من المعلوم أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضدة بالشهرة و اشتهار التمسك بالآية حتى أسند فى كثر العرفان إلى الفقهاء و فى غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكره من الأدلة خالياً عن الإشكال فى الدلالة. أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة فغاية توجيهه أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثاً و بقاءً من غير مدخلية لخصوص البقاء كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال لكن يرد عليه أن هذا إنما يقتضى عدم كون الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد. و الحاصل أن دلالة النهى عن الإدخال فى الملك تابعة لدلالة النهى عن الإبقاء فى الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه و المفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع. و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص

الوارد في عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين ع: اذهبوا فيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقروه عنده بناء على أن تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان و الاحتراز يدل على المنع من بيعه من الكافر فيفسد. توضيح الاندفاع أن التخصيص بالمسلمين إنما هو من جهة أن الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر و النهي عن إبقائه عنده و هي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحة به بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به فافهم. و أما الآية فباب الخدشة فيها واسع تارة من جهة دلالتها في نفسها و لو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص أو بقرينة ما قبلها الدالة على إرادة نفي الجعل في الآخرة. و أخرى من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفي الحجة للكفار على المؤمنين و هو ما روى في العيون عن أبي الحسن ع ردا على من زعم أن المراد بها

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٩

نفي تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكة أن الحسين بن علي ع لم يقتل بل شبه لهم و رفع كعيسى على نبينا و آله و عليهم السلام و تعميم الحجة على معنى يشمل الملكية و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف. و ثالثه من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دل على صحة البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة و تسلط الناس على أموالهم و حكومة الآية عليها غير معلومة و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به في طرف الاستدامة و في كثير من الفروع في الابتداء يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية بأن يراد من السبيل السلطنة فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقق السلطنة بل يكون محجورا عليه مجورا على بيعه و هذا و إن اقتضى التقييد في إطلاق ما دل على استقلال الناس في أموالهم و عدم حجرهم بها لكنه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أن الجعل شيء لم يكن و لن يكون و إن نفي الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال هذا مضافا إلى أن استصحاب الصحة في بعض المقامات - يقتضى الصحة كما إذا كان الكفر مسبوقا بالإسلام بناء على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبوقا بالكفر فيثبت في غيره بعدم الفصل و لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد لأن استصحاب الصحة مقدم عليها فتأمل

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصية. و أما تمليك المنافع ففي الجواز مطلقا كما يظهر من التذكرة و مقرب النهاية بل ظاهر المحكى عن الخلاف أو مع وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشي و جامع المقاصد و المسالك أو مع كون المسلم الأجير حرا كما عن ظاهر الدروس أو المنع مطلقا كما هو ظاهر القواعد و محكى الإيضاح أقوال أظهرها الثاني فإنه كالدين ليس ذلك سبيلا فيجوز. و لا فرق بين الحر و العبد كما هو ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة و حواشي الشهيد و جامع المقاصد بل ظاهر المحكى عن الخلاف نفي الخلاف فيه حيث قال فيه إذا استأجر كافر مسلما بعمل في الذمة صح بلا خلاف و إذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملا صح أيضا عندنا انتهى. و ادعى في الإيضاح أنه لم ينقل من الأمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمة بالاستيجار خلافا للقواعد و ظاهر الإيضاح فالمنع مطلقا لكونه سبيلا و ظاهر الدروس التفصيل بين العبد و الحر فيجوز في الثاني دون الأول حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقا قال و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجارة الحر المسلم انتهى. و فيه نظر لأن ظاهر الفاضل في التذكرة جواز إجارة العبد المسلم مطلقا و لو كانت على العين. نعم يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك - الذي ملك منفعته بخلاف الحر فإنه لا تثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته خصوصا لو قلنا بأن إجارة الحر تمليك الانتفاع لا المنفعة فتأمل

و أما الارتهان عند الكافر

ففى جوازه مطلقا كما عن ظاهر نهاية الأحكام أو المنع كما فى القواعد و الإيضاح أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعناه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح فى كتاب الرهن و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أو التردد كما فى التذكرة و جوه أقواها الثالث لأن استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمه

و أما إعارته من كافر

فلا يبعد المنع وفاقا لعارية القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشى الشهيد رحمه الله أن الإعارة و الإيداع أقوى منعا من الارتهان و هو حسن فى العارية لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سيلا و علوا و محل نظر فى الوديعه لأن التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعه مع زيادة فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع و هى التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطة على إلزام المالك ببيعه. و قد صرح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. و مما ذكرنا يظهر عدم صحه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته

[المقصود من الكافر]

ثم إن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتد غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآية و لذا استدل الحنفية بالآية على ما حكى عنهم بحصول البيونة بارتداد الزوج و هل يلحق بذلك أطفال الكفار فيه إشكال و يعم المسلم المخالف لأنه مسلم فيعملو و لا يعلى عليه و المؤمن فى زمان نزول آية نفى السبيل لم يرد به إلا المقر بالشهادتين و نفيه عن الأعراب الذين قالوا آمننا بقوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ إِنَّمَا كَانَ لِعَدَمِ اعْتِقَادِهِمْ بِمَا أَفْرَأُوا بِهِ فَالمراد بالإسلام هنا أن يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر لا الباطن بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على أن ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيمانا فى خارج القلب. و الحاصل أن الإسلام و الإيمان فى زمان الآية كانا بمعنى واحد و أما ما دل على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية فهو لا يقاوم بظاهره لما دل على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح و التوارث و حقن الدماء و عصمة الأموال و أن الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففى رواية حمران بن أعين قال: سمعت أبا جعفر يقول الإيمان ما استقر فى القلب و أفضى به إلى الله عز و جل و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لأمره و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذى عليه جماعة الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت الموارث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان إلى أن قال فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك قال لا بل هما يجريان فى ذلك مجرى واحد و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما و ما يتقربان به إلى الله عز و جل.

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف لأخبار دلت على ذلك فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة لكن الأقوى عدم التحريم

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع

منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعتاق

بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب أو ظاهرا كمن أقر بحريه مسلم ثم اشتراه أو بأن يقول الكافر للمسلم أعق عبدك عنى بكذا فأعتهقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة و تبعه جامع المقاصد و المسالك و الوجه في الأول واضح وفاقا للمحكي عن الفقيه و النهاية و السرائر مدعيا عليه الإجماع و المتأخرين كافة فإن مجرد الملكية غير المستقرة لا يعد سبيلا بل لم تعتبر الملكية إلا مقدمة للانعتاق خلافا للمحكي عن المبسوط

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٠

و القاضي فمعناه لأن الكافر لا يملك حتى ينعق لأن التملك بمجرد سبيل و السيادة علو إلا أن الإنصاف أن السلطنة غير متحققه في الخارج و مجرد الإقدام على شرائه لينعتق منه من الكافر على المسلم لكنها غير منفية. و أما الثاني فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقدير الصدق و الكذب لثبوت الخلل أما في المبيع لكونه حرا أو في المشتري لكونه كافرا فلا تتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعتاقه إلا أن تمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي فتأمل. و أما الثالث فالمحكي عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع لما ذكر في الأول.

و منها ما لو اشترط البائع عتقه

فإن الجواز هنا محكي عن الدروس و الروضة و فيه نظر فإن ملكيته قبل الإعناق سبيل و علو بل التحقيق أنه لا فرق بين هذا و بين إجباره على بيعه في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك. و الحاصل أن السبيل فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشي الشهيد مجرد الملك و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحريه و بالملك المستقر و لو بالقابلية كشروط العتق و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق و المستقر فعلا و يترتب عليه استثناء الجميع و خير الأمور أوسطها

[حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا. أما التملك القهري فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر- أجبر على البيع فمات قبله- فإنه لا- ينعق عليه و لا على الكافر الميت لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدلة الإرث لكن لا- يثبت بها أصل تملك الكافر فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام ع بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآية نفى السبيل كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام ع و بهذا التقرير يندفع ما يقال إن إرث الإمام مناف لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع أنه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر فيتحقق نفى الوارث الذي هو مورد إرث الإمام ع فإن الممنوع من الإرث لغير الوارث. فالعمدة في المسألة ظهور الاتفاق المدعى صريحا في جامع المقاصد ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره و جوه خيرا أو سظها ثم أخيرا

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف في أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر بل يجب بيعه عليه: لقوله ع في عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من

المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا- تقروه عنده. و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا- لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنه دل النص و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها أنه يباع عليه بل صرح فخر الدين رحمه الله في الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه و هو مخالف لظاهر النص و الفتوى كما عرفت و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه- فالظاهر أنه لا- خيار له و لا- عليه- وفاقا للمحكي في الحواشي في خيار المجلس و الشرط لأنه إحداث ملك فينتفى لعموم نفي السبيل لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع و يمكن أن يبتنى على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد. فإن قلنا بالأول ثبت الخيار و لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها لكن هذا المبني ليس بشيء لوجوب الاختصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن نعم يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيبا و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة أدلة نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابلية تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع في العقد الجائر كالهبة و خالف في ذلك كله جامع المقاصد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان المبيع معاطاة فهي على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و لم يلزم منه تخسير للمال انتهى. و فيما ذكره نظر لأن نفي السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ. و استلزام البيع للخيارات ليس عقليا بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفي السبيل فهذا أولى بالتخصيص به مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع فتأمل. و أما ما ذكره أخيرا بقوله لا- يبعد فيه أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره في القواعد من قوله رحمه الله و لو باعه لمسلم بثوب ثم وجد في الثمن عيبا جاز رد الثمن و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم اختيارا و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث انتهى محل تأمل إلا أن يقال إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة فيكون نفي السبيل مانعا شرعيا من استرداد المثل كمنع المبيع في زمن الخيار و كالتلف الذي هو مانع عقلي و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله و لذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري فتأمل.

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

ذكره الشيخ و المحقق في الجهاد و العلامة في كتبه و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسكافي أنه قال و لا- اختار أن يرهن الكافر مصحفا أو ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال انتهى. و استدلوا عليه بوجوب احترام المصحف و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر و ما ذكره حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. و في إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في المبسوط أو الكراهة كما هو صريح الشرائع و نسبة الصيمري إلى المشهور قولان تردد بينهما العلامة في التذكرة و لا يبعد أن تكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي ص من طرق الآحاد حكمها حكم ما علم صدوره منه ص و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبي المعلوم

المكاسب، ج ٢، ص ١٦١

كان فحكم أحاديث الأئمة ص حكم أحاديث النبي ص

القول في شرائط العوضين

يشترط في كل منهما كونه متمولا

إشارة

لأن البيع لغة مبادلة مال بمال

و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء محللة في الشرع

لأن الأول ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها و نفى الفائدة عنها و الثاني ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى حسه الشيء كالحشرات و إلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة و ذكروا أنه ليس مالا و إن كان يصدق عليه الملك و لذا يحرم غصبه إجماعا. و عن التذكرة أنه لو تلف لم يضمن أصلا و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. و الأولى أن يقال إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفا فلا إشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا بيع إلا في ملك و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا فالظاهر فساد المعاملة و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو و إلا فلا يخفى و جوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع و التجارة. و خصوص قوله ع في المروى عن تحف العقول: و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه إلى آخر الرواية و قد تقدمت في أول الكتاب

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس

كالماء و الكلاء و السماك و الوحوش قبل اصطياها بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل

و احترزوا أيضا به عن الأرض المفتوحة عنوة

و وجه الاحتراز عنها أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل و لذا لا تورث بل و لا من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا و لا كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين و لا من قبيل تملك الفقراء الزكاة و السادة الخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم منافعه بالقبض لأن مصرفه منحصر في مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليها الدليل و معناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع و دل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة و غيرها.

[أقسام الأرضين و أحكامها]

إشارة

و حيث جرى في الكلام ذكر بعض أقسام الأرضين فلا- بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها فنقول و من الله الاستعانة الأرض إما موات و إما عامرة- و كل منهما إما أن يكون كذلك أصلياً أو عرض لها ذلك فالأقسام أربعة لا خامس لها

الأول ما يكون مواتاً بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة

ولا- إشكال ولا- خلاف منافي كونها للإمام ع و الإجماع عليه محكى عن الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر جماعة أخرى و النصوص بذلك مستفيضة بل قيل إنها متواترة و هي من الأنفال. نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض و عليه يحمل ما في النبويين: مواتان الأرض لله و لرسوله ص ثم هي لكم منى أيها المسلمون و نحوه الآخر: عادى الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى. و ربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام ع كما في صحيحة الكابلي قال: وجدنا في كتاب علي ع إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أَنَا و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا فمن أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها الخبر و مصححه عمر بن زيد: أنه سأل رجل أبا عبد الله ع عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلاً و شجراً فقال أبو عبد الله ع كان أمير المؤمنين ع يقول من أحيأ أرضاً من المؤمنين فهي له و عليه طسقتها يؤديه إلى الإمام ع في حال الهدنة فإذا ظهر القائم عجل الله تعالى فرجه فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلب الإمام ع لكن الأئمة ع بعد أمير المؤمنين ص حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم كما يدل عليه قوله ع: ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع في رواية مسمع بن عبد الملك: كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيهم طسق ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم و أما ما كان أيدي سواهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره الخبر. نعم ذكر في التذكرة أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبة بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحيأها و ستأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء.

الثاني ما كانت عامرة بالأصالة

أى لا- من معمر و الظاهر أنه أيضاً للإمام ع و كونها من الأنفال و هو ظاهر إطلاق قولهم و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام ع و عن التذكرة الإجماع عليه و في غيرها نفى الخلاف عنه لموثقة أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكي عن تفسير علي ابن إبراهيم عن الصادق ع حيث عد من الأنفال كل أرض لا رب لها و نحوها المحكى عن تفسير العياشي عن أبي بصير عن أبي جعفر ع. و لا- يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً و هل تملك هذه بالحيازة و جهان من كونها مال الإمام و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما تملك الموات بالإحياء مع كونها مال الإمام فدخل في عموم النبوي: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

الثالث ما عرضت له الحيازة بعد الموت

و هو ملك للمحبي فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة لكن يبالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة فلا بد من الملاحظة.

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة

فإن كانت العمارة أصلية فهي مال الإمام ع و إن كانت العمارة من معمر ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها المكاسب، ج ٢، ص ١٦٢

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار.

ثم القسم الثالث إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفار فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرء الخراب على أحد القولين و إن كانت من الكفار فكذلك إن كانت في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام و إن اعتبرنا الإسلام كانت باقية على ملك الإمام ع و إن كانت في دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر أموالهم. ثم ما ملكه الكفار من الأرض إما أن يسلم عليه طوعا- فيبقى على ملكه كسائر أملاكه و إما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقيت يده عليه كافرا فهي أيضا كسائر أملاكه تحت يده و إن ارتفعت يده عنها فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها تخليتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام ع و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و إن رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهي كسائر ما لا- ينقل من الغنيمه كالنخل و الأشجار و البنان للمسلمين كافة إجماعا على ما حكاه غير واحد كالخلاف و التذكرة و غيرهما و النصوص به مستفيضة: ففي رواية أبي برده المسؤل فيها عن بيع أرض الخراج قال ع و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذي هي في يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما إذا ثم قال لا بأس اشترى حقه منها- و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه. و في مرسله حماد الطويلة: ليس لمن قاتل شيء من الأرضين و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر إلى أن قال و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفه متروكة في يدي من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضرهم فإذا أخرج منها ما أخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقى سيحا و نصف العشر مما سقى بالدوالي و النواضح إلى أن قال فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم و هم على قدر ما صالحهم عليه و يؤخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانهم على دين الله و في مصلحه 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 الخبر. و في صحيحة الحلبي قال: سئل أبو عبد الله ع عن السواد ما منزلته قال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا نشتره من الدهاقين قال لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل و رواية ابن شريح قال:

سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك و رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فيها: و سألته عن رجل اشترى أرضا من أراضي الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمة نزلوها أله أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا جزية رءوسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر أبي الربيع قال: لا تشتري من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هي فيء للمسلمين إلى غير ذلك و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في

ملك المشتري. نعم يكون للمشتري على وجه كان للبائع أعنى مجرد الأولوية و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعى بناء على عموم ولايته لأمر المسلمين و نيابته عن الإمام ع و لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها قال لا يجوز التصرف فيها ببيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة و لا يصح أن تبنى فيها دور أو منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذى يتبع الملك و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا و هو على حكم الأصل و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام ع حال حضوره و يحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك و قال فى الدروس لا يجوز التصرف فى المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام سواء كان بالبيع أم بالوقف أم بغيرهما. نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك و أطلق فى المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ و قال ابن إدريس إنما نبيع و نوقف تحجيرنا و بناءنا و تصرفنا لا نفس الأرض انتهى. و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبة و الحضور فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف لا- فى الثانى إلا بإذن الإمام و كذا إلى جامع المقاصد و فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتهم لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار و المعنى أنها مملوكة ما دامت الآثار موجودة. قال فى المسالك فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها إلى آخرها إن المراد أنه لا يصح ذلك فى رقبه الأرض مستقلة أما لو فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى قال فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت فى المبيع على سبيل التبعية و كذا الوقف و غيره و يستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقيا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين و عليه العمل انتهى. نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ فى التهذيب جواز البيع و الشراء فى نفس الرقبه حيث قال إن قال قائل إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحة التصرف فى هذه الأرضين و لا يدل صحة تملكها بالشراء و البيع و مع عدم صحته لا يصح ما يتفرع عليهما. قلنا إنا قد قسمنا الأرضين ثلاثه أقسام أرض أسلم عليها أهلها فهى ملك لهم يتصرفون فيها و أرض تؤخذ عنوة أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها و بيعها لأن لنا فى ذلك قسما لأنها أراضى المسلمين و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و إنما أبيع لنا التصرف فيها حسب ثم استدل على أراضى الخراج برواية أبى برده السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٣

الأرض و دليله قرينه على توجيه كلامه و كيف كان فما ذكره من حصول الملك تبعا للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا فالذى ينبغى أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص فنقول أما فى زمان الحضور و التمكن من الاستئذان فلا- ينبغى الإشكال فى توقف التصرف على إذن الإمام لأنه ولى المسلمين فله نقلها عينا و منفعة. و من الظاهر أن كلام الشيخ المطلق فى المنع عن التصرف محمول على صورة عدم إذن الإمام ع مع حضوره. و أما فى زمان الغيبة ففى عدم جواز التصرف إلا- فيما أعطاه السلطان الذى حل قبول الخراج و المقاسمة منه أو جوازه مطلقا نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة لا خصوص الموات التى هى مال الإمام ع و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذى هو كأجرة الأرض فيجوز التصرف فى عينها مجانا أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذى هو نائب الإمام أو التفصيل بين من يستحق أجره هذه الأرض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله ع للمخاطب فى بعض أخبار حل الخراج و أن لك نصيبا فى بيت المال و بين غيره الذى يجب عليه حق الأرض و لذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقة عن السلطان الجائر و الامتناع عنه. و استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام ع أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياة حال الفتح و بين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول لعموم أدلة الإحياء و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها و جوه أوقفها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس. و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة

كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجاره و نحو ذلك فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح - من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين و لذا صرح جماعة كالعلامة و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين لأنها مما ينقل و حينئذ مقتضى القاعدة عدم صحه أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور لأن القدر المأذون فى تناوله منه منفعه الأرض لا أجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما يعمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

إشارة

و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا- . و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا- فيما استثنى و لا- الرهن إلا- بإذن المرتهن أو إجازته و لا أم الولد إلا فى المواضع المستثناة. و المراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان فى ذلك لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجهه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا- تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر فى الفرعية و الأصالة بالعكس ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط- لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة ثم عنوانوا حق الجانى و اختلفوا فى حكم بيعه و الظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة و قد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين فذكر بعد الأربعة المذكورة فى عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و الحلف على عدم بيعها و تعيين الهدى للذبح و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء و التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف فيه قبله و تعلق حق الشفعة بالمال فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها و تغذية الولد المملوك بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حبل فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك فى أمه حال الوطء فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا- بتقويمه و أخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك كما لو قهر حربى أباه و الغنيمه قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتتبع لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجنائية إن شاء الله.

مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكيا

إشارة

و لعموم قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و رواية أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن ع قلت جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في مالك و ادفعتها إلى من أوقفت عليه قلت لا- أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين ع و غيره من الأئمة ص مثل ما عن ربي بن عبد الله

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٤

عن أبي عبد الله ع في صورة وقف أمير المؤمنين ع: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حي سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات و الأرض و أسكن هذه صدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين. فإن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها و يبعد كونه شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص مع أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم خصوصا مع كونه شرطا عليهم مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم- في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجا مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع كما لا يخفى. فظهر أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافا للنوع.

و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها و سيجيء التفصيل

إهل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه

ثم إن جواز البيع لا- ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه- فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه فإن مدلول صيغة الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإنشاء كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتهب المقتضى لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطته عنه فتأمل إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام أن الذي يقوى في النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام و قفا لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه. ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة

ليعه و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع بل الضرورة بأن البيع و أضرابه ينافي حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء و فيه أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع فهذا لا محصل له فضلا عن أن يحتاج إلى نظر فضلا عن إمعانه و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من المبيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف إن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التملك و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت إلا أن المالك له بطون متلاحقة فإذا جاز بيعه مع الإبدال - كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم فإذا لم يبيعه لم يبطل و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله و لذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حداً يجوز بيعه معللاً باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم

أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً

أحدها عدم الخروج عنه أصلاً

و هو الظاهر من كلام الحلبي حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و قبضه لا يجوز الرجوع فيه و لا - تغييره عن وجوهه و سبله و لا بيعه سواء كان بيعه أعود عليهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً أم لا قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزين و ابن إدريس سد الباب و هو نادر مع قوته و قد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد قال إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم و أما إذا كان الوقف على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا انتهى. و فيه نظر يظهر مما سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد و حكى المنع مطلقاً عن الإسكافي و فخر الإسلام أيضاً إلا في الآلات الموقوفة و أجزاءها التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع. قال الإسكافي في ما حكى عنه في المختلف إن الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبله من منفعة فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمانه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته أو رد ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح انتهى. و قال فخر الدين في الإيضاح في شرح قول والده قدس سرهما و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٥

به أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق فالأقرب جواز بيعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص في المنع و الأصح عندي جواز بيعه و صرف ثمنه في المماثل إن أمكن و إلا ففي غيره انتهى. و نسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بد أن يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي أيضاً فلاحظ.

الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد

و هو المحكى عن القاضى حيث قال فى محكى المهذب إذا كان الشىء وفقا على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فإن كان وفقا على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه و حصل الخوف من هلاكه أو فساده أو كانت بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساده فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم على حسب استحقاقهم فإن لم يحصل شىء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه و لا- يجوز هبة الواقف و لا الصدقة به أيضا. و حكى عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي لكن العبارة المحكية عن كافي لا تساعد بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع. و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق. و المحكى عن الفقيه أنه قال بعد رواية على بن مهزيار الآتية إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه أبدا ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى كما لا- يخفى ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقولون برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته فلا- وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم و قد حكى القول بهذين عن القاضى إلا- أن يوجه بأنه لا- يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حسبا بل هو وقف حقيقى و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم و حينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد لكن هذا الوجه لا- يدفع الإشكال عن الحلبي المحكى عنه القول المتقدم حيث إنه يقول [إن المحكى عنه بقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف] و جواز بيع الوقف حينئذ مع عدم مزاحمة حق الموقوف عليه مما لا إشكال فيه .

الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة

إشارة

و أما المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر عن بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف كالشيخ و سلار قدس سرهما و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان

فالمناسب أو لا نقل عبارة هؤلاء

[كلام الشيخ المفيد]

فنقول قال المفيد فى المقنعة الوقوف فى الأصل صدقات لا- يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أعود عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجز له الرجوع فى شىء منه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله. و فى اشتراط الواقف فى الوقف أنه متى احتاج إليه فى حياته لفقير كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع و لا هبة و لا أن يغيروا شيئا من شروطه إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات انتهى كلامه. و قد استفاد من هذا الكلام فى غاية المراد جواز بيع الوقف فى خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف

عليهم و وفاة الواقف فلاحظ و تأمل. ثم إن العلامة ذكر في التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى]

و قال في الانتصار على ما حكى عنه و مما انفردت الإمامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه و أن أرباب الوقف متى دعيتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبوقا ملحقا بالإجماع و أنه إنما عول في ذلك على ظنون له و حسان و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها انتهى ثم قال و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعا أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه و لو لم تبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه انتهى.

[كلام الشيخ الطوسي في المبسوط]

و قال في المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى ثم احتج على ذلك بالأخبار.

[كلام سلالر قدس سره]

و قال سلالر فيما حكى عنه و لا يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التي وقف فيها أو تغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغير شيء من أحواله و إن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان أو لحقت الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

[كلام ابن زهرة قدس سره]

و قال في الغنية على ما حكى عنه و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعا و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعيتهم الضرورة إلى بيعه بدليل إجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم تبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرنا

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٦

جاز انتهى.

[كلام ابن حمزة قدس سره]

و قال في الوسيلة و لا يجوز بيعه يعني الوقف إلا بأحد شرطين الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به انتهى.

[كلام الراوندى قدس سره]

و قال الراوندى في فقه القرآن على ما حكى عنه و إنما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كانت

بأربابه حاجة شديدة

[كلمات ابن سعيد فى الجامع و النزهة]

و قال فى الجامع على ما حكى عنه فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنه لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه انتهى و عن النزهة لا- يجوز بيع الوقف إلا- أن يخاف هلا-كه أو تؤدى المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة و يكون بيع الوقف أصلح لهم انتهى

[كلام المحقق قدس سره

و قال فى الشرائع و لا- يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود و قال فى كتاب الوقف و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم قيل يجوز بيعه و الوجه المنع انتهى. و مثل عبارة الشرائع فى كتاب البيع و الوقف عبارة القواعد فى الكتابين.

[كلام العلامة فى التحرير و الإرشاد و التذكرة]

و قال فى التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقا و تنزيهه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع و فيه الخلاف على المنع فى المؤبد ثم قال و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منفعه بالكلية كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها و يشتري بثمنه ما يكون وقفا كان وجها انتهى و قال فى بيع التحرير و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا و لو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز و كذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين أربابه مع بقائه على الوقف انتهى و عن بيع الإرشاد لا- يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدى إلى الخلف بين أربابه على رأى و عنه فى باب الوقف لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب و قال فى التذكرة فى كتاب الوقف على ما حكى عنه و الوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد انتهى.

[كلمات الشهيد قدس سره فى غاية المراد و الدروس و اللمعة]

و قال فى كتاب البيع لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأييد نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه انتهى و قال فى غاية المراد يجوز بيعه فى موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة و قال فى الدروس لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساده و قال فى اللمعة لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز انتهى

[كلام الصيمرى قدس سره

و قال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه إن لأصحابنا فى بيع الوقف أقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنه و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين و اختاره نجم الدين و العلامة انتهى

[كلام الفاضل المقداد قدس سره

و قال فى التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الوقف إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلا جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تستباح فيه الأنفس.

[كلام الفاضل القطيفي قدس سره

و عن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشيئة الخراب و عدمه انتهى و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.

[كلام المحقق الثاني قدس سره

و قال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع أحدها إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذعه إذا انكسر. ثانيها إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة على بن مهزيار و يشتري بثمنه في الموضعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و يتولى ذلك الناظر الخاص إن كان و إلا- فالحاكم. ثالثها إذا لحقت بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها لرواية جعفر بن حنان عن الصادق ع انتهى كلامه رفع مقامه

[كلام الشهيد الثاني قدس سره

و قال في الروضة و الأقوى في المسألة ما دلت عليه صحيحة على بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد ع من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد و علله بأنّه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك قال و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرنا و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته أو كان أعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى. و نحوه ما عن الكفاية

هذه جملة من كلماتهم المريئة أو المحكية و الظاهر أن المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأدية على وجه القطع فيكون عنوان التأدية في بعض تلك العبارات متحداً مع عنوان خوفها و خشيتها في بعضها الآخر و لذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذاك كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع و آخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعة فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأدية بقاءه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن المتيقن من فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالتص كونه الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية المجوزة هي مظنة الخراب إذا عرفت ما ذكرنا

[فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع

أما الأول [أي الوقف المؤبد]

إشارة

فالذي ينبغي أن يقال فيه

[إن الوقف على قسمين

أحدهما ما يكون ملكاً للموقوف عليهم

فيملكون منفعتهم فلهم استئجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثاني ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير

كما فى المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل

[محل الكلام فى القسم الأول

و الظاهر أن محل الكلام فى بيع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٧

الوقف إنما هو القسم الأول و أما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك. و بالجمله فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا و حينئذ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى إحداث مسجد آخر أو تعميره و الظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

[كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها فى الجهة المقصودة]

إشارة

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الأرض الوقف العام مطلقا لا لعدم التمامية بل لعدم أصيل الملكية لرجوعها إلى الله و دخولها فى مشاعره أمكن الانتفاع بها فى الوجه الذى وضعت له أولا و مع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجر للزراعة و نحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجدا مثلا و إحكام السجلات لئلا تغلب اليد فتفضى بالملك دون الوقف المؤبد و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأحوج و الأفضل احتياطا و مع التعارض فالمدار على الراجح [فالبواقي على الترجيح و إن تعذر صرفت إلى غير المماثل كذلك فإن تعذر صرفت فى مصالح المسلمين] هذا حيث لا تكون الأرض من المفتوحة عنوة و أما ما كانت منها فقد سبق أنها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى أعدت له كانت على حالها و إلا- جعلت فى المماثل و لإففى غيره و لإففى المصالح على ما نحو ما مر و إن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه أشبهت فى أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة و العود ملكا للمسلمين تصرف فى مصالحهم و العود إلى المالك الأول و مع اليأس عن معرفته يدخل فى مجهول المالك و يحتمل بقاؤها على الوقف و تباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و يصرف مرتبا على النحو السابق و لعل هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم انتهى

[المناقشة فيما أفاده كاشف الغطاء]

وفيه أن إجارة الأرض و بيع الآلات- حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحة عنوة لكنه غير ثابت و المتيقن خروجها عن ملك مالكتها أما دخولها فى ملك المسلمين فممنى بالأصل. نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة و لا يتعلق عليهم أجره

[ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته]

ثم إنه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته مثل رواية مروان بن عبد الملك قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئا فاقضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح له أن يبيع ما أراد قال يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركنه قلت أ يكفن به الميت قال لا.

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد و بين نفس المسجد]

قيل و في رواية أخرى: يجوز استعماله و بيع بقيته و كذلك ما ذكره في بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع اللهم إلا- أن يقال إن ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبذولان للبيت و المسجد فيكون كسائر أموالهما و معلوم أن وقفية أموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول و ليست من قبيل نفس المسجد فهي ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد فهذا يجوز للناظر ببيع مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد و الثوب الذي يلبس به البيت فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد]

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد أن الحصر يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين و لكن يضعه في المسجد لأنه أحد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع في المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا في المسجد أو وضع حب ماء فيه و إن كان الظاهر في الأول الاختصاص و أوضح من ذلك التربة الموضوعه فيه و في الثاني العموم فيجوز التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة في المسجد. و الحاصل أن الحصر و شبهها الموضوعه في المساجد و شبهها تتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافى ما ذكرناه.

[الجذع المنكسر من جذوع المسجد]

نعم ما ذكرناه لا- يجرى في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع أن المحكى عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني جواز بيعه و إن اختلفوا في تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجيء إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد فإن وقفها و جعلها مسجدا فك ملك بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار فإنها تصير ملكا للمسلمين فتأمل.

[حكم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]

و كيف كان فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه- و أما أجزاءه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة في صرف عينها يجب صرف عينها فيه لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و إجرائها على حسب ما يوقفها أهلها و وجوب إبقائها جزء للمسجد لكن لا- يجب صرف المال من المكلف لمؤنتها بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال و إن لم تكن مصلحة في رده جزء للمسجد فبناء على ما تقدم من أن

الوقف في المسجد و أضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك. و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضة و إلا صرف في مسجد آخر كما في الدروس و إلا- صرف في سائر مصالح المسلمين قيل بل لكل أحد حيازته و تملكه و فيه نظر. و قد ألحقت بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعه لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو المسلمين و نحوهم من غير المحصورين لا- لتحصيل المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها في مصارفها كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها لأن جميع ذلك صارت بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة و الأسواق و هذا كله حسن على تقدير كون

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٨

الوقف فيها فك ملك لا تمليكا

[إتلاف الموقوفات العامة]

و لو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف. ففي الضمان وجهان- من عموم على اليد فيجب صرف قيمته في بدله و من أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعلت المدرسة بيت المسكن أو محرزاً. و أن الظاهر من التأديبة في حديث اليد الإيصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس و الأول أحوط و قواه بعض. إذا عرفت جميع ما ذكرناه فاعلم

أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور

الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه

كالحيوان المذبوح و الجذع البالي و الحصير الخلق و الأقوى جواز بيعه وفاقاً لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم جريان أدلة المنع- أما الإجماع فواضح. و أما قوله ع: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. و أما قوله ع: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه و تركه و قد تقدم ذلك و يضعف قول من قال ببطالان العقد إذا حكم بجواز بيعه و لو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا. و الحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون و هو الحاكم أو المتولى. و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل. و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه و به يندفع استصحاب المنع مضافاً إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه و قد ارتفع قطعاً فلا يبقى ما كان في ضمنه. و أما الثاني فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا- فرق بين إتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب. نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا- يبقى بحسب استعداد العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه فتأمل. و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه. و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع

لا يخص به البطن الموجود وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالإسكافي والعلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني. وحكى عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك فإن الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتملكك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملكك الواقف وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي لا الشأنى. ودعوى أن الملك الشأنى ليس شيئًا محققًا موجودا يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه للملك الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود وإليه أشار الشهيد قدس سره في الفرع الآتى حيث قال إنه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة خلافا لظاهر بعض العبارات المتقدمة. واختاره المحقق فى الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول ولعل وجهه أن الوقف ملك للبطن الموجود غاية الأمر تعلق حق البطن اللاحقة به فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلا ولا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن ولا دليل عليه ومجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم إذ لا عموم لفظى يقتضى البدلية والتزويل بل هو بدل فى الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك.

وفيه أن النقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول إلا بالنقل فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له فالثمن لهم على نحو المثل. ومما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطن فى الثمن أولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث إنها بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقت فجاز عقلا منع سراية حق البطن 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 ومن هنا اتضح أيضا أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنها ملك لمالكها الأول فجاز أن يرتفع لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنها ملك للبطن الموجود بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارنة له بحسب الجعل متأخرا عنه فى الوجود. وقد تبين مما ذكرنا أن الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع البطن على ترتيبهم فإن كان مما يمكن أن يبقى وينتفع به البطن على نحو المبدل وكانت مصلحة البطن فى بقائه أبقي وإلا أبدل مكانه ما هو أصلح ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف فى البدل بل نفس البدلية تقتضى كونه كالمبدل ولذا علل الشهيد رحمه الله فى غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطن فلهم أو لوليهم أن ينظر فيها ويتصرف فيها بحسب مصلحة جميع البطن ولو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر لأن ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائى وبدل الوقف إنما هو بدل له فى كونه ملكا للبطن فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائى. ومما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٩

فباللزام ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة وولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمكان لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة وقد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معينًا من دون تعلق غرض بالعين وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا ليتنفعوا بثمرته فيبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستانا فى موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة وبين أن يشتري ملكا آخر يصل إليهم أجره منفعة فإن الأول وإن كان

مماثلاً إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف لتجري الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل أن الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف و إذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم هذا. قال العلامة في محكي التذكرة كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع وجب لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأول الذي وقع عليه العقد و مراعاة الخصوصية الكلية تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه و لأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع أنهم يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف و قال بعض علمائنا و الشافعية إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأى انتهى. و لا يخفى عليك مواقع الرد و القبول في كلامه رحمه الله ثم إن المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقاؤها لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببدلها ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مدة و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار. نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحة في التجارة جازت مع المصلحة إلى أن يوجد البدل و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع و ليس كالنماء الحقيقي. ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه فيباع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفاً و لو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة و منه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمیر وقف آخر عليهم و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي و إن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم و هنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الصورة الثانية أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه كدار تهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعة العرصه فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز و إن كان يعطى بثمنه ما تكون منفعته أكثر من منفعة العرصه بل ساوت منفعة الدار ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً. و قد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انههدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف و لم يجز بيعها اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صار عرصه تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئى كجمع الزبائل فيها و نحوه يصدق عليه أنه لا يجدى نفعاً و كذا القرية الموقوفة فإن خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها و لا يكون بسلب منافع أراضيها رأساً و

يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيرا ما تستأجر للأغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا- يجدى نفعا ويشمله الإجماع المدعى فى الانتصار والغنية لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله ع لا يجوز شراء الوقف مشكل. و يؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه أخر كالتسقيف وجعلها جسرا ونحو ذلك بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى رحمهما الله لفظيا حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به فى منفعة أخرى الإنفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلا- كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز لانصراف المكاسب، ج ٢، ص ١٧٠

قوله ع لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة وكذا حبس العين وتسييل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة وإلا- فمجرد حبس العين وإسماكه ولو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الأولى ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرناه فيه ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا- يكون إلا- مع بطلان الوقف وعرفت وجه النظر فيه ثم وجه بطلان الوقف فى الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء والاستدامة وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. وفيه ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد مع أنه لا دليل عليه مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة فإن الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالىة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا- يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا- ملاحظا فى عنوان وقفه البستانية فخرت حتى خرجت عن قابلية ذلك فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقية و خراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصه كانت جزء من الوقف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى قد فرض خرابه ولو فرض إرادته وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم لو لم تكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلا عنوانا للوقف وإن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير أحواله ثم ذكر أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه إن أريد العنوان ما جعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى وإن لم يكن فى ضمن عنوان البستان وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات وإن أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم ولا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زيادة على عنوانه. وأما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها وبطلانها من جهات أخر ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا.

الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم

و الأقوى هنا المنع و هو الظاهر من الأكثر في مسألة النخل المنقلعة حيث جوز الشيخ في محكى الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده و منعه الحلى قائلا و لا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا إلى وجوب بقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها لإمكان التسقيف بها و نحوه. و حكى موافقته عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و أكثر المتأخرين. و حكى فى الإيضاح عن والده قدس سرهما أن النزاع بين الشيخ و الحلى لفظى و استحسنة لأن فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها و الحلى فرض وجود منفعة لها و منع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ و لا يخلو عن تأمل. و كيف كان فالأقوى هنا المنع و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود و سيجىء تفصيله.

الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف

و الظاهر أن المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدة وجود الموقوف عليه و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد و قد تقدمت عبارته فراجع. و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه و الأقوى المنع مطلقا وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك و على تقديره فقد تقدم عن التحرير أن كلام المفيد متأول و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف. و قوله ع: لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن على بن رثاب عن جعفر بن 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 جائز للذى أوصى له بذلك قلت أ رأيت إن لم يخرج من غلة تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من تلك الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه

المكاسب، ج ٢، ص ١٧١

و أمه قلت نعم قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك قلت أ رأيت إن مات الذى أوصى له قال إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة قلت فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا إليها و لم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا. و الخبر المروى عن الاحتجاج: إن الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه أنه روى عن الصادق ع خبر مأثور إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا- أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب ع إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و مفترقين إن شاء الله دلت على جواز البيع إما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إما مطلقا بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل فى رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما فى بيع كل واحد بقربنة رواية الاحتجاج. و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام ع من الوقف. و الجواب عن رواية جعفر فإنها

إنما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا- لمجرد كون البيع أنفع فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدم عن ظاهر النزهاء و سيجيء الكلام في هذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع الذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته فليس مراد الإمام ع بيان اعتبار ذلك تعبدا بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل يعنى إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جاز كما يقال إذا أردت البيع و رأيت أنه أصلح من تركه فبيع و هذا مما لا- يقول به أحد و يحتمل أيضا أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل. و عن المختلف و جماعة الجواب عنها بعدم ظهورها فى المؤبد لاقتصارها على ذكر الأعتاب و فيه نظر لأن الاقتصار فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص إذ يصح أن يقال فى الوقف المؤبد إنه وقف على الأولاد مثلا و حينئذ فعلى الإمام ع أن يستفصل إذا كان بين المؤبد و غيره فرق فى الحكم فافهم و كيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة. و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطن كون بدلها كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع فى هذه الصورة و التصرف فى الثمن رخصة من الشارع للبائع فى إسقاط حق اللاحقين أنا ما قبل البيع نظير الرجوع فى الهبة المتحقق ببيع الواهب لثلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

و قد تقدم عن جماعة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه و تدل عليه رواية جعفر المتقدمة و يرد أن ظاهر الرواية أنه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمثونه سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى. و المأخوذ من عبارة من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مثونه سنته فالرواية بظاهرها غير معمول بها مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواز جواز البيع بمجرد رضا الكل و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجة و كيف كان فلا- يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان المعتمدان بفتوى جماعة و فى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنهما بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف بل معارضتهما بالإجماع المدعى فى السرائر إشكال.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة

للبن الموجود أو جميع البطن أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلفت كلمات العلامة و من تأخر عنه فى ذلك فقال فى الإرشاد لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالأخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمنه فالوجه الجواز انتهى و فى القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة أخراج و شبهه و شراء غيره بثمنه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلته نفعه ففى صحة الشرط إشكال و مع البطالان ففى إبطال الوقف نظر انتهى و ذكر فى الإيضاح فى وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى و فى وجه المنع أن الوقف للتأيد و البيع ينافيه قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال انتهى قال الشهيد فى الدروس و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز انتهى و يظهر منه أن للشرط تأثيرا و أنه يحتمل المنع من دون الشرط و التجويز معه. و عن المحقق الكركى أنه قال التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأيد المعبر فى الوقف لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع و إلا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حبسها لأن اشتراط شراء شىء

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٢

بشمنه يكون وقفًا منافًا لذلك لاقتضائه الخروج عن الملك فلا يكون وقفًا ولا حبسًا انتهى. أقول ويمكن أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها والمؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيًا لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته فإن التحقيق كما عرفت سابقًا أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فإذا بيع خرج عن كونه وقفًا ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و أما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبسًا كونه محبوسًا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشراط في متن العقد فتأمل. ثم إنه روى صحيحًا في الكافي: ما ذكره أمير المؤمنين ع في كيفية وقف ماله في عين ينبع وفيه فإن أراد الحسن أن يبيع نصيبًا من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه و إن شاء جعله شروى الملك و إن ولد على و أموالهم إلى الحسن بن علي و إن كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء و لا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثًا في سبيل الله و يجعل ثلثًا في بني هاشم و بنى المطلب و يجعل ثلثًا في آل أبي طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله ثم قال و إن حدث بحسن بن علي حدث و حسين حتى فإن الآخر منهما ينظر في بنى علي إلى أن قال فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم و إنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك المال على أصوله و ينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله و وجوهه و ذوى الرحم من بني هاشم و بنى عبد المطلب و القريب و البعيد لا يباع شيء منه و لا يوهب و لا يورث الرواية و ظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلًا عن البيع لجميع البطن و صرف ثمنه فيما ينتفعون به و السند صحيح و التأويل مشكل و العمل أشكل.

الصورة السابعة أن يؤدي بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا

و هو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبارات المتقدمة و الأداة إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا- له و الخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعًا معتدا به و قد يكون على وجه نقص المنفعة و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقًا من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبارات جماعة تجوز البيع في صورة التأديء إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس

و إن لم يعلم أو يظن بذلك فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصًا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلًا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس

و الأقوى الجواز مع تأديته البقاء إلى الخراب- على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا

سواء كان لأجل الاختلاف أم غيره و المنع فى غيره من جميع الصور أما الجواز فى الأول فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثانى أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلا. و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي. و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه- و مع فوته ففى تقديم البيع إشكال و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره ففى ترجيح حق البطن الذى تفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلقة بشخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال و هو منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع. و فيه أن المحرم هو إضاعة المال المسلط عليه لا ترك المال الذى لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذرت فيجوز إخراجه عن حده تحصيلًا للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض كما أنه لو تعطل الهدى ذبح فى الحال و إن اختص بموضع فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المعتذر. و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دلت عليه صيغة الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأسا و جعل ذلك مؤيدا.

[الدليل على المنع فى غير ما ذكرنا]

إشارة

و أما المنع فى غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها فلعوم قوله لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك فإن ترك الاستفصال فيه بين علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٣

بعض الوجوه المجوزة و بين عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة يدل على أن الوقف ما دامت له غلة لا يجوز بيعه و كذا قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و ما دل على أنه يترك حتى يرثها وارث السماوات و الأرض

[التمسك بالاستصحاب على المنع]

هذا كله مضافا إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه

[الاستدلال بمكاتبة ابن مهزيار على الجواز في غير ما ذكرنا]

عدا المكاتبه المشهوره التي انحصر تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها و هي مكاتبه ابن مهزيار قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني ع أن فلانا ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها به أو يدعها موقوفه. فكتب إلى أعلم فلانا أني أمره أن يبيع حصتي من الضيعه و إيصال ثمن ذلك إلى و أن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له قال و كتبت إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفام ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته. فكتب بخطه إلى أعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبع فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس

[الاستدلال بالمكاتبة على الجواز فيما لو كان الخراب على وجه نقص المنفعه]

حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعه بناء على أن قوله فإنه إلى آخره تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف و أن المراد بالمال هو الوقف فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف لا أن المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه و فيه أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علما أو ظنا لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظه ربما كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالها و لا أظن أن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقائه إلى الخراب لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاؤه إلى خرابه و بين قولهم يخشى أو يخاف خرابه. و الخوف عند المشهور كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم يجب الإفطار و التيمم مع خوف الضرر و يحرم السفر مع خوف الهلاك و لا- يتحقق إلا- بعد قيام أماره الخوف هذا مع أن مناط الجواز على ذكر تلف الوقف رأسا و هو القسم الأول من الصورة السابعه التي جوزنا فيها البيع فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف مع أنه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنه

و هي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف إلا أن قوله ع فإنه ربما إلى آخره مقيد بالاختلاف الخاص و هو الذي لا يؤمن معه من التلف لأن العله تقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض. و فيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل في الوقف اللهم إلا أن يدعى سوق العله مساق التقريب لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع و هو الذي فهمه الشهيد الثاني رحمه الله في الروضه كما تقدم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد مع ما فيها من ضعف الدلاله كما سيجيء إليه الإشارة.

[الاستدلال بالمكاتبة على الصورة التاسعه و رده.]

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و رده.

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة

فهو أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس و لا- يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة مع أن ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التي تستباح بها الأنفس.

[استناد الفتاوى بجواز بيع الوقف إلى ما فهم من المكاتب المذكورة]

و الحاصل أن جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقاً أو اختلاف خاص مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتب المذكورة

و الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز

بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لأن الذيل مقيد و لا خصوص المؤدى علماً أو ظناً لأن موارد استعمال لفظه ربما أعم من ذلك و لا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشارة إلى التعليل.

[الإيراد على المكاتب بإعراض المشهور عنها]

و على ما ذكرنا فالمكاتب غير معنى بها عند المشهور لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير اللازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس فتكون النسبة بين فتوى المشهور و مضمون الرواية عموماً من وجه لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز من قوله ع إن كان قد علم الاختلاف المنضم إلى قوله فإنه ربما جاء في الاختلاف.

[الإيراد على المكاتب بعدم ظهورها في الوقف المؤبد أو ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم]

و أما دلالة المكاتب على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام فهي على تقدير قصورها منجبرة بالشهرة فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد لعدم ذكر البطن اللاحق و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف كما عن الإيضاح و أوضحه الفاضل المحدث المجلسي و جزم به المحدث البحراني و مال إليه في الرياض. قال الأول في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوف

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٤

عليهم و لم يدفعها إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر فهل يدعها موقوفة و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم

ثمنها أيهما أفضل انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك فلا- يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. و الحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى و هي أن مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون و ظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكليف سقوط حتى سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع لتقع المعاوضة في مالهم و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعنى الحبس الذي لا إشكال في بقائه على ملك الواقف أو على الوقف غير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغته الوقف و إن تحقق التوطن عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدى الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا أو يقال إنه أجنبي استأذن الإمام ع في بيعه عليهم حسب بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام ع من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام هو هذا النحو أيضا إلا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام و يقال إنه لا بأس بجعل الخير المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكليف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع أو بمنع تقرير الإمام ع للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

[القدر المتيقن من المكاتبه]

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع و قد عرفت الأظهر منها لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف

[المراد من التلف في المكاتبه]

و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم إذ لا- يتناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها

[هل الثمن للبطن الموجود أو يشتري به ما يكون وقفا]

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة بل المحكى عن الأكثر أن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و هذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبدل لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص

الموجودين بضمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

و أما الوقف المنقطع

إشارة

و هو ما إذا وقف على من ينقرض - بناء على صحته كما هو المعروف - فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف و إما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و على الثاني فإما أن يملكه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم و إما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف و إما أن يقال بصيرورته في سبيل الله

[هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]

فعلى الأول لا- يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك و في جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال- من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به و لذا منع الأصحاب كما في الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين في المسالك و الدروس و غيرهم صحة البيع في السكنى الموقتة بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه و لعله إما لمنع الغرر و إما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فإن احتاج إلى بيعها أبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبي يقول قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط إلى آخر الخبر. و مع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة و ولده و المحقق الثاني و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا توجب معرفة البيع و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع جزما و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبي لأن المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا- عوض اللهم إلا- أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو تكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعا عليهما و لا بد أن يكون

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٥

ذلك على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أم بيع الموقوف عليه كما يدل كلامه عليه المحكى عنه في مسألة السكنى- حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما في السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل. و تمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى و الحبس إن شاء الله.

[حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم]

و على الثاني فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاؤه في يدهم إلى انقراضهم.

[حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف]

و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين كما لا يجوز أيضا للواقف لغير المالك فعلا و إن أجاز الموقوف عليه إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلا- ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقضى الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع ثم إنه قد أورد على القاضي قدس سره حيث جوز الموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف و يمكن رفع التنافي بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع و يتضح ذلك بمراجعة المسألة في كتاب الوقف.

[حكم البيع بناء على صيرورته في سبيل الله]

و على الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا و في الجواز في الصورة التي جوزنا لاشتراك دليل المنع و يتشارك أيضا في حكم الثمن بعد المبيع.

و أما الوقف المنقطع

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها

إشارة

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائده. و في بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام مثل ما: روى عن قول أمير المؤمنين لمن سأله عن بيع أمه أرضعت ولده قال له خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدي.

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد منها جعل أم ولد ملكا غير طلق كالوقف و الرهن و قد عرفت أن المراد من الطلق تمامية الملك و الاستقلال في التصرف فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها كما أن المجهول الذي يصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه لا يخرج عن كونه طلقا. و منها كلماتهم في رهن أم الولد فلاحظها. و منها كلماتهم في استيلاء المشتري في زمان خيار البائع فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن أن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة لامتناع انتقال أم الولد و كذا في كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضا في زمان مطلق الخيار. و منها كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردا و قبولا فإنها كالصريحة في أن الممنوع مطلق نقلها لا خصوص البيع. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و مع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل للأصول و خلو كلام المعظم عن حكم غير البيع و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفة و مع ذلك فهو الظاهر

من المبسوط و السرائر حيث قال- إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف. و قد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحا على المنع عن كل ناقل و أرسله بعضهم كصاحب الرياض و جماعة إرسال المسلمات بل عبارة بعضهم ظاهرة في دعوى الاتفاق حيث قال إن الاستيلاء مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى إلى ملك غيره أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن على خلاف في ذلك ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين و الوجه فيه ظهور أدلة المنع المعنونة بالبيع في إرادة مطلق النقل فإن مثل قول أمير المؤمنين ع في الرواية السابقة: خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدي يدل على كون مطلق نقل أم الولد إلى الغير كان من المنكرات و هو مقتضى التأمل فيما سيحىء من أخبار بيع أم الولد في ثمن رقبته و عدم جوازه فيما سوى ذلك هذا مضافا إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصا عليه من أن الوجه في المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها. و الحاصل أنه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل ثم إن المنع مختص بعدم هلاك الولد فلو هلك جاز اتفاقا فتوى و نصا و لو مات الولد و خلف ولدا ففي إجراء حكم الولد عليه لأصالة بقاء المنع و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلة و تغليباً للحرية أو العدم لكونه حقيقة في ولد الصلب و ظهور إرادته من جملة الأخبار و إطلاق ما دل من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولى و عدمه لمساواة الأول مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع وجوه حكى أولها عن الإيضاح و ثالثها عن المهذب البارع و نهاية المرام و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردد.

بقي الكلام في معنى أم الولد

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة لكن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشاركة و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة و كيف كان فلا- إشكال بل لا خلاف في تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و يدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد: عن أبي عبد الله ع

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٦

في رجل يتزوج الجارية فتلد منه أولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها قال هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و إن شاء أعتق و في رواية السكوني عن جعفر بن محمد قال: قال علي بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين في مكاتبه يطأها مولاها فتحمل فقال يرد عليها مهر مثلها و تسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر لأن زمان الحكم بعد تحقق السعي و العجز عقب الحمل و الغالب ولوج الروح حينئذ ثم الحمل يصدق بالمضغنة اتفاقا على ما صرح في الرياض و استظهره بعض آخر و حكاه عن جماعة هنا و في باب انقضاء عدة الحامل و في صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع عن الحبل يطلقها زوجها ثم تضع سقطا تم أو لم يتم أو وضعته مضغنة أتنقضي بذلك عدتها فقال ع كل شيء وضعته يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت به عدتها و إن كانت مضغنة ثم الظاهر صدق الحمل على العلقه و قوله ع و إن كانت مضغنة تقرير لكلام السائل لا بيان لأقل مراتب الحمل كما عن الإسكافي و حينئذ يتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض بل عن الإيضاح و المهذب البارع الإجماع عليه. و في المبسوط فيما إذا ألفت جسدا ليس فيه تخطيط لا- ظاهر و لا- خفي لكن قالت القوابل إنه مبدأ خلق آدمي و إنه لو بقي لخلق و تصور قال قوم إنها لا تصير أم ولد بذلك و قال بعضهم تصير أم ولد و هو مذهبا انتهى و لا يخلو عن قوة لصدق الحمل. و أما النطفة فهي بمجرد لا عبرة بها ما لم تستقر في الرحم لعدم صدق كونها حاملا و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد- على عدم العبرة بها في العدة و أما مع استقرارها في الرحم فالمحكي عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاء بها و هو الذي قواه في المبسوط في باب العدة بعد أن نقل عن

المخالفين عدم انقضاء العدة به مستدلاً بعموم الآيه والأخبار و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى أن إطلاق الحامل حينئذ مجاز بالمشارفة يكذبها التأمل في الاستعمالات و ربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك نعم قوى في السرائر موافقته فيما تقدم عن الشيخ في مسألة الجسد الذى ليس فيه التخطيط و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضا. و اعلم أن ثمره تحقق الموضوع فيما إذا ألت المملوكه ما فى بطنها إنما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء فيحكم بطلانه إذا كان الملقى حملا و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال و حينئذ فلو وطئها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام فيحكم بطلان البيع الواقع بين أول زمان العلق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك فذكر صور الإلقاء المضغه و العلقه و النطفه فى باب العدة إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء. و فى باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أن المملوكه بعد الوطء صارت أم و ولد لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفه علقه و لذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلق الذى هو اللقاح. نعم لو فرض عدم علقها بعد الوطء إلى زمان صح البيع قبل العلق ثم إن المصرح به فى كلام بعض حاكيا له عن غيره أنه لا يعتبر فى العلق أن يكون بالوطء فيتحقق بالمساحقه لأن المناط هو الحمل و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا فلا عبره بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم يشترط فى العلق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطى و إن كان محرما كما إذا كانت فى حيض أو ممنوعه الوطء شرعا لعارض آخر أما الأمة المزوجه فوطؤها زنا لا يوجب لحوق الولد ثم إن المشهور اعتبار الحمل فى زمان الملك فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم و ولد خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن حمزه فاكثفيا بكونها أم و ولد قبل الملك و لعله لإطلاق العنوان و وجود العله و هى كونها فى معرض الانتاق من نصيب ولدها و يرد الأول منع إطلاق يقتضى ذلك فإن المتبادر من أم الولد صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضه لها بوصف المملوكيه كالمدبر و المكاتب. و العله المذكوره غير مطرده و لا منعكسه كما لا يخفى مضافا

إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدمه ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعده كليه مستفاده من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين و صحيحه عمر بن يزيد الآتيه و غيرها. و من الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظه الحق الحاصل منها باستيلاء أعنى تشبها بالحريه و لذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز إلا بعد إقامة الدليل الخاص فلا بد من التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظه فى نظر الشارع من الحق المذكور فلا يصغى إذا إلى منع الدليل على المنع كليه و التمسك بأصالة صحه البيع من حيث قاعده تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره فى الجملة لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء و هو غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف يرد مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار قوله ع فى صحيحه زراره: و قد سأله عن أم و ولد تباع و تورث وحدها حد الأمة بناء على حملها على أنها قد تعرض لها ما يجوز ذلك.

و أما المواضع القابله للاستثناء

إشارة

و إن وقع التكلم فى استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظه من الحق و هى صور يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاء أو عدم تحقق الحكمة المانع عن النقل.

[موارد القسم الأول

فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين

و الكلام فى هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته و يقع فيما إذا كان غير ثمنها و على الأول يقع الكلام تارة بعد موت المولى و أخرى فى حال حياته أما بعد الموت فالمشهور الجواز بل عن الروضة أنه موضع وفاق و عن جماعة أنه لا خلاف فيه و لا ينافى ذلك مخالفة السيد فى أصل المسألة لأنهم يريدون نفى الخلاف بين القائمين بالاستثناء فى بيع أم الولد أو القائمين باستثناء بيعها فى ثمن رقبته فى مقابل صورة حياة

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٧

المولى المختلف فيها. و كيف كان فلا إشكال فى الجواز فى هذه الصورة- لا لما قيل من قاعدة تسلط الناس على أموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة إلى المنع فى خصوص هذا المال بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبى إبراهيم ع أسألك عن مسألة فقال سل قلت لم باع أمير المؤمنين ص أمهات الأولاد قال فى فكاك رقابهن قلت فكيف ذلك قال أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها و بيعت و أدى ثمنها قلت فتباع فيما سوى ذلك عن دين قال لا و فى رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبى الحسن ع قال: سألت عن بيع أم الولد تباع فى الدين قال نعم فى ثمن رقبته. و مقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحيحة كما قيل ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب الأكثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا نعم تردد فيه الفاضلان. و عن نهاية المرام و الكفاية أن المنع نادر لكنه لا- يخلو عن قوة و ربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها و لم يدع من المال إلى آخر الرواية فيدل على نفى الجواز عما سوى هذا الفرد إما لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد فيدل على الحصر و إما لأن نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعها فى الدين مع حياة المولى. و اندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح. نعم يمكن أن يقال فى وجه القوة بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع الظاهر فى الدين فى كون البائع غير المولى فيما بعد الموت أن النسبة بينها و بين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها. نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصص فيقال يمنع الإجماع فى محل الخلاف و لا سيما مع كون المخالف جل المجمعين بل كلهم إلا نادرا و حينئذ فالمرجع إلى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم لكن التحقيق خلافه و إن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد من النصوص و الفتاوى أن استيلاء الأمة يحدث لها حقا مانعا عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة و ربما توهم معارضة هذه القاعدة بوجود أداء الدين فتبقى قاعدة السلطنة و أصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبته قبل الاستيلاء و لا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها لأن بيعها قبل العجز ليس يباع فى الدين كما لا يخفى. و يندفع أصل المعارضة بأن أدلة وجود أداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية و الشرعية و قاعدة المنع تنفى القدرة الشرعية كما فى المرهون و الموقوف فالأولى فى الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها فى ثمن رقبته كما يشهد به قوله فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها مع أن ظاهر البدء فى البيع ينافى الاضطرار إليه لأجل ثمنها. و بالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت لا إشكال فى رجحان دلالتها- على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل مضافا إلى اعتضاها بالشهرة المحققة و المسألة محل إشكال ثم على المشهور من الجواز- فهل يعتبر فيه عدم ما يفى به الدين و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير أو مما عداها كما عن جماعة الأقوى هو الثانى بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق لأن الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النص و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاء فتكون ملكا طلقا كسائر الأملاك التى يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات. فحاصل السؤال فى رواية عمر بن يزيد أنه هل تباع أم الولد فى الدين على حد سائر الأموال التى تباع فيه. و حاصل الجواب تقرير ذلك فى خصوص ثمن الرقبة فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع فى ثمن رقبته لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى

الثلث كجارية أخرى يحتاج إليها. و مما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مؤونة التجهيز فإذا كان للميت كفن و أم ولد بيعت أم الولد في الدين دون الكفن إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدي عنه الدين عداها لأن الكفن لا يؤدي عن الدين ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع - أو استدان الثمن و اشترى به أما لو اشترى في الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها في ثمن رقبته بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل. و لا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضها و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليها. نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المراد التصريح به و لو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأبوساً عن الأداء عند الأجل. و في اشتراط مطالبه البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز في الأول دون الثاني و جوه أحوطها الأول و مقتضى الإطلاق الثاني و لو تبرع متبرع بالأداء فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشتري و لا يجوز بيعها و إن سلم إلى المولى أو الورثة ففي وجوب القبول نظر و كذا لو رضى البائع باستساعائها في الأداء و لو دار الأمر بين بيعها ممن تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره ففي وجوب تقديم الأول و جهان و لو أدى الولد ثمن نصيبه انعتقت عليه و حكم الباقي يعلم من مسائل السراية و لو أدى ثمن جميعها فإن أقبضه البائع فكالمتبرع و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر من الإطلاق و من الجمع بين حقي الاستيلاء و الدين و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر فلجواز بيع البائع لها مقاصه مطلقاً أو مع إذن الحاكم وجه و ربما يستوجه خلافه لأن المنع لحق أم الولد فلا يسقط بامتناع المولى و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرية و في الجميع نظر. و المراد بثمنها ما جعل عوضاً لها في عقد مساومتها و إن كان صلحاً و في إلحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن - كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدة معينة إشكال و على العدم لو فسخ البائع فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت و إن قلنا

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٨

بمنعه عنه فتنتقل إلى القيمة و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء القيمة أمكن القول بجواز استردادها لأن المانع عنه هو عدم انتقالها فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمة لم يمنع عن ردها إلى البائع كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبته هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها. و أما بيعها في دين آخر - فإن كان مولاها حياً لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرح به في كلام بعض و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً لأصالة بقاء المنع في حال الحياة و لإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمين منطوقاً و مفهومهما و بهما يخصص ما دل بعمومه على الجواز مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد كمفهوم مقطوعه يونس: في أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها قال لا هي أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى في بقية ثمنها خلافاً للمحكي عن المبسوط فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر للمتعين و كنز العرفان و الصيمرى و لعل وجه تفصيل الشيخ أن الورثة لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل إلى انعقاد أم الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها و عن نكاح المسالك - أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و لزمه أداء قيمة النصيب من ماله و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولاً بأن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن يقوم عليه أصلاً و إنما الكلام في باقي الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة لقيمة أمه هل تقوم عليه أو تسعى هي في أداء قيمتها. و ثانياً بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث - فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل المقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثاً أن ما ادعاه من الانعقاد على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب و لا دل عليه دليل معتبر و ما توهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعقاد العبد الموقوف على من يعتق عليه بناء على صحة الوقف و انتقال الموقوف

إلى الموقوف عليه. و رابعا أنه يلزم على كلامه- أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوي قيمة أمه يقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون و نحوها يساوي قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقي هذا مما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغي القطع بطلانه.

و يمكن دفع الأول بأن المستفاد من ظاهر الأدلة اعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق فالدين غير مانع من اعتاقها على الولد لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد قهرا بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها في القيمة جمعا بين ما دل على الاعتاق على الولد الذي يكشف عنه إطلاق النهي عن بيعها و بين ما دل على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين. و الحاصل أن مقتضى النهي عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة و عدم تسلط الولد على دفعها و فاء عن دين أبيه و لازم ذلك اعتاقها على الولد فيتردد الأمر حينئذ بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين فتكون أم الولد نظير مئونة التجهيز التي لا- تتعلق حق الديان بها و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من يتلف في ملكه و تنتعق عليه و هو الولد و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته فتسعى فيها و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها فلم أن يؤجرها مدة طويلة نفى أجرتها بدينهم كما قيل بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس. و لا إشكال في عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين فتنتعق على كل حال و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل. و مما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني- فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا أو في دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث- إذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن اعتاقها و لا جامع بينها و بين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق. و أما ما ذكره رابعا فهو إنما ينافي الجزم بكون قيمتها بعد الاعتاق متعلقا بالولد أما إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شيء. فالضابط حينئذ أنها تنتعق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك في رقبته. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه لو كان غير ولدها أيضا مستحقا لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجانا بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينتعق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصتها التي فكها من الديان و إما أن يخلى بينها و بين الديان فتنتعق أيضا عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم و أما حرمان الديان عنها عينا و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهي عن التصرف في أم الولد لذلك. و مما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جدا حيث

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٩

إنهم قيدوا الدين بكونه ثمنا و حكموا بأنها تعتق على ولدها من نصيبه و أن ما فضل عن نصيبه تنتعق بالسراية و تسعى في أداء قيمتها و لو قصدوا أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملا- بالنصوص المزبورة فله وجه إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات و لا ذكر في النصوص صريحا انتهى. و أنت خبير بأن النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان كما لا يخفى.

و منها تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاها في الروضة بشرط عدم كفاية بعضها له بناء على ما تقدم نظيره في الدين من أن المنع لغاية الإرث و هو مفقود مع

الحاجة إلى الكفن وقد عرفت أن هذه حكمه غير مطردة ولا منعكسة. و أما بناء على ما تقدم من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فيبيعها له أولى بل اللازم ذلك أيضا بناء على حصر الجواز في بيعها في ثمنها على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع عن بيعها فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاء وإلا لصرف مقابله في ثمنها ولم تبع و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب و توضيحه أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت و حق بائع أم الولد و حق أم الولد فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن و إهمال حق أم الولد ببيعها فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناء على ما تقدم في المسألة السابقة كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين و انحصار الحق في الميت و أم الولد اللهم إلا أن يقال لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها و ثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها- بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل بأذن أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولها الميت فلا دليل على تقديم حق مولها ليخصص به قاعدة المنع عن بيع أم الولد عدا ما يدعى من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه و الاستيلاء من ذلك الحق و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل. نعم يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين- من أن الولد يرث نصيبه و يعتق عليه و تتعلق بذمته مؤنة التجهيز أو تستسعى أمه و لو يبيجار نفسها في مدة و أخذ الأجرة قبل العمل و صرفها في التجهيز و المسألة محل إشكال.

و منها ما إذا جنت على غير مولها في حياته

أما بعد موته فلا إشكال في حكمها لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحريه إما إلى الحريه الخالصه أو الرقيه الخالصه و حكم جنائيتها عمدا أنه إن كان في مورد ثبت القصاص فلمجنى عليه القصاص نفسا كان أو طرفا و له استرقاقها كلا أو بعضا على حسب جنائيتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا و ربما تخيل بعض أنه يمكن أن يقال إن رقيتها للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمه في عدم بيع أم الولد مطلقا. و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق الظاهر في صيرورة الجاني رقا خالصا و ما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول ففيه أنه ليس في النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقا له كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال إنه إنما كان على النحو الذي كان للمولى الأول. و الحاصل أن المستفاد بالضرورة من النص و الفتوى أن الاستيلاء يحدث للأمة حقا على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفته على خلاف في ذلك و إن كانت الجنايه خطأ فالمشهور أنها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنى عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين على المشهور أو بالأرش على ما عن الشيخ و غيره. و عن الخلاف و السرائر و استيلاء المبسوط أنه لا خلاف في أن جنائيتها تتعلق برقيتها لكن عن ديات المبسوط أن جنائيتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو المخالف لما في الاستيلاء من المبسوط و ربما يوجه بإرادة نفي الخلاف بين العامه و ربما نسب إليه الغفله كما عن المختلف و الأظهر أن المراد بكونها على سيدها عود خساره جنائيتها على السيد في مقابل عدم خساره المولى لا من عين الجاني و لا من مال آخر و كونها في ذمه نفسها تتبع بها بعد العتق و ليس المراد وجوب فدائها. و على هذا أيضا يحمل ما في روايه مسمع عن أبي عبد الله ع قال: أم الولد جنائيتها في حقوق الناس على سيدها و ما كان من حقوق الله في الحدود فإن ذلك في بدنها فمعنى كونها على سيدها

أن الأمة بنفسها لا- تتحمل من الجناية شيئاً. و مثلها ما أرسل عن علي ع في قوله: المعتق على دبر فهو من الثلث و ما جنى هو و المكاتب و أم الولد فالمولى ضامن لجنائيتهم. و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى المردد بين ملكه الجانى أو ملك آخر و كيف كان فإطلاقات حكم جنائية مطلق المملوك سليمة عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائها و التخليئة بينها و بين المجنى عليه ليس نقلا لها خلافا للمحكى عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف من تعيين الفداء على السيد. و لعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر بناء على أنه لا فرق بين إبطال طرفى التخيير بعد الجناية كما لو قتل أو باع عبده الجانى و بين إبطاله قبلها كالأستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها و قد عرفت معنى الروايتين و المؤيد مصادرة لا يبطل به إطلاق النصوص

و منها ما إذا جنت على مولاها- بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى

فهل تعود ملكا طلقا بجنائيتها

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٠

على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هى المحكى فى الروضة عن بعض و عدها السيورى من صور الجواز أو لا كما هو المشهور إذ لم يتحقق بجنائيتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل. و ما يقال فى توجيهه من أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد فى التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذى أنيط به الجواز فى صحيحة ابن يزيد المتقدمة و مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانى عمدا فيندفع بما لا يخفى و أما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال فى أنها لا- يجوز التصرف فيها كما لا- يخفى. و روى الشيخ فى الموتق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهى حرة ليس عليها سعاية و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه ص: إن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهى حرة لا تبعه عليها و إن قتلت عمدا قتلت به. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ سعت فى قيمتها و يمكن حملها على سعيها فى بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ فى التهذيب و الاستبصار الجمع بينهما بغير ذلك فراجع.

و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها

فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجانى و أخذ قيمتها و بين إمساكها و لا شىء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ففى المستولدة يحتمل ذلك و يحتمل أن لا- يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجانى للرقبة و أما احتمال منع الجانى عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه فلا وجه له لأن الاستيلاء يمنع عن المعاوضة أو ما فى حكمها لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع و المسألة من أصلها موضع إشكال لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوض لأن الدية عوض شرعى عما فات بالجناية لا عن رقبة العبد و تمام الكلام فى محله.

و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت

حكاه فى الروضة و كذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها و لم يثبت كونها أمه المولى إلا بعد القسمة و قلنا إن القسمة لا تنقص و يغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر و المنصوص أنها ترد على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتلة.

و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة

و ملكت أمواله التي هي منها.

و منها ما إذا كان مولاها ذميا و قتل مسلما

فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثاني و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمرعاة من حق الاستيلاء**فمن موارد ما إذا أسلمت و هي أمة ذمى**

فإنها تباع عليه بناء على أن حق إسلامها المقتضى لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عموماً صحة البيع دون قاعدة سلطنة الناس مسلطون على أموالهم المقتضية لعدم جواز بيعها عليه لأن المفروض أن قاعدة السلطنة قد ارتفعت بحكومة أدلة نفى سلطنة الكافر على المسلم فالمالك ليس مسلطاً قطعاً و لا حق له في عين الملك جزماً إنما الكلام في تعارض حقي أم الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز كونها مقهورة بيد الكافر و من حيث كونها في معرض العتق فلا يجوز إخراجها عن هذه العرصه و الظاهر أن الأول أولى للاعتبار و حكومة قاعدة نفى السبيل على جل القواعد و لقوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلو عليه. و مما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها لأن الشك إنما هو في طرو ما مقدم على حق الاستيلاء و الأصل عدمه مع إمكان معارضة الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدم الإسلام على المنع عن البيع و مع إمكان دعوى ظهور قاعدة المنع في عدم سلطنة المالك و تقديم حق الاستيلاء على حق الملك فلا ينافى تقديم حق آخر لها على هذا الحق.

و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو في كسبها

فتباع على من ينفق عليها على ما حكى عن اللعنة و كثر العرفان و أبي العباس و الصيمري و المحقق الثاني. و قال في القواعد لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال و لا يجب عتقها و لو كانت الكفاية بالتزويج و جبت و لو تعذر الجميع ففي البيع إشكال انتهى. و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى أو كسبه أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من يؤخذ بنفقتها أو بيت المال و هو حسن و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً و فرضها كالحرف في وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطع عليها و لو فرض عدم ذلك أيضاً أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها فلا يبعد الجواز لحكومة أدلة نفى الضرر و لأن رفع هذا عنها أولى من تحملها ذلك رجاء أن تنعتق من نصيب ولدها مع جريان ما ذكرناه أخيراً في الصورة السابقة من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكتها لا على حقها الآخر فتدبر.

و منها بيعها على من تنعتق عليه

على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة لأن فيه تعجيل حقها و هو حسن لو علم أن العلة حصول العتق فلعل الحكمة انعقاد خاص اللهم إلا أن يستند إلى ما ذكرناه أخيراً في ظهور أدلة المنع أو يقال إن هذا عتق في الحقيقة. و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق- فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها كما عن الشهيد الثاني و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول المشتري على الإعتاق إذ

إعتاقها عليه قهرا و كذلك بيعها ممن أقر بحريتها و يشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن فى مقابل الحر و إن علم بكذبه لم يجز أيضا لعدم جواز بيع أم الولد و مجرد صيرورتها حره على المشتري فى ظاهر الشرع مع كونها ملكا له فى الواقع و بقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشتري لا يجوز البيع بل الحرية الواقعية و إن تأخرت - أولى من الظاهرية و إن تعجلت.

و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها

فتشترى من مولاها للعتق و ترث قريبها و هو مختار الجماعة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨١

السابقة و ابن سعيد فى الزهراء و حكى عن العماني و عن المهذب إجماع الأصحاب عليه و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث على قاعدة المنع مضافا إلى ظهورها فى رفع سلطنة المالك و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل تباع عليه لو امتنع

و أما القسم الثالث - و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء

فمن موارد ما إذا كان علوقها بعد الرهن

فإن المحكى عن الشيخ و الحلبي و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللمعة و المسالك و المحقق الثاني و السيوري و أبى العباس و الصيمري جواز بيعها حينئذ و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن و أدلة المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير فالمنع مطلقا. و عن الشهيد فى بعض تحقیقاته الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن و وقوعه بدونه و عن الإرشاد و القواعد التردد و تمام الكلام فى باب الرهن.

و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

و كانت فاضلة عن المستثنيات فى أداء الدين فتباع حينئذ كما فى القواعد و اللمعة و جامع المقاصد. و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها و لا دليل على بطلانه بالاستيلاء و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه فتأمل و تمام الكلام فى باب الحجر إن شاء الله.

و منها ما إذا كان علوقها بعد جنائتها

و هذا فى الجنائية التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقة بل تلزم المولى بالفداء و أما لو قلنا بأن الجنائية اللاحقة أيضا ترفع المنع لم يكن فائدة فى فرض تقديمها.

و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها

فإن المحكى عن الحلبي جواز استردادها مع كونها ملكا للمشتري و لعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء خلافا للعلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أم الولد و لعله لصيرورتها منزلة التالف و الفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن و أما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو لم يمنع عقلا أو شرعا و المانع الشرعى كالعقل. نعم لو قيل إن الممنوع إنما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه أما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره

فلم يثبت فلا- مانع شرعا من استرداد عينها. و الحاصل أن منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود اللهم إلا أن يدعى أن الاستيلاء حق لأم الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضى انتقالها و المفروض أن حق الخيار لا- يقتضى انتقالها بقول مطلق بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعا و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعا كالتق و البيع على القول بصحتهما في زمان الخيار فتأمل.

و منها ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها

بناء على ما استظهر الاتفاق عليه من جواز اشتراط الأداء من مال معين فيتعلق به حق المضمون له و حيث فرض سابقا على الاستيلاء فلا يزاحم به على قول محكى في الروضة.

و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

إذا كان النذر مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده بناء على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق بعد حصول الشرط في المعلق كما حكاه صاحب المدارك عنهم في باب الزكاة و يحتمل كون استيلائها كإتلافها فيحصل الحنث و تستقر القيمة جمعا بين حقي أم الولد و المنذور له و لو نذر التصديق بها فإن كان مطلقا قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فلا حكم للعلوق و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه احتمل تقديم حق المنذور له في العين و تقديم حق الاستيلاء و الجمع بينهما بالقيمة و لو كان معلقا فوطئها قبل حصول الشرط صارت أم ولد فإذا حصل الشرط وجب التصديق بها لتقدم سببه و يحتمل انحلال النذر لصيرورة التصديق مرجوحا بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمة أو بدونه و تمام الكلام يحتاج إلى بسط تمام لا يسعه الوقت.

و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته فللمولى أن يبيعها

على ما حكاه في الروضة عن بعض الأصحاب بناء على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و [أما] القسم الرابع - فهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرض لها للعتق

لعدم توريث الولد من أبيه لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعا لفجور أو ظاهرا باعتراف ثم إنا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلا من كثير ما يحتمله من الكلام فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا

إشارة

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون. و حكى عن الخلاف إجماع الفرق و أخبارهم على ذلك و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا. و عن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونة أنه أرسل عن النبي ص: إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.

و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك. فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهاية و ابن حمزة في الوسيلة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفا و هو الأقوى للعمومات السليمة عن المخصص لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا. و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمي يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و ليست تلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٢

هذا كله مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي لكن الظاهر من التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا و فيه نظر لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله ص: لا يبيع إلا في ملك لا يلزمه البطلان هنا بل الأظهر ما سيحيى عن إيضاح النافع من أن الظاهر و قوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولي. و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه - من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهى قال و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهى بالعقد لا - لأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاء في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما في كون سبب النهى حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولي و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم. قلنا إن التصرف المنهى عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبه و إن كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك كما سبق في الفضولي و إلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما و قد لا يكون كذلك و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيها عنه و إن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي فلا - يتعلق به نهى أصلا. و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه لانحصار المالكية فيه و لا معنى لقصد النيابة فهو منهي عنه لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه فتخصص العمومات بما ذكر و مجرد الملك لا - يقضى بالصحة إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه و لذلك لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنح عن التصرف. ثم قال و بالجملة فالذى يظهر من تتبع الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته و أما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح و هو قوله ع: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملك أمر نفسه و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه و لا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و إنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار في كل مالك متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع و ربما تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه. و يرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة و منع اقتضاء مطلق النهى لا - لأمر خارج الفساد. أولا - أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى

الاستقلال وقد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا ولا حرمة في شيء من ذلك. و ثانيا أن المتيقن من الإجماع والأخبار على منع الرهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارة معقد الإجماع والأخبار أعنى قولهم الراهن والمرتهن ممنوعان ومعلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا- ينافى وقوعه موقوفاً وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعته صاحبه في ذلك وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل ومع عدمه يرجع إلى العمومات. وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير فإن منع الله جل ذكره من

تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن. وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد ولذا لا- يؤثر الإذن السابق في صحة البيع فقياس الرهن عليهما في غير محله. وبالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفى إذنه السابق لا- يقتضى الإبطال رأسا بل إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعته ذى الحق ويندرج في ذلك الفضولي وعقد الراهن والمفلس والمريض وعقد الزوج ل بنت أخت زوجته أو أخيها وللأمة على الحره وغير ذلك فإن النهي في جميع ذلك إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا وهو صيرورته سببا مستقلة لآثاره من دون مدخلة رضا غير المتعاقدين وقد يتخيل وجه آخر لبطان البيع هنا بناء على ما سيجيء من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن وهو المشتري رهنا للبائع وبعبارة أخرى الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد أعنى ما قبل الإجازة وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع ويدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع وإلا لجرى ذلك في العقد الفضولي أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة وأما ما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن. نعم يلزم في مسألة فك الرهن و سيجيء التنبية عليه إن شاء الله تعالى.

[هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة]

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي ومحصله أن مقتضى القاعدة النقل إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن إجازة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٣

المالك أشبه بجزء المقتضى وهي هنا من قبيل رفع المانع ومن أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون مناف لتمسكهم في العتق بعمومات العتق مع أن العلامة قدس سره في تلك المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن هذا إذا رضى المرتهن بالبيع وأجازته أما إذا أسقط حق الرهن ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلا كلام يأتي في افتكاك الرهن أو إبراء الدين

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثم إنه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة وهو واضح وهل ينفع الإجازة بعد الرد وجهان من أن الرد في معنى عدم رفع اليد

عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فإن المرتهن أجنبى له حق فى العين و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن فريضاء كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم

[فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به فى التذكرة. و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانى و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد بل بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظرا إلى 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 إن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم 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 الإشكال فيه عن جماعة مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام إذ ليس فى اللفظ عموم زمانى حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا فى العام. و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى و إنما هو من جهة المانع فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفاد من نحو أوفوا بالعقود و من: الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك عامة و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى هو أسبق فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم. و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبدا و كونه زوجا. و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم عتق العبد لم ينفذ فى تصحيح ذلك التصرف-

[هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل]

هذا و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن

تأثير العقد من حين وقوعه خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه فإن هذا غير متحقق في فك الرهن فهو نظير بيع الفضولى ثم تملكه للمبيع حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا- التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد و إلا لزم في المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا

إظهار كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون أن الفك يكشف عن صحته و يدل على الكشف أيضا ما استدلوا به على الكشف في الفضولى من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره في الروضة و جامع المقاصد ثم إن لازلزم الكشف كما عرفت في مسألة الفضولى لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن في البيع.

إلو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب

نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلا بذلك فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن أن يقال إنه إنما 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 يشتره من مالكة و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان و مع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حق المرتهن

مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه

فالأقوى صحة بيعه وفاقا للمحكي عن العلامة و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل في شرح الصيمرى أنه المشهور لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٤

عن ملك مولاه على ما هو المعروف عن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجىء و تعلق حق المجنى عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به و مجرد إمكان مطالبة أولياء المجنى عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته. و على تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق فإن افتكك لزم و إلا بطل البيع من أصله و يحتمل أن يكون البيع غير مترزل فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار لوقوعه في ملكه غاية الأمر أن كون المبيع عرضة لذلك يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الأرمد إذا عمى و المريض إذا مات بمرضه و يردده أن المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما لأدائه إلى سقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل و إما أن يقع مراعى. و قد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله و مدخليه الغير فيه وقوع بيعه مراعى لا باطلا و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت و الأرمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد فإن الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنته المالك مانعا عن نفوذ تمليكه منجزا بخلاف تعلق حق الغير اللهم إلا أن يقال إن تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تمليك منجزا لأن للبائع سلطنته مطلقة

عليه و كذا للمشتري و لذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذى الحق غاية الأمر أن له التسلط على إزالة ملكهما و رفعه بالإتلاف أو التمليك و هذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من تصرف الغير و حق المجنى عليه غير المانع فعلا غاية الأمر أنه مانع شأنه و كيف كان فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف البطلان فإنه قال فيما حكى عنه إذا كان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع و إن كانت جنايته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه بالأرش ثم استدل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه لأنه قد باع منه ما لا يملكه فإنه حق للمجنى عليه و أما إذا وجب عليه الأرش صح لأن رقبته سليمة و الجناية أرشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع انتهى و قد حكى عن المختلف أنه حكى عنه فى كتاب الظهار التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا حيث قال إذا كان عبد قد جنى جناية فإنه لا-يجزى عتقه عن الكفارة و إن كانت خطأ جاز ذلك و استدل بإجماع الفرقة فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمدا ينتقل ملكه إلى المجنى عليه و إن كانت خطأ فدية ما جناه على مولاه انتهى و ربما يستظهر ذلك من عبارة الإسكافى فى المحكى عنه فى الرهن و هى أن من شرط الرهن أن يكون رهن الراهن مثبتا لملكه إياه غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنايته عن ملكه انتهى و ربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع أيضا فى كتاب القصاص حيث قال إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صح و لم يسقط القود و لو قيل لا يصح لثلا يبطل حق الولى من الاسترقاق كان حسنا و كذا بيعه و هبته انتهى. لكن يحتمل قويا أن يكون مراده بالصحة وقوعه لازما غير مترنزل كوقوع العتق لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق و كيف كان فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك و هو ممنوع لأصالة بقاء ملكه و ظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الأخبار فى بقاء الملك. نعم فى بعض الأخبار ما يدل على الخلاف و يمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه فإنه ينتقل إلى المجنى عليه و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبنا على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير تنافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما فى الرهن.

مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور

بل فى شرح الصيمرى أنه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجناية خطأ أو شبه عمد و يضمن المولى أقل الأمرين من قيمته و دية الجناية و لو امتنع كان للمجنى عليه أولوية انتزاعه فيبطل البيع و كذا لو كان المولى معسرا فللمشتري الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملكه ما لم يفد به المولى انتهى. و ظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد إلا أن المحكى عن السرائر و الخلاف أنه لا-يجوز إلا إذا أفداه المولى أو التزم بالفداء إلا أنه إذا باع ضمن. و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع لكونه ملكا للمولى و تعلق حق الغير لا-يمنع عن ذلك لأن كون المبيع مال الغير لا-يوجب بطلان البيع رأسا فضلا عن تعلق حق الغير و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنى على أصلهما من بطلان الفضولى و ما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير كما يومئ إليه استدلال الحلى عن بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه بأنه قد تعلق برقبة العبد الجانى فلا يجوز إبطاله و مرجع هذا المذهب إلى أنه لا واسطة بين لزوم البيع و بطلانه فإذا صح البيع أبطل حق الغير. و قد تقدم غير مرة أنه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازة ذى الحق أو سقوط حقه فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية أو أقل الأمرين على الخلاف وقع مراعى فإن فداه المولى أو رضى المجنى عليه بضمانه فذاك و إلا-انترعه المجنى عليه من المشتري و على هذا فلا-يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه. قال فى كتاب الرهن من القواعد و لا يجبر السيد على فداء الجانى و إن رهنه أو باعه بل يتسلط المجنى عليه فإن استوعبت الجناية القيمة بطل الرهن و إلا ففى المقابل انتهى لكن ظاهر العلامة فى غير هذا المقام و غيره هو أن البيع بنفسه التزام بالفداء و لعل وجهه أنه يجب على المولى حيث تعلق بالعبد و هو مال من أمواله و فى يده حق يتخير المولى فى نقله عنه إلى ذمته بأن يوفى حق المجنى عليه إما من العين أو من ذمته فيجب عليه إما تخلص العبد من المشتري بفسخ أو غيره و إما أن يفديه من ماله فإذا امتنع المشتري من رده و المفروض عدم سلطنة

البائع على أخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد وجب عليه دفع الفداء. و يرد عليه أن فداء العبد غير لازم قبل البيع وبيعه ليس إتلافا له حتى يتعين عليه الفداء و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلا رفع يده لا رفع يد الغير بل هذا أولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر المسألة الخدشة فى وجوب الفك على الراهن بعد بيعه لتعلق الدين هناك بالذمة و تعلق الحق هنا بالعين فتأمل. ثم إن المصرح به فى التذكرة و المحكى عن غيرها أن للمشتري فك العبد و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٥

مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم

إشارة

فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها فى الجملة كما فى جامع المقاصد و فى التذكرة أنه إجماع و فى المبسوط الإجماع على عدم جواز بيع السمك فى الماء و لا الطير فى الهواء و عن الغنية أنه إنما اعتبرنا فى المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك فى الماء و الطير فى الهواء فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف و استدل فى التذكرة على ذلك بأنه نهى النبى ص عن بيع الغرر و هذا غرر و النهى هنا يوجب الفساد إجماعا على الظاهر المصرح به فى موضع من الإيضاح و اشتهاى الخبر بين الخاصة و العامة يجبر إرساله أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و أهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع أن معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادق عليه. و المروى عن أمير المؤمنين ع أنه عمل ما لا يؤمن معه الضرر.

[معنى الغرر لغه]

و فى الصحاح الغرة الغفلة و الغار الغافل و أغره أى أتاه على غرة منه و اغتر بالشىء أى خدع به و الغرر الخطر. و نهى رسول الله ص عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء إلى أن قال و التغرير حمل النفس على الغرر انتهى و عن القاموس ما ملخصه غره غرا و غرورا و غره بالكسر فهو مغرور و غرير كأمير خدعه و أطمعه بالباطل إلى أن قال غرر نفسه تغريرا و تغره كتحلته أى عرضها للهلكة و الاسم الغرر محرکه إلى أن قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر انتهى و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشتري و باطن مجهول و قال الأزهري بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة و تدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول و قد تكرر فى الحديث و منه حديث مطرف:

إن لى نفسا واحدة و إنى لأكره أن أغرر بها أى أحملها على غير ثقة و به سمى الشيطان غرورا لأنه يحمل الإنسان على محابه و وراء ذلك ما يسوؤه انتهى. و قد حكى أيضا عن الأساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له فى الثلاثة الأخيرة ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء. و فى التذكرة أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين و مراده من التفسير التوضيح بالمثل و ليس فى المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل. و بالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة فى معنى الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله فى يد من انتقل إليه أم بصفاته كما و كيفا و ربما يقال إن المناسق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله فى بيع كل غائب خصوصا إذا كان فى بحر و نحوه بل هو أوضح شىء فى بيع الثمار و الزرع و نحوهما. و الحاصل أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة فى بيع مجهول المال بالنسبة إلى التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر. و فيه أن الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا- وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثلين المذكورين و احتمال

إرادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا لجهالة بالصفات

[استدلال الفريقين بالنبوى المذكور على شرطية القدرة]

هذا مضافا إلى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال فيما حكى عنه. و مما انفردت به الإمامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و ذهبوا إلى أنه لا- يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال و يعول مخالفونا فى منع بيعه على أنه بيع غرر و أن نبينا ص نهى عن بيع الغرر إلى أن قال و هذا ليس بصحيح لأن هذا المبيع يخرج من أن يكون غررا لانضمام غيره إليه انتهى. و هو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم فالظاهر اتفاق أصحابنا أيضا على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع و سيجىء فى عبارة الشهيد التصريح به و كيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة و لا العرف و لا كلمات أهل الشرع

[كلام الشهيد فى تفسير الغرر]

إشارة

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله حيث قال الغرر لغة ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضهم و منه قوله تعالى متاع الغرور و شرعا هو جهل الحصول [باليد و التصرف]. و أما المجهول المعلوم الحصول أو مجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بدون الجهل فى العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أم بالوصف الآن و وجود الجهل بدون الغرر فى المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر و قد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدري أ ذهب أم فضة أم نحاس أم صخر و يوجدان فى العبد الآبق المجهول الصفة و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود و أخرى بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود و الطير فى الهواء و بالجنس كحب لا يدري ما هو و سلعة من سلع مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا- يعرف قدره و البيع إلى مبلغ السهم و بالعين كتوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب و لو شرط فى العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل كما لو شرط فى العقد صيرورة الزرع سنبلا. و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهرا فى العوضين و هو ممتنع إجماعا و قد يكون مما يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه إجماعا و نحوه اشتراط الحمل و قد يكون مرددا بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف فى مال الإجارة و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الآبق قبل الضميمة انتهى. و فى بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر فى شرح الإرشاد حيث ذكره فى مسألة تعيين الأثمان بالتعيين الشخصى عندنا فقال قالوا يعنى المخالفين من العامة تعيينها غرر فىكون منها عنه. أما الصغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينسخ البيع. و أما الكبرى فظاهرها إلى أن قال قلنا إنا نمنع الصغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه و بخر عليه و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى.

[المناقشة فيما أفاده الشهيد فى شرح الإرشاد]

فإن مقتضاه أنه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير و كذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من المكاسب، ج ٢، ص ١٨٦

تحقق الغرر بالجهل بالصفة و كذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالأولى أن هذا النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات و ليس منوطا بالنهي من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهة ثم إنه قد حكى عن الصدوق رضوان الله عليه في معاني الأخبار تعليلا فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا مع أنه لا جهالة في بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من أنه قول أحدهما لصاحبه انبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع. و بيع الحصاة بأن يقول إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

[التمسك بالنبوى المذكور أخص من المدعى]

و كيف كان فلا- إشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر لأن الخطر إنما يطلق في مقام تحتمل السلامة فيه و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا و إن كان ملكا فيصح عتقه و يكون لمالكة لو فرض التمكن منه إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمول منه عرفا و لذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر.

منها ما اشتهر عن النبي ص من قوله: لا تبع ما ليس عندك

بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهو كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظه 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 مالكة خصوصا إذا كان و كيلا عنه في بيعها و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هذا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و إن كان نائبا و على أى حال فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلته أو بحمله على النهي المقتضى للفساد بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء غير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري فمدفوع لعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم يمكن أن يقال إن غاية ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده و لو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجاني عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإن البائع في هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع من

التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضالة و المجهود من غير بينة مراعى بإمكان التسليم و احتمله فى التذكرة لكن الإنصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح.

و منها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه

فيجب أن يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالمتنع و يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و إن أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط و فى الاعتراض و المعارضة نظر واضح فافهم.

و منها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه

و لا يتم إلا بالتسليم و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

و منها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه

فيكون ممنوعا و أكله أكلا بالباطل. و فيه أن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصوله العوض سفه فافهم.

[هل القدرة شرط أو العجز مانع]

إشارة

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف و قد أكدت الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله

[استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه]

فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط قال و تظهر الفائدة فى موضع الشك ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة و جعله دليلا على أن القدرة المتفق عليها ما إذا تحقق العجز. و فيه مع ما عرفت من أن صريح معاهد الإجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة أن العجز أمر عدمى لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا مع أن المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم ثم لو سلم صحته

إطلاق المانع عليه لا ثمره فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي ولا في غيرهما فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها أو لا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعلت القدرة شرطاً أم العجز مانعاً. وإذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً. والحاصل أن التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنما يصح ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم و

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٧

الجهل و أما اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز و مبني على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من أدلتهم على الصحة والفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

[العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق]

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لا يعتبر التسليم فيه رأساً كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء ولا سبيل لأحد عليه و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدةً و إما لترزله العقد كما إذا اشترى فضولاً فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك فلا تعتبر القدرة على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر و لو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط. و من المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحقيقها فيما بعد. و الحاصل أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره و السرفيه أن التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور. و بعبارة أخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل و لهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل و أولى منها بناء على الكشف. و كذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض إنما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره و سيجيء الكلام في باب الرهن اللهم إلا أن يقال إن المنفى في النبوى - هو كل معاملة يكون بحسب العرف غرراً فالباع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرراً لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لا عرفي فيصدق الغرر و الخطر عرفاً و إن لم يتحقق شرعاً إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر فإن العرف إذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً و هكذا فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة فتأمل. ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط في أصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع و إن لم يكن البائع قادراً عليه بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه. نعم إذا

لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه في معنى أكل المال بالباطل وربما احتمل إمكان المصالحة عليه و من هنا يعلم أن قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الآبق منفردا لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لا- يتمكن منه عرفا و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى. و فيه ما عرفت من الإجماع و لزوم الغرر غير المنقطع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الإقدام عليه إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري و فيه ما فيه.

[القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم]

ثم إن الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع و إنما المقصد الأصلي هو التسلم و من هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الإسكافي و العلامة و كاشف الرموز و الشهيدين و المحقق الثانى و عن ظاهر الانتصار أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الإمامية و هو المتجه لأن ظاهر معاهد الإجماع بضميمة التبع فى كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غيره مختص بغير ذلك و منه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسلم كما لو اعتاد الطائر العود صح وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. نعم عن نهاية الأحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم و أن عود الطائر غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث. و فيه أن العادة باعثة كالعقل مع أن الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادة و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد. ففى بطلان البيع لظاهر الإجماعات المحكية و لثبوت الغرر أو صحته لأن ظاهر معاهد الإجماع التعذر رأسا و لذا حكم مدعيه بالصحة هنا. و الغرر منفى مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة و جهان بل قولان تردد فيهما فى الشرائع ثم قوى الصحة و تبعه فى محكى السرائر و المسالك و الكفاية و غيرها. نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة و لو كانت مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها فى الصحة إشكال- من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف الوقف المنقطع

[الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين]

ثم إن الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه فى زمان البيع و تجددها بعد ذلك صح و لو لم تتجدد بطل و المعتبر هو الوثوق فلا يكفى مطلق المكاسب، ج ٢، ص ١٨٨ الظن و لا يعتبر اليقين

[هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل]

ثم لا إشكال فى اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا فى مجرد العقد فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه و أما لو كان وكيلا فى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل أجنبيا عن هذه المعاملة فلا إشكال فى كفاية قدرته و هل تكفى قدرة الموكل الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. و ربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر فى العاقد غير ممكن قبل الإجازة و قدرة المالك إنما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع لأن بيع المأذون

لا تكفى فيه قدرة الآذن مطلقا بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق فى الفضولى و البناء على القدرة الواقعية باطل إذ الشرط هى القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها إن وجدت لم تنفع ثم قال لا يقال إنه قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك و إنه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد لأن هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا- لمصاحبة الإذن للبيع غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال و هما من أنواع الإذن و مع الإذن لا- يكون فضوليا و لا- تتوقف صحته بعه على الإجازة و لو سلمنا بقاءه على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ثم فى تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل بل نظر فتدبر.

مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا

على المشهور بين علمائنا كما فى التذكرة بل إجماعا كما فى الخلاف و الغنية و الرياض و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع احتمال بيعه غرر منفى إجماعا نصا و فتوى خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا و لعله الإسكافى حيث إن المحكى عنه أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع انتهى و قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم و قد عرفت ضعفه لكن يمكن أن يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق خصوصا مع تقييد الإسكافى بصورة ضمان البائع فإنه يندفع به الغرر عرفا لكن سيأتى ما فيه فالعمدة الانتفاع بعتقه و له وجه لو لا النص الآتى و الإجماعات المتقدمة مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرج عن الغرر و كما لا يجوز جعله مثمنا لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما فى الأدلة. و قد تردد فى اللعنة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و إن قرب أخيرا المنع منفردا و لعل وجه الاستناد فى المنع عن جعله مثمنا هو النص و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالثمن دون نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق. و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المحجور مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم و نظير ذلك ما فى التذكرة حيث ادعى أولا الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا إلى أن قال و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضا. ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل. و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه فتعتبر فيه القدرة على التسليم و جهان بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذرت أو تعسرت معرفته بل مطلقا و اختصاص الغرر المنفى بالبيع و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى أنهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى ص أنه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه. و أما الضال و المحجور و المغصوب و نحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز وفاقا لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم إلا أن يوهن بتردد مدعيه كالعلامة فى التذكرة فى صحة بيع الضال منفردا و بمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع و أما فوات منفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه و جهالتها غير مضره مع إمكان العلم بتلك المدة كضالته يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك و كذا فى المغصوب و المنهوب. و الحاصل أنه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم المثلث فإنه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا و لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان

غررا في نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم. و من المعلوم أن بيع الضال و شبهه ليس محكوما عليه في العرف بكونه في ضمان البائع بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه فالانفساخ بالتلف حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غررا. و مما ذكر يظهر أنه لا- يجدى في رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و إلا تخير بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به في اللمعة فإن ثبوت الخيار حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسليم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا في البيع

المبطل له لكن قد مرت المناقشة في ذلك بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع من ضمانه قبل العلم و من عدم التسلط على مطالبه الثمن فافهم. و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٩

أمكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا و لذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراط فيه الموجب للتسلط على الرد و لعله لهذا اختار في محكي المختلف تبعا للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه. و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه و إن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل.

مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة

كما عن الانتصار و كشف الرموز و التنقيح بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكيا فيه كما عن الانتصار إطباق العامة على خلافه. و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا حيث حكى احتجاج العامة بالغرر فأنكره عليهم مع الضميمة و فيه إشكال. و الأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكية المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد في مخالفته بصحيفة رفاعه النخاس قال: قلت لأبي الحسن ع أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئا ثوبا أو متاعا فنقول لهم أشتري منكم جاريتمكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإن ذلك جائز و موثقه سماعه عن أبي عبد الله ع: في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله فقال لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر فيقول أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه. و ظاهر السؤال في الأولى و الجواب في الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان و هو الظاهر أيضا من معاهد الإجماعات المنقولة فالمأبوس عادة من الظفر به الملحق بالتألف لا يجوز جعله جزء من المبيع لأن بذل جزء من الثمن في مقابله لو لم يكن سفها أو أكلا- للمال بالباطن لجاز جعله مضمنا يباع به مستقلا فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع للنهي عن الغرر السليم عن المخصص نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط و نحوه و أيضا الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها و أما صحة بيعها منفردة فلا تظهر من الرواية [فلو أضاف إلى الضميمة ما لا يتعدر تسليمه كفى و لا يكفي ضم المنفعة إلا إذا فهمنا من قوله ع فإن لم يقدر إلى آخر الرواية لتعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابله للثمن فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مال أو حق إليه مع الآبق لثلا يخلو الثمن عن المقابل فتأمل. ثم إنه لا إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري إلا أنه لو بقي على إباقه و صار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء و إن اقتضت قاعدة التالف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن فليس معنى الرواية أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن لتكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق في يده كما يوهمه ظاهر المحكي عن كاشف الرموز من أن الآبق ما دام آبقا ليس مبيعا في الحقيقة و لا جزء مبيع مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرناه بل معناها أنه لا يرجع المشتري بتعدر الآبق الذي هو في حكم التالف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله من الثمن و لو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري إشكال

و لو تلفت الضميمة قبل القبض فإن كان بعد حصول الآبق في اليد فالظاهر الرجوع بما قابلته الضميمة لا مجموع الثمن لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقا و لا بعد الحصول في اليد و كذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم كما لو أرسل إليه طعاما مسموما لأنه بمنزلة القبض و إن كان قبله ففي انفساخ البيع في الآبق تبعا للضميمة أو بقائه بما قابله من الثمن وجهان من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق لأنه كان سببا في صحته و من أنه كان تابعا له في الحدوث فيما إذا تحقق تملك المشتري له فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأسا هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه و بين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء لكن ظاهر النص أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا و لا يوضع له شيء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به و من هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط لاشتراط خيار يخص بها. نعم لو عقد على الضميمة فضولا و لم يجز مالها انفساخ العقد بالنسبة إلى المجموع ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا إما بعد القدرة عليه أو قبلها كان له الرجوع بأرشه كذا قيل.

مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا

فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا كما عن المختلف و التذكرة و اتفاقا كما عن الروضة و حاشية الفقيه للسليمان. و السرائر في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين. و الأصل في ذلك حديث نفى الغرر المشهور بين المسلمين.

و يؤيده التعليل في رواية حماد بن مسيرة عن جعفر عن أبيه ع: أنه يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم. لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة قال: سألت أبا عبد الله ع فقلت ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه الألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بألف درهم قال فقال أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كان ثمنها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد إليه ما نقص من القيمة و إن كانت قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له قال فقلت أ رأيت إن أصبت بها عيبا بعد ما مستتها قال ليس لك أن تردها و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب. 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 بأن يراد من قوله باعنيها بحكمي قطع المساومة على أن أقومها على نفسى بقيمتها العادلة في نظري حيث إن رفاعه كان نحاسا يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم أما معاطاة و إما مع إنشاء الإيجاب و كالة و القبول أصالة فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في المبيع و أن رفاعه مخطئ في القيمة أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. و قوله ع إن كانت قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٠

إما أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية حيث إن المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت و إما أن يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد فتعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع و قد يحمل على صورة تلف الجارية و ينافيه قوله ع فيما بعد فليس عليك أن تردها إلى آخر الرواية. و كيف كان فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن إلى القيمة السوقية لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق فضعيف. و أضعف منه ما عن الإسكافي من تجويز قول البائع بعثك بسعر ما بعث و يكون للمشتري الخيار و يرد أن البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار و أما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الإسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

مسألة العلم بقدر الثمن كالثمن

إشارة

شرط بإجماع علمائنا كما عن التذكرة. و عن الغنية العقد على المجهول باطل بلا خلاف و عن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا و إن شوهد إجماعا و فى السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف و الأصل فى ذلك ما تقدم من النبوى المشهور

و فى خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة

منها صحيحة الحلبي

إشارة

عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشتري ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعته قال لا يصلح إلا أن يكيل و قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام. و فى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة.

[الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه

و الإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال أو باشتغالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع غير وجيه لأن الظاهر من قوله ع سميت فيه كيلا أنه يذكر فيه الكيل فهى كناية عن كونه مكيلا فى العادة اللهم إلا أن يقال إن وصف الطعام كذلك الظاهر فى التنوع مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن إلا فى مثل الزرع قائما يبعد إرادة هذا المعنى فتأمل. و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أم نقص خصوصا إذا لم يطمأن بتصديقه لا شراؤه على أنه القدر المعين الذى أخبر به البائع فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف. قال فى التذكرة لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا و قال فى التحرير لو أعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أم نقص لم يجز. و أما نسبة الكراهة إلى هذا البيع فليس فيه ظهور فى المعنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح و لا يصح فى الفساد.

[رواية سماعة]

و فى الصحيح عن ابن محبوب عن زرعه عن سماعة قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن فقال إما أن تأتى رجلا فى طعام قد اكتيل أو وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن أنت اشتريته منه و لم تكله أو لم ترنه إذا أخذه [كان المشتري الأول] قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك فيه كذا و كذا [و قد رضيت بكيلك و وزنك و دلالتها أوضح من الأولى].

[رواية أبان]

و رواية أبان عن محمد بن حرمان قال: قلت لأبي عبد الله ع اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس فقلت أ يجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل فقال لا- أما أنت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدقته.

[رواية أبي العطار]

و فحوى رواية أبي العطار و فيها قلت: فأخرج الكر و الكرين فيقول الرجل أعطيته بكيك فقال إذا ائتمنتك فلا بأس

[و مرسله ابن بكير]

و مرسله ابن بكير عن رجل: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيله كله فإن المنع من التبعض المستفاد منه إرشادي محمول على أنه إن صدقه فلا حاجة إلى كلفه كيل البعض و إلا فلا يجزى كيل البعض و تحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء و كيف كان ففي مجموع ما ذكر من الأخبار و ما لم يذكر مما فيه إيماء إلى المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه عند السائل. و تقرير الإمام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عده و غيرها مع ما ذكر من الشهرة المحققة و الاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة

[هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا]

ثم إن ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصي و إن كانت حكمته سد باب المسامحة المقتضية إلى الوقوع في الغرر كما أن حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط فحينئذ يعتبر التقدير بالكيل أو الوزن و إن لم يكن في شخص المقام غرر كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المتساوي له في القيمة فإنه لا يتصور هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين لأنه مساو للآخر في المقدار أو يحتمل غير بعيد حمل الإطلاقات و لا سيما الأخبار على المورد الغالب و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير. فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفي كما في الفرض المزبور و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع و كما إذا كان المبيع قليلا- لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و أراد به دهنا لحاجة فإن الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين. و لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون و بين عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة أو لكثرة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد و شرحها و حاشيتها. و مما ذكرنا يتضح عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فإنها و إن كانت من الموزون و لذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمنا حكمها كالمعدود في أن معرفة مقدار ماليتها لا- تتوقف على وزنها فهي كالقليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان و كذا الدرهم و الدينار الخالصان فإنهما و إن كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا إجماعا إلا أن ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر في ذلك أصلا و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم بوزنهما. نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر في وضعهما من حيث تفاوت قيمتهما بذلك فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منهما لكونه غشا و

خيائنه و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إن نقصان الوزن لا- يؤثر في قيمتها فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه. و إلى ما ذكرنا من الفرق

المكاسب، ج ٢، ص ١٩١

أشير في صحيحه عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبد الله ع أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبة و الحبتين قال لا حتى تبينه ثم قال إلا أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا عددا. و بالجملة فإناطة الحكم بوجوب معرفته وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصى قريب في الغاية إلا أن الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة

[وجوب معرفة العدد في المعدود و الدليل عليه]

ثم إن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلا خلاف ظاهر و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الإمام ع في الرواية الآتية المتضمنة لتجوز الكيل في المعدود المتعذر عده. و يظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلي المناقشة في ذلك بل الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدة و ترده رواية الجواز الآتية. و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بإعدادها كالجوز و البيض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب. و عد العلامة البطيخ و الباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد و لا يكفى في السلم و صحته العد في المعدودات بل لا بد من الوزن في البطيخ و الباذنجان و الرمان و إنما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة انتهى و قد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ و الرمان إذا كانا رطبين لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضا غير موزونة و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن فالظاهر أن تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز و البيض.

[مسألة في التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]

إشارة

لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع- في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو عدم حصول الغرر الشخصى فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك- بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلا لكن تقدم أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصى لحكمه سد باب الغرر المؤدى إلى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراضى الفعلى حال المعاملة و حينئذ فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المعاملات بغير ما تعارف فيه

[هل يجوز بيع المكيل وزنا و بالعكس]

إشارة

فنقول اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا و بالعكس و عدمه على أقوال ثالثها جواز الكيل وزنا دون العكس لأن الوزن أصل الكيل و أضبط و إنما عدل إليه في المكيلات تسهילה. فالمحكى عن الدروس في السلم جوازه مطلقا حيث قال و لو أسلم في المكيل وزنا و بالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الإمام الصادق ع و كأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي ص قال: لا بأس

بسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن. و لا يخفى قصور الرواية سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكيل و بالعكس لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس. و يعضده ذكر الشيخ الرواية في باب إسلاف الزيت في السمن

[الكلام في مقامين]

إشارة

فالذى ينبغى أن يقال إن الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر من حيث جعله دليلا على التقدير المعبر فيه بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس و تارة في كفايته فيه أصلا من غير ملاحظة تقديره بالمتعارف.

أما الأول [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إلى ما تعارف فيه]

فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح به عادة و قد يكون مما لا يتسامح فيه و أما الأول فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقا إليه و تؤيده رواية عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبي عبد الله ع أشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال لا بأس و استدلل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقي إليه و أردفه بقوله و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم. و استدلاله الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راوية من الزيت و لا يخفى أن هذه العلة لو سلمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال إنما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير و قد عرفت أن هذا في الحقيقة تقدير و ليس بجزاف نعم ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء و أما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقرير أماره على ذلك المقدار لأن ذلك أيضا خارج عن الجزاف فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و يتخير المشتري لو نقص.

و ما تقدم من صحة الحلبي في أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كله مع جعل التقدير غير المتعارف أماره على المتعارف.

[الثاني التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلا]

و أما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهى عنه في الأخبار و معقد الإجماعات لأن الوزن أضبط من الكيل و مقدار مائة المكيلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل.

و المحكى المؤيد بالتبع أن الوزن أصل الكيل و أن العدول إلى الكيل من باب الرخصة و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات و يشهد لأصالة الوزن أن المكايل المتعارفة في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن إذ ليس هنا كيل واحد تقاس المكايل عليه. و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه إشكال بل لا يبعد عدم الجواز. و قد عرفت عن السرائر أن ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف فإن هذه مجازفة صرفه إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملء اليد فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة ثم إنه قد أعلم مما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة

الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّة والرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم فهي غير جائزة لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة هذا كله في المكيال و الموزون.

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٢

و أما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقا إليه فالكلام فيه كما عرفت في أخويه و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال لا بأس به. فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة- و لم يردعه الإمام ع بالتنبيه على أن ذلك غير مختص بصورة الاضطرار لكن التقرير غير واضح فلا- تنهض الرواية لتخصيص العمومات و لذا قوى في الروضة الجواز مطلقا. و أما كفاية الكيل فيه أصالة فهو مشكل لأنه لا يخرج عن المجازفة و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أما الموزون فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم أنه لا يكفي العد في المعدودات و إن جاز بيعها معجلا بالعد بل لا بد من الوزن أنه لا خلاف في أنه أضبط و أنه يغني عن العد. فقولهم في شروط العوضين إنه لا بد من العد في المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير لكنه ربما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم و يكفي الوزن عن العد فإنه بوجه كونه الأصل في الضبط إلا أن يريدوا هنا الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا

فقد قيل إن الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا في بلد يباع كذا و إلا فلا. و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب و ربما منع ذلك بعض المعاصرين قائلا إن دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه ص على وجه المذكور غريبة فإنني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين فضلا عن أن يكون إجماعا. نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه ص في رفع شيء من ذلك و إثباته انتهى. أقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و إنما ذكره في باب الربا حق إلا أن المدار وجودا و عدما في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أن الأ-كثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب. و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع. أما أولا فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا إذا كانت عادة الحجاز على عهده ص في شيء الكيل لم يجز إلا كيلا في سائر البلاد و ما كانت فيه وزنا لم يجز إلا وزنا في سائر البلاد و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة هذا كله لا خلاف فيه فإن كان مما لا تعرف عاداته في عهده ص حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا بالكيل و ما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزنا انتهى. و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعه المتماثلين و نحوه كلام العلامة في التذكرة. و أما ثانيا فلأن ما يقطع به بعد التسبغ في كلماتهم هنا و في باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعني المكيال و الموزون قد حمل عليه حكمان أحدهما عدم صحة بيعه جزافا و الآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلا و زيده وضوحا ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطه لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين. و أما ثالثا فلأنه يظهر من جماعة تصريحها أو ظهورا أن من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه. قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفرعا على

ذلك إنه لا رباء في الماء إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن و قال في الدروس و لا يجرى الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقدا ثم قال و كذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببيع الحطب وزنا في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته انتهى. و هذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ كلماتهم فلاحظ المسالك هنا و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثاني و الشهيد عند قول العلامة و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و إن لم يدخله لقلته كالحبة و الحبتين من الحنطة أو لكثرتة كالكزبرة و لازم ذلك يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل و الوزن في صحة بيعه أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس لثبوت كونه مكيلا أو موزونا على عهد رسول الله ص لم أن لا يجوز بيعه جزافا و إلا لم يصدق ما ذكروه من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه. و بالجملة فتلازم الحكمين أعني دخول الربا في جنس و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الأصحاب و حينئذ فنقول كل ما ثبت كونه مكيلا أو موزونا في عصره ص فهو ربوي في زماننا و لا يجوز بيعه جزافا فلو فرض تعارف بيعه جزافا عندنا كان باطلا و إن لم يلزم غرر للإجماع و لما عرفت من أن اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع و اعتبار الانضباط في المسلم فيه لأن في تركه مظنة التنازع و التغابن و نحو ذلك. و الظاهر كما عرفت من غير واحد أن المسألة اتفافية. و أما ما علم أنه كان يباع جزافا في زمانه ص

فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعا و الظاهر أنه إجماعي كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أن مثل هذا ليس بربوي و الشهرة محققة على ذلك. نعم ينافي ذلك بعض ما تقدم من إطلاق النهي عن بيع المكيل و الموزون جزافا الظاهر فيما تعارف كيلاه في زمان الإمام ع أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما و إن لم يتعارف في غيره و كذلك قوله ع: ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه و إن لم يكن كذلك في عرف الشارع اللهم إلا- أن يقال إنه لم يعلم أن ما تعارف كيلاه أو وزنه في عرف الأئمة و أصحابهم كان غير مقدر في زمان الشارع حتى يتحقق المنافاة و الأصل في ذلك أن مفهوم المكيل و الموزون في الأخبار لا يراد بهما كلما فرض صيرورته كذلك حتى يعم ما علم كونه غير مقدر في زمن الشارع بل المراد بهما المصدق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة و لا- موزونة في زمن النبي ص لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال أو يوزن أنه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٣ فيما شكك في كونه مقدرًا في ذلك الزمان مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر إذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون بل لا بد من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار و لا دليل أيضا على إلحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبي ص ثم بما اتفقت عليه بالبلاد ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسه في غاية الإشكال فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين و إثبات ما ينافي ذلك من الأحكام المشهورة بالإجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة و كذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع و لكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية و لكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلفت البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه انتهى و ذكر المحقق الثاني أيضا أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق و لا أثر للتغير الطارى للاستصحاب و لظاهر قوله ص: حكى على الواحد حكى على الجماعة و أما في الأقارير و نحوهما فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء عنها حملا له على ما يفهمه المواقع انتهى. أقول ليس الكلام في مفهوم المكيل و الموزون بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقق هذا المفهوم فإن المراد بقولهم ع: ما كان مكيلا فلا يباع جزافا و لا يباع بعضه ببعض إلا متساويا إما أن يكون ما

هو المكييل في عرف المتكلم أو يراد به ما هو المكييل في العرف العام أو ما هو المكييل في عرف كل مكلف و على أى تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد فلا- بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي و إرادة جميع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها و خصوصا مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى. و لعل المقدس الأردبيلي أراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع و عرف العام و العرف الخاص معللا باحتمال إرادة الكيل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو في أكثر البلدان أو في الجملة مطلقا أو بالنسبة إلى كل بلد كما قيل في المأكول و الملبوس في السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم و الظاهر هو الأخير انتهى و قد رده في الحدائق بأن الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم فكل ما كان مكيلا أو موزونا في عرفهم و جب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة و ما لم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام إلى آخر ما ذكره من التفصيل ثم قال و يمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم في صحيحة الحلبي من قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإن الظاهر أن المرجع في كونه مكيلا إلى تسميته عرفا مكيلا- و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم ع انتهى. أقول قد عرفت أن الكلام هنا ليس في معنى اللفظ لأن مفهوم الكيل معلوم لغه و إنما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم ثم لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ كان اللازم حمله على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعي لا إذا جهل عرفه الشرعي فإنه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفي بل لا بد من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعي و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ كما هو واضح هذا كله مع أن الأخبار إنما وصلت إلينا من الأئمة ص فاللازم اعتبار عرفهم لا- عرف الشارع و أما ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله ع ما سميت فيه كيلا إلى آخره فيحتمل أن يراد به عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية فتأمل. و أبعد شئ في المقام ما ذكره في جامع المقاصد من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليهما

فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله إلى آخره. و بالجملة فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل لكن الظاهر أن كلها متفق عليها.

نعم اختلفوا فيما إذا كانت البلاد مختلفة في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو أنه يغلب جانب التحريم كما عليه جماعة من أصحابنا لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا لا في جواز البيع جزافا في بلد لا يتعارف فيه التقدير ثم إنه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدرًا في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن ففيه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر و أشكال من ذلك ما لو علم كون الشئ غير مكييل في زمان الشارع أو في العرف العام مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشئ من المبتذلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها فالأقوى و جوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العدد. و بالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على و جوب التقدير بما بنى الأمر في مقام استعمال مالية الشئ على ذلك التقدير فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجب بذكر العدد بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالية ما عنده من الرمان و البطيخ فإنه لا يجب إلا بالوزن و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعير فربما يجب بالكيل و ربما يجب بالوزن لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم أن الوزن أصل في الكيل. و ما ذكرنا هو المراد بالمكييل و الموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع و بدخول الربا فيهما و أما ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء و التين و الخضريات فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلفت البلاد في التقدير و العدم فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير و أما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشئ عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٤

كفت المشاهدة و إن كان لعدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم عليه حرصا مع الاعتياد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم بل يجب مخالفتها فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيع الغرر و المجازفات كبيع الملايح و المضامين و الملامسة و المنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها و ثمر الشجر قبل الوجود و غير ذلك لم ترد إلا-ردا على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر و البناء على المجازفات الموجبة لفتح أبواب المنازعات. و إلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله ذكره في حديث طويل قال: و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة و لا يؤخذ فيه بالخاصة فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لأن أصل اللحم أن يوزن و أصل الجوز أن يعد. و على ما ذكرنا فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين و في شرح القواعد لبعض الأساطين ثم الرجوع إلى العادة مع اتفاقها اتفقي و لو اختلفت فلكل بلد حكمه كما هو المشهور. و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى الأول و لو تعاقدا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار على ذي الجراف أو البائع في مبيعه و المشتري في ثمنه أو يبنى على الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا عليه مع الاتفاق أو التخيير و لعله الأقوى و يجرى مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا تفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة و نحوها و لو حصل الاختلاف في البلد الواحد على وجه التساوي فالأقوى التخيير و مع الاختصاص بجمع قليل إشكال انتهى

@@@

مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور

إشارة

و عبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه و يدل عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة. و ما تقدم في صحيحة الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة إيقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به و إن كان الأخبار داعيا إليها فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر. و قد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك

[هل يعتبر كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار]

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار كما تشهد به الروايات المتقدمة فلو لم يفد ظنا فإشكال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر و من عدم تقييدهم الأخبار بإفادة الظن و لا-المخبر بالعدالة و الأقوى بناء على اعتبار التقدير و إن لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر كفي في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به و إن كان مجهولا. و يندفع الغرر بناء المتعاملين على ذلك المقدار فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف المذكورة في العقد فيقول بعتك هذه الصبرة على أنها كذا و كذا صاعا و على كل تقدير فالحكم فيه الصحة

[ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقصة]

إشارة

فلو تبين الخلاف فإما أن يكون بالنقيصة و إما أن يكون بالزيادة فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء بل في جامع المقاصد احتمال البطلان كما لو باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفاتت الوصف لكن يمكن أن يقال إن مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما في أصل الحقيقة بخلاف الجزء و الكل فتأمل فإن المتعين الصحة و الخيار. ثم إنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون فربما تخيل بعض تبعا لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد و يدفعه تصريح العلامة في هذه المسألة في التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص و في باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر به البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن. و تصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة و هي مسألة ما لو باع متساوى الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل و من المعلوم أن الخيار في تلك المسألة إما لفوات الوصف و إما لفوات الجزء على الخلاف الآتى. و أما التعبير بالمغبون فيشمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة نظير تعبير الشهيد في اللمعة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف حيث قال تخير المغبون منهما. و أما ما ذكره من أن الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد ففيه أن ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته. و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد فإن هذا أولى من وصف الصحة الذى يغنى بناء العقد عليه عن ذكره في العقد فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين

[عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف]

و كيف كان فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف و إنما الإشكال في أن المختلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه فلذلك اختلف في أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم و تمام الكلام في موضع تعرض الأصحاب المسألة

[كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع فهو بحكم إخبار البائع]

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع و أوقع العقد بناء عليه كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقا إلى عده أو وزنه.

مسألة قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و إن لم يمسا و لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك و تعذر إدراكه بالمشاهدة انتهى و في التذكرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم إجماعا و صرح في السرائر بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها. أقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالبا مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم و الاعتماد على عددها على ما يحصل تخمينيا بالمشاهدة عين المجازفة. و بالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مالىة الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون و المعدود و كذا الحكم فى عدد الأذرع و الطاقات و الكرايس و الجربان فى كثير من

الأراضى المقدره عادة بالجريب. نعم ربما يتفق

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٥

تعارف عدد خاص فى أذرع بعض طاقات الكرايسس لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقا إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة و تظهر الثمرة فى ثبوت الخيار إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة إلا- إذا كان النقص عيبا أو اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولاً- و عرضاً. و بالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به و لو لم يكن غرر كما استظهرناه فى المكيل و الموزون فافهم.

مسألة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

إشارة

كصاع من صبرة مجتمع الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبه ذلك يتصور على وجوه

الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعا من الجملة مقدرًا بذلك العنوان

فيريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها و من عبد من العبيد نصفهما و لا إشكال فى صحه ذلك و لا فى كون المبيع مشاعا فى الجملة و لا فرق بين اختلاف العبيد فى القيمة و عدمه و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع هذا و لكن قال فى التذكرة و الأقرب أنه لو قصد الإشاعة فى عبد من عبيد أو شاء من شاتين بطل بخلاف الذراع من الأرض انتهى و لم يعلم وجه الفرق إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاء.

الثانى أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه

إشارة

من الأفراد المتصورة فى المجموع نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد و هذا يتضح فى صاع من الصيعان المتفرقة و لا إشكال فى بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق فى القيمة كالعبيد المختلفين لأنه غرر لأن المشتري لا يعلم بما يحصل فى يده منهما و أما مع اتفاقهما فى القيمة كما فى الصيعان المتفرقة فالمشهور أيضا كما فى كلام بعض المنع بل فى الرياض نسبته إلى الأصحاب. و عن المحقق الأردبيلي قدس سره أيضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب و استدل على المنع بعضهم بالجهالة التى يبطل معها البيع إجماعا و آخر بأن الإبهام فى البيع مبطل له لا من حيث الجهالة. و يؤيده أنه حكم فى التذكرة مع منعه عن بيع أحد العبيد المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي و لم يدر أيهما هو صح خلافا لبعض العامة و ثالث بلزوم الغرر و رابع بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعى من أمرين معينين و يضعف الأول بمنع المقدمتين لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول إذ لا- تعين له فى الواقع حتى يجهل و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر غير مسلم نعم وقع فى معقد بعض الإجماعات

ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين. ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاواهم و تصانيفهم لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف انتهى و عن الخلاف في باب السلم أنه لو قال اشترى منك أحد هذين العبيد أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء دليلنا أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصح ولأنه بيع غرر لا اختلاف قيمتي العبيد ولأنه لا دليل على صحته ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع وقلنا إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبيد فإن قلنا بذلك تبعا فيه الرواية و لم يقس غيرهما عليهما انتهى و عبارته المحكية في باب البيوع أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبيد على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء أنه جائز و لم يرووا في الثوب شيئا ثم قال دليلنا إجماع الفرقة و قوله ص: المؤمنون عند شروطهم انتهى. و سيأتي أيضا في كلام فخر الدين أن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعا و ظاهر هذه الكلمات صدق الجعالة و كون مثلها قاذحة اتفاقا مع فرض عدم نص بل قد عرفت رد الحللي للنص المجوز بمخالفته لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع أعنى كون الإبهام مبطالا و أما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة و لذا يجوز الإسلاف في الكلي من هذه الأفراد مع أن الانضباط في السلم أكد و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبرة و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً و لذا رد في الإيضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً. و أما الرابع فيمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجي فإن الكلي المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه في الخارج بصفته كونه مملوكاً للمشتري فالوجه أن الملكية أمر اعتباري يعتبرها العرف و الشرع أو أحدهما في مواردنا و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل بأحد الشخصين و نحوهما فالإنصاف كما اعترف به جماعة أولهم المحقق الأردبيلي عدم دليل معتبر على المنع. قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين و فيه تأمل إذ لم يتم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي طرف أراد المشتري أو من أي جانب كان من الأرض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى. فالدليل هو الإجماع لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع إلى بيع الكسر المشاع و إن قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الإشاعة بطل لحصول

الغرر بالإبهام في الأول و كونه بيع المعدوم و باختلاف الأغراض في الثاني غالباً فيلحق به النادر و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال و الظاهر بعد إمعان النظر و نهاية التتبع أن الغرر الشرعي لا يستلزم

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٦

الغرر العرفي و بالعكس و ارتفاع الجهالة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في أصل الماهية و لعل الدائرة في الشرع أضيق و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدري بمذاق الشارع و أعلم انتهى. و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع

لاتفاقهما على بطلانه و لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع و قال البائع أردت معينا. ففي التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملاً- بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين انتهى. و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر و أصالة الصحة لا تصرف الظواهر و أما أصالة عدم التعيين فلم أتتحققها. و ذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق

إشارة

في الأفراد المتصورة في تلك الجملة

[الفرق بين الوجه الثاني والثالث

و الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني كما حققه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرقت الصيعان و قال بعتك أحدها أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المشخصة غير معين فيكون يبيعه مشتملا على الغرر و في هذا الوجه أمر كلي غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم كل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلي. فإن قلت المبيع في الأولى أيضا أمر كلي. قلنا ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلي و بحسب الواقع جزئي غير معين و لا- معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد منها برأسه فصار إطلاق أحدها منزلا على شخصي غير معلوم فصار كبيع أحد الشياء و أحد العبيد و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا في جملة لحكمنا بالصحة انتهى. و حاصله أن المبيع مع التريد جزئي حقيقي فيمتاز عن المبيع الكلي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة. و في الإيضاح أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلي المقيد بالوحدة و بين الفرد المنتشر

ثم الظاهر صحة بيع الكلي بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلي أو الإشاعة لكن يظهر مما عن الإيضاح وجود الخلاف في صحة بيع الكلي و أن منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلي بهذا المعنى و الكلي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة. قال في الإيضاح في ترجيح التنزيل على الإشاعة إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذي يدل النهى عنه على الفساد إجماعا و لأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و إبهام المبيع مبطل انتهى و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة إلى ما في الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر و أخرى إلى عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الإشاعة و ثالثه باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة. و يرد الأول ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم في الكلي. و الثاني بأنه معهود في الوصية و الإصداق مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية فإن أنواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق أحدها في مورد الآخر إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين أفراد موجودة فيكفي في رده النقص بالوصية و شبهها هذا كله مضافا إلى صححة الأطنان الآتية فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر و إما بيع الكلي في الخارج. و أما الثالث فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه

إشارة

بناء على المشهور من صحته وجهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشيخ و الشهيدين و المحقق الثاني و جماعة و استدلل في جامع

المقاصد بأنه السابق إلى الفهم. و برواية بريد بن معاوية عن أبي عبد الله ع: في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمه واحدة و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم و وكل المشتري من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقي عشرة آلاف طن فقال ع العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع. و يمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقا أن المشهور بل الإجماع على بطلانه و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع و ظاهره حينئذ الإشاعة لأن المقدار المذكور عن مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهي أيضا ظاهره في الفرد المنتشر كما اعترف به في الرياض لكن الإنصاف أن العرف يعاملون في البيع المذكور معاملة الكلي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع و هذه أمانة فهمهم الكلي. و أما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية و تدل على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مالا للمشتري فالقول الثاني لا يخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حكاها في الإيضاح قولاً-

ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور.

أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع

لأن المفروض أن المشتري لم يملك إلا الطبيعة المعرأة عن التشخيص الخاص فلا يستحق على البائع خصوصية فإذا طالب بخصوصية زائدة على تلك الطبيعة فقد طالب ما ليس حقاله و هذا جار في كل من ملك كليا في الذمة أو في الخارج فليس لمالكه اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبيده و نحو ذلك إلا أنه قد جزم المحقق القمي قدس سره في غير موضع من أجوبه مسائله بأن الاختيار في التعيين بيد المشتري و لم يعلم له وجه مصحح فيما ليته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقتها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٧

أخرى و كذلك مسألة التملك كما لا يخفى و أما على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة فتحتاح القسمة إلى التراضي.

و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه

لأن كل فرد من أفراد الطبيعة و إن كان قابلا لتعلق ملكه به بخصوصه إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع و إقباضه فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلا فينحصر في الموجود و هذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلا ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار و إقباض فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر

فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول لأن الكلي المبيع ثانيا إنما هو سار في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه ساريا فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة

[صور إقباض الكلي]

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض - و أما إذا قبض فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري و إن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء و الباقي أمانة حصلت الشركة بحصول ماله في يده و عدم توفقه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلاً و ينحصر حقه في الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما. و الحاصل أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري و الملك الفعلي له حينئذ هو الكلي السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقيق الإقباض فنسبته كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء - بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض

[لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة]

هذا كله مما لا إشكال فيه و إنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة و لذا قال في الدروس إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة و حينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. و المشهور هنا التنزيل على الكلي بل لم يعرف من جزم بالإشاعة و ربما يفرق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلي و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة. و فيه أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدي عن مورده إلى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة و إن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى في البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدي و بين مسألة الاستثناء. و بالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدي عن مورده الشخصي و أضعف من ذلك الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة في مسألة الاستثناء لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص و أضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرهما مما يحمل الكلي فيها على الإشاعة و بين البيع باعتبار القبض في لزوم البيع و إيجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلي في الذمة. و فيه مع أن إيجاب القبض متحقق في مسألتى الزكاة و الاستثناء أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلاً أو بعضاً يفسخ البيع في التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الإشاعة فنفى الإشاعة بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادرة كما لا يخفى. و أما مدخليه القبض في اللزوم فلا دخل له أصلاً في الفرق و مثله في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقي قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك انتهى و فيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة فكيف يثبت به أنه إن أريد من كون التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري. ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا كلام فيه و لا إشكال و إنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البائع في مسألة الاستثناء حيث إن كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التلف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي و إن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركاً فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري فالاشتراك كان

قبل القبض. ففيه أن الإشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله بعتك صاعا من هذه الصبره و بين قوله بعتك هذه الصبره أو هذه الثمره إلا- صاعا منها و ما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول مع كون مقتضى الكلى عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه إلا بعد إقباض مالك الكل الذى هو المشتري فى مسألة الاستثناء فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب فى مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى بأنه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي و يمكن أن يقال إن بناء المشهور فى مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٨

قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتألف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كانت حصه البائع فى الباقي. و يؤيده استمرار السيره فى صورة استثناء الأبطال المعلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرف و عدم المعامله مع البائع معاملة الشركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينها إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما و لا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري لا- مطلق الموجود وقت البيع و إن كان بناؤهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلك أن المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع. فمعنى بعتك هذه الصبره إلا- صاعا منها بعتك الكلى الخارج الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبه إليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع. فإن قلت إن مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشخصا فى الخارج فيكون كليا كنفس الصاع. قلت نعم و لكن ملكيه البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقا لهذا العنوان و عنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك فإذا لم يبق إلا- صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاومه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل. هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفا الله عن الزلل فى المعائر.

أقسام بيع الصبره

قال فى الروضة تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد إن أقسام بيع الصبره عشره لأنها إما أن تكون معلومه المقدار أو مجهوله فإن كانت معلومه صح بيعها أجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا لا بيع كل قفيز منها بكذا و المجهوله كلها باطله إلا الثالث و هو بيع مقدار معلوم تشتمل الصبره عليه و لو لم يعلم باشمالها عليه فظاهر القواعد و المحكى عن حواشى الشهيد و غيرها عدم الصحه و استحسنه فى الروضة ثم قال نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشمالها عليه كان متجها و المحكى عن ظاهر الدروس و اللعمه الصحه قال فيها فإن نقصت تخير بين أخذ الموجود منها بحصه من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفقه و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو من قوة و إن كان فى تعيينه نظر لا لتدارك الضرر بالخيار لما عرفت غير مره من أن الغرر إنما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الذى هو من أحكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد بل لمنع الغرر. و إن قيل عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر. قلت نعم إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود و أما إذا

بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع غير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا وربما تحتل الصحة مراعى بتبين اشتغالها عليه. و فيه أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتغال هذا ولكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتغال أو الظن الذى يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهة استصحاب الاشتغال. و أما الرابع مع الجهالة و هو بيعها كل قفيز بكذا فالمحكى عن جماعة المنع و عن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتى المبسوط و الخلاف أنه لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع. قال فى الخلاف لأنه لا مانع منه و الأصل جوازه و ظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتغال. و عن الكفاية نفى البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما يمكن أن يعرف بأن تكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزائها قال و له نظائر ذكر جملة منها فى التذكرة و فيه نظر.

مسألة إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها

إشارة

فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب لأن الرؤية القديمة غير نافعة و إن اقتضت العادة بقاءها عليها فلا إشكال فى الصحة و لا خلاف فيها أيضا إلا من بعض الشافعية و إن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير و البناء عليها فى العقد فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن لأن الأصل من الطرق التى يتعارف التعويل عليها و لو فرضناه فى مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أماره على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضت العادة تغييره لم يجز البيع و إلا- جاز ذكر تلك الصفات لا بدونه لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها بل يمكن القول بالصحة فى القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فأنكشف التغير تخيير المغبون و هو البائع إن تغير إلى صفات زادت فى ماليته و المشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر و لأن الصفات المبنى عليها فى حكم الصفات المشروطة فهى من قبيل تخلف الشرط كما أشار إليه فى نهاية الأحكام و المسالك بقولهما الرؤية بمثابة الشرط فى الصفات الكائنة فى المرئى فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط انتهى و توهم أن الشروط إذا لم تذكر فى متن العقد لا عبرة بها فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد مدفوع بأن الغرض من ذكر الشروط فى العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها و فاء بالعقد و الصفات المرئية سابقا حيث إن البيع لا يصح إلا مبينا عليها

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٩

كانت دخولها فى العقد كان أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها فى البيع كان البيع باطلا فالذكر اللفظى إنما يحتاج إليه فى شروط خارجة لا يجب ملاحظتها فى العقد و احتمال فى نهاية الأحكام البطلان و لعله لأن المضى على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان و فاء بالعقد و إن لم يكن و فاء لم يدل دليل على جوازه. و عبارة أخرى العقد إذا وقع على الشئ الموصوف انتهى متعلقة بانتفاء صفته و إلا فلا وجه للخيار مع أصالة اللزوم و يضعفه أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها و إما بذكرها فى متن العقد لا تعد من مقومات العقد كما أنها ليست من مقومات المبيع ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرار الالتزام بما لم يقدم عليه و تمام الكلام فى باب الخيار إن شاء الله.

فرعان

الأول لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري

ففي المبسوط و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشتري لأن يده على الثمن كما في الدروس و هو راجع إلى ما في المبسوط و السرائر من أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منه إلا بإقراره أو بيئته تقوم عليه انتهى. و تبعه العلامة أيضا في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك بأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبيئته و لأن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه كما في التذكرة و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد و يمكن أن يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانة غاية الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينعف تشبته باليد إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في مدة الخيار و إن تسلم الآخر و حينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء. و الثاني مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حق له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقا فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم يجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف. و الثالث بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعا و لذا يجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد. و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا و يمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد فهي كشرط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك و لهذا لا يحصل من فقدها الأخيار لمن اشترطت له و لا يلزم بطلان العقد أو أنها مأخوذة في نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد و لذا لا يجوز إلغاؤها في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط فعلى الأول يرجع النزاع في التغير و عدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه و الأصل مع البائع. و بعبارة أخرى النزاع في أن العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا لكن الإنصاف أن هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئا مستقلا حتى يدفع عند الشك بالأصل بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونها متصفة بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونها متصفة بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم في العقد فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء به و عدمه و الأصل عدمه. و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت اللزوم مدفوعة بأن عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت لزوم العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين غير المقيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيد و هو غير جائز كما حقق في الأصول. و على الثاني يرجع النزاع إلى رجوع العقد و التراضي على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل مع المشتري. و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة مدفوعة بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا و هو غير ثابت و الأصل عدمه و قد تقرر في الأصول أن نفى أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه. و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم حيث إن المبيع ملك المشتري و الثمن ملك البائع اتفاقا و إنما اختلفا في تسلط المشتري على الفسخ فينفى بما تقدم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد أن الشك في اللزوم و عدمه من حيث الشك في متعلق العقد فإننا نقول الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى لا

يثبت اللزوم و هو وارد على أصالة اللزوم. و الحاصل أن هنا أمرين أحدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و أخذه فيه و هذا الأصل ينفع في عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة. و الثاني عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود و هذا جار غير نافع نظير الشك في كون الماء المخلوق دفعه كرا من أصله فإن أصالة عدم كرفته نافعة غير جارية و أصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة في ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم و اغتنم. و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمه على الأصول العمليه المتقدمه مثل ما دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض و عموم لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم أن الناس مسلطون على أموالهم بناء على أنها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع لأن المفروض صيرورته

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٠

ملكا إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري فإذا شك في ذلك فالأصل عدم دفع العوض و هذا هو الذي تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت لا- دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور بل نقول قد خرج عن تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. قلت السبب في الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقه على ما وقع العقد عليه و بعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية كما أن السبب في لزوم العقد تحقق مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري و الأصل موافق للأول و مخالف للثاني مثلا إذا وقع العقد على العين على أنها سمينه فبانت مهزولة فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه و هو السمين لا وقوع العقد على السمين فإن ذلك لا يقتضى الجواز و إنما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد و من المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك. فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه و كذلك صحة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما أُلزم. نعم ما في المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن كأنه لا يناسب أصالة اللزوم بل يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد كما يظهر من المختلف في باب السبق و الرماية و سيأتي تحقيق الحال في باب الخيار. و أما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة- لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع فهي مدفوعة مضافا إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمن المشاهدة كما إذا علم بكونها سمينه و أنها صارت مهزولة و لا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد بأن مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينه و من المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالتها عند المشاهدة و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد و لكن الأصول العدمية في مجاريها لا- تثبت وجود أضدادها هذا كله مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا و لم يعلم وجهه.

الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد

و اختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع و التغير

على صاحبه و حيث إن 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 السمين إليه كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه. فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسألة السابقة إلا أن 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 عبارة أخرى الشك هنا في وصول الحق و هناك في حقه الواصل و مقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن و اختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم و تدبر فإن المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه و اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع. و قد يتوهم جريان أصالة صحة البيع هنا للشك في بعض شروطه و هو وجود المبيع. و فيه أن صحة العقد عبارة من كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعا فإذا فرضنا أنه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلا في تملك العين لأن تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود و لا على قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة غير معقول و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجهل بالحال فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم لأن التملك الحقيقي غير متحقق و الصورى و إن تحقق لكنه ليس بفساد إذ اللغو فاسد عرفا أى قبيح إذا صدر عن علم بالحال. و بالجملة المد شرعا الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذى لم يمضه الشارع فافهم هذا فإنه قد غفل عنه بعض فى مسألة الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخيره عنه حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه. نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقى عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه أو قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحة و الفساد فإذا حكم بفساد شيء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠١

مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك

كما فى كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العد. و يغنى الوصف عن الاختبار فيما يضبط من الأوصاف دون ما لا يضبط كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كفياتها فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيعت منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف و كذا الكلام فى الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامه. نعم لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحة المبيع و فساده جاز شراؤها بوصف الصحة كما فى الدبس و الدهن مثلا فإن المقصود من طعمهما ملاحظه عدم فسادهما بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظه صحتها و فسادهما. و إطلاق كلمات الأصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمول على ما إذا أريدت الأوصاف التى لها مدخلة فى الصحة لا الزائدة على الصحة التى تختلف بها القيمة بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان لجواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة و كيف كان فقد قوى فى السرائر عدم الجواز أخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع فى الغنية قال يمكن أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف

لأنه غير غائب فيباع مع خيار الرؤية بالوصف فإذا لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا قوى انتهى و يضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة وفاقا للفاضلين و من تأخر عنهما لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة و من المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعا بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل: يشتري ما يذاق أ يذوقه قبل أن يشتري قال نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشتري. فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد و القاضي و سلالر و أبي الصلاح و ابن حمزة. قال في المقنعة كل شيء من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلويات المذوقة فإنه لا يصح بيعها بغير اختبار فإن ابتعت بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى و عن القاضي أنه لا يجوز بيعها إلا بعد أن يختبر فإن بيعت من غير اختبار كان المشتري مخيرا في رده لها على البائع و المحكى من سلالر و أبي الصلاح و ابن حمزة إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضي ثم المحكى عن المفيد و سلالر أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة و عن النهاية و الكافي أن بيعه جائز على الشرط الصحة أو البراءة من العيوب و عن القاضي لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة و البراءة من العيوب قال في محكى المختلف بعد ذكر عبارة القاضي إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدتين أما الصحة أو البراءة من العيوب و ليس بجيد بل الأولى انعقاد البيع سواء شرط أحدهما أم خلى عنهما أم شرط العيب و الظاهر أنه إنما صار إلى الإبهام من عبارة الشيخين حيث قالوا إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة و مقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة انتهى. أقول و لعله لنكتة بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد كما عبر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة لكن الإنصاف أن الظاهر من عبارتي المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد كما يظهر بالتدبر في عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها. و عبارة النهاية هنا هي عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده كما تقدم عن الحلبي فلا يكفي ذكر الأوصاف فضلا عن الاستغناء

عنها بأصالة السلامة و يدل عليه أن هؤلاء اشتراطوا في ظاهر عبارتهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار و إن فهم في المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تضبط خصوصية طعمها و ريحها بالوصف و الظاهر أن ذلك في غير الأوصاف التي تدور عليها السلامة من العيب إلا أن تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كمشاهد على أن المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة كما أن مقابله و هو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالبا. و يؤيده حكم القاضي بخيار المشتري و كيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا يضبط بالأوصاف فلا خلاف معهم منا و لا من الأصحاب و إن كان مذهبهم موافقا للحلبي بناء على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية و إن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و إن كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار فقد عرفت أن الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الراجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الأعيان الشخصية. و يمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامة في الأعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد مع أن الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم و لا من الشرع لعدم الدليل عليه إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت

معظم المالية فلا بد في دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات و حيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمانة عريفية مغنية عن الاختبار والوصف و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم لما كان الإطلاق منصرفا إلى الصحيح جاز الخيار عند تبين العيب فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئة و انصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعة سده يعتد بها لا من جهة الاعتماد في إحراز الصحة و البناء عليها على أصالة السلامة. بعبارة أخرى الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة منه و قد يستلزمه ككون الجارية خنثى و كون الدابة لا تستطيع من المشى أو الركوب و الحمل عليه و هذا مما يعتبر إحراز السلامة منها و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا و يؤيد ما ذكرناه من التفصيل أن بعضهم كالمحقق في النافع و العلامة في القواعد عنوانا المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه- هذا و لكن الإنصاف أن مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري و شك فيه فلا بد في رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار و إما بالوصف و إما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف و إما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب أصلا فلا بد إما من كفاية الإطلاق في الكل للأصل و الانصراف و إما من عدم كفايته في الكل نظرا إلى أنه لا يتوقع به الغرر إذا حصل منه الوثوق حتى أنه لو شك في أن هذا العبد صحيح أو أنه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير أجذم و هذا و إن كان لا يخلو عن وجه إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

مسألة يجوز اتباع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار

إجماعا على الظاهر و الأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد و كفاية الاعتماد على أصالة السلامة كما فيما لا يفسده الاختبار خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما. و قد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتى المقنعة و النهاية الظاهرتين في ذلك و إرجاعهما إلى ما أراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة يمضى البيع و لا- معها يتخير المشتري و عرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر حتى أن قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة و لذا قال في جامع المقاصد كما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقا و كيف كان فإذا تبين فساد البيع فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه فإن كان لفساده قيمة كبيض النعامة و الجوز تخير بين الرد و الأرش و لو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفا كالجوز الأجوف الذى لا يصلح إلا للإحراق فيحتمل قويا بطلان البيع إن لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بمتمول و إن كان تبين الفساد بعد الكسر ففي الأول تبين الأرش خاصة لمكان التصرف فيه. و يظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم يسقط الرد و المراد بالأرش تفاوت ما بين صحيحة و فاسده غير المكسورة لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري و منه يعلم ثبوت الأرش أيضا و لو لم يكن لمكسوره قيمة لأن العبرة في التمول بالفساد غير المكسور و لا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول و يبطل البيع في الثانى أعنى ما لم يكن لفساده قيمة و فاقا للمبسوط و السرائر و ظاهر من تأخر عنهما و ظاهرهم بطلان البيع من رأس كما صرح به الشيخ و الحللى و العلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جماعة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس فإن ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا- من أصله و جعل الثانى احتمالا و نسبه إلى ظاهر الجماعة و لم يعلم وجه ما اختاره و لذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح و هو كذلك فإن الفاسد الواقعى إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسدا لأن اشتراط تمول العوضين واقعى لا علمى و إن كان من الأموال الواقعية فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا أرش و لا رد بل كان البيع لازما و قد تلف المبيع بعد قبضه و إن كان بينه و بين الصحيح الواقعى تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح و

الفاقد من الثمن لا جميع الثمن اللهم إلا أن يقال إنه مال واقعى إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالىة لأمر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان فى ضمان البائع فيفسخ البيع حينئذ بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الإمضاء فيكون مكسورة ملكا له و إن خرج عن المالىة بالكسر و حيث إن خروجه عن المالىة لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع و تدارك هذا العيب أعنى فوات المالىة لا يكون إلا بدفع تمام الثمن لكن سيجىء ما فيه من مخالفته للقواعد و الفتاوى.

و فيه وضوح كون مالىته عرفا و شرعا من حيث الظاهر و أما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالىة الواقعية من أول الأمر مع أنه لو كان مالا- واقعا فالعيب حادث فى ملك المشتري فإن العلم مخرج له عن المالىة لا كاشف فليس هذا عينا مجهولا و لو سلم فهو كالأرمد يعمى بعد الاشتراء و المريض يموت مع أن فوات المالىة يعد تلفا لا عيبا ثم إن فائدة الخلاف تظهر فى ترتب آثار ملكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. و عن الدروس و اللمعة أنها تظهر فى مئونة نقله عن الموضوع الذى اشتراه فيه إلى موضع اختباره فعلى الأول على البائع و على الثانى على المشتري لوقوعه فى ملكه و فى جامع المقاصد الذى يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتهاء المقتضى و تبعه الشهيد الثانى فقال لأنه نقله بغير أمره فلا يتجه الرجوع عليه بها و كون المشتري

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٣

هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور و هو منفى هنا لاشتراكهما فى الجهل انتهى. و اعترض عليه بأن الغرر لا يختص بصورة علم الغار و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين و هو كونه على البائع على التقديرين و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد هذا كله فى مئونة النقل من موضع الشراء إلى موضع الكسر. و أما مئونة نقله من موضع الكسر لو وجب تفرغ منه لمطالبه مالكة أو لكونه مسجدا أو مشهدا فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكا نظير حبة الحنطة فالظاهر على البائع على التقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه و أما لو لم يكن قابلا للتملك فلا يبعد مؤاخذه المشتري به و فى رجوعه على البائع ما تقدم فى مئونة نقله إلى موضع الكسر. ثم إن المحكى فى الدروس عن الشيخ و أتباعه أنه لو تبرأ البائع عن البيع فيما لا قيمة لمكسوره صح قال و يشكل بأنه أكل مال بالباطل و تبعه الشهيد و المحقق الثنائين. و قد تصدى بعض لتوجيه صحة الاشتراء بالبراءة بما حاصله منع بطلان البيع و إن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب فإن الأرش غرامة أو جبهها الشارع بسبب العيب لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثل و لذا يسقط بالإسقاط و لا يتعين على البائع الإيعاء من نفس الثمن ليسقط بالتبرى و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع فى عقد البيع إذ المثلن يتحقق على حسب معاملته العقلاء و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك فى صحة البيع فمن فرض رضاه بذلك يكون قادما على بذل ماله على هذا النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب و لعله لذلك لم يعبروا بالبطلان و إن ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن و فهم منه جماعة بطلان البيع لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالىة و إن لم يكن له قيمة و هو أعم من بطلان البيع انتهى محصله. و فيه مواقع للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع كالشيخ فى المبسوط و الحلوى فى السرائر و العلامة فى التذكرة معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر فى البطلان فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان و يكفى فى ذلك ما تقدم من الدروس من أن ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر و اختار قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد فعلم أن لا- قول بالصحة مع الأرش بل ظاهر العلامة رحمه الله فى التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمة له و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. و تظهر فائدة الخلاف فى أن القشور الباقية بمن يختص حتى يجب عليه تطهير الموضوع عنها انتهى. هذا مع أنه لا مجال للتأمل فى البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالىة المبيع هنا شرعا و عرفا حكم ظاهرى و تمويل العوضين شرط واقعى لا علمى و لذا لم يتأمل ذو مسكته فى بطلان بيع من بان حرا أو ما بان خمرأ و غير ذلك إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما

ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المايه و بين عدم القيمة لمكسوره مما لا يفهم فلعله أراد الملكيه مضافا إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن إشكال لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيب. نعم ذكر العلامة في التذكرة و التحرير و القواعد أن المشتري للعبد الجاني عمدا يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الأرش فإن استوعبت الجنايه القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضا و قد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع و كيف كان فلا أجد وجهها لما ذكره و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ و أتباعه بصحة البيع و اشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب و زعم أن معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب فيكون مرادفا لاشتراط الصحة و أنت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظه عبارة الشيخ و الأتباع فإن كلامهم ظاهر أو صريح في أن المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم أجد في كلام الشيخين و المحكى عن غيرهما تعرضا لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره ثم إنه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب غير المخرجه عن المايه أيضا بلزوم الغرر فإن بيع ما لا يعلم صحته و فساده لا- يجوز إلا بناء على أصالة الصحة و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتذار بوجود العيوب و عدمها. و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤيه في العين الغائبه و سيجيء توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله.

مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره

مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره

و الفأر بالهمزة قبل جمع فأره كتمر و تمره. و عن النهاية أنه قد لا يهزم تخفيفا. و مستند الحكم العمومات غير المزاحمة بما يصلح للتخصيص عدا توهم النجاسة المنذفة في باب النجاسات بالنص و الإجماع أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة في دفع الغرر. و يندفع بما تقدم من بناء العرف على الأصل في نفى الفساد و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا- يعلم إلا- بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روى في التذكرة رسلا عن الإمام الصادق ع جواز بيعه لكن لم يعلم إرادة ما في الفأرة و كيف كان فإذا فرض أنه ليست له أوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة. فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبره ثم إخراجها و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الذي أدخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزء أخيرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبره مرارا وجه مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٤

فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و هو كذلك و صرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة و هو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر

مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

لأن ضم المعلوم إليه لا- يخرج عن الجهالة فيكون المجموع مجهولا إذ لا نعى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا و يتفرع على ذلك أنه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و إن ضم إليه القصب أو غيره و لا اللبن في الضرع و لو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور كما في الروضة. و خص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضمنا إلى

المعلوم و جوزوا بيعة إذا كان تابعا للمعلوم و هو المحكى عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر و استحسنة المحقق و الشهيد الثانيان و لعل المانعين لا يريدون إلا ذلك نظرا إلى أن جهالة التابع لا يوجب الغرر و لا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا حتى يندرج فى إطلاق ما دل من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول فإن أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول خلافا للشيوخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة. و المحكى عن الإسكافى و القاضى بل فى مفتاح الكرامة أن الحاصل من التسبع أن المشهور بين المتقدمين هو الصحة بل عن الخلاف و الغنية الإجماع فى مسألة السمك و اختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلى و صاحب الكفاية و المحدث العاملى و المحدث الكاشانى و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد و حجتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة فى مسألتى السمك و اللبن و غيرهما. ففى مرسله البنظى التى إرسالها بوجود سهل فيها سهل عن أبى عبد الله ع قال: إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شىء من سمك فيباع و ما فى الأجمه و رواية معاوية بن عمار عن أبى عبد الله ع: لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب و المراد شراء ما فيها بقرينه الرواية السابقة و اللاحقة. و رواية أبى بصير عن أبى عبد الله ع: فى شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هى ماء قال تصيد كفا من سمك تقول أشتري منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا و موثقه سماعة عن أبى عبد الله ع كما فى الفقيه قال: سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع قال لا إلا أن يحلب لك فى سكرجه فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الأسكرجه و ما فى ضروعها بثمان مسمى فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه و عليها تحمل صحيحة عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل قال نعم حتى تنقطع أو شىء منها بناء على أن المراد بيع اللبن الذى فى الضرع بتمامه أو بيع شىء منه محلوب فى الخارج و ما بقى فى الضرع بعد حلب شىء منه و فى الصحيح إلى ابن محبوب عن أبى إبراهيم الكرخى قال: قلت لأبى عبد الله ع ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما قال لا بأس إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف و موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدري لعله لا يكون شىء من هذا أبدا أو يكون أ يشتريه و فى أى زمان يشتريه و يتقبل به قال ع إذا علم من ذلك شيئا واحدا أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الأخيرين كموثقه سماعة أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا- من حيث جهالته فإن ما فى الأسكرجه غير معلوم بالوزن و الكيل و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة فى رواية الهاشمى مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم بل عن الخلاف عليه الإجماع و القائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخى مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما فى البطون إلى الأصواف فتبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها و مثلها فى الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبى بصير و البنظى فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات و لا ينافى ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة لاحتمال أن لا يعتبر الوزن فى بيع الكثير منه كالذى لا يدخل فى الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقرينه

روايتى أبى بصير و البنظى اللتين عرفت حالهما فتأمل. ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها و هى جواز ضم المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيلة لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها على ذلك و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإننا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شىء معلوم إليه كما يشهد به تتبع كلماتهم و إن أريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقا بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم و أصله من العلامة. قال فى القواعد فى باب شرط العوضين كل مجهول مقصود بالبيع لا- يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إن كان تابعا انتهى. و ارتضى هذا

التفصيل جماعة ممن تأخره عنه إلا أن مرادهم من المقصود والتابع غير واضح والذى يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة أن مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع وبالمقصود ما كان جزء. قال فى القواعد فى باب الشرط فى ضمن البيع لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح أما لو باع الدابة وحملها والجارية وحملها بطل لأن كل ما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعا انتهى و فى باب ما يندرج فى المبيع قال السادس العبد ولا يتناول ماله

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٥

الذى ملكه مولاه إلا أن يستثنى المشتري إن قلنا إن العبد يملك فينتقل إلى المشتري مع العبد و كان جعله للمشتري إبقاء له على العبد فيجوز أن يكون مجهولا أو غائبا أما إذا أحلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزء من المبيع فتعتبر فيه شرائط البيع انتهى. و بمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطا و بين جعله جزء صرح فى التذكرة فى فروع مسألة تملك العبد و عدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف. و قال فى التذكرة أيضا فى باب شروط العوضين لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعا. و فى موضع آخر من باب الشرط فى العقد لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلا بالبراءة و لا جزء. و قال أيضا و لو باع الحامل و يشترط للمشتري الحمل صح لأنه تابع كأسس الحيوان و إن لم يصح ضمه فى البيع مع الأم للفرق بين الجزء و النابح و قال فى موضع آخر لو قال بعتك هذه الشاة و ما فى ضرعها من اللبن لم يجز عندنا. و قال فى موضع آخر لو باعه دجاجة ذات بيضة و شرطها صح و إن جعلها جزء من المبيع لم يصح. و هذه كلها صريحة فى عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعى بالمعلوم أو المجهول و قد ذكر هذا المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسألة اشتراط دخول الزرع فى بيع الأرض قال و ما قد يوجد فى بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزء من المبيع لا يصح و إن اشترط صح و نحو ذلك فليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها و الشرط محسوب من جملة المبيع و لأنه لو باع الحمل و الأم صح البيع و لا يتوقف على بيعها اشتراطه انتهى و هو الظاهر من الشهيدين فى اللمعة و الروضة حيث اشترط فى مال العبد المشروط دخوله فى بيعه استجماعه لشروط البيع و قد صرح الشيخ فى مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال و عن الشهيد لو اشتراه و ماله صح و لم يشترط علمه و لا التفصلى من الربا إن قلنا إنه يملك و إن أحلنا ملكه اشترط و قال فى الدروس لو جعل الحمل جزء من البيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع انتهى. و اختاره جامع المقاصد ثم إن التابع فى كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به ما يعد فى العرف تابعا كالحمل مع الأم و اللبن مع الشاة و البيض مع الدجاج و مال العبد معه و الباغ فى الدار و القصر فى البستان و نحو ذلك مما نسب البيع عرفا إلى المتبوع لا إليهما معا و إن فرض تعلق الغرض الشخصى بكليهما فى بعض الأحيان بل بالتابع خاصة كما قد يتفق فى حمل بعض أفراد الخيل و هذا هو الظاهر من كلماتهم فى بعض المقامات كما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد من صحة بيع الأم و حملها لأن الحمل تابع. قال فى جامع المقاصد فى شرح قوله المتقدم عن القواعد و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا إن إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة فى بيع دابة أخرى إلا أن يقال التبعية إنما تتحقق مع الأم لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها و مثله زخرفة جدران البيت انتهى. و فى التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران عن محل الكلام فى المقام إلا أن يريد مثال الأجزاء لأمثال التابع لكن هذا ينافى ما تقدم من اعتبارهم العلم فى مال العبد وفاقا للشيخ رحمه الله مع أن مال العبد تابع عرفى كما صرح به فى المختلف فى مسألة بيع العبد و اشتراط ماله و يحتمل أن يكون مرادهم من التابع بحسب قصد المتبايعين و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعا عرفيا كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب و هذا أيضا قد يكون كذلك بحسب النوع و قد يكون كذلك بحسب الشخص كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة لكن لم يتيها له شراؤه إلا فى ضمن قصبه الأجمة و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سماعه المتقدمة على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير أصلا و الذى فى الضرع تابعا. و قال فى مسألة بيع ما فى بطون الأنعام مع الضميمة و المعتمد

أن نقول إن كان الحمل تابعا صح البيع كما لو باع الأم وحملها أو باع ما يقصد مثله بمثل الثمن و ضم الحمل فهذا لا بأس به و إلا كان باطلا- و أما الاحتمال الثانى أعنى مراعاة الغرض الشخصى للمتبايعين فلم نجد عليه شاهدا إلا ثبوت الغرر على تقدير الغرض الشخصى بالمجهول و انتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم و يمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه كما لا يخفى و ربما احتل بعض بل استظهر أن مراده بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعا كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم بمعنى أن الإقدام منهما و لو بتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو و إن سمي ضميمه لكنه المقصود فى تصحيح البيع قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمه بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع فلا يقدح حصوله و عدم حصوله كما أومئ إليه فى ضميمه الآبق و ضميمه الثمر على الشجر و ضميمه ما فى الضروع و ما فى الآجام انتهى. و لا يخفى أنه لم توجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شرطا و المعلوم مشروطا ف يريد ما تقدم من القواعد و التذكرة و لا أظن إرادة ذلك من كلامه بقريته استشهاده بأخبار الضميمه فى الموارد المتفرقه. و الأوفق بالقواعد أن يقال أما الشرط و الجزء فلا- فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة و أما قصد المتبايعين بحسب الشخص فالظاهر أنه غير مؤثر فى الغرر وجودا و عدما لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخليه قصد المتبايعين فى الموارد الشخصيه بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذى ذكره فى المختلف من كون قيمه المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول. و أما التابع العرفى فالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفا إلا- أن المجهول منه جزء داخل ظاهرا فى معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر و عن

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٦

معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه هذا كله فى التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذى يندرج فى المبيع و إن لم يضم إليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين فالظاهر عدم الخلاف و الإشكال فى عدم اعتبار العلم به إلا إذا استلزم غررا فى نفس المبيع إذ الكلام فى مسألة الضميمه من حيث الغرر الحاصل فى المجموع لا السارى من المجهول إلى المعلوم فافهم.

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصه

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصه على المشهور بل لا خلاف فيه فى الجملة بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع. قال فيما حكى عنه نص الأصحاب على أنه يجوز الانداز للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصه فقد استثنى من المبيع أمر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبيع إلا فى هذه الصورة فإنه لا يبطل إجماعا انتهى. و الظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أول الأمر بل الاستثناء الحقيقى من المبيع يرجع إلى هذا أيضا ثم إن الأقوال فى تفصيل المسألة ست الأولى جواز الانداز بشرطين كون المنذر متعارف الانداز عند التجار و عدم العلم بزيادة ما يندره و هو للنهايه و الوسيله و عن غيرهما. الثانى عطف النقيصه على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها و هو للتحرير. الثالث اعتبار العاده مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصه و مع عدم العاده فيما يحتملها و هو لظاهر اللعمه و صريح الروضه. الرابع التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصه فيجوز مطلقا و بين ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى. الخامس عطف العلم بالنقيصه على الزيادة و هو للمحقق الثانى ناسبا له إلى كل من لم يذكر النقيصه. السادس إناطه الحكم بالغرر ثم إن صور المسألة أن يوزن مطروف مع ظرفه فيعلم أنه عشرة أرتال فإذا أريد بيع المطروف فقط كما هو المفروض و قلنا بكفايه العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا على ما هو مفروض المسألة و معقد الإجماع المتقدم فتارة يباع المطروف المذكور جملة بكذا و

حينئذ فلا يحتاج إلى الانداز لأن الثمن و المثلث معلومان بالفرض و أخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول بعته كل رطل بدرهم - فتجىء مسألة الانداز للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم و يمكن أن تحرر المسألة على وجه آخر و هو أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار و التراضى أو بغير ذلك. فالكلام فى تعيين مقدار المنذر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين حيث أناط مقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر. و اعترض على ما فى القواعد و مثلها من اعتبار التراضى فى جواز إنداز ما يعلم زيادته بأن التراضى لا يدفع غرراً و لا يصح عقداً و تبعه فى ذلك بعض أتباعه. و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من المبيع على جواز الانداز إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول لا على جواز إنداز مقدار معين إذ الانداز حينئذ لتعيين الثمن فتأمل. و كيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباين فإن جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين و غيرهما خصوا اعتبار التراضى بصورة العلم بالمخالفة - فلو كان الانداز لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. و قد صرح المحقق و الشهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأن الانداز من دون التراضى تضييع لمال أحدهما و لا يخفى أنه لو كان اعتبار الانداز قبل العقد لتصححه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف سواء فرض زائداً أم ناقصاً هذا مع أنه إذا فرض كون استقرار العادة على إنداز مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غرراً بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح فى صحة البيع مثلاً لو كان المجموع عشرة أرتال و كان المعتاد إسقاط رطل للظرف فإذا تراضيا على أن ينذر للظرف رطلاً فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً و لو تراضيا على إنداز نصف رطل فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة أرتال و نصف ثمناً للتسعة فلا معنى للاعتراض على من قال فى اعتبار التراضى فى إنداز ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضى لا يدفع غرراً و لا يصح عقداً و كيف كان فالظاهر هو الوجه الأول فيكون دخول هذه المسألة فى فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنوان المسألة بذلك فى اللمعة بل نسبة فى الحدائق إليهم لا من حيث إنداز مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الانداز. و ذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد و لا أنقص بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساهل به عادة ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع انتهى. فظاهره الوجه الأول الذى ذكرناه حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف و جعل الانداز لأجل تعيين الباقي الذى يجب عليه دفع ثمنه. و فى الحدائق فى مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال إن الانداز حق للمشتري لأنه قد اشترى مثلاً مائة من من السمن فى هذه الظروف فالواجب قيمة المائة المذكورة و له إسقاط ما يقابل المظروف من هذا الوزن انتهى. و هذا الكلام و إن كان مؤيداً لما استقر به فى تحرير المسألة إلا أن جعل الانداز حقاً للمشتري و التمثيل بما ذكره لا يخلو من نظر فإن المشتري لم يشتر مائة من من السمن فى هذه الظروف لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف مائة من لغو بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الانداز و لا حق للمشتري و إن اشترى على

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٧

وجه التسعير بقوله كل من بكذا فالإنداز إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث. و قد علم مما ذكرنا أن الانداز الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البائع و ليس حقاً للمشتري - . و أما الأخبار فمنها موثقة حنان قال: سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله ع إنا نشترى الزيت فى

زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه قيل و ظاهره عدم اعتبار التراضي. أقول المفروض في السؤال هو التراضي لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري. و التحقيق أن مورد السؤال صحة الانداز من إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بثمان مغاير للمظروف أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضي. و يؤيده النهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة فإن النهي عنه ليس ارتكابه بغير تراض فافهم فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضي مثل رواية علي ابن أبي حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله ع قال جعلت فداك نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص قال إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس فإن الشرط فيه مسوق - لبيان كفاية التراضي في ذلك و عدم المانع منه شرعا فيشبه التراضي العلة التامة غير متوقفة على شيء و نحوه اشتراط التراضي في خبر علي بن جعفر المحكي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى ع: عن الرجل يشتري المتاع وزنا في الناسية و الجوالق فيقول ادفع للناسية رطلا أو أكثر من ذلك أي يحل ذلك البيع قال إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا. ثم إن قوله ع إن كان يزيد و ينقص في الرواية الأولى يحتمل أن يراد به الزيادة و النقيصة في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه أو بمعنى أنه يزيد في بعض الزقاق و ينقص في بعض آخر أو أن يراد به الزيادة و النقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض أخرى النقيصة و هذا هو الذي فهمه في النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة و ينقص أخرى و نحوه في الوسيلة. و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير يزيد و ينقص إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق و للثاني عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالها و للثالث ما ورد في بعض الروايات من أنه: ربما يشتري الطعام من أهل السفينة ثم يكيله فيزيد قال ع و ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص يردون عليكم قلت لا قال لا بأس. فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذي يحسب لكم زائدا مرة و ناقصا أخرى فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ و إن زاد دائما فلا - يجوز إلا - بهبه أو إبراء من الثمن أو مع التراضي بناء على عدم توقف الشق الأول عليه و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت و كيف كان فالذي يقوى في النظر و هو المشهور بين المتأخرين جواز إنداز ما يحتمل الزيادة و النقيصة لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الحال و أما مع العلم بالزيادة أو النقيصة فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها و لعله مراد من لم يقيد بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضي لسقوط حق من له الحق سواء تواطئا على ذلك في متن العقد بأن قال بعثك ما في هذه الظروف كل رطل بدرهم على أن يسقط لكل ظرف كذا فهو هبة له أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعين هذا كله مع قطع النظر عن النصوص و أما مع ملاحظتها فالمعول عليه رواية حنان المتقدمة الظاهرة في اعتبار الاعتقاد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله

و كان الشيخ رحمه الله في النهاية فهم ذلك من الرواية فعبّر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب و حيث إن ظاهر الرواية جواز الانداز واقعا بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة أو النقيصة علمنا بها كذلك فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به فإن تلك تحتاج إلى هبة جديدة و لا يكفي إقباضها من حيث كونها حقا للمشتري هذا كله مع تعارف إنداز ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة و أما مع عدم أحد القيدين فمع الشك في الزيادة و النقيصة و عدم العادة يجوز الانداز لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين و معها يجوز بناء على انصراف العقد إليها لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط في ضمن العقد لأن هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له ثم الظاهر أن الحكم المذكور - غير مختص بظروف السمن و الزيت بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه

الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني رحمهم الله جميعا و تؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه و عدم تفرغه منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوي أعنى الوعاء و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلى المصنوعة من الذهب و الفضة و كذا المظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعا له كقليل من الدبس فى الزقاق و أما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع مما لا يراد بيعه معه فمما لا ينبغى احتمالها.

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٨

على المشهور بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله فى الروضة و نسبه فى التذكرة إلى بعض العامة استنادا إلى أن وزن ما يباع وزنا غير معلوم و الظرف لا يباع وزنا بل لو كان موزونا لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما فالغرر الحاصل فى بيع الجزاف حاصل هنا و الذى يقتضيه النظر أما فيما نحن فيه مما جوز شرعا بيعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضمنا إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط و أما فى غيره من أحد المنضمين الذين لا يكفى فى بيعه منفردا معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع فى النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع المجهول المقدار فى المكيل و الموزون فالقطع بالجواز لأن النص و الإجماع إنما دلا على لزوم اعتبار العلم بالمبيع لا على كل جزء منه و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشوة بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك فإن فرضنا الشمع تابعا لا تضر جهالته و إلا فلا ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور إحداها أن يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا فيسقط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط فإذا قيل قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن. الثانية أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف و تكون قيمة المظروف ما بقى بعد ذلك و هذا فى معنى بيع كل منهما منفردا. الثالثة أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف و طريقة التقسيط لو احتيج إليه كما فى المسالك أن يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة و تبعه على هذا غير واحد و مقتضاه أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن و الوجه فى ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شيئا واحدا حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع ليساوى ثمنه من المظروف فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا- من المركب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل و المظروف بحسب قيمة مثلها فإذا كانت قيمة خمس الرطل المذكور الذى هو وزن الظرف الموجود فيه مساوية لقيمة أربعة الأخماس التى هى مقدار المظروف الموجود فكيف يقسط الثمن عليه أخماسا.

[تنبيهات البيع]

مسألة [المعروف استحباب التفقه فى مسائل التجارات

المعروف بين الأصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف

صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. و عن إيضاح النافع أنه قد يجب و هو ظاهر عبارة الحدائق أيضا و كلام المفيد رحمه الله في المقنعة أيضا لا- يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَقوله تعالى أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ قَالَ فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب و نهى عن طلب الخبيث للمعيشة و الإنفاق فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال و لا- كان على ثقة تفقه من طيب الاكتساب و قال تعالى أيضا ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ الْبَيْعَ الْمَخَالَفَ لِلرِّبَا لِيَعْلَمَ بِذَلِكَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ وَحَرَّمَ مِنَ الْمَتَاجِرِ وَالْاِكْتِسَابِ وَجَاءَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ اتَّجَرَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَقَدْ ارْتَضَمَ فِي الرِّبَا ثُمَّ ارْتَضَمَ ثُمَّ قَالَ قَالَ الصَّادِقُ ع: مَنْ أَرَادَ التَّجَارَةَ فَلْيَنْفِقْ فِي دِينِهِ لِيَعْلَمَ بِذَلِكَ مَا يَحِلُّ لَهُ مِمَّا يَحْرَمُ عَلَيْهِ وَ مَنْ لَمْ يَتَّفِقْ فِي دِينِهِ ثُمَّ اتَّجَرَ تَوَرَّطَ فِي الشَّبَهَاتِ انْتَهَى. أقول ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب إلا- أن تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعى ظهوره في الاستحباب. إلا- أن الإنصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة على كل أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور و ليست معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان و جوبها فورا و دفعة بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله أو عند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كاف في حسن العقاب و إلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرمات لأنهم يفعلونها و هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب و لذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذم الغافل المقصر في معصيته في غير واحد من الأخبار ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة تبعاً للأردبيلي رحمه الله من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمة عن تقصير لقبح خطاب الغافل فيقبح عقابه لكن وجوب تحصیل العلم و إزالة الجهل واجب على هذا القول كما اعترفوا به. و الحاصل أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام و لا على ترك التعلم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت أدلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم و عدم تقيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام من أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام ثم إن المقام يزيد على غيره بأن الأصل في المعاملات الفساد فالمكلف إذا أراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيَّة يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقالها إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة و يمكن أن يكون في قوله ع:

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٩

التاجر فاجر و الفاجر في النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى بناء على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي لنهي الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه و في غير هذا المقام عقلي مقدمي لثلا يقع في الحرام و كيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً و إن كان وجوب معرفة باقي المحرمات من باب العقل فقط و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك و يطلع على موارد الشبهة و المعاملات غير الواضحة الصحة فيجتنب عنها في العمل فإن قدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات. و يشهد للغاية الأولى قوله ع في مقام تعليل وجوب التفقه: إن الربا أخفى من ديبب النملة على الصفا. و للغاية الثانية قول الصادق ع في الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ. و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه ثم إن التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا الجامعة بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفي فيه التقليد الصحيح فلا تعارض

بين أدلة التفقه هنا و أدلة تحصيل المعاش. نعم ربما أورد في هذا المقام و إن كان خارجا عنه التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الاكتساب ما ورد من أن أمير المؤمنين ع قال: أوحى الله تعالى إلى داود يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا- تعمل بيدك شيئا [قال فبكي [داود] ع أربعين صباحا [فأوحى الله إلى الحديد أن لن لعبدي داود] فالأن الله عز و جل له الحديد فكان يعمل [في كل يوم درعا فيبيعها بألف درهم فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال إلى آخر الحديث و ما أرسله في الفقيه عن الصادق ع: ليس منا من ترك ديناه لآخرته أو آخرته لديناه: العبادة سبعون جزء أفضلها طلب الحلال. و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر و ذكر في الحدائق أن الجمع بينهما بأحد الوجهين. أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار و جوب طلب الرزق بأخبار و جوب طلب العلم و يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و إفادته قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثاني قدس سره في رسالته المسماة بمنية المريد في آداب المفيد و الاستفادة حيث قال في جملة شرائط العلم و أن يتوكل على الله و يفوض أمره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها فيكون وبالا عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل به مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي ص: قد تكفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره بمعنى أن غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مؤونة الرزق إن أحسن النية و أخلص القربة و عندي في ذلك من الوقائع ما لو جمعته لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جميل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادئ العشر الثلاثين و تسعمائة إلى يومنا هذا و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة و بالجملة ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني قدس سره بإسناد إلى الحسين ابن علوان قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم و قد نفدت نفقتي في بعض الأسفار فقال لي بعض أصحابي من تؤمل لما قد نزل بك فقلت فلانا فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ أملكك و لا تنجح طلبتك قلت و ما علمك رحمك الله قال إن أبا عبد الله

ع حدثني أنه قرأ في بعض الكتب أن الله تبارك و تعالى يقول و عزتي و جلالتي و مجدي و ارتفاعي على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمل من الناس غيري باليأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحينه من قربي و لأبعدنه من فضلي أ يؤمل غيري في الشدائد و الشدائد بيدى و يرجو غيري و يقرع بالفكر باب غيري و بيدى مفاتيح الأبواب و هي مغلقة و بابى مفتوح لمن دعانى فمن ذا الذى أملنى لنوائبه فقطعته دونها و من ذا الذى رجاني لعظيمه فقطعت رجاءه منى جعلت آمال عبادى عندى محفوظة فلم يرضوا بحفظى و ملأت سماواتى ممن لا يمل من تسيحي و أمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بينى و بين عبادى فلم يثقوا بقولى أ لم يعلم أن من طرقته نائبة من نوائبي أنه لا- يملك كشفها أحد غيرى إلا- من بعد إذنى فما لى أراه لاهيا عنى أعطيته بجودى ما لم يسألنى ثم انتزعت عنه فلم يسألنى رده و سأل غيرى أفيرانى أبدأ بالعطاء قبل المسألة ثم أسأل فلا أجيب سائلى أ بخیل أنا فيبخلنى عبدى أ و ليس الجود و الكرم لى أ و ليس العفو و الرحمة بيدى أ و ليس أنا محل الآمال فمن يقطعها دونى أ فلا- يخشى المؤمنون أن يؤملوا غيرى فلو أن أهل سماواتى و أهل أرضى أملوا جميعا ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذرة و كيف ينقص ملكك أنا قيمه فيا بؤسا للقانطين من رحمتى و يا بؤسا لمن عصانى و لم يراقبنى انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله. قال في الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه فى الكافى بإسناده إلى أبى إسحاق السبيعى عن حدثه قال سمعت أمير المؤمنين ع يقول: أيها الناس اعلموا إن كمال الدين طلب العلم و العمل به ألا و إن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال إن المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم و سيفى لكم و العلم مخزون عند أهله و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه إلى آخر الخبر. قال و يؤكد ما رواه فى الكافى بسنده

المكاسب، ج ٢، ص ٢١٠

عن أبي جعفر قال قال رسول الله ص: يقول الله عز وجل وعزتي وجلالي وعظمتي وكبريائي ونوري وعلوي وارتفاع مكاني إلا يؤثر عبد هواه على هواي إلا- شئت عليه أمره ولبست عليه دنياه وشغلت قلبه بها ولم أوته منها إلا ما قدرت له وعزتي وجلالي وعظمتي ونوري وعلوي وارتفاع مكاني لا- يؤثر عبد هواي على هواه إلا- استحفظته ملائكتي وكفلت السماوات والأرض رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر وأتته الدنيا وهي راغمة إلى آخر الحديث انتهى كلامه.

و أنت خير بأن ما ذكره من كلام الشهيد الثاني رحمه الله وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافي بين أدلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله وعدم ربط القلب لغيره لا ينافي الاشتغال بالاكْتساب ولذا كان أمير المؤمنين ص و على أخيه وزوجته ولديه وذريته جامعا بين أعلى مراتب التوكل وأشد مشاق الاكْتساب وهو الاستقاء لحائظ اليهودي. وليس الشهيد أيضا في مقام إن طلب العلم أفضل من التكبس وإن كان أفضل بل في مقام إن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعا عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطالب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين والحاصلة من الموقوفات للمدارس وأهل العلم والموجودة الحاصلة غالبا للعلماء والمشتغلين من معاشره السلاطين وأتباعه والمراد مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات ورد المظالم والأخماس وشبه ذلك كما كان متعارفا في ذاك الزمان بل في كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سببا للمعيشة من الجهات التي ذكرناها. وبالجملة فلا شهادة فيما ذكره من كلام الشهيد الثاني رحمه الله من أوله إلى آخره وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور أعني تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طلب العلم ثم إنه لا إشكال في أن كلا من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة ولا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب ولا- الواجب الكفائي الواجب العيني ولا- إشكال أيضا في أن الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به وقد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم فيجب أو يستحب مقدمة ٢٨٧ بقى الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما ولا- ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المترتبة على الأمرين فرب من لا- يحصل له باشتغاله بالعلم إلا- شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة منها تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة والمستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون علم الدين فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا إشكال في أن اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوة والرئاسة العلمية. وبالجملة فطلب كل من العلم والرزق إذا لوحظ المستحب منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح وإذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل فثبت من ذلك كله أن تزاحم هذين المستحبين كترزاحم سائر المستحبات المتنافية كالاكْتساب بالاكْتساب أو طلب العلم غير الواجبين مع المسير إلى الحج المستحب أو إلى مشاهد الأئمة [صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين] أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجامع طلب العلم أو المال الحلال إلى غير ذلك مما لا يحصى.

مسألة لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا في حرمة وكراهته.

فعن التقي والقاضي والحلي والعلامة في المنتهى الحرمه وهو المحكى عن ظاهر الدروس و حواشى المحقق الثانى و عن الشيخ و ابن زهرة لا- يجوز و أول فى المختلف عبارة الشيخ بالكراهة و هى أى الكراهة مذهب الأكثر بل عن إيضاح النافع أن الشيخ ادعى الإجماع على عدم التحريم و عن نهاية الأحكام تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراما إجماعا. و مستند التحريم ظواهر

الأخبار. منها عن منهل القصاب قال قال أبو عبد الله ع: لا تلق فإن رسول الله ص نهى عن التلقى قال و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة قال أربعة فراسخ قال ابن أبي عمير و ما فوق ذلك فليس بتلق و فى خبر عروة عن أبي جعفر ع قال قال رسول الله ص: لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا من المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و فى رواية أخرى: لا تلق و لا تشتري ما تلقى و لا تأكل منه. و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعاملة فيكون أكلا بالباطل و لم يقل به إلا الإسكافي. و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه فتكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب فتقصر عن إفادة الحرمة و الفساد. نعم لا- بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشتري من المتلقى و لا بأس به حسما لمادة التلقى. و مما ذكرنا يعلم أن النهى فى سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهة لموافقته للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور ثم إن حد التلقى أربعة فراسخ كما فى كلام بعض و الظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ و قد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. و روى أن حد التلقى روحه فإذا صار إلى أربعة فراسخ فهو جلب فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلا- بإرادة خروج الحد عن المحدود كما أن ما فى الرواية السابقة أن حده ما دون غدوة أو روحه محمول على دخول الحد فى المحدود لكن قال فى المنتهى حد علماؤنا التلقى بأربعة فراسخ فكروها التلقى إلى ذلك الحد فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأن بمضيه و رجوعه يكون مسافرا يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا إلى أن قال و لا يعرف بين علمائنا خلاف فيه انتهى. و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة فى التعبير و لعل الوجه فى التحديد بالأربعة أن الوصول على الأربعة

المكاسب، ج ٢، ص ٢١١

بلا زيادة و لا نقيصة نادر فلا يصلح أن يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال إنه وصل إلى الأربعة إذا تجاوز عنها و لو يسيرا فالظاهر أنه لا- إشكال فى أصل الحكم و إن وقع اختلاف فى التعبير فى النصوص و الفتاوى ثم إنه لا إشكال فى اعتبار القصد إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى فلو تلقى الركب فى طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم و كذا فى اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة قيل ظاهر التعليل فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد. و فيه أنه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير فيحتمل أن تكون العلة فى كراهة التلقى مسامحة الركب فى الميزان بما لا يتسامح به المتلقى أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن أعين الناس و يبيعه تدريجا بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم فى الخانات و الأسواق فإن له أثرا بينا فى امتلاء أعين الناس خصوصا الفقراء فى وقت الغلاء إذا أتى بالطعام و كيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقى بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا بأس باستيهابهم و لو بإهداء شىء إليهم و لو تلقاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله ص: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض قوى سراية الحكم إلى بيع شىء منهم و إيجارهم المساكن و الخانات كما أنه إذا جعلنا المناط فى الكراهة كراهة غبن الجاهل كما يدل عليه النبوى العامى: لا تلقوا الجلب فمن تلقى و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم إلى كل معاملة توجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقيا و شبه ذلك لكن الأظهر هو الأول و كيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر و ثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكى عن الحلوى ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن و لعله لإطلاق النبوى المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة و اختلفوا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى على قولين سيحىء ذكر الأقوى منهما فى مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة يحرم النجش على المشهور

كما فى الحدائق بل عن المنتهى و جامع المقاصد أنه محرم إجماعا لرواية ابن سنان عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: الواشمة و المتوشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد ص و فى النبوى المحكى عن معانى الأخبار: لا تناجشوا و لا تدابروا قال

و معناه أن يزيد الرجل في ثمن السلعة و هو لا- يريد شراءها و لكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته و الناجش الخائن. و [أما] التدابر [فالمصارمة و] الهجران [مأخوذ من أن يولى الرجل صاحبه دبره و يعرض عنه بوجهه انتهى كلام الصدوق. و الظاهر أن المراد بزيادة الناجش مؤاطاة البائع المنجوش له.

مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا يصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم

و لم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع كما الإمام أورد المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور إحداها أن تظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالأخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده و لا إشكال في عدم الجواز لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه الثانية أن تظهر قرينه حاله أو مقالية على جواز أخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد و لا إشكال في الجواز حينئذ إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة كأن عين للمجتهدين مقدارا و للمشتغلين مقدارا و اعتقد الدافع عنوانا يخالف معتقد المدفوع إليه. و التحقيق هذا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا و إلى كل مجتهد كذا و خذ أنت ما يخصك و إن كان على وجه الداعي بأن كان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة أن لا- تقوم قرينه على أحد الأمرين و يطلق المتكلم و قد اختلف كلماتهم فيها بل كلمات واحد منهم فالمحكي عن وكالة المبسوط و زكاة السرائر [و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية] و مكاسب النافع و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد تحريم الأخذ مطلقا و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره و نسبة في الدروس إلى الأكثر و في الحدائق إلى المشهور و في المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ و عن نهاية الأحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة الاقتصار على نقل القولين و عن المهذب البارع حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الصيغة بلفظ ضعه فيهم أو ما أدى معناه و المنع إن كانت بلفظ ادفعه و عن التنقيح عن بعض الفضلاء أنه إن قال هو للفقراء جاز و إن قال أعطه للفقراء فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراد له لخصه و إن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافا إلى ظهور اللفظ في مغايرة الأمور بالدفع للمدفع إليهم المؤيد بما قالوه فمن وكلته امرأة أن يزوجه من شخص فزوجه من نفسه أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده بمصححة ابن الحجاج المسندة في التحرير إلى مولانا الصادق ع و إن أضمرت في غيره قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه في محاييج أو في مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية في الغير و اللفظ و إن سلم عدم شموله له لغة إلا أن المنساق عرفا صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصا خاصة و كان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور و الرواية معارضة بروايات أخر مثل ما في الكافي في الصحيح عن سعد بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يعطى الزكاة فيقسمها في أصحابه أ يأخذ منها شيئا قال نعم و عن الحسين بن عثمان في الصحيح أو الحسن بن هاشم [عن أبي إبراهيم ع: في رجل أعطى مالا- يفرقه فيمن يحل له أ له أن يأخذ منه شيئا لنفسه و إن لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع

المكاسب، ج ٢، ص ٢١٢

عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن تحل له الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا- يجوز له أن يأخذ- إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماء إلا- بإذنه و الذي ينبغي أن يقال أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن في الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفي و إن كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوي في غيره كما أن الظهور الخارجي الذي

يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد من تلك القرائن ثم إن التعبد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر و حمل الصحيحة السابقة المانعة على ما إذا لم يعلم الأمر فقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنة داعية إلى الدفع لا موضوعا و لما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

مسألة احتكار الطعام

إشارة

و هو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا- خلاف في مرجوحيته. و قد اختلف في حرمة فغن المبسوط و المقنعة و الحلبي في كتاب المكاسب و الشرائع و المختلف الكراهة و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضي و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحريم. و عن التنقيح و الميسية تقويته.

و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيحة سالم الحنات قال: قال لى أبو عبد الله ع ما عملك قلت حنات و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحسبت قال فما يقول من قبلك فيه قلت يقولون محتكر فقال يبيعه أحد غيرك قلت ما أبيع أنا من ألف جزء جزء قال لا بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي ص فقال له يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر فإن الظاهر منها أن عليه عدم البأس و جود البازل فلولا حرم. و صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الحكرة فقال إنما الحكرة أن تشتري طعاما و ليس في المصر غيره فتحكره فإن كان في المصر طعام أو متاع يباع غيره فلا- بأس أن تلتمس بسلتك الفضل و زاد في الصحيحة المحكية عن الكافي و التهذيب قال: و سألت عن الزيت فقال إن كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه و عن أمير المؤمنين ع في نهج البلاغة: في كتابه إلى مالك الأشر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله ص منع منه و ليكن البيع يباع سمحا بموازين عدل و أسعار لا نجحف بالفريقين من البائع و المبتاع فمن حكره بعد نهيك إياه فنكل به و عاقبه في غير إسراف و صحيحة الحلبي قال: سألت عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك قال إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و إن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام فإن الكراهة في كلامهم ع و إن كانت تستعمل في المكروه و الحرام إلا- أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينه على إرادة التحريم و حملها على تأكيد الكراهة أيضا مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى. و إن شئت قلت إن المراد بالبأس في الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضا فالشرطية الثانية كالمفهوم لها و يؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر ع قال قال رسول الله ص: أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به غلاء للمسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع و في السند بعض بنى فضال و الظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي قال العسكري ع عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند. و قد ذكرنا أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصح عن جماعة. و يؤيده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام أنه أرسل عن النبي ص عن جبرائيل ع قال: اطلعت في النار فرأيت واديا في جهنم يغلى فقلت يا مالك لمن هذا فقال لثلاثة المحتكرين و المدمنين الخمر و القوادين. و مما يؤيد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه فإن إزمه بذلك ظاهر في كون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف

قاعدة سلطنة الناس مسلطون على أموالهم -

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما يتم ببيان أمور

الأول في مورد الاحتكار

فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة وبعض الأخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام. وفي رواية غياث بن إبراهيم: ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن.

وعن الفقيه زيادة الزيت. وقد تقدم في بعض الأخبار المتقدمة دخول الزيت أيضا. وفي المحكى عن قرب الإسناد برواية أبي البختري عن علي ع قال: ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن وعن الخصال في رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه ع عن النبي ص قال: الحكرة في ستة أشياء في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيب ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة السمن لا- خلاف فيه ظاهرا. وعن كشف الرموز وظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه وعن مجمع الفائدة نفي الخلاف فيه وأما الزيت فقد تقدم في غير واحد من الأخبار. ولذا اختاره الصدوق والعلامة في التحرير حيث ذكر أن به رواية حسنة والشهيدان والمحقق الثاني. وعن الإيضاح أن عليه الفتوى وأما الملح فقد أحقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الأحكام والدروس والمسالك ولعله لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار من حاجة الناس إليه.

الثاني [ما هو حد الاحتكار]

روى السكوني عن أبي عبد الله ع: أن الحكرة في الخصب أربعون يوما وفي الغلاء والشدة ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون وما زاد على ثلاثة أيام في العسرة فصاحبه ملعون ويؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة.

المكاسب، ج ٢، ص ٢١٣

وحكى عن الشيخ ومحكى القاضى والوسيلة العمل بها. وفي الدروس أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس ومظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء وأربعين في الرخص للرواية انتهى. وأما تحديده بحاجة الناس فهو حسن كما عن المقنعة وغيرها ويظهر من الأخبار المتقدمة. وأما ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددين تعبدا.

الثالث [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه وحبسه

مقتضى ما في صحيحة الحلبي المتقدمة في بادئ النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام لكن الأقوى التعميم بقريته تفرغ قوله ع فإن كان في المصر طعام ويؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحبسه سواء أ كان بالاشتراء أم بالزرع أو الحصاد أو الإحراز إلا- أن يراد جمعه في ملكه ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له أو كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة وبقي الطعام لا يحتاج إليه المالك فحسبه متربصا للغلاء.

الرابع أقسام حبس الطعام

كثيرة لأذن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصيل له و الحبس إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس في أنفسهم أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله و إن حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر أو زوار في البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثة أيام فتحدث للطعام عزة لا تضر بأكثر أهل البلد و قد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه و قد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقله الطعام في آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال و قد يكون لحب إعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم ثم حاجة الناس قد تكون لأكلهم و قد تكون للبذر أو لعلف الدواب أو للاسترباح بالثمن. و عليك باستخراج هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل في إجبار المحنكر على البيع

حتى على القول بالكراهة بل عن المذهب البارع الإجماع عليه.

و عن التنقيح كما في الحدائق عدم الخلاف فيه و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم جواز الإجبار لغير الواجب و لذا ذكرنا أن ظاهر أدلة الإجبار تدل على التحريم لأذن إلزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه إجماعاً كما عن السرائر و زاد وجود الأخبار المتواترة و عن المبسوط عدم الخلاف فيه لكن عن المقنعة أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد أنه يسعر عليه إن أجهف بالثمن لنفى الضرر و عن الميسى و الشهيد الثانى أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهى عن التسعير و الجبر بنفى الإضرار.

خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.

ففي مرسله ابن فضال عن رجل عن أبي عبد الله ع: ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها و لكن أنزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد للمؤمن منه إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا لا مال لهم و فى صحيحة الثمالى عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص فى حجة الوداع: ألا- أن الروح الأمين نفث فى روعى أنه لا- تموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله عز و جل و أجملوا فى الطلب و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىء من معصية الله فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق بين خلقه حلالاً و لم يقسمها حراماً فمن اتقى الله عز و جل و صبر آتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة. و عن أبى عبد الله ع قال كان أمير المؤمنين ع كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقينا أن الله عز و جل لم يجعل للعبد و إن اشد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكابذته أن يسبق ما سمي له فى الذكر الحكيم و لم يحل من العبد فى ضعفه و قلته حيلته أن يبلغ ما سمي له فى الذكر الحكيم أيها الناس إنه لن يزداد امرأ نقيراً بحذقه و لم ينتقص امرأ نقيراً لحمقه فالعالم لهذا العامل به أعظم الناس راحة فى منفعتة و العالم لهذا التارك له أعظم الناس شغلا فى مضرتة و رب منعم عليه مستدرج بالإحسان إليه و رب مغرور فى الناس مصنوع له فأفق أيها الساعى من سعيك و قصر من عجلتك و انتبه من سنه غفلتك و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه ص و عن عبد الله بن سليمان قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن الله عز و جل وسع فى أرزاق الحمقى ليعتبر

العقلاء و يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل ولا حيلة و في مرفوعة سهل بن زياد أنه قال قال أمير المؤمنين ع: كم من متعب نفسه مقترص عليه و مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير و في رواية على بن عبد العزيز قال: قال لى أبو عبد الله ع ما فعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك أقبل على العبادة و ترك التجارة فقال ويحه أ ما علم أن تارك الطلب لا يستجاب له إن قوما من أصحاب رسول الله ص لما نزلت و مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ أَغْلَقُوا الأبواب و أقبلوا على العبادة و قالوا قد كفيينا فبلغ ذلك النبي ص فأرسل إليهم فقال ما حملكم على ما صنعتم قالوا يا رسول الله تكفل لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة فقال إنه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب و قد تقدم في رواية أنه: ليس منا من ترك آخرته لديناه و لا من ترك دنياه لآخرته.

و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاة و السلام. بعد الحمد لله الملك العلام على ما أنعم علينا بالنعم الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاص و العام المكاسب، ج ٣، ص ٢١٤

الجزء الثالث

الخيارات

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين. القول في الخيار و أقسامه و أحكامه

مقدمتان

الأولى [في معنى الخيار لغة و اصطلاحاً]

الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار- غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد على ما فسره به في موضع من الإيضاح- فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة و في عقد الفضولي و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث و ملك العمه و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب- و لعل التعبير بالملك للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولي و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق و لذا لا تورث و لا تسقط بالإسقاط و قد يعرف بأنه ملك إقرار العقد و إزالته و يمكن الخدشه فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً فينتقض بالخيار المشترك فإن لكل منهما إلزامه من طرفه لا- مطلقاً ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار- هو المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق في كلمات المتأخرين و إلا فإطلاقه في الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الرد لعقد الفضولي و سلطنة الرجوع في الهبة و غيرها من أفراد السلطنة شائع.

الثانية [الأصل في البيع للزوم]

إشارة

ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه- أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة الأصل في البيع اللزوم لأن الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك و الأصل الاستصحاب والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى.

أقول المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان

الأول الراجع

احتمله في جامع المقاصد- مستندا في تصحيحه إلى الغلبة. وفيه أنه إن أراد غلبة الأفراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط- و إن أراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه- مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله و إنما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الثاني القاعدة المستفاد من العمومات

التي يجب الرجوع إليها عند الشك في الأفراد أو بعض الأحوال و هذا حسن لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل-.

الثالث الاستصحاب

و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما و هذا حسن.

الرابع المعنى اللغوي

بمعنى أن وضع البيع و بناء عرفا و شرعا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبي و إنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أو لهما يسقط بالإسقاط و بغيره و ليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له أصلا و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمته انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبني على اللزوم لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم لو كان في أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا- قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم إن الأصل في الجسم الاستدارة فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي و مما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم و سيأتي ما فيه

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار مع أنه من أسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام كما في جامع المقاصد غير ظاهر إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مبين له لا- أعم. نعم قد يساعد عليه ما في التذكرة من قوله و إنما يجز عن الأصل بأمرين أحدهما ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروى خاصة. و الثاني ظهور عيب في أحد العوضين انتهى. و حاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٥

العقد لأجل الخيار و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا- لاقتضاء نقص فى أحد العوضين و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عبارة القواعد مع أنه فى التذكرة ذكر فى الأمر الأول الذى هو الخيار فصولا سبعة بعدد أسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب و تكلم فيه كثيرا و مقتضى التوجيه أن يتكلم فى الأمر الأول فيما عدا خيار العيب و يمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه فى ملك البائع و إخراج عنه و يكفى فى تزلزل العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين فى مقابل الآخر لكنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. و قد صرح العلامة فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرش كونه جزء من الثمن بل له إبداله لأن الأرش غرامة و حينئذ ثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل أما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك فى الحكم الشرعى. و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تماميته و أما بمعنى الاستصحاب فيجربى فى البيع و غيره إذا شك فى لزومه و جوازه و أما بمعنى القاعدة فيجربى فى البيع و غيره لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع

[الأدلة على أصالة اللزوم]

إشارة

و قد أشرنا فى مسألة المعاطاء إليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب-

فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

دل على وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسر به فى صحيحه ابن سنان المروية فى تفسير على بن إبراهيم أو ما يسمى عقدا لغته و عرفا. و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه- بحسب الدلالة اللفظية نظير الوفاء بالندى فإذا دل العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره و جب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد فهو حرام فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما فيستدل بالحكم التكليفى على الحكم الوضعى أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر و هو معنى اللزوم بل قد حقق فى الأصول أن لا- معنى للحكم الوضعى إلا- ما انتزع من الحكم التكليفى. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. توضيح الضعف أن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى أعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد فى نفسه يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم و أضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو أن المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفى و وضعى و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا

[الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** على اللزوم فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغواً غير مؤثر

[الاستدلال بآية تجارة عن تراض]

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 فسخ أحدهما من دون رضاء الآخر فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن أن يقال- إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب و لا ينفع الإطلاق.

و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفاً و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل فإن أكل المارة من ثمرة الأشجار التي تمر بها باطل لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار فإن رخصه الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة و ما نحن فيه من هذا القبيل فإن أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً. نعم لو دل الشارع على جوازه كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين. و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ص: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم

فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و لذا استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائدة الملك التسلط و نحوه العلامة في بعض كتبه و الحاصل أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره و أخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم

و منها قوله: المؤمنون عند شروطهم

و قد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلي قدس سره بناء على أن الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في أو فوا بالعقود لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفاً

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٦

هو الإلزام التابع- كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله في دعاء التوبة: و لك يا رب شرطي ألا أعود في مكروهك و عهدى أن أهجر جميع معاصيك و قوله في أول دعاء الندبة: بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما ادعينا من الاختصاص ففي القاموس الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه

و منها الأخبار المستفيضة في أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا

و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا
فهذه جملة من العمومات - الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا

[مقتضى الاستصحاب أيضا اللزوم]

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا و ربما يقال إن مقتضى الاستصحاب - عدم انقطاع علاقة المالك عن العين فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم و رد بأنه إن أريد بقاء علاقة المالك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك و إن أريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك و إنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها و إن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما يقال الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف فيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس بل مطلقا بناء على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم أوفوا بالعقود لا الاستصحاب أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة أن الأصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين

[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم - إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم و يجرى أيضا فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز بناء على أن المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام و المخصص إلى العموم و أما بناء على خلاف ذلك فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة و إن كان المستند دخوله في ضمان العين أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمال كونه مصداقا لها كان الأصل البراءة أيضا

القول في أقسام الخيار

إشارة

وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك- حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعا أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها و نحن نفتنى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا إذ ليس له أحكام مغاير لسائر أنواع الخيار فنقول و بالله التوفيق

الأول في خيار المجلس

إشارة

فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع- و إنما عبر بفرده الغالب و إضافة الخيار إليه لاختصاصه و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق و لا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذه الخيار و النصوص به مستفيضة- و الموثق الحاكي لقول علي ع: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل

مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة

إشارة

و هل يثبت لهما مطلقا خلاف قال في التذكرة لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس و إلا- فبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه لأن ملكه أقوى من ملك الوارث و للشافعية قولان أحدهما أنه يتعلق بالموكل و الآخر أنه يتعلق بالوكيل انتهى.

[أقسام الوكيل]

[أن يكون وكيلاً في مجرد إجراء العقد]

أقول و الأولى أن يقال- إن الوكيل إن كان وكيلاً في مجرد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما- وفاقاً لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان لأن المتبادر من النص غيرهما و إن عممناه لبعض أفراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العقاد المالك مضافاً إلى أن مفاد أدلة الخيار إثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج ألا ترى أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقراءة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر فلا- يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه هذا مضافاً إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٧

الصيغة فإن المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيد إلا- أن سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع أن

ملاحظة حكمه الخيار بتعدى ثبوته للوكيل المذكور مضافا إلى أدلة سائر الخيارات فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه والظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة. فإن الظاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع والشراء لا مجرد إيقاع الصيغة و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق- و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد إجرائه للعقد فلا يبطل بمنع الموكل و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال- من أن الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين. و ذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع و كيله و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين و نسبة الفعل إليهما شائعة و لذا لا يتبادر من قوله باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشرا للصيغة و عدم الحث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغة ممنوع فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد و المراد به مجلسهما المضاف عرفا إلى العقد فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلا إذا صدق كون مكنيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله إن كان و كيلا في مجرد إيقاع العقد

[أن يكون و كيلا مستقلا في التصرف المالى]

و إن كان و كيلا في التصرف المالى كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص و دعوى تبادر المالكين ممنوعة خصوصا إذا استندت إلى الغلبة- فإن معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة إشكال من تبادر المتعاقدين من النص و قد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع و كيله و من أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا إرفاقا له و أن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة و حينئذ 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 خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفاسخه و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل فيبقى بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه أقواها الأخير

[أن لا يكون مستقلا في التصرف]

و إن لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان و كيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لي عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك بل لما ذكرنا في القسم الأول من إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عند الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه و لا- لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصل و في ثبوته للموكلين ما تقدم

[هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل]

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى- الأقوى العدم لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقدة في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده.

نعم يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخا أو التزاما.

[عدم ثبوت الخيار للفضولي]

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و إن جعلنا الإجازة كاشفة لا لعدم صدق المتبايعين لأن البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفي و هو موجود هنا. نعم ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعا بالبيع و هذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة و يندفع أيضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ- القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم- من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين. نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف على ما تقدم. توضيحه في مسألة عقد الفضولي و يكفي حينئذ الإنشاء أصالة من أحدهما و الإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفا. نعم يحتمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز التزاما بالعقد فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ الترتت فتأمل و لا فرق في الفضوليين بين الغاصب و غيره فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الإجازة بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

مسألة لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان وليا أو وكيلًا- مستقلا في التصرف فالمحكي عن ظاهر الخلاف و القاضي و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و المحقق الميسي و الصيمري و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لأنه بائع و مشتر فله ما لكل منهما كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبني على الغالب خلافا للمحكي في التحرير من القول بالعدم و استقره فخر الدين و مال إليه المحقق الأردبيلي و الفاضل الخراساني

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٨

و المحدث البحراني و استظهره بعض الأفاضل ممن عاصرناهم و لا- يخلو عن قوة بالنظر إلى ظاهر النص لأن الموضوع فيه صورة التعدد و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد و لولاها لأمكن استظهار كون التعدد في الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر أحكامهما إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا و قوله لكل من البائع و المشتري إلا أن التقييد بقوله حتى يفترقا ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية و لا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد و منه يظهر سقوط القول بأن كلمة حتى تدخل على الممكن و المستحيل إلا أن يدعى أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الإشكال فيه و الأولى التوقف تبعا للتحرير و جامع المقاصد ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

منها من يعتقد على أحد المتبايعين

و المشهور كما قيل عدم الخيار مطلقا بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع و الكلام فيه مبنى على القول المشهور من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار- و إلا فلا إشكال في ثبوت الخيار و الظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين لأن مقتضى الأدلة الانعقاد بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال ضعفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معينا مبنى على تزلزل العتق و أما الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة فقد يقال مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و دليل عدم عود الحر إلى الرقية يفرض المعتق كالتالف فلنقل إليه أن يدفع القيمة و يسترد الثمن. و ما في التذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطين على شرائه عالما بانعاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة و كذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن و يأخذ القيمة و ما في التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدى مانعا عن دفع العين لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه لأن شراءه إتلاف له في الحقيقة و إخراج له عن المالىة و سيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل أدنى تصرف فعدم ثبوته به أولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لأن بيعه من ينعق عليه إقدام على إتلافه و إخراجه عن المالىة. و الحاصل أنا إذا قلنا إن الملك فيمن ينعق عليه تقديري لا حقيقى- فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على إخراجه عن المالىة و سلكه فى سلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما فتأمل. و قد يقال إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعقاد هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنا ما أو الأول بالأول و الثانى بالثانى أو العكس فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بعدم لأمضوية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين فيمتنع استحقاتها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الأخير و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين و دفعا للمنافاة من البين و عملا بالنصين و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا للفسخ منزلة الأرش مع ظهور عيب فى أحدهما و للعتق بمنزلة تلف العين و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق ثم قال و حيث كان المختار فى الخيار أنه بمجرد العقد و فى العتق أنه بعد الملك و دل ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أن أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قد صرحوا بأن الخيار يثبت بعد العقد و أنه علة و المعلول لا يتخلف عن علته كما أن الانعقاد لا يتخلف عن الملك فالأقرب هو الأخير كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء انتهى كلامه رفع مقامه أقول إن قلنا إنه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل- خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعقاد عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديرا إذ ملكية المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد و لا- يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجا عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعاقه مضمونا على المشتري كما لو فرض بيع المشتري للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع. و الحاصل أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هذا غير حاصل فيما نحن فيه و إن قلنا أن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كان موجودا و بدله إن كان تالفا أو كالتالف و لا يعتبر فى صورة

التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع شرط العتق ثم ظهور المبيع منعقا على المشتري و حكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمة إلا مع إقدام

المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن يعتقد عليه فالأقوى العدم لأنهما قد توطئا على إخراجيه عن المايئة الذى هو بمنزلة إتلافه. و بالجملة فإن الخيار حق فى العين و إنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٩

فإذا كان نقل العين إبطالا- لماليتها و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشرط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى يتعلق ببدله و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و نقله إلى من يعتقد عليه كالاتلاف له من حيث المايئة فدفع الخيار به أولى و أهون من رفعه فتأمل.

و منها العبد المسلم المشتري من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما أما بالنسبة إلى العين فلغرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تملكه إياه و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصل و لو تقدير التكون مضمونه له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري فيوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الإيضاح من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ و بالنسبة إلى المشتري كالبيع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل و إنما له حق استيفاء ثمنه منه لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضا لأن الظاهر من قوله البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعى من طرف واحد فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين و إلا لم يتحقق أصلا كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من يعتقد عليه و الأقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الأكثر و صريح كثير ثبوت الخيار فى المقام و إن تردد فى القواعد بين استرداد العين أو القيمة. و ما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبنى على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلى لو أغمضنا عن منعه كما تقدم فى المسألة السابقة غير قاذح هنا لأن تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم و لذا جوزنا له شراء من يعتقد عليه و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين.

و منها شراء العبد نفسه

بناء على جوازه فإن الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة إلى القيمة لعدم شمول أدلة الخيار له و اختاره فى التذكرة و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار إشكال و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما فى جامع المقاصد من أن الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله فتأمل.

مسألة لا يثبت خيار المجلس فى شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا

كما فى التذكرة و عن تعليق الإرشاد و غيرهما و عن الغنية الإجماع عليه و صرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك أيضا بل عن الخلاف الإجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة إلا أنه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع انتهى و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضى و لم يعلم معنى الخيار فى هذه العقود بل جزم فى التذكرة بأنه

لا- معنى للخيار فيها لأن الخيار فيها أبداً واحتمل في الدروس أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار ولعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفاً عليه- لكن الإنصاف أن تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى فإنه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع والذي يخطر بالبال أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع فتفسخ بفسخه في المجلس وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان وصرح في السرائر بدخول الخيارين في هذه العقود لأنها جائزة فيجوز الفسخ في كل وقت وهو محتمل كلام الشيخ فتأمل. وكيف كان فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأن ظاهر النص كون البيع علة تامة ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض ولا إشكال فيه لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفياً إما للزوم الربا كما صرح به في التذكرة وإما لوجوب الوفاء بالعقد وإن لم يكن بنفسه مملوكاً لأن ثمره الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففي أثر الخيار خفاء لأن المفروض بقاء سلطنته كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحق القبض الملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير. قال في التذكرة لو تقابض في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد وإن أجازا قبل التقابض فكذلك وعليهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى انتهى وفي الدروس يثبت معنى خيار المجلس في الصرف تقابضاً أو لا فإن التزم به قبل القبض وجب التقابض فلو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقاً لأن للقبض مدخلا في الزوم فله تركه انتهى وصرح الشيخ أيضاً في المبسوط بثبوت التخيرات في الصرف قبل التقابض. ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل وكذا على الكشف مع احتمال كونه من زمان العقد

القول في مسقطات الخيار

إشارة

وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة اشتراط سقوطه في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٠

ضمن العقد وإسقاطه بعد العقد والتفرق والتصرف فيقع الكلام في مسائل.

مسألة لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد.

إشارة

و عن الغنية الإجماع عليه و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم و قد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار و يرجح على تلك الأدلة بالمرجحات و هو ضعيف لأن الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط كما يظهر من كتبهم و نحوه في الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به إذ فيه أن أدلة الخيار أخص فيخصص بها العموم بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجى و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا بل التأمل في دليل الشرط يقضى بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام فحال حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر و العهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لو لا النذر. و يشهد لما ذكرنا من حكومة أدلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم و على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية. منها صحيحة مالك بن عطية 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 أعيذك في مكاتبتك حتى تودى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال ع لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم. و الرواية محمولة بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحجوة إلى التماس المرجح. نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه- الأول أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما لأن الشرط في ضمن العقد الجائر لا يزيد حكمه على أصل العقد بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. الثانى أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. الثالث ما استدلل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من أن إسقاطه الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله هذا و لكن شىء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال أما الأول فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لأنها كالوعد الواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز لأن الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لأن الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به أما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا لالتزام أصل العقد فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع في اللزوم و الجواز. و أما الثانى فلأن الخيار حق للمتعاقدين اقتضاء العقد لو خلى و نفسه فلا ينافى سقوطه بالشرط. و عبارة أخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا طبيعه العقد من حيث هي حتى لا يوجد بدونه و قوله البيعان بالخيار و إن كان له ظهور في العلية التامة إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط مع أن مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لإتمام العلة ليكون التخلف ممتنعا شرعا. نعم يبقى الكلام في دفع توهم أنه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة بل و لا لمقتضى العقد و محل ذلك و إن كان في باب الشروط إلا- أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه أنا حيث علمنا بالنص و الإجماع أن الخيار حق مالى قابل للإسقاط و الإرث لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر. و أما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و إقدام المتبايعين على عدم الخيار ففائدة الشرط

إبطال المقتضى لا- إثبات المانع و يمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصححة مالك بن عطية المتقدمة

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه-

أحدها أن يشترط عدم الخيار

و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعت بشرط أن لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

الثاني أن يشترط عدم الفسخ

فيقول بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة لا فاسد و حينئذ فلا فائدة في هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢١

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.

الثالث أن يشترط إسقاط الخيار

و مقتضى ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد فلو أخل به و فسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الأقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ- بمجرد عدم إسقاط المشتري الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ وجهان من عدم حصول الشرط و من أن المقصود منه إبقاء العقد- فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ و الأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد و يكون بقاء المشتري على سلطنته الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد

إشارة

فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به و صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت لأن المتبادر عرفا هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر و قد تقدم عن القاموس أنه الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدم. قال في محكي الخلاف لو شرطا 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 ثم قال دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار في جواز

الشرط يشمل هذا الموضوع انتهى و نحوه المحكى عن جواهر القاضى. و قال فى المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى فى ذلك نظر فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد. نعم لو شرطاً قبل العقد و تباعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى. أقول التباع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه فى العقد بأن يقول مثلاً بعت على ما ذكر فهو من المذكور فى متن العقد و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى و أراد بقوله قبل العقد قبل تمامه و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده أيضاً بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعى إنما يخالف فى صحه هذا الاشتراط فى متن العقد. و قد صرح فى التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد و استدلل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد فلا يصح إسقاطه قبل تمامه. و الحاصل أن ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد و كيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لأن المتحقق فى السابق إما وعد بالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و إن دفع مبنياً عليه لا يلزمه لأنه إلتزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم و إلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطاً منوياً فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة فإن من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشيء بخلاف قوله بعتك على أن لا خيار لى الذى مؤداه بعتك ملتزماً على نفسى و بانياً على أن لا خيار لى فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط إلتزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول و تمام الكلام فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فروع

ذكر العلامة فى التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله على أن أعتقك إذا بعتك قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار و على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق انتهى. أقول هذا مبني على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له و قد مر أن الأقوى فى الشرط أيضاً كونه كذلك.

مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

إشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقى و لا خلاف ظاهراً فى سقوطه بالإسقاط- و يدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجىء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللاً بأنه رضاء بالبيع مضافاً إلى القاعدة المسلمة من أن لكل ذى حق إسقاط حقه و لعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال و لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائى ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفية للفحوى المتقدمه و فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال فى إجازة عقد الفضولى و صدق الإسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من تسلط على إسقاط الحقوق و على هذا فلو قال أحدهما أسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الرضى أيضاً لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر

فإن اختار المأمور الفسخ فلا- إشكال في انفساخ العقد- وإن اختار الإمضاء ففي سقوط خيار الأمر أيضا مطلقا كما عن المبسوط الأكثر بل عن الخلاف الإجماع عليه أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه وإلا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض ويكون حكم التفويض كالتملك. أقول ولو سكت فخيار الساكت باق إجماعا ووجهه واضح وأما خيار الأمر ففي بقاءه مطلقا أو بشرط عدم إرادة تملك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٢ الخيار كما هو ظاهر التذكرة أو سقوط خياره مطلقا كما عن الشيخ أقوال والأولى أن يقال إن كلمة اختر بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء وليس فيه دلالة على ما ذكره من تملك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم الظاهر عرفا من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب و كأنه في العرف السابق كان ظاهرا في تملك المخاطب أمر الشيء كما يظهر من باب الطلاق فإن تم دلالة حينئذ على إسقاط الأمر خياره بذلك وإلا فلا مزيل لخياره وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس أنهما بالخيار ما لم يفتقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر ومنه يظهر أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخيار فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزا من طرف الفاسخ دون المجيز كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما وهذا ليس تعارضا بين الإجازة والفسخ و ترجيحها له عليها. نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما المتعدد 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 إن إعتاق العبد فسخ وإعتاق الجارية إجازة أو اختلف الورثة في الفسخ والإجازة تحقق التعارض و ظاهر العلامة في جميع هذه الصور تقديم الفسخ و لم يظهر له وجه تام و سيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه.

مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

إشارة

ولا إشكال في سقوط الخيار به و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك مثل قوله: فإذا افترقا فلا- خيار لهما بعد الرضا و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسماه ارتفع الخيار فلا يعتبر الخطوة و لذا حكى عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال و الظاهر أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد خصوصا مثل قول الشيخ في الخلاف أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما و يظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الأصحاب و عن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها فيستصحب الخيار و يؤيده قوله في بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا و فيه منع الانصراف و دلالة الرواية ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما و بقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما فالحركة من أحدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر و كيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام ع أرضا و أنه قال: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا فأثبت افتراق الطرفين بمشيه ع فقط.

مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير أيضا

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه وقد تقدم في مسأله اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف هذا ولكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمه بجسم المضطر لا فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فإن التبادر ممنوع فإذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل مع أن المعروف بين الأصحاب أن الافتراق ولو اضطرارا مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ والإمضاء مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار. قال فى المبسوط فى تعليل الحكم المذكور لأنه إذا كان متمكنا من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا والإمضاء انتهى و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقيق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى. و منه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره للاعتراف بدخول المكره والمضطر إذا تمكنا من التخيير والحاصل أن فتوى الأصحاب هى أن التفرق عن إكراهه عليه وعلى ترك التخيير غير مسقط للخيار وأنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختيارى ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كالتفرق لأن المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخيير فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكى و إلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله ص فى صحيحه الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الافتراق والرضا منهما ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر إجماعا أو يقال إن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ وعلى كل تقدير فيدل على أن المتفرقين ولو اضطرارا إذا كانا متمكينين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما فهذا هو الذى استفاده الشيخ قدس سره

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٣

كما صرح به فى عبارة المبسوط المتقدمة.

مسألة لو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التخيير وبقي الآخر فى المجلس

فإن منع من المصاحبة والتخيير لم يسقط خيار أحدهما لأنها مكرهان على الافتراق وترك التخيير فدخل فى المسألة السابقة وإن لم يمنع من المصاحبة ففيه أقوال وتوضيح ذلك أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختيارا وعدم مصاحبة الآخر كذلك وأن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التخيير فحينئذ نقول تحقق الإكراه المسقط فى أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق وترك التخيير وبقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة أو التخيير وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرها مع المنع عن التخيير وذهاب الآخر اختيارا ومحل الكلام هو الأول وسيوضح به حكم الثانى والأقوال فيه أربعة سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم وثبوتهما كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانىين ومحتمل الإرشاد وسقوطه فى حق المختار خاصة- وفصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما وبين مفارقتهم فالتسقوط عنهما ومبنى الأقوال على أن افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفى فيه حصوله عن اختيار أحدهما وعلى الأول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة كما عن الخلاف وجواهر القاضى وعلى الثانى يثبت الخياران كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانىين. وعلى الثانى فهل

يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار أحدهما و يكفى كونه تركا اختياريا كالبقاء في مجلس العقد مختارا فعلى الأول يتوجه التفصيل المصرح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد و ذهابه و على الثاني يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد. و اعلم أن ظاهر الإيضاح أن قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما و أن محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً و إلا سقط خيارهما اتفاقاً حيث قال في شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على إشكال و أما الثابت فإن منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خياره و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول انتهى. قال إن هذا مبنى على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه و إن الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط لأنه فعل المفارقة و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتية الافتراق لم يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئاً و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك و إن قلنا إنه يعلل سقط أيضاً و الأقرب عندى السقوط لأنه مختار في المفارقة انتهى. و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات إلا أنه على كل حال صريح في أن الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف في سقوط خياره و ظاهره كظاهر عبارة القواعد أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة في هذا القول قال لو أكرها أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكّن من الفسخ و التخاير فلم يفعلاً بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله بطل خيارهما فتأمل بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل و كيف كان فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل - . و ما تقدم من تبادل تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق و إن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين و لا من أحدهما إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق فرضاً أحدهما في المقام و هو الماكث لا- دليل على كفايته في سقوط خيارهما و لا في سقوط خيار خصوص التراضى إذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطاً و إلا ثباً. و يدل عليه ما تقدم من صححة الفضيل المصرحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا أحدهما و لكن يمكن التفصى عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوعاً- بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما و ظاهر الصححة و إن كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام

ع

و أنه قال فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار و جعل وجوب البيع علّة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام ع و دعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختياراً ممنوعاً و ظاهر الصححة و إن كان أخص إلا أن ظهور الرواية في عدم مدخلية شىء آخر زائداً على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الآخر اختياراً- فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين و قد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقق الافتراق فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه و كذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين و ظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضاً عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين و إنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا بل ظاهر القواعد أيضاً أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة إلى وجود خلاف في هذا التفرع و هو الذى ينبغى لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا- بقياً فتأمل. و عبارة الخلاف المتقدمة و إن كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار إلا- إنما ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكّن من التخاير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية مع أن شمول عبارته

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٤

لبعض الصور التى لا- يختص بطلان الخيار فيها بالمتكّن مما لا بد منه كما لا يخفى على المتأمل و حملها على ما ذكرنا من إرادة

المتمكن لا- بشرط إرادة خصومه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور و لعل نظر الشيخ و القاضي إلى أن الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة و هي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا من التخير و فارق الآخر اختيارا فإن مقتضى ما تقدم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف في سقوط الخيارين هنا و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضا و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا كما لا يخفى

مسألة لوزال الإكراه

فالمحكى عن الشيخ و جماعة- امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الإكراه كالمعدوم فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد فالخيار باق. و فيه أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد. و الحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بد إما من القول بالفور كما عن التذكرة- و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و إما من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجوهان جريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة. مسألة و من مسقطات هذا الخيار التصرف

على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس و فى الصرف و العلامة فى التذكرة و نسب إلى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى إطباقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليل فى بعض أخبار خيار الحيوان و هو الوجه أيضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و إلا فلم يرد فيه نص بالخصوص بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل و تفصيل التصرف المسقط سيجىء إن شاء الله تعالى

الثانى خيار الحيوان

[عموم هذا الخيار لكل ذى حياة]

لا- خلاف بين الإمامية- فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري و ظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء و شبه ذلك خارج لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم و يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلقا من البائع قبل القبض أو فى زمان الخيار و فى منتهى خياره مع عدم بقاءه إلى الثلاثة وجوه

[هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو بعم الكلى أيضا]

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين- كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاهد الإجماع كما

فى التذكرة بالحكمة الغير الجارية فى الكلى الثابت فى الذمة أو يعم الكلى كما هو المتراى من النص و الفتوى لم أجد مصرحا بأحد الأمرين. نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول و لعله الأقوى و كيف كان فالكلام فيمن له هذا الخيار و فى مدته من حيث المبدأ و المنتهى و مسقطاته يتم برسم مسائل.

مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

حكى عن الشيخين و الصدوقين و الإسكافى و ابن حمزة و الشاميين الخمسة و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين و عن الغنية و ظاهر الدروس الإجماع عليه- لعموم قوله ع إذا افترقا و جب البيع خرج المشتري و بقى البائع بل لعموم أو فوا بالعقد بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط و يثبت الباقى بعدم القول بالفصل و يدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الأخبار منها صحيحة الفضيل ابن يسار عن أبى عبد الله ع قال: قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت و ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما و ظهوره فى اختصاص الخيار بالمشتري و إطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا و يتلوها فى الظهور رواية على بن أسباط عن أبى الحسن الرضا ع قال: الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية و نحوها صحيحة الحلبي عن أبى عبد الله ع قال فى الحيوان: كله شرط ثلاثة أيام للمشتري و صحيحة ابن رثاب عن أبى عبد الله ع قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري و أظهر من الكل صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع و لهما كليهما قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طاوس ثبوته للبائع أيضا. و حكى عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس و لصحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق و هى أرجح بحسب السند من صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة و أضرابهما على غيرهم من الثقات مضافا إلى ورودها فى الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التى يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها و أما الصحاح الأخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيحة فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة لأن الغالب فى المعاملة خصوصا معاملة الحيوان كون إرادة الفسخ فى طرف المشتري لاطلاعه على خفايا الحيوان و لا ريب أن الأظهرية فى الدلالة متقدمة فى باب الترجيح على الأكثرية. و أما ما ذكر فى تأويل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٥

صحيحة ابن مسلم من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع- فكان بين المجموع ففى غاية السقوط و أما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد بل مطلقا بعد العلم بمسند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره و إجماع الغنية لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع و لعله لذا قوى فى المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق على خلافه و تبعه على ذلك فى المفاتيح و توقف فى غاية المراد و حواشى القواعد و تبعه فى المقتصر هذا و لكن الإنصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة مع أن المرجح بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري فلا ريب فى ضعف هذا القول. نعم هنا قول ثالث لعله أقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا نسب إلى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك لعموم صحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة

أيام ولا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا ولا ينافي هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم لأن الغلبة قد يكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها ولا يوجب تنزيل الإطلاق ولا ينافيها أيضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لإمكان تقييدها وإن كان بعد بما إذا كان العوضان حيوانين لكن الإشكال في إطلاق الصحيحة الأولى - من جهة قوة انصرافه إلى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس فلا محيص عن المشهور

مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار

و في الغنية كما عن الحلبي أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها بل عن الأول دعوى الإجماع - وربما ينسب هذا إلى المقنعة و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمنان البائع لها مدة الاستبراء و لم أقف لهم على دليل - .

مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد

فلو لم يتفرق ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان أو بقي خيار المجلس لظاهر قوله ع: إن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام و في غيره حتى يفترقا خلافا للمحكي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق و كذا الشيخ و الحلبي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره. قال في المبسوط الأولى أن يقال إنه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق انتهى و نحوه المحكي عن السرائر و هذه الدعوى لم نعرفها.

نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد و ما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري و يرد الأصل ظاهر الدليل مع أنه بالتقرير الثاني مثبت و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس و يرد التداخل بأن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و إن اتحدا فكذلك إما لأن الأسباب معرفات و إما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهي علل تامة إلا من هذه الجهة و هو المراد مما في التذكرة في الجواب عن أن الخيارين مثلان فلا يجتمعان من أن الخيار واحد و الجهة متعددة ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملك و عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثاني كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا في طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و إن كان بائعا - كان مبدئه بعد القبض و تمثله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد في ذلك ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار و الملك لكن لا بد له من أثر و قد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة لا إشكال في دخول الليلين المتوسطين في الثلاثة أيام

لا لدخول الليل في مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج و لا في دخول الليالي الثلاث عند التلقيق مع الانكسار و لو عقد في

الليل فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليلة العقد لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام و الإطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر قيل و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و إلا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد انتهى فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن إلا أنه لا يعلل بما ذكر و إن أراد الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين فى اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار بل نقول إن اليوم مستعمل فى خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا فى مجموع النهار و الليل أو مقدارهما و لا فى باقى النهار و لو ملفقا من الليل و المراد من الثلاثة أيام هى لياليها أى ليالى مجموعها لا كل واحد منها فالليالى لم ترد من نفس اللفظ و إنما أريد من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار فكأنه قال الخيار يستمر إلى أن يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها اشتراط سقوطه فى العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثانى إسقاطه بعد العقد

و قد تقدم الأمران.

و الثالث التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار و يدل عليه قبل الإجماع النصوص

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٦

ففى صحيحة ابن رئاب: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له و ما الحدث قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرما عليه قبل الشراء و صحيحة الصفار: كتبت إلى أبى محمد ع فى الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها فى الثلاثة الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ فوقع ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إن شاء الله و فى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الإسناد قلت له: أ رأيت إن قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع و استدل عليه فى التذكرة بعد الإجماع بأن التصرف دليل الرضا و فى موضع آخر منها أنه دليل الرضا بلزوم العقد و فى موضع آخر منها كما فى الغنية أن التصرف إجازة. أقول المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذى لا يجوز لغير المالك إلا- برضاه كما يشير إليه قوله أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا كما صرح به فى التذكرة فى بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من أنه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقنى أو ناولنى الثوب أو أغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا- بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف و قال أيضا لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليهما بطل الرد لأنه استعمال و انتفاع انتهى. و قال فى موضع من التذكرة عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد انتهى. و هو فى غاية الإشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد مع أن من المعلوم عدم انفكاك

المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقي و شبه ذلك و إن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رثاب. و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها و دعوى أن جميعها مما يدل لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد فيكون إجازة فعلية كما ترى

[المراد من فذلك رضى منه فى صحيحة ابن رثاب]

إشارة

ثم إن قوله ع في الصحيحة فذلك رضى منه يراد منه الرضا بالعقد في مقابلة كراهة ضده أعنى الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد إلى حين الفسخ و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر عن أبيه قال قال رسول الله ص: في رجل اشترى عبدا بشرط إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال يستحلف بالله تعالى ما رضيه ثم برىء من الضمان فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك إذا عرفت هذا

فقوله ع فذلك رضاء منه و لا شرط له يحتمل وجوها

أحدها أن يكون الجملة جوابا للشرط

فيكون حكما شرعيا بأن التصرف التزام بالعقد و إن لم يكن التزاما عرفيا.

الثاني أن يكون توطئة للجواب

و هو قوله و لا شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالفرق في قوله: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالة على الرضا.

الثالث أن يكون الجملة إخبارا عن الواقع

نظرا إلى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه و يكون علة للجواب فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد و بعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة كما في قوله لا تأكل الرمان لأنه حامض دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك أى دالا- بالنوع غالبا على التزام العقد و إن لم يدل فى شخص المقام فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا نظير ظهور الألفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينه يوجب صرفه عن الدلالة كما إذا دل الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار أو اشتباها بعين أخرى مملوكة له و يدخل فيه كلما يدل نوعا على الرضا و إن لم يعد تصرفا عرفيا كالتعريض للبيع و الإذن للبائع فى التصرف فيه

الرابع أن يكون إخبارا عن الواقع

و يكون العلة هي نفس الرضا الفعلى الشخصى و يكون إطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة فيكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار

[المناقشة فى الاحتمالين الأولين]

ثم إن الاحتمالين الأولين و إن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدم من التذكرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانين بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتها لأكثر كلماتهم فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ - بل ظاهرها اعتبار الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجىء. و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و إن لم يعد تصرفا كتقيل الجارية للمشتري على ما صرح به فى التحرير و الدروس فعلم أن العبرة بالرضا و إنما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بأن العرض على البيع إجازة مع أنه ليس حدثا عرفا و مما يؤيد عدم إرادة الأصحاب كون التصرف مسقطا إلا من جهة دلالة على الرضا حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري فى المبيع يكون فسخا من البائع فلو كان التصرف مسقطا تعديا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه إجازة إلى كونه فسخا.

و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر التصرف مثلا للفسخ و الإجازة الفعلين فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٧

مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الأصحاب يعدونه فى مقابل الإجازة.

[المناقشة فى الاحتمال الرابع]

و أما المعنى الرابع فهو و إن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ بل جزم به فى الدروس و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله بن الحسن بن زيد الحاكىة للنبوى الدال كما فى الدروس أيضا على الاعتبار بنفس الرضا و ظاهر بعض كلماتهم الآتية أن الاستفادة من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد مع أن أظهرته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة

فتعين إرادة المعنى الثالث

إشارة

و محصله دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و إن لم يفد فى خصوص المقام فيكون التصرف إجازة فعلية فى مقابل الإجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى أن يعتمد عليه.

[الاستشهاد بكلمات الفقهاء عليه]

قال فى المقنعة إن هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتاع انتهى. و مثل للتصرف فى مقام آخر بأن ينظر إلى الأمة إلى ما يحرم لغير المالك. و قال فى المبسوط فى أحكام العيوب إذا كان المبيع بهيمة و أصاب بها عيبا فله ردها و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها - و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها ثم قال و لا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شىء من ذلك انتهى و فى الغنية لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بائعه إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و

قال الحلبي في الكافي في خيار الحيوان فإن هلك في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و في السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام قال هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيرا ليس له الرجوع فيه كالمندور انتهى و قال في موضع آخر إذا لم يتصرف فيه يؤذن بالرضا في العادة و أما العلامة رحمه الله فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم. و قال في موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضاء بها ثم قال و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بإمساكه و لو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. و في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال في الدروس استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد و قال المحقق الكركي لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففي الحكم تردد ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل و التصرف إنما عد مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم. و قال في موضع آخر و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفا ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد أن لا يعد و كذا لو أراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على إشكال ينشأ من أنه ملكه فله استخلافه انتهى. و حكى عنه في موضع آخر أنه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختيار و الحفظ هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام الظاهرة في المعنى الثالث و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد ليكون إسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقا من أن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالبا مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقا أو إذا اطع على ما يوجب زهده فيه فهي غير دالة في نفسها عرفا على الرضا و منه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقا من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأن الغالب في التصرفات و وقوعها مع عدم الرضا باللزوم فلا يسقط بها الخيار إذ فيه أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاء لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراد رضاء هو ظهوره فيه عرفا من أجل الغلبة فإذا فرض أن الغالب في مثل هذه التصرفات و وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا في قليل من أفراد مستهجانا.

و أما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من أن تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا و ليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن ففيه ما سيجيء. و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه و إنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي و مثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم رد قال إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء و نحوه الآخر و ما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية فتأمل. و قد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها أياما ثم وجد المشتري فيها عيبا ثم قال و قيل ليس له ردها

لأنه تصرف بالحلب. و بالجملة فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد و بين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد و التردد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غاية الإشكال و الله العالم بحقيقة الحال

الثالث خيار الشرط

إشارة

أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد و لا خلاف في صحة هذا الشرط و لا في أنه لا يتقدر بحد عندنا- و نقل الإجماع عليه مستفيض الأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثني و الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة. فمن الأولى الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره: إن المسلمين عند شروطهم و يزيد في صحيحة ابن سنان: إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز. و في موثقه إسحاق بن عمار: إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما نعم في صحيحة أخرى لابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينه المقابلة عدم المخالفة للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام في معنى هذه الأخبار و توضيح المراد منه الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد إن شاء الله-

و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد

إشارة

و هي تظهر برسم مسائل-

مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

لعموم أدلة الشرط قال في التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعي و استدلل له في موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم و رد بعدم المانع من ذلك مع أنه كما في التذكرة منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج بطل بلا خلاف بل حكى الإجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك غررية و لا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحيانا فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك إذ كثيرا ما يتفق التشاح في مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين. و بالجملة فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس في غير زمان الحاجة إلى المدائة و إلا لم يكن بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غررا لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المدائة في أكثر الجهالات و لعل هذا مراد بعض الأساطين من قوله إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف و إلا- فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف. نعم الجهالة التي لا يرجع الأمر معها غالبا إلى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعد غررا كتفاوت المكييل و الموازين. و يشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم و خصوص موثقه غياث:

لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد مع أن التأجيل إلى الدياس و الحصاد و شبههما فوق

حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع وربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لأنه غرر و فيه أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة ففي الثاني يفسد الشرط و يتبعه البيع و في الأول يفسد البيع فيلغو الشرط اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر و إن لم يكن بيعا فيشمله دليل نفى الغرر فيكون مخالفا للكتاب و السنة لكن لا- يخفى سراية الغرر إلى البيع فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسألة لا فرق في بطلان العقد - بين ذكر المدة المجهولة

كقدوم الحاج و بين عدم ذكر المدة أصلا كأن يقول بعتك على أن يكون لي الخيار و بين ذكر المدة المطلقة كأن يقول بعتك على أن يكون لي الخيار مدة لاستواء الكل في الغرر- خلافا للمحكي عن المقتنة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار في الصورة الثانية ثلاثة أيام و يحتمل حمل الثالثة عليها- و عن الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع عليه- و في محكي الخلاف وجود أخبار الفرقه به و لا شك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقولة و لذا مال إليه في محكي الدروس لكن العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ قدس سره و أوله بإعادة خيار الحيوان. و عن العلامة الطباطبائي في مصابحه الجزم به و قواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما في مفتاح الكرامة من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته. و زاد في مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع و فيه ما تقدم في مسألة تعذر التسليم من أن بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد و التحديد بالثلاثة تعبد شرعي لم يقصده المتعاقدان فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفى الغرر و كان التحديد تعبديا نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص- و هو إهمال مدة الخيار. و الحاصل أن الدعوى في تخصيص أدلة نفى الغرر لا في تخصصها و الإنصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا- ينهض لتخصيص قاعدة الغرر لأن الظاهر بقريته عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنه عول في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان و لا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا حاجة إلى ضم المنجبر إذ نعلم إجمالا أن المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار- و لا ريب أن المستند غالبا في إجماعات القاضي و ابن زهرة إجماع السيد في الانتصار. نعم قد روى في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٩

كتب العامة أن حنان بن منقذ كان يخذع في البيع لشجة أصابته في رأسه فقال له النبي ص: إذا بعث فقل لا خلافة و جعل له الخيار ثلاثا. و في رواية و لك الخيار ثلاثا و الخلافة الخديعة في دلالته فضلا عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالإجماعات كما ترى إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد- و لعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد. و فيه أن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فسادا في أصل البيع كما فيما نحن فيه حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط و سيجيء تمام الكلام في مسألة الشروط.

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأنه المتبادر من الإطلاق و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدؤه أول جزء من ذلك الزمان فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من

طلوع فجر الغد فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أن مبدؤه من حين العقد و لو جعل مبدؤه من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. و عن الشيخ و الحلبي أن مبدؤه من حين التفرق و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم يمكن أن يقال هنا إن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لو لا الخيار لزم العقد كما أشار إليه في السرائر لكن لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة- مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجهل من حين العقد بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما

مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي

قال في التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد- صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الإجماع في الأجنبي قال لأن العبد بمنزلة الأجنبي و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار فإن اختلفوا في الفسخ و الإجارة قدم الفاسخ لأن مرجع الإجارة إلى إسقاط خيار المجيز خاصة بخلاف ما لو و كل جماعة في الخيار فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك و عن الوسيلة أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء انتهى و في الدروس و يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلا لم يكن لذكره فائدة انتهى. أقول و لو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسحه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة ثم إنه ذكر غير واحد أن الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الإطلاق و إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أمينا لا يخلو عن نظر ثم إنه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع نظرا إلى أن الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا و لا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيا فيحتنذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي في العقد و سيجىء نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتّمه إذا أمره ابتداء و على الأول فإن فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ و لو استأمره فإن أمره بالإجارة لم يكن له الفسخ قطعا إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار بل الالتزام بأمره مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ و إن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه أما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه و أما مع طلب الآخر للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه. و الحاصل أن اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن. و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني و هو الائتمار بأمره الابتدائي فإنه إن كان شرطا لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به و إن كان لكل منهما ملكا كذلك ثم في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه و جهان أوجهها العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حاله أو مقاليه.

مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار

و هو جائز عندنا كما في التذكرة و عن غيرها الإجماع عليه و هو أن يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع المبيع

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة

منها موثقة إسحاق بن عمار

قال سمعت من يسأل أبا عبد الله ع يقول و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى فجاى إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه و يكون لك أحب إلى من أن يكون لغيرك على أن تشترط لى أنى إذا جئتك بثمانها إلى سنة ترداها على قال لا بأس بهذا إن جاء بثمانها ردها عليه قلت أ رأيت لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشتري أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله

و رواية معاوية بن ميسرة

قال سمعت أبا الجارود: يسأل أبا عبد الله ع عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة- فشرط أنك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله و قال ع

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٠

أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري

و عن سعيد بن يسار

فى الصحيح قال: قلت لأبى عبد الله ع إنا نخالط أناسا من أهل السود أو غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها و يكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بأنه باع و قبض الثمن منه فنعهده إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم أن ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى هذا الشراء قال أرى أنه لك إن لم يفعله و إن جاء بالمال الموقت فرد عليه

و عن أبى الجارود

عن أبى جعفر ع قال: إن بعث رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك.

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى أمور

الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار- يتصور على وجوه

أحدها أن يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت

فلا خيار قبله و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و إن أبى المشتري.

الثانى أن يؤخذ قيذا للفسخ

بمعنى أن له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه.

الثالث أن يكون رد الثمن فسخا فعليا

بأن يراد منه تمليك الثمن لىتملك منه المبيع و عليه حمل فى الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد

فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة و

يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقة إسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلا و إنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد قال إن يبيع و يشترط على المشتري إن رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له انتهى.

الخامس أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقاله و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على أن يقيله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقالة إذا جاء بمثل الثمن في المدة انتهى فإن أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع فيهما كناية عن ملزومه و هي الإقالة لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب و مرجعه إلى أحد الأولين. و الأظهر في كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثاني

[صححة الأنحاء المذكورة عدا الرابع]

لكن الظاهر صححة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع فإنه فيه إشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى أو قولى يشبه انعقاده بنفسه مخالفة المشروع من توقف المسبيات على أسبابها الشرعية و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به صححة ذلك و سقمه.

الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة و إما أن يكون معينا

و على كل تقدير إما أن يكون قد قبضه و إما لم يقبضه فإن لم يقبضه فله الخيار و إن لم يتحقق رد الثمن لأنه شرط على تقدير قبضه و إن لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع و يحتمل العدم بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله و إن قبض الثمن المعين فإما أن يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه أو مطلقا أو و لو مع التمكن منه على الإشكال من الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العين مع الإمكان و في جواز اشتراط رد القيمة في المثلي و بالعكس وجهان- و إما أن يطلق فعلى الأول لا- خيار إلا برد العين فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار- إلا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله و فيه نظر. و على الثاني فله رد البدل في موضع صححة الاشتراط. و أما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين و يظهر من إطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع أن الإطلاق لا يحمل على العين و يحتمل حمله على الثمن الكلي و سيأتي و إن كان الثمن كليا فإن كان في ذمة البائع كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما في الذمة سواء قلنا إنه عين الثمن أو بدله من حيث إن ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له فكأنه تلف المراد برده المشتري رد بدله و إن لم يكن الثمن في ذمة البائع و قبضه فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة فالحكم على مقتضى الشرط و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتري ببيع الخيار هو رد ما يعم البدل إما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث [هل يكفي مجرد رد الثمن في الفسخ]

قليل ظاهر الأصحاب بناء على ما تقدم من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ و صرح به في الدروس و غيره و لعل منشأ الظهور أن هذا القسم فرد من خيار الشرط مع اعتبار شيء زائد فيه و هو رد الثمن و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و هو حسن مع عدم الدلالة أما لو فرض الدلالة عرفا إما بأن يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاطاة و إما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة و ما قيل من أن الرد يدل على إرادة الفسخ و الإرادة غير المراد ففيه أن المدعى دلالة على إرادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري و لا يعتبر في الفسخ الفعلي

أزيد من هذا مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

الأمر الرابع - يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد

على الوجه الثاني من الوجهين الأولين بل وعلى الوجه الأول بناء على أن تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة إسقاط الحق - لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣١

بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضا إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد ولو من حيث تملكه للرد الموجب له فله إسقاطه بخلاف ما في التذكرة و يسقط أيضا بانقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدم و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معينا كفى في الرد و له الاستبدال و يسقط أيضا بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد عين المدفوع كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار - فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط. و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية - أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن لأن المدار في هذا الخيار عليه لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما حصله أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار إلا بعد الرد و لا ينافى شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادرا على إيجاد سببه فيه إذ المدار على الفعل لا على القوة على أنه لا - يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا انتهى محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضى جهالة مبدء الخيار و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الدالة على أن غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى. أقول في أصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر أما الأول فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب و أما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة أن الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلي و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة توافق المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن و قد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد. و أما الثاني فلأن المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطا فعليا كالقولى يسقط الخيار في كل مقام يصح إسقاطه بالقول و الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرد هذا مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار و لا دليل على تعيينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الثاني أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيذا للخيار و قد يؤخذ قيذا للفسخ. نعم لو جعل الخيار و الرد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد و جاء فيه الإشكال في صحة الإسقاط هنا و لو قولاً من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة في تحديد مبدء الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار ففيه أنها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد و الفسخ بعده إنشاء. نعم ذكر في التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدءه عند الإطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل

و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف ففيه أن زمان الخيار عرفا لا- يراد به إلا- ما كان الخيار متحققا فيه شرعا أو بجعل المتعاقدين و المفروض أن الخيار هنا جعلى فالشك فى تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين و أما ما ذكره بعض الأصحاب فى رد 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 له به من الأخبار.

الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري

سواء كان قبل الرد أو بعده و نماؤه أيضا له مطلقا و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع فى ذلك فلا خيار مع تلفه ثم إنه لا- تنافى بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط فلا- يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجىء فى أحكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجىء من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع- كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و لم أعرف وجه الاستظهار إذ ليس فيها إلا- أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة و إنما المخالف لها هى قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع لى كون النماء للمالك. نعم الإشكال فى عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة أعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجىء الكلام فى أحكام الخيار و إن كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٢

قبل الرد و فيه ما عرفت من منع المبنى منع البناء فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو بمنفصل كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجىء ثم إن قلنا بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع و إن قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

الأمر السادس لا إشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري أو برده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك فى العقد و إن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببده فامتنع رده إليه عقلا لغيبه و نحوها أو شرعا لجنون و نحوه ففى حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث إنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار و أنه لا اعتبار بالإشهاد خلافا لبعض علمائنا قال إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى أن يجىء المشتري و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة انتهى. أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض الحكم رد الثمن مع غيبه المشتري فى هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشتري مع أن ما ذكره من أخبار المسألة- لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و إن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه. نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها

بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن فافهم و كيف كان فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد إلى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه لأن الظاهر من الرد إلى المشتري حصوله عنده و تملكه له حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ و لذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى و كذا لو رد وارث البائع مع أن المصرح به في العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار لأن ذلك متفرع على عدم مدخلة خصوص البائع في الرد و كذا الكلام في وليه و دعوى أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب - على وجه الحفظ و المصلحة و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسלטنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا - يكون ولياً في القبض فلا - يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعاً بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة بل المعبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ. و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن - إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولي الآخر أعني الجد مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب أو لا وجوه و يجري مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا - يجوز قبوله للثمن و لا - يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور لما عرفت من أن أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع إذا وجد من يجوز أن يملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول غاية الأمر و جوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمة لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً.

الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن - لم يكن له ذلك إلا برد الجميع

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه التمنية إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فينفسخ البائع و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع و خرجت المدء و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدء بل بجزء غير معين فيبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن

و لا - إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين و لا - في جواز التصريح برد بدله مع تلفه لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ و في جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين إشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخاً في الحقيقة. نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي و بالقيمة في المثلي أمكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه لا - اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة و القيمي بالمثل و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع فتأمل و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله و الله العالم.

مسألة لا إشكال و لا خلاف - في عدم اختصاص خيار الشرط بالمبيع - و جريانه في كل معاوضة لازمة

إشارة

كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة بل قال في التذكرة الأقرب عندى دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضةً خلافاً للجمهور. و مراده ما يكون لازماً لأنه صرح بعدم دخوله فى الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لأن الخيار لكل منهما دائماً فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه.

و الأصل فى ما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم

بل الظاهر المصرح به فى كلمات جماعة دخوله فى غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار فى العقد الجائز و لو من الطرف الواحد. فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية دخول خيار الشرط فى كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهرها ما عدا الجائز و لذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير بعد ما منع الخيار فى العقود الجائزة و كيف كان فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أن مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة فى الكل و إنما الإخراج لمانع. و لذا قال فى الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدس سره أنه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان المؤمنون عند شروطهم

فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم

إشارة

فنقول

أما الإيقاعات

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها كما يرشد إليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الأخبار و الإيقاع إنما يقوم بواحد و فيه أن الاستفادة من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا- كونه متوقفاً على الإيجاب و القبول ألا ترى أنهم جوزوا أن يشترط فى إعتاق العبد خدمة مدة تمسكاً بعموم المؤمنون عند شروطهم. غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط و انصرافه خصوصاً على ما تقدم عن القاموس بعدم مشروعية الفسخ فى الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها. و الرجوع فى العدة ليس فسخاً للطلاق بل هو حكم شرعى فى بعض أقسامه لا يقبل الثبوت فى غير مورده بل و لا السقوط فى مورده و مرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا- بد لها من دليل و قد وجد فى العقود من جهة مشروعية الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما فى بعضها بخلاف الإيقاعات فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها. و بالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سبباً فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناء على أن اللزوم فى الإيقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه فى متن الإيقاع هذا كله مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط و نفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق و الطلاق و إجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق و الإبراء. و مما ذكرنا فى الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع- و لو كان عقداً كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما فى التحرير و جامع المقاصد و فى غاية المرام أن الصلح إن وقع معاوضةً دخله خيار الشرط و إن وقع عما فى الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته و كل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم انتهى. و الكبرى المذكورة فى كلامه راجعة إلى ما ذكرنا فى وجه المنع عن الإيقاعات و لا أقل من الشك

فى ذلك الراجع إلى الشك فى سببىة الفسخ لرفع الإيقاع.

و أما العقود

إشارة

فمنها ما لا يدخله اتفاقا و منها ما اختلف فيه و منها ما يدخله اتفاقا.

فالأول النكاح

فإنه لا يدخله اتفاقا كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك الإجماع عليه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق و عدم مشروعية التقايل فيه.

و من الثانى الوقف

فإن المشهور عدم دخوله فيه و عن المسالك أنه موضع وفاق و يظهر من محكى السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه و ربما علل باشتراط القربة فيه و أنه فك ملك بغير عوض و الكبرى فى الصغرى ممنوعة. و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة فى مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة- و هى قوله ع: من أوقف أرضا ثم قال إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع فى الميراث و قريب منها غيرها و فى دلالتها على المدعى تأمل. و يظهر من المحكى عن المشايخ الثلاثة فى تلك المسألة- تجوز اشتراط الخيار فى الوقف و لعله المخالف الذى أشير إليه فى محكى السرائر و الدروس. و أما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف قال فى التذكرة فى باب الوقف إنه يشترط فى الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه و يكون الوقف باطلا كالعق و الصدقة انتهى. لكن قال فى باب خيار الشرط أما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبى غير معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها و إن اختل أحد القيود لزم و هل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك انتهى. و ظاهره دخول الخيار فى الهبة اللازمة حتى الصدقة و كيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله- بناء على أن المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعا لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة و لو شك فى ذلك كفى فى عدم سببىة الفسخ التى يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها و توهم إمكان إثبات السببىة بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع. و منه الصلح فإن الظاهر المصرح به فى كلام جماعة كالعلامة فى التذكرة دخول الخيار فيه مطلقا بل عن المهذب البارع فى باب الصلح الإجماع على دخوله فيه بقول مطلق و ظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا و قد تقدم التفصيل عن التحرير- و جامع المقاصد و غاية المرام و لا يخلو عن قرب لما تقدم من الشك فى سببىة الفسخ لرفع الإبراء أو ما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٤

يفيد فائدته. و منه الضمان فإن المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد عدم دخول خيار الشرط فيه و هو ظاهر المبسوط و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه. و منه الرهن فإن المصرح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للرهن لأن الرهن وثيقة للدين و الخيار ينافى الاستيثاق و لعله لذا استشكل فى التحرير و هو ظاهر المبسوط و مرجعه إلى أن مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة و الخيار مناف لذلك و فيه أن غاية الأمر كون وضعه على اللزوم فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين. و منه الصرف فإن صريح المبسوط و الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه مدعين على ذلك الإجماع و لعله لما ذكره فى التذكرة للشافعى المانع عن دخوله فى الصرف و السلم من أن المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لا يبقى بينهما علقه و لو أثبتنا الخيار بقيت العلقه و الملازمة ممنوعة كما فى التذكرة و لذا جزم فيها بدخوله فى الصرف و إن استشكله أولا كما فى القواعد.

و من الثالث أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة

و غير ما ذكر من موارد الخلاف فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

[هل يدخل خيار الشرط في القسمة]

و اعلم أنه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة- و إن لم يكن فيها رد و لا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القولي بالسهم. و أما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة و إن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف و السر في ذلك أن الشرط القولي- لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار في الصداق و لعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل و فيه نظر و ذكر في المبسوط أيضا دخول هذا الخيار في السبق و الرماية للعموم. أقول و الأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد جاز تراضيها حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ فإن إقدامه على ذلك حين العقد كاف في ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائما مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه و إن لم يرض فعلا و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثرا لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم

الرابع خيار الغبن

[الغبن لغة و اصطلاحا]

و أصله الخديعة قال في الصحاح هو بالتسكين في البيع و الغبن بالتحريك في الرأى و هو في اصطلاح الفقهاء- تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبوننا مع أنه قد لا يكون خدع أصلا كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعايضة على وجه الخدع. و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط- فلو باع ما يساوي مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن لأن المبيع يبيح الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط و الظاهر أن كون الزيادة مما لا- يتسامح به شرط خارج عن مفهومه بخلاف الجهل بقيمته ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب- و نسبه في التذكرة إلى علمائنا و عن نهج الحق نسبه إلى الإمامية و عن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحا. نعم المحكى عن المحقق قدس سره في درسه إنكاره و لا يعد ذلك خلافا في المسألة كسكوت جماعة عن التعرض له. نعم حكى عن الإسكافي منعه و هو شاذ

و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**

قال و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود

و هو عدم نقصه عنه في المالية فكأنه قال اشترت هذا الذي يساوي درهما بدرهم فإذا تبين أنه لا يساوي درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بأن كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به. فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد فإذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولي و المكروه و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئا بل قد لا يكون داعيا أيضا كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته فقد يقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر في متن العقد

[الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]

و لو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل كان أولى بناء على أن أكل المال على وجه الخدع بيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل أما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد أكلا بالباطل. و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع إلا أنه خرج بالإجماع و بقي ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم إلا أن يقال إن التراضي مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلا بالباطل و يمكن أن يقال إن آية التراضي تشمل غير صورة الخدع كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٥

فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم.

[ما استدل به في التذكرة و المناقشة فيه]

و استدل أيضا في التذكرة بأن النبي ص أثبت الخيار في تلقي الركبان و إنما أثبتته للغبن و يمكن أن يمنع صحة حكاية إثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

[الاستدلال بلا ضرر و ضرار]

و أقوى ما استدل به على ذلك في التذكرة و غيرها- قوله ص: لا ضرر و لا ضرار في الإسلام و كان وجه الاستدلال إن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيًا.

فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضا و لم يمض لهم من المتصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضررا على الممضى عليه سواء كان من جهة الغبن أم لا و سواء كان في البيع

أم في غيره كالصلح غير المبني على المسامحة و الإجارة و غيرها من المعاوضات هذا و لكن يمكن الخدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا- يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده في المقدار الزائد غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري في أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض كما عليه الأ-كثر في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة و إن اعترض عليهم العلامة بما حصله أن استرداد بعض أحد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة. و يحتمل أيضا أن يكون نفى 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 إلى 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 حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار و سيجيء ذلك. و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة و احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري. و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل و لعل هذا هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل بل قول بعض بعدمه كما يظهر من الرياض ثم إن المبذول ليس هبة مستقلة حتى يقال إنها لا- يخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه و لا جزء من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعا بين جزء المعوض و تمام العوض منافيا لمقتضى المعاوضة بل هو غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الأرش في المعيب.

[ما استدل به على عدم سقوط الخيار مع البذل و المناقشة فيه]

و من هنا ظهر الخدشة فيما في الإيضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية لأنها هبة مستقلة حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه إذ لا ريب في أن من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره انتهى بمعناه وجه الخدشة ما تقدم من احتمال كون المبذول غرامة لما أتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفى الضرر. و أما الاستصحاب ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل- ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصا النقود و نقض الغرض ضرر و إن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون إلا- أنه يصلح مرجحا لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتناءها للتجمل و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل فتأمل.

و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن

إشارة

فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله ع قال: غبن المسترسل سحت و عن الميسر عن أبي عبد الله ع قال: غبن

المؤمن حرام و في رواية أخرى: لا- تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل و عن مجمع البحرين أن الاسترسال الاستيناس و الطمأنينة إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه و أصله السكون و الثبات و منه الحديث: أيما مسلم استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا و منه غبن المسترسل سحت انتهى. و يظهر منه أن ما ذكره أو لا حديث رابع

و الإنصاف عدم دلالتها على المدعى

فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهره في حرمة الخيانة في المشاورة فيحتمل كون الغبن بفتح الباء و أما الرواية الأولى فهي و إن كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و الخديعة في أخذ المال و يحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائدا على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة و هي اطلاع المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها و لا ريب أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من السماوات للثالث فلا دلالة

فالعدة في المسألة الإجماع

المحكي المعتضد بالشهرة المحققة و حديث نفى الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت

ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل

مسألة يشترط في هذا الخيار أمران

الأول عدم علم المغبون بالقيمة

فلو علم بالقيمة فلا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٦

خيار- بل لا غبن كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال لأنه أقدم على الضرر ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمة بالمرّة أو ملتفتا إليها و لا بين كونه مسبقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصة أو الظن بهما أو الشك. و يشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانيا على المسامحة على تقدير الزيادة و النقيصة فهو كالعالم بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانيا على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه. و الحاصل أن الشاك الملتفت إلى الضرر مقدم عليه و من أن مقتضى عموم نفى الضرر و إطلاق الإجماع المحكي ثبوته بمجرد تحقق الضرر خرج المقدم عليه عن علم بل مطلق الشاك ليس مقدا على الضرر بل قد يقدم برجاه عدمه و مساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح و الذم لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه و لذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يقدم عليه. نعم لو صرح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعا إلى إسقاط الغبن. و مما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادرا على السؤال كما صرح به في التحرير و التذكرة و لو أقدم عالما على غبن يتسامح به فبان أن يزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا يبعد الخيار و لو أقدم على ما لا يتسامح فبان أن يزيد بما يتسامح به منفردا أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه ثم إن المعتبر القيمة حال العقد

فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع- لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر كما لو برىء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل في التذكرة أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد و أشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ 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 لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد فإنه لا عبرة بهما إجماعاً كما في التذكرة ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد بل العبرة بعلم الموكل و جهله. نعم لو كان وكيلا في المعاملة و المساومة فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل و مع جهله يثبت الخيار للموكل إلا- أن يكون عالماً بالقيمة و بأن وكيله يعقد على أزيد منها و يقرره له و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة إلا أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ فإنه كالولي حينئذ و قد مر ذلك مشروحاً في خيار المجلس- ثم إن الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن و بالبينه إن تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم- مع أنه قد يتعسر إقامة البينة على الجهل و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال فتأمل هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة- بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها و إلا فلا يقبل قوله كما في الجامع و المسالك و قد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل فغاية الأمر أن يصير مدعياً من جهة مخالفته قوله للظاهر لكن المدعي لما تعسر إقامة البينة عليه و لا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل إلا أن يقال إن مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعياً يجرى عليه جميع أحكام المدعي حتى في قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البينة. أ لا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعي فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد هذا مع أن عموم تلك القاعدة ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل و لو اختلفا في القيمة وقت العقد أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا في تاريخ العقد و لو علم تاريخ التغير فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

الأمر الثاني كون التفاوت فاحشاً

فالواحد بل الاثنان في العشرين لا- يوجب الغبن وحده عندنا كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله و حكى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجب و رده بأنه تخمين لم يشهد له أصل في الشرع انتهى. و الظاهر أنه لا إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً. نعم الإشكال في الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه كما سيجيء التصريح من المحقق القمي في تصويره لغبن كلاً- المتبايعين ثم الظاهر أن المرجع عند الشك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم لأن الخارج هو الضرر الذي يتفاحش فيه لا مطلق الضرر.

بقي هنا شيء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرورية

مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين و لذا حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامة و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه في أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضرورية في حق الكل. و الحاصل أن العبرة إذا كان بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته و إن كانت

بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره و الأظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخلية لحال الشخص و تحمله فى بعض المقامات إنما خرج بالنص المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٧ و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. و يمكن أيضا أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما يازائه من الأجر كما يشير إليه قوله ع: بعد شرائه ع ماء وضوئه بأضعاف قيمته إن ما يشتري به مال كثير. نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف انتفى بأدلة نفي الحرج لا دليل نفي الضرر فنفي الضرر المالى فى التكاليف لا يكون إلا إذا كان تحمله حرجا.

[تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]

إشارة

إشكال ذكر فى الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى أقسام الغبن أن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما انتهى فيقع الإشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا. و المحكى عن بعض الفضلاء فى تعليقه على الروضة- ما حاصله استحالة ذلك حيث قال قد عرفت أن الغبن فى طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية و فى طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثل من الأثمان أو العروض أو مختلفين و حينئذ فلا يعقل كونهما معا مغبونين و إلا لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية و أكثر و هو محال فتأمل انتهى

و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك فى بعض الفروض

منها ما ذكره المحقق القمى

إشارة

صاحب القوانين فى جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضة قال إنها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها يسوى بأربعة توأمين ثم تبين أن المتاع يسوى خمسة توأمين و أن الدنانير يسوى خمسة توأمين إلا خمسا فصار البائع مغبونا من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان و المشتري مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشتري مغبون فى ما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبونا فى أصل البيع انتهى.

[المناقشة فى ما ذكره المحقق القمى]

أقول الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط كما لو باع شيئا يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخطط له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطة ثلاثة دراهم و من هنا يقال إن للشرط قسطا من العوض و إن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة و لا مدخل له فى زيادة الثمن و خرج ذلك عن فرض غبن كل من المتبايعين فى معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة و كون الغبن من طرف واحد.

و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة

فيما إذا باع شيئين فى عقد واحد بثمانين فغبن البائع فى أحدهما و المشتري فى الآخر. و هذا الجواب قريب من سابقه فى الضعف لأنه

إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منها لأحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمة غبن البائع خاصة و المشتري خاصة و إن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلا مع تساوى الزيادة في أحدهما للنقيصة في الآخر و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا

على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره. و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة في القواعد و الشهيد في اللعة و على هذا المعنى الأعم تحقق الغبن في كل منهما و هذا أحسن لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسروه به.

و منها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و لا- غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد و إنما نزلت قيمته بقبض المشتري و نقله إياه إلى مكان الرخص. و بالجملة الطعام عند العقد لا يكون إلا في محل واحد له قيمة واحدة.

و منها ما ذكره في مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن

كما إذا بيع ثوب بفرض بظن المساواة ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما في أحد العوضين- كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشتري كونه لا يسوى إلا بخمسين و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفا و يثبت الفسخ لكل منهما انتهى. و فيه أن الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن في المعاملة أصلا مع أن الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري. و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث و الله العالم.

مسألة ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد

وجهان منشأهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم و معاهد إجماعهم و استدلالاتهم فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول و في الغنية الإجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثاني و في التذكرة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر في ثبوته. و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. و يؤيده أيضا الاستدلال في التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله ص في حديث تلقى الركبان إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن هذا و لكن لا- يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا في المعنى الآخر. و توضيح ذلك أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولاً أو فعلاً فلا يحدث إلا بعد

ظهور الغبن و إن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم و إنما يتوقف على العلم أعمال هذا الحق فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما ثم إن الآثار المجعولة للخيار- بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجىء. و منه التلّف فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً لو قلنا بعموم قاعدة كون التلّف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق و إن لم يعلم به. و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلى و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولاً لصاحبه و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية و تظهر ثمرة الوجهين أيضاً فيما لو فسح المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع فصادف الغبن ثم إن ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين جار فى العيب. و قد يستظهر من عبارة القواعد فى باب التدليس الوجه الأول قال و كذا يعنى لا رد لو تعييت الأمانة المدلّسة عنده قبل علمه بالتدليس انتهى فإنه ذكر فى جامع المقاصد أنه لا فرق بين تعييتها قبل العلم و بعده لأن العيب مضمون على المشتري ثم قال إلا أن يقال إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب لكون العيب فى زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له لكن الاستظهار المذكور مبنى على شمول قاعدة التلّف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجىء عدم العموم إن شاء الله و أما خيار الرؤية فسيأتى أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد العقد

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن فلا- إشكال فى صحته إسقاطه بلا- عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها إذا سقط الغبن المسبب عن أى مرتبة كان فاحشاً كان أو أفحش و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة فى السقوط وجهان من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفاً و من أن الخيار أمر واحد- مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الإسقاط و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان و أما الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشتري بعشرين بدرهم فإن المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت أربعة أو خمسة فى العشرين فيصلح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و أن المبيع يسوى درهمين فى فبطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعددة فإذا أسقطه سقط أو صحته مترزلاً لأن الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابلة أزيد من الدرهم ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابلة أزيد مما يبذل فى مقابلة لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحة إذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه و هذا هو الأقوى فتأمل. و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن- فالظاهر أيضاً جوازه و لا يقدر عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار إذ يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى و إن لم يعلم به و هذا كاف فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان و كبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. و لا يقدر فى المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق إذ لا مانع منه إلا

التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلا عن الإيقاعات و هو غير قادح هنا فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا- يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه. و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية و إعتاق مشكوك الرقية منجزا أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم في شرائط الصيغة أنه لا مانع منه لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم و منه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير. نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به فإنه لا بد من وقوع شيء بإزائه و هو غير معلوم فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لي بكذا و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

و الإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة في إسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصي عنها. نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار و خيار الرؤية- و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه. قال في الدروس في هذا المقام ما لفظه و لو شرط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر في الغبن سهل الإزالة و جزم الصيمري في غاية المرام ببطلان العقد و الشرط و تردد فيه المحقق الثاني إلا أنه استظهر الصحة و لعل توجيه كلام الشهيد هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مائة المبيع كالجهد بصفاته لأن وجه كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه إلى الجهل بمقدار ماليته و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٩

لها في القيمة لكن الأقوى الصحة لأن مجرد الجهل بمقدار المالى لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك في القيمة و أيضا فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون إسقاطه موجبا لثبوته و إلا لم يصح البيع إذ لا يجدى في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار لأنه حكم شرعى لا يرتفع به موضوع الغرر و إلا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل و ثبوت الخيار كبيع المجهول وجوده و المتعذر تسليمه. و أما خيار الرؤية فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف في العين غير المرئية فكأنهما تباعا سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا فصحة البيع موقوفه على اشتراط تلك الأوصاف و إسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك أيضا لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف و لا تنافى بين أن يقدم على اشتراء العين- بانها على وجود تلك الأوصاف و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية و كيف كان فلا أرى إشكالا في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلا لم يلزم منه غرر.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن.

و يدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس و الشرط به مع عدم ورود نص فيهما و اختصاص النص بخيار الحيوان و هو إطلاق بعض معاهد الإجماع بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة و فيما انتقل عنه فسخ و عموم العلة المستفاد من النص في خيار الحيوان المستدل بها في كلمات العلماء على السقوط و هى الرضا بلزوم العقد مع أن الدليل هنا إما نفى الضرر و إما الإجماع و الأول منتف فإنها كما لا يجرى مع الإقدام عليه فكذلك لا يجرى مع الرضا به بعده. و أما الإجماع فهو غير ثابت مع الرضا إلا أن يقال إن الشك في الرفع لا الدفع فيستصحب فتأمل. أو ندعى أن ظاهر قولهم فيما نحن فيه أن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك لكن الإنصاف عدم شمول التصرف في كلماتهم لما بعد العلم

بالغبين. و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أن التصرف مسقط لكل خيار و لو وقع قبل العلم بالخيار كما في العيب و التدليس سوى هذا الخيار و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من أن التصرف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد و إنما يثبت الأرش في خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب و كيف كان فاختصاص التصرف غير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم. نعم لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك و تبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل مما لا ينبغي بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس و العيب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص إنما يتم في العيب دون التدليس فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص و مقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد. و التحقيق أن يقال إن مقتضى القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر. نعم قد ورد النص في العيب على السقوط و ادعى عليه الإجماع مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش و إن كان نفس إمساك العين قد تكون ضرراً فإن تم دليل في التدليس أيضاً قلنا به و إلا وجب الرجوع إلى دليل خياره ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبين مبنى على ما تقدم في الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد و إلا كان اللازم في غير ما دل فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار.

الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبين

تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق فإن المصريح به في كلام المحقق و من تأخر عنه- هو سقوط خياره حينئذ و قيل إنه المشهور- و هو كذلك بين المتأخرين. نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن و لا يبطل الخيار بتلف العين فراجع. و استدلل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك و هو بظاهاه مشكل لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين. و يمكن أن يوجه بأن حديث نفى الضرر لم يدل على الخيار بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبين قبل المعاملة في أن له أن يشتري و أن يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلاً منه به هذا و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في اللمعة بما توضيحه أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفى الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالماً به فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه. و فوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً لأن العين المبيعة إن كانت مثلية فلا ضرر بتبديلها بمثلها و إن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدل على إرادة قيمتها فلا- ضرر أصلاً فضلاً عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصاً مع الإفراط في الزيادة و الإنصاف أن هذا حسن جداً لكن قال في الروضة إن لم يكن الحكم إجماعاً. أقول و الظاهر عدمه لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعت.

ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع و المشتري

قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٠ بائعاً كان أو مشترياً و لا يسقط الخيار بالتصرف مع إمكان الرد و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل

اللازم و بين فك الملك كالعق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاد بل و يعم التلف و عن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا- يعرف له وجه إلا- أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار أعنى نفى الضرر فيقتصر على مورد الإجماع

[الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه]

ثم إن الظاهر التقييد بصورة امتناع الرد و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات غير الموجبة للخروج عن الملك فعلا و هو حسن لعموم نفى الضرر. و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد و فسخ العقد اللازم لعيب أو غبن ففي جواز الرد وجهان من أنه متمكن حينئذ و من استقرار البيع و ربما يبينان على أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد- و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا أولى لأن العود هنا بسبب جديد. و فى الفسخ برفع السبب السابق

و فى لحوق الإجارة بالبيع قولان

من امتناع الرد و هو مختار الصيمرى و أبى العباس و من أن مورد الاستثناء هو التصرف المنخرج عن الملك و هو المحكى عن ظاهر الأكثر و لو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

و فى لحوق الامتزاز مطلقا أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه

أقواها اللحوق لحصول الشركة فيمتنع رد العين الذى هو مورد الاستثناء و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين فالأقوى الرد فى الوسطى بناء على حصول الشركة فى غيرها المانعة عن رد العين فتأمل هذا كله فى تصرف المغبون

و أما تصرف الغابن

إشارة

فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به و حينئذ فإن فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعق أو الوقف أو البيع اللازم ففى تسلطه على إبطال ذلك من حينه أو من أصلها كالمرتهن و الشفيع أو رجوعه إلى البدل و جوه من وقوع العقد فى متعلق حق الغير فإن حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية و إنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس و من أن وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تنزيله من رأس كما فى بيع الرهن. و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثانى و من أنه لا وجه للترزلز إلا لأن التصرف فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم كما سيجىء فى أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل. و إما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار كما هو ظاهر الجماعة هنا و فى خيار الغيب قبل ظهوره فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب و هذا هو الأقوى و سيأتى تنمة لذلك فى أحكام الخيار و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاد و يحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاد

[جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه - أما تسلط الأجنبي و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا. و فى المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فإن امتنع فسخه الحاكم و إن تعذر فسخه المغبون و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه و إما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ إلى غيره اللهم إلا أن يقال إنه لا منافاة لأن البديل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين و جب على الغابن تحصيلها لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبديل فلا دليل على و جوب تحصيل العين.

[لو اتفق عود الملك إلى الغابن]

ثم على القول بعدم و جوب الفسخ فى الجائر لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر و جود رد العين و إن كان بعده فالظاهر عدم و جوب رده لعدم الدليل بعد تملك البديل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم و جوب الرد مطلقا لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه. و الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

[تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين]

إشارة

و لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين - فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج

فإن كان بالنقيصة

فإما أن يكون نقصا يوجب الأرش و إما أن يكون مما لا يوجهه فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش كما هو مقتضى الفسخ لأن الفاتئ مضمون بجزء من العوض فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفاتئ منه بيده و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين و إن كان مما لا يوجب شيئا رده بلا شيء. و منه ما لو وجد العين مستأجرة فإن على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدة الإجارة و لا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ عليه فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعة العين بأسرها و يحتمل انفساخ الإجارة فى بقية المدة لأن ملك منفعة الملك المترزل مترزل و هو الذى جزم به المحقق القمى فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع و فيه نظر لمنع تزلزل ملك المنفعة. نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشتري و المؤجر و جب عليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب و سيجىء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين

و إن كان التغيير بالزيادة

فإن كانت حكمية محضة - كقصاره الثوب و تعليم الصنعة فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن تقوم العين

معها ولا معها و يؤخذ النسبة و لو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة فالظاهر عدم شىء لمحدثها لأنه إنما عمل فيما له و عمله لنفسه غير مضمون على غيره و لو لم يحصل منه فى الخارج ما يقابل المال و لو فى ضمن العين و لو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس ففى تسلط المغبون على القلع بلا أرش كما اختاره فى المختلف فى الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره فى المسالك هنا و قيل به فى الشفعة و العارية و جوه من أن صفة كونه منصوبا المستلزمة لزيادة قيمته إنما هى عبارة عن كونه فى مكان صار ملكا للغير فلا حق للغرس كما إذا باع أرضا مشغولة بماله و كان ماله فى تلك الأرض أزيد قيمة. مضافا إلى ما فى المختلف فى مسألة الشفعة من أن الفأث لما حدث فى محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من أن الغرس المنسوب الذى هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفا و ليس كالمحتاج الموضوع فى بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان. مضافا إلى مفهوم قوله ص: ليس لعرق ظالم حق فيكون كما لو باع الأرض المغروسة و من أن الغرس إنما وقع فى ملك متزلزل و لا- دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء. و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا- يفسخ إجارتها و لا تغرم لها أجره المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة فى تمام المدء قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه فإن المستحق هو الغرس المنسوب من دون استحقاق مكان فى الأرض فالتحقيق أن كلا من المالكين يملك ماله لا- بشرط حق له على الآخر و لا عليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طم الحفر و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما و كونه مقلوعا و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه لأن المال هو الغرس المنسوب و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان فافهم. و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف بل عرفت أن العلامة فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع أم له مطالبة المالك بالقلع- و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه و جوه ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك و لذا قيل فيه بعدم وجوب إجابة المالك الجار إلى القلع و إن جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله هذا كله حكم التخليص. و أما لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا- من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس لا- بسبب لا- حق له هذا كله حكم الشجر. و أما الزرع ففى المسالك أنه يتعين إبقاؤه بالأجرة لأن له أمدا ينتظر و لعله لإمكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر فإن فى تعيين إبقائه بالأجرة ضررا على مالك الأرض لطول مدء البقاء فتأمل. و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه لاستلزامه نقص أرضه فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه فى مال غيره إلا بإذنه أم لا لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف فى ماله و جهان أقواهما الثانى

و لو كان التغير بالامتزاج

فإما أن يكون بغير جنسه- و إما أن يكون بجنسه فإن كان بغير جنسه فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم فى مثله بالشركة كما متزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو فى حكم التالف يرجع إلى قيمته و إن كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع الأنجيبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدوم و جهان من حصول الاشتراك قهرا لو كانا للمالكين و من تغير حقيقته فيكون كالتلف الراجع للخيار و إن كان الامتزاج بالجنس فإن كان بالمساوى يثبت الشركة و إن كان بالأردى فكذلك.

و في استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو كان بالأجود احتمال الشركة في الثمن بأن يباع و يعطى من الثمن بنسبة قيمته و يحتمل الشركة بنسبة القيمة فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الرديء كان المجموع بينهما أثلاثا و رده الشيخ فى مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا قيل و هو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة.

بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن

و تفصيله أن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن أو فيما وصل إلى المغبون و التلف إما بآفة أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبى و حكمها أنه لو تلف ما فى يد المغبون فإن كان بآفة فمقتضى ما تقدم من التذكرة فى الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلا عن غيره و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار فإذا فسخ غرم قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله و كذا لو كان بإتلافه و لو كان بإتلاف الأجنبى ففسخ المغبون أخذ الثمن و رجع الغابن إلى المتلف إن لم يرجع المغبون عليه و إن رجع عليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ و لو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ القيمة من الغابن و إن فسخ أخذ الثمن و لو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ و جب عليه رد القيمة لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض و لو تلف ما فى يد الغابن بآفة أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل.

و فى اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان ظاهر الأكثر الأول و لكن صرح فى الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع للمحقق الثانى و صاحب

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٢

الحدائق و بعض آخر أنه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداها دون الأخرى فباع المقبوض ثم تلف غير مقبوض أن البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثانى فيغرم البائع الثانى قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض و هذا ظاهر بل صريح فى أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين و الفرق بين المسألتين مشكل و تمام الكلام فى باب الإقالة إن شاء الله. و لو تلف بإتلاف الأجنبى رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن لأنه الذى يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و لأنه ملك القيمة على المتلف و يحتمل الرجوع إلى المتلف لأن المال فى ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال فى عهده و لذا صرح فى الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا. و صرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا و إن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا بناء على جريانه فى الصلح و يحتمل التخيير أما الغابن فلأنه ملك البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف فى عهده قبل أداء القيمة و إن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ رد الثمن و أخذ قيمة المتلف لأن المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلا له من الكلام و ينبغى إحالة الزائد على ما ذكره فى غير هذا المقام و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليهم إلى يوم القيام.

مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية

بناء على الاستناد فى ثبوته فى البيع إلى نفي الضرر. نعم لو استند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع فى غير البيع إلى أصالة اللزوم و ممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره فى شرح الإرشاد و صاحب التنقيح و صاحب إيضاح النافع و عن إجازة جامع المقاصد جريانه فيها مستندا إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم حكى عن المهذب البار عدم جريانه فى الصلح و لعله لكون الغرض الأسمى فيه قطع المنازعة فلا يشرع فيه الفسخ و فيه ما لا يخفى. و فى غاية المرام التفصيل بين الصلح الواقع على وجه

المعاوضة فيجری فيه و بین الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقیة ما يدعیه و كان مغبونا فيما صالح به و الواقع على ما فى الذمم و كان مجهولا ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان فقد أقدم على الضرر. و حكى عن بعض التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة و كان الإقدام فيه على المعاملة مبنيًا على عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن و بين غيره. و فيه مع أن منع صدق الغبن محل نظر أن الحكم بالخيار لم يعلق فى دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه فإن الفتاوى مختصة بغبن البيع و حديث نفي الضرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى فى الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر عالما به. نعم لو استدل بآية التجارة عن تراض أو النهى عن أكل المال بالباطل - أمكن اختصاصها بما إذا أقدم على المعاملة محتملا - للضرر مسامحا فى دفع ذلك الاحتمال. و الحاصل أن المسألة لا تخلو عن إشكال من جهة أصالة اللزوم و اختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار فى غير البيع - كما تعرضوا لجريان خيار الشرط و تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع لكونه محل خلاف لبعض العامة فى بعض أفراد ما عدا البيع فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع و من دلالة حديث نفي الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها فى صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب و قد استدل به الأصحاب على إثبات كثير من الخيارات فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوة نعم يبقى الإشكال فى شموله للصورة المتقدمة و هى ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعا كان أو غيره على عدم المغابنة و المكايسة من حيث المالية كما إذا احتاج المشتري إلى قليل من شىء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية فإنه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه فإن فى شمول الأدلة لمثل هذا خفاء بل منعا إلا أن يتم بعدم القول بالفصل و الله العالم.

مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي

إشارة

على قولين

[الاستدلال للفور بآية أوفوا بالعقود]

و استند للقول الأول و هو المشهور ظاهرا إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و قرره فى جامع المقاصد بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه انتهى.

[الاستدلال للتراخي بالاستصحاب]

و للقول الثانى إلى الاستصحاب. و ذكر فى الرياض ما حاصله أن المستند فى هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و إن كان نفي الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

[المناقشة فى الوجوه المذكورة]

أقول و يمكن الخدشة فى جميع الوجوه المذكورة أما فى وجوب الاقتصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب و أما ما ذكره فى جامع المقاصد من عموم الأزمنة فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره فى جميع الأزمنة فلا يخفى أن هذا العموم فى كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم فإذا فرض خروج فرد

منه فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم و خرج منه فرد خاص من ذلك الفعل لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عام لجميعها فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص أعني الحلية لا الرجوع في ما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم و ليس هذا من معاوضة العموم للاستصحاب و السر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزماني للعموم الأفرادي فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٣

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان كثيرا لأفراد العام بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرا له في زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما الاقتصار على المتيقن لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه كما إذا قال المولى لبعده أكرم العلماء في كل يوم بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر فإذا علم بخروج زيد العالم و شك في خروجه عن العموم يوما أو أزيد و جب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر كما أن في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم فما أوضح الفرق بين صورتين. ثم لا- يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه في الصورة الثانية عموما لغويا بل المناط كون الزمان في الأولى ظرفا للحكم و إن فرض عمومه لغويا فيكون [الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد] فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان في الثانية أكثر لأفراد موضوع الحكم فمرجع الشك في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم فافهم و اغتنم. و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد- بأن آية أو فوا و غيرها مطلقه لا عامه فلا تنافي الاستصحاب إلا أن يدعى أن العموم لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول.

فقد ظهر أيضا مما ذكرنا من تغاير مورد الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم فساد ما قيل في الأصول من أن الاستصحاب قد يخصص العموم و مثل له بالصورة الأولى زعما منه أن الاستصحاب قد خصص العموم. و قد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب و مقام جريان العموم لا- يجوز الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم فليس شيء منهما ممنوعا بالآخر في شيء من المقامين إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا نظير العقد الجائر دائما فليس الأمر دائرا بين قلة التخصيص و كثرته حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم أيضا. نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات و أما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب- فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق فلا- يجري فيما نحن فيه الاستصحاب فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم. نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا- يحتمل أن يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب. و أما ما ذكره في الرياض ففيه أنه إن بني الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حققناه في الأصول فلا يجري الاستصحاب و إن

كان المدرك للخيار الإجماع و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و إن استند في الخيار إلى قاعدة الضرر كما اعترف به ولده قدس سره في المناهل مستندا إلى احتمال أن يكون الضرر علة محدثة يكفى في بقاء الحكم و إن ارتفع إلا أن يدعى أنه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق كما أشرنا-

[ما ذكره بعض المعاصرين في المسألة]

إشارة

ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له فقال ما لفظه إن المسألة مبتنية على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر إلى يوم القيامة و أن عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى للقطع بأن ليس المراد بالآية الوفاء بالعقود أنا ما بل على الدوام. و قد فهم المشهور منها ذلك باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا ريب أن مفاده عرفا و بحسب قصد المتعاقدين الدوام فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر أو إجماع أو نص في ثبوته في الماضى أو مطلقا بناء على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه كاستثناء أيام الإقامة و الثلاثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر أو أن اللزوم ليس كالعموم و إنما يثبت ملكا سابقا و يبقى حكمه مستصحبا إلى المزيل فتكون المعارضة بين استصحابين و الثانى وارد على الأول فيقدم عليه و الأول أقوى لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق انتهى.

[المناقشة في ما ذكره بعض المعاصرين]

ولا يخفى أن ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم- و هو استمرار اللزوم مبنى لطرح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب و أما ما ذكره أخيرا لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب و حاصله أن اللزوم إنما يثبت بالاستصحاب فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه ففيه أن الكل متفقون على الاستناد فى أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضا فلا وجه للإغماض عن الآية و ملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار

[الأقوى الفور و الدليل عليه]

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور لأنه لما لم يجز التمسك فى الزمان الثانى بالعموم لما عرفت سابقا من أن مرجع العموم الزمانى فى هذا المقام إلى استمرار الحكم فى الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه كما فى جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع و لا بالاستصحاب الخيار لما عرفت

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٤

من أن الموضوع غير محرز لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له بل قد يستظهر ذلك من حديث نفى الضرر تعين الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا ليس كاستصحاب الخيار لأن الشك هنا فى الواقع فالموضوع محرز كما فى استصحاب الطهارة بعد خروج المذى فافهم و اغتمم و الحمد لله. هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولى و نكاحه و غيرهما من أن تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و فيه تأمل ثم إن مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الأخير هى الفورية العرفية لأن الاقتصار على الحقيقية حرج على ذى الخيار فلا ينبغى تدارك الضرر به و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين أهل هذا القول لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفورية ما هو أوسع من

الفور العرفي قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم خلافا للشافعي فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو و لا الركض للرد و إن كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ و كذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا- بأس إجماعا و كذا لو لبس ثوبا أو أغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير إلى أن يصبح و إن لم يكن عذر انتهى. و قد صرح في الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك و جعلها من الإعدار و صرح في الشفعة بأنه لا تجب المبادرة على خلاف العادة و رجع في ذلك كله إلى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا في الطلب فإنه مسقط لها انتهى. و المسألة لا تخلو عن إشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه. نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد توجه ما ذكر في الجملة مع أن قيام الدليل عليه مشكل إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه في معرض النقص لكنك عرفت التأمل في هذا الدليل

[رأى المصنف فى المسألة]

فالإنصاف أنه إن تم الإجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمور المذكورة و عدم قدح أمثالها فى الفورية فهو و إلا وجب الاقتصار على أول مراتب الإمكان إن شاء الفسخ و الله العالم

[معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن [و الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن] و الجاهل بحكمه و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية فظاهر بعض الوفاق على المعذورية. و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى إلا لعارض فففيه نظر. و قال فى التذكرة فى باب الشفعة إنه لو قال إنى لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت لأنى لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى بريء لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعة و إلا فلا انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه لأن أكثر العوام و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم فففيه أنه لا داعى إلى اعتبار الظهور مع أن الأصل العدم

و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل

و فى سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدع و من تعسر إقامة البينة عليه و أنه لا يعرف إلا من قبله. و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم

الخامس خيار التأخير

[كلام التذكرة في خيار التأخير]

قال في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع.

[الدليل على هذا الخيار]**إشارة**

و الأصل في ذلك قبل الإجماع المحكى عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها- المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهرة من غيرها وبما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن حيث إن المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

الأخبار المستفيضة**إشارة**

منها رواية على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن ع عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له ورواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك- فقال أترضى بأبي بكر ابن عياش قلت نعم فأتينا فقصنا عليه قصصنا فقال أبو بكر بقول من تحب أن أقضى بينكما أبقول صاحبك أو غيره قلت بقول صاحبي قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له وصحيفة زرارة عن أبي جعفر ع: قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمانه قال إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له.

و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع

كما فهمه في المبسوط حيث قال روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم وقال للبائع أجيئك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٥

بالثمن ومضى فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له وإن لم يرتجع بطل البيع انتهى. وربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات وتوقف فيه المحقق الأردبيلي وقواه صاحب الكفاية وجزم به في الحدائق طاعنا على العلامة في المختلف حيث إنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحة العقد وحمل الأخبار على نفى اللزوم أقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا أن فهم العلماء وحملهم الأخبار على نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى مضافاً إلى ما يقال من أن قوله في أكثر تلك الأخبار لا بيع له ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط ولا يكون إلا نفى اللزوم من طرف البائع إلا أن في رواية ابن يقطين: فلا- بيع بينهما وكيف كان فلا- أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع وتوهم كون

الصحة سابقا في ضمن اللزوم فيرتفع بارتفاعه مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة و إنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور

أحدها عدم قبض المبيع

و لا خلاف في اشتراطه ظاهرا- و يدل عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحیحہ علی بن یقطين المتقدمة: فإن قبض بيعة و إلا فلا بيع بينهما بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع لكن في الرياض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط و تبعه بعض المعاصرين و لا أعلم له وجهها غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية و احتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد يعنى قبض بانه الثمن و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر- بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة ثم إنه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع- بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار لأن ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره- فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففي كونه كلا قبض مطلقا أو مع استرداده أو كونه قبضا وجوه- رابعها ابتناء المسألة على ما سيجيء في أحكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه و لعله الأقوى إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه و تضرره بعدم وصول ثمنه إليه و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه و أما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدم و إن ادعى انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة لكنه مشكل كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض- فالأقوى أيضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه. و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين و فيه نظر- و الأقوى عدم الخيار لعدم الضمان و في كون قبض بعض المبيع كلا- قبض لظاهر الأخبار أو كالمقبض لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شيء منه أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض و غيره استنادا مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غيره وجوه.

الشرط الثاني عدم قبض مجموع الثمن

و اشتراطه مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا- قبض بظاهر الأخبار- المعتضد بفهم أبي بكر بن عياش في رواية ابن الحجاج المتقدمة و ربما يستدل بتلك الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر و القبض بدون الإذن كعدمه- لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه بالإذن في بقاء البيع على اللزوم مع أن ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق.

نعم لو كان القبض بدون الإذن حقا كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله في منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير و ربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعنى قبض المبيع نظرا إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه و في طرف الثمن عدم قبضه و فيه نظر لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع فيعبر في طرف الثمن و المضمن بما هو فعل له و هو القبض في الأول و الإقباض في الثاني فتأمل. و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الإذن كانت في حكم الإذن و هل هي كاشفة أو مثبتة أفواهما الثاني و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين

لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفته الأصل على منصرف النص مع أنه في الجملة إجماعى.

الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه

كصاع من صبرة- نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم و صرح به في التحرير و المهذب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق في الثمن بين كونه عينا أو في الذمة و قال في الغنية و روى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال أجيئك بالثمن و مضى فعلى البائع الصبر عليه ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن هذا إذا كان المبيع مما يصح بقائه فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله إجماع الطائفة انتهى. و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى لو باع شيئا معينا بثمان معين لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئا غير معين. و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامة و غيره و نسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعين و أظن الغلط في تلك النسخة و الظاهر أن المراد بالثمن المعين في معقد إجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر إجماعا و لذا وصف في التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم و من البعيد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٦

اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف إلى إجماع الفرقة و أخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا مع أنا نقول إن ظاهر المعين في معاهد الإجماعات التشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع أنه فرق بين الثمن المعين و الشيء المعين فإن الثانى ظاهر في الشخصى بخلاف الأول. و أما معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصى لأنه ذكر في معقد الإجماع أن المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى أن العين ظاهر في الشخصى هذه حال معاهد الإجماعات. و أما حديث نفى الضرر فهو مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى. و أما النصوص فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع و لا مناسبة في إطلاقه على الكلى كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا في الشخصى من جهة لفظ المتاع و قوله يدعه عنده فلم يبق إلا قوله ع في رواية أبى بكر بن عياش: من اشترى شيئا فإن إطلاقه و إن شمل المعين و الكلى إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى- كما في قول القائل اشتريت شيئا و لو في ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة و الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا إذ ليس المراد من الكلى هنا الكلى الطبيعى الموجود فى الخارج لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد و الموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه بل هو أمر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معه معاملة الأملاك و هذه المعاملة و إن اقتضت صحة إطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه إلا أنه ليس بحيث لو أريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشخصى احتيج إلى قرينة على التقييد فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرافا لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة- فلا يمكن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينة فافهم. فقد ظهر مما ذكرنا أن ليس فى أدلة المسألة- من النصوص و الإجماعات المنقولة و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى و ربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر- لعدم تقييدهم البيع بالشخصى. و فيه أن التأمل فى عباراتهم مع الإنصاف يعطى الاختصاص بالمعين أو الشك فى التعميم مع أنه معارض بعدم تصريح أحد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص إلا الشهيد فى الدروس حيث قال إن الشيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعين فإنه ظاهر فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى أصحاب لكنك عرفت أن الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد فى

مضمون روايات أصحابنا و كيف كان فالتأمل في أدلة المسألة و فتاوى الأصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين

ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار

منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

قال في التحرير و لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما. و في السرائر قيد الحكم في عنوان المسألة بقوله و لم يشترط خياراً لهما أو لأحدهما و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط و يحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان و هو المتاع- و كيف كان فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط- سواء أراد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط و سواء أريد مطلق الخيار و لو اقتصرت بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة سواء أحدث فيها أم بعدها و أوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. و توضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما في يده و له استرداد المدفوع قضية للخيار. و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى. و حينئذ فوجه هذا الاشتراط أن ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير و ذو الخيار له حق التأخير و ظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الإقباض. و الحاصل أن الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين. و فيه بعد تسليم الحكم في الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق و كون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف. و ذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر إلا أن يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة. و قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغيره و لدلالة النص و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له قال و دعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة بأن التأخير سبب للخيار و لا يتقيد الحكم بالسبب و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. و وجه ضعف هذا التفصيل أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. و أما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس-.

و منها تعدد المتعاقدين

لأن النص مختص بصورة التعدد و لأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد إلا مع إسقاطه. و فيه أن المناط عدم الإقباض و القبض و لا إشكال في تصوره من المالكيين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خيار المجلس فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٧

و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعني عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد.

و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية

فإن المحكى عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر و إلا فلا بيع له. و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان و المستند فيه رواية ابن يقطين: عن رجل اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فقال إن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر و إلا فلا بيع له و لا دلالة فيها على صورة عدم إقباض الجارية و لا قرينة على حملها عليها فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد فثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر و كيف كان فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه

ثم إن مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد

وجهان من ظهور قوله:

فإن جاء بالثمن بينه و بين ثلاثة أيام في كون مدة الغيبة ثلاثة و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام كما هو ظاهر قوله ع في رواية ابن يقطين:
الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و هذا هو الأقوى.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد الثلاثة

بلا إشكال و لا خلاف و في سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة و لذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده مع أنه أولى بالجواز و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في إسقاطه مضافا إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد الثاني اشتراط سقوطه في متن العقد

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط فإن كان إجماع على السقوط بالشرط كما حكاه بعض قلنا به بل بصحة الإسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فللنظر فيه مجال.

الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ و قيل بعدم السقوط بذلك استصحابا و هو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار و أما إذا استند فيه إلى الضرر [٣- ٤٨٧- ٢] فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر ليتدارك بالخيار و لو فرض تضرره سابقا بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك و إنما يتدارك به الضرر المستقبل و دعوى أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار مدفوعة بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي لا مجرد حدوث الضرر في زمان و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلا- يقال بأن عدم حضور المشتري علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجودا و عدما و كيف كان فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

الرابع أخذ [٢- ٥٥- ٥] الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل

و إلا لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلى [-٣- ٤٨٧-٦] بالبيع و رضا بلزومه و هل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظن فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع أم لا- يعتبر الظن أيضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم و من كون الفعل مع إفادة الظن أمانة عريفية على الالتزام كالقول. و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاء نوعيا بالعقد و هذا من أوضح أفراده. و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا و خير الوجوه أوسطها لكن الأقوى الأخير و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم للأصل و عدم الدليل و يحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع. و فيه أن سبب الخيار هو الضرر فى المستقبل - لما عرفت من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر و مطالبة الثمن لا- يدل على التزام الضرر المستقبل حتى يكون التزاما بالبيع بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ لا- الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر فى بيع الغبن و نحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذى هو سبب الخيار. و بالجملة فالمسقط لهذا الخيار ليس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامة بإسقاطه أو اشتراط سقوطه و ما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون العقد سببا للخيار و لو من جهة الضرر بلزومه و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضا محل نظر لعدم كونه تصرفا و الله العالم.

مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى

قولان و قد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكل من القولين فى مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد و قد عرفت أن الأقوى الفور و يمكن أن يقال فى خصوص [-١- ١٣٠-١] ما نحن فيه أن ظاهر قوله ع لا- بيع له نفى البيع رأسا و إلا- نسب بنفى الحقيقة بعد عدم إرادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا بأن لا يعود لازما أبدا فتأمل. [-٣- ٤٨٧-١٣] ثم على تقدير إهمال النص و عدم ظهوره فى العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع فى زمان فعوده يحتاج إلى دليل و ليس الشك هنا فى موضوع المستصحب نظير ما تقدم فى استصحاب الخيار لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع و كيف كان فالقول بالتراخى لا يخلو عن قوة إما لظهور النص و إما للاستصحاب-.

مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة - كان من البائع إجماعا مستفيضا

بل متواترا كما فى الرياض و يدل عليه النبوى المشهور و إن كان فى كتب روايات أصحابنا غير مسطور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و إطلاقه كعقود الإجماعات يعم ما لو تلف فى حال الخيار أم تلف بعد بطلانه كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير أو بذل المشتري الثمن فتلف العين فى هذا الحال و قد يعارض النبوى بقاعدة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٨

الملازمة بين النماء و الدرك الاستفادة من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع عليها من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لكن النبوى أخص من القاعدة الأولى فلا معارضة و القاعدة الثانية لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار و لا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض بل التحقيق فيها كما سيجىء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض و لو تلف فى الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع أيضا. و عن الخلاف الإجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء منهم المفيد و السيدان مدعين عليه الإجماع و هو مع قاعدة ضمان المالك [-٥- ٣٨٤-١] لما له يصح حجة لهذا القول لكن الإجماع معارض بل موهون و

القاعدة مخصصة بالنبوي المذكور المنجبر من حيث الصدور مضافا إلى رواية عقبه بن خالد: [٣- ٤٨٩- ٤] في رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه- حتى يرد إليه حقه و لو مكنته من القبض [٢- ٥٧- ١] فلم يتسلم فضمان البائع مبنى على ارتفاع الضمان بذلك و هو الأقوى. قال الشيخ في النهاية إذا باع الإنسان شيئا و لم يقبض المتاع [٣- ٥٠٤- ٩] و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له و إن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و إن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة ثلاثة أيام كان من مال المبتاع و إن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها انتهى المحكى في المختلف. و قال بعد الحكاية و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع انتهى. أقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين فتشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم [٢- ٣٥٧- ٥] بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد ثلاثة أيام- فإن المعلوم أن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض

مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له

كما في مرسله محمد بن أبي حمزة و المراد من نفى البيع نفى لزومه و يدل عليه قاعدة نفى الضرر فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن و من هنا يمكن تعديء الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر و إن خرج عن مورد النص كما إذا كان المبيع مما يفسد في نصف يوم أو في يومين فيثبت فيه الخيار في زمان يكون التأخير عنه ضررا على البائع لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا لأن الموضوع فيه ما يفسد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من أول الليل فيكون الخيار في أول أزمته الفساد و من المعلوم أن الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئا لكن المراد من اليوم اليوم و ليلة فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم ليلة فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به و ببدله و لأجل ذلك عبر في الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت و أنه ثابت عند دخول الليل. و في معقد إجماع الغنية أن على البائع الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار و في محكى الوسيلة أن خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا- يخلو عن اختلال في التعبير- لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس و أحسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل فإن المراد بالعهددة عهددة البائع. و قال في النهاية و إذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضرة و غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوما فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم و إلا- فلا بيع له انتهى. و نحوها عبارة السرائر و الظاهر أن المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم و أما المتأخرون فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار و إن اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما و من عبر بأن الخيار إلى الليل و لم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعه عبارة الشيخ في النهاية لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري و أن له تأخير القبض و الإقباض و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطلاحوا عليه لفظ الخيار فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير و الأولى تعبير الدروس كما عرفت ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير لأنه فرد من أفرادها كما هو صريح عنوان الغنية و غيرها فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم لا ينبغي التأمّل هنا في اختصاص الحكم بالبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة و قد عرفت هناك أن التأمّل في الأدلة و الفتاوى يشرف الفقيه على القطع بالاختصاص

أيضا و حكم الهلاك في اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري ثم إن المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي لأن موردهما هو الخضر و الفواكه و البقول و هذه لا- تضع بالمبيت و لا تهلك بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الأمور بسبب الميت و لو لم يحدث في المبيع إلا فوات السوق ففي إلحاقه بتغير العين و جهان من كونه ضررا و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر

السادس خيار الرؤية

إشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٩

المتبايعان و يدل عليه قبل الإجماع المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر و استدل عليه أيضا بأخبار منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله ع إنه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعته ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة إما بوصف القطعة غير المرئية أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره. و قد يستدل بصحيفة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال ع لا يشتري شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج. قال في الحدائق و توضيح معنى 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 ع أشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحد أو اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة الخبر. أقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه لأن المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعا فلا- مورد لخيار الرؤية و إن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة- و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم ثم إن صحفة جميل مختصة بالمشتري- و الظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضا إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائدا على ما وصف. و حكى عن بعض أنه يحتمل في صحفة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال و لا يخفى بعده و أبعد منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة

و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع- التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه كما في الوسيلة و جامع المقاصد و غيرها و آخر بما يعتبر في صحة السلم و آخرون كالشيخين و الحلبي اقتصر على اعتبار ذكر الصفة و الظاهر أن مرجع الجميع واحد و لذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففي موضع من التذكرة يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى في السلم عندنا و عنه في موضع آخر من التذكرة أن شرط

صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التي تختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها انتهى و في جامع المقاصد ضابط ذلك أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و يتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره فلا بد من استقصاء أوصاف السلم انتهى. و ربما يترأى التناهي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه- و كفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف لإفضائه إلى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السلم لا يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة و إن تفاوت به الغرض و القيمة لإفضائه إلى عزة الوجود انتهى و قال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء إنه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها فيقول ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق و يمكن أن يقال إن المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم و إن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكن فتعذره فوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه و تمام الكلام في محله ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها- غير محصورة خصوصاً في العبيد و الإماء فإن مراتبهم الكمالية التي يختلف بها أثمانهم غير محصورة جداً و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم لاكتفاء الغرر عرفاً بذلك مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أخص من الشرعي- و كيف كان فالمسألة لا تخلو عن إشكال و أشكال من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة و على هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه. قال في التذكرة يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب فلو باع ثوباً مطويماً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة انتهى. و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم و بيع الغائب و من المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعبرة في السلم و بيع العين الغائبة فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سن الجارية بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها فضلاً عن مرتبة كمالها الإنساني المطلوبة في الجوارى المبذول بإزائها الأموال و يبعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الرجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا- بد من مراجعته لبصير عارف و لا أجد في المسألة أوثق من أن يقال إن المعبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة فإن دل على اعتبار أزيد من ذلك حجة معتبرة أخذ به و ليس فيما ادعاه العلامة في التذكرة من الإجماع حجة مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً حيث قال في أول مسألة اشتراط العلم بالعوضين أنه أجمع علمائنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٠

ملك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم تتقدم رؤية أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة انتهى. و لا ريب أن المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفي الإجمال و التفصيل ثم إنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم و يمكن أن يقال إن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا و كذا و لا غرر فيه حينئذ عرفاً. و قد صرح في النهاية و المسالك في مسألة ما لو رأى المبيع ثم تغير عما رآه أن الرؤية بمنزلة الاشتراط و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً و يمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن و لذا

ذكروا أنه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المبايعة بوصف ثالث لهما و كيف كان فلا غرر عرفا في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة و لا دليل شرعا أيضا على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات فيتعين الحكم بجوازه مضافا إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامة ثم إن الخيار بين الرد و الإمساك مجانا هو المشهور بين الأصحاب. و صريح السرائر تخييره بين الرد و الإمساك بالأرش و أنه لا-يجبر على أحدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه أخذ الأرش لكن بخيار العيب لا- خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضا و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع إذ أوجد على خلاف ما وصف لكن الموجود في المقنعة و النهاية أنه لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا. و قد عبر في النهاية عن خيار العيب بذلك فقال و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا و على تقدير وجود القول بالبطلان فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما في مجمع البرهان- و حاصله وقوع العقد على شيء مغاير للموجود فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه و يضعف بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا-يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا بأن يقال إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه لا إنه مغاير للموجود. نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفا فالظاهر عدم الخلاف في البطلان و لو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول بعتك ما في البيت على أنه عبد حبشى فبان حمارا و حشيا إلا- أن يقال إن الموجود و إن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد فالمقصود غير حاصل فينبغي بطلان البيع و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه فإن قصد الشرط إن كان مؤثرا في المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد و إلا لم يوجب فساده فساد العقد بل غاية الأمر ثبوت الخيار و من هنا يظهر أن دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقا للقاعدة. و احتمله العلامة رحمه الله في النهاية فيما إذا ظهر ما رءاه سابقا على خلاف ما رءاه بأنه اشتباه ناش عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى و أن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى مجازفة لا محصل لها و أما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف فينبغي لزوم العقد و إثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا مشخصا لكلى حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا- ذاتيا إعادة للكلام السابق و يمكن أن يقال إن الاستفادة من النصوص و الإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع سواء علم القصد

إليها من الخارج أم اشترطت في العقد كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح و منه المصراه- و كالحكم في النص و الفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك فتأمل و سيجيء بعض الكلام في مسألة الشرط الفاسد إن شاء الله نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلى في الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا فى مثل الغنم و كذا الرومى و الزنجى حقيقتان عرفا و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر و يمكن إحالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطه التغاير المذكورة في باب الربا فتأمل.

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية واحتمل في نهاية الأحكام ولم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن و يبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين مع أن صحيحة جميل المتقدمة في صدر المسألة مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص. وقد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب في إثبات

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥١

التراخي وإن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا

على الوجه المتقدم في خيار الغبن وبإسقاطه بعد الرؤية وبالتصرف بعدها ولو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على أن التصرف إسقاط فعلى وفي جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية انتهى. وحكى ذلك من غيرها أيضا و ظاهره أن الخيار يحدث بالرؤية لا أنه يظهر بها ولو جعلت الرؤية شرطا لا سببا أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب وهو العقد ولا يخلو عن قوة ولو شرط سقوط هذا الخيار ففي فساده وإفساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية وبعض - أو الفساد دون الإفساد وجوه بل أقوال من كونه موجبا لكون العقد غررا كما في جامع المقاصد من أن الوصف قام مقام الرؤية فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف ومن أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه فإن الخيار حكم شرعى لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلا. والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أى صفة كانت ولو كان الالتزام المذكور مؤديا إلى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضا مؤديا إليه لأنه بمنزلة بيع الشيء صحيحا أو معيبا بأى عيب كان ولا شك أنه غرر وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتمادا على أصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة والعيب في المبيع لأن تخالف أفراد الصحيح والمعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح واقتصارهم في بيان الأوصاف المعتمدة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة لا لجواز إهمالها عند البيع فحينئذ فإذا شرط البراءة من العيوب كان راجعا إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض والجوز الفاسدين كذلك حيث إن مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع ولذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأى عيب و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفا بأى وصف كان ثم إنه يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة لكن الإنصاف ضعف وجه هذا القول و أقوى الأقوال أولها لأن دفع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له في الغرر العرفى المتحقق في البيع إلا أنه لأجل سبب الخيار وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدى بوجود الصفات لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما

تقدم سابقا و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بأن نفى العيوب ليس مأخوذا في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة- لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها بخلاف الصفات فيما نحن فيه فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك نعم لو شاهده المشتري و اشتراه معتمدا على أصالة بقاء تلك الصفات فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشتراط عدم الخيار لو ظهر النقص كان مثل ما نحن فيه كما يظهر

من التحرير في بعض فروع الأخبار بالكيل و الضابط في ذلك أن كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده و كل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده كالأصل أو غلبه مساواة باطن الصبره لظاهاها أو نحو ذلك. و مما ذكرنا وجه فرق الشهيد و غيره في المنع و الجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة و بين اشتراط البراءة من العيوب في العين المشكوك في صحته و فساده و ظهر أيضا أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها لأن رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها و كذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن. و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتمد علمها في البيع خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص و الإجماع لأن قاعدة نفى الغرر قابلة للتخصيص كما أشرنا إليه سابقا. و ظهر أيضا ضعف ما يقال من أن الأقوى في محل الكلام الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار و إلا لصلح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار و هو معلوم العدم و إقدامه على الرضا بالبيع المشتراط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه انتهى. توضيح الضعف أن المجدى في الصحة ما هو سبب الخيار و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٢

و أما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغررى و المسألة موضع إشكال.

مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين

لأن العقد إنما وقع على الشخصى فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة و لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف ففي الدروس أن الأقرب الفساد و لعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة و ينعقد بيع آخر فيحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر كل منهما معلق على المخالفة و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف فمرجه أيضا إلى انعقاد معاوضة تعليق غررى لأن المفروض جهالة المبدل. و على أى تقدير فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور فيفسد و يفسد العقد و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق من الاعتراض على الشهيد رحمه الله حيث قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن يظهر على الوصف أولا و فيه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الأخبار المتقدمة. نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة و لا- يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجملة فإننى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة

على الإطلاق وجها يحمل عليه انتهى.

مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة

كالصلح والإجارة لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة فيما أن يحكم بطلان العقد لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه والثاني فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقص ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملا بالعقد حتى يجوز بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل. والحاصل أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار والأول مناف لطريقة الأصحاب في غير باب فتعين الثاني.

مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة وقال المشتري قد اختلف

ففي التذكرة قدم قول المشتري - لأصالة براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبينة ورده في المختلف في نظير المسألة بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن ويمكن أن يكون مراده براءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلث في مدة الخيار وإن تسلم الآخر وكيف كان فيمكن أن يחדش بأن المشتري قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد هذا ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط إلا أنه بعنوان التقييد فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لو حظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها واللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني والأصل عدمه ومنه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد وقد تقدم توضيح ذلك وبيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغيير ما شاهدها قبل البيع

مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كأول بطل

كما عن المبسوط والقاضى وابن سعيد قدس سرهما والعلامة في كتبه وجامع المقاصد واستدل عليه في التذكرة وجامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة وبعضه في الذمة مجهول.

وعن المختلف صحته - ولا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله والذي ذكر للمنع ولا ينهض مانعا فالذى يقوى في النظر أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه وكذا إذا ضم معه مقدارا معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك إذ لا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة والصبغ وكذا إذا باعه أذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال ولو لم ينسجه في الصورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار لتخلف الشرط - ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم القبول وبقي

على مال البائع و كان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصفقة عليه و الله العالم

السابع خيار العيب

إشارة

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين من العيب و إنما ترك اشتراطه صريحًا اعتمادًا على أصالة السلامة و إلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الأغراض و لذا اتفقوا في بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد في وجودها على الأصل فإن من يشتري عبدا لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد لا يعتمد في صحته إلا على أصالة السلامة كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقاءه على ما شاهده فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات في العقد و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن. قال في التذكرة الأصل في المبيع من الأعيان و الأشخاص - السلامة من العيوب و الصحة فإذا أقدم المشتري على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٣

بذل ماله في مقابلة تلك العين فإنما بني إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة انتهى. و قال في موضع آخر إطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من القضاء العرفي يقتضى أن المشتري إنما بذل ماله بناء على أصالة السلامة فكأنها مشرطة في نفس العقد انتهى. و مما ذكرنا يظهر أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه أو لا منع الانصراف و لذا لا يجري في الأيمان و النذور. و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئي حقيقي خارجي. و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا على المعيب فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما و دفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد أخذ شرطا في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية و إنما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل. و لقد أجاد في الكفاية حيث قال إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضا و يحتمل كونه من جهة الإطلاق - المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء و إن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام فتأمل ثم إن المصرح به في كلمات جماعة أن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد لأنه تصريح بما يكون الإطلاق منزلا عليه. و إنما ترك لاعتماد المشتري على أصالة السلامة فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب كما لو اشترط كون الصبرة كذا و كذا صاعا فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على أصالة بقاءها. و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة أم لم يشترط. و يؤيده ما ورد من رواية يونس: في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة فإن اقتصره على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطء أو مقدماته و منه يظهر ضعف ما حكاه في المسالك - من ثبوت خيار الاشتراط هنا فلا يسقط الرد بالتصرف و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالة على اشتراط البكارة في متن العقد كما ترى.

مسألة ظهور العيب في المبيع - يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش

مسألة ظهور العيب في المبيع - يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش بلا خلاف و يدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية و أما الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر. نعم في الفقه الرضوي فإن خرج السلعة معييا و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة أرش العيب و ظاهره كما في الحدائق التخيير بين الرد و أخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش و يحتمل زيادة الهمة في لفظه أو و يكون واو العطف فيدل على التخيير بين الرد و الأرش و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار و هو صعب جدا و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة - بناء على أن الصحة و إن كانت وصفا فهي بمنزلة الجزء فيتدارك فائته باسترداد ما قبله من الثمن و يكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة و فيه منع المنزلة عرفا و لا شرعا و لذا لم يبطل البيع فيما قبله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قبله على ما صرح به العلامة و غيره ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية كما في بيع الأرض على أنها جريان معينة و ما نحن فيه من هذا القبيل. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الرد و الأرش. نعم يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية و بعض مواضع المبسوط يناهيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش فافهم ثم إن في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم في خيار الغبن. و قد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعا و إن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط. و قد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها معللا بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية لكن المتفق عليه هنا نصا و فتوى جواز التبري و إسقاط خيار العيب. و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب أن استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا - معنى لثبوته بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا إلى أن الظاهر من بعض أخبار المسألة أن السبب هو نفس العيب لكنها لا تدل على العلية التامة فلعل الظهور شرط و كيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله و أنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره و المرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد فافهم ثم إنه لا - فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثلن كما صرح به العلامة و غيره هنا و في باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معييا و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و إن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع لأن الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثلن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد

القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما

مسألة يسقط الرد خاصة بأمور

أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٤

و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش و لو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الثاني التصرف في المعيب

عند علمائنا كما في التذكرة و في السرائر الإجماع على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف منهم و نحوه المسالك و سيأتي الخلاف

في الجملة من الإسكافي و الشيخين و ابن زهره و ظاهر المحقق بل المحقق الثاني و استدل عليه في التذكرة أيضا تبعا للغنية بأن تصرفه فيه رضاء منه به على الإطلاق و لو لا ذلك كان ينبغي له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها و بقول أبي جعفر في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به.

و يدل عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله ع: في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال إن كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صيغ رجع بنقصان العيب هذا و لكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري ناولني الثوب أو أغلق الباب على ما صرح به العلامة في التذكرة في غاية الإشكال لإطلاق قوله ع: إن كان الثوب قائما بعينه رده المعتضد بإطلاق الأخبار في الرد خصوصا ما ورد في رد الجارية- بعد ما لم تحض ستة أشهر عند المشتري و رد المملوك في أحداث السنه و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل أغلق الباب و نحوه و عدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا خصوصا مع الجهل بالعيب. و أما المرسله فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد بل و طء الجارية لو لا النص المسقط للخيار به. و أما الصحيحة فلا يعلم المراد من إحداث شيء في المبيع لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه و لا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه مما مر من الأمثلة فلا تدل على أزيد مما دل عليه ذيل المرسله من أن العبرة بتغير العين و عدم قيامها بعينها اللهم إلا أن يستظهر بمعونه ما تقدم في خيار الحيوان من النص الدال على أن المراد بإحداث الحدث في المبيع هو أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف فيكون ذلك النص دليلا على المراد بالحدث هنا و هذا حسن لكن إقامة البيئه على اتحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكله ثم إنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرف فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه و إن كان النص في خيار الحيوان دالا على ذلك بقرينه التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمه هناك في المراد من التعليل لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام أيضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا بل عرفت من التذكرة و الغنية أن علة السقوط دلالة التصرف نوعا على الرضا و نحوه في الدلالة على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه. قال في المقنعه فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتى أحدث فيه حدثا لم يكن له الرد و كان له أرش العيب خاصة و كذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثا بعد العلم و لا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه انتهى. فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصا بملاحظة ما يأتي من كلام غيره في أن سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع و مثلها عبارة النهايه من غير تفاوت و قال في المبسوط إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيبا كان له ردها فإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائدته و عليه مؤنته و الرد لا يسقط لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شيء من ذلك انتهى و قال في الغنية و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالمبيع لا بالعيب انتهى و في السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه و لا يجبر على أحد الأمرين يعني الرد و الأرش قال هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العادة أو ينقص قيمته بالتصرف انتهى و في الوسيله و يسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد و بحدوث عيب آخر عنده انتهى و هي بعينها كعبارة المبسوط المتقدمه ظاهرة في أن التصرف ليس بنفسه مسقطا إلا إذا دل على الرضا. و قال في التذكرة لو ركبها ليسقيها ثم يردا لم يكن ذلك رضاء منه بإمساکها و لو حلبها في طريق الرد فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعية لا يكون رضاء بإمساکه لأن اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد انتهى. و في جامع المقاصد و المسالك في

رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش أيضا- أن التصرف لا يدل على إسقاط الأرش. نعم يدل على الالتزام بالعقد. وفي التحرير لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد انتهى. وقد ظهر من جميع ذلك أن التصرف من حيث هو ليس مسقطا وإنما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به كما لو وقع نسيانا أو للاختبار و مقتضى ذلك أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار إلا أن المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده- و الذي ينبغي أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه- إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف و الدليل على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٥

إسقاطه مضافا إلى أنه التزام فعلى فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع و لذا تعدينا إلى خيار المجلس و الشرط و حكمنا بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب و أما التصرف قبل العلم بالعيب فإن كان مغيرا للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئة أو ناقلا لها بنقل لازم أو جائز و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضا لمرسلة جميل المتقدمة و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو إجازة أو شبه ذلك. و ظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال في أول المسألة و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالتعق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. و في مسألة رد المملوك من أحداث السنه فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش انتهى. و هو الظاهر من المحكى عن الإسكافي حيث قال فإن وجد بالسلعة عيبا و قد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه كان له فضل ما بين الصحة و العيب انتهى. و هذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم و أما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس. و أقصى ما يوجد لذلك صحيحة زارة المتقدمة بضميمه ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الإجماع على سقوط رد الجارية بوطنها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين و إطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها و في نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الرد خصوصا ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد كالنص برد الجارية بعد ستة أشهر و رد الجارية إذا لم يطأها و رد المملوك من أحداث السنه نظر بل منع خصوصا معاقدة الإجماع فإن نقله الإجماع كالعلامة و الحلوى و ابن زهرة قد صرحوا في كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدل على الرضا من التصرف خصوصا ابن زهرة في الغنية حيث إنه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم و الجهل و المغير و غيره حيث قال قدس سره و خامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا- يجوز مثله إلا- بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب و كذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب و كان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطء الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل انتهى كلامه. و قد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلة و حكى عن المبسوط أيضا أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير و ظاهر المقنعة و المبسوط أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الأمة لم يكن له ردهما و إذا وجد بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيرا بين الرد و أخذ أرش العيب و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق و يرد مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله جميل فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له في ذلك و لذا اعترض عليهما الحلوى بالنقض بما لو باعه بخيار مع أنه لم يقل أحد من الأمة بجواز الرد حينئذ. و قال بعد ما ذكر إن الذى يقتضيه أصول المذهب أن المشتري إذا تصرف فى

المبيع أنه لا يجوز له رده ولا خلاف في أن الهبة والتدبير تصرف. وبالجملة فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكل والعجب من المحقق الثاني أنه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف

فإنه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمة غير الساقطة بتلف العين والمستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطة الرد في المرسله السابقة بقيام العين فإن الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري فلا رد. ومما ذكرنا ظهر أن عد انعتاق العبد على المشتري مسقط برأسه كما في الدروس لا يخلو عن شيء. نعم ذكر أنه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف وهو أيضا لا يخلو عن شيء والأولى ما ذكرناه ثم إنه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده للأصل - خلافا للشيخ بل المفيد قدس سرهما. فرع لا خلاف نصا وفتوى - في أن وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب سواء قلنا بأن مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائما بعينه غاية الأمر كون الوطى على هذا القول مستثنى عن التصرف غير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع أن العلامة علل المنع في موضع من التذكرة بأن الوطى جنائيه ولهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنائيات المملوك. وقد تقدم في كلام الإسكافي أيضا أن الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع إلى ما كان عليه قبله ويشير إليه ما سيجيء في غير واحد من الروايات من قوله معاذ الله أن يجعل لها أجرا فإن فيه إشارة إلى أنه لو ردها لا بد أن يرد معها شيئا تداركا للجنائيه - إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة - لم يتوقف ردها إلى رد عوض المنفعة فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يترأى في نظر العرف من كون هذه الغرامة كأنها أجره للوطء وحاصل معناه أنه إذا حكمت بالرد مع أرش جنائيتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره وهي ممنوعه شرعا لأن إجاره الفروج غير جائزه وهذا إنما وقع من أمير المؤمنين ع مبني على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع فلا يقال إن المتعة مشروعته وقد ورد أن المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذه بالله من جعل الأجره للفروج هذا ما يخطر عاجلا بالبال في معنى هذه الفقره والله العالم وكيف كان ففي النصوص المستفيضة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٦

الواردة في المسألة كفايه ففي صحيحه ابن حازم عن أبي عبد الله ع: في رجل اشترى جارية فوقع عليها قال إن وجد فيها عيبا فليس له أن يردّها ولكن يرد عليه بقدر ما نقصها العيب قلت هذا قول أمير المؤمنين ع قال نعم وصحيحه ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد بها عيبا بعد ذلك قال لا يردّها على صاحبها ولكن يقوم ما بين العيب والصحة و يرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجرا وروايه ميسر عن أبي عبد الله ع قال: كان على لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب و كان يقول معاذ الله أجعل لها أجرا الخير و في رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله ع قال: قضى أمير المؤمنين ع في رجل اشترى جارية فوطئها ثم رأى فيها عيبا قال تقوم وهي صحيحه وتقوم وبها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء وما عن حماد في الصحيح عن أبي عبد الله ع يقول قال علي بن الحسين ع: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى أمة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم وله أرش العيب إلى غير ذلك مما سيجيء ثم إن المشهور استثنوا عن عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل فإنه عيب إجماعا كما في المسالك إلا أن الوطى لا يمنع من الرد به بل يردّها و يرد معها العشر أو نصف العشر على المشهور بينهم واستندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة - منها صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله ع: عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردّها على الذي ابتاعها منه و يرد عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها و قد قال علي ع: لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها وروايه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله ع قال: لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب و ترد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها و زاد في الكافي قال و في رواية

أخرى: إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار: قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فينكحها الذي اشترى قال يردّها و يرد نصف عشر قيمتها و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال ترد و يرد معها شيئا و صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر: في الرجل يشتري الجارية الحبلى فينكحها قال يرد و يكسوها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله ع: في الرجل يشتري الجارية و هي حبلى فيطأها قال يردّها و يرد عشر قيمتها هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات و قد عمل بها المشهور بل ادعى على ظاهرها الإجماع في الغنية كما عن الانتصار و عدم الخلاف في السرائر خلافا للمحكي عن الإسكافي فحكم بالرد مع كون الحمل من المولى لبطلان بيع أم الولد حيث قال فإن وجد في السلعة عيبا كان عند البائع و قد أحدث المشتري في السلعة ما لا يمكن ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة أو القطع للثوب أو تلف السلعة بموت أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصحة و العيب دون ردها فإن كان العيب ظهور حمل من البائع و قد وطئها المشتري من غير علم بذلك كان عليه ردها و نصف عشر قيمتها انتهى. و اختاره في المختلف و هو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال فإن وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصة اللهم إلا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال و طئها أم لم يطأها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى. و يمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطئ من الرد فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتها المسألة في الروايات و السنة القدماء. و قال في الوسيلة إذا وطئ الأمة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردها إلا إذا كان العيب حملا و كان حرا فإنه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها و إن كان الحمل مملوكا

لم يجب ذلك انتهى. و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول. و الإنصاف أن ظاهر الأخبار المتقدمة في بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور إلا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه آخر أحدها من حيث مخالفة ظهورها في وجوب رد الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى حتى تكون الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطئ إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهم الحظر إذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتى أم الولد فلا بد إما من التقييد أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية. الثاني مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعدة عدم العقر في وطء الملك أو قاعدة كون الرد بالعيب فسحا من حينه لا من أصله. الثالث مخالفته لما دل على كون التصرف عموما و الوطئ بالخصوص مانعا من الرد. أن الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أم الولد و إلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة و يشير إليه ما في بعض الروايات المتقدمة- من قوله ع يكسوها فإن في ذلك إشارة إلى تشبها بالحرية للاستيلاد فنسب الكسوة إليها تشبها بالحرارة و لم يصرح بالعقر الذي هو جزء من القيمة. الخامس ظهور هذه الأخبار في كون الرد بعد تصرف المشتري في الجارية بغير الوطئ من نحو اسقني ماء أو أغلق الباب و غيرهما مما قل أن تنفك عنه الجارية و تقييدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر و إنما دعى إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة الدال على اللزوم بالتصرف لكن لا داعي هنا لهذا التقييد إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك. و غاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دل على منع الوطئ عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث- مرجحا لتقييد هذه الأخبار و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدم و بين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى و جب الرجوع إلى عموم ما دل على أن إحداث الحدث مسقط- لكونه رضاء بالبيع و يمكن الرجوع إلى ما دل على جواز الرد مع قيام

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٧

العين. نعم لو خدش في عموم ما دل على المنع من الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطئ لكن يبقى لزوم العقر مما لا- دليل عليه إلا- الإجماع المركب و عدم الفصل بين الرد و العقر فافهم. ثم إن المحكي عن المشهور إطلاق

الحكم بوجوب رد نصف العشر بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه إلا- أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و مقعد الإجماع كالتصوص إلى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض حمل البكر بالسحق أو بوطء الدبر و لذا ادعى عدم الخلاف في السرائر- على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر في البكر بل مقعد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر أيضا حيث ذكر في الحامل أنه يرد معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا مدعيا عليه الإجماع من أنه إذا وطئ المشتري في مدة خيار البائع ففسخ يرد معها العشر إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا و أما الانتصار فلا يحضرني حتى أراجعه و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب و حينئذ فيكون مرسله الكافي المتقدمة بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية دليلا- على التفصيل في المسألة. كما اختاره جماعة من المتأخرين مضافا إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدمة المحمولة على البكر إلا أنه بعيد و لذا نسبه الشيخ إلى سهو الراوى في إسقاط لفظ النصف. و في الدروس أن الصدوق ذكرها بلفظ النصف و أما ما تقدم مما دل على أنه يرد معها شيئا فهو بإطلاقه خلاف الإجماع فلا بد من جعله واردا في مقام ثبوت أصل العقول لا مقداره و أما ما دل على أنه يكسوها فقد حمل على كسوة تساوى العشر أو نصفه و لا بأس به في مقام الجمع ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الرد و لو مع الوطئ في الدبر- و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره- فيقتصر في مخالفة العمومات على منصرف اللفظ و في لحوق التقييل و اللبس بالوطء و جهان من الخروج عن مورد النص و من الأولوية و لو انضم إلى الحمل عيب آخر فقد استشكل في سقوط الرد بالوطء من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره. و فيه أن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب في الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل ثم إن صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب فلو وطئ عالما به سقط الرد لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

إشارة

و تفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب فإما أن يحدث قبل القبض و إما أن يحدث بعده في زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط- و إما أن يحدث بعد مضى الخيار و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. و أما الأول فلا- خلاف ظاهرا في أنه لا- يمنع الرد بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى في أحكام القبض و أما الحادث في زمن الخيار فكذلك لا خلاف في أنه غير مانع عن الرد بل هو سبب مستقل موجب للرد بل الأرش على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتحاد المسألتين كما يظهر من بعض و يدل على ذلك ما أتى من أن الحادث في زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله و معناه ضمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض بل قبل العقد إلا أن المحكى عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب أن تأثير العيب الحادث في زمن الخيار و كذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري قال في الدروس لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد قبل القبض أو في مدة خيار المشتري المشتري أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار فإن خرج الخيار ففى الرد خلاف- بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سرهما فجوزه ابن نما لأنه من ضمان البائع و منعه المحقق قدس سره لأن الرد لمكان الخيار و قد زال و لو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد انتهى. لكن الذى حكاه في اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى و هو حدوث العيب في مبيع صحيح و لعل الفرع الأول مترتب عليه لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع حتى يكون سببا للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة كان مانعا عن الرد بالعيب السابق إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري فيكون الرد في زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق فمتشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث و لذا ذكر في اللمعة أن هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرائع من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع مع

حكمه بعدم الأرش ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار و فيه أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد كما لا يخفى. و أما الثالث أعنى العيب الحادث فى يد المشتري بعد القبض و الخيار فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و فى ظاهر الغنية الإجماع عليه- و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئا فأراد أحدهما رده بالعيب أو اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه فأراد رد المعيب خاصة و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به فى القواعد و غيره و نسيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسألة بمرسلة جميل المتقدمة- فإن قيام العين و إن لم يناف بظاهاه مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين إلا أن الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشا كصبغ الثوب و خياطته. نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة كالثمن و تعلم الصنعة لكنه يندفع بأن الظاهر من قيام العين بقاءه بمعنى أن لا ينقص ماله لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص كما لا يخفى على المتأمل.

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٨

و استدلال العلامة فى التذكرة على أصل الحكم قبل المرسلة بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع فيكون مضمونا على المشتري فيسقط رده للنقص الحاصل فى يده فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشتري له للعيب الحادث هذا و لكن المرسلة لا تشمل جميع أفراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن إفادة المدعى لأن المرجع بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار و عدم ما يدل على سقوطه غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين أما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب أرشا بل يرد لأن النقص حدث فى ملكه و إنما يضمن وصف الصحة لكونه كالجاء التالف فيرجع البائع بعد الفسخ ببده. نعم لو علل الرد بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضررا أمكن أن يقال إن تدارك ضرر المشتري بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفي الضرر لكن العمدة فى دليل الرد هو النص و الإجماع فاستصحاب الخيار عند الشك فى المسقط لا بأس به إلا أن الإنصاف أن المستفاد من التمثيل فى الرواية بالصبغ و الخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك أن المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعا. و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش فإن النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصبغ و الخياطة و هذا ليس عيبا اصطلاحيا و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن يدفعه أن المقصود مجرد النقص مع أنه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و إن لم يكن عيبا اصطلاحيا ثبت فى المغير و غيره للقطع بعدم الفرق فإن المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز رد العين إلا مع أرشه و كونه مجرد نقص لا يوجب أرشا كنسيان الكتابة و الطحن أما الفرق فى أفراد النقص غير الموجب للأرش بين مغير العين حسا و غيره فلا- مجال لاحتماله ثم إن ظاهر المفيد فى المقنعة المخالفة فى أصل المسألة- و أن حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال فى التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا- لكن فى التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الرد و لا- أرش عليه انتهى. و لعل وجهه أن الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث و قد انتفى الأمران و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد كما فى الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب غاية الأمر ثبوت قيمة العيب و إنما منع من الرد هنا للنص و الإجماع أو للضرر. و مما ذكرنا يعلم أن المراد بالأرش الذى يغرمه

المشترى عند الرد قيمة العيب لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشترى عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد ثم إن صريح المبسوط أنه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش و هذا أحد المواضع التى أشرنا فى أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط بالأس من الرد و ينافيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

تنبيه [هل تبعض الصفقة مانع من الرد]

إشارة

ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة أن التعدد المتصور فيه التبعض إما فى أحد العوضين و إما فى البائع و إما فى المشتري. فالأول كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً و كذا لو باع شيئاً بثمان فظهر بعض الثمن معيباً. و الثانى كما إذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً فظهر معيباً و أراد المشتري أن يرد على أحدهما نصيبه دون الآخر. و الثالث كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيباً فاختار أحدهما الرد دون الآخر و ألحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب و أما التعدد فى الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز التفريق بينهما

[التعدد فى العوض]

أما الأول فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه- لأن المردود إن كان جزء مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و إن كان معيناً فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فرده المشتري بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشتري- إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ فإن المانع فىهما ليس إلا حصول الشركة فى الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد قطعاً. و قد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة فى تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك لعدم إطلاق موثوق به و الأصل اللزوم. و فيه مضافاً إلى أن اللازم من ذلك- عدم جواز رد المعيب منفرداً و إن رضى البائع لأن المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار فى الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع أنه لا يشك أحد فى أن دليل هذا الخيار- كغيره من أدلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء و لذا لم يجوز أحد تبعض ذى الخيار أجزاء ماله فيه الخيار و لم يحتمل هنا أحد رد الصحيح دون المعيب و إنما وقع الإشكال فى أن محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب غاية الأمر أنه يجوز رد الجزء الصحيح معه لثلاث تبعض

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٩

الصفقة عليه و إما لقيام الإجماع على جواز رده و إما لصدق المعيوب على المجموع كما تقدم أو أن محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه. و بعبارة أخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب فى الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة فى اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار أم لا بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة فى الرد فى رد البيع الظاهر فى تمام ما وقع عليه العقد لكن موردها المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب نظير أخبار خيار الحيوان و هذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى كأحد الشئيين الذى هو محل الكلام. و منه يظهر

عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل إذا كان الشيء قائما بعينه لأن المراد بالشيء هو المعيب ولا شك في قيامه هنا بعينه. وبالجملة فالعمدة في المسألة مضافا إلى ظهور الإجماع ما تقدم من أن مرجع جواز الرد منفردا إلى إثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع ومنع سلطنته على الرد أولا وأولى ولا أقل من التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم والفرق بينه وبين خيار الحيوان الإجماع كما أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة. وبالجملة فالأصل كاف في المسألة ثم إن مقتضى ما ذكره من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد كما في التذكرة معللا بأن الحق لا يعدوهما وهذا مما يدل على أن محل الخيار هو الجزء المعيب إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقي المبيع إذ لو كان محله المجموع لم يجوز رد المعيب وحده إلا بالتفاسخ ومعه يجوز رد الصحيح منفردا أيضا.

و أما الثاني و هو تعدد المشتري

و أما الثاني و هو تعدد المشتري

بأن اشترى شيئا واحدا فظهر فيه عيب فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة و استدل عليه في التذكرة وغيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد- خلافا للمحكي عن الشيخ في باب الشركة- و الإسكافي و القاضي و الحلبي و صاحب البشري فجزوا الافتراق. و في التذكرة ليس عندي فيه بعد إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقفا فالشركة حصلت بإيجابه و قواه في الإيضاح لما تقدم من التذكرة و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري و استجوده في التحرير- و قواه في جامع المقاصد و صاحب المسالك. و قال في المبسوط إذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة ثم أصابا به عيبا كان لهما أن يرداه و كان لهما أن يمسكاه فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك كان لهما ذلك ثم قال و لو اشترى أحد الشريكين للشركة ثم أصابا به عيبا كان لهما أن يردا و أن يمسكاه فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك نظر فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فإذا ادعى أنه اشتراه له و لشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه إلى أن قال و إن أخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان أحدهما و هو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لاثنتين فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنتين و كان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر و قيل فيه وجه آخر و هو أنه ليس له الرد لأن القبول في العقد كان واحدا انتهى. و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحدا من اثنتين أما إذا تحقق القبول من الشريكين فلا- كلام في جواز الافتراق ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله لكن التأمل في تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنتين أو لواحد فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد في صورة عدم إخبار المشتري بالاشتراك بأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و كذا حكمه قدس سره بتقديم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البينة من المشتري على أن الشراء بالاشتراك دليل على أنه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد في الواقع بالبينة و إن لم يعلم به البائع إلا أن يحمل اليمين على يمين البائع على نفى العلم و يراد من البينة البينة على إعلام المشتري للبائع بالتعدد و كيف كان فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري و وحدته و الأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنتين فليس لكل منهما الاستقلال و لا- دليل على تعدد الخيار هنا إلا إطلاق الفتاوى و النصوص من أن من اشترى معيبا فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزء من المعيب لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام و لو سلمنا الظهور لكن لا- ريب في أن رد هذا المبيع منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه بل ليس قائما بعينه و لو بفعل الممسك لحصته و هو مانع من الرد و من ذلك يعلم قوة المنع و إن قلنا بتعدد العقد. و ما ذكره تبعا للتذكرة من أن التشقيص حصل بإيجاب البائع فيه أنه أخرجه غير مبيع و إنما تبعض بالإخراج و المقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج و خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه إقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض و هو محل الكلام. و الحاصل أن

الفرق بين هذه المسألة و المسألة الأولى غير وجيه

و أما الثالث و هو تعدد البائع

فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البائعين دخل في المسألة الثالثة و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

مسألة يسقط الأرش دون الرد في موضعين

أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا

و يحتمل جواز أخذ الأرش و نفي عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاها وجها ثالثا لبعض الشافعية موجها له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٠

السابق انتهى. ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر انتهى. و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة و حاصل وجهه أن صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء أصلا و لو من غير الثمن و إلا ثبت في ذمة البائع و إن لم يختر المشتري الأرش بل الصحة وصف التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا أن الشارع جوز للمشتري مع تبين فقداه أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع هذا و لكن يمكن أن يدعى أن الاستفادة من أدلة تحريم الربا و حرمة المعاوضة إلا مثلا بمثل بعد ملاحظة أن الصحيح و المعيب جنس واحد أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقداه استحقاق عوض و من المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق أحدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر. و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقابل الصحة المفقودة في أحدهما و المسألة في غاية الإشكال و لا بد من مراجعتها أدلة الربا و فهم حقيقة الأرش و سيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى

الثاني ما لو لم يوجب العيب نقضا في القيمة

فإنه لا يتصور هنا أرش حتى يحكم بثبوته و قد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب و قد يناقش في ذلك بأن الخضاء موجب في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و إنما يرغب في الخصى قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة أعنى عدم تستر النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته و هذا المقدار لا يوجب زيادة في أصل المالية فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمرة لكن الإنصاف أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفة لو لا هذا الغرض صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا لمالية الخصى فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها في المالية العرفية كما لا يخفى. و بالجملة فالعبرة في مقدار المالية برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإذاته سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفقيات.

مسألة يسقط الرد والأرش معا بأمر.

أحدها العلم بالعيب قبل العقد

بلا خلاف ولا إشكال لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل وقد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة وفيه نظر وحيث لا يكون العيب المعلوم سببا لخيار فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص الذي له أحكام خاصة فسد الشرط وأفسد لكونه مخالفا للشرع ولو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه أحكامه لا أحكام خيار العيب.

الثاني تبرى البائع عن العيوب

إشارة

إجماعا في الجملة على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف والغنية ونسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع والأصل في الحكم قبل الإجماع - مضافا إلى ما في التذكرة من أن الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع إطلاق صحيحة زرارة المتقدمة - ومكاتبة جعفر بن عيسى الآتية - ومقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكي عدم الفرق بين التبري تفصيلا وإجمالا - ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة لاشتراك الكل في عدم المقتضى للخيار مع البراءة خلافا للمحكي في السرائر عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبري إجمالا. وعن المختلف نسبه إلى الإسكافي وقد ينسب إلى صريح آخر كلام القاضي المحكي في المختلف مع أن المحكي عن كامل القاضي موافقة المشهور. وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين ثم إن ظاهر الأدلة هو التبري من العيوب الموجودة حال العقد وأما التبري من العيوب المتجددة الموجبة للخيار فيدل على صحته وسقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم. قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال إن التبري مما لم يوجد يستدعي البراءة مما لم يجب لأننا نقول إن التبري إنما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا من العيب انتهى. أقول المفروض أن الخيار لا يحدث إلا بسبب حدوث العيب والعقد ليس سببا لهذا الخيار فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع. وقد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. نعم ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد لكنه مخالف لسائر كلماته وكلمات غيره كالشهيد والمحقق الثاني. وبالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية بل الغرر في الأول أعظم إلا أنه لما قام النص والإجماع على صحة التبري من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته مع إمكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطة في العين الغائبة باندفاع الغرر في الأول بالاعتماد على أصالة السلامة فلا يقدر عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثاني فإن الغرر لا يندفع فيه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر. وأما البراءة عن العيوب المتجددة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها لأنها غير موجودة بالفعل في المبيع حتى يوجب جهالة

ثم إن البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور

الأول عهدة العيوب

و معناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب رد ولا أرش فكأنه باعه على كل تقدير.

الثاني ضمان العيب

و هذا أنسب بمعنى البراءة و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير الصحة كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع لا يوجب إلا تخييراً بين الرد و الإمضاء مجاناً و مرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع لا خيارها.

الثالث حكم العيب

و معناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب و الأظهر في العرف هو المعنى الأول و الأنسب بمعنى البراءة هو الثانى و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ إلا أن يرجع إلى المعنى الأول و الأمر سهل

ثم إن تبرأ البائع عن المعيوب مطلقاً أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار

أما سائر أحكامه فلا فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦١

ضمان البائع لعموم النص لكن في الدروس أنه لو تبرأ من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع - و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده و تلف في زمان خيار المشتري و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه و أقوى إشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد في الخيار انتهى كلامه رفع مقامه

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها

منها زوال العيب قبل العلم به

كما صرح به في غير موضع من التذكرة. و مال إليه في جامع المقاصد و اختاره في المسالك بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد و هو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه و سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد انتهى. و هو صريح في سقوط الرد و ظاهر في سقوط الأرش - كما لا يخفى على المتأمل خصوصاً مع تفريعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرش معاً على زوال العيب حيث قال لو اشترى عبداً أو حدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادث و لى الرد قال الشافعى يتحالفان إلى آخر ما حكاه عن الشافعى و كيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لأن ظاهر أدلة الرد خصوصاً بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب و هو المتلبس بالعيب لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. و أما الأرش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد خصوصاً بعد العلم بالعيب و الصحة إنما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل فالقول بثبوت الأرش و سقوط الرد قوى لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع و لم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده. نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعى و هو أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد لكن عرفت مراراً أن المرجع في ذلك هي الأدلة و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها التصرف بعد العلم بالعيب

فإنه مسقط للأمرين عند ابن حمزة في الوسيلة و لعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب و النص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم و رد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب - و الأولى أن يقال إن الرضا بالعيب لا يوجب إسقاط الأرش و إنما المسقط

له إبراء البائع عن عهده العيب و حيث لم يدل التصرف عليه فالأصل بقاء حق الأرش الثابت قبل التصرف مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فليراجع.

و منها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب

كالبغل الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة- و الرد لأجل التصرف. و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب و فيه أن العيب في مثله لا- يعد ضررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه و حله أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد مالياً من الموجود و إما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته و الأول مفروض الانتفاء و الثاني قد رضى به و أقدم عليه المشتري بتصرفه فيه بناء على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه إلا أن يقال إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما في غير العيب و التدليس من أسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها أرشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

و منها حدوث العيب في المعيب المذكور

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع التي لا يوجب فواتها أرشا و النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين و هي المرسله المتقدمة مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش و الإجماع فيما نحن فيه غير متحقق مع ما عرفت من مخالفة المفيد في أصل المسألة هذا كله مضافا إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هي المرجع بعد معارضة الضرر المذكور و يتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله على سقوطه الرد بحدوث العيب و التغيير على وجه يشمل المقام و إلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب

الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أما المانع الأول فالظاهر أن حكمه كما تقدم في المعيب الذي لا ينقص ماليتها فإن المشتري لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله و إن كان المأخوذ معيبا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد كما في خيار التدليس بعد التصرف نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم. و أما المانع الثاني فظاهر جماعه كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد أيضا و هو مبنى على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى في صورة عدم جواز أخذ الأرش. و قد عرفت النظر فيه و ذكر في التذكرة وجه آخر لامتناع الرد و هو أنه لو رد فيما أن يكون مع أرش العيب الحادث و إما أن يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع و إن رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه و الظاهر أن مراده من ذلك أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشيء إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٢

الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة ولا نقيصة و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة في أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا- رد ما قابله لا- غير فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلثين و وصف صحته- فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة رحمه الله بلزوم الربا إما لزوم الربا في أصل المعاوضة إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامه بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن و إما لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلثين و زيادة و الأول أولى و مما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثلثين حتى يصير أزيد من الثمن. إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكه فيضمنه القابض و العيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع و تلف وصف الصحة منه في يد المشتري فإذا فرض أن صفة الصحة لا يقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها في يد المشتري كنيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. و الحاصل أن البائع لا يستحق من المشتري إلا- ما وقع مقابلا بالثمن و هو نفس المثلثين من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة نعم هذا يصح في غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين اقتصر في المبسوط على حكايتهما. أحدهما جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث لما تقدم إليه الإشارة من أن أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا الثاني أن يفسخ البيع لتعذر إمضائه و إلزام المشتري ببده من غير الجنس- معيباً بالعيب القديم و سليماً عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا أرش و مع الأرش و اختار في الدروس تبعاً للتحرير الوجه الأول مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله لأن تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل و تبعه المحقق الثاني معللاً- بأن الربا ممنوعه في المعاوضات لا في الضمانات و أنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام و إن كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد في صورة النزاع. أقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث في ملك مالكه بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري و لا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري و المفروض عدم المقابلة بين شيء منه و بين صحة البيع.

و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

فإن ظاهر الغنية إسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبري و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره في الأخيرين و قوله ليس له هاهنا ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير و هذا أحد القولين منسوب خبر بعد خبر إلى الشافعي و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يرد بعد تسليم الدلالة أن الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرف نعم سقوط الرد وحده له وجه كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما في التصرف المسقط و يحتمله أيضاً عبارة الغنية المتقدمة- بناء على ما تقدم في سائر الخيارات- من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخي عدا ما في الكفاية من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها و فيه أن الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار و أما الخبر الخاص فلم أقف عليه و حيثئذ فالقول بالفور وفاقاً لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة

مع ما تقدم من نفى الخلاف في الغنية في كونه على الفور و لا- يعارضه ما في المسالك و الحدائق من أنه لا نعرف فيه خلافاً لأننا عرفناه و لذا جعله في التذكرة أقرب و كذا ما في الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف نعم في الرياض أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة و التحقيق رجوع المسألة إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام و عدمه. و لذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلا- به و إلا- فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب و لا اعتبار بمثلها. و إن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفى الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى و الله العالم.

مسألة [هل يجب الإعلام بالغيب]

مسألة [هل يجب الإعلام بالغيب]

قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً و كان المشتري بالخيار انتهى. و مثله ما عن الخلاف و في موضع آخر من المبسوط و جب عليه أن يبينه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب و الأول أحوط و نحوه عن فقه الراوندى و مثلهما في التحرير و زاد الاستدلال عليه بقوله لثلا- يكون غاشا- و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى و الخفى و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب مطلقاً. و ظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى و الجلى فيجب في الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه أو مع عدم التبرى كما في الدروس فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال و الظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش و عدمه و الذى يظهر من ملاحظه العرف و اللغة في معنى الغش أن كتمان العيب الخفى و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش فإن الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح أما العيب الظاهر فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشاً نعم لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرها أنه بصير يقرأ فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشاً. قال في التذكرة في رد استدلال الشافعى على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغش إن الغش ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه و التقصير في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٣

ذلك من المشتري انتهى. و يمكن أن يحمل بقريته ذكر التقصير على العيب الظاهر كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتتملة على لفظ الكتمان و على الاستدلال بالغش على العيب الخفى بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً و من أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلاحظ ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور أم لا فيه إشكال نشأ من دعوى صدق الغش. و من أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً و التبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة فالتعزير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل و الأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم من المبسوط ثم إن المذكور في جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما أنه ينبغى بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول إلا أن يقال إن جهالة الجزء غير مانعة إن كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقاً فإن البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولاً قدره وقت العقد انتهى. أقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن و لا يخرج عن حقيقته كالملاح الزائد في الخبز فلا- وجه للإشكال المذكور نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشئ من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقة ذلك الشئ توجه ما ذكره في بعض الموارد

مسائل في اختلاف المتبايعين

إشارة

مسائل في اختلاف المتبايعين
و هو تارة في موجب الخيار- و أخرى في مسقطه و ثالثة في الفسخ.

أما الأول [الاختلاف في موجب الخيار]

إشارة

ففيه مسائل

الأولى لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه

فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة

كان الحكم كسابقه نعم لو علم كونه نقصا كان للمشتري الخيار في الرد دون الأرش لأصالة البراءة.

الثالثة لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار كان القول قول منكر تقدمه للأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد لأن أصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب. و عن المختلف أنه حكى عن ابن الجنيدي أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكر انتهي. و لعله لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود و عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري. و قد تقدم في محله هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه و إلا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة و لو أقام أحدهما بينة عمل بها ثم قال و لو أقام بينة عمل بينة المشتري لأن القول قول البائع لأنه ينكر فالبينة على المشتري و هذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر بإقامة البينة و فيه كلام في محله و إن كان لا يخلو عن قوة و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب- أو نفى استحقاق الرد أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره كما يشهد بالإعسار و العدالة و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. و لو لم يختبر ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد و حكى عن جماعة كما يحلف على طهارة المبيع استنادا إلى الأصل و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشعبة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الظاهر الواقعي كما أن المراد بالملكية و الزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما أخذ من يد المسلمين. و في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة قال و عندى فيه نظر أقربه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم و استحسانه في المسالك قال لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري إلى إثباته و قد سبقه إلى ذلك في الميسية و تبعه في الرياض. أقول إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في إسقاط أصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه

إشكال- نعم لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة فله وجه و إن استقرب في مفتاح الكرامة أن لا يكتفى بذلك منه فيرد الحاكم اليمين على المشتري فيحلف و هذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفي العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً. لكن الظاهر أن المفروض في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفي العلم إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت فلا- حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم لا أن اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار فافهم.

فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد

رده على الموكل لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به فلا عهده عليه و لو اختلف الموكل و المشتري في قدم العيب و حدوده فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر و لا يقبل إقرار الوكيل بقدمه لأنه أجنبي و إذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة فادعى على الوكيل بقدم العيب فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلا بالبينة فله إحلاف الموكل على عدم سبق لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه فله عليه مع إنكاره اليمين و لو رد اليمين على الوكيل فحلف على السابق أُلزم الموكل و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل لأنه لو أقر رد عليه و هل للمشتري تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا لأن دعواه على الوكيل يستلزم إنكاره وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به- و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردودة و رد العين على الوكيل فهل للوكيل ردها على الموكل أم لا و جهان بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة فينفذ في حق الموكل أو كإقرار المنكر فلا ينفذ و تنظر فيه في جامع المقاصد بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب فلا تنفعه البينة القائمة على السابق الكاذبة باعتراؤه قال

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٤

اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل بحيث لا يتنافى بثبوته و لا دعوى بثبوته كأن يقول لا حق لك على في هذه الدعوى إذ ليس في المبيع عيب ثبت لك به الرد على فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين انتهى. و في مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد و المعروف بينهم أنه كبينة المدعى أقول كونه كبينة لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام في محله.

الرابعة لو رد سلعةً بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته

قدم قول البائع كذا في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأصالة عدم حق له عليه و أصالة عدم كونها سلعته و هذا بخلاف ما لو ردها بخيار فأنكر كونها له فاحتمل هنا في التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري و نسبه في التحرير إلى القيل لانفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمال مساواتها للمسألة الأولى أقول النزاع في كون السلعة سلعةً البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتفاق عليه كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبه أو غيرها و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا في السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هي المبيعة أو غيرها فإذا فسخ و أراد رد السلعة فأنكرها البائع فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها. نعم استدل عليه في الإيضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف في موضعين أحدهما خيانة المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشتري ينكرها و الأصل عدمها. الثاني سقوط حق الخيار الثابت للمشتري فالبائع يدعيه و المشتري ينكره و الأصل بقاؤه و تبعه في الدروس حيث قال لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف و

لو صدقه على كون المبيع معيوباً و أنكرتعيين المشتري حلف المشتري انتهى. أقول أما دعوى الخيانة فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الأولى و إن كانت هناك أصول متعددة على ما ذكرها في الإيضاح و هي أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأن أصالة عدم الخيانة مستنداً ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الأصول العملية نظير أصالة الصحة و أما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و إن فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنفع لإثبات لزوم القبض و أما دعوى سقوط حق الخيار فهي إنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه في الدروس و إلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقاءه مع التلف على أن أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلا بثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما و لعل نظر الدروس إلى ذلك لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر مجال كما نبهنا عليه مراراً.

و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط

إشارة

ففيه أيضاً مسائل -

الأولى لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه

قدم منكر العلم فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده

على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل و لا الرد ففي تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه و عدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار وجهان أقواهما الأول و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثانى فراجع. و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيين فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم و قد ثبت فى الأصول أن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه لكن المحكى فى التذكرة عن الشافعى فى مثله التحالف - قال لو اشترى عبداً و حدث فى يده نكتة بياض بعينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثة و لى الرد قال الشافعى يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش انتهى.

الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه

فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه فى الدروس أنه كالعيب المنفرد يعنى أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر و لعله لأصالة عدم التقدم و يمكن أن يقال إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري و قد مر غير مرة أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر و إنما يثبت بها عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر ثم قال فى الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و أنكرتاحتمل حلف المشتري لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة و يحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد.

أقول قد عرفت الحكم في العيب الجديد و إن حلف البائع فيه محل نظر ثم إنه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنه كان متقدما أو متأخرا. و أما إذا اختلفا في أصل الزيادة فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة لو اختلف في البراءة قدم منكرها

فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. و ربما يترأى من مكاتبه جعفر بن عيسى خلاف ذلك قال: كتبت إلى أبي الحسن ع 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 له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق فكتب ع أن عليه الثمن الخبر المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٥

و عن المحقق الأردبيلي أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة انتهى. و ما أبعد ما بينه و بين ما في الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البيئه على ٢٨ و اليمين على من أنكر و في كل منهما نظراً. و في الحدائق أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشتري إنما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع و إلا فهو عالم بتبري البائع و الإمام ع إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة و فيه أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه و بين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع و المشتري مع أن حكم العالم بالتبري المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله أ يصدق أم لا يصدق الدال على وضوح حكم صورتي صدقه و كذبه و الأولى توجيه الرواية بأن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع بقى في الرواية إشكال آخر من حيث إن البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى في سقوط خيار العيب بل يعتبر وقوعه في متن العقد و يمكن التفصي عنه إما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه كما يأتي في باب الشروط و إما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الإيجاب لأنه لا ينادى إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته فينادى الدلال و يقول بعثك هذا الموجود بكل عيب و يكرر ذلك مرارا من دون أن يتم الإيجاب حتى يمكن من إبطاله عند زيادة من زاد. و الحاصل جعل نداءه إيجاباً للبيع و لو أبيت إلا عن أن المتعارف في الدلال كون نداءه قبل إيجاب البيع أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك مع أن الرواية لا تصرح فيها بكون البراءة في النداء قبل الإيجاب كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا

الخامسة لو ادعى البائع رضاه المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري

لأصالة عدم هذه الأمور و لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه و قدمه ففي تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقا في دعوى تقدم العيب و تأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمه المشتري.

و أما الثالث [الاختلاف في الفسخ]

ففيه مسائل

الأولى لو اختلفا في الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه

و في الدروس أنه يمكن جعل إقراره إنشاء. و لعله لما اشتهر من أن من ملك شيئا ملك الإقرار به كما لو ادعى الزوج الطلاق و يدل عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على أيتام الرجل و أنه رق لهم و سيجىء الكلام في فروع هذه القاعدة و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار- كما لو تلف العين افتقر مدعيه إلى البينة و مع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش- لثلا يخرج من الحقين أم لا- لإقراره بالفسخ. و زاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين انتهى.

الثانية لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحته الفسخ وجهان- و 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 و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة و ادعت هي تأخره عنها.

الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

إشارة

بناء على فوريته سمع قوله إن احتمل في حقه الجهل للأصل. و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة

القول في ماهية العيب و ذكر بعض أفراده

القول في ماهية العيب و ذكر بعض أفراده

اعلم أن حكم الرد و الأرش معلق في الروايات على مفهوم العيب و العوار أما العوار ففي الصحاح أنه العيب و أما العيب فالظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال فالصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ثم مقتضى حقيقة الشيء قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الأناسي و غيره فإنه يعلم أن العمى عيب و معرفة الكتابة في العبد و الطبخ في الأمة كمال فيهما و قد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة في أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفرادها و كون التخلف في النادر لعارض و هذا و إن لم يكن مطردا في الواقع إذ كثيرا ما يكون أغلب الأفراد متصفه بصفة لأمر عارضى أو لأمر مختلفه إلا أن بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد و من هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود الشيء في أغلب الأفراد و إن لم يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئي على الجزئي إلا أنه يستدل من حال أغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك إذا

عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعي و هو ما يقتضيه الخلقه الأصلية و أن المراد بالخلقه الأصلية ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع و أن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٦

بالمزية فهو كمال فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال و كذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثاني و حكم للشئ بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع أن حقيقتها لا تقتضى ذلك و إنما هو شئ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب و لعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في أن الثبوت ليس عيبا في الإماء و قد يعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصلية و الصحة بالخروج إلى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلة فإنها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الأغلب إلا أن يقال إن الغلة بنفسها ليست عيبا إنما العيب كون الأغلف موردا للخطر بختانه و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير و يمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية و الصحة بالخروج إلى مقتضى عيب و إن كان على طبق الأغلب إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض الإطلاق ذلك بل اقتضى عكسه التزام البراءة من ذلك النقص فإطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثبوت و كذا الغلة في الكبير فهي أيضا عيب في الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلة لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب فقولهم إن الثبوت ليس عيبا في الإماء و قول العلامة في القواعد إن الغلة ليست عيبا في الكبير المجلوب لا يبعد إرادتهم نفى حكم العيب من الرد و الأرش لا نفى حقيقته و يدل عليه نفى الخلاف في التحرير عن كون الثبوت ليس عيبا مع أنه في التحرير و التذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة مع أنه لا أرش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة و الختان فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد و الأرش لثبوت العيب غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق لتزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراط لا يفيد الأخيار تخلف الشرط دون الأرش لكن الوجه السابق أقوى و عليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا في أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها و الغلبة الصنفيه مقدمه على النوعية عند التعارض فالثبوت في الصغيرة غير المجلوبه عيب لأنها ليست غالبه في صنفها و إن غلبت في نوعها ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن الإنسان الخصى ناقص في نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و إن كان زائدا من حيث المالية على غيره و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش في مثل ذلك و يحتمل قويا أن يقال إن المناط في العيب هو النقص المالي فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا إلا أن الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلا على إقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الأصل و الغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط و تظهر الثمرة في طرو موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط فتأمل. و في صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فإنه مضمون على الأول بناء على إطلاق كلماتهم أن العيب مضمون على البائع بخلاف الثاني فإنه لا دليل على أن فقد الصفة - المشتراط قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار و للنظر في كلا شقي الثمرة مجال. و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسله السيارى الحاكية لقصة ابن أبي ليلى: حيث قدم إليه رجل خصما له فقال إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت أنه لم

يكن لها قط فقال له ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت فقال له أيها القاضى إن كان عيبا فاقض لى به قال فاصبر حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له أى شىء تروون عن أبى جعفر فى المرأة لا تكون على ركبها شعر أ يكون هذا عيبا فقال له محمد بن مسلم أما هذا نسا فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آباءه عن النبى ص قال كلما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبي ليلى حسبك هذا فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب فإن ظاهر إطلاق الرواية المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصية الرواية فى تلك القضية المشعر بظهورها فيها و فهم ابن أبي ليلى من حيث قوله و عمله كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيبا و إن كان مرغوبا فلا- ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون إلخ و تقرير المشتري له فى رده لكن الإنصاف عدم دلالة الرواية على ذلك. أما أولا فلأن ظاهر الحكاية إن رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها فى أصل الخلقه كذلك الكاشف عن مرض فى العضو أو فى أصل المزاج كما يدل عليه عدم اكتفائه فى عذر الرد بقوله لم أجد على ركبها شعرا حتى ضم إليه دعواه أنه لم يكن لها قط و قول ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه لا يدل على مخالفة المشتري فى كشف ذلك عن المرض و إنما هى مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها و الاحتيال لا ذهاب شعر الركب لا يدل على أن عدمه فى أصل الخلقه شىء مرغوب فيه كما أن احتياهم لإذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمرا مرغوبا فيه. و بالجملة فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لأجل مرض عيبا و قد عد من العيوب الموجبة للأرش ما هو أدون من ذلك و أما ثانيا فلأن قوله ع فهو عيب إنما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٧

يراد به بيان موضوع العيب توطئه لثبوت أحكام العيب له و الغالب الشائع المتبادر فى الأذهان هو رد المعيوب و لذا اشتهر كل معيوب مردود و أما باقى أحكام العيب و خياره مثل عدم جواز رده بطروء موانع الرد بخيار العيب و كونه مضمونا على البائع قبل القبض و فى مدة الخيار فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب فتأمل.

و أما ثالثا فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف لأن المراد بالزيادة و النقيصة على أصل الخلقه ليس مطلق ذلك قطعا فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حده بصر العبد أو تعلمهما للصنعة و الطبخ و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيبا قطعا فتعين أن يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبتين لنقص فى الشىء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه و لازم ذلك نقصه من حيث المالىة لأن المال المبذول فى مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار و المنافع. و أما رابعا فلانا لو سلمنا- مخالفة الرواية للعرف فى معنى العيب فلا- تنهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك لو لا- النص المعتبر لا- مثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال فافهم. و قد ظهر مما ذكرنا أن الأولى فى تعريف العيب ما فى التحرير و القواعد من أنه نقص فى العين أو زيادة فيها يقتضى النقيصة المالىة فى عادات التجار و لعله المراد بما فى الرواية كما عرفت و مراد كل من عبر بمثلها و لذا قال فى التحرير بعد ذلك و بالجملة كلما زاد أو نقص عن أصل الخلقه و القيد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض كما قد يقال ذلك فى العبد الخصى و لا ينافيه ما ذكره فى التحرير من أن عدم الشعر على العانة عيب فى العبد و الأمة لأنه مبنى على ما ذكرنا فى الجواب الأول عن الرواية من أن ذلك كاشف أو موهم لمرض فى العضو أو المزاج لا على أنه لا يعتبر فى العيب النقيصة المالىة. و فى التذكرة بعد أخذ نقص المالىة فى تعريف العيب و ذكر كثير من العيوب و الضابط أنه يثبت الرد بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقضا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه انتهى كلامه و ما أحسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خصاء العبد كما صرح به فى التذكرة معللا بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة و إن زادت قيمته باعتبار آخر و قد دخل المشتري على ظن السلامة انتهى. و يخرج منه مثل الثيوبه و الغلفة فى المجلوب و لعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالىة كما فى المسالك و عن جماعة أراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذى يترتب عليه

كثير من الأحكام كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب أو غير ذلك و عليه بينى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الإرشاد حيث ذكر أن اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالية بقوله غالباً ليندرج مثل الخصاء و الجب لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام فى موجبات الرد لا خصوص العيب و يدل على ذلك أنه قيد كون عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً بعلم المشتري بجلبه إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب فلو لا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخول علم المشتري و جهله فى ذلك

الكلام فى بعض أفراد العيب

مسألة لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيباً

و إطلاق كثير و تصريح بعضهم يشمل حمى يوم بأن يجده فى يوم البيع قد عرض له الحمى و إن لم يكن نوبه له فى الأسبوع. قال فى التذكرة الجذام و البرص و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق- و القرع و الصمم و الخرس عيوب إجماعاً و كذا أنواع المرض سواء استمر كما فى الممراض أو كان عارضاً و لو حمى يوم و الإصبع الزائدة و الحول و الحوص و السبل و استحقاق القتل فى الردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنائىة و الاستسعاء فى الدين عيوب إجماعاً ثم إن عد حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه و لا يعود مبنى على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقية لأن ذلك ليس منقصاً للقيمة.

مسألة الجبل عيب فى الإماء

كما صرح به جماعة و فى المسالك الإجماع عليه فى مسألة رد الجارية الحامل بعد الوطى و يدل عليه الأخبار الواردة فى تلك المسألة و علله فى التذكرة باشتماله على تغرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع و إلا فالأمر أوضح و يؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاد إلا بعد الوضع أما فى غير الإماء من الحيوانات ففى التذكرة أنه ليس بعيب و لا- يوجب الرد بل ذلك زيادة فى المبيع إن قلنا بدخول الحمل فى بيع الحامل كما هو مذهب الشيخ. و قال بعض الشافعية يرد به و ليس بشيء انتهى. و رجح المحقق الثانى كونه عيباً- و إن قلنا بدخول الحمل فى بيع الحامل لأنه و إن كان زيادة من وجه إلا أنه نقيصه من وجه آخر لمنع الانتفاع بها عاجلاً و لأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك و الأقوى على قول الشيخ ما اختاره فى التذكرة لعدم النقص فى المالية بعد كونه زيادة من وجه آخر و أداء الوضع إلى الهلاك نادر فى الحيوانات لا يعاب به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش كوجدان العين مستأجرة و كيف كان فمقتضى كون الحمل عيباً فى الإماء أنه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجوز ردها لحدوث العيب فى يده سواء نقصت بعد الولادة أم لا لأن العيب الحادث مانع و إن زال على ما تقدم من التذكرة. و فى التذكرة لو كان المعيب جارية معيبة فحبلت و ولدت فى يد المشتري فإن نقصت بالولادة سقط الرد بالعيب القديم و كان له الأرش و إن لم تنقص فالأولى جواز ردها وحدها من دون الولد إلى أن قال و كذا حكم الدابة- لو حملت عند المشتري و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و إن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتري انتهى و فى مقام آخر لو اشترى جارية حائلاً أو بهيمة حائلاً فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد إن كان الحمل فى يد المشتري و به قال الشافعى و إن لم تنقص أو كان الحمل فى يد البائع فله الرد انتهى و فى الدروس لو حملت إحداهما يعنى الجارية و البهيمه عند المشتري لا بتصرفه فالحمل له فإن فسح رد الأم ما لم ينقص بالحمل أو الولادة و ظاهر القاضى أن الحمل عند المشتري يمنع الرد لأنه إما بفعله أو إهمال المراعاة حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف انتهى. لكن صرح فى

المبسوط باستواء البهيمة و الجارية- فى أنه إذا حملت إحداها عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد فيها عيبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلك كله خصوص نسبة منع الرد إلى خصوص القاضى و خصوصا مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب تسالمهم على أن الحمل الحادث عند المشتري فى الأمة ليس فى نفسه عيبا بل العيب هو النقص الحادث بالولادة و هذا مخالف للأخبار المتقدمة فى رد الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحمل و للإجماع المتقدم عن المسالك و تصريح هؤلاء يكون الحمل عيبا يرد منه لاشتماله على التغير بالنفس و الجمع بين كلماتهم مشكل خصوصا بملاحظة العبارة الأخيرة المحكية عن التذكرة من إطلاق كون الحمل عند البائع عيبا و إن لم ينقص و عند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية و البهيمة مع أن ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد الفرق فراجع قال فى القواعد لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة انتهى و هذا بناء منه أن الحمل ليس عيبا فى غير الأمة. و فى الإيضاح أن هذا بناء على قول الشيخ فى كون الحمل تابعا للحامل فى الانتقال ظاهر و أما عندنا فالأقوى ذلك لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة- و كما لو أطارت الريح ثوبا للمشتري فى الدار المبتاعة و الخيار له فلا يؤثر و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعتها لا تقدر على الحمل العظيم انتهى. و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح من أن ما قرره فى القواعد مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل فى بيع الحامل. نعم ذكر فى جامع المقاصد أن ما ذكره المصنف إن تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله لأن الحمل زيادة يعنى أن الحامل ردت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا فى غير الأمة و كيف كان فالأقوى فى مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم من أن زوال العيب الحادث يؤثر فى جواز الرد أم لا- و أما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرش لعدم الخطر فيه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- يوجب إلا- فوات بعض المنافع الموجب للتخير فى الرد دون الأرش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات غير الموجب للأرش و كان محققا هنا مضافا إلى نقص آخر و هو كون المبيع متضمنا لمال الغير لأن المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة الأكثر على أن الثبوتة ليست عيبا فى الإماء

بل فى التحرير لا نعلم فيه خلافا و نسبه فى المسالك كما عن غيره إلى إطلاق الأصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الأصلية و استدلال عليه أيضا برواية سماعه المنجبرة بعمل الأصحاب على ما ادعاه المستدل: عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء إنه قد يكون تذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها و فى كلا الوجهين نظر فى الأول ما عرفت سابقا من أن وجود الصفة فى أغلب أفراد الطبيعة إنما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فى ما نحن فيه و إلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنه مقتضى الخلقة الأصلية و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من إطلاق مرسله السيارى غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة و لا- يثبت الخيار بوجودها و إن كانت نقصا فى الخلقة الأصلية. و أما رواية سماعه فلا دلالة لها على المقصود- لتعليل عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضمونا على البائع و إما لأن اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعى فعدمها نقص فى أصل الطبيعة فيكون عيبا و كيف كان فالأقوى أن الثبوتة عيب عرفا و شرعا إلا أنها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط فى متن العقد سلامة المبيع

عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدائها التخيير بين الرد و الأرش لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره و مثله ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنه يثبت حكم العيب. و الحاصل أن غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب و لعل هذا هو مراد المشهور أيضا و يدل على ذلك ما عرفت من العلامة رحمه الله في التحرير من نفى الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيبا مع أنه في كتبه بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة- فلو لا أن الثيبوبة عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط. نعم يمكن أن يقال إن مستندهم في ثبوت الأرش ورود النص بذلك فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق ثم إنه نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الرد بمقتضى رواية سماعه المتقدمة و أوله بما وجهنا به تلك الرواية.

و ذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها و لو شرط الثيبوبة فبانت بكرا كان له الرد لأنه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسألة [هل عدم الختان عيب في العبد]

ذكر في التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير لأنه يخاف عليه من ذلك و هو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه و يلحق بذلك المملوك غير المجذور فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدري- و مثل هذين و إن لم يكن نقصا في الخلقة الأصلية إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٩

فيه مع الجهل دون العلم و هو غير مستقيم لأن العلم و الجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر في كونه عيبا. نعم لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره في الثيب و تظهر الثمرة هنا أيضا فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف فيثبت الرد و الأرش فأخراج العلامة الثيبوبة و عدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه رحمه الله في مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار.

مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض

بحسب السن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخلية في ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروجه عن المجرى الطبيعي- و لقول الصادق ع: و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل قال إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة أشهر إلا في مورد السؤال فلا داعي إلى تقييد كونه عيبا بذلك كما في ظاهر بعض الكلمات ثم إن حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها اسقني ماء أو أغلق الباب في غاية البعد و ظاهر الحل في السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

مسألة الإباق عيب بلا إشكال و لا خلاف

لأنه من أفحش العيوب و يدل عليه صحیحته أبي همام الآتية في عيوب السنة- لكن في رواية محمد بن قيس: أنه ليس في الإباق عهدة و يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله ع في رواية يونس: إن العهدة في الجنون و البرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع و إلا فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع و لا خلاف إذا ثبت وجوده

عند البائع و هل يكفي المرء عنده أو يشترط الاعتياد قولان من الشك في كونه عيبا و الأقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً

مسألة التفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الأرش لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء. و في رواية ميسر بن عبد العزيز قال: قلت لأبي عبد الله ع في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه درديا قال إن كان يعلم أن الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يرده و إن لم يكن يعلم فله أن يرده نعم في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه: إن عليا قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي ع فقال له علي ع لك بكيل الرب سمن فقال له الرجل إنما بعته منه حكرة فقال له علي ع إنما اشتري منك سمن و لم يشتر منك ربا قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة أي جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الأرش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل و ربما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفة وزن السمن بطروقه خارجه بالإجماع كما تقدم أو مفروضه في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردي غير متمول و الأولي أن يقال إن وجود الدردي إن أفاد نقصا في الزيت من حيث الوصف- و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و إن أفرط في الكثرة و لا إشكال في صحة البيع حينئذ لأن المبيع زيت و إن كان معيوباً. و عليه يحمل ما في التحرير من أن الدردي في الزيت و البذر عيب موجب للرد و الأرش- و إن لم يفد إلا نقصا في الكم- فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شيء منه تكون أمارة على باقيه و قال بعتك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره غير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار أصلا لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة و لا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة إلا أن يقال إن إطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمناً فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و إن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما في هذه العكة فتبين بعضه درديا صح البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة قال في التحرير لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجدته من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما في العكة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلا- فتبين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا و كذا فظهر ناقصاً و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فالظاهر عدم صحة البيع و إن عرف وزن المجموع مع العكة لأين كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف إنما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا- من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصاً الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن يختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخير بين الرد و الأرش هذا هو المشهور و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضاع ففي رواية علي بن أسباط عنه: في حديث خيار الثلاثة أن أحداث السنة ترد بعد السنة قلت و ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه. و في رواية ابن فضال المحكية عن الخصال:

في أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص و في رواية أخرى له عند ع قال: ترد الجارية من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدة هكذا في التهذيب. و في الكافي القرن الحدة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج

الصدر انتهى و مراده أن الحذب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع إلى حذب في الفرج لكن المعروف أنه عظم في الفرج كالسن يمنع الوطى. و في الصحيح عن محمد بن علي - قيل و هو مجهول و احتمل بعض كونه الحلبي عنه ع قال: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القرن قال قلت و كيف يرد من أحداث فقال هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٠

فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة رددت على صاحبه. و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره في الحقائق ردا على الأردبيلي رحمه الله إلا أن يريد أن التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد في وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى في معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام فإنه أقرب الاحتمالات المتطرفة في ما نحن فيه و يمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد في باقي الأخبار. و وجهه في المسالك بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفى في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الأمر و إن لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدا على سبب العتق فإن فسخ العتق على البائع و إن أمضى العتق على المشتري. و فيه أولا أن ظاهر هذه الأخبار - أن سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها في السنة و إن تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن أحدا يلتزمه مع أنه لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الأمراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثه في يد المشتري فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ فيكون في التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات. و ثانيا أن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرء سببه بل ينبغي أن يكون الانعتاق القهرى سببه مانعا شرعيا بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظن أحدا يلتزم عدم الانعتاق إلا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتضدة بالشهرة المحققة و الإجماع المدعى في السرائر و الغنية مشكل فيمكن العمل بها في موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على إمضاء العقد و لو في غير المقام ثم لو فسخ المشتري فاعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا أن جذام المملوك يوجب اعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه ثم إن زيادة القرن ليس في كلام الأكثر - فيظهر منهم العدم فنسبه المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتا عن الخلاف فيه. و عن التحرير نسبه إلى أبى على و في مفتاح الكرامة أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبى على و من هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحة الأخبار و فقد الانجبار ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقيد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعيينه بعده و الأخبار خالية عنه و كلاهما مشكل إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف و لا الأرش. نعم ظاهر الحلّى الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و أن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت أن أخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة في المبيع لا بهذه الأمراض الظاهرة فيه قال في المقنعة و يرد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يردان بعد سنة و ذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمته انتهى. و ظاهره أن نفس هذه الأمراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه في السرائر أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن أن يريد به ما

ذكرنا من إرادة مواد هذه الأمراض

خاتمة في عيوب متفرقة

خاتمة في عيوب متفرقة

قال في التذكرة إن الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس والتوثن دون التهود والتنصر والأقوى كونه موجبا للرد في غير المجلوب وإن كان أصلا في المماليك إلا أن الغالب في غير المجلوب الإسلام فهو نقص موجب لتنفّر الطباع عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات. نعم الظاهر عدم الأرش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا وعدم كونه نقصا أو زيادة أصل الخلقة ولو ظهرت الأمة محرمة على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع ولا عبرة بخصوص المشتري ولو ظهر ممن يعتقد عليه فكذلك كما في التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس وعدم نقص ماليتة عند غيره. وفي التذكرة لو ظهر أن البائع باعه وكاله أو ولايته أو وصايته أو أمانة ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال. أقول الأقوى عدمه وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم لو كان عليه أمانة قوية لم يبعد كونه موجبا للرد لقلّة رغبة الناس في تملك مثله وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلى وطبعه أثرا بينا. و ذكر في التذكرة أن الصيام والإحرام والاعتداد ليست عيوباً. أقول أما عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه وأما عدم إيجابها الرد ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع في مدة طويلة فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا. وقال أيضا إذا كان المملوك نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا ففي كون هذه عيوباً إشكال أقربه لعدم. وقال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغنيا أو حجاما أو أكولا أو زهيدا فلا رد و ترد الدابة بالزهادة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧١

و كون الأمة عقيما لا- يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض انتهى. و مراده العارض الاتفاقى لا المرض العارضى قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الرد والضابط أن الرد يثبت بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه انتهى

القول في الأرش

[الأرش لغة واصطلاحاً]

إشارة

وهو لغة كما في الصحاح و عن المصباح دية الجراحات و عن القاموس أنه الديق و يظهر من الأولين أنه في الأصل اسم للفساد و يطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون في مال أو بدن و لم يقدر له في الشرع مقدر.

[كلام الشهيد في معنى الأرش]

و عن حواشى الشهيد قدس سره أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان منها ما نحن فيه. و منها نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعى. و منها ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية كقطع يد العبد. و منها أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و

الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب انتهى. و في جعل ذلك من الاشتراك اللفظي إشارة إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح في خصوص كل من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها و بين الآخر فلا يكون مشتركا معنويا بينهما و لا حقيقة و مجازا فهي كلها منقولات عن المعنى اللغوي بعلاقة الإطلاق و التقييد . و ما ذكرناه في تعريف الأرش فهو كلى انتزاعي عن تلك المعاني كما يظهر بالتأمل و كيف كان فقد ظهر من تعريف الأرش أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور

ثم إن ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص

و هو الأصل فإن كان مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما و يسمى ضمان اليد كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل و إن كان مضمونا بعوض بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمة العيب لأن الجزء تابع للكل في الضمان و لذا عرف جماعة الأرش في عيب المثمن فيما نحن فيه بأنه جزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب إلى الصحيح و ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى أن البائع ضامن لتسليم المبيع تاما إلى المشتري فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته. نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلها إلا أنها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريته ما فيها من أن البائع يرد على المشتري و ظاهره كون المردود شيئا من الثمن الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين و كان معيها تسوى مائة و صحيحها تسوى أزيد فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقريته عدم صدق الرد و الاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن فإذا بنى الأمر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفة. و قد توهم بعض من لا تحصيل له أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب و منشأه ما يترأى في الغالب من وقوع الثمن في الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع فإذا ظهر معيها و جب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و إلا فلو فرض أنه اشترى عبدا بجارية تسوى معيها أضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيها قطعا و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال و لا- خلاف في ذلك و إن كان المتراءى من الأخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى- و هي أن مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما شأن الجزء المفقود المبيع مع أنه لم يقل به أحد و يلزم من ذلك أيضا تعين أخذ الأرش من الثمن مع أن ظاهر جماعة عدم تعينه منه معللا بأنه غرامة. و توضيحه أن الأرش لتتيمم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن لا لتتقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب و لذا سمي أرشا كسائر الأروش المتداركة للنقائص ف ضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين لأن ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفئات المضمون و مقابله إذ لا معنى له غير ضمان الشيء و أجزائه بعوضه المسمى و أجزائه و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشيء بقيمته الواقعية فلا أوثق من أن يقال إن مقتضى المعاوضة عرفا هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن لأنه أمر معنى كسائر الأوصاف و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق الزيادة و عدم عد العيب نقصا يتدارك بشيء من مقابله إلا أن الدليل من النص و الإجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف و كونه في عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة فإن هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شيء من الثمن لكن له مدخل في وجود مقدار الثمن و عدمه فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بإزاء ما كان يلاحظ الثمن لأجله و للمشتري أيضا إسقاط هذا الالتزام عنه

[هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]

نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن - كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام بأنه جزء من الثمن أو بمقداره كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة و ظاهر غيرها و الشهيدين في كتبهما و جهان تردد بينهما في جامع المقاصد و أقواما الثاني لأصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه لأن المتيقن من مخالفة الأصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة لا في مقابلها مضافا إلى إطلاق قوله ع في روايتي حماد و عبد الملك:

أنه له أرش العيب و لا - دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن عدا ما يترأى من ظاهر التعبير - في روايات أرش عن تدارك العيب برد التفاوت إلى المشتري الظاهر

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٢

في كون المردود شيئا كان عنده أولا و هو بعض الثمن لكن التأمل التام يقضى بأن هذا التعبير وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلى البائع و كونه من النقدين فالرد باعتبار النوع لا الشخص. و من ذلك ظهر أن قوله ع في رواية ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها محمول على الغالب من كون الثمن كليا في ذمة المشتري فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن فالظاهر تعيينه من النقدين لأنهما الأصل في ضمان المضمونات إلا أن يترأى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. و استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما حيث حكما في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز أخذ الأرش من غير النقدين و لم يجز منهما فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية إنما يرجع فيها النقدين فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما و يمكن رفع هذا الإشكال بأن المضمون بالنقدين هي الأموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا في الذمة و إلا بطل البيع فيما قابله من الصحيح - لعدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو عمله جاز له مطالبته المال فإذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداء و رضى به الآخر فمختاره نفس الأرش لا عوض عنه. نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه كما أن لدى الخيار مطالبته النقدين في غير هذا المقام و إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. و بالجملة فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار و يكون نفس الأرش بخلاف دفع النقدين فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشي

[هل يعقل استغراق الأرش للثمن]

ثم إنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل أن يكون مستغرقا له لأن المعيب إن لم يكن مما يتمول و يبذل في مقابلة شيء من المال بطل بيعه و إلا فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكل بناء على أن العيب إذا كان مضمونا على البائع بمقتضى قوله ع: إن حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع و المفروض أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بإزائه شيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا مطلقا حتى يفسخ العقد به و يرجع هذا الملك الموجود غير المتمول إلى البائع بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا - دليل على إلحاقه بالتلف بل تبقى العين غير المملوكة حقا

للمشترى و إن لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشالا من باب انفساخ العقد هذا إلا أن العلامة قدس سره في القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذى ذكرنا أنه لا- يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن. قال فى القواعد لو باع العبد الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى و الأرش على رأى و صح البيع إن كان موسرا و إلا تخير المجنى عليه و لو كان عمدا وقف على إجازة المجنى عليه و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها و للمشترى الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجنايه فالأرش ثمنه أيضا و إلا فقدر الأرش و لا- يرجع لو كان عالما و له أن يفديه كالمالك و لا- يرجع به عليه و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن انتهى. و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب و قال فى أوائل البيع من التذكرة فى مسألة بيع العبد الجانى و لو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ما لم يجز البيع أولا فإن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه و لا- يحصل من ذمة المعسر فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري و يتخير المشتري الجاهل فى الفسخ و يرجع بالثمن و به قال أحمد و بعض الشافعية أو مع الاستيعاب لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه و إن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه و لو كان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع إلى أن قال و إن أوجبت الجنايه قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الأرش و الرد فإن اقتص منه احتمال تعين الأرش و هو قسط قيمه ما بينه جانيا و غير جان و لا يبطل البيع من أصله لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتد. و قال أبو حنيفة و الشافعي يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق عليه عند البائع فجرى مجرى إتلافه انتهى و قال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ و لو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد و للمشترى الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجوع بالثمن و إن لم يفسخ و استوعبت الجنايه قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضا و إن لم تستوعب قيمته رجوع بقدر الأرش و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد لم يرجع بشيء و لو اختار المشتري أن يفديه جاز و رجوع به على البائع مع الإذن و إلا فلا انتهى. قوله و انتزعت إما راجع إلى رقبة العبد أو إلى القيمة إذا باعه المجنى عليه و أخذ قيمته و هذا القيد غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته إما أن تكون له قيمة تبذل بإزائه أولا. و على الأول فلا بد أن يبقى شيء

من الثمن للبائع بإزائه فلا- يرجع بجميع الثمن عليه و على الثانى فينبغى بطلان البيع- و لو قيل إن انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع بعده فى نفسه أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمدا و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه. و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

مسألة يعرف الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب - ليعرف التفاوت بينهما

فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت و إذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٣

من الرجوع إلى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المصنوعة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله فى الصفات المقصودة كمن يخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها يباع فى السوق بكذا و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الإخبار عن الحس و التعدد و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء و إن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى أمثاله و هذا يحتاج إلى الصفات السابقة و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار أهل الخبرة. و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصانغ العارف بأصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة مع كون قيمة الجيد و الرديء محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقولته هذا قيمته كذا يريد به أنه من جنس قيمته كذا و هذا فى الحقيقة لا يدخل فى

المقوم وكذا القسم الأول فمرادهم بالمقوم هو الثاني لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد- إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد وإما لاعتبار الظن في مثل ذلك مما انسدت فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالأقل لأصالة براءة ذممة البائع تضييع حق المشتري في أكثر المقامات وإما لعموم ما دل قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني لكونه ناشئا عن حدس واجتهاد وتبع الأشباه والأنظار وقياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغي أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقفهم ففى كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان ويحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلا به.

مسألة لو تعارض المقومون

إشارة

فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل و بينة الأكثر لأنها مثبتة و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه و الرجوع إلى الصلح لتثبيت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

[الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن]

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان- لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه وجب العمل به فى بعضه- فإذا قوم أحدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة و إذا قوم الآخر بثمانية فقد قوم كلا- من نصفه بأربعة فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع و قولاهما و إن كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا- القولين فى النصفين- إلا- أن طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر أولى فى مقام امتثال أدلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل منهما- بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين فى أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كذلك فى التكليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس فإن فى التبعض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجملة و لعل هذا هو السر فى عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس فى شىء من الموارد.

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق لأن مرجع بينة النفى إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة فيبينه الإثبات المدعية للزيادة سليمة- و أخرى بأن الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيئتين بمرجح و أصالة البراءة هنا مرجحة للبيئة الحاكمة بالأقل- و ثالثة بأن فى الجمع مخالفة قطعية- و إن كان فيه موافقة قطعية- لكن التخيير الذى لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه. و يندفع الأول بأن المفروض أن بينة النفى تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا و إن بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه. و يندفع الثانى بما قررناه فى الأصول من أن الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية- بل تصلح مرجعا فى المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما فى الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل- و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل أن بينة الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجح فيجمع بين النفى و الإثبات بالنصفين. و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو فى مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين إلى الانقياد و التجرى حيث إن ترك

التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأسا وإن اشتمل على أعمال الآخر إذ ليس الحق فيها لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه - ثم إن قاعدة الجمع حاكمه على دليل القرعة - لأن المأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا - بالواقع المردد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع - فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و أعمال أسبابها بقدر الإمكان إذ لا ينفع توفيه حق واحد من إهمال حق الآخر رأسا على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع ثم إن المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما - و من الثلث لثنتهما و من الأربع ربعهما و هكذا في المعيب ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتي المعيب أربعة و الأخرى اثني عشر أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة و التفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن - . و يمكن أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٤

بقول المثبت للزيادة و في نصفه الآخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما باثني عشر و الأخرى ثمانية أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقي البائع و المشتري لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول و يحتمل الجمع بطريق آخر - و هو أن يرجع إلى البيئة في مقدار التفاوت - و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم - و هذا منسوب إلى الشهيد قدس سره على ما في الروضة - و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإن التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ثمانية و قيمة المعيب على الأول عشرة و على الثاني خمسة فعلى الأول يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح - أعني العشرة - و نصف قيمتي المعيب و هو سبعة و نصف فالتفاوت بالربع فالأرش ربع الثمن - أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. و على الثاني يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البيئتين بالسدس. و على الآخر ثلاثة أثمان و ينصف المجموع - أعني ستة و نصف من اثني عشر جزء و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد كان في الأول ثلاثة و قد ينقص عن الأول - كما اتفقا على أن قيمة المعيب ستة و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية و قال الأخرى عشرة. فعلى الأول يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة و نسبته إلى الستة بالثلث. و على الثاني يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعا - .

و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس - .

[صور اختلاف المقومين]

إشارة

توضيح هذا المقام أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و إما أن يكون في المعيب فقط و إما أن يكون فيهما

[الاختلاف في الصحيح فقط]

فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطرفين دائما لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتي الصحيح - المجمعول قيمة منترعة - و على الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كل من القيمتين - المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل. و المفروض في هذه الصورة أن نسبة المعيب - إلى مجموع نصفى قيمتي الصحيح التي هي طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين لأن نسبة الكل إلى الكل تساوى

نسبة نصفه إلى كل من نصفى ذلك الكل و هو الأربعة و النصف فى المثال- لا إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل- كالأربعة و الخمسة- بل النصف المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر أعنى الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

[الاختلاف فى المعيب فقط]

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبدا لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما- و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى- كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنى عشر- و قالت إحداهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر و الستة مع الاثنى عشر لأن نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر

[الاختلاف فى الصحيح و المعيب معا]

و إن اختلفا فى الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البيتين فيتحد الطريقتان دائما كما إذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستة و قومه الأخرى صحيحا بستة و معيبا بثلاثة فإن نصف الصحيحين أعنى التسعة- تفاوته مع نصف مجموع المعيين و هو الأربعة و نصف- عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة- . و الحاصل أن كل صحيح ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين- و إن اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان. و قد تقدم مثالهما فى أول المسألة- ثم إن أظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكى عن إيضاح النافع حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه كما سيجىء و وجه تعين هذا الطريق أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثانى- . إما للجمع بين البيتين- بإعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا- و إما لأجل أن ذلك توسط بينهما- لأجل الجمع بين الحقين- بتتصيف ما به التفاوت نفا و إثباتا- على النهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البيتين كما يحكم بتتصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المررد بينهما من عند الودعى- و لم تكن هنا بينة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود فعلى الأول فاللازم و إن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب كما فعله المشهور- بأن يجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم- و يؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع صحيحا- و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه- و لازم ذلك كون تمامه بعشرة- و يجمع قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف- إلا أنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة- إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة و نصفا كما نسب إلى المشهور- لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحا و معيبا و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر بأربعة- و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنى عشر و نصف- فلا وجه ل أخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف بل لا بد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة- و الاثنى عشر و نصف لنصف منه تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر. و توهم أن حكم شراء شىء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا بأن اشترى عبدا و جارية باثنى عشر فظهرا معيين و العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنى عشر و نصف معيبا

و الجارية تسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة فإنه لا شك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتي الصفقة صحيحة و معيبة أعني العشرة و السبعة و النصف- و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن و هو ثلاثة إذا فرض الثمن اثني عشر- كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه- مدفوع بأن الثمن في المثال- لما كان موزعا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٥

على العبد و الجارية بحسب قيمتهما- فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشاً فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته و للجارية سدسها كما هو الطريق المختار لأنه أخذ من مقابل الجارية أعني سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعني أربعة و أربعة أخماس ثلاثة أثمان و هو واحد و أربعة أخماس فالثلاثة التي هي ربع الثمن- منطبق على السدس و ثلاثة أثمان- بخلاف ما نحن فيه فإن المبذول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد و هو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد في المثال المفروض بثمان مساو للآخر بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر في عقد واحد أو عقدين فلا يجوز حينئذ أخذ الربع من اثني عشر بل المتعين حينئذ أن يؤخذ من ستة الجارية سدس- و من ستة العبد اثنان و ربع- فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعاً و هو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني. و قد ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين شهادة البيئات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب و إن لم يذكروا القيم- هذا كله إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى- العمل بكل من البيئتين في جزء من المبيع و أما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرناه أخيراً بأن ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثاني أيضاً- سواء شهدت البيئتان بالقيمتين- أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب- أما إذا شهدت بنفس التفاوت فلأنه إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثني عشر- و شهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان- و هو الثلاثة من ثمانية- زدنا على السدس ما ينقص من ثلاثة أثمان- و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس- و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثنا عشر ثلاثة و ربع كما ذكرنا سابقاً و إن شهدت البيئتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حقي البائع و المشتري في مقام إعطاء الأرش و أخذه- تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب- دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثنى عشر و العشرة و من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب- نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس- بما ينقص من ثلاثة أثمان- فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب سدس و نصف سدس و ثمن سدس- و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني- بأن يريدوا من أوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منهما- من حيث نسبتها إلى قيمة الآخر فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح و المعيب- قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيئات المقومين للصحيح و الفاسد و ليس في كلام الأكثر أنه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة و كذلك قيم المعيب- ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى-. قال في المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم و نحوه في النهاية و في الشرائع حمل على الأوسط. و بالجملة فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد هذا مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيئتين في قيمة نصف المبيع. نعم لو لم تكن بينه أصلاً لكن علمنا من الخارج- أن قيمة الصحيح إما هذا و إما ذاك و كذلك قيمة المعيب- و لم نقل حينئذ بالقرعة أو الأصل فاللازم الاستناد في التنصيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه. و قد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملين و الله العالم

القول في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب

الشروط يطلق في العرف على معنيين

أحدهما المعنى الحدنى

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلانى و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو عليه. و فى القاموس أنه إلزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره و ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازاً أو غير صحيح لكن لا إشكال فى صحته لوقوعه فى الأخبار كثيراً مثل قوله ص فى حكاية بيع بريرة: إن قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق. و قول أمير المؤمنين ص: فى الرد على مشترط عدم التزوج بامرأة أخرى فى النكاح إن شرط الله قبل شرطكم و قوله: ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت و فى غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا و قد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد فى بعض أخبار الشرط فى النكاح. و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار و أما دعوى كونه مجازاً فيدفعها مضافاً إلى أولوية الاشتراك المعنوى و إلى أن المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام استدلال الإمام ع بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذى أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما فى القاموس مع تفرد به و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التى ذكرناها و إلا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها ثم قد يتجاوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

الثانى ما يلزم من عدمه العدم

من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلاً و لا حدثاً و اشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط و لذا ليسا بمتضايين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك أن الشرط فى المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر و بمعنى الشىء و أما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثانى كما أن استعماله فى السنة أهل المعقول و الأصول فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى إلا أنه أضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلاً للسبب. فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الإطلاقات العرفية بل هى مرددة بين الأولين فإن قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الأول أو على إرادة الجامد تعين الثانى و إلا حصل الإجمال و ظهر أيضاً أن المراد بالشرط فى قولهم ص: المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدراً إما مستعملاً فى معناه أعنى إلزاماً على أنفسهم و إما مستعملاً بمعنى ملتزماتهم و إما بمعنى جعل الشىء شرطاً بالمعنى الثانى بمعنى التزام شىء عند عدم آخر و سيجىء الكلام فى ذلك. و أما الشرط فى قوله:

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٦

ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت و أما الشرط فى غيره قال البيعان بالخيار حتى يفترقا و قوله: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع و ألزمه على المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدراً بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع و يحتمل أن يراد به الحكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار و على كل تقدير ففى الإخبار عنه بقوله ثلاثة أيام مسامحةً. نعم فى بعض الأخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام و لا يخفى توقفه على التوجيه

الكلام فى شروط صحة الشرط

و هي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها

أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها مثل صيرورة الزرع سنبلًا و كون الأمة و الدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا أو كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا كما مثل به في القواعد لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه لا- عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه لأن الإلزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء و الإتيان بالقيد المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجارة و الجعالة مع أن اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة. نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطا به و واقعا عليه أمر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل أولى بالاشتراط من الوصف الحالى غير المعلوم تحققه ككون العبد كاتبًا و الحيوان حاملا و الغرض الاحتراز عن ذلك و يدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا أو لصيرورتهما كذلك و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة و إنباعها و حمل الدابة في ما بعد و وضع الحامل في وقت كذا و غير ذلك. و قال في القواعد- يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرا لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى لكن قال في الشرائع و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا و الرطب على أن يجعله تمرا انتهى. و نحوها عبارة التذكرة لكن لا- بد من إرجاعها إلى ما ذكر إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلى اللهم إلا- أن يراد أعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الإيصال فأسند إلى نفسه بهذا الاعتبار فافهم. و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافا إلى عدم الخلاف فيه- عدم القدرة على تسليمه بل و لا- على تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق و لا يناط بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه و لذا نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا على عدم القدرة على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة و لا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا لا- يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتبًا بالفعل أو حاملا للفرق بينهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلم به فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجى بمنزلة توصيفه بها و بهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقق في المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. و قد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط أن تكون الأمة تحمل في المستقبل لأنه غرر عرفا خلافا للمحكى عن الشيخ و القاضى فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق و ظاهرهما كما استفاده في الدروس تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط. و يمكن توجيه كلام الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل فعدمه كاشف عن فقدها و هذا الشرط و إن كان للتأمل في صحته مجال إلا أن إرادة هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف ثم إن عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخلية فيه أصلا كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا و أخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركب فإن أراد اشتراط المركب فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و العدم إذ تقديره بعه على

زيد إن اشتراه انتهى ولا- أعرف وجهها للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادة اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان إلا- أن يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء فالاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط و عليه يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهدة فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار انتهى.

و من أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقه من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفى في تحققة نفس الاشتراط فلا إشكال و لو شك في حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم و يدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فإن الشرط إذا كان محرما المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٧
كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام و هذا واضح لا إشكال فيه.

الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا - أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.

و مثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات و قد صرح جماعة بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين أو ميزان معين من أفراد المتعارف لغو سواء في السلم و غيره. و في التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالية فإنه لغو لا يوجب الخيار و الوجه في ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره فيثبت له الخيار أو يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون تركه ظلما فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء و لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه- و من هنا اختار في التذكرة صحة اشتراط أن لا يأكل إلا الهريسة و لا يلبس إلا الخبز و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ و الحل من تعلق الغرض المعتد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر و لاستغراق أوقاته بالخدمة و من أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و الأغراض الدنيوية لا تعارض الأخروية و جزم بذلك في الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة

إشارة

فلو اشترط رقيه حر أو توريث أجنبي كان فاسدا لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شيء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة لكنه مما لا يرتاب في ضعفه. و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر

الأخبار الواردة في هذا الشرط

ثم التعرض لمعناها فنقول إن الأخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى. ففي النبوي المروي صحيحا عن أبي عبد الله ع: من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل فلا يجوز ذلك له و لا عليه و المذكور في كلام الشيخ و العلامة رحمه الله المروي من طريق

العامه قوله ص في حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها ولاءها ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز و جل فهو باطل قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق و في المروى موثقا عن أمير المؤمنين ع: من شرط لامرأته شرطا فليف به لها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما و في صحيحة الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود و في صحيحة ابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له و لا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله و في صحيحة الأخرى: المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز و في رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر ع: في من تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت عليه أن بيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و وليت حقا ليست أهلا له فقضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة و في معناها مرسله ابن بكير عن أبي عبد الله ع و مرسله مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح. و في رواية إبراهيم بن محرز قال قلت لأبي عبد الله ع رجل قال لامرأته أمرتك بيدك فقال ع: إنى يكون هذا و قد قال الله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و عن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن أبي جعفر ع قال: قضى أمير المؤمنين ع في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها أن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرية فهي طالق فقال ع شرط الله قبل شرطكم إن شاء و في بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثُلَاثَ وَ قَالَ أَحَلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةَ

[المراد بكتاب الله]

ثم الظاهر أن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و أن بينه على لسان رسوله ص فاشترط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى لكن ظاهر النبوي و إحدى صحيحتي ابن سنان - اشترط موافقة كتاب الله في صحة الشرط و أن ما ليس فيه أو لا يوافقه فهو باطل

[المراد بموافقة الكتاب في بعض الأخبار]

و لا- يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة في النفس و المال فخطاؤه ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى

[المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]

ثم إن المتصف بمخالفة الكتاب - إما نفس المشروط و الملتزم ككون الأجنبي وارثا و عكسه و كون الحر أو ولده رقا و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك و إما أن يكون التزامه مثلا- مجرد عدم التسرى و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب و إنما المخالف للالتزام به فإنه مخالف لإباحة التسرى و التزوج الثابتة بالكتاب و قد يقال إن التزم ترك المباح لا ينافي بإباحته فاشترط ترك التزوج و التسرى لا ينافي الكتاب فينحصر المراد في المعنى الأول. و فيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار فإن التزم ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أن التزم فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفي هذا مصداقا لهذا المعنى مع أن الرواية المتقدمة الدالة على كون اشترط ترك التزوج و التسرى مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما كالصريحة في هذا المعنى و ما سيجيء من تأويل الرواية بعيد مع أن قوله ع في رواية إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهر بل صريح في فعل الشارط فإنه الذي يرخص باشرطه الحرام الشرعي و يمنع باشرطه عن المباح الشرعي إذ المراد من التحريم و إلا حلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع و أصرح من ذلك كله المرسل المروى في الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع

منه كتاب أو سنة

[المراد بحكم الكتاب و السنة]

ثم إن المراد بحكم الكتاب و السنة الذي يعتبر عدم مخالفة الشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط.

[انقسام الحكم الشرعي إلى قسمين]

[ما يثبت للشيء من حيث نفسه]

و توضيح ذلك أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه و لازم ذلك من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث إن تجويز الفعل و الترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٨

الفعل أو الترك كأكل اللحم فإن الشرع قد دل على إباحته في نفسه بحيث لا ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه أوامر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده

[ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]

و قد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له و هذا نظير أغلب المحرمات و الواجبات فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع إلا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج

[القسم الأول من الشروط ليس مخالفا للكتاب]

إذا عرفت هذا فنقول الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب إذا المفروض أنه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب و السنة و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به و إذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفا للكتاب و السنة

[ظاهر مورد بعض الأخبار من قبيل الأول و توجيهه]

إشارة

و لكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول كترك التزوج و ترك التسرى فإنهما مباحان من حيث أنفسهما فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة كالحلف و الشرط و أمر السيد و الوالد و حينئذ فيجب إما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و إن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من

المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم لكن يبعده استشهاد الإمام لبطلان تلك الشروط بإباحة ذلك في القرآن و هو فى معنى إعطاء الضابطة لبطلان الشروط. و أما الحمل على أن هذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة إذ الكتاب دال على إباحتها و أنها مما لا يترتب عليه حرج و لو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل. و يشهد لهذا الحمل و إن بعد بعض الأخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبى الحسن ع إن شريكاً لى كان تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأة لا والله لا أتزوجك أبدا حتى يجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى و لا تتزوج على قال و قد فعل قلت نعم جعلنى الله فداك قال بسما صنع ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار ثم قال أما الآن فقل له فليتيم للمرأة شرطها فإن رسول الله ص قال المسلمون عند شروطهم فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط فتأمل.

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى إلى القسمين المذكورين و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثانى لا الأول

منها كون من أحد أبويه حر رقا

فإن ما دل على أنه لا يملك ولد حر قابل لأن يراد به عدم رقيه ولد الحر بنفسه بمعنى أن الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعا لأشرف الأبوين فلا ينافى جعله رقا بالشرط فى ضمن عقد و أن يراد به أن ولد الحر لا يمكن أن يصير فى الشريعة رقا فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالين على هذا الحكم.

و منها إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا

فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر و عدم مشروعية اشتراط إرث أجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا فيشكل الفرق حينئذ بين أفراد غير الوارث و بين أفراد العقود و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا إلا أن يدعى أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا فى هذا المورد أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا فى هذا المورد و لكن عرفت و هن الثانى و الأول يحتاج إلى تأمل.

و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية

و اشتهر عدم جوازه فى عقد الإجارة فيشكل أن مقتضى أدله عدم ضمان الأمين عدم ضمانه فى نفسه من غير إقدام عليه بحيث لا ينافى إقدامه على الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالأسباب كالشرط فى ضمن عقد تلك الأمانة أو غير ذلك

و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر

فإنهم اختلفوا فى جوازه و الأشهر على الجواز و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعة الزوج و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره و أورد عليهم بعض المجوزين بأن هذا جار فى جميع الشروط السائغة من حيث إن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

و بالجملة فموارد الإشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتتبع فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغيره بالشرط و التأمل فيه حتى يحصل له التميز و يعرف أن المشروط

من قبيل ثبوت الولاء لغير المعنى المنافي لقوله ص: الولاء لمن أعتق أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافي لقوله ع: إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما في المجلس مع قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما

[الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]

فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع إلى عموم: المؤمنون عند شروطهم والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعا للكتاب والسنة لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفي في إحراز عدمها واقعا كما في سائر مجاري الأصول و مرجع هذا الأصول إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط مثلا نقول إن الأصل عدم ثبوت هذا الحكم بتسلط الزوج على الزوجه من حيث المسكن لا من حيث هو لو خلى وطبعه و لم يثبت في صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن لكن هذا الأصل إنما ينفذ بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة والتسليط فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرو خلافه لم يلزم شرعى كالنذر وشبهه من حقوق الله والشرط وشبهه من حقوق الناس أما ما كان ظاهره العموم كقوله: لا يملك ولد حر فلا مجرى فيه لهذا الأصل. ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب وأن التزم فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر أن المتعين

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٩

في هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل وما دل على وجوب الوفاء بالشرط ويرجع إلى المرجحات و ذكر أن المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع قال و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد والأصول. وفيه من الضعف ما لا يخفى مع أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح لأن الشرط إن كان فعلا يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم بل لا يصح وإن كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصالة بقاء الوجوب والتحرير الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا من أن من الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما ترخص في فعله و تركه و منها ما لا يقبله كالتحرير و كثير من موارد الوجوب

و أدلة الشروط حاكمه على القسم الأول دون الثاني

فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك و قد تفتن قدس سره لما ذكرنا في حكم القسم الثاني و أن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة حرمة شرب الخمر فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا انتهى.

[المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]

و مما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله ع في رواية إسحاق بن عمار المتقدمه: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فإن المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر

دليله حتى مع الاشتراط نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنما أو صورة حيوان و نظير مجامعة الزوج التي دل بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها أعنى الإباحة متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللا بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى حرمة أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجي عليه أو كان حراما كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلا تغيير عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعنى مطالبه ماله في ذمة غريمه أو حلف الملك على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعا من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد و عنوان حث اليمين عليه تحريما لحلال فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرم في نفسه و كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافى ذلك حليتهما باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما في بعض النصوص. و بالجملة فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله أما إذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجردا عن ذلك العنوان

ثم إنه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرم للحلال

إشارة

على ما ذكرنا في معنى الرواية بأن أدلة حلية أغلب المحللات بل كلها إنما تدل على حليتها في أنفسها لو خليت و أنفسها فلا تنافي حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر و أخويه و من جهة إطاعة الوالد و السيد و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها. نعم لو دل دليل حل شيء على الحلية المطلقة نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه أصلا أو خصوص الشرط من بين العناوين أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دل بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتسرى و التزوج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك إذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط و مورد ورود الدليل على عدم تغير حل الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع أن الإمام علل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرما للحلال كما عرفت في الرواية التي تقدمت في عدم صحة اشتراط عدم التزوج و التسرى معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على إباحتها.

[عدم ورود الإشكال في الشرط المحلل للحرام]

نعم لا يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام لأن أدلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لو لا الشرط و ليس كذلك في طرف المحرم للحلال فإننا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حد الإحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا أو تركا

[توهم اختصاص الإشكال بما دل على الإباحة التكليفية]

و ربما يتخيل أن هذا الإشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية كقوله تحل كذا و تباح كذا أما الحلية التي تضمنها الأحكام

الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرقية أو أصدادها فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلا فإن الانتفاع بالملك في الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر إلى أمها و بنتها من المباحات التي لا تقبل التغير و لذا ذكر في مثال الصلح المحرم للحلال أن لا ينتفع بماله أو لا يطاء جاريته. و بعبارة أخرى ترتب آثار الملكية على الملك في الجملة و آثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن إباحتها و إن كان ترتب بعض الآثار قابلا لتغير حكمه إلى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط إسكان البائع فيه مدة و إسكان الزوجة في بلد اشترط أن لا- يخرج إليه أو وطنها مع اشتراط عدم وطنها أصلا كما هو المنصوص و لكن الإنصاف أنه كلام غير منضبط فإنه كما جاز تغير إباحة بعض الانتفاعات كالوطى في النكاح و السكنى في البيع إلى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغير إباحة سائرهما إلى الحرمة فليس الحكم بعدم تغير إباحة مطلق التصرف في الملك و الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط إلا للإجماع أو لمجرد الاستبعاد و الثانى غير معتد به و الأول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٠

في بيان هذه الضابطة مع أن هذا العنوان أعنى تحريم الحلال و تحليل الحرام إنما وقع مستثنى في أدلة انعقاد اليمين و ورد أنه لا يمين في تحليل الحرام و تحريم الحلال و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما معللا بأنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله و من المعلوم أن إباحة العصير لم يثبت من الأحكام الوضعية بل هي من الأحكام التكليفية الابتدائية. و بالجملة فالفرق بين التزوج و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللا بأنه خلاف الكتاب الدال على إباحتهما و بين ترك الوطى الذى ورد جواز اشتراطه- و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللا- بأنه من تحريم الحلال و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الإشكال

[ما أفاده الفاضل التراقي في تفسير الشرط المحرم للحلال]

و ربما قيل في توجيه الرواية و توضيح معناها أن معنى قوله: إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما إما أن يكون إلا شرطا حرم و جوب الوفاء به الحلال و إما أن يكون إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال و الأول مخالف لظاهر العبارة مناقضته لما استشهد به الإمام ع- في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج بل يلزم كون الكل لغوا إذ ينحصر مورد: المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات فيبقى الثانى و هو ظاهر الكلام فيكون معناه إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال ثم قال فإن قيل إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله حراما عليه قلنا لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله حراما ذاتيا أى مطلوب الترك شرعا و لا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراما شرعيا ثم قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا فلا يحرم و لا يحلل قلنا إن أريد أنه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس كذلك بل حكم الشرط ذلك و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله و على هذا فلا إجمال في الحديث و لا تخصيص في ذلك كالنذر و العهد و اليمين فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد و لو نذر أن يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا أو يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد انتهى. أقول لا أفهم معنى محصلا لأشراط حرمة الشيء أو حليته شرعا فإن هذا أمر غير مقدور للمشرط و لا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور و لا- معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به إذ ليس فعلا خصوصا للمشرط و كذلك الكلام في النذر و شبهه و العجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم و المحلل نفس الشرط و لم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقص. و قد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصلح على أن لا يطاء جاريته و لا ينتفع بماله و كيف كان فالظاهر بل المتعين أن المراد بالتحليل و التحريم المستنديين إلى الشرط هو الترخيص و المنع. نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بحيث لا يتغير

موضوعه بالشرط لا- ما كان حلالا لو خلى وطبعه بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. وقد ذكرنا أن المعيار فى ذلك وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشئ أو حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط وعدم وقوعه فى الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعى و فى الثانى يكون مغيرا لموضوعه فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط أنهما لا يغيران حكما شرعيا بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط كالنذر و شبهه و أما تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعية فى غاية الكثرة بل هما موضوعان لذلك و قد ذكرنا أن الإشكال فى كثير من الموارد فى تميز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

[ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور]

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذى تكلمنا عليه ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة فإنه بعد ما ذكر من أمثلة الشرط غير الجائر فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنى و نحوهما من المحرمات و من أمثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات كأن يشترط تقليص الأظفار بالسن أبدا و أن لا يلبس الخبز أبدا و لا يترك النوافل فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا و جعل المباح حراما حراما إلا برخصة شرعية حاصله من الأسباب الشرعية كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام على ع فى رواية إسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما قال قدس سره فإن قلت إن الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح و أما لو اشترط فى ضمن عقد آخر يصير واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة قلت الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى و كذا حلية المبيع فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و التزام تركه مستلزم لتحريمه و كذلك جميع أحكام الشرع من التكليفية و الوضعية و غيرها إنما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحدث المشترط قاعدة كلية و يبدع حكما جديدا و قد أجزى فى الشرع البناء على الشروط إلا شرطا أوجب إبداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوج و التسرى و إن كان بالنسبة إلى نفسه فقط و قد قال الله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و كجعل الخيرة فى الجماع و الطلاق بيد المرأة و قد قال الله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و فيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة إشكال فما ذكر فى السؤال من وجوب البيع الخاص الذى يشترطه فى ضمن عقد ليس مما يوجب إحداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سره و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطه من الشروط الجائزة المكاسب، ج ٣، ص ٢٨١

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائر على سبيل القاعدة بل الذى يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطه و هذا الحكم أيضا من جعل الشارع فقولنا العمل على مقتضى الشرط الجائر واجب حكم كلى شرعى و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه بل إنما هو صادر من الشارع انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر فى مواضع من كلامه مجال فافهم و الله العالم.

الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد

و إلا لم يصح لوجهين أحدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم

تحققه فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط فلا بد إما أن يحكم بتساقط كليهما وإما أن يقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط. الثاني أن الشرط المنافي مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب و لذا ذكر في التذكرة أن اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته فيخالف قوله ص: الناس مسلطون على أموالهم و دعوى أن العقد إنما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً خروج عن محل الكلام إذ الكلام في ما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتى لا ينافي تخلفه عنه لقيده بقيده و شرط يشترط فيه هذا كله مع تحقق الإجماع على بطلان هذا الشرط فلا إشكال في أصل الحكم و إنما الإشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظرا العرف أو الشرع و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد و إن اتضح ذلك في بعض الموارد لكون الأثر كالمقوم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً كاشتراط عدم التصرف أصلاً في المبيع و عدم الاستمتاع أصلاً بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك إلا أن الإشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه و يصعب الفرق بينهما و إن تكلف له بعض مثلاً المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبة في ضمن عقد البيع و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع و ولده كما صرح به في التذكرة. و قد اعترف في التحرير بأن اشتراط العتق مما ينافي مقتضى العقد و إنما جاز لبناء العتق على التغليب و هذا لو تم لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع و ولده فإنه شرط مناف كالتق ليس مبني على التغليب. و لأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف و الإشكال في أن الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد أم لا.

منها اشتراط عدم البيع فإن المشهور عدم الجواز لكن العلامة في التذكرة استشكل في ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته. و منها ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان- من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحة رفاعه في الشركة في الجارية قال و منعه ابن إدريس لأنه مناف لقضية الشركة قلنا لا نسلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة و الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجارية من المبيعات انتهى. و منها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية و عدم جوازه في الإجارة مستدلين بأن مقتضى عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر فأورد عليهم المحقق الأردبيلي و تبعه جمال المحققين في حاشية الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية. و منها اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها فقد جوزها جماعة لعدم المانع و للنص و منعه آخرون منهم فخر الدين في الإيضاح مستدلاً بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع و الإسكان و قد بالغ حتى جعل هذا قرينه على حمل النص على استحباب الوفاء. و منها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنية على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع. قال في الإيضاح ما ملخصه بعد إسقاطه ما لا يرتبط بالمقام إنهم اختلفوا في أن هذا العقد يقتضى التوارث أم لا و على الأول فقبل مقتضى هو العقد المطلق من حيث هو فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط لأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي فيستحيل عدمه مع وجودها و قيل مقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه أعنى الماهية بشرط لا شيء فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه و على الثاني قيل يثبت مع الاشتراط و يسقط مع عدمه و قيل لا يصح اشتراطه انتهى. و مرجع القولين إلى أن عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته و اختار هو هذا القول الرابع تبعاً لجده و والده قدس سرهما و استدلل عليه أخيراً بما دل على أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثك قال فجعل نفى الإرث من مقتضى الماهية. و لأجل صعوبة دفع ما ذكرنا من الإشكال في تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات إطلاقه التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الإجماع على الصحة أو البطلان إلى نظر الفقيه فقال أولاً المراد بمنافي مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه و رتب عليه على أنه أثره و فائدته التي لأجلها وضع كانتقال العوضين إلى المتعاقدين و إطلاق التصرف فيهما في البيع و ثبوت التوثق في الرهن و المال في ذمة الضامن بالنسبة إلى الضمان و

انتقال الحق إلى ذمة المحال عليه في الحوالة و نحو ذلك فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً و أجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتاً ما في مقتضى العقد ثم اعترض بأن العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً فالمنع عن البعض منافي له ثم قال و دفع ذلك لا- يخلو عن عسر و كذا القول في نحو خيار الحيوان مثلاً فإن ثبوته مقتضى العقد فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافيًا له ثم قال و لا- يمكن أن يقال إن مقتضى العقد ما لم يجعل إلا لأجله كانتقال العوضين فإن ذلك ينافي منع اشتراط أن لا- يبيع المبيع مثلاً- ثم قال و الحاسم لمادة الإشكال أن الشروط على أقسام منها ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة أو فساد و منها ما وضح فيه المنافاة للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضح مقابله و لا كلام فيما وضح و منها

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٢

ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه انتهى كلامه رفع مقامه أقول وضح المنافاة إن كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال في العوضين و عدم انتقال المال إلى ذمة الضامن و المحال عليه فلا- يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي و إن كان بغير العرف فمرجه إلى الشرع من نص أو إجماع على صحة الاشتراط و عدمه و مع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترك عدمه فإن دل عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومه دليل وجوب الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب و السنة و إن دل على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه بحيث لا ينافي تغير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ أن السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة في الرواية السابقة منافيًا لهذا الأثر و لم يجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافيًا. و قد فهم الفقهاء من قوله البيعان بالخيار حتى يفترقا فإن افترقا وجب البيع عدم التنافي فأجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد و كذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق و لو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع إلى أصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثاني فيبقى عموم أدلة الشرط سليماً عن المخصص و قد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة.

الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولاً جهالةً توجب الغرر في البيع

لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين كما سيحىء بيانه قال في التذكرة و كما أن الجهالة في العوضين مبطلَةٌ فكذا في صفاتهما و لو أحق المبيع فلو شرطاً مجهولاً بطل البيع انتهى. و قد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناء على أن المنفى مطلق الغرر حتى في غير البيع و لذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة بطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به و لذا قد يجزم بطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع فإن العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد المبيع أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم بطلان الشرط لكن الإنصاف أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائماً مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة من الفرق في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الأمور بأن يقول بعتكها على أنها حامل أو على أن لك حملها و بين تملكها على وجه الجزئية بأن يقول بعتكها و حملها فصحح الأول لأنه تابع و أبطل الثاني لأنه جزء لكن قال في الدروس لو جعل الحمل جزء من المبيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع و قال في باب بيع المملوك و لو اشتراه و ما له صح و لم يشترط علمه و لا- التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك و لو أحلناه اشتراطاً انتهى. و المسألة محل إشكال و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها حيث صرحوا بأن للشرط قسطاً من أحد العوضين و أن التراضي على المعاوضة وقع منوطاً به و لازمه كون الجهالة فيه قاذحةً و الأقوى اعتبار العلم لعموم نفي الغرر إلا- إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج و قد مر ما ينفع هذا المقام في شروط

العوضين و سيأتي بعض الكلام فى بيع الحيوان إن شاء الله.

الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال

كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور قال فى التذكرة لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا أو لا و إلا جاء الدور- لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنه لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى. و سيأتي تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئه. و قد صرح فى الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور بل لعدم القصد إلى البيع و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه و على عقبه فقد صرح فى التذكرة بجوازه و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد

فلو تواطئا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتي لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا و إن كان أثره مستمرا فى نفس الملتزم بل إلى حين العقد بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ فى زمان إلى حين حصول المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه فإذا ترك ذكره فى العقد فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن أن يقال إن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيذا معنويا له فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض إذا التراضى وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري هذا مع أن الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنا عليه فيعم محل الكلام و على هذا فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبني عليه و إن لم يذكر فيه. نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد و عدم لزوم الشرط هذا و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور فى متن العقد و عدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبنا عليه بل فى الرياض عن بعض الأجله حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا فى عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فتراهم يجوزون فى باب الربا و الصرف الاحتيال فى تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٣

ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك فى العقد فإن الحلية لا تتحقق إلا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا إلى ما بعده و قد صرح المحقق و العلامة فى باب المراجعة بجواز أن يبيع الشئ من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراجعة إذا لم يشترط ذلك لفظا و معلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا. نعم خص فى المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترط لفظا. و بالجملة فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة أن الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكره لفظا لا أن النقل من قصدهما فراجع و أيضا فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح

المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلى عن ذكر الأجل ينقلب دائما. نعم ربما ينسب إلى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف بل المختلف فراجع - ثم إن هنا وجه آخر لا يخلو عن وجه و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط لأن الشرط من أركان العقد المشروط بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين فيجب ذكره في الإيجاب و القبول كأجزاء العوضين. و قد صرح الشهيد في غاية المراد بوجود ذكر الثمن في العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقا كما إذا قال بعني بدرهم فقال بعثك فقال المشتري قبلت و سيأتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع - و هو تنجيز الشرط بناء على أن تعليقه

إشارة

يسرى إلى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين فإن مرجع قوله بعثك هذا بدرهم على أن تخطط لى إن جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد بل يؤدي إلى البيع بشمين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه

[دفع هذا التوهم]

و يندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة و مجرد رجوعهما في المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان و لذا اعترف بعضهم بأن مرجع قوله أنت و كيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تباع و أنت و كيلى فى أن تباع إذا جاء رأس الشهر إلى واحد مع الاتفاق على صحة الثانى و بطلان الأول. نعم ذكره فى التذكرة أنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشتري ففيه إشكال لكن لم يعلم أن وجهه تعليق الشرط بل ظاهر عبارة التذكرة و كثير منهم فى بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقا على رد الثمن و قد ذكرنا ذلك سابقا فى بيع الخيار.

مسألة فى حكم الشرط الصحيح

[أقسام الشرط]

[شرط الوصف]

و تفصيله أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى - ككون العبد كاتباً و الجارية حاملاً و نحوهما

[شرط الفعل]

و إما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما كاشتراط إعتاق العبد و - خياطة الثوب

[شرط الغاية]

و - إما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل كاشتراط تملك عين خاصة و انعقاد مملوك خاص و نحوهما

و لا إشكال في أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبيين فقد الوصف المشروط

إذ لا يعقل تحصيله هنا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم

و أما الثالث

فإن أريد باشرطه الغاية- أعنى الملكية و الزوجية و نحوهما اشترط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية فيرجع إلى الثاني و هو اشترط الفعل و إن أريد حصول الغاية بنفس الاشرط فإن دل الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعي الخاص كالزوجية و الطلاق و العبودية و الاعتاق و كون المرهون ميبعا عند انقضاء الأجل و نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه كالمو كالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشتري فلا إشكال. و أما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين كالأمثلة المذكورة ملكا لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلاني حرا و نحو ذلك ففي صحة هذا الشرط إشكال من أصالة عدم تحقق تلك الغاية إلا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا يجري هنا لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به و من أن الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد و يشهد له تمسك الإمام ع بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل كعدم الخيار للمكاتب التي أعانها ولد زوجها- على أداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الاعتاق مضافا إلى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد و أما توقف الملك و شبهه على أسباب خاصة فهي دعوى غير مسموعة مع وجود أفراد اتفق على صحتها كما في حمل الجارية و مال العبد و غيرها و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للبيع مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشترط ملك حمل دابة في بيع أخرى كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و كيف كان فالأقوى صحة اشترط الغايات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة كما يصح نذر مثل هذه الغايات- بأن ينذر كون المال صدقة أو الشاة أضحية أو كون هذا المال لزيد و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار.

و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني- و هو ما تعلق فيه الاشرط بفعل

إشارة

و الكلام فيه يقع في مسائل

الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوي: المؤمنون عند شروطهم و العلوي: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا- شرطا حرم حلالا- أو حلال حراما و يؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله إلا من عصى الله في النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط هذا كله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد خلافا لظاهر الشهيد في اللعنة و ربما ينسب إلى غيره حيث قال إنه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٤

لا- يجب على المشروط عليه فعل الشرط و إنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال و وجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكى في الروضة عنه قدس سره في بعض تحقیقاته و هو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحققه و

لا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز اختلال به كشرط الوكالة و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقبل العقد اللازم جائزا و جعل السرفيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققة كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في لزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا انتهى. قال في الروضة بعد حكاية هذا الكلام و الأقوى للزوم مطلقا و إن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا أقول ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة لأن الكلام في اشتراط فعل سائغ و أنه هل يصير واجبا على المشروط عليه أم لا كما ذكره الشهيد في المتن فمثل اشتراط كونه و كيلا ليس إلا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له فلا يقال إنه يجب فعله أو لا يجب. نعم و جوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد. و بالجملة فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد نعم كلام الشهيد في اللمعة أعم منه و من كل شرط لم يسلم لمشترطه و مراده تعذر الشرط و كيف كان فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام إذ لا كلام و لا خلاف في وجوب ترتب آثار الشرط عليه و لا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار و لا في أن المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار و إن شئت قلت اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ. و مما ذكرنا يظهر أن تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح لأنه إنما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم في التذكرة لو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع ثم إن ما ذكره الشهيد قدس سره من أن اشتراط ما سيوجد أمر منفصلا و قد علق عليه العقد إلخ لا يخلو عن نظر إذ حاصله أن الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة و إن كان لا تعليق صورة فحاصل قوله بعتك هذا العبد على أن تعتقه أن الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة. و فيه مع أن المعروف بينهم أن الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين و أن القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضا و أن رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم يكن في صورة التعليق أن لازم هذا الكلام- أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانية في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء- من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع

ظاهر جماعة ذلك- و ظاهر التحرير خلافه- قال في باب الشروط إن الشرط أن تعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل و الخيار و الشهادة و التضمين و الرهن و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة جاز و لزم الوفاء ثم قال إذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط فإن أعتقه المشتري و إلا ففى إجباره و جهان أقربهما عدم الإيجاب انتهى. و قال في الدروس يجوز اشتراط سائغ في العقد فيلزم الشرط في طرف المشترط عليه فإن أخل به فللمشترط الفسخ و هل يملك إجباره عليه فيه نظر انتهى و لا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء به و قال في التذكرة في فروع مسألة العبد المشترط عتقه إذا أعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه إلى أن قال و إن امتنع أجبر عليه إن قلنا إنه حق لله تعالى و إن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر كما في شرط الرهن و الكفيل لكن يتخير البائع في الفسخ بعد سلامة ما شرط ثم ذكر للشافعي وجهين في الإيجاب و عدمه إلى أن قال و الأولى عندى الإيجاب في شرط الرهن و الكفيل لو امتنع كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل انتهى و يمكن أن يستظهر هذا القول أعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الإيجاب من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الإيجاب كالشيخ في المبسوط حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله ع: المؤمنون عند شروطهم ثم ذكر أن فى إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط و عدم الوجوب و إنما يجعل له الخيار ثم قال و الأقوى هو الثانى انتهى. فإن ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة مما لا مساع لإنكاره بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه فى عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة

الوجوب منه إذ لا- تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته ثم إن الصيمرى فى غاية المرام قال لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به و قال هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد أو للبائع يحتمل الأول إلى أن قال و يحتمل الثالث هو مذهب العلامة فى القواعد و التحرير لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق و هو يدل على أنه حق للبائع و على القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط بإسقاط البائع و على القول بكونه للبائع تكون المطالبة له و يسقط بإسقاطه و لا يجبر المشتري و مع الامتناع يتخير المشتري بين الإمضاء و الفسخ و على القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير انتهى و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الإجماع أن كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا- كلام و لا- خلاف فى عدم الإجماع عليه و هو ظاهر أول الكلام السابق فى التذكرة لكن قد عرفت قوله أخيرا و الأولى أن له إجباره عليه و إن قلنا إنه حق للبائع و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمرى و ما ذكره فى جامع المقاصد و المسالك- من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا- كلام فى ثبوت الإجماع حيث قال و اعلم أن فى إجبار المشتري على الإعتاق و جهين أحدهما العدم لأن للبائع طريقا آخر للتخلص و هو الفسخ و الثانى له ذلك لظاهر

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٥

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و هو الأوجه انتهى و فى المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط و استدلاله بعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم إلا- من عصى الله و ظاهره وحدة الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء و التسلط على الإجماع كما أن ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء بل و على عدم الإجماع فيما كان حقا مختصا للبائع و الأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين و كيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له إجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط فإن العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه- و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الإجماع بأن له طريقا إلى التخلص بالفسخ ضعيف فى الغاية فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الإجماع دفعا للضرر و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه فلا ينفع فى الوفاء بالشرط و يندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الإجماع و إنما يعرض له من حيث إنه فعل واجب عليه فإذا أجبر فقد أجبر على نفس الواجب نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا منه لم ينفع إجباره فى حصول الشرط

الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجماع

فيكون مخيرا بينهما أم لا- يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإجماع ظاهر الروضة و غير واحد هو الثانى و صريح موضع من التذكرة هو الأول قال لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فإن أحل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع و بين إلزامه بما شرط انتهى و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الإجماع لما عرفت من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا أو قهرا إلا- أن يقال إن العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد و أما إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلك فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد لأن كلا- منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاتفاق فعلا معنى لتملكه فإذا امتنع المشروط عليه عند فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه

فتأمل ثم على عدم المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الإجبار لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بذلك الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار

لعدم دليل على الأرش - فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال بل المقابلة عرفا و شرعا إنما هي بين المالكين و التقييد أمر معنوي لا يعد مالا و إن كانت مالمية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه و ثبوت الأرش في العيب لأجل النص و ظاهر العلامة ثبوت الأرش - إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق و تبعه الصيمرى فيما إذا اشترط تدبير العبد قال فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الإمضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير انتهى و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لإتمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن فهو مضمون به لا بتمام قيمته كما نص عليه في التذكرة و ضعف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا من أن الثمن لا يقسط على الشروط و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعذر كما عن الصيمرى و لو كان الشرط عملا - من المشروط عليه يعد مالا - و يقابل بالمال كخياطة الثوب فتعذر ففي استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان قال في التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به أو بعوضه إن فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجانا انتهى و قال أيضا لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمة الفائت إن كان مما له قيمة و إلا مجانا انتهى و الظاهر أن مراده بما يتقوم في نفسه سواء كان عملا محضا كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترط معه أو عينا و عملا كالصبغ لا ماله مدخل في قيمة العوض إذ كل شرط كذلك و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه و إن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقا قيدا غير مقابل بالمال فإن المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله و لذا لا يشترط قبض ما يزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما و سيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الخامسة لو تعذر الشرط

و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه - بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من أصله وجوه يأتي في أحكام الخيار - و يأتي أن الأقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الأدلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافيا للوفاء بالشرط و أما لو كان منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففي صحته مطلقا أو مع إذن المشروط له - أو إجازته أو بطلانه وجوه خيراها أو سخطها فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه و إلزامه بالوفاء بالشرط. نعم لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثاني فإذا فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من حينه أو من أصله أو الرجوع بالقيمة وجوه رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمة و بين غيره فيبطل اختاره في التذكرة و الروضة قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر أن إطلاق

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٦

اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا فلو أعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الإمضاء و الفسخ فيرجع بقيمة العبد قال بعد ذلك و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة لأن العتق مبنى على التغليب فلا - سبيل إلى فسخه و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه احتمال انتهى و مثله ما في الروضة. و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه و لو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف فللبائع فسخ

ذلك كله انتهى و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا غيره. و في جامع المقاصد الذي ينبغي أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشروط ثم إن هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذلك لا يسقط بالتصرف فيها كما نبه عليه في المسالك في أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا- بحصول الرضا بالعقد و أما مطلق التصرف فلا.

السادسة للمشروط له إسقاط شرطه

إذا كان مما يقبل الإسقاط- لا- مثل اشتراط مال العبد أو حمل الدابة لعموم ما تقدم في إسقاط الخيار و غيره من الحقوق- و قد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له كالعتق فإن المصرح به في كلام جماعة كالعلامة و ولده و الشهيد و غيره ممنوع عدم سقوطه بإسقاط المشروط له قال في التذكرة الأقوى عندى أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق- حق لله و حق للبائع و حق للعبد ثم استقرب بناء على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. و في الإيضاح الأقوى أنه حق للبائع و لله تعالى فلا يسقط بالإسقاط انتهى و في الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به انتهى. و في جامع المقاصد أن التحقيق أن العتق فيه معنى القربة و العبادة و هو حق الله تعالى و زوال الحجر و هو حق للعبد و فوات المائى على الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع انتهى. أقول أما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع فهو واضح و أما كونه حقا للعبد فإن أريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنة له على المشتري بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا و عدما و إن أريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة فلا- دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع و بالجملة فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه و لم يذكر أحد أن لزيد المطالبة. و مما ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق الله تعالى فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار فى كل شرط و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالإسقاط و إن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا لله كما ذكره جامع المقاصد ففيه أن مجرد المطلوبة إذا لم يبلغ حد الوجوب لا- يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم و لا وجوب هنا من غير جهة و وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم و قد عرفت أن المطلوب غير هذا فافهم

السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن - عند انكشاف التخلف على المشهور

إشارة

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر و الشرع لم يزد على ذلك إذ أمره بالوفاء بذلك المدلول العرفى فتخلف الشرط لا يقدر فى تملك كل منهما لتمام العوضين هذا و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتري مركبا و يشترط كونه كذا و كذا جزء كأن يقول بعتك هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعا أو صاعا فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينة فهل يلاحظ حينئذ جانب القيد و يقال إن المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خيارا بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن أو يلاحظ جانب الجزئية فإن المذكور و إن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه فالمبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء إلا- أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على إخباره فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت و بالجملة فالفائت عرفا و فى الحقيقة هو الجزء و إن كان بصورة الشرط فلا يجرى فيه ما مر من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضا على أنها جربان معينة أو صبره على

أنها أصوع معينة

[لو باع شيئاً على أنه قدر معين فتبين الاختلاف]

إشارة

و تفصيل ذلك العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله لو باع شيئاً و شرط فيه قدرا معيناً فتبين الاختلاف من حيث الكم فأقسامه أربعة لأنه إما أن يكون مختلف الأجزاء أو متفققها و على التقديرين فإما أن يزيد و إما أن ينقص

فالأول تبين النقص فى متساوى الأجزاء

و لا إشكال فى الخيار و إنما الإشكال و الخلاف فى أن له الإمضاء بحصة من الثمن أو ليس له الإمضاء إلا بتمام الثمن فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و إيضاح النافع حيث اختارا ذلك فى مختلف الأجزاء فيكون كذلك فى متساوى الأجزاء بطريق أولى و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم فى مختلف الأجزاء كونه فى متساوى الأجزاء مفروغا عنه. و عن مجمع البرهان أنه ظاهر القوانين الشرعية و وجهه مضافاً إلى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى ما أشرنا إليه من أن كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر كما لو كالا طعاما فاشتره فتبين الغلط فى الكيل و لا يرتاب أهل العرف فى مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا خلافا لصريح القواعد و محكى الإيضاح و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار إلا أنه غير موجود فى الخارج مع

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٧

أن مقتضى تعارض الإشارة و الوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا فإرجاع قوله بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أصوع إلى قوله بعتك عشرة أصوع موجودة فى هذا المكان تكلف و الجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلم إلا أن الكبرى و هى أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة فتأمل.

الثانى تبين النقص فى مختلف الأجزاء

و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء وفاقا للأكثر لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع مضافا إلى خبر ابن حنظلة: رجل باع أرضا على أنها عشرة أجرية فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة أجرية قال فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ المال كله إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه و يكون البيع لازما فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله الخير. و لا بأس باشماله على حكم مخالف للقواعد لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفة ظاهرة للإجماع طرح ذيله غير المسقط لصدوره عن الاحتجاج خلافا للمحكى عن المبسوط و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبين عدمهما و زاد

بعض هؤلاء ما فرق به في المبسوط بين الصورتين بأن الفاتئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن لأن المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجريان. وفيه أن عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم فيمكن التخلص بصلح أو نحوه إلا أن يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط وفيه منع عدم المعلومية لأن الفاتئ صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجره و يحصل فرضه و إن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة و فرضه أيضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو أربعة تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك و إن كان ممكنا إلا- أنه لا- ينع مع فرض تساوى قطاع الأرض و مع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة ثم إن المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة و نفى عنه البعد في التذكرة معللا بأن القطعة المجاورة للمبيع أقرب إلى المثل من الأرض.

و فيه مع منع كون نحو الأرض مثليا أن الفاتئ لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد و قسطه من الثمن باق في ملك المشتري و ليس مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته و أما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده في ذلك إلى الرواية.

الثالث أن يتبين الزيادة عما شرط على البائع

فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر أن الكل للمشتري و لا خيار و إن أريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصة ففي كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركة أو تخير البائع بين الفسخ و الإجازة لمجموع الشيء بالثمن و جهان من أن مقتضى ما تقدم من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و إخراج الزائد عن المبيع و من الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء فتخلفه لا يوجب إلا الخيار و لعل هذا أظهر مضافا إلى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيها كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم في النقيصة و نبقى الزيادة على مقتضى الضابطة و لذا اختار الاحتمال الثاني بعض من قال بالتقسيط في أطراف النقيصة. و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد و المشتري لم يقصد شراء البعض و فيه تأمل.

الرابع أن يتبين في مختلف الأجزاء

و حكمه يعلم مما ذكرنا

القول في حكم الشرط الفاسد

إشارة

الكلام فيه يقع في أمور-

الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل في الوعيد

إشارة

فإن كان العمل به مشروعاً استحَب الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد و تأمل أيضاً في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين فيكون البيع غرراً و كذا لو كان الا-شترط موجباً لمحدور آخر في أصل البيع كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً لأنه موجب للدور أو لعدم القصد إلى البيع الأول أو للتعبد من أجل الإجماع أو النص و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً لأن المعاملة على هذا الوجه أكل للمال بالباطل و لبعض الأخبار

[هل الشرط الفاسد يغير إخلاله بالعقد مفسد للعقد]

إشارة

و إنما الإشكال فيما كان فساد لا لأمر محل بالعقد فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة قولان حكى أولهما عن الشيخ و الإسكافي و ابن البراج و ابن سعيد و ثانيهما للعلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و جماعة ممن تبعهم. و ظهر ابن زهرة في الغنية التفصيل بين الشرط غير المقذور كصيرورة الزرع سنبلًا و البسر تمرًا و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد و الإفساد و مقتضى التأمل في كلامه أن الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقذور على تسليمه و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف لرجوعه كالشرط المجهول إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين لكن صريح العلامة في التذكرة و وقوع الخلاف في الشرط غير المقذور و مثل بالمثالين المذكورين و نسب القول بصحة العقد إلى بعض علمائنا و الحق أن الشرط غير المقذور من حيث هو غير مقذور لا يوجب تعذر التسليم في أحد العوضين. نعم لو أوجه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر و ربما ينسب إلى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٨

للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك و بين غيره. و قد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة و غيرها أن هذا الشرط لغو لا- يؤثر الخيار و الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا و عدم الخلاف ظاهراً في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معين و ظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد و لو مع لغوية الشرط و يؤيد الاتفاق على عدم الفساد استدلال القائلين بالإفساد بأن للشرط قسطاً من الثمن فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً. نعم استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط إلا أن الشهيدين ممن استدلل بهذا الوجه و صرح بلغوية اشتراط الكفر و الجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد فراجع و كيف كان

فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة

وفاقاً لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما يخصه

[أدلة القائلين بالإفساد]

إشارة

عدا و جوه

أحدها ما ذكره في المبسوط للمانعين من أن للشرط قسطاً من العوض مجهولاً

فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا و فيه بعد النقص بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع إلى مهر المثل أولا منع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفا و لا شرعا لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثلن غاية الأمر كون الشرط قيذا لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه و الشرط لم يحكم على هذا العقد إلا- بإمضائه على النحو الواقع عليه فلا- يقابل الشرط بجزء من العوضين و لذا لم يكن في فقده إلا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا كما عرفت. و ثانيا منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط و المجرى عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة و المجرى عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك و بلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب. و ثالثا منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة إنما القادح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الثاني أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على الخاص

فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي لانتفاء المقيد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل بالمعاوضة بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد و إنشاء جديد و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض. و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما إذا تبين نقص أحد العوضين أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة و الصحة و كالمشروط الفاسد في عقد النكاح فإنه لا- خلاف نصا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم أن ظاهرهم في الشرط غير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به و تقدم أيضا أن ظاهرهم أن الشرط غير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا و دعوى أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى مدفوعة بأن المقصود من بيان الأمثلة أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزة الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه في هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه و لذا اعترف في جامع المقاصد بأن الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا. و الحاصل أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض مستندا إلى النقص بهذه الموارد و حل ذلك أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية و الشرعية منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا و كون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب لا الأصفر الصالح للنار جيل و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود فلا يقوم الحمار مقام العبد و لا الأصفر مقام التتن و لا التيمم مقام الغسل. و منها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا و التتن جيدا و الغسل بماء الفرات فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب و الظاهر أن الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا عن تراض. نعم غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثر في كلام القائمين بهذا القول

الثالث [الاستدلال بالروايات]

رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضاع: عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعه هل يستقيم هذا و كيف هنا و ما حد ذلك قال لا ينبغي و الظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد و رواية الحسين ابن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فأشترى المتاع لأجله ثم أبيعته إياه ثم أشترته منه

مكاني قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبيع و كنت أنت أيضا بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتت فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير لا بأس فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية و عدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول و إلا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثاني أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول إذ لا مفسد له غيره و رواية علي بن جعفر عن أخيه ع قال:

سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس و دلالتها أوضح من الأولى و الجواب أما عن الأولى فبظهور لا ينبغي في الكراهة و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من أن البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه و أما عن الرويتين فأولا بأن الظاهر من الرويتين بقريته حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام ع في الرواية الأولى هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء و لا ينحصر وجه فساده في فساد البيع لاحتمال

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٩

أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفا فيقع لا عن رضا منه فيفسد و ثانيا بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه ببيع عليه ثانيا و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط فلا يتعدى منه إلى غيره فعلم البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة أو لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد قدس سره أو لغير ذلك بل التحقيق أن مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسدا لأنه ليس مخالفا للكتاب و السنة و لا منافيا لمقتضى العقد بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط و قد أشرنا إلى ذلك في أول المسألة و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها أحد في مسألتنا هذه و الحاصل أني لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس

و يدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار

منها ما عن المشايخ الثلاثة

في الصحيح عن الحلبي عن الصادق ع: أنه ذكران بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشتريتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله ص فقال إن شاءت قعدت عند زوجها و إن شاءت فارقت و كان مواليتها الذين باعواها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها فقال ص: الولاء لمن أعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده في هذه الرواية إشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة فالإنصاف أن الرواية في غاية الظهور.

و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي

الأولى عن أحدهما في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا ترث قال: يفى بذلك إذا اشترط لهم إلا الميراث فإن الحكم بوجود الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز أني لم أجد عاملا بهذه الرواية كان الأمر بالوفاء محمولا على الاستحباب و يتم المطلوب أيضا و يكون استثناء شرط الإرث لأن الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به مع أن تحقق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع كما لا يخفى و الثانية عن أبي عبد الله ع عن الشرط في الإماء لا تباع و لا تورث و لا توهب قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر فإن قوله:

فإنها تورث يدل على بقاء البيع الذى شرط فيه أن لا تورث على الصحة بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد أى لا- يعمل به أن جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع. و يؤيده ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح

و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع

فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور و فيه ما لا يخفى

و الإنصاف أن المسألة فى غاية الإشكال

و لذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق قدس سره

[هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له]

ثم على تقدير صحة العقد- ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه من حيث كونه فى حكم تخلف الشرط الصحيح فإن المانع الشرعى كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. و لا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته و لكن يشكل بأن العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفى الضرر قد تقدم غير مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى إذا لم يعتضد بعمل جماعة لأن المعلوم إجمالاً أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذراً فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصاً الصحة و الفساد فإن ضرورة الشرع قاضية فى أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا- يتدارك مع أن مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم و إن قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر فالأقوى فى المقام عدم الخيار و إن كان يسبق خلافه فى بادئ الأنظار.

الثانى لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده لم يصح بذلك العقد

لانعقاده بينهما على الفساد فلا ينفع إسقاط المفسد و يحتمل الصحة بناء على أن التراضى إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. و فيه أن التراضى إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كما فى بيع المكره و الفضولى و أما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا- ينفع لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه و متعلق العقد لم يرض به و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردد فى الفساد بعد إسقاط الشرط قال يشترط فى العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمراً لم يصح الشرط و البيع على إشكال ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خالياً عنه و هو المانع من صحة البيع- و من اقتران البيع بالمبطل و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله بحيث لو رضى صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً أو إيقاف البيع بدونه فإن لم يرض بدونه بطل و الأصح انتهى و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الإيقاف.

الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر فى العقد

فهل يبطل العقد بذلك بناء على أن الشرط الفاسد مفسد له أم لا و جهان بل قولان مبيان على تأثير الشرط قبل العقد فإن قلنا بأنه لا

حكم له كما هو ظاهر المشهور و قد تقدم في الشروط لم يفسد و إلا فسد و يظهر من المسالك هنا قول ثالث قال في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد فلو كان في أنفسهما ذلك و لم يشترطه لم يضر و لو شرطه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد كما لو ذكره في متنه لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتم لهما فيبطل العقد انتهى. و في باب المراجعة بعد ذكر المحقق في المسألة المذكورة أنه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظا كرهه قال في المسالك أي لم يشترطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد انتهى. ثم حكى اعتراضا على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٠

المحقق قدس سره- و جوابا عنه بقوله قيل عليه إن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد لأن العقود تتبع القصد فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ و أوجب عنه بأن القصد و إن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان لتوقف البطلان على اللفظ و القصد و كذلك الصحة و لم يوجد في الفرض ثم قال قدس سره و فيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا في الصحة يقتضي كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان و يرشد إليه عبارة الساهي و الغالط و المكروه فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد و إلا فاللفظ موجود ثم قال و الذي ينبغي فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده و إنما يفتقر قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته انتهى كلامه. أقول إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح و الفاسد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة كما لا فرق في إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعي عليه و غيره. و بالجملة فالإقدام على العقد مقيدا أمر عرفي يصدر من المتعاقدين و إن علما بفساد الشرط و أما حكم صورة نسيان ذكر الشرط فإن كان مع نسيان أصل الشرط كما هو الغالب فالظاهر الصحة لعدم الإقدام على العقد مقيدا غاية الأمر أنه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه. نعم لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق.

الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء

فظاهر كلام جماعة من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد. قال في التذكرة في باب العيب لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المالية فإنه لغوا لا يوجب الخيار و قد صرح في مواضع آخر في باب الشروط بصحة العقد و لغوية الشرط و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما و مرجعه إلى لغوية الاشتراط و قد ذكروا في السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين و لعل وجه عدم قرح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا و لم يكن في تخلفها أو تعذرها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها لعدم عدها كالجزم من أحد العوضين و يشكل بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين فاللازم إما بطلان العقد و إما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا في العرف

الكلام في أحكام الخيار

الكلام في أحكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه

إشارة

بلا- خلاف بين الأصحاب كما في الرياض و ظاهر الحدائق- و في التذكرة أن الخيار عندنا موروث- لأنه من الحقوق كالشفعة و القصاص في جميع أنواعه و به قال الشافعي إلا في خيار المجلس و ادعى في الغنية الإجماع على إرث خيار المجلس و الشرط

[الاستدلال عليه بما ورد في إرث ما ترك الميت]

إشارة

و استدلال عليه مع ذلك بأنه حق للميت فيورث لظاهر القرآن و تبعه بعض من تأخر عنه و زيد عليه الاستدلال بالنبوي: ما ترك الميت من حق فلوارثه. أقول

الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين

أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا

كإجازة العقد الفضولي و جواز الرجوع في الهبة و سائر العقود الجائزة فإن الحكم الشرعي مما لا يورث و كذا ما تردد بينهما للأصل و ليس في الأخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بأنه رضا كما تقدم في خيار الحيوان و التمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الثاني كونه حقا قابلا للانتقال

ليصدق أنه مما ترك الميت بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له و إلا فمثل حق الجلوس في السوق و المسجد و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال فلا يورث و إثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضا مشكل و التمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق- و عدم انقطاعه بموت ذي الحق أشكل لعدم إحراز الموضوع لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق و كيف كان ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث- و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر فلا- إشكال في عدم الإرث لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجة غير ذات الولد أو مطلقا بالنسبة إلى العقار و غير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبوذة ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا أو عدم حرمانه كذلك و جوه بل أقوال ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول صرح به فخر الدين في الإيضاح و فسر به عبارة والده كالسيد العميد و شيخنا الشهيد في الحواشي و رابعها عدم الجواز في تلك الصورة و الإشكال في غيرها صرح به في جامع المقاصد و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقا و إن أمكن توجيهه بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث. و بعبارة أخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه و لا علاقة هنا و لا سلطنته و إن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة و لا سلطنته لهذا المحروم و الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه و لكن

يرد ذلك بما في الإيضاح من أن الخيار لا- يتوقف على الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال. و الحاصل أن حق الخيار ليس تابعا للملكية و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى صورتين و يضعفه أن حق الخيار علقه فى الملك المنتقل إلى المكاسب، ج ٣، ص ٢٩١

الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو إلى من هو منصوب من قبله كما فى الأجنبي. و بعبارة أخرى ملكك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه و هذه العلاقة لا- تنتقل من الميت إلا- إلى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لأن يملك فإذا فرض أن الميت باع أرضا بثمن فالعلاقة المذكورة إنما هى لسائر الورثة دون الزوجة لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى آخره من قبله لتكون كالأجنبي المجهول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع مترزلا فى ملكه فىكون فى معرض الانتقال إلى جميع الورثة و منهم الزوجة فهى أيضا مالكة لتملك حصتها من الثمن لكن فيه ما ذكرنا سابقا من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلط على ما وصل بإزائه و عبر عنه فى جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير و حاصله أن الميت إنما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما فى يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته- كما مر نظيره فى عكس هذه الصورة و ليست الزوجة كذلك. و قد تقدم فى مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل أن أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما فى يده فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله و ما نحن فيه كذلك و يمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترزلا و فى معرض الانتقال إلى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجة و إن لم يكن لها تسلط على نفس الأرض و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم فى الوكيل أن الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه فى معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه فى معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة فإن باقى الورثة لو ردوا الأرض و استردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه فحق الزوجة فى الثمن المنتقل إلى البائع ثابت فلها استيفاءه بالفسخ ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعة بثمن معين تشترك فيه الزوجة إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا فى مقدار حصتهم من الثمن فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره فى الإيضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة. قال فى القواعد الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان إلا الزوجة غير ذات الولد فى الأرض على إشكال أقرب ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن انتهى و قال فى الإيضاح ينشأ الإشكال من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها و من أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي ثم فرع المصنف أنه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقا فى الثمن و يحتمل عدمه لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ فلو علل بإرثها دار و إلا صح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شىء نزل الشارع منزلة جزء من التركة و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه انتهى و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فإنه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال فالأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضا بخيار فأرادت الفسخ لترث من الثمن و أما إذا باع أرضا بخيار فالإشكال حينئذ بحاله لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا و حمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن بخلاف ما إذا باع بخيار و هو خلاف الظاهر فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذى سيقى لأجله العبارة مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضا فإن الأرض حق لباقى الوارث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة إبطال استحقاقهم لها و إخراجها عن ملكهم. نعم لو قلنا إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار استقام ذلك و أيضا فإنها إذا ورثت فى هذه الصورة و يجب أن ترث فى ما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى لأنها ترث حينئذ من الثمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن تبطل حقها من

الثلث و هو أولى من إبطال إرثها حق غيرها من الأرض التي اختصوا بملكها ثم قال و الحق أن إرثها من الخيار في الأرض المشتراة مستبعد جدا و إبطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل نعم قوله لثرت من الثلث على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير بخلاف ما حملا- عليه انتهى. و قد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام ثم إن الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوء من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبوء بخيار هو الكلام في ثبوته للزوجة في الأرض المشتراة و المبيعة.

مسألة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شيء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم

إشارة

وجوه

الأول ما اختاره بعضهم - من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا

كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل و إن أجاز الباقيون نظير حد القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين و كذلك حق الشفعة على المشهور و استند في ذلك إلى أن ظاهر النبوي المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث.

الثاني استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه

فله الفسخ فيه دون باقي الحصص غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ و الإمضاء و تبعض الصفقة على من عليه الخيار فيثبت له الخيار و وجه ذلك أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة و كان مقتضى أدلة الإرث كما سيجيء اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعين تبعضه بحسب متعلقه فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما.

الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار

إشارة

فيشكون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة إلى جميع المال و لا بالنسبة إلى حصه كل منهم لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق غير القابلة للتجزئة و الأموال القابلة لها أمر واحد فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصه مشاعه بخلاف الحقوق فإنها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل و لا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٢

في حصته فافهم.

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع

و هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجر الآخر لتحقيق الطبيعة في الواحد و ليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان إمضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر لأن الأول قد استوفاه و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد لا أن الفاسخ متقدم كما سيحىء في أحكام التصرف

[فساد الوجه الأول]

ثم إنه لا-ريب في فساد مستند وجه الأول المذكور له لمنع ظهور النبوى و غيره في ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة لأن المراد بالوارث في النبوى و غيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق في ضمن الواحد و الكثير و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة كما لا يخفى على المتأمل و أما ما ورد فيه لفظ الوارث بصيغة الجمع فلا يخفى أن المراد به أيضا إما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الأفرادى و الأظهر هو الثانى كما فى نظائره هذا كله مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل. أما الأولى فلأن المفروض أن ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى و قيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحالة و أظهر بطلانا من تجزيه و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور أدلة الإرث فيه. و أما الثانية فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك و حق المتروك شىء واحد و لا يستفاد منها بالنسبة إلى المال الاشتراك و بالنسبة إلى الحق التعدد إلا مع استعمال الكلام فى معنيين هذا مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء المستقلين فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه و لا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

[عدم دلالة أدلة الإرث على الوجه الثانى]

و أما الوجه الثانى فهو و إن لم يكن منافيا لظاهر أدلة الإرث من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث إلا أن تجزيه الخيار بحسب متعلقه كما تقدم مما لم يدل عليه أدلة الإرث أما ما كان منها كالنبوى غير متعرض للقسمه فواضح و أما ما تعرض فيه للقسمه كآيات قسمه الإرث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ أو ثمنها الباقي فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث

[المتيقن من الأدلة هو الوجه الثالث]

و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا فى حصته فلا يستفاد من تلك الأدلة فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ فى المجموع و إلا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه-

[عدم الدليل على المعنى الثانى للوجه الثالث أيضا]

و من ذلك يظهر أن المعنى الثانى للوجه الثالث و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققه فى ضمن المجموع أيضا لا دليل عليه فلا يؤثر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر مع أن هذا المعنى أيضا مخالف لأدلة الإرث لما عرفت من أن مفادها بالنسبة إلى المال و الحق واحد و من المعلوم أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع

ثم إن ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد

لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة. نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما فى حد القذف فإن النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين و كذا حق القصاص فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الديه إلى أولياء المقتص منه جمعا بين الحقين

[الإشكال على حكم المشهور فى حق الشفعة و الجواب عنه]

لكن يبقى الإشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم و إن احتمله فى الدروس من أحد الورثة إذا عفا عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل و يمكن أن يفرق بالضرر فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة بل لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض لأن الحكمة فىهما التشفى فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول – هو مختار العلامة فى القواعد

بعد أن احتمل الوجه الثانى و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم. قال فى القواعد و هل للورثة التفريق فيه نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشتري و زاد فى الإيضاح بعد توجيه المنع بأنه لم يكن لمورثهم الأخيار واحد أنه لا وجه لاحتمال التفريق

[كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس فى باب خيار العيب لو جوزنا لأحد المشتريين الرد لم نجوزه لأحد الوارثين عن واحد لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره انتهى و فى المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار هذا كله فيما لو تعدد المشتري أما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث المشتري الواحد فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله انتهى

و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمه

قال لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنه يفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى. و

يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكل منهما ملك الفسخ في الكل كما هو مقتضى الوجه الأول بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل نظير فسخ المورث في البعض و كيف كان فقد ذكر في خيار العيب أنه لو اشترى عبدا فمات و خلف وارثين فوجدا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصةً للتشقيص انتهى

و قال في التحرير لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرش و الظاهر أن خيار العيب و خيار المجلس واحد كما تقدم عن الدروس فعلة رجوع عما ذكره في خيار المجلس ثم إنه ربما يحمل ما في القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على أنه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الإجازة بل لا بد من الفسخ أو الإجازة في الكل فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ في الكل و حينئذ فإن فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ على الإجازة و ينسب تقديم الفسخ إلى كل من منع من التفريق بل في الحقائق تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ من الورثة على المميز و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم الفسخ في الكل و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما في الرياض من قوله و لو اختلفوا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٣

يعنى الورثة قيل قدم الفسخ و فيه نظر لكن الأظهر في عبارة القواعد ما ذكرنا و أن المراد بعدم جواز التفريق أن فسخ أحدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب أما لو أورثا خيار العيب فلا إشكال في وجوب توافقهما فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطي و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و أصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله في الزوجة غير ذات الولد أقرببه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن قد يدل على أن فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده و عند غيره و كيف كان فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اخترناه و حاصله أنه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغا الفسخ و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم إعمال الآخر حقه و يندفع بأن الحق إذا كان مشتركا لم يجز إعماله إلا برضا الكل كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم

فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه إلى المشتري و إن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت و لا يمنعون من ذلك و إن كان على الميت دين مستغرق للتركة لأن المحجور له الفسخ بخياره و في اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان و لو كان مصلحةهم في الفسخ و لم يجبروا الورثة عليه لأنه حق لهم فلا يجبرون على إعماله و لو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصة و جهان من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبي المجعل له الخيار أو الوكيل المستتاب في الفسخ و الإمضاء و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببذله في الثمن الكلي فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع إلا على وجه كونه وفاء لدين الميت و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم بل يجوز للغير أداء ذلك الدين بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء و هذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع و من أنهم قائمون مقام الميت- في الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذمهم بثمانه من حيث إنهم كنفس الميت كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمان من مالهم لا من مال الميت. ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و إن لم يوافقه الباقي و فسخ ففي انتقال المبيع إلى الكل أو إلى الفاسخ و جهان و مما ذكرنا من مقتضى الفسخ و ما ذكرنا أخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت و

الأظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا- كولاية الولي أو الوكيل في كونها لاستيفاء حق للغير بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لا- نائب عنه في الفسخ و من هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع ببيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم- و يستردون المبيع لأنفسهم من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج و المسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات

ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه و من أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخليه نفس الأجنبي فلا- يدخل في ما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخليه نفس الأجنبي. و في القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه و إذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع للمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبي كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات

ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه و من أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخليه نفس الأجنبي فلا- يدخل في ما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخليه نفس الأجنبي. و في القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه و إذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع للمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبي كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

و قد مر بيان ذلك في مسقطات الخيار و المقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية كذلك يحصل الفسخ بالتصرف فيكون فسخا فعليا. و قد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل و قد ذكر جماعة كالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة و غيره قدس الله أسرارهم أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخا و إن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة و قد عرفت في مسألة الإسقاط أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا و قد دل عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار و كذا النبوي المتقدم و مقتضى ذلك منهم أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسخا فعليا و أما ما لا يدل على إرادة الفسخ فلا وجه لانفساخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا شرعيا من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدم نقله عن بعض إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ فكلما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخا إذا ورد منه على ما

في يد صاحبه و هذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحققه إلا أن أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف المسقط فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ و يدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضا. قال في التذكرة أما العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة غير المقبوضة فالأقرب أنها من البائع فسخ و من المشتري إجازة لدلالاتها على طلب المبيع و استيفائه و هذا هو الأقوى و نحوها جامع المقاصد ثم إنك قد عرفت الإشكال في كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٤

في طريق الرد و نحوه مما لم يدل على الالتزام أصلا لكن 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 إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف. قال في التذكرة لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة فالوجه عندنا أن يكون فسخا لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح فلو لم يختار الإمساك لكان مقدما على المعصية انتهى ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا إلى حدوث هذه الأمور عن تردد في الفسخ و الإجازة و في جامع المقاصد عند قول المصنف قدس سره و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و هبته قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز انتهى ثم إن أصالة حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية حتى يقال إنها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ لما تقرر من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريها و هنا كلام مذكور في الأصول. ثم إن مثل التصرف الذي يحرم شرعا إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا- ينفذ شرعا إلا- من المالك أو مأذونه و إن لم يحرم كالبيع و الإجازة و النكاح فإن هذه العقود و إن حلت لغير المالك لعدم عدوها تصرفا في ملك الغير إلا أنها تدل على إرادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف و الإجازة و التزويج في معنى البيع و المراد بهذا الأصل الظاهر- فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ مع أنه لو أريد به أصالة عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ لكن الإنصاف أنه لو أريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقد للفسخ و كيف كان فلا إشكال في إناطة الفسخ بذلك عندهم كالإجازة بدلالة التصرف عليه و يؤيده استشكالهم في بعض أفراد من حيث دلالتهم بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه و من حيث إمكان صدوره عن تردد في الفسخ كما ذكره في الإيضاح و جامع المقاصد- و في وجه إشكال القواعد في كون العرض على البيع و الإذن فيه فسخا. و مما ذكرنا يعلم أنه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسيانا للبيع أو مسامحة في التصرف في ملك الغير أو اعتمادا على شهادة الحال بالإذن لم يحصل الفسخ بذلك.

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به

إشارة

و بعبارة أخرى التصرف سبب أو كاشف فيه وجهان بل قولان من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسخا أو إجازة و أنه فسخ فعلى في مقابل القول و ظهور اتفاقهم على أن الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح و من المعلوم أنه لا يصاب عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله و إلا لوقع الجزء الأول منه محرما و يمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف فسخا على كونه دالا عليه و إن لم يتحقق به و هذا المقدار يكفي في جعله مقابلا للقول. و يؤيده ما دل من الأخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار و إن اعتبر

كونه مكشوفاً عنه بالتصرف و قد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس و صرح به في التذكرة أيضاً حيث ذكر أن قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضا بالعقد فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف و يؤيده أنهم ذكروا أنه لا- تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على و طء المشتري معللاً بأن السكوت لا يدل على الرضا فإن هذا الكلام ظاهر فى أن العبرة بالرضا. و صرح فى المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره فاقصر فى الإجازة على مجرد الرضا و أما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بها نية الانساح أعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد و البناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن له و أما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل إذ كلما يكفى فيه الفعل من الإنشاءات و لا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل لأن الفعل لا إنشاء فيه فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه نعم يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصل لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. و قد ذكر العلامة فى بعض مواضع التذكرة- أن اللازم بناء على القول بتضمن الوطى للفسخ عود الملك إلى الواطى مع الوطى أو قبيله فيكون حلالاً هذا

و كيف كان فالمسألة ذات قولين

إشارة

ففى التحرير قوى جهة الوطى الذى يحصل به الفسخ و أن الفسخ يحصل بأول جزء منه فيكشف عن عدم الفسخ قبله و هو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع و عن المبسوط و المهذب و الجامع و الحكم فى باب الهبة و الخيار واحد- و توقف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار و جزم الشهيد و المحقق الثانيان بالحل نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن

[نمرة القولين فى المسألة]

ثم إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ فيترتب عليها آثارها فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها. و قد يقرر المانع بما فى التذكرة عن بعض العامة من أن الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد كما أن التكبير الثانية فى الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة و لا يشرع بها فى الصلاة و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع و أجاب فى التذكرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشئ واحد بالنسبة إلى شيئين و أجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى و أن الدور معى و قال فى الإيضاح إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد و زاد فى باب الهبة قوله فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد انتهى و قد يستدل للصحة- بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره ثم ملكه

[رأى المصنف فى المسألة]

إشارة

أقول إن قلنا بأن المستفاد من أدلة توقف البيع و العتق على الملك نحو قوله لا- بيع إلا- في ملك و لا عتق إلا في ملك هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ فلا مناص عن القول بالبطلان لأن صحة العقد حينئذ يتوقف على تقدم تملك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٥

العاقده على جميع أجزاء العقد لتقع فيه فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحا كان سببا لتملك العاقده مقدا عليه لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزية سببا للتملك كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء و إلا لزم تقدم وجود المسبب على السبب و الجزء الذي لا يتجزأ غير موجود فلا يكون سببا مع أن غاية الأمر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك. و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الأدلة سبب التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية و أما دخول المسألة فيمن باع شيئا ثم ملكه فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار إجازة العاقده ثانيا بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقف لزوم العقد المذكور على الإجازة إلا أن يقال إن المتوقف على الإجازة عقد الفضولي و بيعه للمالك و أما بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد لكن هذا على تقدير القول به و الإغماض عما تقدم في عقد الفضولي لا- يجرى في مثل العتق غير القابل للفضولي و إن قلنا إن المستفاد من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع في ملك الغير المؤثر في نقل مال الغير بغير إذنه فالممنوع شرعا تمام السبب في ملك الغير لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير و تمامه في ملك نفسه لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه و هذا لا يخلو عن قوة إذ لا دلالة في أدلة اعتبار الملكية في المبيع الأعلى اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا و الحصر في قوله لا بيع إلا في ملك إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير أو في غير ملك كالمباحات الأصلية فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع ببعضه في ملك الغير و تمامه في ملك البائع هذا مع أنه يقال إن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم بعت و حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفي يحصل بتمامه فيقع النقل في الملك و كذا الكلام في العتق و غيره من التصرفات القولية عقدا كان أو إيقاعا و لعل هذا معنى ما في الإيضاح من أن الفسخ يحصل بأول جزء و بتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطئ و الأكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها فإن ظاهر قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أو **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** اعتبار وقوع الوطئ فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطئ المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا و توهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلا فاسد فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعنى الصحة لا التكليف فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ كما لا يخفى مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه و بين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك و بالجملة

فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوة

و به يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث جوز للمتصارفين تباع النقدين ثانيا في مجلس الصرف و قال إن شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس مع أن الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللا بعدم وقوعه في الملك

فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له فقال أعتقهما

فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد لأن الفسخ مقدم على الإجازة و فيه أنه لا دليل على التقديم في مثل المقام مما وقع الإجازة و

الفسخ من طرف واحد دفعة سواء اتحد المجيز و الفاسخ كما فى المقام أو تعدد كما لو وقعا من وكيلى ذى الخيار دفعة واحدة إنما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر لأن لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر كما لو كان العقد جائزا من أحدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه فى الضعف القول بعق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد- و الأصل فيه الاستمرار و فيه أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس نعم الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلا و هو الأقوى كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة و القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد لأن عتقهما معا لا ينفذ لأن العتق لا يكون فضوليا و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك- و لو كان الخيار فى الفرض المذكور للبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى و الثانى غير صحيح اتفاقا و سيأتى الكلام فى الأول و إن كان الخيار لهما فى القواعد و الإيضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسخا لأن عتق العبد من حيث إنه إبطال لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع و معها يكون إجازة منه لبيعه و الفسخ مقدم على الإجازة و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار أن عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصورة

مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ

[القول بالمنع]

على قول الشيخ و المحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الأصحاب منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى قدس سرهم بل فى مفتاح الكرامة فى مسألة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة إلى الورثة أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الأكثر و عن جماعة فى مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع بل ظاهر المحكى عن الجامع كعبارة الدروس عدم الخلاف فى ذلك حيث قال فى الجامع و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع و ستجىء عبارة الدروس هذا و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٦

على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار فلا يعد مثلهما مخالفا فى المسألة

[القول بالجواز]

و الموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرائع جواز الرهن فى زمن الخيار سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما بل ظاهره عدم الخلاف فى ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد و كذا ظاهره فى باب الزكاة حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه فى المسالك فى شرح المقامين على وجه يظهر منه أن المصنف معترف بمنشأ الإشكال و كذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن و إن اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك لكن صريح كلامه فى التذكرة فى باب الصرف جواز التصرف و كذا صريح كلام الشهيد فى الدروس حيث قال فى باب الصرف لو باع أحدهما ما قبضه

على غير صاحبه قبل التفرق فالوجه الجواز وفاقا للفاضل و منعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره و رد بأنا نقول ببقاء الخيار انتهى و صرح في المختلف في باب الصرف بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه و لا يبطل حق خيار الآخر كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع و هو ظاهر اللمعة بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار و إن شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا و يمكن أن يقال إن قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشأه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه و إلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار بل لعل القول بعدم انتقال منشأه- كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم كما يظهر من بيان مبني هذا الخلاف في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و أن غاية الملك التصرف الممتنع في مدة الخيار انتهى. و ظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلما بين القولين إلا أن يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة و هذا الاحتمال و إن بعد عن ظاهر عبارة الدروس إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر إن في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين و الحاصل أن كلمات العلامة و الشهيد بل و غيرهما قدس سرهم في هذا المقام لا يخلو بحسب الظاهر عن اضطراب

[عدم الفرق بين العتق و غيره]

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب و كذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقلة

[الفرق بين الإتلاف و غيره]

و اختار بعض الأفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الإتلاف و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار و قيل بانفساخه من حينه

حجة القول بالمنع

إشارة

أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد إلى ملكهما السابق فالحق بالأخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر و منه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الإتلاف لأن الحق متعلق بخصوص العين فاتلافها إتلاف لهذا الحق و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه كما أن تعلق حق الرهن ببدل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق و إلى ما ذكر يرجع ما في الإيضاح من توجيه بطلان العتق في زمن الخيار بوجوب صيانته حق البائع في العين المعينة عن الإبطال.

و يؤيد ما ذكرنا أنهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار فإن تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادة

الفسخ بأخذ القيمة

[المناقشة في الحجة المذكورة]

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع لكنه لا يخلو عن نظر فإن الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدائها فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التصرف جوازا ومنعا فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين و مجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد وإرجاع الملك إلى الحالة السابقة لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك في الشفعة أولى بالترزل لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقا و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب إبقائه و عدم السلطنة على إتلافه مضافا إلى النص و الإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقا و لو لم يكن متلفا و لا ناقلا و أما سقوط الخيار بالتصرف الذى أذن فيه ذو الخيار فلدلالة العرف لا للمنافاة. و الحاصل أن عموم الناس مسيطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية.

و أما الخيارات المجعولة بالشرط

فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ بل الحكمة في أصل الخيار هو إبقاء السلطنة على استرداد العين إلا أنها في الخيارات المجعولة علة للجعل و لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف كما لا يخفى

[حكم الإتلاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]

و عليه فيتعين الانتقال إلى البديل عند الفسخ مع الإتلاف و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلاذ ففى تقديم حق الخيار لسبقه أو الاتيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعى كالعقلى و جهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة من باب الصرف حيث ذكر أن صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين

[حكم ما لو نقله عن ملكه]

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البديل لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من أن تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الأول فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل أن العاقد الثانى

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٧

يتلقى الملك من المشتري الأول فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مستند إلى تملك المشتري له آنا ما لأن مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد

الثابت و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثاني و استحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختياري كالخيار أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه غير مجدد فيما نحن بصدده ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثاني لازما أو جائزا لأن جواز العقد يوجب سلطنة العقاد على فسخه لا سلطنة الثالث الأجنبي

[هل يلزم العقاد بالفسخ]

نعم يبقى هنا إلزام العقاد بالفسخ بناء على أن البديل للحيلولة و هي مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل كما في المغصوب الآبق أما فيما نحن فيه فإن العين ملك للعقاد الثاني - و الفسخ إنما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض و هو العقاد الأول فيستحيل خروج المعوض عن ملك العقاد الثاني فيستقر بدله على العقاد الأول و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث و قد مر بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن هذا و لكن قد تقدم أن ظاهر عبارة الدروس و الجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيدا جدا و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البديل إلا في مسألة العتق و الاستيلاء فالمسألة في غاية الإشكال.

[هل يكون انفساخ العقد الثاني على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]

ثم على القول بانفساخ العقد الثاني فهل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله قولان اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العقاد الثاني بل لا بد من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأول و رجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ إلا أن يلتزم بأن ملك العقاد الثاني إلى وقت الفسخ فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العقاد الأول و رده بعدم معرفته التملك الموقت في الشرع فافهم.

[هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]

ثم إن المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة في الحيوان و الزمان المشروطة فيه الخيار و أما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما في خيار التأخير بناء على أن السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر إلى أزيد من الثلاث و إما لعدم تحقق شرطه كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه وجهان من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه في معرض الارتفاع و هو موجود هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ و من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شىء آخر كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف لأن ثبوت الحق في الأول معلوم و إن لم يحضر زمانه بخلاف الثاني و لذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف في أحد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض و سيجىء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل و على كل حال فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور أمر كالغبن و العيب و الرؤية على خلاف الوصف

غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

فرعان

الأول لو منعنا عن التصرف المتلف في زمن الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين

كوطى الأمة في زمان الخيار بناء على أن الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين أكثرهم على الجواز كالعلامة في القواعد والشارح في جامع المقاصد وحكى عن المبسوط والغنية والخلاف لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به في الإيضاح ولذا حمل في الدروس تجويز الشيخ الوطى على ما إذا خص الخيار بالواطى لكن قيل إن عبارة المبسوط لا تقبل ذلك و ظاهر المحكى عن التذكرة و ظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطى معرضا لفوات حق ذي الخيار من العين.

الثانى أنه هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار – بدون إذن ذي الخيار

إشارة

فيه وجهان من كونه ملكا له و من إبطال هذا التصرف- لتسلط الفاسخ على أخذ العين إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعة و لو آجره من ذي الخيار أو ياذنه ففسخ لم يبطل الإجارة لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فإذا استوفاها المشتري بالإجارة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدة الإجارة كما إذا باعه بعد الإجارة و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه لأن البطن الثانى لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة بل من الواقف كالبطن الأول فالملك ينتهى بانتهاء استعداده. فإن قلت إن ملك المنفعة تابع لملك العين بمعنى أنه إذا ثبت الملكية في زمان و كان زوالها بالانتقال إلى آخر ملك المنفعة الدائمة لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقاه مسلوب المنفعة و أما إذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول و مستندا إليه بل كان مستندا إلى ما كان قبل تملك المالك الأول فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه قلت أولا إنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد بطلان الإجارة و ثانيا إنه يكفى في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الراجع آنا ما ثم إن فاضل القمى في بعض أجوبة مسائله جزم ببطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع انتهى فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلا و أن المنفعة تابعة للملك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٨

المستعد للدوام و إن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه مع أن الأصل عدم الانفساخ لأن الشك في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله كما إذا تقايلا البيع بعد الإجارة ثم إنه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار و إنه يسقط خياره بهذا التصرف- إما لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفا و إن لم يكن منافاة بين الإذن في التصرف و الإتلاف و إرادة الفسخ و أخذ القيمة كما نبهنا عليه في المسألة السابقة و به يندفع الإشكال الذى أورده المحقق الأردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار و إما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين بإذن صاحبه

فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه لا مع سقوط عنه و لو أذن و لم يتصرف المأذون ففي القواعد و التذكرة أنه يسقط خيار الإذن و عن الميسية أنه المشهور قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف. و قد منع دلالة الإذن المجرد في المسالك و جامع المقاصد و القواعد

[رأى المؤلف]

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسحا لحكم العرف و لأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التي لا يصح شرعا إلا بجعلها فسحا و أما كون إذن ذى الخيار للمشتري في التصرف إجازة و إسقاطا لخياره فيمكن الاستشكال فيه لأن الثابت بالنص و الإجماع أن التصرف عن إذن لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق بالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة و يجوز الرجوع قبل البيع نعم يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبيل الجارية و قد صرح في المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره و يؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاما فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد -

إشارة

و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و إطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري و صرح في التحرير بشموله لذلك لكن الشهيد في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا- ينافى الملك و أن غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار انتهى.

[ما هو رأى الشيخ الطوسي في المسألة]

فإن في هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره في الخلاف و المبسوط

[كلام الشيخ في الخلاف]

قال في محكي الخلاف العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فإن كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان و إن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و إن كان الخيار للمشتري وحده زال

ملك البائع عن الملك بنفس العقد لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأول انتهى. و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولي و بين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي و لا يرد حينئذ عليه أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك و حاصل هذا القول أن الخيار يوجب تزلزل الملك و يمكن حمله أيضا على إرادة الملك اللازم الذى لا حق و لا- علاقة لمالكه السابق فيه فوافق المشهور و لذا عبر في غاية المراد بقوله و يلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار و لم ينسب ذلك إليه صريحا

[كلام الشيخ في المبسوط]

و قال في المبسوط البيع إن كان مطلقا غير مشروط فإنه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرق بالأبدان و إن كان مشروطا لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد و إن كان مشروطا بشرط لزم بانقضاء الشرط و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع و المشتري لكن قال في باب الشفعة إذا باع شقفا بشرط الخيار فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة إنما تجب إذا انتقل الملك إليه و إن كان الخيار للمشتري وجب الشفعة للشفيع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد و له المطالبة بعد انقضاء الخيار و حكم خيار المجلس و الشرط في ذلك سواء على ما فصلناه و لعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس هذا و لكن الحل قدس سره في السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره في الخلاف و يمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدة الخيار بأن فيه إبطالا لحق ذى الخيار كما في مسألة بيع أحد التقدين على غير صاحبه في المجلس و في مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع فإنه لو قال بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا بإبطال حق ذى الخيار من الخيار لأن التعليل بوجود المنع في مقام فقد المقتضى كما ترى و منها أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانيا في المجلس لأن شروعهما في البيع قطع للخيار مع أنه لم يصحح في باب الهبة البيع الذى يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه في الملك فلو لا- قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصح البيع ثانيا لوقوعه في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة و ربما ينسبه إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذى له الخيار مفلسا حيث حكم بأن له الخيار في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٩

الإجازة و الفسخ لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سبق بالعقد انتهى لكن النسبة لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقى العبارة و قال ابن سعيد قدس سره في الجامع على ما حكى عنه إن المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البائع انتهى و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضا

[الأقوى رأى المشهور و الاستدلال عليه]

إشارة

و كيف كان فالأقوى هو المشهور لعموم أدلة حل البيع و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض و غيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامّة- لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك و يدل عليه لفظ الخيار في قولهم ع: البيعان بالخيار و ما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار إلا أن يلتزم بأنه نظير حل وطء

المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع و يدل عليه ما تقدم في أدلة بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم و هو الملك إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن و قد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات لكن تقدم أنه بعيد في الغاية أو يقال إن النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن و إن ذكرنا في تلك المسألة أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد في أدلة بيع الخيار إلا أن الرواية قابلة للحمل عليه إلا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد في فسخه مقيدا برد مثل الثمن هذا مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل أيضا

[الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة في العينة و المناقشة فيه]

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينة- و هي أن يشتري الإنسان شيئا بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقدا لكنه لا دلالة لها من هذه الحثية لأن بيعها على بائعها الأول و إن كان في خيار المجلس أو الحيوان إلا أن يبيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقا و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس نعم بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بهذا لمذهب المشهور مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه قال نعم لا بأس به: قلت أشتري متاعا ليس هو متاعك و لا- بقرعك و لا- غنمك فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها أيضا عند التأمل لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطي على هذا البيع كما عرفت التصريح به من المبسوط و يذب بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ و حينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله أشتري متاعا من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق و يكون جواب الإمام ع مبينا على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثاني إسقاط للخيار من الطرفين كما في صريح المبسوط. فقله ليس هو متاعك إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما ينتقل إليك بعد خروجه عن ملك بتواطؤكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد و هذا المعنى في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به إلا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية في عدم الدلالة و الاستيناس صحيحة محمد بن مسلم: عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لي متاعا لعلني أشتريه منك بنقد أو بنسيئته فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فإن الظاهر أن قوله إنما يشتريه إلخ إشارة إلى أن هذا ليس من بيع ما ليس عنده و أن يبيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول فقله بعد ما يملكه إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم ع في أخبار آخر واردة في هذه المسألة و لا- توجب البيع قبل أن تستوجه مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك فيلزم العقد الأول بالتفرق و لو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا عرفا على سقوط خياره و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع بالجملة ليس في قوله بعد ما يملكه دلالة على أن تملكه بنفس العقد مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف كما لا يخفى

[ضعف ما استدل به في التذكرة أيضا]

و نحوه في الضعف الاستدلال في التذكرة بما دل على مال العبد المشتري لمشتريه مطلقا أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار إذ فيه أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له و أنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري و التمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع

الخيار كما ترى

[أشد ضعفا من الكل]

و أشد ضعفا من الكل ما قيل من أن المقصود للمتعاقدين و الذى وقع التراضى عليه انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطله من أصلها أو أنها صحيحة إلا أنها على غير ما قصدها و تراضيا عليه. توضيح الضعف أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد لكن الإنشاء لما كان علة لتحقق المنشئ عند تحققه كان الداعى على الإنشاء حصول المنشئ عنده لكن العلية إنما هو عند العرف فلا ينافى كونه فى الشرع سببا محتاجا إلى تحقق شرائط أخر بعده كالقبض فى السلم و الصرف و انقضاء الخيار فى محل الكلام فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان لكنه عرفا علة تامة لمضمونه و إمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة فليس فى تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد و إنما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين و لا ضرر فيه و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الإجازة كاشفة أو ناقلة

[الاستدلال برواية الخراج بالضمان و المناقشة فيه]

و قد يستدل أيضا بالنبوى المشهور المذكور فى كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد إليه و هو أن الخراج بالضمان بناء على أن المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري فخراجه له و هى علامة ملكه و فيه أنه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له.

[العمدة فى قول المشهور]

و قد ظهر بما ذكرنا أن العمدة فى قول المشهور عموم أدلة حل البيع و

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٠

التجارة عن تراض و أخبار الخيار

و استدلال للقول الآخر – بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار

إشارة

فيدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك لأنه مقابل الخراج على كونه فى ملك البائع مثل صحيحة ابن سنان: عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط قال و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل اشتري أمه من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون ضمان ذلك قال ليس على الذى اشتري ضمان حتى يمضى شرطه و مرسله ابن رباط: إن حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع و النبوى المروى فى قرب الإسناد: فى العبد المشتري بشرط فيموت قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان

[المناقشة فى الاستدلال المذكور]

و هذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار و قد عرفت أن ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع و على أى حال فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة- فيرجع بعد التكافؤ إلى أصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكى عن السرائر

[هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدم من عبارتي المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد كما إذا شرط الخيار من الغد كما أن مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضا فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

[اختصاص محل الكلام بخيارى الحيوان و الشرط]

و مما يدل على الاختصاص أن ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين و أن الظاهر من لفظ الانقضاء فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى و أما خيار المجلس فالظاهر دخوله فى محل الكلام لنص الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة و لقوله فى الاستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك إلا أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان و لا يفسخا العقد و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على أن التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به و مراده من اللزوم تحقق علته الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى مع أن ظاهر عبارة الدروس المتقدمة فى مأخذ هذا الخلاف أن كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه و كذلك العبارة المتقدمة فى عنوان هذا الخلاف عن الجامع. و قد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط أن خيار المجلس مانع عن التصرف فى أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محل الكلام فإن الظاهر عدم منعها من التصرف فى العوضين قبل ظهورها فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار و هذا غير لائق بالشيخ فثبت أن دخولها فى محل الكلام مستلزم إما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار و إما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام مع أن كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقا فى المعيب لأنه ذكر فى الاستدلال أن المقتضى للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع كما فى بيع العيب و ذكر أيضا أنه لا منافاة بين الملك و الخيار كما فى المعيب و قد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط أيضا بأنه إذا اشترى شيئا فحصل منه نماء ثم وجد به عيبا رده دون نمائه محتجا بالإجماع و بالنبوى: الخراج بالضمان و سيجىء تتمه ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة

إشارة

على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد و توضيح هذه المسألة أن الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا

إشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع- و يدل عليه ما تقدم في المسألة السابقة من الأخبار- و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله ع في ذيل صحيحة ابن سنان: و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال بائعه و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله ع: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلك بناء على أن المناط انقضاء الشرط الذي تقدم أنه يطلق على خيار المجلس في الأخبار بل ظاهره أن المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه و إلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم في السرائر حيث قال فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد و الذي له الخيار ما استقر عليه العقد و لزم فإن كان الخيار للبائع دون المشتري و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك في يده كان هلاكه من مال المشتري دون البائع لأن العقد مستقر عليه و لازم من جهته

[قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له]

و من هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار فتشبت القاعدة المعروفة من أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثلن كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب.

[كلمات الفقهاء في المسألة]

إشارة

قال في الدروس في أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار انتهى فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض و نحوه كلامه قدس سره في اللمعة و في جامع المقاصد في شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شيء له و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس قال و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره و لم أظفر في كلام المصنف و غيره بشيء في ذلك انتهى. و قال في شرح قول المصنف قدس سره و لا يسقط الخيار بتلف العين مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشتري ثم تردد فيه و في خيار الرؤية و في المسالك في مسألة أن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم و أن الحادث في أيام خيار الحيوان مضمون على البائع قال و كذا كل خيار مختص بالمشتري و عن مجمع البرهان

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠١

في مسألة أن تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا إلى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخرى و هي أن تلف المال في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الأصحاب و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين في حاشية الروضة و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات أخرى

[ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثلن]

و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثلث و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري و لذا نفى في الرياض الخلاف في أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له و في مفتاح الكرامة أن قولهم التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها ثم ذكر فيه تبعا للرياض أن الحكم في بعض أفراد المسألة مطابق للقاعدة

[الإنصاف عدم شمول كلماتهم لمطلق الخيار]

لكن الإنصاف أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم فضلا عن اتفاقهم عليه فإن ظاهر قولهم التلف في زمان الخيار هو الخيار الزماني و هو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها ألا ترى أنهم اتفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع و لو كان الموت بعد العلم بالعيب أ لا ترى أن المحقق الثاني ذكر أن الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع و أما ما نقلنا عنه سابقا في شرح قوله و لو تعيب قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال حيث اعترف فيه بأنه لم يظفر على شيء مع أنه ذكر في شرح قول المصنف في باب العيوب و كل عيب تجدد في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا يمنع الرد في الثلاثة نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم حيث قال الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان و كذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له و هل خيار الغبن و الرؤية كذلك يبعد القول به خصوصا على القول بالفورية لا خيار العيب لأن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم قطعا انتهى و من ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه إلا ما أشرنا إليه من أن مناط خروج المبيع عن ضمان البائع على ما يستفاد من قوله ع: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار و صيرورة المبيع مختصا بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فيدل على أن كل من له شرط و ليس المعوض الذي وصل إليه لازما عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه و يصير مختصا به لازما عليه

[عدم شمول صحيحة ابن سنان لمطلق الخيار أيضا]

و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد مع أنه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه لأن ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازما على المشتري ثابتا من أول الأمر كما يظهر من لفظه حتى الظاهرة في الابتداء و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و لو كان منفصلا بناء على أن البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط و لذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. و أما الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقة فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد. و الحاصل أن ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازما على المشتري و هذا مختص بالبيع المتزلزل من أول الأمر فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع فاتضح بذلك أن الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل في خيار المجلس

ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض

و أما قبل القبض فلا إشكال و لا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار فلا تشمل هذه القاعدة خيار التأخير.

و أما عموم الحكم للثمن و المثلين

بأن يكون تلف الثمن في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد نظرا إلى المناط الذي استفدناه- و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة مضافا إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض و توهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض و بعده في مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة لأن المراد به انفساخ العقد و دخول العوض في ملك صاحبه الأصلي و تلفه من ماله نعم هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ و حيث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاءها بعد القبض في مدة الخيار نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخيارى من المشتري- فينفسخ البيع و يرد المبيع إلى البائع و التزام عدم الجريان من حيث إن الخيار في ذلك البيع إنما يحدث بعد رد الثمن أو مثله فتلف الثمن في مدة الخيار إنما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما أشرنا إليه سابقا من منع ذلك مع أن المناط في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقق و لو بالخيار المنفصل كما أشرنا سابقا

[جريان القاعدة إذا كان الثمن شخصا]

فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصا- بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع و لو منفصلا عن العقد.

[إذا كان الثمن أو المثلين كلياً]

و أما إذا كان الثمن كلياً فحاله حال المبيع إذا كان كلياً كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدة قبض فرداً منه فتلف في يده فإن الظاهر عدم ضمانه على البائع لأن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاءه على ما كان عليه قبل القبض و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض و هذا مما لا يدل عليه الأخبار المتقدمة فتأمل.

[ظاهر كلام الأصحاب أن المراد بضمنان من لا خيار له انفساخ العقد]

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين أن المراد بضمنان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه- و انفساخ العقد أنا ما قبل التلف و هو الظاهر أيضاً من قول الشهيد قدس سره في الدروس و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض. و قد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله بل هو ظاهر القاعدة و هي أن التلف في مدة الخيار ممن

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٢

لا- خيار له فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له مع أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملكه و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع أنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين. و الحاصل أن إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الريب فيها

[ظاهر الدروس عدم الانفساخ]

و مع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس فى الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم بل يدل على عدم الانفساخ قال قدس سره لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع و الخيار و بعده لا يبطل الخيار و إن كان التلف من البائع كما إذا اختص الخيار بالمشتري فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صورة عدم ضمانه و لو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل فى صورة ضمانه و لو أوجب المشتري فى صورة التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع القيمة أو المثل و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر انتهى و العبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه.

[ظاهر التذكرة أيضا عدم الانفساخ]

و قد يظهر ذلك من إطلاق عبارة التذكرة قال لو تلف المبيع بأفة سماوية فى زمن الخيار فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعا و إن كان بعده لم يبطل خيار المشتري و لا البائع و يجب القيمة على ما تقدم ثم حكى عن الشافعية و جهين فى الانفساخ بعد القبض و عدمه بناء على الملك بالعقد و يمكن حمله على الخيار المشترك كما أن قوله فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع لما عرفت من تعين الانفساخ فيها و ربما يحتمل أن معنى قولهم إن التلف ممن لا خيار له أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا أنه ينفسخ كما فى التلف قبل القبض و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعين الرجوع بالثمن و يحتمل أن لا يرجع بشيء فيكون معنى له الخيار أن له الفسخ.

[لو كان التالف هو البعض]

ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل - و كذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر لقوله فى الصحيحة السابقة: أو يحدث فيه حدث فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء و الوصف

[إذا كان التلف بالإتلاف]

هذا كله إذا تلف بأفة سماوية و منها حكم الشارع عليه بالإتلاف - و أما إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته و إن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين إمضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن

[لو كان الإتلاف من الأجنبى]

و إن كان بإتلاف أجنبى تخير أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتخير وجوه من أن البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الأجنبى و من أنه إذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثل عن ملكه خرج عن ملكه بدل المثل و صار فى ذمته لأن

ضمان المتلف محله الذمة لا الأمور الخارجية و ما فى ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالك و كونه بدلا عن العين إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت لا أنه بدل خارج يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة فى ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمة بعده و إتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع و هذا أضعف الوجوه

مسألة و من أحكام الخيار [هل يسقط الخيار بتلف العين]

ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضية للخيار و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين إنما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار إجماعا ثم إنه إن أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم فمرجه إلى وجوب أحد الأمرين عليه و الظاهر أنه غير مراد و إن أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. و بالجملة فلم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه.

مسألة [هل يسقط الخيار بتلف العين]

إشارة

قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين و هذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد فإن من جملة أفراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض أو الخيار المختص بعده و من المعلوم أن تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد فلا يبقى خيار فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار و بعبارة أخرى تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه و هو كذلك لأن الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد و معلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ و لذا يشرع الإقالة حينئذ اتفاقا فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء اللهم إلا أن يعلم من الخارج أن شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين فينتفى هذا الضرر بتلف العين كما فى العيب فإن تخيره بين الرد و الأرش لأن الصبر على العيب ضرر و لو مع أخذ الأرش فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد فإذا تلف انتفى حكمه الخيار أو يقال إنه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقع على بقاء العين هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.

[مواضع التردد فى ثبوت الخيار مع التلف]

إشارة

نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف أو يظهر منهم العدم

[ما ذكره العلامة]

كما تردد العلامة قدس سره في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب البائع مراجعة في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم- نظرا إلى أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و فيه إشارة إلى ما ذكرنا من أن الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوى في المسالك و جامع المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٣ المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضى و عدم المانع

[ما ذكره المحقق الثاني]

و كما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و ظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حيثند هو عدم الخيار مع التلف و الأقوى بقاءه لأن العمدة فيه نفى الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه مضافا إلى إطلاق قوله ع:

و هم بالخيار إذا دخلوا السوق مع أنه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسك بالاستصحاب إلا أن يدعى انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة البقاء و الحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد خيار الرؤية.

و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار

على وجه إرادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقع على بقاء العين فإن الفسخ و إن لم يتوقف على بقاء العين إلا أنه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد فلا- يبعد اختصاصه بصورة البقاء و التمكن من الرد و الاسترداد و إن كان حكمه في خيارى المجلس و الحيوان إلا أن الحكم أعم موردا من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به فى الكلام أو استظهاره منه بعد تعلق الغرض إلا بالرد أو الاسترداد و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري لأن الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن لا التسلط على مطلق الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرض له و من هنا يمكن أن يقال فى هذا المقام و إن كان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلا فى موضع دل عليه الدليل إذ لم تدل أدلة الخيار من الأخبار و الإجماع- الأعلى التسلط على الرد أو الاسترداد و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا و إرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة فى كلمات الشارع لما عرفت فى أول باب الخيارات من أنه استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخرين نعم لو دل الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

مسألة لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه

بلا خلاف على الظاهر لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ إذ لم يسلمها ناقلها إلا فى مقابل العوض و الأصل بقاءه إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه فى يد الفاسخ أمانة إذ الفسخ إنما هو من قبله. و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى

كونها أمانة مالكية أو شرعية ليكون غير مضمونه برضا المالك أو بجعل الشارع و إذن الشارع فى الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما فى القبض بالسوم و مرجع ذلك إلى عموم على اليد ما أخذت أو إلى أنها قبضت مضمونه فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعى أعنى المثل أو القيمة كما فى البيع الفاسد هذا و لكن المسألة لا تخلو عن إشكال. و أما العين فى يد المفسوخ عليه ففى ضمانها أو كونها أمانة إشكال مما فى التذكرة من أنه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالرد إلى مالکها و من أن الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين فى يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان و ضعفه فى جامع المقاصد بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت و الله العالم

هذا بعض الكلام فى الخيارات و أحكامها و الباقي محمول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله

القول فى النقد و النسيئة

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هى النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

إشارة

و علله فى التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري فى تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثل أو مكن منه على الخلاف الآتى فى زمان و جوب تسليم الثمن على المشتري. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد

فلو اشترط تعجيل الثمن

كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على المشهور- بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من إرادة عدم المماثلة و التأخير عن زمان المطالبة لا أن يجعل بدفعه من دون مطالبة إذ لا يكون تأكيداً حينئذ لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذى هو محط نظر المشهور مع أن مرجع عدم المطالبة فى زمان استحقاقها إلى إلغاء هذا الحق المشترط فى هذا المقدار من الزمان

[فائدة اشترط التعجيل]

و كيف كان فذكر الشهيد رحمه الله فى الدروس أن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشتري به و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضا يعنى عدم تعيين الزمان إذا أخل به فى أول وقته و هو حسن و لا يقدر فى الإطلاق عدم تعيين زمان التعجيل لأن التعجيل المطلق معناه الدفع فى أول أوقات الإمكان عرفاً و لا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصورة عدم إمكان الإيجاب على التعجيل لأن المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل أمكن إجباره به أم لم يمكن وجب أو لم يجب فإن مسألة أن ثمره

الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسألة أخرى مضافا إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجاب و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

إشارة

غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

و لا فرق في الأجل المعين بين الطويل و القصير

و عن الإسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين و قد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد: قلت لأبي الحسن إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال إنا إذا بعناهم نسيئته كان أكثر للربح فقال فبعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين قال نعم قلت بتأخير ثلاث سنين قال لا. و المحكى عن قرب الإسناد عن البرنظي: أنه قال لأبي الحسن الرضاع إن هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق فقال ع إذا أردت

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٤

الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت إنهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنين قال بعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين. و ظاهر الخبرين الإرشاد لا التحريم فضلا عن الفساد-

و هل يجوز الإفراط في التأخير

إذا لم يصل إلى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل فيه وجهان قال في الدروس لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالبا كألف سنة ففي الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري و هو أقرب و ما قربه هو الأقرب لأن ما في الذمة و لو كان مؤجلا بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل و بالبيع كما اختاره في التذكرة. نعم يبقى الكلام في أنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا بل مخالفا للمشروع حيث إن الشارع أسقط الأجل بالموت و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا و إن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة فافهم.

ثم إن المعتبر في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها

و إن لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز و المهرجان و نحوهما- أم لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد و جهان أفواهما الثاني- تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر و ربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث إنه له شراء وزنه مثلا بعبارة بلد مخصوص و إن لم يعرف مقدارها و ربما استظهر ذلك من التذكرة و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال إذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام

يشترط فيه المعرفة إذا المراد بالأجل غير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى في نظر المتعاقدين لا في الواقع و لذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان مع أنه مضبوط في نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى أيضا و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بغير بلد مخصوص لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا كما تقدم في شروط العوضين و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان لأنه معلوم عند العامة و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرفه المسلمون لكن قال بعد ذلك و هل يعتبر معرفة المتعاقدين قال بعض الشافعية نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و سواء اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى انتهى ثم الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب

مسألة لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا

إشارة

ففي المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علله في المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه في الكافي أنه ع قال: من ساءم بثمانين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة

[أدلة القول بالبطلان]

و يؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و عن بيعين في بيع بناء عن تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافي كما عن الغنية أنه روى عن النبي ص أنه قال: لا يحل صفقتان في واحدة قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئة فبكذا هذا إلا أن في رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين ع: من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة. و في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباءه: أن عليا ع قضى في رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فيقول ليس له إلا- أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيئة و عن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما- و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان

[كلمات الفقهاء في المسألة]

فالأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم قال في المقنعة لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين فإن ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين و هذا الكلام يحتمل التحريم و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذي بيع به نقدا لأنه قيمة ذلك الشيء و معنى قوله في آخر الأجلين أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك و يحتمل إرادة الكراهة كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات- أن المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر إن كان نسيئة و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل لكن لا يفسد العقد كما سيجيء و عن الإسكافي أنه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر في التحريم قال و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم أختر للمشتري أن يقدم على ذلك فإن فعل و هلك السلعة لم يكن للبائع إلا أقل

التمنين لإجازته البيع به و كان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل إلى المدة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الأقل. و في النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو إلى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين كان البيع باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين انتهى. و عن موضع من الغنية قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين و ثمنين كقوله بعث إلى مدة بكذا و إلى أخرى بكذا يفسده فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعده الأجلين بدليل إجماع الطائفة و عن سلار و ما علق بأجلين و هو أن يقول بعتك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد و هو المحكى عن ابن الصلاح و عن القاضي من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينار إلى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين و قال

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٥

في المختلف بعد تقوية المنع و يمكن أن يقال إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأ-كثر في البعيد و إلا لزم الربا إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل انتهى و في الدروس أن الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه و هو غير مانع من صحة البيع انتهى. أقول لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع لأنه في مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال إن الزيادة ليست في مقابل الأجل- بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و إن كانت لكنه ربا كما سيجيء إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط كما احتمل ذلك في مصالحه حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرته بل قال في التحرير بالرجوع إلى الديء و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه و جب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و إنما سقط حقه من التعجيل. و يمكن أيضا حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و هذا الشرط فاسد لما سيجيء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا محرم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط كما عليه جماعة و حينئذ فللبائع الأقل و إن فرض أن المشتري أخره إلى الأجل كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس و إن كانت نظره لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط أو البناء عليها تشريعا و لعل هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيئا زائدا على الأقل لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية و عدم ترتيب الأثر المقصود عليه و قد تلخص من جميع ما ذكرنا أن المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف في بطلانها بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدنا عليه و أما الحكم بامضائهما كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حمل المال على الرضا و طيب النفس و كون الأكل لا عن تراض أكلا للباطل فيقع الإشكال في نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في موردتهما و أما ما عداه كما إذا جعل له الأقل في أجل و الأكثر في أجل آخر فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الأصل و في التحرير البطلان هنا قولوا واحدا و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك إلا أنك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين و إن لم ينسب ذلك في الدروس- إلا إلى المفيد قدس سره لكن عن الرياض أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين و هو ظاهر الحدائق أيضا و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير ثم إن العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحة المسألة أنه مثل ما إذا قال المستأجر ليخاطه الثوب إن خطته فارسيا فبدرهم و إن خطته روميا فبدرهمين و أجاب عنه بعد تسليم الصحة بوجوعها إلى الجعالة

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طو لب إجماعاً- لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل- و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و فى جامع المقاصد فى باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة و علل الحكم فى التذكرة فى باب السلم بأن التعجيل كال تبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنه و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله فى ذمته و جعله إياه كالودعى فإن ذلك حق عرفاً و بالجملة ففى الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضاً ما يتخيل- من أن الأجل حق مختص بالمشتري و لذا يزداد الثمن من أجله و له طلب النقصان فى مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع فى أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين- ففى كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته فى الحال و علله فى جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم فلا يسقط و لأن فى الأجل حقاً لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا فى الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغى أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل فى العقود لا فى النذور انتهى و فيه أن الحق المشترط فى العقد اللازم- يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين- لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و فى باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته فى الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعى و جهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل فى العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة فى الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله ألا ترى أنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقاً فى الأجل فدلالته على المدعى موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا- يسقط إلا- باتفاقهما الذى عبر عنه بالتقاييل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقايل فى شروط العقود لا فى أنفسها نعم لو صار التأجيل حقاً لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٦

الصالح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالاً أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

إشارة

لأن فى امتناعه إضراراً و ظلماً إذ لا- حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلاً اختيارياً حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه فى البيع

[إذا امتنع الدائن من القبول]

و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفى الضرر بل مورده كان من هذا القبيل حيث إن سمرة بن جندب امتنع من الاستيذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري و عن يبعها فقال النبي ص للأنصاري: اذهب فاقفلها و ارم بها وجه صاحبها فأسقط ولايته على ماله.

و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض

لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه لا- أصل القبض الممكن تحقيقه منه كرها مع كون الإكراه بحق بمنزلة الاختيار فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم- لأن السلطان ولي الممتنع بناء على أن الممتنع من يمتنع- و لو مع الإجماع و لو قلنا إنه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولى القبض عنه من دون الإكراه و هو الذي رجحه في جامع المقاصد و المحكى عن إطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبه المديون بالدين إذا لم يسأله لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإجماع و استبعده غيره و هو في محله

و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له

عدولا كانوا أم لا لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد

فإن لم يمكن إجباره ففي وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه العدم

و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانة عنده فإن تلف فعلى ذى الحق- لأن هذه فائدة العزل و ثمرة إلغاء قبض ذى الحق و لكن لم يخرج عن ملك مالكة لعدم الدليل على ذلك فإن اشتراط القبض في التمليك لا يسقط بأدلة نفى الضرر و إنما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان و حينئذ فنماء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا و قد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع و كون التلف من ذى الحق و وجهه أن الحق المملوك لصاحب الدين أن تشخص في المعزول كان ملكا له و إن بقي في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله و يمكن أن يقال إن الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول و إنما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجاني فبتلفه يتلف الحق و مع بقائه لا يتعين الحق فيه فضلا عن أن يتشخص به و يمكن أن يقال بأنه يقدر آنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين

[جواز التصرف في المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]

ثم إن الظاهر جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف لأن شرعية عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة و تكليفه بحفظ المعزول أضر عليه من حفظ أصل المال في الذمة. و عن المحقق الثاني أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكن أعلم بالحال و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده فينتفى وجوب الحفاظ في الثاني دون الأول و لعل وجهه أن المبرئ للعهد التخلي و الإقباض المتحقق في الثاني دون الأول و سيجيء في مسألة قبض المبيع ما يؤيده. و عن المسالك أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يتمكن من إلزامه بالقبض ثم إن المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد- بعد الحكم

يكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه أن في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما تردها و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك لم أجد للأصحاب تصريحا بنفي و لا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أيضا و المتجه عدم الانسحاب انتهى و حكى نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى

[رأى المؤلف في الفرعين المذكورين]

أقول أما الفرع الثاني فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم في التعيين فإذا أخذ جزء خارجيا من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له كما لو أخذ الظالم من من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم و أما الفرع الأول فيمكن أن يقال بأن الشريك لما كان في معرض التضمر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة لكن فيه أن ضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا- يوجب القسمة تضرر شريكه بأن لا يكون حصه بحيث تتلف بمجرد القسمة كما في الغرض و إلا فلا ترجيح لأحد الضررين مع أن التمسك بعموم نفي الضرر في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقها جديدا

[مسألة عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

إشارة

لا- خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا في القرض راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليه في أول المدائنة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملته الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم في العرف

[نزول آية الربا في ذلك]

إشارة

و أن مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** هو التراضى بعد حلول الدين على تأخير إلى أجل بزيادة فيه.

[تأييد ذلك بصحيفة ابن أبي عمير]

فعن مجمع البيان عن ابن عباس أنه كان الرجل من أهل الجارية إذا حل دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدني في الأجل أزيدك في المال

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٧

فيتراضيان عليه و يعملان به فإذا قيل لهم ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك أن الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء فذمهم الله و ألحق بهم الوعيد و خطأهم في ذلك بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا

[تأييد ذلك بصيحة ابن أبي عمير]

و يؤيده بل تدل عليه حسنة ابن أبي عمير أو صحيحته عن أبي عبد الله ع قال: سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول انقذني كذا و كذا واضح عنك بقيته أو انقذني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال لا أرى به بأسا إن لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فَلكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ عِلل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير و كان ربا يقتضى استشهاده بذيل آية الربا و هو قوله تعالى فَلكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ

[دلالة بعض الأخبار على ما تقدم]

و يدل عليه بعض الأخبار الواردة في تعليم طريق الحلية في جواز تأخير الدين بزيادة باشتراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار عن الحرام فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صارواع موردا الاعتراض العامة في استعمال بعضها كما في غير واحد من الأخبار الواردة في ذلك و يدل عليه أيضا أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة أن يطلبه الغريم بدينه.

[عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد]

و مما ذكرنا من أن مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد و ظهر أيضا أنه يجوز المعاوضة اللازمه- على الزيادة بشيء باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة و ظهر أيضا من التعليل المتقدم في رواية ابن أبي عمير جواز نقض المؤجل بالتعجيل و سيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى [ثم إنه هل يجوز تعجيل الدين المؤجل بأزيد منه مثلا يطلبه ديناراً إلى شهر فيقول أعطيتك ديناراً و نصفاً لتأخذه الآن أو في أجل أقرب الظاهر عدم لأنه ربا إلا إذا فر إلى نحو الهبة و الشرط في ضمن عقد أو نحو ذلك فقد قال ع: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال و الله العالم]

[مسألة] جواز بيع العين الشخصية المبتاعه بئمن مؤجل من بائعها إلا في صورة الاشتراط

إشارة

إذا ابتاع عينا شخصية بئمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم في المستثنى منه فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فممنع منها الشيخ في النهاية و التهذيبين و هي بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال في النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من

غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

فالأقوى هو المشهور - للعمومات المجوزة كتابا و سنة

إشارة

و عموم ترك الاستفصال فى صحیحه بشار ابن يسار قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المتاع بنسء مرابحة فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه فقال نعم لا بأس به فقلت له أشتري متاعى و غنمى قال ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك و صحیحه ابن حازم عن أبى عبد الله ع: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى قال لا بأس بذلك و رواية الحسين بن منذر قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب العينه- فأشترى له المتاع ثم أبيعته إياه مرابحة ثم أشتريه منه مكانى قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتت فلا بأس قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و فى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أيجل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس. و عن كتاب على بن جعفر قوله: باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو أظهر فى عنوان المسألة و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف و قد يستدل أيضا برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زراره قال: سألتنا أبا عبد الله ع عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و فى دلالتها نظر

[توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]

إشارة

و فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى فقال لا تشتريه منه لا خير فيه و رواية عبد الصمد بن بشر المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن قاسم الحنات فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل فيجيئنى و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه فقال أفهم أصلحك الله إنه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك فقال أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على

[الجواب عن توهم المعارضة]

و حكى عن الشيخ قدس سره أنه أوردها فى الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه. أقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من أمارات الكراهة

[ما حكى عن الشيخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا كان أزيد]

واعلم أنه قال الشيخ قدس سره في المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز إذا أخذ ما أعطاه فإن أخذ أكثر لم يجز وقد روى أنه يجوز على كل حال و حكى في المختلف عن الخلاف أنه إذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله فإن زاد عليه لم يجز واحتج بإجماع الفرقه وأخبارهم وبأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام ثم حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقا وعن بعضهم المنع مطلقا ثم حكى عن الشيخ في آخر كلامه أنه قال والقول الآخر الذي لبعض أصحابنا قوى وذلك أنه بيع طعام بدراهم لا يبيع طعام بطعام فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية انتهى أقول الظاهر أن الشيخ قدس سره جرى في ذلك وفيما تقدم عنه في النهاية

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٨

من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار- من أن عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوض بذلك الشيء بزيادة وإن عوض العوض بمنزلة العوض. فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة وكذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له أن يأخذ عوض الدراهم طعاما وعول في ذلك على التعليل المصرح به في رواية على بن جعفر عن أخيه ع المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا وفي باب السلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أو يأخذ بقيمته دراهم قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذي يشتري به دراهم ولا يصلح دراهم بدراهم قال في محكي التهذيب الذي أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير من أنه إذا كان الذي أسلف فيه دراهم لم يجز أن يبيعه بدراهم لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم وربما كان فيه زيادة أو نقصان وذلك ربا انتهى وهنا يقول قبلا لمسألة السلم التي هي عكس مسألتنا إنه إذا كان الذي باعه طعاما لم يجز أن يشتري بثمنه طعاما لأنه يكون باع طعاما بطعام وبالجملة فمدار فتوى الشيخ قدس سره على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه من أن عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي فلا- فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه وبين اشتراء مجانسه منه ولا- فرق أيضا بين اشتراؤه قبل حلول الأجل أو بعده كما أطلقه في الحدائق و تقييده بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة والإيفاء بعد الحلول وإن قصر المشهور خلافه به لكن الأظهر هو الإطلاق كما أن تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص لأنه الغالب لأن في رد نفس ما اشتراه رده بالناقص لا لخصوصية في النقص لا يجرى في الزيادة ولذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت فيعلم منه أن أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت ويؤيد الحمل على الغالب أنه قدس سره ذكر في مسألة السلم التي هي عكس المسألة أنه لا يجوز له أخذ مثل الثمن زائدا على ما أعطاه فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى ومع العكس العكس و ظهر أيضا مما ذكرنا أن الحكم مختص في كلام الشيخ بالجنس الربوي لا مطلق المتاع ولا خصوص الطعام

[إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]**إشارة**

و أما الحكم في المستثنى- وهو ما إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور ونص عليه الشيخ في باب المراجعة

[الاستدلال على بطلان هذا البيع بالدور]

إشارة

و استدلو عليه أولاً بالدور كما في التذكرة قال في باب الشروط لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا و عينا أم لا و إلا جاء الدور لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على يبيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا- منافاة فيه للكتاب و السنه لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على المالك أقول ظاهر ما ذكره من النقص أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولا في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشيء على غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولي بخلاف يبيعه على مالكة فإنه غير معقول أصل فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه- باشرط يبيعه على غيره أو عتقه.

[النقض على الاستدلال]

نعم ينتقض ذلك باشرط كون المبيع رهنا على الثمن فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه و قد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه و قال إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع فلا يتوقف عليه صحة البيع و إلا دار لكنه قدس سره مع ذلك جوز هذا الاشرط إلا أن يقال أخذ الرهن على الثمن و التضمنين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه فيجوز اشترطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلا و نحو ذلك لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشترط وقف المشتري المبيع على البائع و ولده

[تقرير الدور في جامع المقاصد]

إشارة

و قرر الدور في جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين

[ما أجيب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]

و أجيب عنه تارة بالنقض باشرط يبيعه من غيره و قد عرفت أن العلامة قدس سره تفتن له في التذكرة و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشترط رهنه على الثمن و عرفت تفتنه لذلك أيضا في التذكرة و أخرى بالحل- و هو انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط و إنما المتوقف عليه لزومه و ثالثه بعدم جريانه فيما لو شرط يبيعه منه بعد أجل البيع الأول فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله أن الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع

[الاستدلال على البطلان بعدم القصد]

إشارة

و لا فرق في ذلك بين اشترط يبيعه قبل الأجل أو بعده لأن بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقا و لو قيد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضا بين ما قبل الأجل و ما بعده و استدلال عليه أيضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث

لم يقطع علاقة الملك و جعله في غاية المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين ثم قال و إن كان إجماع على المسألة فلا بحث

[الرد على الاستدلال]

و رد عليه المحقق و الشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه و إلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على صحته انتهى

[الاستدلال على البطلان برواية الحسين ابن المنذر]

إشارة

و استدل عليه في الحقائق بقوله ع في رواية الحسين بن المنذر المتقدمة في السؤال عن بيع الشيء و اشتراؤه ثانيا من المشتري: إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانيا فدل على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأول

[بيان الاستدلال]

و ثبوت البأس في الرواية إما راجع إلى البيع الأول فيثبت المطلوب و إن كان راجعا إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأول إذ لو صح البيع الأول و المفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح

بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح

[ما رد به عن الاستدلال و الجواب عنه]

هذا و قد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان و فيه ما لا يخفى و قد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٩

اشتراط المشتري ذلك على البائع. و فيه أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع فإن المسألتين من واد واحد بل الشهيد قدس سره في غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء و قد يرد أيضا بأن الاستفادة من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطه يرتفع الخيار عن المشروط عليه و إن كان يحرم البيع الثاني أو هو و البيع الأول مع الشرط و يكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط و إن كان لو فعل التزم به و هو غير التزام المحرم الذي يفسد و يفسد العقد. و فيه أن الحرمة الاستفادة من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعنى الفساد و لا يجامع ذلك صحة الشرط و لزومه.

[مناقشة المؤلف في الاستدلال]

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثاني مع الفراغ عن صحة الأول كما يشهد به أيضا بيان خلاف أهل

المسجد المختص بالبيع الثاني أن المراد أنه إن وقع البيع الثاني على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به و إن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقا في متن العقد أو قبله و إلزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه إما لعدم ذكره في متن العقد و إما لكون الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به و لا يوجب فساد العقد المشروط به كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جواز بالعقد الثاني.

[الاستدلال على البطلان برواية علي بن جعفر و المناقشة فيه]

و أما رواية علي بن جعفر فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني فيجب أيضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجه الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلجاء و هذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء إما لعدم ذكره في العقد و إما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساد في العقد. و بالجملة فالحكم بفساد العقد الثاني في الرويتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الرويتين في ذلك فلا بد أن يكون منشأ عدم طيب النفس بالعقد الثاني و عدم طيب النفس لا يقدح إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم و عدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط في العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد- ثم إنه قال في المسالك إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان أن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه في متنه لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتم لهما و يمكن أن يقال إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط

[رأى المؤلف في المسألة]

فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به و عدمه و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم إلا أن يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر و بين الفاسد فيؤثر في البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين و قد تقدم توضيح الكلام في ذلك

@@@@@@@@@@@@@@@@

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- في أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

و علة في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثلثن أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة مفهومها و لا مصداقا للزيادة و النقصان غير المسموح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا ففي المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح - و علة في المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه في الكافي أنه ع قال: من ساءم بثمنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طوّل إجماعا - لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل - و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و في جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة و علل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنه و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي فإن ذلك حق عرفا و بالجملة ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضا ما يتخيل - من أن الأجل حق مختص بالمشتري و لذا يزداد الثمن من أجله و له طلب النقصان في مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين - ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال و علة في جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا في الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل في العقود لا في النذور انتهى و فيه أن الحق المشتري في العقد اللازم - يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين - لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و في باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي وجهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقا في الأجل فدلالته على المدعى موقوفه على أن الشرط الواحد إذا انحل

إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا- يسقط إلا- باتفاقهما الذى عبر عنه بالتقابل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقابل فى شروط العقود لا فى أنفسها نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة لتعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٦

الصحيح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه لأن فى امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا- حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه فى البيع

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

لا- خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا فى القرض راجعة إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى أول المداينة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم فى العرف

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم فى المستثنى منه فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فممنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

القول فى القبض

إشارة

القول فى القبض

و هو لغة الأخذ مطلقاً أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات أهل اللغة- و النظر فى ماهيته و وجوبه و أحكامه يقع فى مسائل

مسألة اختلافوا فى ماهية القبض فى المنقول بعد اتفاقهم على أنها التخليء (فى غير المنقول - على أقوال

أحدها أنها التخليء) أيضا

صرح به المحقق فى الشرائع و حكى عن تلميذه كاشف الرموز و عن الإيضاح نسبه إلى بعض متقدمى أصحابنا و عن التنقيح نسبه إلى المبسوط

الثانى أنه فى المنقول النقل

و فيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن

الثالث ما فى الدروس

من أنه فى الحيوان نقله و فى المعبر كيله أو وزنه أو عدده أو نقله و فى الثوب وضعه فى اليد.

الرابع ما فى الغنية

و عن الخلاف و السرائر و اللمعة أنه التحويل و النقل

الخامس ما فى المبسوط

من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول باليد و إن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فالقبض فى البهيمة أن يمشى بها إلى مكان آخر و فى العبد أن يقيمه إلى مكان آخر و إن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله فى مكانه و إن كان اشتراه مكابله فالقبض فيه أن يكيه و زاد فى الوسيلة أنه فى الموزون وزنه و فى المعدود عدده و نسب عبارة الشرائع- الراجعة إلى ما فى المبسوط إلى المشهور.

السادس أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد

حكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية و اعترف فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلك إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل و الموزون مستندا إلى النص الصحيح و فيه ما سيجىء.

السابع ما فى المختلف

من أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد و إن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن أنه التخليه مطلقاً

بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشتري دون النهى عن بيع ما لم يقبض نفى عنه البأس فى الدروس

[رأى المؤلف فى المسألة]**إشارة**

أقول لا- شك أن القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري و لا شك أن الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه كما أن الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع و الراهن فى الجملة و اشتراط القدرة على التسليم لا يحتاج فى ترتيبها إلى فعل من المشتري

[بطلان تفسير القبض بالتخليه]

فحيث نقول أما ما اتفق عليه من كفاية التخليه- فى تحقق القبض فى غير المنقول إن أريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة إلى المبيع و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري و يعبر عنه مسامحة بالإقباض و التسليم و هو الذى يحكمون بوجوبه على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة و يفسرونه بالتخليه التى هى فعل البائع فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتى فى غير المنقول و إن فسرت برفع جميع الموانع و أذن المشتري فى التصرف. قال كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع القبض مصدر يستعمل بمعنى التقييض و هو التخليه و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف انتهى. بل التحقيق أن القبض مطلق هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب

[لا بد من استفادة معنى القبض من حكم كل مورد بخصوصه]

نعم يترتب على ذلك المعنى الأول الأحكام المترتبة على الإقباض و التسليم

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٠

الواجبين على البائع فىنبغى ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة فى باب القبض و أنه مترتب على القبض الذى هو فعل المشتري بعد فعل البائع و على الإقباض الذى هو فعل البائع مثلاً إذا فرض أنه أدلة اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة لم يكتف فى ذلك بالتخليه التى هى من فعل الواهب و هكذا و لعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره من حيث إن الحكم الأول منوط بالإقباض و غيره منوط بفعل المشتري

[اختلاف المناط فى القبض باختلاف مدرک الضمان]

و كيف كان فلا بد من مراعاة أدلة أحكام القبض فنقول أما رفع الضمان- فإن استند فيه إلى النبوى: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري و إن استند إلى قوله ع في رواية عقبه بن خالد: حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته احتمل فيه إناطة الحكم بالتخليه فيمكن حمل النبوى على ما ذكر ما هو مقارن غالبى للتخليه و احتمل ورود الروايه مورد الغالب من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقرينه ظاهر النبوى. و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس إن الخبر دال على خلافه و هو حسن إن أراد به ظاهر النبوى لا ظاهر روايه عقبه أو غيرها و الإنصاف أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبه إلى ظاهر روايه عقبه و ربما يخدش فيهما بظهورها فى اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر فى رفع الضمان اتفاقا. و فيه أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنه و رفع اليد و لا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل فى الاستعمال العرفى هذا و لكن الجمود على حقيقة اللفظ فى الروايه يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري لأن الإقباض و الإخراج و إن كانا من فعل البائع إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع لأن الإقباض و الإخراج بدون القبض و الخروج محال إلا أن يستفاد من الروايه تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالإقباض و الإخراج مسامحه مست الحاجة إليهما فى التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو أحضر البائع السلعة فقال المشتري ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل فى الوضع و لو لم يقل المشتري شيئا أو قال لا- أريد حصل القبض لوجود التسليم كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك فإنه يبرأ من الضمان انتهى. و ظاهره أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع و لو امتنع المشتري لكنه قدس سره صرح فى عنوان المسألة و فى باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعية فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سرهما رفع الضمان بهذا و إن لم يكن قبضا بل عن الشهيد فى حواشى أنه نقل عن العلامة قدس سره أن التخليه فى المنقول و غيره ترفع الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه أقول و هذا كما أن إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع و سيجىء من المحقق الثانى أن النقل فى المكيل و الموزون يرفع الضمان و إن لم يكن قبضا

[القبض هو الاستيلاء فى المنقول و غيره]

و قد ظهر مما ذكرنا أن لفظ القبض الظاهر بصيغته فى فعل المشتري يراد به الاستيلاء على البيع سواء فى المنقول و غيره لأن القبض لغه الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات فإن أريد الأخذ حسا باليد فهو لا يتأتى فى جميع المبيعات مع أن أحكامه جارية فى الكل فاللازم أن يراد به فى كلام أهل اللغة و فى لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة فى البيع و الرهن و الصدقة و تشخيص ما فى الذمه أخذ كل شىء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنه

[المناقشه فى اعتبار النقل و التحويل فى القبض]

و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه بل ادعى فى الغنيه الإجماع على أنه القبض فى المنقول الذى لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا- يخلو عن تأمل و إن شهد من عرف بكونه موافقا للعرف فى مثل الحيوان لأن مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر ثم المراد من النقل فى كلام من اعتبره هو نقل المشتري له لا نقل البائع كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمه المصرح به فى جامع المقاصد. و أما روايه عقبه بن خالد المتقدمه فلا دلالة فيها على اعتبار النقل فى المنقول و إن استدل بها عليه فى التذكرة لما عرفت من أن الإخراج من البيت فى الروايه نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله

و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون

فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد لأجل النص الذي ادعى دلالته عليه مثل صحيحة معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيّله أو يزنه إلا أن يوليه بالذي قام عليه و صحيحة منصور بن حازم: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه و في صحيحة علي بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشتري الطعام أو يصلح يبيعه قبل أن يقبضه قال إذا لم يربح عليه فلا بأس و إن ربح فلا يبيعه حتى يقبضه و رواية أبي بصير: عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيّله قال لا- يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيّله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إلى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا- من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما و إلا لم يفرق بين التولية و غيرها فتعين لأمر آخر و ليس إلا من كون ذلك قبضا للإجماع كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه و منه يظهر ما في المسالك حيث إنه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة و حينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف و الخبر الآخر و يتوقف ثانيا على الكيل و الوزن أمكن إن لم يكن إحداث قول انتهى. و الظاهر أن مراده بالخبر خبر عقبه بن خالد و قد عرفت ظهوره في اعتبار النقل

[لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع]

ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن في القبض من دون توقف على النقل و الظاهر أنه لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع كما صرح به في جامع المقاصد و لذا نبه في موضع من التذكرة بأن الكيل شرط في القبض و كيف كان فالأولى في المسألة ما عرفت من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد و أن كون القبض هو الكيل و الوزن خصوصا في باب الصدقة و تشخيص ما في الذمّة مشكل جدا لأن التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختص المكاسب، ج ٣، ص ٣١١

بالباع إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض في البيع و غيره كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم في باب الرهن و الهبة و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكي أيضا. و عن ظاهر المبسوط في باب الهبة أن القبض هو التخليّة فيما لا- ينتقل و النقل و التحويل في غيره لكن صرح في باب الرهن بأن كلما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الرهن و الهبات و الصدقات لا- يختلف ذلك و عن القاضي أنه لا- يكفي الرهن التخليّة و لو قلنا بكفايته في البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه و هنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق بل و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبة و الصدقة بالرهن و هذا الوجه حكاه في هبة التذكرة عن بعض الشافعية فقال قدس سره القبض هنا كالقبض في البيع فبيما لا ينقل و لا يحول التخليّة و فيما ينقل و يحول النقل و التحويل و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخليّة في المنقول لو قلنا به في البيع مستندا إلى أن القبض في البيع مستحق و في الهبة غير مستحق فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه و لذا لو أتلّف المتهب الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشتري ثم ضعفه بأنه ليس بشيء لاتحاد القبض في الموضعين و اعتبار العرف فيهما انتهى. و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخليّة في رفع الضمان و إن لم يكن قبضا كما أشرنا إليه سابقا-

الأول قال فى التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمته البائع

و مكته منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضا و قال أيضا إذا كان المبيع فى موضع لا يختص بالبائع - كفى فى المنقول النقل من حيز إلى حيز و إن كان فى موضع يختص به فالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف و يكفى لدخوله فى ضمانه و إن نقل بإذنه حصل القبض و كأنه استعار البقعة المنقول إليها

الثانى [لو كيل أو وزن قبل البيع فهل يجب اعتباره ثانيا لتحقق القبض]

إشارة

قال فى المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أولا بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه أو باعه قدرا معيننا من صبرة مشتملة عليه فإن كان الآخر فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم و إن كان الأول ففى افتقاره إلى الاعتبار ثانيا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول و جهان من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصلنا قوله ع فى النص: حتى يكيله أو يزنه لا- يدل على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع و من أن الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لتحقيق شرط صحة البيع الثانى فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الأقوى و يدل عليه قوله ع: إلا أن يوليه- فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه فى التولية و غيرها فدل على أن ذلك لأجل القبض لا- لصحة البيع انتهى المهم من كلامه رحمه الله أقول يبعد التزام القائلين بهذا القول- ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف فى بعضه فى ضمان البائع حتى يكيله ثانيا أو يزنه و إن لم يرد بيعه ثانيا و كذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه

[كلمات الفقهاء فى المسألة]

إشارة

و قد تفتن لذلك المحقق الأردبيلى رحمه الله فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع الثانى على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه بل وقع البيع الأول من دون كيل كما إذا اشترى أصوعا من صبرة مشتملة عليها أو اشترى بإخبار البائع أما إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه و حمله إلى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز فلا شك فى كونه قبضا مسقطا للضمان مجوزا للبيع و لا يلزم تكلف البائع بكيله مرة أخرى للإقباض إلى أن قال ما حاصله أن كون و جوب الكيل مرة أخرى للقبض مع تحققه أولا عند الشراء كما نقله فى المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة قدس الله أسرارهم و قواه ليس بقوى انتهى و قال فى جامع المقاصد عند شرح قول المصنف إن التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى المراد به الكيل الذى يتحقق به اعتبار البيع و لا بد من رفع البائع يده عنه فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده فلا تسليم و لا قبض و لو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه و أخذ على ذلك حصل القبض كما نص عليه فى التذكرة ثم قال و لو أخذ المبيع جزافا أو أخذ ما اشتراه كيلا وزنا أو بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه صح و إلا فلا ذكره فى التذكرة و الذى ينبغى أن يقال إن هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لا انتقال ضمان المدفوع إلى المشتري و انتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه ثم اشتراه و أخذه بذلك الكيل فهو كما لو أخبره بالكيل أو

الوزن بل هو أولى انتهى ثم الظاهر أن مراد المسالك مما نسبه إلى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول أنه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض قال في جامع المقاصد في شرحه إنه لو اشترى ما لا يباع إلا مكايلة و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل جديد لأن كل بيع لا بد له من قبض قال بعد ذلك و لو أنه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتمل به أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله و قام ذلك مقام كيله و في الدروس بعد تقوية كفاية التخليه في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض قال نعم لو خلى بينه و بين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض انتهى و هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة و الشهيد و المحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض و إن كيل أو وزن قبل ذلك

[عدم ظهور كلمات الفقهاء في وجوب الاعتبار مرة أخرى]

إشارة

لكن الإنصاف أنه ليس في كلامهم و لا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصي المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى لتحقق القبض كما يظهر من المسالك فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه في هذا القول و كلام العلامة و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد على كيل معلوم من كلي أو من صبرة معينة أو على جزئي محسوس على أنه كذا و كذا فيكون

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٢

مراد الشيخ و الجماعة من قولهم اشترى مكايلة أنه اشترى بعنوان الكيل و الوزن في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد لكونه لغوا و الظاهر أن هذا هو الذي يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضا من الرهن و الهبة فلو رهن إناء معين من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول فالظاهر أنه لا يقول أحد بأنه يعتبر في قبضه وزنه مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه أصلا. نعم لو رهن أو وهب مقدارا معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره في قبضه و إن قبضه جزافا كذا قبض فظهر أن قوله في القواعد اشترى مكايلة و هو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد و يؤيده تكرار المكايلة في قوله و باع مكايلة و يشهد له أيضا قول العلامة في غير موضع من التذكرة لو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة و يشهد له أيضا قوله في موضع آخر لو أخذ ما اشترى كيلا وزنا و بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه إلخ و أظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في الرهن و غيرهما ذكر أنه لو رهن صبرة على أنه كيل كذا فقبضه أن يكيه و لو رهنها جزافا فقبضه أن ينقله من مكانه مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا فافهم و أما قوله في الدروس فلا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض فلا يبعد أن يكون تتمه لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه و بينه فامتنع حتى يكتاله و مورده بيع كيل معين كلي فلا يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد

[استثناء بيع التولية ليس قرينه على وجوب الاعتبار مرة أخرى]

ثم إن ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب أولا- من أن قوله: لا- يبعه حتى يكيه يصدق مع الكيل السابق ثم استظهاره ثانيا بقرينه استثناء بيع التولية أن المراد غير الكيل المشترك في صحة العقد لم يعلم له وجه إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحة و غيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و الثاني و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول فلا وجه لما ذكره أولا أصلا و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قرينه على عدم إرادته لاشتراك التولية مع غيرها في توقف صحتهما على

الاعتبار لأن السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه ثم الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا يمكن إرجاعها إلى السؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني بل الكلام سؤالاً وجواباً نص في إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلاً بأن يبيعه ما اشتراه على أنه كيل معين فيشترط قبضه بالكيل والوزن ثم إقباضه وبين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض في العقد لكيله ووزنه فلا- يعتبر توسط قبض بينهما بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأول. وبالجملة فليس في الصحيحة تعرض لصورة كيل الشيء أولاً قبل البيع ثم العقد عليه والتصرف فيه بالنقل والتحويل وأن يبيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأول لا لاشتراط معلومية البيع الثاني أم لا بل ليس في كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة

@@@@@@@@@@@@@@@@

القول في وجوب القبض

مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

إشاره

لاقتضاء العقد لذلك فإن قال كل منهما لا أذفع حتى أقبض فالأقوى إجبارهما معا وفاقاً للمحكي عن السرائر والشرائع وكتب العلامة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها- وعن ظاهر التنقيح الإجماع عليه لما في التذكرة- من أن كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه وعن الخلاف أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن سواء كان الثمن عيناً أو في الذمة لأن الثمن إنما يستحق على المبيع فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن ولعل وجه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك ولذا استقر العرف إلى تسمية الثمن عوضاً وقيمةً ولذا يقبضون مطالبته الثمن قبل دفع المبيع كما يقبضون مطالبته الأجرة قبل العمل أو دفع العين المستأجرة والأقوى ما عليه الأكثر-

[محل الخلاف في المسألة]

إشاره

ثم إن ظاهر جماعه أن محل في هذه المسألة بين الخاصة والعامة ما لو كان كل منهما باذلاً وتشاحاً في البدأه والتسليم لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل قال في المبسوط بعد اختياره أولاً إجبارهما معا على القابض ثم الحكم بأن تقديم البائع في الإجبار أولى قال هذا إذا كان كل منهما باذلاً وأما إذا كان أحدهما غير باذل أصلاً وقال لا أسلم ما على أجبره الحاكم على البذل فإذا حصل البذل حصل الخلاف في أن أيهما يدفع هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس انتهى وقال في التذكرة توهم قوم أن الخلاف في البدأه بالتسليم خلاف في أن البائع هل له حق الحبس أم لا إن قلنا بوجوب البدأه للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن وإلا فله ذلك ونازع أكثر الشافعية فيه وقالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما في مجرد البدأه وكان كل منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وكذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المبيع انتهى. وقد صرح بعض آخر أيضاً بعدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم ولعل الوجه فيه أن عقد البيع مبنى على التقابض وكون

المعاملة يدا بيد فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه و التزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه فلا يرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر فلا يسقط التكليف بإزاء مال الغير عن أحدهما بمعصيته الآخر و أن ظلم أحدهما لا- يسوغ ظلم الآخر هذا كله مع عدم التأجيل في أحد العوضين-

فلو كان أحدهما مؤجلا

لم يجوز حبس الآخر. قال في التذكرة و لو لم يتفق تسليمه حتى حل الأجل لم يكن له الحبس أيضا و لعل وجهه أن غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلا و هذا مما يؤيد أن حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر فيكون الحبس بإزاء الحبس.

[لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه أنه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصح القبض فصحة القبض بأحد أمرين

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٣

أما إقباض ما في يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه و لو بغير إذنه و أما إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا كما صرح بذلك في المبسوط و التذكرة و صرح فيهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغير إذنه لأن له حق الحبس و التوثق إلى أن يستوفى العوض و في موضع من التذكرة أنه لا ينفذ تصرفه فيه و مراده التصرف المتوقف على القبض كالبيع أو مطلق الاستبدال

ثم إذا ابتداء أحدهما بالتسليم

إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ أو لتبرعه بذلك أجبر الآخر على التسليم و لا يحجر عليه في ما عنده من العوض و لا في مال آخر لعدم الدليل.

مسألة يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها في الجملة

إشاره

و هذا الوجوب ليس شرطيا بالنسبة إلى التسليم و إن أوهمه بعض العبارات ففي غير واحد من الكتب أنه يجب تسليم المبيع مفرغا و المراد إرجاع الحكم إلى القيد و إلا فالتسليم يحصل بدونه و قد تقدم عن التذكرة

[الاستدلال عليه]

و كيف كان فيدل على وجوب التفريغ ما دل على وجوب التسليم فإن إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا فإن التسليم بدونه كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين و إن ترتب عليه أحكام تعبدية كالدخول في ضمان المشتري و نحوه

[لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]

فلو كان في الدار متاع وجب نقله فورا فإن تعذر ففي أول أزمته الإمكان و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشتري جاهلا كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه و في ثبوت الأجرة- لو كان لبقائه أجره إلى زمان الفراغ وجه

[لو كان في الأرض زرع للبائع]

و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجرة كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم و لو كان في الأرض زرع قد أحصد وجب إزالته لما ذكرنا و إن لم يحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه للزوم تضرر البائع بالقلع و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل كما لو وجدها مستأجرة و من ذلك يعلم عدم الأجرة لأنه اشترى أرضا تبين أنها مشغولة فلا يثبت أكثر من الخيار و يحتمل ثبوت الأجرة لأنه اشترى أرضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع و المالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين إبقائه بالأجرة و بين قلعه لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة و يحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجرة و قلعه بالأرض و يحتمل ملاحظة الأكثر ضررا

[و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشتري]

و عليه طم ما يطم برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرض على اختلاف الموارد فإن مثل قلع الباب أو قلع ساحة منه إصلاحه إعادته بخلاف هدم حائط فإن الظاهر لحقوقه بالقيمي في وجوب الأرش له و المراد بالأرش قيمة الهدم لا أرش العيب. و بالجملة فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثل و بعضه بالقيمي و لو ألحق مطلقا بالقيمي كان له وجه و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة لإعادة مطلقا كما في الشرائع و عن المبسوط و الأرش كذلك كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالأرش كما عن الدروس و الظاهر جريان ذلك في كسر الباب و الشبابيك و فتح الثوب من هذا القبيل.

[مسألة لو امتنع البائع من التسليم]

فإن كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا- إثم و هل عليه أجره مدة الامتناع احتمله في جامع المقاصد إلا أن منافع الأموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها و على المشتري نفقة المبيع. و في جامع المقاصد ما أشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر فإن في استحقاقها النفقة ترددا قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر انتهى و يمكن الفرق بين النفقة في المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به في يده ففي وجوب إجابه و جهان و لو كان امتناعه لا لحق- وجب عليه الأجرة لأنه عاد و مقتضى القاعدة أن نفقته على المشتري

الكلام فى أحكام القبض

إشارة

الكلام فى أحكام القبض
و هى التى تلحقه بعد تحققه

مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض

إشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه إجماعا مستفيضا- بل محققا و يسمى ضمان المعاوضة

[الاستدلال عليه بالنبوى المشهور]

و يدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض أنه بعد التلف يصير مالا للبائع لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالا عند التلف و بهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته كما صرح به فى باب الصلح من الشرائع و التحرير و حينئذ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى أن المبيع يكون تالفا من مال البائع و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف أنا ما ليكون التالف مالا للبائع.
و الحاصل أن ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا- للبائع بعد التلف لكن لما لم يتعقل ذلك تعين إرادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه إلى ما ذكره فى التذكرة و تبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان و ربما يقال تبعا للمسالك إن ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى أن ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة.

[الضمان فى المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان اليد]

و مما ذكرنا من أن معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع فى ملك البائع و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري كما فى المغصوب و المستام و غيرهما و يسمى ضمان اليد يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حق مالى فلا يقبل الإسقاط و لذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط كما نص عليه فى التذكرة و الدروس و ليس الوجه فى ذلك أنه إسقاط ما لم يجب كما قد يتخيل.

[الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض برواية عقبه أيضا]

و يدل على الحكم المذكور أيضا رواية عقبه بن خالد عن أبى عبد الله ع:

فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله و لعل الرواية أظهر دلالة- على الانفساخ قبل التلف من النبوى

[عدم الخلاف فى المسألة]

و كيف كان فلا خلاف فى المسألة أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله لأن تقدير مالىة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد و إنما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع فيرتكب بقدر الضرورة

[نماء المبيع قبل التلف للمشتري]

و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. و فى معناه الركاز الذى يجده

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٤

العبد و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصى له به فقبله كما صرح به فى المبسوط و التذكرة و صرح العلامة بأن مئونة تجهيزه لو كان مملوكا على البائع و هو مبنى على ثبوت الملك التحقيقى قبل التلف لا مجرد تقدير الملك الذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقى آثار المقدر إلا أن يقال بأن التلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقى

[تعذر الوصول بحكم التلف]

ثم إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده و عليه تحمل رواية عقبه المتقدمة. قال فى التذكرة وقوع الدرء فى البحر قبل القبض كالتلف و كذا انفلات الطير و الصيد المتوحش و لو غرق البحر الأرض المبيعة أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل أو كسيها رمل فهى بمثابة التلف أو يثبت به الخيار للشافعية وجهان أقواهما الثانى و لو أبق العبد قبل القبض أو ضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المالىة و رجاء العود انتهى و فى التذكرة أيضا لو هرب المشتري قبل وزن الثمن و هو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن يملك البائع الفسخ فى الحال لتعذر استيفاء الثمن و الصبر ثلاثة أيام للرواية و الأولى أقوى لورودها فى البازل و إن كان موسرا أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد له مالا قضاه و إلا باع المبيع و قضى منه و الفاضل للمشتري و المعوز عليه انتهى و فى غير موضع مما ذكره تأمل

[لو كان القبض غير واجد لشرائط الصحة]

ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب أنه لا يعتبر فى القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحا جامعا لما يعتبر فيه فلو وقع بغير إذن ذى اليد كفى فى رفع الضمان- كما صرح به فى التذكرة و الدروس و غيرهما و لو لم يتحقق الكيل و الوزن بناء على اعتبارهما فى قبض المكيل ففى سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان قال فى التذكرة فى باب بيع الثمار إنه لو اشترى طعاما مكابله قبض جزافا فهلك فى يده فهو من ضمان المشتري لحصول القبض و إن جعلنا الكيل شرطا فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع انتهى و قد تقدم عن

جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل فى القبض و لا يخلو عن قوة

[هل يكتفى بالتخليه فى سقوط الضمان]

و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا فى سقوط الضمان قولان لا يخلو السقوط من قوة و إن لم نجعله قبضا و كذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله بناء على اعتبار النقل فى القبض هذا كله حكم التلف السماوى.

و أما الإتلاف

إشارة

فإما أن يكون من المشتري و إما أن يكون من البائع و إما أن يكون من الأجنبى

فإن كان من المشتري

فالظاهر عدم الخلاف فى كونه بمنزلة القبض فى سقوط الضمان لأنه قد ضمن ماله بإتلافه و حجته الإجماع لو تم و إلا فانصراف النص إلى غير هذا التلف فيبقى تحت القاعدة. قال فى التذكرة هذا إذا كان المشتري عالما و إن كان جاهلا بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله هل يجعل قابضا الأقرب أنه لا يصير قابضا و يكون بمنزلة إتلاف البائع ثم مثل له بما قدم المغصوب إلى المالك فأكله أقول هذا مع غرور البائع لا- بأس به أما مع عدم الغرور ففى كونه كالتلف السماوى وجهان- و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعا ففى التذكرة أن الأصلح أنه لا يستقر عليه الثمن. و حكى عن بعض الشافعية الاستقرار لأنه قتله فى عرض نفسه

و لو أتلفه البائع

ففى انفساخ البيع كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم التلف فى النص- لما كان بإتلاف حيوان أو إنسان أو كان بآفة أو ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة إتلاف مال الغير أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن إما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك فى العمل بأحدهما و إما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر الانفساخ التسليم هنا و هذا هو الأقوى و اختاره فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و عن حواشى الشهيد نسبه إلى أصحابنا العراقيين فإن اختار المشتري القيمة فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل أقواما العدم و لو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع فى يد المشتري ففى كونه كإتلافه قبل القبض فيكون فى حكم الاسترداد كما أن إتلاف المشتري فى يد البائع بمنزلة القبض أو كونه إتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع فى ضمان المشتري بالقبض و إن كان ظالما فيه وجهان اختار أولهما فى التذكرة

و لو أتلفه أجنبى

جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة إلا أن المتعين منها هو التخيير لما تقدم و لو لا شبهه الإجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد

فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين

في جميع ما ذكر كما صرح في التذكرة و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال في المبسوط لو اشترى عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه و إذا باعه و سلمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنه لا يقدر على رده انتهى و في باب الصرف من السرائر نظير ذلك و قد ذكر هذه المسألة أيضا في الشرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أعنى مسألة من باع شيئا معيناً بشيء معين ثم بيع أحدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول و قد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضا و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة و يمكن أن يستظهر من رواية عقبه المتقدمة حيث ذكر في آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله بناء على عود ضمير الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوي له بناء على صدق المبيع على الثمن قال كما في التذكرة- أو أكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فإن كانت في يد المشتري فكأ تلافه و إن كانت في يد البائع فكأ تلافه و إن كانت في يد أجنبي فكأ تلافه و إن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي فكان كالمساوية انتهى ثم إنه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في هذا الحكم لم أجد أحد أصرح بذلك نفيًا أو إثباتًا نعم ذكروا في الإجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض لكن ثبوت الحكم عموما مسكوت عنه في كلماتهم إلا- أنه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٥

من المسلمات قال في مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض و المال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعاريه المضمونه أو بالتفريط و يسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه إلى أن قال أما ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح و الأجرة المعينة لما تقدم و قال الشافعي لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالباع انتهى و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصة و العامة.

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه

فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ البيع فيه

فيما يقابله من الثمن لأن التالف مبيع تلف قبل قبضه فإن البيع يتعلق لكل جزء إذ البيع عرفا ليس إلا- التملك بعوض و كل جزء كذلك. نعم إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرًا عليه يوهم انتقاله بعقد مستقل و لذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعددة و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف في المسألة

إن كان الجزء مما لا يقسط عليه الثمن

كيد العبد فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعب فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد فالمشتري مخير بين الرد و الأرش و إلا كان له

الرد فقط بل عن الإيضاح أن الأرش هنا أظهر لأن المبيع هو مجموع بدن العبد و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فيه تأمل بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب فتأمل.

و كيف كان فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض

إشارة

و الظاهر المصرح به في كلام غير واحد أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد-

و أما الخلاف في الأرش

إشارة

ففي الخلاف عدمه مدعياً عدم الخلاف فيه و هو المحكى عن الحلبي و ظاهر المحقق و تلميذه و كاشف الرموز لأصالة لزوم العقد و إنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به و عن النهاية ثبوته و اختاره العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم و عن المختلف نقله عن القاضي و الحلبي و عن المسالك أنه المشهور-

[المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال عليه]

إشارة

و استدلووا عليه بأن الكل مضمون قبل القبض فكذا أبعاضه و صفاته و أورد عليه بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البائع. و هذا المعنى غير متحقق في الوصف لأن انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قبله من عين الثمن بل يقابل بالأعم منه و مما يساويه من غير الثمن لأن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن و يدفع بأن وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده بل لا يضمن بمال أصلاً لجواز إمضاء العقد على المعيب بلا شيء و حينئذ فتلفه على المشتري لا- يوجب رجوع شيء إلى المشتري فضلاً عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل و الأجزاء المستقلة في التقويم. فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين و أن العقد من هذه الجهة كأن لم يكن و لازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض و انفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب فكان العيب حدث قبل العقد و العقد قد وقع على عين معينة فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار و جواز إسقاط الخيار رداً و أرشا

[ما يؤيد ثبوت الأرش]

و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار و تعيينه في صحيح ابن سنان: عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك قال على البائع يمضى الشرط. فقوله ع: على البائع حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدير وقوعه في ملك البائع.

[الإشكال في ثبوت الأرش]

نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لأن الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محل النص والإجماع وهو تلف الكل أو البعض ولو لا الإجماع على جواز الرد لأشكل الحكم به أيضا إلا أنه لما استند في الرد إلى نفى الضرر قالوا إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع وحينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس إلى المعاوضة فيكون في الرد ضرر وكذلك في الإمساك بغير أرش فيوجب التخيير بين الرد والأرش لنفي الضرر لكن فيه أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ والإمضاء كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار هذا

[الأقوى قول المشهور]

ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة هذا كله مع تعييه بأفه سماوية

و أما لو تعيب بفعل أحد

فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه وإلا كان له على الجاني أرش جنائته - لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخر إلا أن يكون بأفه سماوية ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والإمضاء مع تضمين الجاني لأرش جنائته بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرش - .

مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا تولية

لصحيحة ابن حازم المروية في الفقيه: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا توليه فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه و صحيح الحلبي في الكافي عن أبي عبد الله ع قال: في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال قال لا يصلح له ذلك و صحيحة الآخر في الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوم اشتروا بزا فاشتركوها فيه جميعا و لم يقتسموا أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس به و قال إن هذا ليس بمنزلة الطعام لأن الطعام يكال بناء على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه لتحقق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي. و رواية معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه إلا - أن يوليه بالذي قام عليه و صحيحة منصور في الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يشتري مبيعا ليس فيه كيل ولا - وزن أ له أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن فإن هو قبضه كان أبراء لنفسه و صحيح الحلبي: في الرجل يبتاع الطعام أ يصلح يبيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه و إن كان تولية فلا بأس و خبر حزام المروى عن مجالس الطوسي

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٦

قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت يبيعه فسألت النبي ص فقال لا تبعه حتى تقبضه و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله ع أشتري الطعام إلى أجل مسمى فطلبه التجار مني بعد ما اشترت قبل أن أقبضه قال لا - بأس إلى أن تبيع إلى أجل كما اشترت إليه الخبر و المراد تأجيل الثمن و قوله كما اشترت إشارة إلى كون البيع تولية فيدل على ثبوت البأس في غير التولية و مصححة على بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم

يصلح حتى يقبض و إن كان تولية فلا بأس و في معناها رواية أخرى خلافا للمحكي عن الشيخين في المقنعة و النهاية و القاضى و المشهور بين المتأخرين - فالكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة إلى الكراهة مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي المتقدمة: قلت لأبى عبد الله ع أشتري الطعام من الرجل ثم أبيعته من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول له ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و رواية جميل بن دراج عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله قال لا بأس.

[الأولى حمل الروايات المجوزة على التولية]

إشارة

و هذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها مع أن الظاهر عدم الخلاف فى الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول و إن كانت أخف

[الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبى بصير و المناقشة فيه]

و من ذلك يعلم ما فى الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبى بصير: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه قال لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع ما كان عنده من شىء ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر فى الكراهة فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا فى التولية لأنه فى قوة أن ذلك فى التولية ليس مما لا يعجبني مع أن القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية و غيرها فى أصل الكراهة و إن صرح بعضهم بكونها فى التولية أخف

و ربما يستدل على الجواز بصحختى الحلبي و ابن مسلم

فى جواز بيع الثمرة المشتراه قبل قبضها لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة فى جواز بيع السلم على من هو عليه

بناء على عدم الفرق بين المسألتين و فيه تأمل لعدم ثبوت ذلك بل الظاهر أن محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز فى تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا. و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها و ذكر أن المجوزين فى المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا و اختلف المانعون فيها هنا و من العجب ما عن التنقيح من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره

[الحكم فى غير المكيل و الموزون]

ثم إن صريح التحرير و الدروس الإجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون مع أن المحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا و نسبه فى موضع آخر إلى جماعة منا و صريح الشيخ فى المبسوط اختيار هذا القول قال فى باب السلم إذا أسلف فى شىء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره و لا - أن يوليه لأن النبى ص نهى عن بيع ما لم يقبض و قال: من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى

غيره إلى أن قال وبيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع فلا يصح الشركة ولا التولية وإن كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه بلا خلاف وقد روى أصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض

[أقوال خمسة في بيع المكيل و الموزون قبل القبض]

ثم إن المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصلة بين التولية وغيرها وهو عجيب فإن التفصيل حكاة في التذكرة قولاً - خامساً في المسألة لأقوال علمائنا وهي الكراهة مطلقاً و المنع مطلقاً و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرها و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم و هو قول الشيخ في المبسوط مدعياً عليه الإجماع و بالكراهة و العدم و هنا سادس اختاره في التحرير و هو التفصيل في خصوص الطعام بين التولية و غيرها بالتحريم و الكراهة في غيره من المكيل و الموزون. و المراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أعد للأكل كما قيل إنه موضوع له لغةً و يحتمل أن يكون خصوص الحنطة و الشعير بل قيل إنه معناه شرعاً و حكى عن فخر الدين نقله عن والده و حكى اختياره عن بعض المتأخرين و عن الشهيد أنه حكى عن التحرير أنه الحنطة خاصة و حكى عن بعض أهل اللغة ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصي كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف و كون المبيع مضموناً على البائع فولاية المشتري على التصرف ضعيفة. و ذكر في التذكرة الكلى غير المقبوض في فروع المسألة و قال المبيع إن كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه فمع عدمه أولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به و به قال الشافعي انتهى. و كيف كان فلا فرق في النص و الفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين و الكلى بل و لا بناء على الجواز

[هل المنع تكليفي أو وضعي]

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العماني - بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران في الحكم الوضعي إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه في مواضع من التذكرة و في القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغي الإشكال في أن محل الخلاف في كلمات الأكثر هو الحكم الوضعي

و ينبغي التنبيه على أمور

إشارة

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العماني - بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران في الحكم الوضعي إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه في مواضع من التذكرة و في القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغي الإشكال في أن محل الخلاف في كلمات الأكثر هو الحكم الوضعي

الأول أن ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم

فيصح بيعه قبل قبضه قال في المبسوط أما الثمن إذا كان معيناً فإنه يجوز بيعه قبل قبضه و إن كان في الذمة فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفاً فأما إذا كان صرفاً فلا يجوز بيعه قبل القبض و في موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره و لو أحال من له طعام من سلم إلخ. و استدلل عليه في التذكرة بقول

الصادق ع: و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاما قال لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء و يمكن أن يقال إن المطلوب جعل الثمن مبيعا في العقد الثاني لا ثمنا أيضا كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع ممن هو عليه فلا يعم إلا بعدم الفصل لو ثبت و

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٧

صرح في أواخر باب السلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع و يؤيده تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار في الثمن المعين.

الثاني هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال

فلا يجوز جعله ثمنا و لا عوضا في الصلح و لا أجره و لا وفاء عما عليه أم يختص بالبيع ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع و أظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة الأقرب عندي أن النهي به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات و أظهر من الكل قوله في مواضع أخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي لم يجز عند الشافعي لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض و الأولى عندي الجواز و ليس هذا بيعا و إنما هو نوع معاوضة انتهى و أصرح من الكل تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع في أحكامه و قد صرح جامع المقاصد أيضا في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره و قد تقدم في كلامه أنه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال في كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض مع أن ما استدلل به للمنعين من قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار في مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة. و قد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة بأنها معاوضة و المعاوضة على المسلم فيه قبل القبض غير جائز و هو و إن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى. و صرح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتي أعنى إحالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أن الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء و أن المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه و إرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة مطلق المعاوضة من البيع في قولهم إن الحوالة بيع أو ليست بيعا بل هذه أظهر في كلماتهم.

و قد صرح الأكثر بأن تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا بأخباره على جوازه و يؤيده أيضا قوله في التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو و سلم و لخالد مثله على زيد فقال زيد اذهب إلى عمرو و اقبض لنفسك ما لى عليه لم يصح لخالد عند أكثر علمائنا و به قال الشافعي و أحمد: لأن النبي ص نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجزى فيه صاعان صاع البائع و صاع المشتري و سيأتي ابتناء هذا الفرع في كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض. نعم ذكر الشهيد أنه كالبيع قبل القبض و صرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشتر لي بهذه الدراهم طعاما و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض و كيف كان فالمسألة محل إشكال من حيث اضطراب كلماتهم إلا أن الاقتصار في مخالفة الأصل على المتيقن هو المتعين و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الإجارة و الخلع كما صرح به في الدروس فضلا عن مثل الإرث و القرض و مال الكتابة و الصداق و غيرها. نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو صدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به

فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع أم الولد أو حلف على أن يبيع مملوكه حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلى المبيع ظاهر النص و الفتوى و إن كان هو الأول بل هو المتعين في الأخبار المفصلة بين التولية و غيرها إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار و عليه فلو كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم و قال اشتر لي بها طعاما

واقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض كما صرح به في الدروس و لكن في بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه واستوف منه الذي لك قال لا بأس إذا ائتمنه لكن في صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث إلى بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما واستوف حقه قال أرى أن يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى يقبض الذي لك و لا تتول أنت شراءه و في وثقة عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصا. و أما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك لأن تشخيص ما باعه سلما في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه ثم إقباضه و بدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلا بالحوالة أو التوكيل فيدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط بل نسب إلى المشهور من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و ذكر المسألة في القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهة و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و بنى في الإيضاح جريان الخلاف في المسألة على أن الحوالة معاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه و أنكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف في بيع ما لم يقبض بناء على أن الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها يباعا بل هي استيفاء. أقول ذلك إما وكالته و إما حوالة و على كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة و يكون البيع كناية عنها و لذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوي المانع عن بيع ما لم يقبض. و استند الشيخ رحمه الله أيضا في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض و قد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة و لعله لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة إنه كالبيع قبل القبض لكنه رحمه الله تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه إدراج المسألة في البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقه على أفراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكانه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه و أرادا على ما في ذمة المسلف منه و لما يقبضه بعد و لا ريب أنه مملوك له بالبيع فإذا جعل موردا للسلم الذي هو بيع يكون يباعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان و يلحق بالباب

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٨

و هذا من لطائف الفقه انتهى و اعترضه في المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمرا كليا كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معينا يرجع الحق إلى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ مبيعا غير واضح فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجه انتهى أقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع و إن كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه فإنه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلي المبيع لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلي بالكلي إلا بالحوالة الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ إطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم هذا التوجيه إنما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس و هو ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في ضمنه فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض و يمكن أن يقال إن تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلي المشتري من دون حاجة إلى حوالة فإذا وقع فرد منه

فى يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض و كيف كان فالأظهر فى وجه إدخال هذه المسألة فى محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتى المحقق بالحوالة و إن لم نقل بكونها بيعا و المسألة تحتاج إلى فضل تتبع و الله الموفق. و استدل فى الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح و موثق عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل عليه كر من طعام فاشترى كرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف كرك قال لا بأس به و فيه أنه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالان سلمين و مورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه و فاء عن دين لم يعلم أنه سلم أو قرض أو غيرهما و قد استدل به فى التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السلم و لذا قال جامع المقاصد فى شرح قوله رحمه الله و لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سام إلخ فإن قلت لم اعتبر كون المالكين معا سلمين قلت لأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان أحد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معين لأحدهما انتهى و يمكن أن يقال إن ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا فى ذمة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه فماله معوض و مال غريمه عوض فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى فى المنع عن تملكه بإزاء مال غريمه عليه لأنه من بيع ما لم يقبض و حينئذ يتم الاستدلال بالرواية. نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله أمكن خروجه عن المسألة لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنا و عوضا و إلى هذا ينظر بقوله فى القواعد و التحرير تبعا للشرائع و لو كان المالان أو المحال به قرضا صح. و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أن العكس كذلك و استحسان تعبير الدروس بلفظ أحدهما ثم قال و ليس له أن يقول إن المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر إذ ربما يقال إن شبهه بالثمن أظهر لاقترانه بالبائ و كل ذلك ضعيف انتهى. و فيه ما لا يخفى فإن الباء هنا ليس للعوض و ظهور الحوالة فى كون إنشاء التملك من المحيل لا ينكر و احتمال كونه مملكا مال غريمه بمال نفسه كما فى المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب بعيد و يدل على هذا أيضا قولهم إن الحوالة بيع فإن ظاهره كون المحيل بائعا ثم إن المفروض فى المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل المحال فى اكتياله لنفسه بأن يأتى بلفظ الإحالة كما فى عبارة القواعد أو يقول له اکتل

لنفسك كما فى عبارتي المبسوط و الشرائع أما لو وكله فى القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبنى على جواز تولى طرفى القبض و الأقرب صحته لعدم المانع.

الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح

لأن مال الغير يمتنع شراء شىء به لنفسه و وجهه أن قضية المعاوضة انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضا و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطة على القول بإفادتها للإباحة فإنه يجوز أن يشتري به شيئا لنفسه على ما فى المسالك من جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطة. و أيضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا باق على ملكه و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئا لنفسه و يملكه بمجرد الشراء قال فى المختلف بعد ما نقل عن الشيخ فى النهاية أنه لو غصب مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حلالا و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك فى غير النهاية و مذهب الحلوى أن كلام النهاية يحتمل أمرين أحدهما اشتراء الجارية فى الذمة كما ذكره فى غير النهاية الثانى أن يكون البائع عالما بغصب المال فإن المشتري حينئذ يستبيح و طء الجارية و عليه وزر المال انتهى و قد تقدم فى فروع بيع الفضولى و فى فروع المعاطة نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما و يمكن توجيه ما ذكر فى المعاطة بدخول المال آنا ما قبل التصرف فى ملك المتصرف كما يلزمهم القول بذلك فى و طء الجارية المأخوذة بالمعاطة و توجيه الثانى بأنه فى معنى تملك ماله مجانا بغير عوض و كيف كان فالمعاوضة لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه و إذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه إما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاوضة و إما

بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمي طعاما لنفسك على إرادة كون اللام لمطلق النفع لا للتملك بمعنى اشتر في ملكي و خذه لنفسك كما ورد في مورد بعض الأخبار السابقة: اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك و يمكن أن يقال إنه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولا- كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعين له. و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضا فقد قبض ماله على مالك الطعام فافهم.

مسألة لو كان له طعام على غيره - فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته

إشارة

فهنا مسائل ثلاث

أحدها أن يكون المال سلما

بأن أسلفه طعاما في العراق و طالبه بالمدينة مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة- فلا إشكال

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٩

في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد و أولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد و لو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك قال الشيخ لم يجز- لأنه بيع الطعام قبل قبضه و هو حسن بناء على إرادة بيع ما في ذمته بالقيمة أو إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه أما لو جعلنا المنهى عنه عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضي على خصوص كون القيمة ثمنا بل احتمال كونه ثمنا و السلم ثمنا فلا وجه للتحريم لكن الإنصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا إذا كان من النقدين في الثمنية فينبى الحكم على انصراف التراضي المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال و أما إذا لم يرض المسلم إليه ففي جواز إجباره على ذلك قولان المشهور كما قيل العدم- لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة. و عن جماعة منهم العلامة في التذكرة الجواز لأن الطعام الذي يلزم دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه و توضيحه أن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه حيث إنه لو كان في ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر و إلا دفعه إلى وليه و لو الحاكم أو عزله و كيف كان فتعذر البراءة مستند إلى غيبته فللغريم مطالبه قيمة بلد الاستحقاق حينئذ و قد يتوهم أنه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام و إن كان أزيد قيمة كما سيجيء القول بذلك في القرض و لو كان الطعام في بلد المطالبه مساويا في القيمة لبلد الاستحقاق فالظاهر وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغيبة عن بلد الاستحقاق فيطالبه بنفس الحق.

الثانية أن يكون ما عليه قرضا

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة لأنه إنما يستحقها في بلد القرض فالزامه بالدفع في غيره إضرار خلافا للمحكي عن المختلف و قواه جامع المقاصد هنا لكنه جزم بالمختار في باب القرض أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق فالظاهر جوازها وفاقا للفاضلين و حكى عن الشيخ و القاضي. و عن غاية المرام نفى الخلاف لما تقدم من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق فلا وجه لسقوطه غاية الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار و لذا لو لم يختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضمر لكن مقتضى ملاحظة التضمر إناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهة اختلاف القيمة كما فعله العلامة في القواعد و شارحه جامع المقاصد ثم إنه اعترف في المختلف بتعين قيمة بلد

القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبة و فيه تأمل فتأمل. و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقيمة و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه من عدم جواز مطالبة المقرض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره فيلزم من ذلك عدم جواز المطالبة بالقيمة بطريق أولى و لعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض أن ليس للمقرض إلا مطالبة تسليم ماله في بلد القرض و مجرد تعذره في وقت من جهة توقفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة كما لو أخر التسليم اختيارا في بلد القرض أو احتاج تسليم المثل إلى مضي زمان فتأمل.

الثالثة أن يكون الاستقرار من جهة الغصب

فالمحكي عن الشيخ و القاضى أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب و لعله لظاهر قوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آتَيْتُمْ فَإِنْ مَا فِي ذِمَّتِهِ هُوَ الطَّعَامُ الْمَوْصُوفُ بِكَوْنِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ فَإِنْ مَقْدَارُ مَالِيَةِ الطَّعَامِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فَإِنَّ الْمَالِكَ لِمَقْدَارِ مَنْهُ فِي بَلَدٍ قَدْ يَعْدُ غَنِيًّا وَ الْمَالِكُ لِأَضْعَافِهِ فِي غَيْرِهِ يَعْدُ فَقِيرًا فَالْمَمَاتِلَةُ فِي الصِّفَاتِ مَوْجُودَةٌ لِأَنَّ فِي الْمَالِيَةِ لَكِنَّهُ يَنْتَقِضُ بِالْمَغْصُوبِ الْمَخْتَلِفِ قِيَمَتَهُ بِاخْتِلَافِ الْأَزْمَانِ فَإِنَّ اللَّازِمَ عَلَى هَذَا عَدَمَ جَوَازِ مَطَالِبَتِهِ بِالْمِثْلِ فِي زَمَانٍ غَلَاثِهِ وَ حَلَهُ أَنْ الْمَمَاتِلَةُ فِي الْجِنْسِ وَ الصِّفَاتِ هِيَ الْمَنَاطُ فِي التَّمَاتِلِ الْعَرَفِيِّ مِنْ دُونِ مِلَاحَظَةِ الْمَالِيَةِ وَ لَوْ لَا قَاعِدَةُ نَفْيِ الضَّرَرِ وَ انْصِرَافِ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ فِي مَسْأَلَتِي الْقَرْضِ وَ السَّلْمِ لَتَعَيَّنَ ذَلِكَ فِيهِمَا أَيْضًا وَ لَوْ تَعَذَّرَ الْمِثْلُ فِي بَلَدِ الْمَطَالِبَةِ لَزِمَ قِيَمَةُ ذَلِكَ الْبَلَدِ لِأَنَّ اللَّازِمَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ الْمِثْلُ فِي هَذَا الْبَلَدِ لَوْ تَمَكَّنَ فَإِذَا تَعَذَّرَ قَامَتِ الْقِيَمَةُ مَقَامَهُ. وَ فِي الْمَبْسُوطِ وَ عَنِ الْقَاضِي قِيَمَةُ بَلَدِ الْغُصْبِ وَ هُوَ حَسَنُ بِنَاءٍ عَلَى حُكْمِهَا فِي الْمِثْلِ وَ الْمَعْتَبَرِ قِيَمَةُ وَقْتِ الدَّفْعِ لَوْ جُوبَ الْمِثْلُ حِينَئِذٍ فَتَعَيَّنَ بَدَلُهُ مَعَ تَعَذُّرِهِ وَ يَحْتَمِلُ وَقْتِ التَّعَذُّرِ لِأَنَّهُ وَقْتِ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ. وَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ مَذْكُورَةٌ فِي بَابِ الْغُصْبِ ذَكَرْنَاهَا مَعَ مَبَانِيهَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عِنْدَ ذِكْرِ شُرُوطِ الْعَقْدِ فَلْيَرِاجِعْ إِلَى هُنَا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٠

الجزء الرابع في الرسائل الملحقة

١- رسالة في التقيّة

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ الطَّاهِرِينَ. وَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ. التَّقِيَّةُ: اسْمٌ لِ (اتَّقَى يَتَّقَى) وَ التَّاءُ بَدَلٌ عَنِ الْوَاوِ كَمَا فِي التَّهْمَةِ وَ التَّخْمَةِ، وَ الْمُرَادُ هُنَا: التَّحْفِظُ عَنِ ضَرَرِ الْغَيْرِ بِمُؤَافَقَتِهِ فِي قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ مُخَالَفٍ لِلْحَقِّ. وَ الْكَلَامُ تَارَةً يَقَعُ فِي حُكْمِهَا التَّكْلِيفِي، وَ أُخْرَى فِي حُكْمِهَا الْوَضْعِي. وَ الْكَلَامُ فِي الثَّانِي: تَارَةً مِنْ جِهَةِ الْآثَارِ الْوَضْعِيَّةِ الْمَتْرَبَّةِ عَلَى الْفِعْلِ الْمَخَالَفِ لِلْحَقِّ، وَ أُتْمَا تَتْرَبُ عَلَى الصَّادِرِ تَقِيَّةً كَمَا تَتْرَبُ عَلَى الصَّادِرِ اخْتِيَارًا، أَمْ وَقُوعَهَا تَقِيَّةً يَوْجِبُ رَفْعَ «١» تَلْكَ الْآثَارِ؟. وَ أُخْرَى فِي أَنَّ الْفِعْلَ الْمَخَالَفَ لِلْحَقِّ هَلْ يَتْرَبُ عَلَيْهِ آثَارُ الْحَقِّ بِمَجْرَدِ الْإِذْنِ فِيهَا مِنْ قَبْلِ الشَّارِعِ أَمْ لَا؟. ثُمَّ الْكَلَامُ فِي آثَارِ الْحَقِّ الْوَاقِعِي: قَدْ يَقَعُ فِي خُصُوصِ الْإِعَادَةِ وَ الْقَضَاءِ إِذَا كَانَ الْفِعْلُ الصَّادِرُ تَقِيَّةً مِنَ الْعِبَادَاتِ. وَ قَدْ يَقَعُ فِي الْآثَارِ الْأُخْرَى، كَرَفْعِ الْوُضُوءِ- الصَّادِرِ تَقِيَّةً- لِلْحَدَثِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى جَمِيعِ الصَّلَوَاتِ، وَ إِفَادَةِ الْمَعَامَلَةِ الْوَاقِعَةِ تَقِيَّةً الْآثَارِ الْمَتْرَبَّةِ عَلَى الْمَعَامَلَةِ الصَّحِيحَةِ، فَالْكَلامُ فِي مَقَامَاتٍ أَرْبَعَةٍ

[المقام الأول]

أَمَّا الْكَلَامُ فِي حُكْمِهَا التَّكْلِيفِي فَهُوَ أَنَّ التَّقِيَّةَ تَنْقَسِمُ إِلَى الْأَحْكَامِ الْخَمْسَةِ: فَالْوَاجِبُ مِنْهَا: مَا كَانَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْوَاجِبِ فِعْلًا، وَ أَمْتَلْتَهُ

كثيرة. و المستحب:

ما كان فيه التحرز عن معارض الضرر، بأن يكون تركه مفضيا تدريجا إلى حصول الضرر، كترك المداراة مع العائمة و هجرهم في المعاشرة في بلادهم فإنه ينجز غالبا إلى حصول المبائة الموجب لتضرره منهم. و المباح: ما كان التحرز عن الضرر و فعله «٢» مساويا في نظر الشارع، كالتقية في إظهار كلمة الكفر على ما ذكره جمع من الأصحاب، و يدل عليه الخبر الوارد في رجلين أخذوا بالكوفة و امرا بسب أمير المؤمنين عليه السلام «٣». و المكروه: ما كان تركها و تحمّل الضرر أولى من فعله، كما ذكر ذلك بعضهم في إظهار كلمة الكفر، و أنّ الأولى تركها ممن يقتدى به الناس إعلاء لكلمة الإسلام. و المراد بالمكروه حينئذ ما يكون ضده أفضل «٤». و المحزّم منه: ما كان في الدماء.

و ذكر الشهيد رحمه الله في قواعده: أنّ المستحب إذا كان لا يخاف ضررا عاجلا، و يتوهم ضررا آجلا، أو ضررا سهلا، أو كان تقية في المستحب، كالترتيب في تسييح الزهراء صلوات الله عليها و ترك بعض فصول الأذان. و المكروه: التقية في المستحب حيث لا ضرر عاجلا و لا آجلا، و يخاف منه الالتباس على عوام المذهب. و الحرام:

التقية حيث يؤمن الضرر عاجلا و آجلا، أو في قتل المسلم. و المباح: التقية في بعض المباحات التي يرحمها العامة و لا يصل بتركها ضرر «٥». (انتهى). و في بعض ما ذكره رحمه الله تأمّل. ثم الواجب منها يبيح كلّ محذور من فعل الحرام و ترك الواجب «٦». و الأصل في ذلك: أدلة نفي الضرر و الحديث: «رفع عن أمتي تسعة أشياء.. و منها: ما اضطرّوا إليه» «٧»، مضافا إلى عمومات التقية مثل قوله في الخبر: «إنّ التقية واسعة ليس شيء من التقية إلّا و صاحبها مأجور» «٨» و غير ذلك من الأخبار المتفرقة في خصوص الموارد، و جميع هذه الأدلة حاكمة على أدلة الواجبات و المحرّمات، فلا يعارض بها شيء منها حتى يلتمس بالترجيح و يرجع إلى الأصول بعد فقده - كما زعمه بعض في بعض موارد هذه المسألة. و أمّا المستحب من التقية فالظاهر وجوب الاقتصار فيه على مورد النصّ، و قد ورد النصّ بالحثّ على المعاشرة مع العامة «٩»

و عيادة مرضاهم «١٠»، و تشييع جنازتهم «١١»، و الصلاة في مساجدهم «١٢»، و الأذان لهم «١٣»، فلا يجوز التعدي عن ذلك إلى ما لم يرد النصّ من الأفعال المخالفة للحق، كذمّ بعض رؤساء الشيعة للتجب إليهم، و كذلك المحرّم و المباح و المكروه، فإنّ هذه الأحكام على خلاف عمومات التقية، فيحتاج إلى الدليل الخاص.

و أمّا المقام الثاني

[ترتيب الآثار على العمل الصادر تقية و عدمه. «١٤»]

فنقول: إنّ الظاهر ترتيب آثار العمل الباطل على الواقع تقية، و عدم ارتفاع الآثار بسبب التقية إذا كان دليل تلك الآثار عاما لصورتى الاختيار و الاضطرار، فإنّ من احتاج لأجل التقية إلى التكتف في الصلاة، أو السجود على ما لا يصحّ السجود عليه، أو الأكل في نهار رمضان، أو فعل بعض ما يحرم على المحرم، فلا- يوجب ذلك ارتفاع أحكام تلك الأمور بسبب وقوعها تقية. نعم، لو قلنا بدلالة حديث رفع التسعة على رفع جميع الآثار تمّ ذلك في الجملة، لكنّ الإنصاف ظهور الرواية في رفع المؤاخذه، فمن اضطرّ إلى الأكل و الشرب تقية، أو التكتف في الصلاة فقد اضطرّ إلى الإفطار، و إبطال الصلاة، لأنّه مقتضى عموم الأدلة، فتأمل.

المقام الثالث

إشارة

في حكم الإعادة و القضاء إذا كان المأتي به تقية من العبادات. فنقول: إنّ الشارع إذا أذن في إتيان واجب موسّع على وجه التقية، أمّا

بالخصوص كما لو أذن في الصلاة مكتتفا حال التقيّة، وإما بالعموم كأن يأذن بامتناله أوامر الصلاة، أو مطلق العبادات على وجه التقيّة، كما هو الظاهر من أمثال قوله عليه السلام:

«التقيّة في كلّ شيء إلّا في النيّد والمسح على الخفين» (١٥) ونحوه، ثم ارتفعت التقيّة قبل خروج الوقت، فلا ينبغي الإشكال في إجزاء المأتى به وإسقاطه للأمر، لما تقرّر في محله: من أنّ الأمر بالكلّي كما يسقط بفرد الاختيارى، كذلك يسقط بفرد الاضطرارى إذا تحقّق الاضطرار الموجب للأمر به، فكما أنّ الأمر بالصلاة يسقط بالصلاة مع الطهارة المائيّة، كذلك يسقط مع الطهارة الترابيّة إذا وقعت على الوجه المأمور به. أمّا لو لم يأذن في امتثال الواجب الموسّع في حال التقيّة خصوصا أو عموما على الوجه المتقدّم، فيقع الكلام في أنّ الوجوب في الواجب الموسّع، هل يتعلّق بإتيان هذا الفرد المخالف للواقع بمجرّد تحقّق التقيّة في جزء من الوقت بل في مجموعه؟. وعبارة أخرى: الكلام في أنّه هل يحصل من الأوامر المطلقة بضميمة أوامر التقيّة، أمر بامتنال الواجبات على وجه التقيّة، أو لا، بل غاية الأمر سقوط

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢١

الأمر عن المكلف في حال التقيّة و لو استوعب الوقت؟. و التحقيق: أنّه يجب الرجوع في ذلك إلى أدلته تلك الأجزاء والشروط المتعدّرة لأجل التقيّة، فإن اقتضت مدخليتها في العبادة من دون فرق بين الاختيار والاضطرار، فاللزام الحكم بسقوط الأمر عن المكلف حين تعدّرها لأجل التقيّة، و لو في تمام الوقت، كما لو تعدّرت الصلاة في تمام الوقت إلّا مع الوضوء بالنيّد، فإنّ غاية ذلك سقوط الأمر بالصلاة رأسا، لاشتراطها بالطهارة بالماء المطلق المتعدّرة في الفرض، فحاله كحال فاقد الطهورين. و إن اقتضت مدخليتها في العبادة بشرط التمكّن منها، دخلت المسألة في مسألة أولى الأعذار في أنّه إذا استوعب العذر الوقت لم يسقط الأمر رأسا، و إن كان في جزء من الوقت مع رجاء زواله في الجزء الآخر، أو مع عدمه، جاء فيه الخلاف المعروف في أولى الأعذار، و أنّه هل يجوز لهم البدار، أم يجب عليهم الانتظار؟. فثبت من جميع ما ذكرنا: أنّ صحّة العبادة المأتى بها على وجه التقيّة، يتبع إذن الشارع في امتثالها حال التقيّة. فالإذن «١» متصوّر بأحد أمرين: أحدهما:

الدليل الخارجى الدالّ على ذلك، سواء كان خاصا بعبادة أو كان عامّا لجميع العبادات. و الثانى: فرض شمول الأوامر العامّة بتلك العبادة لحال التقيّة. لكن يشترط في كلّ منهما بعض ما لا يشترط في الآخر. فيشترط في الثانى كون الشرط أو الجزء المتعدّر للتقيّة من الأجزاء والشرائط الاختيارية، و أن لا يكون للمكلف مندوحة، بأن لا يتمكّن من الإتيان بالعمل الواقعى في مجموع الوقت، أو في الجزء الذى يوقعه مع اليأس من التمكّن منه فيما بعده، أو مطلقا- على التفصيل و الخلاف في أولى الأعذار. و هذان الأمران غير معتبرين في الأول، بل يرجع فيه إلى ملاحظة ذلك الدليل الخارجى، و سيأتى أنّ الدليل الخارجى الدالّ على الإذن في التقيّة في الأعمال، لا يعتبر فيه شيء منها. و يشترط في الأول أن يكون التقيّة من مذهب المخالفين، لأنّه المتيقّن من الأدلّة الواردة في الإذن في العبادات على وجه التقيّة، لأنّ المتبادر، التقيّة من مذهب المخالفين، فلا يجرى في التقيّة عن الكفار أو ظلمة الشيعة. لكن في رواية مسعدة بن صدقة الآتية «٢»، ما يظهر منه عموم الحكم لغير المخالفين، مع كفاية عمومات التقيّة في ذلك، بعد ملاحظة عدم اختصاص التقيّة في لسان الأئمة صلوات الله عليهم لما يظهر بالتبع في أخبار التقيّة التى جمعها فى الوسائل «٣». و كذا لا إشكال فى التقيّة عن غير مذهب المخالفين، مثل التقيّة فى العمل على طبق عمل عوام المخالفين الذين لا يوافق مذهب مجتهدهم.

بل و كذا التقيّة فى العمل على طبق الموضوع الخارجى الذى اعتقدوا تحقّقه فى الخارج مع عدم تحقّقه فى الواقع، كالوقوف بعرفات يوم الثامن، و الإفاضة منها و من المشعر يوم التاسع، موافقا للعامة- إذا اعتقدوا رؤية هلال ذى الحجة فى الليلة الأخيرة من ذى القعدة-، فإنّ الظاهر خروج هذا عن منصرف أدلّة الإذن فى إيقاع الأعمال على وجه التقيّة، لو فرضنا هنا إطلاقا، فإنّ هذا لا دخل له فى المذهب، و إنّما هو اعتقاد خطأ فى موضوع خارجى. نعم، العمل على طبق الموضوعات العامة الثابتة على مذهب المخالفين داخل فى التقيّة عن المذهب، فيدخل فى الإطلاق- لو فرض هناك إطلاق-، كالصلاة عند اختفاء الشمس لذهابهم إلى أنّه هو المغرب. و

يمكن إرجاع الموضوع الخارجى أيضا فى بعض الموارد إلى الحكم، مثل ما إذا حكم الحاكم: بثبوت الهلال من جهة خبر شهادة من لا يقبل شهادته، إذا كان مذهب الحاكم: القبول، فإن ترك العمل بهذا الحكم قدح فى المذهب، فيدخل فى أدلة التقيّة. وكيف كان ففى هذا الوجه لا بدّ من ملاحظة إطلاق دليل الترخيص لإتيان العبادة على وجه التقيّة وتقييده، والعمل على ما يقتضيه الدليل. واما فى الوجه الثانى: فهذا الشرط غير معتبر قطعاً، لأنّ مبناه على العمل المخالف للواقع من جهة تعذّر الواقع، سواء كان تعذّره للتقيّة من مخالف أو كافر أو موافق، و سواء كان فى الموضوع أم فى الحكم، كلّ ذلك لأنّ المناط فى مسألة أولى الأعذار: العذرية، من غير فرق بين الأعذار.

[اعتبار عدم المندوحة]

بقى الكلام فى اعتبار عدم المندوحة الذى اعتبرناه فى الوجه الثانى، فإنّ الأصحاب فيه بين غير معتبر له كالشهيدين و المحقّق الثانى فى البيان «٤» و الروض «٥» و جامع المقاصد «٦»، و بين معتبر له كصاحب المدارك «٧»، و بين مفصل كما عن المحقّق الثانى بأنّه: إذا كان متعلّق التقيّة مأذوناً فيه بخصوصه، كغسل الرجلين فى الوضوء، و التكتّف فى الصلاة، فإنّه إذا فعل على الوجه المأذون فيه كان صحيحاً مجزياً- و إن كان للمكلف مندوحة-، التفاتاً إلى أنّ الشارع أقام ذلك مقام المأمور به حين التقيّة فكان الإتيان به امتثالاً، و على هذا فلا يجب الإعادة و إن تمكّن من فعله على غير وجه التقيّة قبل خروج الوقت- قال: و لا- أعلم خلافاً فى ذلك بين الأصحاب. و أمّا إذا كان متعلّقها مما لم «٨» يرد فيه نصّ بالخصوص، كفعل الصلاة إلى غير القبلة، و الوضوء بالنبيذ و مع الإخلال بالموالاة، فيجفّ الوضوء كما يراه بعض العامة، فإنّ المكلف يجب عليه- إذا اقتضت الضرورة- موافقة «٩» أهل الخلاف فيه و إظهار الموافقة لهم. ثمّ إن أمكن له الإعادة فى الوقت و جب، و لو خرج الوقت ينظر فى دليل يدل على القضاء، فإن حصل الظفر به أو جنباه و إلّا فلا، لأنّ القضاء إنّما يجب بفرض جديد «١٠» (انتهى) ثمّ نقل عن بعض أصحابنا القول بعدم وجوب الإعادة، لكون المأتمّى به شرعياً، ثمّ ردّه بأنّ الإذن فى التقيّة من جهة الإطلاق لا يقتضى أزيد من إظهار الموافقة مع الحاجة «١١» (انتهى). أقول: ظاهر قوله فى المأذون بالخصوص: «لا يجب فيه الإعادة و ان تمكّن من فعله قبل خروج الوقت» إنّ عدم التمكّن من فعله على غير وجه التقيّة حين العمل معتبر، و إن كان فى سوق و أراد الصلاة و جب عليه مع التمكّن الذهاب إلى مكان مأمون فيه، و حينئذ فمعنى قوله- قبل ذلك- «و إن كان للمكلف مندوحة عن فعله» «١٢» ثبوت المندوحة بالتأخير إلى زمان ارتفاع التقيّة، لا وجودها بالنسبة إلى زمان العمل، و حينئذ يكون هذا قولاً باعتبار عدم المندوحة على الإطلاق، ك «صاحب المدارك» «١٣»، إذ ليس مراد صاحب المدارك بعدم المندوحة: عدم المندوحة فى مجموع الوقت، إذ الظاهر أنّه مما لم يعتبره أحد- لما سيجىء من مخالفته لظواهر الأخبار، بل لصريح بعضها-

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٢

و مراد القائل بعدم اعتباره: عدم اعتباره فى الجزء الذى يقع الفعل فيه، فمن تمكّن من الصّلاة فى بيته مغلقاً عليه الباب، لا يجب عليه ذلك بل يجوز له الصلاة تقيّة فى مكانه و دكانه بمحض المخالفين. نعم لو كان الخلاف فى اعتبار عدم المندوحة فى تمام الوقت و عدمه «١»، كان ما ذكره المحقّق تفصيلاً فى المسألة. و على أىّ تقدير فيرد على ما ذكره المحقّق فى القسم الثانى «٢» أنّه: إن أراد من عدم ورود نصّ بالخصوص فى الإذن فى متعلّق التقيّة: عدم النصّ الموجب للإذن فى امتثال العمل على وجه التقيّة، ففيه: أنّه لا دليل حينئذ على مشروعية الدخول فى العمل المفروض امتثالاً للأوامر المطلقة المتعلقة بالعمل الواقعى، لأنّ الأمر بالتقيّة لا يستلزم الإذن فى امتثال تلك الأوامر، لأنّ التحفظ عن الضرر إن تأدّى إلى ترك «٣» ذلك العمل رأساً، بأن يترك الصلاة فى تلك الحال و جب، و لا يشرع الدخول فى العمل المخالف للواقع بعد تأدّى التقيّة بترك الصلاة رأساً. و إن فرضنا أنّ التقيّة ألجأت إلى الصلاة، و لا تأدّى بترك الصلاة، كانت الصلاة المذكورة واجبة عيناً، لانحصار التقيّة فيها، فهى امتثال لوجوب التقيّة عيناً لا للوجوب «٤» الموسع المتعلّق

بالصلاة الواقعية.

وإن أراد به عدم النص الدال على الإذن في هذه العبادة بالخصوص، وإن كان هناك نص عام دال على الإذن في امتثال أوامر مطلق العبادات على وجه التقية، ففيه: أن هذا النص كما يكفي للدخول في العبادة امتثالاً للأمر المتعلق بها، كذلك يوجب موافقته الأجزاء و عدم وجوب الإعادة في الزمان الثاني إذا ارتفعت التقية. والحاصل: أن الفرق بين كون متعلق التقية مأذوناً فيه بالخصوص أو بالعموم، لا نفهم له وجهها «٥»، كما اعترف به بعض «٦»

بل كلما يوجب الإذن في الدخول في العبادة امتثالاً لأوامرها، كان امتثاله موجبا للأجزاء و سقوط «٧» الإعادة، سواء كان نصاً خاصاً أو دليلاً عاماً. وكلما لا يدل على الإذن في الدخول على الوجه المذكور، لم يشرع بمجرده الدخول في العبادة على وجه التقية امتثالاً لأمرها، بل إن انحصرت التقية في الإتيان بها كانت امتثالاً لأوامر وجوب التقية، لا لأوامر وجوب تلك العبادة. اللهم إلا أن يكون مراده من الأمر العام، أوامر التقية، و من وجوب العمل على وجه التقية إذا اقتضت الضرورة، هو هذا الوجوب العيني لا الوجوب التخيري الحاصل من الوجوب الموسع. فيكون حاصل كلامه:

الفرق بين الإذن في العمل امتثالاً لأوامر المتعلقة بالعبادة، وبين الإذن في العمل امتثالاً لأوامر التقية، لكن ينبغي - حينئذ - تقييده بغير ما إذا كانت التقية في الأجزاء و الشروط الاختيارية، وإلا فتدخل المسألة في مسألة أولى الأعذار، و يصح الإتيان بالعمل المذكور امتثالاً للأوامر المتعلقة بذلك العمل مع تعدد تلك الأجزاء و الشروط لأجل التقية، على الخلاف و التفصيل المذكور في مسألة أولى الأعذار. و ممّا ذكرنا يظهر: أن ما أجاب به بعض عن هذا التفصيل بأن المسألة، مسألة ذوى الأعذار، و أن الحق فيها: سقوط الإعادة بعد التمكن من الشرط المتعدّد، لا وجه له على إطلاقه.

ثم إن الذى يقوى فى النظر فى أصل مسألة اعتبار عدم المندوحة: أنه إن أريد عدم المندوحة بمعنى عدم التمكن حين العمل من الإتيان به موافقاً للواقع، مثل أنه يمكنه عند إرادته التكفير للتقية من الفصل بين يديه، بأن لا يضع بطن إحداهما على ظهر الأخرى بل يقارب بينهما، كما «٨» إذا تمكّن من صبّه الماء من الكفّ إلى المرفق لكنّه ينوى الغسل عند رجوعه من المرفق إلى الكفّ، و جب ذلك، و لم يجز العمل على وجه التقية، بل التقية على هذا الوجه غير جائزة فى غير العبادات أيضاً، و كأنّه ممّا لا خلاف فيه. و إن أريد به عدم التمكن من العمل على طبق الواقع فى مجموع الوقت المضروب لذلك العمل، حتى لا يصح العمل تقيّة إلا لمن لم يتمكّن فى مجموع الوقت من الذهاب إلى موضع مأمون، فالظاهر عدم اعتباره، لأنّ حمل أخبار الإذن فى التقية فى الوضوء و الصلاة على صورة عدم التمكن من إتيان الحقّ فى مجموع الوقت ممّا يباه ظاهر أكثرها، بل صريح بعضها، و لا يبعد - أيضاً - كونه وفاقياً. و إن أريد عدم المندوحة حين العمل من تبديل موضوع التقية بموضوع الأمان، كأن يكون فى سوقهم و مساجدهم، و لا يمكن فى ذلك الحين من العمل على طبق الواقع إلا بالخروج الى مكان خال، أو التحيل فى إزعاج من يتقى منه عن مكانه، لئلا يراه، فالأظهر فى أخبار التقية عدم اعتباره، إذ الظاهر منها الإذن بالعمل على التقية فى أفعالهم المتعارفة من دون إلزامهم بترك ما يريدون فعله بحسب مقاصدهم العرفية، أو فعل ما يجب تركه كذلك، مع لزوم الحرج العظيم فى ترك مقاصدهم و مشاغلهم لأجل فعل الحقّ بقدر الإمكان، مع أن التقية إنما شرّعت تسهيلاً للأمر على الشيعة و رفعا للحرج عنهم، مع أن التخفى عن المخالفين فى الأعمال ربما يؤدى إلى اطلاعهم على ذلك، فيصير سبباً لتفقدتهم و مراقبتهم للشيعة وقت العمل فيوجب نقض غرض التقية. نعم فى بعض الأخبار ما يدل على اعتبار عدم المندوحة فى ذلك الجزء من الوقت، و عدم التمكن من دفع موضوع التقية، مثل: رواية أحمد بن محمد بن أبى نصر، عن إبراهيم بن شيبه قال: كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن الصّلاة خلف من يتولّى أمير المؤمنين و هو يرى المسح على الخفين، أو خلف من يحرم المسح على الخفين و هو يمسح، فكتب عليه السلام: إن جامعك و إِيّاهم موضع لا تجد بداً من الصلاة معهم، فأذن لنفسك و أقم، فإن سبقك إلى القراءة فسبح «٩». فإنّ ظاهرها اعتبار تعدّد ترك الصلاة معهم. و نحوها ما عن الفقه الرضوى من المرسل، عن العالم عليه السلام قال: «و لا تصلّ خلف أحد إلا خلف رجلين:

أحدهما من تثق به و بدينه «١٠» و ورعه، و آخر من تتقى سيفه و سوطه و شرّه و بوائقه و شيعته «١١»، فصل خلفه على سبيل التقيّة و المداراة، و أذن لنفسك و أقم و اقرأ فيها، فإنّه «١٢» غير مؤتمن به.. إلخ «١٣». و فى رواية معمر بن يحيى- الواردة فى تخلص الأموال عن أيدى العشار-: «إنّه كلما خاف المؤمن على نفسه فيه ضرورة فله فيه المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٣

التقيّة «١». و عن دعائم الإسلام، عن أبى جعفر الثانى صلوات الله عليه: «لا تصلّوا خلف ناصب و لا كرامة «٢»، إلّا أن تخافوا على أنفسكم أن تشهروا و يشار إليكم، فصلّوا فى بيوتكم ثم صلّوا معهم، و اجعلوا صلّاتكم معهم تطوعاً «٣». و يؤيّده العمومات الدالّة على أنّ التقيّة فى كلّ شيء يضطرّ إليه ابن آدم «٤»، فإنّ ظاهرها حصر التقيّة فى حال الاضطرار، و لا يصدق الاضطرار مع التمكن من تبديل موضوع التقيّة بالذهاب إلى موضع الأمن، مع التمكن و عدم الحرج. نعم، لو لزم من التزام ذلك حرج أو ضيق من تفقّد المخالفين، و ظهور حاله فى مخالفتهم سرّاً، فهذا- أيضاً- داخل فى الاضطرار. و بالجملة: فمراعاة عدم المندوحة فى الجزء من الزمان الذى يوقع فيه الفعل أقوى مع أنّه أحوط. نعم، تأخير الفعل عن أوّل وقته لتحقيق الأمن و ارتفاع الخوف مما لا دليل عليه، بل الأخبار بين ظاهر و صريح فى خلافه كما تقدّم.

بقى هنا أمور:

الأوّل

إنّك قد عرفت أنّ صحّة العبادة و إسقاطها للفعل ثانياً تابع لمشروعيّة الدخول فيها و الإذن فيها من الشارع. و عرفت- أيضاً- أنّ نفس أوامر التقيّة- الدالّة على كونها واجبة من جهة حفظ ما يجب حفظه- لا يوجب الإذن فى الدخول فى العبادة على وجه التقيّة «٥» من باب امتثال الأوامر المتعلقة بتلك العبادة، إلّا فيما كان متعلق التقيّة من الأجزاء و الشروط الاختيارية، كنجاسة الثوب و البدن و نحوها. أمّا ما اقتضى الدليل- و لو بإطلاقه- مدخليته فى العبادة من دون اختصاص بحال الاختيار، فمجرد الأمر بالتقيّة لا يوجب الإذن فى امتثال العبادة فى ضمن الفعل الفاقد لذلك الجزء أو الشرط تقيّة كما هو واضح. ثم إنّ الإذن المذكور قد ورد فى بعض العبادات، كالوضوء مع المسح على الخفّين، أو غسل الرجلين، و الصلاة مع المخالف حيث يترك فيها بعض ماله مدخليّة فيها، و يوجد بعض الموانع مثل التكفير و نحوه. و الغرض هنا بيان أنّه هل يوجد فى عمومات الأمر بالتقيّة ما يوجب الإذن فى امتثال العبادات عموماً على وجه التقيّة، بحيث لا يحتاج فى الدخول فى كلّ عبادة على وجه التقيّة- امتثالاً للأمر المتعلقة بتلك العبادة- إلى النصّ الخاصّ، لتنفيذ قاعدة كليّة فى كون التقيّة عذراً رافعا لاعتبار ما هو معتبر فى العبادات و إن لم يختص باعتباره بحال الاختيار، مثل الدخول فى الصلاة مع الوضوء بالنيبذ، أو مع التيمم فى السفر بمجرد عزّة الماء و لو كان موجوداً، أم لا-؟. الذى يمكن الاستدلال به على ذلك أخبار: منها: قوله عليه السلام: «التقيّة فى كلّ شيء يضطرّ إليه ابن آدم فقد أحله الله» «٦». بناء على أنّ المراد ترخيص الله سبحانه فى كلّ فعل أو ترك يضطرّ إليه الإنسان فى عمله. فنقول- مثلاً:-

إنّ الإنسان يضطرّ إلى استعمال النيبذ و المسح على الخفّين أو غسل الرجلين فى وضوئه و إلى استعمال التراب للتيمم فى صلاته و إلى التكفير «٧» و ترك البسملّة و غير ذلك من الأفعال و التروك الممنوعة شرعاً فى صلاته، فكلّ ذلك مرخص فيه فى العمل، بمعنى ارتفاع المنع الثابت فيها لو لا- التقيّة، و إن كان منعا غيريا من جهة التوصل بتركها إلى صحّة العمل، و أداء فعله إلى فساد العمل. و الحاصل: أنّ المراد بالإحلال رفع المنع الثابت فى كلّ ممنوع بحسب حاله من التحريم النفسى، كشرب الخمر، و التحريم الغيرى، كالتكفير فى الصلاة و المسح على حائل أو استعمال ماء نجس أو مضاف فى الوضوء. فإن قلت: الاضطرار إلى هذه الأمور الممنوعة

تابع للاضطرار إلى الصلاة التي تقع هذه فيها، وحينئذ فإن فرض عدم اضطرار المكلف إلى الصلاة مع أحد هذه الأمور الممنوعة فهي غير مضطر إليها، فلا يرخصها التقيّة. وإن فرض اضطراره إلى الصلاة معها فهي مرخص فيها، لكن مرجع الترخيص فيها- بملاحظة ما دلّ على كونها مبطلّة- إلى الترخيص في صلاة باطلّة، ولا بأس به إذا اقتضاه الضّرورة، فإنّ الصلاة الباطلة ليست أولى من شرب الخمر الذي سوّغه التقيّة. قلت: لا نسلم توقّف الاضطرار إلى هذه الأمور على الاضطرار إلى الصلاة التي يقع فيها، بل الظاهر أنّه يكفي في صدق الاضطرار اليه كونه لا بدّ من فعله مع وصف إرادة الصلاة في ذلك الوقت لا مطلقاً، نظير ذلك أنّهم يعدّون من أولى الأعداء من لا يتمكن من شرط الصلاة في أوّل الوقت، مع العلم أو الظن بتمكّنه منه فيما بعده، فإن تحقّق الاضطرار ثبت الجواز الذي هو رفع المنع الثابت فيه حال عدم التقيّة، وهو المنع الغيرى. ومنها ما رواه في أصول الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «التقيّة في كلّ شيء إلّا في شرب المسكر والمسح على الخفين» (٨). دلّت الرواية على ثبوت التقيّة ومشروعيتها في كلّ شيء ممنوع لو لا التقيّة، إلّا في الفعلين المذكورين، فاستثناء المسح على الخفين مع كون المنع فيه عند عدم التقيّة منعاً غيرياً، دليل على عموم الشيء لكلّ ما يشبهه من الممنوعات لأجل التوصل بتركها إلى صحّة العمل، فدلّ على رفع التقيّة لمثل هذا المنع الغيرى، وتأثيرها في ارتفاع أثر ذلك الممنوع منه، فيدلّ على أنّ التقيّة ثابتة في التكفير في الصلاة مثلاً، بمعنى عدم كونه ممنوعاً عليه فيها عند التقيّة، وكذا في غسل الرجلين، واستعمال النيذ في الوضوء ونحوهما. وفي معنى هذه الروايات روايات أخر واردة في هذا الباب، مثل قوله عليه السلام: «ثلاثة لا أتقى فيهنّ أحداً: المسح على الخفين، وشرب النيذ، ومتعة الحج» (٩). فإنّ معناه ثبوت التقيّة فيما عدا الثلاث من الأمور الممنوعة في الشريعة، ورفعها للمنع الثابت فيها بحالها من المنع النفسى والغيرى كما تقدم.

ثم إنّ مخالفة ظاهر المستثنى في هذه الروايات لما أجمع عليه من ثبوت التقيّة في المسح على الخفين وشرب النيذ، لا يقدح فيما نحن بصددّه، لأنّ ما ذكرناه في تقريب دلالتها على المطلوب لا يتفاوت الحال فيه بين إبقاء الاستثناء على ظاهره أو حمله على بعض المحامل، مثل اختصاص الاستثناء بنفس الإمام عليه السلام كما يظهر من الرواية المذكورة، و تفسير الراوى في بعضها الآخر والتنبيه (١٠) على عدم تحقّق التقيّة فيها لوجود المندوحة، أو لموافقة بعض الصحابة أو التابعين على المنع من هذه الأمور، إلى غير ذلك من المحامل الغير القادحة في استدلالنا المتقدم (١١). ومنها موثقة سماعة: «عن الرجل يصلى فدخل الإمام (١٢) و قد صلّى الرجل ركعة من صلاة فريضة؟ قال: إن كان إماماً عادلاً (١٣) فليصلّ أخرى وينصرف، ويجعلها تطوعاً، وليدخل مع الإمام في صلاته كما هو. وإن لم يكن إماماً عدلاً

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٤

فليبن على صلاته كما هو ويصلّى ركعة أخرى، ويجلس قدر ما يقول: أشهد أن لا إله إلّا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله، ثم يتمّ صلاته معه على ما استطاع، فإنّ التقيّة واسعة وليس شيء من التقيّة إلّا وصاحبها مأجور عليها إن شاء الله» (١١). فإنّ الأمر بإتمام الصلاة على ما استطاع مع عدم الاضطرار إلى فعل الفريضة في ذلك الوقت، معللاً بأنّ التقيّة واسعة، يدلّ على جواز أداء الصلاة في سعة الوقت على جميع وجوه التقيّة، بل على جواز كلّ عمل على وجه التقيّة وإن لم يضطرّ إلى ذلك العمل لتمكّنه من تأخره إلى وقت الأمن. ومنها: قوله عليه السلام- في موثقة مسعدة بن صدقة-: «و تفسير ما يتقى فيه: أن يكون قوم سوء ظاهر حكمهم وفعلهم على خلاف حكم الحق وفعله، فكلّ شيء يعمله المؤمن منهم لمكان التقيّة مما لا يؤدّى إلى فساد الدين فهو جائز» (٢). بناء على أنّ المراد بالجواز في كلّ شيء بالقياس إلى المنع المتحقّق فيه لو لا التقيّة، فيصدق على التكفير في الصلاة الذي يفعله المصلّى في محلّ التقيّة أنّه جائز وغير ممنوع عنه بالمنع الثابت فيه لو لا التقيّة. ودعوى: أنّ الداعى على التكفير ليس التقيّة، لإمكان التحرّز عن الخوف بترك الصلاة في هذا الجزء من الوقت، فلا يكون عمل التكفير لمكان التقيّة. مدفوعة: بنظير ما عرفت في الرواية الاولى (٣) من أنّه يصدق على المصلّى أنّه يكفر لمكان التقيّة وإن قدر على ترك الصلاة. ومنها: قوله عليه السلام في رواية أبي الصباح: «ما صنعت من شيء أو حلفت الرواية السادسة عليه من يمين في تقيّة فأنتم منه في سعة» (٤). فيدلّ على أنّ المتقى في سعة من

الجزء و الشرط المتروكين تقيّة، و لا يترتب عليه من جهتهما تكليف بالإعادة و القضاء، نظير قوله عليه السلام: «الناس في سعة ما لم يعلموا» (٥) بناء على شموله لما لم يعلم جزئيته أو شرطيته كما هو الحقّ.

الثاني

إنّه لا ريب في تحقّق التقيّة مع الخوف الشخصي، بأن يخاف على نفسه أو غيره من ترك التقيّة في خصوص ذلك العمل، و لا يبعد ان يكتفى بالخوف من بنائه على ترك التقيّة في سائر أعماله، أو بناء سائر الشيعة على تركها في العمل الخاص أو مطلق العمل النوعي في بلاد المخالفين، و إن لم يحصل للشخص بالخصوص خوف. و هو الذي يفهم من إطلاق أوامر التقيّة و ما ورد من الاهتمام فيها. و يؤيّدّه - بل يدلّ عليه - : إطلاق قوله عليه السلام: «ليس منّا (٦) من لم يجعل التقيّة (٧) شعاره و دثاره (٨) مع من يأمنه لتكون سجّيته (٩) مع من يحذره» (١٠). نعم، في حديث أبي الحسن الرضا صلوات الله عليه معاتباً لبعض أصحابه الذين حجبهم: «انكم تتقون (١١) حيث لا تجب (١٢) التقيّة، و تتركون التقيّة (١٣) حيث لا بدّ من التقيّة» (١٤). و ليحمل على بعض ما لا ينافي القواعد.

الثالث

إنّه لو خالف التقيّة في محلّ وجوبها، فقد أطلق بعض بطلان العمل المتروك فيه. و التحقيق: أنّ نفس ترك التقيّة في جزء العمل أو في شرطه أو في مانعة لا يوجب بنفسه إلّا استحقاق العقاب على تركها، فإنّ لزم من ذلك ما يوجب بمقتضى القواعد - بطلان الفعل بطل، و إلّا فلا - فمن مواقع البطلان: السجود على التربة الحسينية مع اقتضاء التقيّة تركه، فإنّ السجود يقع منهياً عنه فيفسد، فيفسد الصلاة. و من مواضع عدم البطلان: ترك التكفير في الصلاة، فإنّه - و إن حرم - لا يوجب البطلان، لأنّ وجوبه من جهة التقيّة لا يوجب كونه معتبراً في الصلاة لتبطل بتركه. و توهم: أنّ الشارع أمر بالعمل على وجه التقيّة، مدفوع: بأنّ تعلق الأمر بذلك العمل المقيد ليس من حيث كونه مقيداً بتلك الوجه، بل من حيث نفس الفعل الخارجي الذي هو قيد اعتباري للعمل لا قيد شرعي. و توضيحه: أنّ الأمور به ليس هو الوضوء المشتمل على غسل الرجلين، بل نفس غسل الرجلين الواقع في الوضوء، و تقييد الوضوء باشتماله على غسل الرجلين ممّا لم يعتبره الشارع في مقام الأمر، فهو نظير تحريم الصلاة المشتملة على محرّم خارجي لا دخل له في الصلاة. فإن قلت: إذا كان إيجاب الشيء للتقيّة لا يجعله معتبراً في العبادة حال التقيّة، لزم الحكم بصحّة وضوء من ترك المسح على الخفين، لأنّ المفروض أنّ الأمر بمسح الخفين للتقيّة لا - يجعله جزءاً، فتركه لا - يقدح في صحّة الوضوء، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في بطلان الوضوء.

قلت: ليس الحكم بالبطلان من جهة ترك ما وجب بالتقيّة، بل لأنّ المسح على الخفين متضمّن لأصل المسح الواجب في الوضوء، مع إلغاء قيد مماثلية الماسح للممسوح - كما في المسح على الجبيرة الكائنة في موضع الغسل أو المسح، و كما في المسح على الخفين لأجل البرد المانع من نزوعها - ، فالتقيّة إنّما أوجبت إلغاء قيد المباشرة. و أمّا صورة المسح و لو مع الحائل فواجبة واقعا لا من حيث التقيّة، فالإخلال بها يوجب بطلان الوضوء بنقص جزء منه. و ممّا يدلّ على انحلال المسح إلى ما ذكرنا من الصورة و قيد المباشرة قول الإمام لعبد الأعلى مولى آل سام - [لمّا] (١٥) سأله عن كيفية مسح من جعل على إصبعه مرارة - :

«إنّ هذا و شبهه يعرف من كتاب الله، و هو قوله تعالى ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ. ثم قال: امسح عليه» (١٦). فإنّ معرفة وجوب المسح على المرارة الحائلة بين الماسح و الممسوح من آية نفي الحرج، لا يستقيم إلّا بأن يقال: إن المسح الواجب في الوضوء

ينحلّ إلى صورة المسح و مباشرة الماسح للممسوح، و لما سقط قيد المباشرة لنفى الحرج، تعين المسح من دون مباشرة، و هو المسح على الحائل، و كذلك فيما نحن فيه سقط قيد المباشرة و لا يسقط صورة المسح عن الوجوب. و كذلك الكلام فى غسل الرجلين للتقيّة، فإنّ التقيّة إنّما أوجبت سقوط الخصوصية الماثرة بين الغسل و المسح، و أمّا إيصال الرطوبة إلى الممسوح فهو واجب لا من حيث التقيّة، فإذا أخلّ به المكلف فقد ترك جزءاً من الوضوء، فبطلان الوضوء من حيث ترك ما وجب لأجل التقيّة، لا ترك ما وجب للتقيّة. و ممّا يؤيد ما ذكرنا ما ذكره غير واحد من الأصحاب: من أنّه لو دار الأمر بين المسح على الخفين و غسل الرجلين، قدّم الثانى «١٧».

لأنّ فيه إيصال الماء، بخلاف الأول، فلو كان نفس الفعل المشتمل على القيد و المقيّد إنّما وجب تقيّة، لم يعقل ترجيح شرعى بين فعلين ثبت وجوبهما بأمر واحد و هو الأمر بالتقيّة، لأنّ نسبة هذا الأمر إلى الفردين نسبة واحدة، إلّا أن يكون ما ذكره فرقاً اعتبارياً منشأه ملاحظة

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٥

الأسباب العقلية. لكن يبقى على ما ذكرنا فى غسل الرجلين: أنّه لو لم يتمكّن المكلف من المسح تعين عليه الغسل الخفيف. و لا يحضرنى من أفتى به، لكن لا بأس باعتباره كما فى عكسه المجمع عليه، و هو تعين المسح عند تعذّر الغسل. و يمكن استنباطه من رواية عبد الأعلى المتقدمة «١». و لو قلنا بعدم الحكم المذكور فلا بأس بالتزام عدم بطلان الوضوء فيما إذا ترك غسل الرجلين الواجب للتقيّة، لما عرفت من أنّ أوامر التقيّة لم يجعله جزءاً، بل الظاهر أنّه لو نوى به الجزئية بطل الوضوء، لأنّ التقيّة لم يوجب نية الجزئية و إنّما أوجب العمل الخارجى بصورة الجزء «٢».

المقام الرابع

فى ترتّب آثار الصحة على العمل الصادر تقيّة - لا من حيث الإعادة و القضاء - سواء كان العمل من العبادات، كالوضوء من جهة رفع الحدث، أم من المعاملات، كالعقود و الإيقاعات الواقعة على وجه التقيّة. فنقول: إنّ مقتضى القاعدة: عدم ترتيب الآثار، لما عرفت غير مرة من أنّ أوامر التقيّة لا تدلّ على مزيد من وجوب التحرّز عن الضرر، و أمّا الآثار المترتبة على العمل الواقعى فلا. نعم، لو دلّ دليل فى العبادات على الإذن فى امتثالها على وجه التقيّة، فقد عرفت أنّه يستلزم سقوط الإتيان به ثانياً بذلك العمل. و أمّا الآثار الأخرى، كرفع الحدث فى الوضوء، بحيث لا يحتاج المتوضّئ تقيّة إلى وضوء آخر بعد رفع التقيّة بالنسبة إلى ذلك العمل الذى توضّأ له، فإن كان ترتبه متفرّعا على ترتّب الامتثال بذلك العمل، حكم بترتبه، و هو واضح.

أمّا لو لم يتفرّع عليه احتاج إلى دليل آخر. و يتفرّع على ذلك ما يمكن أن يدعى: أنّ رفع الوضوء للحدث السابق عليه من آثار امتثال الأمر به بناء على أنّ الأمر بالوضوء ليس إلّا لرفع الحدث، و أمّا فى صورة دائم الحدث فكونه مبيحا لا رافعا، من جهة دوام الحدث لا من جهة قصور الوضوء عن التأثير. و ربما يتوهم: أنّ ما تقدّم من الاخبار - الواردة فى أنّ كل ما يعمل للتقيّة فهو جائز، و أنّ كلّ شىء يضطرّ إليه للتقيّة فهو جائز - يدلّ على ترتيب الآثار مطلقاً، بناء على أنّ معنى الجواز و المنع فى كلّ شىء بحسبه، فكما أنّ الجواز و المنع فى الأفعال المستقلة فى الحكم، كشرّب النبيذ و نحوه يراد به الإثم و العدم، و فى الأمور الداخلة فى العبادات فعلا أو تركا يراد به الإذن و المنع من جهة تحقّق الامتثال بتلك العبادات، فكذلك الكلام فى المعاملات، بمعنى عدم البأس و ثبوته من جهة ترتّب الآثار المقصودة من تلك المعاملة - كما فى قول الشارع بجواز المعاملة الفلانية «٣»، و هذا توهم مدفوع بما لا يخفى على المتأمل. ثم لا بأس بذكر بعض الاخبار الواردة مما اشتمل على بعض الفوائد: منها: ما عن الاحتجاج بسنده عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه فى بعض احتجاجه على بعض، و فيه: «و أمرك أن تستعمل التقيّة فى دينك فإنّ الله عز و جل يقول لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله فى شىء إلّا أن تتفوا منهم ثقاة «٤»

وقد أذنت لك في تفضيل أعدائنا إن ألجأك الخوف إليه، وفي إظهار البراءة منا إن حملك الوجل عليه، وفي ترك المكتوبات «٥» إن خشيت على حشاشتك الآفات والعاهات، و تفضيلك أعداءنا «٦» عند خوفك، لا ينفعم ولا يضرننا، وإن إظهار «٧» براءتك عند تقيتك لا يقدح فينا «٨»، ولئن تبرأت «٩» منا ساعة بلسانك وأنت موال لنا بجانانك، لتبقى على نفسك روحها التي بها قوامها، و مالها الذي به قيامها، و جاهها الذي به تمكُّنها «١٠»، و تصون بذلك من عرف من أوليائنا «١١» و إخواننا، فإن ذلك أفضل من أن تتعرض للهلاك، و تنقطع به عن عمل في الدين، و صلاح إخوانك المؤمنين، و إياك ثم إياك أن تترك التقية التي أمرتك بها، فإنك شاحط «١٢» بدمك و دماء إخوانك، معرض لنفسك و لنفسهم للزوال «١٣»، مذل لهم «١٤» في أيدي أعداء الدين «١٥» و قد أمرك الله بإعزازهم، فإنك إن خالفت وصيتي كان ضررك على إخوانك «١٦» و نفسك أشد من ضرر الناصب «١٧» لنا الكافر بنا «١٨». و فيها دلالة على أرجحية اختيار البراءة على العمل، بل تأكد وجوبه. لكن في أخبار كثيرة بل عن المفيد في الإرشاد: أنه قد استفاض عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «ستعرضون من بعدى على سبى، فسبوني، و من عرض عليه البراءة فليمدد عنقه، فإن برئ منى فلا- دنيا له و لا آخرة» «١٩». و ظاهرها حرمة التقية فيها كالدماء. و يمكن حملها على أن المراد الاستمالة و الترغيب إلى الرجوع حقيقة عن التشيع إلى النصب. مضافا إلى أن المروى في بعض الروايات أن النهي من التبري مكذوب على أمير المؤمنين عليه السلام و أنه لم ينه عنه، ففي موثقه مسعدة بن صدقة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الناس يروون أن عليا عليه السلام قال:- على منبر الكوفة-: أيها الناس إنكم ستدعون إلى سبى فسبوني، ثم تدعون إلى البراءة منى فلا تبرءوا منى. فقال عليه السلام: ما أكثر ما يكذب الناس على علي، ثم قال: إنما قال: ستدعون إلى سبى فسبوني ثم تدعون إلى البراءة منى و إنني لعلى دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم، و لم يقل: لا تبرءوا منى. فقال له السائل: أ رأيت إن اختار القتل دون البراءة؟ فقال: و الله ما ذاك عليه، و لا له إلا ما مضى عليه عمير بن ياسر حيث أكرهه أهل مكة و قلبه مطمئن بالإيمان، فأنزل الله تعالى «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» «٢٠» فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم عندها:

يا عمار إن عادوا فعد «٢١». و في رواية محمد بن مروان: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما منع ميشم رحمه الله عن التقية، فوالله لقد علم أن هذه الآية نزلت في عمار و أصحابه:

«إلا من أكره و قلبه مطمئن.. الآية» «٢٢». و في رواية عبد الله بن عطاء، عن أبي جعفر عليه السلام- في رجلين من أهل الكوفة أخذوا امرا بالبراءة عن أمير المؤمنين عليه السلام فتبرأ واحد منهما و أبي الآخر، فخلّى سبيل الذي تبرأ و قتل الآخر-: «فقال عليه السلام: أما الذي برىء فرجل فقيه في دينه، و أما الذي لم يتبرأ، فرجل تعجل إلى الجنة» «٢٣». و عن كتاب الكشي بسنده إلى يوسف بن عمران الميثمي قال: سمعت ميشم الهرواني «٢٤» يقول: قال علي بن أبي طالب عليه السلام: يا ميشم كيف أنت إذا دعاك دعى بنى أمية- عبيد الله بن زياد- إلى البراءة منى؟ فقلت: يا أمير المؤمنين أنا و الله لا أبرأ منك. قال: إذا و الله يقتلك و يصلبك! قال: قلت: أصبر، فإن ذلك في الله قليل. قال عليه السلام: يا ميشم فإذا ن تكون معي في روضتي «٢٥». و به ثقتي.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٦

٢- رسالة في العدالة

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم

العدالة لغة:

«الاستواء» كما يظهر من محكي المبسوط «١» و السرائر «٢» أو: «الاستقامة» كما عن جامع المقاصد «٣» و مجمع الفائدة «٤» أو هما معا كما عن الروض «٥» و المدارك «٦» و كشف اللثام «٧».

[الأقوال في العدالة]

إشارة

و قد اختلف الأصحاب في بيان ما هو المراد من لفظها الوارد في كلام المتشرعة، بل الشارع على أقوال:

أحدها:

- و هو المشهور بين العلماء و من تأخر عنه- أنها كفيّة نفسانيّة باعثة على ملازمة التقوى، أو: عليها مع المروّة، و إن اختلفوا في التعبير عنها بلفظ «الكفيّة» أو «الحالة» أو «الهيئة» أو «الملكة»، و نسب الأخير في محكي النجيب إلى العلماء «٨»، و في محكي كنز العرفان «٩» إلى الفقهاء، و في مجمع الفائدة إلى الموافق و المخالف «١٠»، و في المدارك: «الهيئة الراسخة» إلى المتأخرين «١١»، و في كلام بعض نسب «الحالة النفسانيّة» إلى المشهور «١٢». و كيف كان، فهي عندهم كفيّة من الكيفيات باعثة على ملازمة التقوى كما في الإرشاد «١٣»، أو عليها و على ملازمة المروّة كما في كلام الأكثر. بل نسبة بعض إلى المشهور «١٤»، و آخر إلى الفقهاء، «١٥» و ثالث إلى الموافق و المخالف «١٦».

الثاني:

أنها عبارة عن مجرّد ترك المعاصي أو خصوص الكبائر و هو الظاهر من محكي السرائر حيث قال: حدّ العدل هو الذي لا يخلّ بواجب و لا- يرتكب قبيحا «١٧». و عن محكي الوسيلة «١٨» حيث ذكر في موضوع منه: أنّ العدالة في الدين الاجتناب عن الكبائر و عن الإصرار على الصغائر. و من محكي أبي الصلاح «١٩» حيث حكى عنه أنه قال: إنّ العدالة شرط في قبول الشهادة، و ثبت حكمها بالبلوغ و كمال العقل و الإيمان و اجتناب القبائح أجمع. و عن المحدّث المجلسي «٢٠» و المحقّق السبزواري «٢١»: أنّ الأشهر في معناها أن لا يكون مرتكبا للكبائر و لا مصرّا على الصغائر و ظاهر هذا القول أنها عبارة عن الاستقامة الفعلية في أفعاله و تروكه من دون اعتبار لكون ذلك عن ملكة.

الثالث:

أنها عبارة عن الاستقامة الفعلية لكن عن ملكة فلا يصدق العدل على من لم يتفق له فعل كبيرة مع عدم الملكة، و هذا المعنى أخصّ من الأوّلين، لأنّ ملكة الاجتناب لا يستلزم الاجتناب. و كذا ترك الكبيرة لا يستلزم الملكة. و هذا المعنى هو الظاهر من كلام والد الصدوق حيث ذكر في رسالته إلى ولده أنه «٢٢»: لا تصل إلّا خلف رجلين: أحدهما من تثق بدينه و ورعه و الآخر من تتقى سيفه و سوطه «٢٣». و هو ظاهر ولده «٢٤» و ظاهر المفيد في المقنعة، حيث قال: إنّ العدل من كان معروفا بالدين و الورع و الكفّ عن محارم الله، (انتهى) «٢٥».

فإنّ الورع و الكفّ لا يكونان إلّا عن كفيّة نفسانيّة، لظهور الفرق بينه و بين مجرّد الترك، فتأمل. و هو الظاهر من محكي النهاية «٢٦»، حيث أنّه ذكر بمضمون «٢٧» صحيحة ابن أبي يعفور، و كذلك الوسيلة، حيث قال: العدالة تحصل بأربعة أشياء، الورع و الأمانة و

الوثوق و التقوى «٢٨»، و نحوه المحكى عن القاضى، حيث اعتبر فيها الستر و العفاف و اجتناب القبائح «٢٩»، فإن الاجتناب خصوصا مع ضم العفاف إليه لا يكون بمجرد الترك. و بمعناه المحكى عن الجامع، حيث أخذ فى تعريف العدل الكف و التجنب للكبائر «٣٠». ثم إنه ربما

يذكر فى معنى العدالة قولان آخران:

أحدهما: الإسلام و عدم ظهور الفسق

، و هو المحكى عن ابن الجنيد «٣١»، و المفيد فى كتاب الأشراف «٣٢»، و الشيخ فى الخلاف مدعىا عليه الإجماع «٣٣».

و الثانى: حسن الظاهر

إشارة

، نسب إلى جماعة بل أكثر القدماء. و لا-ريب أنهما ليسا قولين فى العدالة، و إنما هما طريقتان للعدالة، ذهب إلى كل منهما جماعة و لذا ذكر جماعة من الأصحاب- كالشهيد فى الذكري «٣٤» و الدروس «٣٥»، و المحقق الثانى فى الجعفرية «٣٦»، و غيرهما «٣٧»- هذين القولين فى عنوان ما به تعرف العدالة، مع أن عبارة ابن الجنيد المحكى عنه «أن كل المسلمين على العدالة إلا أن يظهر خلافها» «٣٨» لا يدل إلا على وجوب الحكم بعدئذهم. و أوضح منه كلام الشيخ فى الخلاف، حيث أنه لم يذكر إلا عدم وجوب البحث عن عدالة الشهود إذا عرف إسلامهم «٣٩»، ثم احتج بإجماع الفرقه و أخبارهم، و أن الأصل فى المسلم العدالة، و الفسق طار عليه، يحتاج إلى دليل «٤٠». نعم: عبارة الشيخ فى المبسوط ظاهرة فى هذا المعنى، فإنه قال: إن العدالة فى اللغة: أن يكون الإنسان متعادلا لأحوال متساويا، و أما فى الشريعة: فهو من كان عدلا فى دينه عدلا فى مروته، عدلا فى أحكامه، فالعدل فى الدين: أن يكون مسلما لا يعرف منه شىء من أسباب الفسق، و فى المروة: أن يكون مجتنباً للأمر التى تسقط المروة.. إلى آخر ما ذكر. (انتهى موضع الحاجة) «٤١». لكن الظاهر أنه أراد كفاية عدم معرفة الفسق منه فى ثبوت العدالة، لا أنه نفسها، و لذا فسّر العدالة فى المروة بنفس الاجتناب، لا بعدم العلم بالارتكاب. هذا كله، مع أنه لا يعقل كون عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر نفس العدالة، لأن ذلك يقتضى كون العدالة من الأمور التى يكون وجودها الواقعى عين وجودها الذهنى، و هذا لا يجامع كون ضده- أعنى الفسق- أمرا واقعيا لا دخل للذهن فيه. و حينئذ فمن كان فى علم الله تعالى مرتكبا للكبائر مع عدم ظهور ذلك لأحد، يلزم أن يكون عادلا فى الواقع و فاسقا فى الواقع [و كذا لو فرض أنه لا ذهن و لا ذاهن «٤٢» يلزم أن لا يتحقق العدالة فى الواقع] «٤٣» لأن المفروض أن وجودها الواقعى عين وجودها الذهنى. و أما بطلان اللازم «٤٤» فغنى عن البيان. و كذا لو اطّلع على أن شخصا كان فى الزمان السابق مع اتصافه بحسن الظاهر لكل أحد مصرا على الكبائر يقال: كان فاسقا و لم يطلع، و لا يقال: كان عادلا فصار فاسقا عند اطلاعنا. فتبين- من جميع ما ذكرنا- أن هذين القولين لا يعقل أن يراد بهما بيان العدالة الواقعية، و لا دليل للقائل بهما يفى بذلك، و لا دلالة فى عبارتهما المحكية عنهما، و لا فهم ذلك من كلامهما من يعتنى به مثل الشهيد و المحقق الثانى و ابن فهد و غيرهم. ثم الظاهر رجوع القول الأول إلى الثالث، أعنى اعتبار الاجتناب مع الملكة، لا اتفاقهم

و صراحه مستندهم كالنصوص و الفتاوى على أنه تزول بارتكاب الكبيرة العدالة بنفسها و يحدث الفسق الذي هو ضدّها، و حينئذ فإمّا أن يبقى الملكة أم لا، فإن بقيت ثبت اعتبار الاجتناب الفعلى فى العدالة، فإن ارتفعت ثبت ملازمة الملكة للاجتناب الفعلى. فمرد الأولين من «الملكة الباعثة على الاجتناب»: الباعثة فعلا، لا ما من شأنها أن تبعث و لو تخلف عنها البعث لغلبة الهوى و تسويل الشيطان، و يوضّحه توصيف «الملكة» فى كلام بعضهم بل فى معقد الاتفاق ب «المانعة عن ارتكاب الكبيرة» فإن المتبادر: المنع الفعلى بغير اشكال. و أوضح منه تعريفها- الشهيد فى باب الزكاة من نكت الإرشاد-:

بأنها هيئة راسخة تبعث على ملازمة التقوى بحيث لا يقع منها الكبيرة و لا الإصرار على الصغيرة «١» بناء على أن الحيثية بيان لقوله: «تبعث»، لا قيد توضيحي للملازمة.

نعم: يبقى الكلام فى أن العدالة هل هى الملكة الموجبة للاجتناب أو الاجتناب عن ملكة، أو كلاهما حتى يكون عبارة عن الاستقامة الظاهرة فى الأفعال، و الباطنة فى الأحوال؟ و هذا لا يترتب عليه كثير فائدة، إنما المهم بيان مستند هذا القول، و عدم كون العدالة هى مجرد الاستقامة الظاهرية و لو من دون ملكة- كما هو ظاهر من عرفت- «٢» حتى يكون من علم منه هذه الصفة عادلا و إن لم يكن فيه ملكتها. و يدلّ عليه- مضافا إلى الأصل «٣» و الاتفاق المنقول المعتضد بالشهرة المحققة، بل عدم الخلاف، بناء على أنه لا يبعد إرجاع كلام الحلّى «٤» إلى المشهور كما لا يخفى، و إلى ما دلّ على اعتبار الوثوق بدين إمام الجماعة و ورعه، مع أن الوثوق لا يحصل بمجرد تركه المعاصى فى جميع ما مضى من عمره، ما لم يعلم أو يظنّ فيه ملكة الترك، و اعتبار المأمونية و العفة و الصيانة و الصلاح و غيرها ممّا اعتبر فى الأخبار من الصفات النفسانية فى الشاهد، مع الإجماع على عدم اعتبارها زيادة على العدالة فيه و فى الإمام- صحيحة ابن أبى يعفور، حيث سأل أبا عبد الله عليه السلام و قال: «بم يعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ فقال: أن يعرفوه بالستر و العفاف و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان، و تعرف باجتناب الكبائر التى أوعده الله عليها النار.. إلى آخر الحديث» «٥» فإنّ الستر و العفاف و الكفّ قد وقع مجموعها المشتمل على الصفة النفسانية معرّفا للعدالة، فلا يجوز أن يكون أخصّ منها، بل لا بدّ من مساواته، و قد يكون أعمّ إذا كان من المعرّفات الجعلية، كما جعل عليه السلام فى هذه الصحيحة الدليل على هذه الأمور كون الشخص ساترا لعيوبه. و دعوى أن ظاهر السؤال وقوعه عن الأمانة المعرّفة للعدالة بعد معرفة مفهومها تفصيلا، و الصفات المذكورة ليست أمانة بل- هى على هذا القول- عينها، فيدور الأمر بين حمل السؤال على وقوعه عن المعرّف المنطقى لمفهومها بعد العلم إجمالا- و هو خلاف ظاهر السؤال-، و بين خلاف ظاهر آخر، و هو حمل الصفات المذكورة على مجرد ملكاتها، فتكون ملكاتها معرّفة و طريقا للعدالة، و حينئذ فلا تصح أن يراد بها إلّا نفس اجتناب الكبائر المسبّب عن ملكة العفاف و الكفّ، و هو القول الثانى مدفوعة: أوّلا- ببعد إرادة مجرد الملكة من الصفات المذكورة، بخلاف إرادة المعرّف المنطقى الشارح لمفهوم العدالة، فإنّه غير بعيد، خصوصا بملاحظة أن طريقه ملكة ترك المعاصى لتركها ليست أمرا مجهولا عند العقلاء محتاجا إلى السؤال، و خصوصا بملاحظة قوله فيما بعد: «و الدليل على ذلك كله أن يكون ساترا لعيوبه.. إلخ»، فإنّه على ما ذكر يكون أمانة على أمانة، فيكون ذكر الأمانة الأولى- أعنى الملكة- خالية عن الفائدة مستغنى عنها بذكر أمانتها، إذ لا حاجة غالبا إلى ذكر أمانة تذكّر لها أمانة أخرى، بخلاف ما لو جعل الصفات المذكورة عين العدالة، فإنّ المناسب بل اللازم أن يذكر لها طريق أظهر و أوضح للناظر فى أحوال الناس. و يؤيد ما ذكرنا أنّه لا معنى محصّل حينئذ لقوله عليه السلام- بعد الصفات المذكورة-: «و تعرف باجتناب الكبائر التى أوعده الله عليها النار»، لأنّ الضمير فى «تعرف» إمّا راجع إلى العدالة بأن يكون معرّفا مستقلا، و إمّا راجع إلى الشخص بأن يكون من تميّة المعرّف الأوّل، و إمّا أن يكون راجعا إلى الستر و ما عطف عليه، ليكون معرّفا للمعرّف، و قوله عليه السلام: «و الدليل على ذلك.. إلخ» «٦» معرّفا ثالثا، و هو أبعد الاحتمالات. و على أىّ تقدير فلا يجوز أن يكون أمانة على العدالة، لأنّه على هذا القول نفس العدالة. و الحاصل: أن الأمور الثلاثة المذكورة من قبيل المعرّف المنطقى للعدالة، لا المعرّف الشرعى فى اصطلاح الأصوليين. ثم إنّ المراد بالستر هنا غير المراد به فى قوله عليه السلام فيما بعد: «و الدلالة على ذلك كله أن يكون ساترا لعيوبه» و إلّا لم يعقل أن يكون

أحدهما طريقا للآخر، بل المراد بالستر هنا ما يرادف الحياء والعفاف، قال في الصحاح: رجل ستير، أى: عفيف، و جارية ستيرة «٧» فكأن المراد بالستر- هنا-: الاستحياء من الله، و بالستر- فيما بعد-:

الاستحياء من الناس، و لذا ذكر القاضى: أن العدالة تثبت بالستر والعفاف واجتناب القبائح أجمع «٨». بقى الكلام فى بيان الأظهر من الاحتمالات الثلاث المتقدمة فى قوله عليه السلام: «و تعرف باجتنب الكبائر.. إلخ» و أن الاجتناب هل هى تتمه للمعروف أو معرف له، أو للمعروف- بالفتح-؟ لكن الثانى فى غاية البعد سواء حمل المعروف على المنطقى أو على الشرعى. [أما على الأول] «٩» فلعدم كون الأمور المذكورة أمورا عرفية متساوية فى البيان لمفهوم الاجتناب، فلا يحسن جعله طريقا إليها، أو شارحا لمفاهيمها. و الثالث أيضا بعيد، بناء على المعروف المنطقى و الشرعى، لأنه إن أريد ب «اجتناب الكبائر» الاجتناب عن ملكة، فليس أمرا مغايرا للمعروف الأول، فذكره كالتكرار، و إن أريد نفس الاجتناب، و لو لا عن ملكة، فلا معنى لجعله معرّفا منطقيا بعد شرح مفهوم العدالة أولا بما يتضمن اعتبار الملكة فى الاجتناب. و الحاصل: إن جعله معرّفا منطقيا فاسد، لأنه إما أن يراد من المعرفين كليهما معنى واحد و إما أن يراد من كل منهما معنى، و على الأول يلزم التكرار، و على الثانى يلزم تغاير الشارحين لمفهوم واحد. و كذا لا يجوز جعله معرّفا شرعيا، لأن حاصله يرجع إلى جعل نفس الاجتناب طريقا إلى كونه عن ملكة، و هذا بعيد لوجهين: أحدهما: أن معرفة الاجتناب عن جميع الكبائر ليس بأسهل من معرفة الملكة، بل معرفة الملكة أسهل من معرفة الاجتناب، فلا يناسب جعله معرّفا لها. الثانى: أنه جعل

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٨

الدليل على ذلك كله أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته، فستر العيوب عن الناس قد جعل طريقا ظاهريا، و من المعلوم أن جعل الاجتناب الواقعى طريقا مستدرك بعد جعل عدم العلم بالارتكاب طريقا، بل اللازم جعله طريقا من أول الأمر، لأن جعل الأخص طريقا بعد جعل الأعم مستدرك، و هذا كما يقال: إن إماراة العدالة عند الجهل بها الإيمان الواقعى، و علامة الإيمان الواقعى عند الجهل به: الإسلام، فإن جعل الإيمان الواقعى «١» طريقا، مستغنى عنه، بل لازم قوله عليه السلام: «حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك» أنه لا يجوز التوصل بالإماراة الأولى و هو الاجتناب الواقعى، لأنه يتوقف على الفحص عن أحواله. فثبت من جميع ذلك أن أظهر الاحتمالات المتقدمة هو كونه تتمه للمعروف، بأن يجعل المراد بكف البطن و الفرج و اليد و اللسان، كفها عن المعاصى الخاصة التى تتبادر عند إطلاق نسبة المعصية إلى إحدى الجوارح. [المذكورة فإن المتبادر من معصية البطن: أكل الحرام، و من معصية الفرج: الزنا، و من معصية اليد: ظلم الناس، و من اللسان: الغيبة و الكذب، فيكون ذكره بعد ذكر الكف من قبيل التعميم بعد التخصيص، و عقيب الستر و العفاف من قبيل ذكر الأفعال بعد الصفات النفسانية الموجبة لها. و يحتمل أيضا أن يراد بالستر: الاستحياء المطلق، و بالعفاف: التعفف عن مطلق المعاصى، و بالكف (الكف) «٢» عن مطلق الذنوب، و يكون ذكر الجوارح الأربع لكونها أغلب ما تعصى من بين الجوارح] «٣». و حينئذ فيكون قوله: «و تعرف باجتنب الكبائر» من قبيل التخصيص بعد التعميم و التقييد بعد الإطلاق، تبيينها على أن ترك مطلق المعاصى غير معتبر فى العدالة

[اعتبار المروءة فى مفهوم العدالة]

ثم المشهور بين من تأخر عن العلامة: اعتبار المروءة فى مفهوم العدالة، حيث عرفوها بأنها هيئة راسخة تبعث على ملازمة التقوى و المروءة، و هو الذى يلوح من عبارة المبسوط، حيث ذكر أن العدالة فى اللغة: أن يكون الإنسان متعادلا لأحوال متساويا، و فى الشريعة: من كان عدلا فى دينه، عدلا فى مروءته، عدلا فى أحكامه «٤» (انتهى)، بناء على أن المراد بالعدالة فى الدين و المروءة و الأحكام: الاستقامة فيها. و أما كلام غير الشيخ ممن تقدم على العلامة، فلا دلالة فيه، بل و لا إشعار على ذلك. نعم: ذكره ابن الجنيدي فى شرائط قبول الشهادة «٥»، و كذا ابن حمزة فى موضع من الوسيلة «٦»، بل كلامه الأخير المتقدم فى صدر المسألة «٧»، - ككلامى المفيد و الحلّى المتقدم ذكرهما «٨» - دال على عدم اعتبارها. و أما الصدوقان فهما و إن لم يفسيرا العدالة، إلا أن كلامهما المتقدم «٩» من أنه

«لا يصلى إلا خلف رجلين [أحدهما من تثق بدينه و ورعه و أمأته، و الآخر من تثق سيفه و سوطه]» (١٠) ظاهر فى عدم اعتبار المروءة فى العدالة، بناء على أن اعتبار العدالة فى الإمام متفق عليه. نعم، قد أخذ القاضى «الستر» و «العفاف» فى العدالة (١١) بناء على ما سياتى (١٢) من أنه لا يبعد استظهار اعتبار المروءة من هذين اللفظين. و ذكر فى الجامع أن العدل الذى يقبل شهادته، هو البالغ العاقل المسلم العفيف الفعلى المجتنب عن القبائح الساتر لنفسه (١٣) فإن جعلنا الموصول (١٤) صفة تقييدية كانت العفة- التى عرفت إمكان استظهار المروءة منها- مأخوذة فى عدالة الشاهد دون عدالة الإمام و مستحق الزكاة، و إلا كانت مأخوذة فى مطلق العدالة. و ممن لا يعتبر المروءة فى العدالة، المحقق فى الشرائع (١٥) و النافع (١٦)، و تبعه العلامة فى الإرشاد (١٧) و ولده فى موضع من الإيضاح (١٨). و عرّف الشهيد- فى نكت الإرشاد- العدالة فى كلام من اعتبرها فى مستحق الزكاة بأنها «هيئة تبعث على ملازمة التقوى» (١٩) و ظاهره أن العدالة تطلق فى الاصطلاح على ما لا يؤخذ فيه المروءة. و الحاصل: أنه لو ادعى المنتبج أن المشهور بين من تقدّم على العلامة عدم اعتبار المروءة فى العدالة- خصوصا المعبرة فى غير الشاهد- لم يستبعد ذلك منه، لما عرفت من كلمات من عدا الشيخ، و أما الشيخ فالعدالة المذكورة فى كلامه لا- ينطبق على ما ذكره المتأخرون، لأنه أخذ فيه الإسلام و البلوغ و العقل، و هذا ليس معتبرا عند المتأخرين، و إن كان العادل عندهم من أفراد البالغ العاقل المسلم، لكن الإسلام و الكمال ليسا جزءا للعدالة عندهم، و لذا يذكرون البلوغ و العقل و الإسلام على حدة، فالظاهر أنه أراد بالعدالة صفة جامعة لشرائط العمومية لقبول الشهادة، و كيف كان: فالمتبج هو الدليل. و ينبغى الجزم بعدم اعتبارها (٢٠) فى العدالة المعبرة فى الإمام، و أن المعتبر فى العدالة و (٢١) الاستقامة فى الدين، لأن الدليل على اعتبار العدالة فى الإمام، أما الإجماعات المنقولة و أما الروايات: أما الإجماعات المنقولة (٢٢) فلا ريب فى أنها ظاهرة فى العدالة فى الدين المقابلة للفسق الذى هو الخروج عن طاعة الله، مع أن الخلاف فى أخذ المروءة فى العدالة يوجب حمل العدالة فى كلام مدعى الإجماع على العدالة فى الدين، و يؤيده أنه لو كان المراد العدالة المطلقة التى تقدّم تفسيرها من المبسوط (٢٣) لم يحتج إلى اعتبار البلوغ و العقل فى الإمام مستقلا. و دعوى: أن دعوى الإجماع إنما وقعت من المتأخرين الذين أخذوا المروءة فى العدالة، و كلام مدعى الإجماع يحمل على ما اللفظ ظاهر فيه عنده. مدفوعة- بعد تسليم ما ذكر كئيبة- بأن الإجماع إذا فرض دعواه على العدالة المأخوذة فيها المروءة فهى موهونة بمصير جلّ القدماء- كما عرفت- على خلافه. و إن كان المستند الروايات فنقول: إنها بين ما دلّ على اعتبار العدالة، و الظاهر منها هى الاستقامة فى الدين، لأنها الاستقامة المطلقة فى نظر الشارع، فإن التحقيق أن العدالة فى كلام الشارع و أهل الشرع يراد بها:

الاستقامة، لكن الاستقامة المطلقة فى نظر الشارع هو الاستقامة على جادة الشرع و عدم الميل عنها، و إن قلنا بأنها منقولة من الأعم إلى الأخص، لكن نقول: إن المتبادر منها الاستقامة من جهة الدين، لا من جهة العادات الملحوظة عند الناس حسنا أو قبيحا. و غاية ما يمكن أن يستدلّ لاعتبارها فى العدالة المستعملة فى كلام الشارع: صحيحة ابن أبى يعفور، و محل الدلالة يمكن أن يكون فقرات منها: الأولى: قوله: «بأن يعرفوه بالستر» على أن يكون المراد منه ستر العيوب الشرعية و العرفية. الثانية: قوله عليه السلام:

«و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان» بناء على أن منافيات المروءة غالبا من شهوات الجوارح. الثالثة: قوله عليه السلام: «و الدالّ على ذلك كله أن يكون ساترا لعيوبه.. إلخ». و قد تمسك بكل واحد من هذه الفقرات بعض ممن (٢٤) عاصرناهم. و فى الكلّ نظر، أما الفقرة الأولى: فلما عرفت سابقا من أن المراد بالستر ليس هو الستر الفعلى، و إنما يراد به صفة مرادفة للعفاف- كما سمعت من الصحاح (٢٥)-، كيف و قد جعل ستر العيوب بعد ذلك دليلا على العدالة، فيلزم اتّحاد الدليل و المدلول، مضافا إلى أن المتبادر من الستر:

تعلّقه بالعيوب الشرعية دون العرفية، فلا يفيد حذف المتعلّق العموم. و بهذا يجاب عن الفقرة الثانية، فإن الظاهر من كفّ الجوارح الأربع: كفّها عن معاصيها، لا مطلق ما تشتهيها. و أما الفقرة الثالثة، فيها أولا: أن المتبادر من «العيوب» هى ما تقدّم فى الفقرة السابقة ممّا أخذ تركها فى مفهوم العدالة، لا مطلق النقائص فى

المكاسب، ج ٤، ص ٣٢٩

الكبائر والصغائر والمكروهات المنافية للمرؤة، وإلّا لزم تخصيص الأكثر، إذ الكبائر و منافيات المرؤة في جنب غيرهما -الذى لا يعتبر في العدالة تركها ولا في طريقها سترها- كالقطرة في جنب البحر، فلا بدّ من حمله على المعهود المتقدّم في الفقرات السابقة، فكأنّ الإمام عليه السلام لما عرّف العدالة بملكه الكفّ والتعفّف عن الكبائر جعل سترها عند المعاشرة والمخالطة طريقاً إليها. و ثانياً: أنّ غاية ما يدلّ عليه هذه الفقرة كون ستر منافيات المرؤة من تتمّة طريق العدالة، لا مأخوذة في نفسها، فيكون فيه دلالة على أنّ عدم ستر منافيات المرؤة وظهورها عند المعاشرة والمخالطة لا يوجب الحكم ظاهراً بعدالة الرجل التي تقدّم معناها في الفقرات السابقة، و لا يلزم من هذا أنّنا لو أطلعنا على ذلك المعنى بحيث لا يحتاج إلى الطريق الشرعي و علمنا منه صدور منافيات المرؤة لم نحكم بعدالته، لأنّ الوصول إلى ذى الطريق يغني عن الطريق. ففي الرواية دلالة على التفصيل الذي ذكره بعض متأخري المتأخريين، من أنّه لو كشف فعل منافي المرؤة عن قلّة المبالاة في الدين، بحيث لا يوثق معه بالتحرز عن الكبائر والإصرار على الصغائر كان معتبراً وإلّا فلا. و هذا التفصيل غير بعيد، لكنّه في الحقيقة ليس تفصيلاً في مسألة اعتبار المرؤة في نفس العدالة- بل قول بنفيه مطلقاً- إلّا أنّه يوجب الوهن في حسن الظاهر الذي هو طريق إليها. ثمّ إنّ الذي يخطر بالبال أنّه إن كان ولا بدّ من فهم اعتبار المرؤة من الصحيحة- بناء على أنّ المذكور فيه حدّ لها، لا بدّ من أن يكون مطّرداً، فترك التعرّض لاعتبار ما يعتبر مخلّ بطردها- فالأنسب أن يقال: إنّ ذلك إنّما يستفاد من لفظي «الستر» و «العفاف» الراجعين إلى معنى واحد، كما عرفت من قول الصحاح: «رجل.. إلخ» (١) فيكون المراد بالستر ما عدّ- في الحديث المشهور المذكور في أصول الكافي في باب جنود العقل والجهل- مقابلاً للتبرّج (٢) المفسّر في كلام بعض محقّقي شراح أصول الكافي بالتظاهر بما يقبح و يستهجن في الشرع أو العرف (٣). و لا ريب أنّ منافيات المرؤة ممّا يستهجن في العرف، فهي منافية للستر و العفاف بذلك المعنى. و قد ذكر بعضهم في عدالة القوّة الشهويّة- المسماة بالعفّة- أنّ ما يحصل من عدم تعديلها: عدم المرؤة. و ظاهره أنّ المرؤة لازمة للعفاف. ثمّ إنّ المرؤة- على القول باعتبارها في العدالة- مثل التقوى المراد بها عندهم: اجتناب الكبائر والإصرار على الصغائر، ففعل منافيها يوجب زوال العدالة بمجرد من غير حاجة إلى تكراره (٤) كارتكاب الكبيرة لأنّه لازم تفسيرهم للعدالة بالملكة المانعة عن (٥) مجانبة (٦) الكبائر و منافيات المرؤة و الباعثة على ملازمة التقوى و المرؤة، و قد عرفت أنّ المراد بالبعث أو المنع:

الفعلي، لا الشأني. نعم: ربّما يكون بعض الأفعال لا ينافي المرؤة بمجرد، و لذا قيدوا منافيات (٧) الأكل في الأسواق بصورة غلبة وقوع ذلك منه، و أنّه لا يقدح وقوعه نادراً، أو للضرورة، أو من السوق، فمعناه- بقرينه عطف الضرورة و السوقى أنّه لا ينافي المرؤة، لا أنّه مع منافاته المرؤة لا- يوجب زوال العدالة بمجرد. نعم: فرق بين التقوى و المرؤة، و هو أنّ مخالفة التقوى يوجب الفسق، بخلاف مخالفة المرؤة، فإنّها توجب زوال العدالة دون الفسق، ففقد المرؤة إذا كانت فيه ملكة اجتناب الكبائر، واسطة بين العادل و الفاسق. و من جميع ما ذكرنا يظهر ما في كلام بعض سادة مشايخنا (٨)، حيث إنّ بعد ما أثبت اعتبار المرؤة بالفقرة الثالثة المتقدمة من الصحيحة قال: بقي الكلام في أنّ منافيات المرؤة هل توجب الفسق بمجرد كالكبائر؟ أو بشرط الإصرار أو الإكثار كالصغائر؟ أو تفصيل بين مثل تقبيل الزوجة في المحاضر و بين مثل الأكل في الأسواق؟ و هذا هو المختار. ثمّ استشهد بكلام جماعة ممّن قيد الأكل في السوق بالغلبة أو الدوام.

و يمكن تأويل أوّل كلامه بأنّ المراد من الفسق: مجرد عدم العدالة، دون الفسق المتكرّر في كلام الشارع و المتشرّعه، لكنّه بعيد. و أبعد منه: توجيه كلامه فيما ذكره من الوجوه الثلاثة في زوال العدالة بمنافيات المرؤة، بأنّ المراد ما ينافيها بحسب الأعمّ من المرّة (٩) و الإكثار، و معناه أنّ ما ينافي المرؤة بجنسه هل يزيل العدالة بمجرد أو بشرط الإكثار؟ و هو كما ترى!. ثمّ إنّ قد تلخّص ممّا ذكرنا من أوّل المسألة إلى هنا أنّ الأقوى- الذي عليه معظم القدماء و المتأخريين-: هو كون العدالة عبارة عن صفة نفسانيّة توجب التقوى و المرؤة أو التقوى فقط- على ما قوّيناه. و عرفت (١٠) أيضاً أنّ القول بأنّها عبارة عن «الإسلام و عدم ظهور الفسق» غير ظاهر من كلام

أحد من علمائنا و ان كان ربّما نسب إلى بعضهم «١١»، كما عرفت، و عرفت ما فيه «١٢». و كذلك القول بأنّها عبارة عن «حسن الظاهر» غير مصرّح به في كلام أحد من علمائنا، و إن نسبه بعض متأخري المتأخريين إلى كثير، بل إلى الكلّ «١٣». و كيف كان: فالمتّبع هو الدليل و إن لم يذهب إليه إلّا قليل، و قد عرفت الأدلّة.

[ما أورد على القول بالملكة]

إشارة

بقي الكلام فيما أورد على القول بالملكة و هي وجوه:

منها:

ما ذكره المولى الأعظم و حيد عصره في شرح المفاتيح- على ما حكاه عنه بعض الأجلّة «١٤»- من أنّ حصول الملكة بالنسبة إلى كلّ المعاصي بمعنى صعوبة الصدور لا استحالتها، فرّبما يكون نادرا بالنسبة إلى نادر من الناس- إن فرض تحقّقه- و يعلم أنّ العدالة ممّا تعمّ به البلوى و تكثّر إليه الحاجات في العبادات و المعاملات و الإيقاعات، فلو كان الأمر كما يقولون لزم الحرج و اختلّ النظام، مع أنّ القطع حاصل بأنّه في زمان الرسول صلّى الله عليه و آله و سلم و الأئمّة عليهم السلام ما كان الأمر على هذا النهج، بل من تتبّع الأخبار الكثيرة يحصل القطع بأنّ الأمر لم يكن كما ذكره في الشاهد، و لا في إمام الجماعة. و يؤيده ما ورد «١٥» في أنّ إمام الصلاة إذا أحدث، أو حدث له مانع آخر، أخذ بيد آخر و أقامه مقامه (انتهى). و قال السيّد الصدر في شرح الوافية- بعد ما حكى عن المتأخريين أنّ العدالة «هي الملكة الباعثة على التقوى و المروّة»- ما لفظه: أمّا كون هذه الملكة عدالة فلا ريب فيه، لأنّ الوسط بين البلادة و الجريزة تسمّى: حكمة، و بين إفراط الشهوة و تفريطها هي: العفّة، و بين الظلم و الانظلام هي: الشجاعة، فإذا اعتدلت هذه القوى حصلت كفيّة و حدائيّة شبيهة بالمزاج، كأنّها تحصل من الفعل و الانفعال بين طرفي هذه القوى، و انكسار سورة كلّ واحدة منها، و بعد

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٠

حصولها يلزمها التقوى و المروّة. و أمّا اشتراط تحقّق هذا [المبنى بهذا] «١» المعنى، حيث اعتبر الشارع العدالة، فلم أطلع على دليل ظنّي لهم، فضلا عن القطعي، و صحيحة ابن أبي يعفور «٢» عليهم لا- لهم- كما قيل-، نعم: لا يحصل لنا الاطمئنان التام في اجتناب الذنب في الواقع إلّا فيمن يعلم أو يظنّ حصول تلك الملكة فيه، و هذا يقرب اعتبارها، و لكن بيّعه أنّ هذه الصفة الحميدة تكون في الأوحديّ الذي لا يسمح «٣» الدهر بمثله إلّا نادرا، لأنّ التعديل المذكور يحتاج إلى مجاهدات شاقّة مع تأييد ربّاني، و الاحتياج إلى العدالة عامّ لازم في كلّ طائفة من كلّ فرقة من سكّان البرّ و البحر حفظا لنظام الشرع.

ثمّ قال: لا يقال إنّ الشارع و إن اعتبر الملكة، و لكنّه جعل حسن الظاهر مع عدم عثور الحاكم أو المأموم على فعل الكبيرة و الإصرار على الصغيرة علامة لها، و هذا يحصل في أكثر الناس. لأنّنا نقول: إن اعتبر القائل بالملكة فيما يعرف به العدالة هذا الذي قلت، فلا ثمره للنزاع في أنّ العدالة ما ذا؟ (انتهى موضوع الحاجة) «٤». و الجواب عن ذلك كلّ: أنّنا لا نعني بقولنا: «العدالة هيئة راسخة» أو «ملكة» أو «هيئة نفسانيّة» إلّا الصفة النفسانيّة الحاصلة من خشية الله بحيث يردعه عن المعصية. توضيح ذلك: أنّ ترك المعاصي قد يكون لعدم الابتلاء بها، و قد يكون مع الابتلاء بالمعصية للدواعي النفسانيّة لا لخوف الله، و قد يكون لحالة خوف حاصلة فيه على سبيل الاتفاق تمنعه عن الإقدام على المعصية، حتّى أنّه إذا ترك في زمان طويل معاصي كثيرة ابتلى بها، كان الترك في كلّ مرّة مستندا إلى حالة اتّفتت له في ذلك الزمان، و قد يكون ترك المعاصي لحالة واحدة مستمرّة في الزمان الذي يتلى فيه بالمعاصي. و هذا الرابع هو

المقصود من «الصفة النفسائية» أو «الصفة الراسخة» في مقابل «الغير الراسخة»- الموجودة في الثالث. قال العلامة في نهاية الأصول «٥»- على ما حكى عنه- في بيان طرق معرفة العدالة: الأول: الاختبار بالصحة المتأكدة و الملازمة، بحيث يظهر له أحواله و يطلع على سريره أمره بتكرار المعاشرة، حتى يظهر له من القرائن ما يستدل به على خوف في قلبه مانع عن الكذب و الإقدام على المعصية (انتهى). ثم إن العبرة بكون تلك الحالة باعته هو الحال المتعارف للإنسان، دون حالة كماله، فقد تعرض للشخص حالة كأنه لا يملك من نفسه مخالفة الشهوة أو الغضب، لقوة قهر القوة الشهوية أو الغضبية و غلبتهما، و عليه يحمل ما حكى عن المقدس الأردبيلي «٦»: من أنه سئل عن نفسه إذا ابتليت بامرأة مع استجماع جميع ماله دخل في رغبة النفس إلى الزنا؟ فلم يجب قدس سره بعدم الفعل، بل قال: «أسأل الله أن لا يبتليني بذلك» فإن عدم الوثوق بالنفس في مثل هذه الفروض الخارجة عن المتعارف لا يوجب عدم الملكة فيه، إذ مراتب الملكة في القوة و الضعف متفاوتة، يتلو آخرها: العصمة، و المعتبر في العدالة أدنى المراتب، و هي الحالة التي يجد الإنسان بها مدافعة الهوى في أول الأمر و إن صارت مغلوبة بعد ذلك، و من هنا تصدر الكبيرة عن ذى الملكة كثيرا. و كيف كان: فالحالة المذكورة غير عزيزة في الناس [و] ليس في الندره على ما ذكره الوحيد البهبهاني «٧» بحيث يلزم من اشتراطه و إلغاء ما عداه، اختلال النظام. و كيف يخفى على هؤلاء ذلك حتى يعتبروا في العدالة شيئا، يلزم منه- بحكم الوجدان- ما هو بديهى البطلان؟ إذ المفروض أنه لاختفاء في الملازمة و لا- في بطلان اللازم- و هو الاختلال- بل الإنصاف أن الاقتصار على ما دون هذه المرتبة يوجب تضييع حقوق الله و حقوق الناس و كيف يحصل الوثوق في الإقدام على ما أناطه الشارع بالعدالة لمن لا يظن فيه ملكة ترك الكذب و الخيانة، فيمضى قوله في دين الخلق و دنياهم من الأنفس و الأموال و الأعراض، و يمضى فعله على الأيتام و الغيب «٨» و الفقراء و السادة «٩». قال بعض السادة: أن الشريعة المنيعه التي منعت من إجراء الحد على من أقر على نفسه بالزنا مرة بل ثلاثا كيف يحكم بقتل النفوس و اوراقهم «١٠» و قطع أياديهم و حبسهم و أخذ أموالهم، و أرواحهم بمجرد شهادة من يجهل حاله من دون اختبار. و أما ما ذكره السيد الصدر «١١»: - من كون الملكة عبارة عن تعديل القوى الثلاث: قوة الإدراك، و قوة الغضب، و قوة الشهوة، و أن العدالة تتوقف على الحكمة و العفة و الشجاعة- فلا- أظن أن الفقهاء يلتزمون ذلك في العدالة، كيف، و ظاهر تعريفهم لها بالحالة النفسانية ينطبق على الحالة التي ذكرناها و هي الموجودة في كثير من الناس. و دعوى: أن إدخالهم المروءة في مدخول «١٢» الملكة و جعلهم العدالة هي الملكة الجامعة بين البعث على التقوى و البعث على المروءة ظاهر في اعتبار أزيد من الحالة النفسائية المذكورة التي ذكرنا أنها تنشأ من خشية الله تعالى، فإن هذه الحالة لا تبعث إلّا على مجانبة الكبائر و الإصرار على الصغائر، و لا تبعث على مراعاة المروءة مدفوعة: أولا: بما عرفت «١٣» من أن الأقوى خروج المروءة عن مفهوم العدالة. و ثانيا: أن اعتبار الملكة الجامعة بين البعث على التقوى و المروءة غير ما ذكره السيد أيضا، لأن المراد منها: الاستحياء و التعفف فيما بينه و بين الله و بين الناس، و هذا أيضا كثير الوجود في الناس، بل الاستحياء عن الخلق موجود في أكثر الخلق، فكما أن علماء الأخلاق عبروا عن تعديل القوى الثلاث بالعدالة فكذلك الفقهاء عبروا عن الاستحياء عن الخالق و المخلوق بالعدالة، لأنها استقامة على جادتي الشرع و العرف، و خلافه خروج عن إحدى الجادتين. هذا مع أن جعل حسن الظاهر، بل مطلق الظن طريقا إلى هذه الصفة، أوجب تسهيل الأمر في الغاية حتى كاد لا يرى ثمرة لجعل العدالة هي الملكة، كما تقدم من السيد الصدر «١٤»، فكيف يتفاوت الأمر في اختلال النظام و استقامته بين جعلها «حسن الظاهر» و بين جعلها «الملكة» و جعل حسن الظاهر طريقا إليها؟.

و منها

«١٥»: أن الحكم بزوال العدالة عند عروض ما ينافيها من معصية أو خلاف مروءة و رجوعها بمجرد التوبة، ينافي كون العدالة هي الملكة. و ما يقال في الجواب: من أن الملكة لا تزول بمخالفة مقتضاها في بعض الأحيان، إلّا أن الشارع جعل الأثر المخالف لمقتضاها مزيلا لحكمها بالإجماع، و جعل التوبة رافعة لهذا المزيل، فالأمر تعبدى. ففيه: أنه مخالف لتصريحهم بالزوال و العود.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣١

و الجواب: ما تقدّم من أنّ العدالة ليست عندهم هي الملكة المقتضية للتقوى و المروءة، المجامعة لما يمنع عن مقتضاها، لأنّ قولهم: «ملكة تبعث» أو «تمنع» يراد بها البعث و المنع الفعلي. و يدلّ عليه ما مرّ عن نكت الإرشاد «١» على أظهر احتماليه، فالملكة إذا لم يكن معها المنع الفعلي ليست عدالة. و لو أبيت إلّا عن ظهور عبارتهم في كون العدالة هي الملكة المقتضية لا بقيد الخلوّ عن المعارض و المانع، فيكفي في إرادة الملكة المقتضية الخالية عن المانع تصريح نفس أرباب الملكة - كغيرهم - بأنّ نفس العدالة تزول بمواقعة الكبائر، و لذا ذكرنا أنّه لا قائل بكون العدالة مجرد الملكة من غير اعتبار للمنع الفعلي. و أمّا التوبة فهي إنّما ترفع حكم المعصية و تجعلها كغير الواقع في الحكم، فزوال العدالة بالكبيرة حقيقي، و عودها بالتوبة تعبدى، بل سيجيء «٢» أنّ الندم على المعصية عقيب صدورها، يعيد الحالة السابقة و هي الملكة المتّصّفة بالمنع، إذ لا فرق حقيقة بين من تمنعه ملكته عن ارتكاب المعصية و بين من توجب عليه تلك الملكة الندم على ما مضى منه، فحالة الندم بعينها هي الحالة المانعة فعلا، لأنّ الشخص حين الندم على المعصية، من حيث إنّها معصية - كما هو معنى التوبة - يمتنع صدور المعصية منه، فالشخص النادم متّصف بالملكة المانعة فعلا، بخلاف من لم يندم، فتأمل.

و منها:

أنّ ما اشتهر بينهم أنّ تقديم الجراح على المعدّل - عند التعارض - لا يتأتّى إلّا على القول بأنّ العدالة هي «حسن الظاهر» و أمّا على القول بأنّه «الملكة» فلا يتّجه، لأنّ المعدّل إنّما ينطق عن علم حصل له بعد طول المعاشرة و الاختبار، أو بعد الجهد في تتبع الآثار، فيبعد صدور الخطأ منه، و يرشد إلى ذلك تعليلهم تقديم الجرح بأنّا إذا أخذنا بقول الجراح فقد صدّقناه و صدّقنا المعدّل، لأنّه لا مانع من وقوع ما يوجب الجرح و التعديل بأنّ يكون كلّ منهما اطّلع على ما يوجب أحدهما: و أنت خبير بأنّ المعدّل - على القول بالملكة - إنّما يخبر عن علم بالملكة و ما هو عليه في نفس الأمر و الواقع، ففي تقديم الجرح حينئذ و تصديقهما معا جمع بين النقيضين، فتأمل. و الجواب أنّ عدم الكبيرة مأخوذ في العدالة إجماعا على ما تقدّم «٣» إمّا لكونه قيّدا للملكة على ما اخترناه، و إمّا لأخذه في العدالة بدليل الإجماع و النصّ، كيف! و لو لم يكن مأخوذة لم يكن الجراح معارضا له أصلا. و كيف كان: فاعتماد المعدّل على هذا الأمر العدمي المأخوذ في تحقّق العدالة ليس إلّا على أصالة العدم، أو أصالة الصّحة، أو قيام الإجماع على أنّ العلم بالملكة المجرّدة طريق ظاهريّ للحكم بتحقّق ذلك الأمر العدمي. و الحاصل: أنّ الإجماع منعقد - بل النصّ «٤» - على أنّه يكفي في الشهادة على العدالة بعد العلم بالملكة أو حسن الظاهر - على الخلاف في معناها - عدم العلم بصدور الكبيرة عنه، و لا يعتبر علمه أو ظنّه بأنّه لم يصدر عنه كبيرة إلى زمان أداء الشهادة. و على هذا فأحد جزأى الشهادة - و هو تحقّق ذلك الأمر العدمي - ثابت بالطريق الظاهري، و هو مستند شهادته، و من المعلوم أنّ شهادة الجراح حاكمه على هذا الطريق الظاهري، فإنّ تعارضهما إنّما هو باعتبار تحقّق هذا الأمر العدمي و عدم تحقّقه، و إلّا فلعلّ الجراح أيضا لا ينكر الملكة، بل يعترف بها في متن الشهادة. فالمقام على ما اخترناه - من أخذ الاجتناب عن الكبيرة قيّدا للملكة - نظير شهادة إحدى البيّنتين على أنّه ملكه قد اشتراه من المدّعي، تعويلا على أصالة صّحة الشراء، و شهادة البيّنة الأخرى أنّه ملك للآخر مستندا الى فساد ذلك الشراء لوجود مانع من موانع الصّحة. و على القول بكونه مزيلا للعدالة بالدليل الخارجى يكون نظير شهادة أحدهما بملكه لأحدهما، و شهادة الأخرى بانتقاله عنه إلى الآخر. و كيف كان: فالمعدّل يقول: «إنّه ذو ملكة لم اطّلع على صدور كبيرة منه» و الجراح يقول: «قد اطّلت على صدور المعصية الفلانية [منه]» «٥» فشهادة المعدّل مركّبة من أمر و جودى و عدمى، و شهادة الجراح «٦» يدلّ على انتفاء ذلك الأمر العدمي، فالتعارض إنّما هو في الجزء الأخير، و من المعلوم كونهما من قبيل النافي و المثبت. نعم: لو اعتبرنا في التعديل الظنّ بعدم صدور الكبيرة، كان التعارض على وجه لا يمكن الجمع، فلا بدّ إمّا من ترجيح الجراح لاستناده إلى القطع الحسيّ بخلاف المعدّل فإنّه مستند إلى الظنّ الحدسى، و إمّا من التوقّف عن الحكم

بالعدالة و الفسق و الرجوع إلى الأصل. كما أنه لو اعتبر في التعديل العلم أو الظن بكون الشخص بحيث لو فرض صدور كبيرة عنه بادر إلى التوبة- التبتة-، كان المناسب تقديم المعدل لأن غاية الجرح صدور المعصية لكن المعدل يظن أو يعلم بصدور التوبة عقيب المعصية على فرض صدورها، فكأن الجرح مستند في تفسيقه إلى صدور الكبيرة و عدم العلم بالمزيل و هي التوبة، و المعدل و إن لم يشهد بعدم صدور المعصية إلا أنه يشهد بالتوبة على فرض صدور المعصية.

و منها:

ما ذكره في مفتاح الكرامة: من إطباق الأصحاب- إلا السيد و الإسكافي- على صحة صلاة من صلى خلف من تبين كفره أو فسقه «٧»، و به نطقت الأخبار «٨». أقول: لم أفهم وجه منافية هذا الحكم لكون العدالة هي «الملكة» دون «حسن الظاهر». و لم لا يجوز أن يكون العدالة كالإسلام أمرا واقعيًا يستدل عليه بالآثار الظاهرة و يعتمد فيه عليها، فإذا تبين الخطأ بعد ترتيب الأثر يحكم الشارع بمضي تلك الآثار و عدم انتقاضها؟. فإن قلت: مقتضى ظهور الأدلة في كون العدالة شرطًا واقعيًا بانضمام ما دل على صحة الصلاة مع ثبوت الفسق، أن يكون العدالة أمرا ظاهريًا غير قابل لانكشاف الخلاف لا الملكة الواقعية، و إلا وجب إما صرف أدلة اشتراط تحققها في الواقع عن ظاهرها و جعلها من الشروط العلمية، و إما إبقاؤها على ظاهرها من كونها شرطًا واقعيًا، و صرف أدلة كون العدالة الواقعية شرطًا في صحة الصلاة الخالية عن الفاتحة و غيرها- من خواص المنفرد- إلى كونها شرطًا علميًا، و كلاهما مخالفان للأصل. قلت: أولًا: إنه قد تقدم «٩» أنه لا- يمكن أن يكون العدالة أمرا ظاهريًا- مثل حسن الظاهر و نحوه- مع كون الفسق أمرا واقعيًا، و إلا خرجا عن التضاد، لاجتماعهما حينئذ في من حسن ظاهره و فرض فاسقا في الواقع، مع أن تضادهما من بديهيّات العرف، فإنهم لا يحكمون بحدوث الفسق من حين الاطلاع على قبح الإمام، بل يقولون: «إنه تبين فسقه» و لذا عبروا في المسألة المتقدمة بقولهم: إذا تبين فسق الإمام. و ثانيًا: أنه لو سلمنا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٢

إمكان تعقله من كون نفس العدالة الواقعية حسن الظاهر و إن فرض فسقه واقعا، لكن نقول: إن الحكم بالصحة لا يدل على عدم كونها هي الملكة و لو بضميمة ظهور أدلة اشتراطها في كونها شرطًا واقعيًا، لأن الدليل على اشتراط العدالة إما الإجماع و إما الأخبار المتقدمة: أما الإجماع: فهو إنما حصل بانضمام فتوى القائلين بالملكة، و معلوم أنهم يجعلونها شرطًا علميًا، نعم: أرباب حسن الظاهر، يجعلونه شرطًا واقعيًا. هذا كله مع أن معقد إجماع المعتمد هو اعتبار ظهور العدالة لا اعتبار نفسها، قال: «ظهور العدالة معتبر عند علمائنا» «١» و ظاهره كونه شرطًا علميًا عند الكل، و هذا الكلام من المحقق يدل أن العدالة عنده أمر واقعي، قد يظهر و قد لا يظهر، و لا ينطبق إلا على «الملكة» و حينئذ فيصير عنده و عند غيره شرطًا واقعيًا. و أما الأخبار: فما دل منها [على اعتبار الوثوق بالدين، فدلالته على كون العدالة شرطًا علميًا واضحة، و الدال منها] «٢»

على اعتبار مفهوم العدالة ظاهر في صورة العلم، إذ ليس فيها إلا أنه إذا كان الإمام عادلا فافعل «٣» كذا، فلا حظ و تأمل. [مع أن صحة صلاة المأموم ليست اجماعية، فقد خالف السيد المرتضى في المسألة بناء على أن العدالة شرط واقعي تبين انتفاؤها «٤» و احتج القائل بالصحة، بأنها صلاة مشروعة في ظاهر الحكم، فهي مجزية] «٥». ثم إنك قد عرفت غير مرة أن القول بأن العدالة «نفس ظهور الإسلام و عدم ظهور الفسق» مع كونه غير معقول- كما عرفت-، غير مصرح في كلام أحد، بل و لا- ظاهر و لا مومئ إليه. نعم، يظهر من المحكي عن بعض كلمات جماعة: الاكتفاء في ثبوتها بالإسلام، و عدم ظهور الفسق.

و كذلك كون العدالة «نفس حسن الظاهر» غير معقول،

لما عرفت من بدهاؤه مضادتها مع الفسق المجامع لحسن الظاهر، و الشيء يمتنع أن يفسر بما يجامع ضده، و مع ذلك فهو غير مصرح به في كلام أحد من المتقدمين و ان دارت حكايته عنهم في السنة المتأخرين «٦». و حيث إنه حكى هذا القول عن خصوص بعض القدماء بأسمائهم، فلا بأس أن نشير إلى عدم مطابقتها هذه الحكاية للواقع بالنسبة إلى من وصل إلينا كلماتهم. فممن حكى عنه هذا القول: المفيد- في المقنعة-، حيث ذكر أن العدل «من كان معروفا بالدين و الورع عن محارم الله» (٧). و لا يخفى أن ظاهر هذا الكلام و إن كان تفسير العدل الواقعي بمن عرف بالدين و الورع، لا من اتصف بهما في نفس الأمر، لكن لا يخفى أن تحقق الدين في نفس الأمر معتبر في العدالة اتفاقا حتى ممن قال بأن العدالة هي «الإسلام مع عدم ظهور الفسق» و الكلام إنما هو في الورع عن المحارم و أنه معتبر في الواقع أو في الظاهر، أي: فيما يظهر للناس في أحواله، فلا بد من أن يراد من العبارة: تفسير العدل المعلوم عدالته، لأنه الذي يترتب عليه الأحكام، دون العدل النفس الأمري مع قطع النظر عن كونه معلوما، فكأنه قال: «العدل المعروف عدالته من كان معروفا بالدين و الورع» فالعدل الواقعي من له دين و ورع في الواقع، و العدل المعروف بهذه الصفة من كان معروفا بالدين و الورع. نعم: لو التزم أحد أن الإسلام الواقعي أيضا غير معتبر في العدالة الواقعية، كان العدالة عنده: حسن الظاهر من حيث الدين و الورع، لكن الظاهر من حكاية هذا القول هو إلغاء الواقع و نفس الأمر بالنسبة إلى الورع لا الدين. و ممن حكى عنه هذا القول الشيخ في النهاية «٨»، حيث ذكر «أن العدل الذي يقبل شهادته: من كان ظاهره ظاهر الإيمان، ثم يعرف بالستر و العفاف». فظاهره إرادة معلوم العدالة، كما لا يخفى. و مما ذكر يعلم حال حكاية هذا القول عن القاضي «٩» حيث اعتبر في العدالة «الستر و العفاف» و حال حكايته عن التقى «١٠» حيث اعتبر فيها «اجتناب القبائح» الذي هو أمر واقعي، و حال عبارة الجامع «١١» حيث اعتبر فيها «التعفف و اجتناب القبائح» و لا يحضرني كلام غيرهم. و بالجملة: فالقول المذكور بظاهرة غير ظاهر من كلام أحد من القدماء، و سيأتي غايه ما يمكن أن يوجه به هذا القول «١٢».

هذا كله، مضافا إلى أن مجرد وجود القائل لا يثبت القول، بل لا بد له من الدليل، و لم نجد في الأدلة ما يدل على كون العدالة التي هي ضد الفسق «مجرد حسن الظاهر» و إن استدلل له بعض متأخري المتأخرين «١٣» بأخبار، هي بين ظاهر في اشتراط قبول الشهادة بالصفة الواقعية التي لا دخل لظهورها في تحققها و إن كان لظهورها دخل في ترتيب أحكامها- كما هو شأن كل صفة باطنية واقعية من الشجاعة و الكرم، بل العصمة و النبوة و نحوهما- مثل قوله عليه السلام: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفا صائنا» «١٤». و: «لا بأس بشهادة المكارى و الجمال و الملاح إذا كانوا صلحاء» «١٥». و ما ورد في تفسير العسكري عليه السلام «١٦» من أنه: «إذا كان الرجل «١٧» صالحا عفيفا، مميّزا، محصّلا، مجانبنا للمعصية و الهوى، و الميل و المخائل «١٨»، فذلك «١٩» الرجل الفاضل». و صحيحة ابن أبي يعفور التي قد عرفت دلالتها «٢٠». و بين ظاهر في أن حسن الظاهر يوجب الحكم على الشخص بالعدالة و قبول الشهادة، فهو طريق إليها لأنفسها، مثل قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن حرمت غيبته و كملت مروّته و ظهرت عدالته و وجبت أخوته» «٢١». و قوله: «من صلى الخمس في الجماعة، فظنوا به كل خير» «٢٢». و ما ورد في قبول شهادة القابلة في استهلال الصبي- إذا سئل عنها فعدلت «٢٣». و ما ورد: «أن الشاهد إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» «٢٤». و في قبول شهادة المسلم «إذا كان يعرف منه خير» «٢٥». و أنه «لا تصل إلّا خلف من تتق بدينه و أمانته» «٢٦». و غير ذلك مما دل على ترتب أثر العدالة على حسن الظاهر. و هذا شيء لا ينكره أهل الملكة، فإنهم يجعلونه طريقا، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في صحيحة ابن أبي يعفور- بعد تفسير العدالة بما هو ظاهر في اعتبار الصفة النفسانية-: «و الدلالة على ذلك كله أن يكون ساترا لعيوبه» «٢٧». و من هذه الصحيحة و نحوها- مثل قوله: «ظهرت عدالته»- يظهر اندفاع ما يقال: من أن ظاهر اشتراط قبول الشهادة بحسن الظاهر- كما دلّت عليه تلك الأخبار بضميمة ما دل على اشتراطه بالعدالة- هو اتحاد العدالة و حسن الظاهر، للإجماع على عدم كونهما شرطين متغايرين، فكون حسن الظاهر طريقا إلى العدالة خلاف ظاهر الاتحاد، كما إذا ورد أنه «يشترط في الشاهد العدالة» و ورد أيضا «يشترط فيه حسن الظاهر» فحينئذ يجعل العدالة عبارة عن الاستقامة الظاهرية

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٣

عليها الإنسان في ظاهر حاله. فإن قلت: إن أراد أهل الملكة من كون حسن الظاهر طريقاً، كونه طريقاً يعتبر فيها إفادة الظن بالملكة أو عدم الظن بعدمها، فهو مخالف لظاهر الأخبار المتقدمة بل صريح بعضها، مثل قوله: «إذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» (١) فإنه في قوة قوله:

«و لا يلتفت إلى باطنه» نظير قوله عليه السلام- في لحوم أسواق المسلمين-: «كلّ و لا تسأل» (٢) و مثل قوله: «فظنوا به كلّ خير» (٣) حيث إن الأمر بالظن- مع أنه غير مقدور- راجع إلى ترتيب آثار الظنّ و إن لم يحصل هو. و قوله عليه السلام: «ظهرت عدالته» (٤) الظاهر في وجوب التعبد بعدالة ذلك الشخص. و قوله عليه السلام: «من لم تره بعينك يرتكب معصية [و لم يشهد عليه شاهدان]» (٥) فهو من أهل العدالة و الستر» (٦) و غير ذلك. و إن أرادوا أنه طريق تعبدى بمعنى أنه يحكم بجميع أحكام العدالة عند الاطلاع على حسن الظاهر، فيكون حسن الظاهر عدلاً شرعاً- كما أنّ مستصحب العدالة عدل شرعاً- انتفت الثمرة بين القولين، بل التحقيق أنه لا تغاير بينهما، بناء على أن يراد من جعل العدالة «حسن الظاهر» كون حسن الظاهر عدالة شرعاً، كما أنّ الحالة المسبوقه بالعدالة المشكوك في زوالها عدالة شرعاً، فقولهم: «العدل من كان معروفاً بكذا» نظير قولهم: «المسلم من أظهر الشهادتين» فالمراد بالعدالة المفسرة عندهم بحسن الظاهر هي العدالة الظاهريّة، لأنها هي التي يترتب عليها الآثار دون الواقعيّة مع قطع النظر عن تعلق العلم بها، لأنها لا- تفيد شيئاً، بل يعامل معها معاملة عدمها. و الحاصل: أنّ أرباب القول بحسن الظاهر لا ينكرون كون العدالة هي الاستقامة الواقعيّة المسيّبة عن الملكة، أو مجرد الاستقامة على طريق الحقّ من فعل الواجبات و ترك المحرّمات و لو من دون الملكة- على الاختلاف المتقدم، المستفاد من كلمات الأصحاب- إلّا أنّهم جعلوا استقامة الظاهر طريقاً تعبدياً إلى ذلك المعنى الواقعي بحيث كأنها صارت موضوعاً مستقلاً لا يلاحظ فيها الطريقيّة، و لا يلتفت إلى ذي الطريق، فيستحق إطلاق اسم ذي الطريق عليه، كما يظهر (٧) [من ملاحظة إطلاق] (٨) أسامى جميع الموضوعات الواقعيّة- كالملكيّة و الزوجيّة و الطهارة و النجاسة و القبلة و الوقت و غيرها- على مؤديات الطرق الظاهريّة، كالأستصحاب و أصالة الصحّة. قلت، أولاً: إنّ سيحىء (٩) في بيان طرق العدالة أنه يعتبر في حسن الظاهر إفادته الظنّ بالملكة، و أنّ ما ذكر من الأخبار لا ينهض على إثبات كونه من الطرق التعبديّة التي لا يلاحظ فيها الظنّ بذى الطريق. و ثانياً: لو (١٠) سلّمنا كونه طريقاً تعبدياً كذلك، لكن هذا لا يوجب تفسير «العدالة» بحسن الظاهر- كما هو ظاهر هذا القول- لأنّ مقتضى هذا التفسير عدم ملاحظة الملكة رأساً حتّى مع العلم بعدمها، فضلاً عن صورة الظنّ به، و أين هذا من الطريقيّة؟ و بالجملة: فهذا القائل إن أراد أنّ «حسن الظاهر» هي العدالة الواقعيّة و لا واقع لها غيره، فهو غير معقول، لما عرفت (١١)

من اجتماعه مع الفسق الواقعيّ المذموم هو ضدّ العدالة. و إن أراد أنّ «حسن الظاهر» مع عدم الفسق الواقعيّ هي العدالة، و إن انتفت الملكة في الواقع، فهو و إن كان معقولاً، إلّا أنه خلاف ظاهر ما دلّ على كون العدالة صفة نفسانيّة باطنيّة. و إن أراد أنه طريق إليها، فإنّ أراد كونه طريقاً تعبدياً و لو مع الظنّ بعدم الملكة، فلا يساعد عليه ما ادّعى من الإطلاقات، فلا يتعدى لأجلها عن مقتضى الأصل. و إن أراد أنه طريق إليها مع إفادة الظنّ، فمرحبا بالوفاق. و إن تعدّى عن ذلك إلى صورة الشكّ، فلتأمل فيه مجال، و الأقوى العدم. ثمّ إنه يشكل جعل «حسن الظاهر» ضابطاً للعدالة مع عدم إناطته بإفادة الظنّ بالملكة، من جهة أنّ مراتب الظهور مختلفة، لأنّ الظاهر الباطن إضافيان، فالظاهر لأهل البلد باطن بالنسبة إلى غيرهم، و الظاهر لأهل المحلّة باطن بالنسبة إلى باقى أهل البلد، و الظاهر للجيران باطن لباقى أهل المحلّة، و الظاهر لأهل البيت باطن للجيران، و الظاهر لزوج الشخص باطن لغيرها، و قد يكون السلسلة بالعكس، فلا يظهر لزوجته ما يظهر لغيرها، و لا يظهر لأهل بلده ما يظهر لغيرهم. و الجواب عنها- بعد تسليم دلالتها و عدم ورودها مورد الغالب من حسن الظنّ (١٢) بالملكة- معارضتها بما هو أخصّ منها ممّا دلّ على اعتبار الوثاقه بالأمانة و الورع في الإمام و الشاهد، مثل قول الإمام عليه السلام- المحكي عنه في الفقه الرضوي-: «لا- تصلّ إلّا خلف رجلين: أحدهما من تثق بدينه و ورعه و الآخر من تتقى سيفه و سوطه» (١٣)، و رواية أبي عليّ ابن راشد: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه و أمانته» (١٤) و قوله عليه السلام في تفسير (١٥) قوله تعالى

مِمَّنْ تَرَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ «١٦» «١٧». فإن قلت: ما دلّ على كون «حسن الظاهر» طريقاً تعديدياً إلى العدالة حاكم على أمثال هذه، نظير أدلته كون البيئتين طريقاً تعديدياً إليها، مع أنهم لا يقولون بتقييد أدلة البيئتين بصورة إفادة الوثوق بالواقع. قلت: التحقيق في ذلك: أن ما دلّ من أخبار «حسن الظاهر» على كونه مجوّزاً لقبول الشهادة - كرواية يونس «١٨» - فهو معارض بأدلته اعتبار الوثوق، وليس من قبيل الحاكم عليها. وما دلّ على أن العدالة تتحقّق به ظاهراً: ذيل صحيحة ابن أبي يعفور «١٩»

و رواية علقمة «٢٠» وقوله عليه السلام: «من عامل الناس.. الخير» «٢١» وقوله عليه السلام: «من صلّى الخمس في جماعة فظنوا به كلّ خير» «٢٢». فهو وإن كان حاكماً عليها. لكن يرد على الكلّ - بعد الإغماض عمّا تقدّم في سندها و دلالتها - أن هذه كلّها منصرفه إلى الغالب، وهي صورة إفادة الوثوق بالدين والأمانة والورع. مع أن هنا كلاماً آخر، وهو أنه يمكن أن يقال: إن ظاهر أدلته اعتبار الوثوق والورع باعتباره من باب الموضوعية لا من باب الطريقيّة والكاشفيّة، فإذا كان كذلك فلا ينفع الطريق الغير المفيد للوثوق، ويخصّص به عموم كلّ ما دلّ على اعتبار طريق إلى العدالة ولو كانت بيئته شرعية، فلا يعمل بها إلّا مع اعتبار الوثوق. لكن الإنصاف أن الوثوق إنّما اعتبر في المقام من باب الطريقيّة، نظير اعتبار العلم في كثير من الموضوعات.

[طرق إثبات كون المعصية كبيرة]

إشارة

ثم كون المعصية كبيرة يثبت بأمر:

الأول: النصّ المعتبر على أنها كبيرة

، كما ورد في بعض المعاصي، وقد عدّ منها - في الحسن كالصحيح المروي عن الرضا عليه السلام - من تيف «٢٣» و ثلاثين، فإنّه كتب إلى المأمون: «من محض الإيمان: اجتناب الكبائر، وهي:

قتل النفس التي حرّم الله، والزنا، والسرقه، و شرب الخمر، و عقوق الوالدين، و الفرار من الزحف، و أكل مال اليتيم ظلماً، و أكل الميتة و الدم و لحم الخنزير،

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٤

و ما أهلّ لغير الله به من غير ضرورة، و أكل الربا بعد البيئته، و السحت، و الميسر و هو القمار «١» و البخس في المكيال و الميزان، و قذف المحصنات، و اللواط، و شهادة الزور، و اليأس من روح الله، و الأمن من مكر الله، و القنوط من رحمة الله، و معونة الظالمين و الركون إليهم، و اليمين الغموس، و حبس الحقوق من غير عسرة، و الكذب، و الكبر، و الإسراف و التبذير، و الخيانة، و الاستخفاف بالحجّ، و المحاربة لأولياء الله، و الاشتغال بالملاهي، و الإصرار على الذنوب» «٢».

الثاني: النصّ المعتبر على أنها ممّا أوجب الله عليها النار

- سواء أوعده في الكتاب، أو أخبر النبي صلّى الله عليه و آله و سلم أو الإمام عليه السلام بأنّه ممّا يوجب النار - لدلالة الصحاح المرويّة في الكافي «٣» و غيرها على أنّها: ما أوجب الله عليه النار و لا ينافيه ما دلّ على أنّها ممّا «٤» أوعده الله عليه النار «٥» بناء على أن إبعاد الله إنّما هو في كلامه المجيد، فهو مقيد لإطلاق ما أوجب الله.

الثالث: النصّ في الكتاب الكريم على ثبوت العقاب عليه بالخصوص

، لا- من حيث عموم المعصية، ليشمله قوله تعالى وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ ﴿٦﴾. و نحو ذلك ما إذا كشف السنّة عن إبعاد الله تعالى، مثل قوله عليه السلام: «من قال في مؤمن ما رأته عيناه أو سمعت أذناه، فهو من الذين قال الله تعالى: الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ.. إلخ (٧)» (٨). و الدليل على ثبوت الكبيرة بما ذكر في هذا الوجه صحيحه عبد العظيم ابن عبد الله الحسنى المروية في الكافي- عن أبي جعفر الثاني، عن أبيه، عن جدّه عليه السلام يقول: دخل عمرو بن عبيد على أبي عبد الله عليه السلام فلما سلم و جلس تلا هذه الآية الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشَ ﴿٩﴾ ثم أمسك، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما أمسك؟ قال: أحب أن أعرف الكبائر من كتاب الله عزّ و جلّ فقال عليه السلام: نعم يا عمرو، أكبر الكبائر:

الإشراك بالله، يقول الله: مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ ﴿١٠﴾ و بعده اليأس من روح الله، لأنّ الله تعالى يقول لا يَنفَاسُ مِنْ رُوحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ ﴿١١﴾

ثمّ الأمن من مكر الله، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ ﴿١٢﴾ و منها عقوق الوالدين، لأنّ الله تعالى جعل العاق جباراً شقيّاً في قوله تعالى وَ بَرًّا بِوَالِدَتِي وَ لَمْ يَجْعَلْنِي جَبَّارًا شَقِيًّا ﴿١٣﴾ و قتل النفس التي حرّم الله إلّا بالحقّ، لأنّ الله تعالى يقول فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا. ﴿١٤﴾ (الآية) و قذف المحصنة، لأنّ الله تعالى يقول لِعُنَا فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٥﴾ و أكل مال اليتيم، لأنّ الله تعالى يقول الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا ﴿١٦﴾ و الفرار من الزحف، لأنّ الله تعالى يقول وَ مَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرُهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّرًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَ مَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَ بِئْسَ الْمَصِيرُ ﴿١٧﴾، و أكل الربا، لأنّ الله تعالى يقول الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴿١٨﴾ و السحر، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ ﴿١٩﴾ و الزنا لأنّ الله تعالى يقول وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا. يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ يُخَلَّدُ فِيهِ مُهَانًا ﴿٢٠﴾ و اليمين الغموس الفاجرة، لأنّ الله تعالى يقول الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ ﴿٢١﴾

و الغلول، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول وَ مَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا عَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴿٢٢﴾ و منع الزكاة المفروضة، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول فَتَكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَ جُنُوبُهُمْ وَ ظُهُورُهُمْ ﴿٢٣﴾ و شهادة الزور و كتمان الشهادة، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴿٢٤﴾ و شرب الخمر، لأنّ الله عزّ و جلّ نهى عنه كما نهى عن عبادة الأوثان، و ترك الصلاة متعمداً و شيئاً ممّا فرضه الله، لأنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: «من ترك الصلاة متعمداً فقد برىء من ذمّة الله و ذمّة رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم» و نقض العهد و قطيعه الرحم، لأنّ الله تعالى يقول أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴿٢٥﴾. قال: فخرج عمرو و له صراخ من بكائه، و هو يقول: هلك من قال برأيه و نازعكم في الفضل و العلم ﴿٢٦﴾.

الرابع: دلالة العقل و النقل على أشدّية معصيته ممّا ثبت كونها من الكبيرة أو مساواتها

، كما في قوله تعالى وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ ﴿٢٧﴾، و في الكذب: «شرّ من الشراب» ﴿٢٨﴾ و كما ورد أن: «الغيبه أشدّ من الزنا» ﴿٢٩﴾ و مثل حبس المحصنة للزنا، فإنّه أشدّ من القذف بحكم العقل، و مثل إعلام الكفار بما يوجب غلبتهم على المسلمين، فإنّه أشدّ من الفرار من الزحف.

الخامس: أن يرد النصّ بعدم قبول شهادة عليه

، كما ورد النهي عن الصلاة خلف العاق لوالديه ﴿٣٠﴾. ثمّ لا إشكال في أنّ الإصرار على الصغيرة من الكبائر، و يدلّ عليه- قبل الإجماع المحكّي عن التحرير ﴿٣١﴾ و غيره- ﴿٣٢﴾ النصوص

الواردة: منها: أنه «لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار» (٣٣) فإن النفي في الصغيرة راجع إلى خصوص وصف الصغرية وإن كان في الكبيرة راجعا إلى نفي ذاتها حكماً. ومنها: ما عن البحار عن تحف العقول عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «أن الإصرار على الذنب أمن من مكر الله، ولا يأمن مكر الله إلا القوم الخاسرون» (٣٤) «٣٥» بضميمة ما ورد من أن الأمن من مكر الله من الكبائر» (٣٦). ومنها: ما رواه في العيون (٣٧) بسنده الحسن - كالصحيح - إلى الفضل بن شاذان، حيث عدّ الكبائر، و عدّ منها: الإصرار على صغار الذنوب. [و في روايته الأعمش - المحكيه عن الخصال - عدّ منها: الإصرار على صغائر الذنوب] (٣٨) [٣٩] إنما الإشكال في معنى «الإصرار» و الظاهر بقاؤه على معناه اللغوي العرفي، أعنى الإقامة و المداومة عليه و ملازمته، و لا إشكال في أن العاصي إذا تاب عن معصيته السابقة ثم أوقع معصية أخرى لم يصدق عليه «الإصرار» و لو فعل ذلك مرارا، و إليه ينظر قوله عليه السلام: «ما أصرّ من استغفر» (٤٠) و كذا فحوى: «لا كبيرة مع الاستغفار» (٤١) فيشترط في صدق «الإصرار» عدم التوبة عن المعصية السابقة. ثم إنه إما أن يعزم على غيره مع فعله أولا - معه، و إمّا أن لا - يعزم عليه، و على الثاني إما أن يفعل الغير، و إمّا أن لا يفعله و حكم الجميع أنه إن كان عازما على العود، فالظاهر صدق «الإصرار» عرفا و إن لم يعد إليها. و يؤيده مفهوم قوله: «ما أصرّ من استغفر» (٤٢) و قوله عليه السلام في تفسير قوله تعالى و لَمْ يُصِرُّوا (٤٣): «الإصرار أن يحدث الذنب فلا يستغفر الله» (٤٤). و قد عدّ عليه السلام في حديث جنود العقل و الجهل منها: «التوبة»، و جعل ضدها: «الإصرار» (٤٥)

بناء على أن ظاهر السياق كونهما مما لا ثالث [لهما]، فتأمل. و في حسنة ابن أبي عمير، عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام: «قال: لا يخلد الله في النار إلا أهل الكفر و الجحود و الضلال و الشرك، و من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر، قال الله تعالى: **إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا**» (٤٦) قلت: يا ابن المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٥

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فالشفاعة لمن تجب من المؤمنين؟ قال: حدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: **إنما شفاعتي لأهل الكبائر، و أما المحسنون فما عليهم من سبيل.** قال ابن أبي عمير: قلت يا ابن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فكيف يكون «١» الشفاعة لأهل الكبائر و الله تعالى يقول **وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى** (٢). و من ارتكب الكبائر فليس بمرتضى؟! قال: يا أبا أحمد ما من مؤمن يرتكب ذنبا إلا ساء ذلك و ندم عليه، و قد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: **«كفى بالندم توبة»** و قال عليه السلام: **«من سرّ حسنة و ساءت سيئة» (٣)** فهو مؤمن» فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن، فلم يجب له الشفاعة و كان ظالما، و الله تعالى يقول **مَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ حَمِيمٍ وَلَا شَفِيعٍ يُطَاعُ** (٤). قلت: فكيف لا يكون مؤمنا من لم يندم على ذنب يرتكبه؟ فقال: يا أبا أحمد ما من أحد يرتكب كبيرة من المعاصي و هو يعلم أنه سيعاقب عليها، إلا أنه ندم على ما ارتكب، و متى ندم كان تابا مستحقا للشفاعة، و من لم يندم عليها كان مصرا، و المصرا لا يغفر له، لأنه غير مؤمن لعقوبة ما ارتكب، و لو كان مؤمنا بالعقوبة لندم، و قد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: **«لا كبيرة مع الاستغفار، و لا صغيرة مع الإصرار»** و أما قوله: **«وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى»** [فإنهم لا يشفعون إلا لمن ارتضى] (٥) الله دينه، و الدين: الإقرار بالحسنات و السيئات، فمن ارتضى دينه ندم على ما ارتكبه من الذنوب لمعرفته بعاقبته في القيامة.. الخبر» (٦). و مورده و إن كان في الكبائر، إلا أن ظاهره أنه لا فرق بينها و بين غيرها في تحقق «الإصرار» بعدم الندم. ثم إن عدم الندم و إن جامع عدم العزم على المعصية - كما لو تردّد فيها أو لم يلتفت إليها - إلا أن هذه الصورة خارجة عما ذكر سابقا من قوله: **«من اجتنب الكبائر لم يسأل عن الصغائر»** يعني إذا لم يكفرها بتوبة أو عمل صالح آخر غير اجتناب الكبائر. ثم الظاهر أنه لا فرق فيما ذكر بين أن يكون العزم على العود حال ارتكاب المعصية الأولى، أو بعدها قبل التوبة. و إن كان عازما على غيره، فإن كان العزم على الغير من زمان ارتكاب الأولى، فالظاهر أيضا صدق «الإصرار» و إن كان بعده قبل التوبة، فمقتضى الأخبار المتقدمة صدقه لكن العرف يأباه.

و إن لم يكن عازما على الغير، فإن لم يحصل العود فلا إشكال، و إن حصل العود، فإن لم يبلغ حدّ الإكثار فلا إشكال في العدم، و إن

حصل الإكثار على وجه يصدق الإصرار عرفا فلا إشكال أيضا. فالحاصل: أن الإصرار يصدق بالعزم على العود إلى مطلق المعصية إذا كان العزم مستمرًا من زمان الفعل السابق. وإذا حدث بعد الفعل اعتبر اتحاد المعصية. وقد لا يصدق إلّا بالفعل، وهو ما إذا تحقّق الإكثار على وجه يوجب الصدق عرفا، وما يدلّ «٧» على عدم العدالة مع عموم قوله: «عن الرجل تقارف «٨» الذنوب وهو عارف بهذا الأمر أصلى خلفه أم لا؟ قال: لا» «٩» ونحوه. وأمّا العزم المجرد، فالظاهر عدم تحقّق «الإصرار» بمجرد «٨» وإن أصرّ عليه، لأنّ هذا إصرار على العزم لا على المعصية، إلّا إذا قلنا إنّ العزم على المعصية معصية، وللکلام فيه محلّ آخر. ثمّ أنّه قد يشكل الأمر بناء على القول بوجوب التوبة مطلقا، من جهة أنّ المعصية لا تنفكّ عن الإصرار، لأنّه إذا ترك التوبة عن الصغيرة فقد أخلّ بواجب آخر وهي التوبة، وحيث إنّها فوريّة ففي أدنى زمان «١٠» يتحقّق الإصرار - كما لا يخفى -، فيكون الثمرة بين القول بثبوت الصغائر والقول بكون المعاصي كلّها كبائر منتفية أو في غاية القلّة، مثل ما إذا فعل صغيرة ففسدها أن يتوب عنها، ونحو ذلك. وقد أجاب بعض السادة المعاصرين بمنع وجوب التوبة عن المعاصي مطلقا، بل هو مختصّ بالكبائر، وأمّا الصغائر فمكفّرة «١١» باجتناب الكبائر والأعمال الصالحة.

وهو لا يخلو عن نظر، لعموم أدلّة وجوب التوبة، كما سيجيء «١٢» وأدلّة تكفير الأعمال الصالحة لو صلحت، دالّة على عدم وجوب التوبة، و«١٣» لم يفرّق بين الصغائر والكبائر، لعموم كثير من أدلّة التكفير بل صراحة بعضها في الكبائر، كما لا يخفى، مع أنّ تكفيرها بالأعمال الصالحة لا ينافي وجوب التوبة عنها. وبه يظهر الجواب عن دعوى تكفير الصغائر باجتناب الكبائر، غاية الأمر تسليم سقوط وجوب التوبة إذا اجتنب الكبائر قربة إلى الله تعالى بعد ارتكاب الصغائر أو عمل بعض الطاعات المكفّرة، لكن التوبة أسبق من الكلّ، لأنّها تحقّق في زمان متّصل بالمعصية لا يمكن فيه تحقّق غيرها غالبا، والمفروض أنّ القائمين بانقسام المعاصي لم يقولوا بتحقّق الإصرار الموجب للفسق بصدور الصغيرة وإن لم يتب عنها، ولم يمثل اجتناب الكبائر - بل تركها، لعدم التمكن عنها - ولم يعمل طاعة مكفّرة.

والحاصل: أنّ عدم وجوب التوبة إمّا لعدم الدليل عليه وعدم مقتضى لها - وإن بقي الذنب غير مكفّر - وإمّا لأنّ غيرها قد يقوم مقامها في التكفير. والأوّل مردود بعموم الأدلّة، كما سيجيء «١٤» والثاني - مع أنّه خلاف إطلاق الشارع من عدم كون الصغيرة مفضية إلى الكبيرة وإن لم يتب عنها ولم يعمل مكفّرا آخر - لا ينافي وجوب التوبة ما لم يكفّر الذنب بمكفّر آخر غيرها. ولا يجوز أن يكون الوجوب تخييريًا بين التوبة واجتناب الكبائر والأعمال المكفّرة، كما لا يخفى. فالتحقيق في الجواب: دعوى كون وجوب التوبة وجوبا عقليًا محضًا، بمعنى كونه للإرشاد، وإن أمر بها الشارع أيضا في الكتاب والسنة، لكن أوامرها إرشادية لرفع مفسدة المعصية السابقة، ولا يترتب على تركها عقاب آخر. وبعبارة أخرى: إنّما وجبت التوبة للتخلّص عن المعصية السابقة، ووجوب التخلّص عن المعصية ليس واجبا شرعيًا يترتب على تركه «١٥» عقاب آخر غير العقاب الّذي لم يتخلّص منه، فهي من قبيل معالجة المريض الّتي أمر بها الطبيب، فلا يترتب على مخالفتها أمر سوى ما يقتضيه نفس ترك الأمور به مع قطع النظر عن الأمر، فإنّنا لا نعني بالأمر الإرشادي إلّا ما لا يترتب على مخالفته سوى ما يقتضيه نفس ترك الأمور به مع قطع النظر عن تعلق الأمر، ولا على موافقته إلّا ما يقتضيه فعله كذلك وليس من قبيل الأوامر التبعديّة الّتي أمر بها السيد عبده في مقام الاستعلاء والتعبّد، ليرتّب على موافقته ثواب الإطاعة زائدا [عمّا يقتضيه نفس الأمور به مع قطع النظر عن الأمر، وعلى مخالفتها عقاب زائدا] «١٦» عمّا يقتضيه نفس ترك الأمور به كذلك، وسيجيء في مقام التعرّض لحكم التوبة ما يوضح ذلك. فترك التوبة ليس من المعاصي الّتي توجب العقاب، ولا يدخل في المعاصي الشرعيّة المنقسمة إلى صغيرة وكبيرة، وإن كان قبح تركها - من حيث إنّ إقامة على العقاب وبقاء عليه - قد يصل إلى حدّ قبح الكبيرة، وقد لا يصل إليه بحسب قبح المعصية الّتي بقي عليها.

في التوبة

و الكلام تارة في حقيقتها، و اخرى في حكم إيجادها، و ثالثه في حكمها بعد الوجود. أما حقيقتها: فهي الرجوع إلى المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٦

اللَّه بعد الإعراض عنه، أو الرجوع إلى صراط الله المستقيم بعد الانحراف عنه، و هو يتوقَّف على اليقين بكون البعد عن الله تعالى و الانحراف عن سبيل التوجَّه إليه خسرانا لا يعدُّ ما عداه خسرانا، فبعد ذلك يحدث للنفس بحسب مرتبة ذلك اليقين تألم نفساني يناسب تلك المرتبة في الشدَّة و الضعف، و يعبر عنه ب «الندم».

و هل يعتبر فيها العزم على عدم العود؟ ظاهر الأكثر: نعم، و قيل: لا. و الأقوى: أنه إن كان المراد بالعزم: «القصْد الذي لا يتحقَّق إلَّا بعد الوثوق بحصول ما عزم عليه» فاعتباره ممَّا لا دليل عليه، و أنه يستلزم امتناع التوبة ممَّن لا يثق من نفسه بترك المعصية عند الابتلاء بها، كسَيء الخلق الذي لا يثق من نفسه و لا يأمن من وقوعه مكرِّرا في شتم من يتعرَّض له [بما لا يوجب جواز شتمه] «١» و كالجبان الذي لا يأمن وقوعه في الفرار عن الزحف، و نحو ذلك. فبقي إطلاق مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سلم: «كفى بالندم توبة» «٢»

و قوله عليه السلام: «إن كان الندم من الذنب توبة فأنا أندم النادمين» «٣» سليما عن المقيّد. و إن أريد: «تحقَّق إرادته بعدم عوده إلى المعصية و إن لم يثق بحصول مراده» فهو ممَّا لا ينفك عن الندم. و هل يعتبر فيها الاستغفار أم لا؟ التحقيق: أنه إن أريد به: «حبَّ المغفرة و شوق النفس إلى أن يغفر له الله» فالظاهر أنه لا ينفك عن الندم.

و إن أريد به «الدعاء للمغفرة» الذي هو نوع من الطلب الإنشائي، ففي اعتباره و جهان: من إطلاقات الندم «٤»، و من مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سلم: «لا كبيرة مع الاستغفار» «٥» و قوله: «دواء الذنوب الاستغفار» «٦» و قوله: «ما أصرَّ من استغفر» «٧» و نحو ذلك. ثم إنَّ ظاهر بعض الآيات و الروايات مغايرة التوبة للاستغفار، ففي غير موضع من سورة هود «اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ» «٨» و عدَّهما جندين من جنود العقل في الحديث المشهور في تعداد جنود العقل و الجهل المرويَّ في أوَّل أصول الكافي، حيث قال عليه السلام:

«التوبة و ضدّها الإصرار و الاستغفار و ضدّها الاغترار» «٩» و قوله عليه السلام في المناجات الاولى من الأدعية الخمسة عشر: «إلهي إن كان الندم توبة إليك فأنا أندم النادمين و إن يكن الاستغفار حطَّة للذنوب فإنِّي لك من المستغفرين» «١٠». و يؤيِّد ذلك ظاهر العطف في الاستغفار المشهور المكرَّر في الأدعية و الألسنة: «أستغفر الله ربِّي و أتوب إليه». و ممَّا يظهر منه الاتِّحاد: الجمع بين ما دلَّ على أن «دواء الذنوب الاستغفار» «١١» و أن «التائب من الذنب يغفر له و أنه كمن لا ذنب له» «١٢» و يؤيِّده غير ذلك من الأخبار التي

يظهر للمتتبع. و يمكن حمل التوبة المعطوفة على الاستغفار في الآيات و الأخبار على الإنابة، أعنى التوجَّه إلى الله بعد طلب العفو عمَّا سلف، و هذا متأخَّر من التوجَّه إليه لطلب العفو اللمذى هو متأخَّر عن الندم اللمذى هو توجَّه أيضا إلى الله، لكونه رجوعا من طريق البطلان و عوده إلى سلوك الطريق المستقيم الموصل إلى جناب الحقِّ، فهي كلُّها توجَّهات و إقبالات إلى الحقِّ يمكن إطلاق التوبة التي هي لغه «الرجوع» على كلِّ منها. و قد يطلق على المجموع اسم «الاستغفار» كما في الخبر المشهور المرويَّ في نهج البلاغة [عن

مولانا سيّد الوصيين] «١٣» في تفسير الاستغفار في إرشاد من قال «أستغفر الله ربِّي و أتوب إليه» بقوله عليه السلام في مقام التأييد: «ثكلتك أمك! أتدرى ما الاستغفار؟» ثم فسره بما يجمع أموراً ستّة: الندم على ما مضى، و العزم على الترك في المستقبل، و قضاء الحقوق الفوتية «١٤»، و تحليل القوى الحاصلة من الخوض في الشبهات «١٥» المحرَّمة، و أذاقه النفس مرارة الطاعة كما أذاقها حلاوة المعصية «١٦». و أمَّا حكم إيجادها: فهو الوجوب مطلقا عن الصغائر و الكبائر، و يدلُّ عليه من الكتاب قوله تعالى تُوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً

نُصُوْحاً عَسَى رَبُّكُمْ أَنْ يُكَفِّرَ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ «١٧» و قوله جلَّ ذكروه وَ تُوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ «١٨». و من السنَّة ما لا يحصى كثرة «١٩». و أمَّا الإجماع: فقد ادَّعاه غير واحد، كصاحب الذخيرة «٢٠»، و شارح أصول الكافي، بل ادَّعى هو إجماع الأئمة عليه «٢١». و أمَّا العقل: فالظاهر أنه حكم بوجوده عقلا. كلٌّ من قال بالحسن و القبح العقليين، و استدللَّ عليه أفضل

المحققين في تجريده بأنه دافع للضرر فيجب «٢٢»، و اعترف به شارح التجريد بناء على مذهب العدلية «٢٣».

[إثبات العدالة بالشهادة]

ثم إن الكلام في إثبات العدالة بالشهادة بعد القطع بأنها تثبت بها في الجملة، يقع في مقامات: الأول: أنها هل تثبت بالشهادة الفعلية- بمعنى أن يفعل العدلان فعلا يدلّ ويشهد على عدالته، كأن يصلّي وراءه مع انتفاء احتمال الضرورة- أم لا؟ وجهان: جزم بالأول في الدروس «٢٤»، و لعله لعموم ما دلّ على وجوب تصديق العادل بل المؤمن، الشامل لتصديق قوله و فعله، فإنّ الفعل كالقول منبئ و مخبر عمّا في ضمير الفاعل فيتّصف بالصدق و الكذب، مثل قوله تعالى يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ «٢٥». و ما دلّ على وجوب تصديق المؤمن «٢٦» و إن انصرف كلّ ذلك إلى القول، إلّا أن إرادة تصديقه في مطلق ما يدلّك و يتبئك عليه و يرشدك إليه واضح، فاحتمال تدليسه في فعله كاحتمال خطائه في اعتقاده أو صدور الفعل عنه لداع، مندفع بما يندفع به هذه الاحتمالات المتطرّقة في خبره. نعم لو كان فاسقا لم يقبل منه، لورود الأمر بالتثبت في خبره. و حمل نفس فعل الفاسق على الصّحة إنّما هو من حيث نفس فعله، لا من حيث أنّه فعل له، فإنّ الفاسق إذا صلّى خلف شخص صلاة الاستيجار استحقّ الأجرة، و لا يلتفت إلى احتمال فسق إمامه، و أمّا من حيث مدلول فعله فهو كمدلول قوله في عدم العمل به، مع أنّ نفس القول الصادر منه من حيث أنّه فعل يحمل على الصّحة، و لا يلتفت إلى احتمال كونها معصية من جهة كونها شهادة زور. و إلى ما ذكرنا- من أنّ الفعل في دلالاته كالقول، و أنّه يقبل مع العدالة و يردّ مع الفسق- ينظر كلام غير واحد من فقهاءنا، منهم العلامة رحمه الله- فيما حكى عنه في نهج الحقّ- حيث قال في مقام الردّ على العامّة القائلين بجواز الاقتداء بالفاسق، ما هذا لفظه: و قال الله تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ.. إلخ «٢٧» أو جب التثبت عند خبر الفاسق، و من جملته الطهارة التي هي من شروط الصلاة (انتهى) «٢٨». و ظاهره أنّ تصديقه للصلاة إخبار منه باستجماعه للشرائط التي منها الطهارة، و حيث فرض فاسقا فلا تعويل على ما يظهر لنا و يدلّ عليه بأفعاله. و لا ينافي ذلك الحكم بصّحة صلاته من حيث أنّه فعله، حتّى يستحقّ ما يستحقّه بالصلاة الصحيحة من الأجرة لو كانت بإجاره، و حصول «٢٩» القبض بها إذا وقعت «٣٠» في أرض موقوفة جعلت مسجدا و نحو ذلك. و يؤيد ما ذكرنا أنّه لم يتأمّل أحد في العمل بتعديلات أهل الرجال المكتوبة في كتبهم، من أجل أنّ الخبر و النيا لا يصدق على الكتاب، مع ذهاب أكثرهم إلى أنّ التعديلات من باب الشهادة، و لا في العمل بالأخبار المودعة في كتب الحديث من دون سماعها مشافهة عن المحدث، و قد شاع

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٧

منهم الاستدلال على ذلك بأدلة حجّية الخبر و النيا، و يعتبرون العدالة في من جمع الروايات في كتابه من جهة آية النيا و نحوه. و دعوى: أنّ العمل بها باعتبار تلفظ المؤلّف بها و نقلها مشافهة لمن كان أخذ منه الحديث، تكلف ضعيف. و من هنا يعلم أنّ اعتبار التلفظ و عدم كفاية الكتابة في البيّنة على الدعاوى إنّما هو لدليل خارج، لا لأنّ أدلّة النيا لا تشمل ذلك، فهو كاعتبار عدم الوساطة في الشهادة إلّا مع تعدّد شهادة الأصل، فيكتفى بشهادة الفرع في بعض المقامات بشرط وحدة الوساطة. هذا، و لكن الاعتماد على ذلك إذا لم يفد الوثوق بالعدالة في غاية الإشكال، لفقد ما يطمئن به النفس من الدليل عليه تعبدا. و ما ذكر في عبارة العلامة و الشهيد لا يدلّ على أنّ فعل العادل معتبر في دلالاته نظير اعتبار قوله، فلعلّ مرادهما أنّ الفاسق لا يقبل خبره إذا صرّح به، فكيف يقبل إذا ظهر مطلبه من فعله؟ فإنّ فعله ليس بأقوى من قوله في الحجّية، فالمراد أنّ فعل الفاسق كقوله الصريح غير مقبول، لا أنّ فعل العادل مقبول كقوله. ثمّ إنّ هذا كلّ بعد فرض ثبوت قاعدة أخرى، و هي أنّ كلّ طريق يجوز للإنسان أن يعمل عليه كالاتصحاب، و البيّنة، و قول العدل، و غيرها يجوز له أن يستند إليه في الشهادة و يشهد بمؤداه، كما يظهر هذه الكليّة من رواية حفص ابن غياث- الواردة في جواز الشهادة بالملك استنادا إلى اليد «١»- أمّا لو لم تثبت هذه الكليّة- كما هو ظاهر المشهور- فلا إشكال في أنّ صلاة عدلين لا توجب الحكم بالعدالة ما لم يفد الوثوق. و أمّا الشهادة القولية: و هي شهادة عدلين بعدالته، فالظاهر أنّه لا إشكال، بل لا خلاف في اعتبارها،

و يدلّ عليه- مضافا إلى ما يظهر من عموم حجّية شهادة العدلين- ما ورد من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حيث كان يبعث رجلين من أصحابه لتزكية الشهود المجهولين فيعمل بقولهما جرحا وتعديلا «٢»، و ما دلّ على قبول شهادة القابلة إذا سئل عنها فعُدلت «٣»، و فحوى ما دلّ على اعتبارها في الجرح، مثل قوله عليه السلام: «من لم تره بعينك يرتكب معصية و لم يشهد عليه شاهدان، فهو من أهل الستر و العدالة» «٤». و هل هي معتبرة تعديدا حتى لو كان الظنّ على خلافها؟ أو يشترط إفادتها الظنّ؟ و جوه مبتئية على ملاحظة إطلاق أدلته اعتبارها، و انصرافها إلى صورة إفادة الظنّ، أو صورة عدم الظنّ على الخلاف. و يمكن أن يفصل بين ما إذا كان احتمال كذبه مستندا إلى تعميده كذبه فلا اعتبار به و لو كان مظنونا، لأنّ الظاهر من أدلته تصديق العادل بل المؤمن، نفى تعمد الكذب عنه مطلقا حتى مع الظنّ، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «كذب سمعك و بصرك عن أخيك» «٥» و بين ما إذا كان مستندا إلى خطئه و اشتباهه، فالظاهر اعتبار كونه موهوما «٦»، لأنّ ظاهر أدلته حجّية الخبر- خصوصا آية النبا «٧» المفصل بين العادل و الفاسق- عدم الاعتناء باحتمال خطئه و اشتباهه، فهو ممّا ينفية ظاهر حال المخبر المعتبر. عند كافة العقلاء إذا كان المخبر به من المحسوسات، أو من غيرها، النازل في ندره الخطأ و الاشتباه منزلة المحسوسات و لو عند المخبر، لكونه من أهل الخبرة و الأطلاع بالنسبة إلى مضمون الخبر. لكن مقتضى هذا التفصيل و جوب قبول خبر الفاسق إذا علمنا عدم تعمد كذبه، و كان احتمال المخالفة للواقع من جهة احتمال خطئه في الحسّ سهوا أو اشتباها. و لعلّ ظاهر كلماتهم يأباه، إلّا أنّ القول به متعين، بناء على كون مستند اعتبار خبر العادل و ردّ الفاسق آية النبا مفهوما و منظوقا، إلّا أن يقوم الإجماع في بعض المقامات، كما بيّناه في مسألة حجّية الإجماع المنقول. بقي الكلام في أنّ مطلق الظنّ بالعدالة هل هو معتبر أم لا؟ و جهان، بل قولان، ظاهر من حصر طريقها بالمعاشرة و الشيع و الشهادة هو الثاني، و صريح بعض المعاصرين هو الأوّل. و يمكن التفصيل بين الظنّ القويّ الموجب للثوق، و بين غيره، و هو الأقوى. و يشهد للأوّل انسداد باب العلم بالعدالة و عدم جواز الرجوع في جميع موارد الجهل بها إلى أصالة عدمها، و إلّا لبطل أكثر الحقوق، بل ما قام للمسلمين سوق، فتعين الرجوع فيها إلى الظنّ، كما في نظائره من الموضوعات بل أكثر الأحكام الشرعية عند القائل بعدم وفاء الظنون المعتبرة بالخصوص بأكثر الأحكام. و يمكن الإيراد عليه أولا: بإمكان الاقتصار فيها على خصوص الظنّ الذي دلّ النصّ و الإجماع على اعتباره، كالمعاشرة و شهادة العدلين و الشيع، كما اقتصر عليه كلّ من حصر الطريق في هذه الثلاثة، أو أضاف إليها «اقتداء العدلين» أو «شهادة العدل» في تزكية الإمام و الراوى. و ثانيا: أنّ الانسداد إنّما يوجب العمل بالظنّ في الجملة، فيجب الاقتصار على الظنّ القويّ المعبر عنه عرفا ب «الوثوق» و «الأمّن» مع إمكان استفادة حجّية هذه المرتبة من النصوص، مثل قوله عليه السلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثقّ بدينه و ورعه» «٨» و قوله عليه السلام: «إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت «٩» شهادته» «١٠» و قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم...» «١١» و هو المتيقّن من جميع الإطلاقات الدالّة على حسن الظاهر، بل كفاية عدم العمل بالفسق. فإن قلت: إنّ هذه الإطلاقات تدلّ على اعتبار مطلق الظنّ، بناء على أنّ المتيقّن من الخروج عن إطلاقها هي صورة عدم حصول الظنّ، فيبقى الباقي، هذا مضافا إلى قوله عليه السلام- فيما حكى عن الفقيه-: «من صَلَّى الخمس في جماعة فظنّوا به كلّ خير» «١٢» و في رواية: «فظنّوا به خيرا و أجزوا شهادته» «١٣» حيث إنّ الأمر بالظنّ لا- يعقل، لعدم كونه اختياريا، فيدلّ بدلالة الاقتضاء- على الأمر بترتيب أحكام «ظنّ الخير» و منها إجازة شهادته، فيدلّ على أنّ هذه الأحكام ثابتة لمطلق الظنّ. قلت: هذه الإطلاقات- مع الإغماض عن دعوى انصرافها إلى صورة الوثوق لا بدّ من تقييدها بما دلّ على اعتبار الوثوق. فظهر من جميع ما ذكرنا: أنّ الأقوى اعتبار مطلق الوثوق بالملكة، و هو الأوسط بين القولين. ثمّ إنّ الوثوق بالملكة كما يجوز أن يعمل الشخص في أعمال نفسه، كذلك يجوز الشهادة بالملكة استنادا إليه، و يدلّ عليه قوله عليه السلام- في صحيحة ابن أبي يعفور-: «و يجب إظهار عدالته و تزكيته بين الناس» «١٤» و ما تقدّم من استناد الشاهدين- اللذين بعثهما النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لتزكية الشهود المجهولين- إلى الظنّ الحاصل من السؤال عن قبيلة الشهود «١٥». مع أنّه لو انحصر مستند الشهادة في العلم لبطل أمر التعديل، و به تبطل الحقوق، كما لا يخفى.

و الحمد لله أولاً و آخراً.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٨

٣- رسالة في القضاء عن الميت

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين «١».

مسألة «٢» في قضاء الصلاة عن الميت

و الكلام فيه تارة في نفس القضاء، و اخرى في القاضى، و ثالثة في المقضى، و رابعة في المقضى عنه، و خامسة في أحكام القضاء.

أما القضاء عن الميت «٣»

فهو عبارة عن فعل العبادة نيابة عن الميت. و حقيقة النيابة: تنزيل الفاعل نفسه منزلة شخص آخر فيما يفعله. و يظهر من السيد المرتضى أن القضاء عن الميت ليست نيابة حقيقة، و إنما هو واجب أصلي خوطب به القاضى، نعم سببه فوات الفعل عن الميت، و زاد على ذلك: أن الميت لا يثاب على ذلك، فعن الانتصار- بعد اختيار أن الولي يقضى الصوم عن الميت إذا لم يكن للميت مال يتصدق به عنه لكل يوم بمد، مدعياً عليه الإجماع، و انفراد الإمامية به، و مخالفة الفقهاء في ذلك إلا أبا ثور- «٤» قال: و قد طعن فيما نقوله بقوله تعالى و أن ليس للإنسان إلا ما سعى «٥» و بما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم من قوله: «إذا مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو ولد صالح يترحم عليه، أو علم ينتفع به» «٦» و لم يذكر الصوم عنه. و الجواب عن ذلك: أن الآية إنما تقتضى أن الإنسان لا يثاب إلا بسعيه، و نحن لا نقول: إن الميت يثاب بصوم الحي عنه. و تحقيق القول في هذا الموضوع: أن من مات و عليه صوم فقد جعل الله هذه الحالة سبباً في وجوب صوم الولي، و سماه قضاء، لأن سببه التفريط المتقدم، و الثواب في هذا الفعل لفاعله دون الميت. فإن قيل: فما معنى قولهم: «صام عنه»، إذا كان لا يلحقه و هو ميت ثواب، و لا حكم لأجل هذا الفعل؟ قلنا: معنى ذلك أنه صام، و سبب صومه تفريط الميت، و قيل: «صام عنه» من حيث كون التفريط المتقدم سبباً في لزوم هذا الصوم.

و أما الخبر الذي رووه، فمحمول على هذا المعنى أيضاً، و أن المؤمن ينقطع بعد موته عمله، فلا يلحقه ثواب و لا غيره، و الذي ذهبنا إليه لا يخالف ذلك. و خبرهم هذا يعارض ما رووه عن عائشة «٧». ثم ساق أخباراً نبوية تدل على النيابة «٨» «٩» (انتهى). و تبعه في جميع ذلك السيد أبو المكارم ابن زهرة في الغنية «١٠» ثم من بعده الفاضل في المختلف «١١» في الجواب عن الآية المتقدمة «١٢». مع أن الشهيد في الذكري حكى عنه أنه قال- فيما يلحق الميت بعد موته-: أما الدعاء و الاستغفار و الصدقة و أداء الواجبات التي تدخلها النيابة بالإجماع، و أما ما عداها فعندنا أنه يصل إليه «١٣». أقول: كأن السيد و من تبعه أراد بما ذكر من الجواب عن الآية و الرواية رد استدلال العامة بهما على نفي وجوب القضاء الذي هو المطلوب، لأن القضاء لا يستلزم الثواب حتى يستكشف انتفاء الملزوم عن انتفاء اللازم، و إلا فشان السيد أجل من أن تخفى عليه الأخبار الكثيرة الواردة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام في انتفاع الميت بما يفعله الأحياء على طريق النيابة أو الهدية. و قد حكى أكثرها في الذكري عن كتاب غياث سلطان الوري للسيد الأجل ابن طاوس، «١٤» و لنذكر بعضها تبركاً: فمنها: قضية الختمية التي أتت النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبي

أدركه الحجّ شيخا زما لا يستطيع أن يحجّ، إن حججت عنه أ ينفعه ذلك؟ فقال لها: أ رأيت لو كان على أيبك دين فقضيته، أ كان ينفعه ذلك؟! قالت: نعم، قال: فدين الله أحتقّ بالقضاء «١٥». ومنها: ما عن كتاب حمّاد بن عثمان: «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: من عمل من المسلمين عملا صالحا عن ميّت أضعف الله أجره و نفع به ذلك الميت» «١٦». و رواه الصدوق أيضا في الفقيه مرسلا «١٧». ومنها: ما عن كتاب المسائل لعليّ بن جعفر عليه السلام: «عن الرجل هل يصلح له أن يصلّي أو يصوم عن بعض موتاه؟ قال: نعم فيصلّي ما أحبّ و يجعل تلك للميّت، فهو للميّت إذا جعل ذلك له» «١٨». و قريبه منها رواية أخرى له «١٩». ومنها: ما حكاه عنه، عن أصل عليّ بن أبي حمزة- الأذى هو من رجال الصادق و الكاظم عليهما السلام-: «قال: و سألته عن الرجل يحجّ و يعتمر و يصلّي و يصوم و يتصدّق عن والديه و ذوى قرابته؟ قال: لا بأس به، و يؤجر فيما يصنع، و له أجر آخر بصلّة قرابته، قلت: و إن كان لا يرى ما أرى، و هو ناصب؟! قال: يخفّف عنه بعض ما هو فيه» «٢٠». ومنها: ما عن أصل هشام بن سالم: «قال: قلت:

يصل إلى الميت الصلاة و الدعاء و نحو هذا؟ قال: نعم، قلت: أو يعلم من يصنع ذلك؟ قال: نعم، ثمّ قال: يكون مسخوطا عليه فيرضى عنه» «٢١». قال في الذكري: و ظاهره أنّه من الصلوات الواجبة التي تركها سبب للسخط «٢٢». أقول: و في هذا الظهور تأمل. و منها: ما عن ابن محبوب- في كتاب المشيخة- عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «تدخل على الميت في قبره الصلاة و الصوم و الحجّ و الصدقة و الدعاء، قال: و يكتب أجره للذي يفعله و للميّت» «٢٣». و نحوها: روايتا إسحاق بن عمّار «٢٤» و ابن أبي عمير «٢٥». و منها: روايات ابن مسلم و ابن أبي يعفور و البرزطي و صفوان بن يحيى عن الصادق و الرضا عليهما السلام أنّه: «يقضى عن الميت الحجّ و الصوم و العتق و فعاله الحسن» «٢٦».

و عن كتاب الفاخر «٢٧»: أنّ ممّا أجمع عليه و صحّ من قول الأئمّة عليهم السلام أنّه يقضى أعماله الحسنه كلّها «٢٨». و منها: ما عن كتاب حمّاد بن عثمان: «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إنّ الصلاة و الصدقة و الحجّ و العمرة و كلّ عمل صالح ينفع الميت، حتّى أنّ الميت ليكون في ضيق فيوسع عليه، و يقال: هذا بعمل ابنك فلان، و هذا بعمل أخيك فلان- أخوه في الدين-» «٢٩». و مثلها رواية عمرو بن محمد بن يزيد «٣٠». و منها: ما عن عبد الله بن جندب: «قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يريد أن يجعل أعماله من الصلاة و البرّ و الخير أثلاثا، ثلثا له و ثلثين لأبويه، أو يفردهما بشيء ممّا يتطوّع به، و إن كان أحدهما حيا و الآخر ميتا؟ فكتب اليّ: أمّا الميت فحسن جائز، و أمّا الحيّ فلا، إلّا البرّ و الصلّة» «٣١». و مثلها ما عن محمّد بن عبد الله بن جعفر الحميري، أنّه كتب إلى الكاظم عليه السلام مثله، و أجاب بمثله «٣٢». قال

المكاسب، ج ٤، ص ٣٣٩

في الذكري: قال السيّد: لا يراد بهذه: الصلاة المندوبة، لأنّ الظاهر جوازها عن الأحياء في الزيارات و الحجّ و غيرها «١». أقول: لعلّ ما ذكره من التوجيه للجمع بينها و بين ما دلّ على جواز ذلك عن الحيّ أيضا، مثل ما عن الكليني بإسناده إلى محمّد بن مروان: «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما يمنع الرجل منكم أن يبّر والديه حيّين و ميّتين، يصلّي عنهما و يتصدّق عنهما و يصوم عنهما، فيكون الذي صنع لهما، و له مثل ذلك، فيزيده «٢» الله ببرّه و صلته خيرا كثيرا» «٣».

نعم احتمال هذه الرواية إرادة عدم قطع البرّ عنهما بعد الموت بفعل هذه الأفعال عنهما، فيكون قد برّهما حيّين و ميّتين، بعيد. و حكى عن الحسين بن الحسن الطوسي الكوكبي- في كتابه المنسك- «٤» بإسناده إلى عليّ بن أبي حمزة: «قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أحمّج و أصلّي و أتصدّق عن الأحياء و الأموات من قرابتي و أصحابي؟ قال: نعم، تصدّق عنه و صلّ عنه، و لك أجر آخر بصلتك إيّاه» «٥». و ظاهر الصلاة عن الغير: النيابة عنه، لا فعلها و إهداء الثواب إليه، فيدلّ على جواز النيابة عن الحيّ في الصلاة، و إطلاق الصلاة «٦» و البرّ على ذلك يشعر بعموم رجحان النيابة عن الحيّ في كلّ فعل حسن. ثمّ أنّه «٧» إذا جاز الصلاة عنه جاز غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا بينها و بين غيرها، بل قد روى جواز الاستنابة في الصوم الواجب بالندرج على الحيّ، فقد روى في الفقيه، عن عبد الله بن جبلة، عن إسحاق بن عمّار «٨». بل يمكن استفادة عموم النيابة في كلّ الأعمال الواجبة- عدا ما دلّ الإجماع على عدمه-

من الأخبار الدالة على مشروعيتها قضاء دين الله عن هو عليه تبرعا «٩»، ثم إثبات مشروعيتها النيابة في المستحبات بعدم القول بالفصل، فتأمل. و كيف كان: فانتفاع الميت بالأعمال التي تفعل عنه أو يهدى إليه ثوابها، مما أجمع عليه النصوص، بل الفتاوى، على ما عرفت من كلام الفاضل «١٠» و صاحب الفاخر «١١»، المعتضد بقضية تعاقد صفوان بن يحيى و عبد الله بن جندب و علي بن نعمان، على أن من مات منهم يصلى من بقى صلاته و يصوم عنه و يحج عنه، فبقى صفوان يصلى كل يوم و ليلة مائة و خمسين ركعة «١٢». فإن دعوى كفاية اتفاق هذه الثلاثة في الكشف عن رضا الإمام عليه السلام غير بعيدة، فكيف إذا ضم إلى ذلك دعوى الفاضل و صاحب الفاخر الإجماع على ذلك. و أما الآية «١٣» فيمكن توجيهها بعد مخالفة ظاهرها للإجماع و الأخبار المتواترة بأن الثواب على سعيه حال الحياة، فإن تحصيل الاخوة للمؤمنين تعريض للنفس في هذه المثوبات. و أما الرواية النبوية «١٤»: فهي مسوقة لذكر ما يعد عملا للميت بعد موته من الأفعال المتولدة من فعله تولد الغاية، دون التي يترتب على عمله اتفاقا من دون قصد لترتيبها، فالحصر في الرواية بالنسبة إلى أعمال الميت المقصود منها الاستمرار بعد الموت، كإعانة الناس بحفر البئر و غرس الشجر و وقف مال عليهم أو إظهار سنة حسنة، أو ولادة من يستغفر له مما يقصد منه البقاء، فهي بمنزلة الأفعال التوليدية للميت يعد عملا له، و الكلام - في المقام - في ما يعمل الغير عنه، كما أن ما ورد من أن: «من سن سنة سيئة كان عليه وزرها و وزر من عمل بها إلى يوم القيامة» «١٥» لا تنافي قوله تعالى و لا تزر وازرة وزر أخرى، «١٦» و إنما ينافيه ما يكذب على النبي صلى الله عليه و آله و سلم من أن: «الميت ليعذب بكاء أهله عليه» «١٧»

و لذا ردت عائشة بتلك الآية «١٨». و قد خرجنا بإيراد الأخبار المذكورة عما هو المقصود في هذه الرسالة من وجوب القضاء عن الميت مع قطع النظر عن انتفاع الميت بذلك، و قد عرفت أنه مجمع عليه فتوى «١٩» و نصا «٢٠»، و سيجيء ما يدل عليه من النصوص بالخصوص «٢١». ثم المشهور أن القضاء معين على الولي، لا أنه مخير [بينه] «٢٢» و بين الصدقة، كما عن الإسكافي «٢٣» و السيد المرتضى «٢٤» و السيد ابن زهرة مدعيا عليه الإجماع «٢٥»، لعدم الدليل على إجزاء الصدقة نعم ورد ذلك في النافلة مضافا إلى ظهور الأدلة «٢٦» في تعيين الصلاة. و الإجماع المدعى كما ترى. و أضعف منه الاستدلال عليه بالاحتياط.

و أما القاضي

فالمحكى عن المفيد: النص على أنه إن لم يكن له ولد من الرجال قضى عنه أكبر أوليائه من أهله، و إن لم يكن فمن النساء «٢٧». و عن الإسكافي: أولى الناس بالقضاء عن الميت أكبر ولده الذكور، و أقرب أوليائه إليه إن لم يكن له ولد «٢٨». و في كلام الصدوقين و الرضوي: «إنه يقضى الولي، فإن لم يكن له ولي من الذكور قضى عنه وليه من النساء «٢٩» و نسب قول المفيد في الدروس إلى ظاهر القدماء و الأخبار، و اختاره «٣٠». و لعله لإطلاق صحيحة حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يموت و عليه صلاة أو صيام؟ قال:

يقضى عنه أولى الناس بميراثه. قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ قال: لا، إلا الرجال» «٣١». و مرسله حماد: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرجل يموت و عليه دين من شهر رمضان من يقضيه عنه؟ قال: أولى الناس به، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ قال: لا، إلا الرجال» «٣٢». و رواية ابن سنان، عن الصادق عليه السلام - المحكية في الذكرى عن كتاب السيد الأجل ابن طاوس - : «قال: الصلاة التي حصل وقتها قبل أن يموت الميت يقضيه عنه أولى الناس به» «٣٣». إلى غير ذلك. فما أطلق فيه «الولي» المراد منه الأولى من غيره، و هو يختلف باختلاف الموجودين من الناس المنتسبين إلى الميت، فإن ولده أولى به من أخيه، و أخوه أولى به من عمه.. و هكذا.

بل قد يدعى شموله للمولى المعتق و ضامن الجريرة، لأنهما أولى الناس بالميت مع فقد الأقارب النسيئة، و لذا قيل بوجوب القضاء

عليهما مع فقد القريب «٣٤». هذا، مضافا إلى أن الحكم في صحيحه حفص معلق على «الأولى بالإرث» «٣٥»، ولا إشكال في صدقه على ما عدا الأولاد مع عدمهم، بل وعلى المولى و ضامن الجريرة. و أما وجه تقديم الولد على الأب: فلعله لأن أكثرية نصيبه يدل عرفا على كونه أولى بالميت عن الأب «٣٦» مع أن النص ورد بأن الأكثر نصيبا أولى بالميت من الأقل، كما في صحيحه الكناسي: «و أخوك لأبيك و أمك أولى بك من أخيك لأبيك «٣٧» «٣٨» مع أن حكم المشهور باستحقاق الولد خصوصا مجانا الجبوة- التي هي عبارة عن خصائص الأب، التي يعز على أولياء الميت أن يروها عند غير الميت- يدل على أولويته بأبيه من غيره حتى جدّه. نعم ينافي ذلك كله حكم المشهور

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٠

في باب الجنائز بأن الأب أولى من الولد في تجهيز الميت، ولذا تنظر فيه هناك مائلا إلى مراعاة الإطلاق «١»- هنا و هناك- من يقدم الأب على الولد «٢». و يمكن أن يكون مستند المشهور هناك أن الأولى بالميت من حيث أحكامه و أموره- التي لا بد أن تصدر باستصواب الأولياء- هو الأب دون غيره، و يمكن استشعار ذلك من قوله عليه السلام: «يصلى على جنازة أولى الناس بها» «٣» فإن الأولى بالجنازة- من حيث أنها جنازة لا بد من التصرف فيها و تقلبها في الغسل و الصلاة و الدفن- هو الأب عرفا.

و الحاصل: أن الموضوع للحكم في باب القضاء هو الميت من حيث شخصه و نفسه الإنساني، و في الجنائز هو جسده و جنازته التي يتصرف فيها و يتقلب، فالأولوية هنا عليه، و في القضاء له، فتأمل. و على كل حال: فالمراد من «أكثرية النصيب» أكثرية نصيب النوع، لأنها الكاشفة عرفا و شرعا عن أولوية ذلك النوع، فلو عرض لشخص الولي قلة النصيب لتعدد أشخاص نوعه- كما لو اجتمع له أب مع عشرة أولاد- فلا يسقط أكبرهم عن الأولوية، لكونه أقل سهما من الأب، لأن نوع الولد أكثر سهما فهو أولى.

فما يظهر من بعض المعاصرين من اعتبار أكثرية نصيب الشخص- حتى أنه فيصّل في المسألة بين ما دون الخمسة من الأولاد إذا اجتمعوا مع الأب و بين الخمسة و الأزيد «٤»-

لم أجد له وجهها ظاهرا. ثم إطلاق «الأولى بالإرث» في الصحيحة المتقدمة «٥» يشمل المولى المعتق و ضامن الجريرة على الترتيب عند عدم غيرهما من الورثة. إلا أن العبارة المحكيّة عن المفيد «٦» و جماعة من القدماء «٧» خالية عن التصريح به، لأن المحكي عن المفيد- المنسوب في الدروس إلى ظاهر القدماء- «أنه لو فقد أكبر الذكور فأكثر أوليائه من أهله» «٨» و لفظ «الأهل» ظاهر في من عدا المعتق و ضامن الجريرة. و ما أبعد ما بين هذا القول و بين القول و بين ما اختاره الشيخ «٩» و أكثر من تأخر عنه من اختصاص التكليف بأكثر أولاده الذكور «١٠»، و كأنهم فهموا من صحيحه حفص و مرسله حمّاد- المتقدمين «١١»- أن المراد من «الأولى بالميت» أولى الناس به على الإطلاق. و بعبارة أخرى: الأولى من كل أحد يفرض وجوده من الناس، لا أولى الموجودين فعلا حين موت الميت، و لا شك أن الأولى على الإطلاق بذلك المعنى هو الولد الذكر. و أما أولوية غيره من طبقات الورثة فأولوية إضافية يلاحظ فيها الموجودون عند الموت. و هذا غير بعيد. مع أنه لو فرض احتمال الرواية لما ذكرنا احتمالا مساويا و جب الرجوع إلى أصالة البراءة. و ممّا يؤيد إرادة ما ذكرنا- بل يدل عليه- صحيحه حفص و مرسله حمّاد الصريحان في نفي التكليف عن النساء، و كل من نفاه عنهنّ نفاه عنّ عدا الولد من الذكور، و كل من أثبت على من عدا الولد من الذكور أثبت على النساء، فحمل الرواية على ما يعمّ الولد يوجب شذوذ الرواية و ترك العمل بظاهرها بين الأصحاب من التفصيل بين من عدا الولد و بين النساء، فيجب لأجل ذلك حمل «الأولى» على الأولوية على الإطلاق دون الإضافية. نعم يظهر من المدارك العمل بظاهرها من التفصيل «١٢». ثم المراد في كلامهم من «الأ-كبر»: من لا أكبر منه، فيعمّ المنحصر، كما هو مقتضى إطلاق النص «١٣» و صريح الفتاوى «١٤». و لو تعدد الأولاد يقدم الأكبر مع استوائهم في البلوغ، للإجماع و لمكاتبة الصّفار «١٥» و في دلالتها تأمل يأتي وجهه. و لو استوتوا في السنّ فالبالغ مقدّم على غيره، إمّا لأنه أكبر عرفا و أقرب إلى حدّ الرجال، و إمّا لأنّ التكليف يتعلّق به عند بلوغه، لصديق «أولى الناس به» عليه بحسب النوع، إذ لو اعتبرت الأولوية الشخصية من كل أحد لم يجب عليه بعد بلوغ أخيه أيضا، فإذا تعلّق التكليف به فارتفاعة عند بلوغ أخيه

يحتاج إلى دليل، فتأمل. و لو اختلفوا في البلوغ و كبر السنّ، ففي اعتبار البلوغ أو كبر السنّ وجهان: ممّا ذكرنا في تقديم البالغ على غيره مع المساواة، و من إطلاق تقديم الأكبر في النصّ «١٦» و الفتاوى «١٧»، و الأوّل لا يخلو عن قوّة. و لو استووا في السنّ و البلوغ، ففي سقوط القضاء عنهم- كما عن الحلّي «١٨»- لعدم وجود الأ-كبر، أو ثبوته عليهم على طريق الكفاية و تخييرهم، فإن اختلفوا فالقرعة- كما عن القاضي «١٩»- أو على طريق التوزيع- كما عن المشهور وفاقا للشيخ «٢٠»-، أقوال: أقواها الأخير، لأنّ الحكم معلق بجنس أولى الناس الصادق على الواحد و الاثنتين، لما عرفت من أنّ المراد بأولى الناس: الأولى بالنوع، و هو جنس الأولاد، فكأنّه قال: يقضى عنه ولده. و أمّا وجوبه على الكلّ كفاية فلم يثبت، لأنّ الوجوب على الجنس أعم من التوزيع و من الوجوب الكفائي، فالأصل عدم تكليف كلّ منهم بأزيد من حصته و لو على طريق الكفاية.

و بعبارة أخرى: يعلم باستحقاقه العقاب إذا ترك حصته و لم يأت بها صاحبه على أى تقدير، و لا يعلم بأنه بعد قضاء حصته يعاقب على ترك الباقي إذا تركه مع ترك صاحبه. ثم إنّ حكم القاضي بالقرعة عند اختلافهما «٢١» لا وجه له، لعدم جواز الاختلاف بعد وجوب قيامهما «٢٢» بالواجب الكفائي، لأنّه لا يسقط عنهما إلّا بعد حصوله في الخارج، فينوى كلّ منهما الوجوب كما في صلاة الميت. و دعوى وجوب فعل واحد عنه- على أن تكون الوحدة شرطاً لصحة الفعل مع تعددهما- ممنوعة. و ممّا ذكرنا يعلم حكم ما إذا كان الواجب ممّا لا يتبعص كصلاة واحدة أو صوم يوم واحد و في ثبوت الكفارة عليهما مع إفتار الصوم بعد الزوال- على القول بوجوبه في القضاء عن الغير- وجهان، أقواهما: الوجوب عليهما مع إفتارهما معاً، و على المتأخّر إفتاراً مع التراخي، فتأمل. ثمّ إنّ هنا وجوباً كفايياً في الصلاة من جهة أخرى، و هي أنّ الترتيب لئلا كان شرطاً في صحّة الصلاة فبعد الحكم بتوزيعها يكون الواجب كفايياً منهما الشروع في القضاء فإذا فرغ من صلاة واحدة كان الشروع في الأخرى أيضاً واجبا كفايياً، و هكذا إلى أن يصلّى أحدهما قدر نصيبه، فيتعيّن الباقي على الآخر، فإن اختلفا في السابق بأن أراد كلّ منهما السبق و اللحق، فلا يبعد القرعة. و لا يشترط في القاضي الحرّيّة، لأنّ الأولويّة بالميت- الذي هو مناط الحكم- لا يتوقّف على استحقاقه الإرث، بل يقتضيه مع عدم المانع، و لهذا لا يفرّق في الحرّ بين الوارث بالفعل و الممنوع عن الإرث للقتل. و تعلق الحكم في صحیحته حفص «٢٣» على «الأولى بالإرث» يراد به الأولى بالإرث من حيث القرابة لو خليت و نفسها. و لا يشترط أيضاً خلوّ ذمته من صلاة فائتة، نعم سيأتى حكم الترتيب بين الفائتة و المتحمّلة في أحكام القضاء عليه.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤١

و أمّا المقضى

فالمحكى عن المشهور أنّه جميع ما فات عن الميت، و عن الشهيد الثاني: نسبته إلى ظاهر النصّ و إطلاق الفتوى «١» و ظاهر عبارة الغنية: الإجماع عليه «٢»

و عن الحلّي «٣» و سبطه- ابن سعيد-: أنّه لا يقضى إلّا ما فاتته في مرض موته «٤» و المحكّى عن [المحقق] «٥» في بعض رسائله أنّه يقضى ما فاتته لعذر كالمرض و السفر و الحيض بالنسبة إلى الصوم، لا ما تركه عمداً مع قدرته عليه «٦» و عن الذكري نسبته إلى السيد عميد الدين ثم اختياره «٧» كما عن الشهيد الثاني «٨». و الأقوى الأوّل، لإطلاق ما تقدّم من النصوص، خصوصاً رواية ابن سنان المتقدمة «٩» و دعوى انصرافها إلى ما فات لعذر- إن سلّم- فهو تبادر ابتدائي، كتبادر بعض أفراد الماء من إطلاق لفظه، مع أنّ بعض فروض الترك عمداً ممّا لا إشكال في عدم خروجه عن منصرف الإطلاق، مثل ما إذا وجب عليه الصلاة في حال المرض مع النجاسة أو مع القعود أو الاضطجاع، أو وجب عليه الصلاة حال المطاردة مع العدو، فقصر في فعلها كذلك- على ما هو الغالب في أحوال المرضى و الغازين من ترك الصلوات إذا لم يتمكّنوا من فعلها إلّا كذلك- ثم مات في هذه الحال أو بعد ذلك، فإنّ دعوى خروج

مثل هذا عن منصرف إطلاق الأخبار المتقدمة «١٠» بعيدة عن الإنصاف، وإذا شمل هذا شمل غيره من الصلوات المتروكة عمدا أو المفعولة فاسدة، لعدم القول بالفصل. بل يمكن دعوى شمول الروايات للمفعولة فاسدة، فيشمل المتروكة عمدا لعدم الفصل، فتأمل. و كيف كان: فدعوى اختصاص الرواية بمن فاته الصلاة لعذر يسقط شرعا معه الصلاة- كالإغماء و فقد الطهورين و نحو ذلك- في غاية البعد، خصوصا لو أريد من عدم تعمد الفوت عدم التمكن من قضائه أيضا، بحيث لا يعم ما تسامح في قضائه حتى مات. ثم الظاهر أن النسبة بين قول الحلّي «١١» و مختار المحقق «١٢» عموم من وجه، لأنّ الفوات في مرض الموت يعمّ الترك عمدا. و على أيّ حال: فالظاهر انصراف الإطلاق في النصّ و الفتوى إلى ما وجب عليه أصله، فلا يعمّ ما تحمله بالولاية أو الاستتجار و إن كان العمل بالإطلاق أحوط، بناء على احتمال كون الانصراف هنا نظير الانصراف السابق

و أما المقضى عنه

فهو الوالدان لا غير، بناء على المشهور من اختصاص القاضي بالولد الأكبر. نعم اختلفوا في دخول الأم من جهة اختصاص رواية حماد بالرجل «١٣» و انصراف رواية ابن سنان إليه «١٤» فالحاق المرأة بالرجل قياس - كما صرح الحلّي «١٥» و المحقق و الشهيد الثانيان في حاشيتي الشرائع «١٦» بل حكى عن جماعة «١٧». و الأقوى الدخول، وفاقا لصريح المحكّي عن صوم المبسوط «١٨» و النهاية «١٩» و الغنية «٢٠» و المنتهى «٢١» و التذكرة «٢٢» بناء على عدم الفرق بين الصوم و الصلاة. و حكى في خصوص الصلاة عن الرسالة المحكية سابقا عن المحقق في جواب سؤال جمال الدين المشغري «٢٣» و عن الذكري «٢٤» و الموجز «٢٥» بل حكى نسبه إلى ظاهر إطلاق الأكثر، إلّا أنّ الموجود في الروضة: أنّ اختصاص الحكم بالأب و عدم التعدى إلى الأم و غيرها من الأقارب «٢٦» هو المشهور «٢٧». و كيف كان فالأقوى للقوق، و دعوى الانصراف في رواية ابن سنان «٢٨»

ممنوعه، مضافا إلى مصححة أبي حمزة: «عن امرأة مرضت في شهر رمضان أو طمئت أو سافرت، فماتت قبل خروج شهر رمضان، هل يقضى عنها؟ قال: أما الطمئ و المرض فلا، و أما السفر فنعم» «٢٩». بناء على عدم القول بالفصل بين الصوم و الصلاة كما يظهر من بعض «٣٠» و على أنّ المسئول عنه و جوب القضاء، لما ذكره في المنتهى من الاتفاق على الاستحباب في هذه الصور «٣١». و يمكن أن يكون طرحا الحلّي «٣٢» لهذه الأخبار لكونها آحادا عنده. و هل يشترط في المقضى عنه الحرّية؟ قولان، أقواهما:

العدم، لإطلاق الروايات «٣٣» و دعوى انصرافها إلى الحرّية في غاية البعد. و توهم كون الأولى بالعبد مولاه، و لا يجب عليه القضاء إجماعا، مدفوع بأنّ المراد بالأولوية: الأقرانية في النسب و الأشدية في علاقة القرابة التي هي المقتضية للأولوية بالإرث و لو اجتمع سائر شروط الإرث، و لذا يجب على القاتل لأبيه و إن لم يرثه. و حكى عن فخر الدين عدم الوجوب، قال: و منشأ الإشكال عموم قولهم عليهم السلام: «فعلى وليه أن يتصدّق عنه من تركته» «٣٤» دلّ بالمفهوم على الحرّية، فهذه المسألة ترجع إلى أنّ الضمير إذا رجع إلى البعض هل يقتضى التخصيص أم لا؟ و قد حقق ذلك في الأصول. و الحقّ عندي عدم القضاء، لما تقدّم «٣٥» (انتهى).

و اعترضه شارح الروضة- بعد نقل هذا الكلام- بأننا لم نظفر بخبر فيه ذلك، و إنّما الخبر المذموم تعرّض فيه للتصدّق خبر أبي مريم، و ليس فيه ذكر الصوم إلّا بعد التصدّق في إحدى طريقيه و لفظه: «و إن صحّ ثمّ مرض حتى يموت و كان له مال تصدّق عنه مكان كلّ يوم بمدّ، و إن لم يكن له مال صام عنه وليه» «٣٦» «٣٧» (انتهى). و لا يخفى ضعف ما ذكره فخر الدين، إذ لو سلّم وجود خبر مشتمل على المتمّم المذكور، فمقتضى التبادر و إن كان تقييد المطلق به- و ليس هذا من قبيل العام المتعقّب بالضمير الراجع الى بعض أفراده كما لا يخفى- إلّا أنّ تخصيص الخبر المشتمل على المتمّم «٣٨» لا يقتضى تخصيص باقي «٣٩» المطلقات، لعدم التنافي بينهما. ثمّ إنّ حكم الجارية حكم العبد الميّت.

و أما أحكام القضاء

فيحصل توضيح المهم منها في ضمن مسائل: الأولى: أن الظاهر من النص و الفتوى بأنه «يقضى عن الميت»، أن القضاء عن الميت نيابة عنه في الفعل، لا أنه تكليف أصلي على الولي. فلا بد فيه من نيّة النيابة كما في الحجّ و الزيارة عن الغير، و لا تبرأ ذمته بإهداء ثواب العبادة إلى الميت من دون قصد النيابة، بل لا يشرع هذا الفعل بمجرد هذه الغاية مع عدم اشتغال ذمته به أصالة، كمن أراد أن يصلّي ظهرًا في غير وقته و يهديه إلى الميت، لأنّ إهداء الثواب فرع وجوده المتوقّف على تحقّق الأمر، المفروض عدمه. و يعتبر في القضاء جميع ما كان معتبرا في فعل الميت، مع قطع النظر عمّا يعرض باعتبار خصوص مباشرة الفاعل له، فيقصر ما فاتته سفرا، و يتمّ ما فاتته حضرا، و لا- يجب عليه الإخفات في أولي الجهرية لو كان النائب رجلا و الميت امرأة، و يجب الإخفات لو انعكس الفرض، و كذا الكلام في ستر تمام «٤٠» البدن. و الفرق بينهما و بين القصر و الإتمام: أن القصر و الإتمام مأخوذان في ماهية الصلاة، و أما الجهر و الإخفات فإنّما هو باعتبار كون المباشر للفعل امرأة يطلب خفض صوتها و ستر بدنها عند الصلاة، فهما

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٢

أحكام خصوص الفاعل لا الفعل. و مثلهما الأحكام الثابتة للفاعل باعتبار العجز و القدرة، فإنّ المعيار فيها حال المباشرة للفعل، فيصلّي القادر قائما عمّن فات عنه قاعدا، و يصلّي العاجز قاعدا عمّن فاتته قائما. و لا يجب على الولي الاستتابة مع عجزه، للأصل. و ربما يحتمل ذلك بناء على أن الواجب على الولي تحصيل الصلاة بالأجزاء و الشرائط التي كانت على الميت و إبراء ذمته بصلاة نفسه أو بالاستتابة، فإذا لم يتمكن من الصلاة الاختيارية بنفسه تعيّن عليه الاستتابة.

و يضعفه أن الاستتابة مع جوازها مسقطه للواجب المعيّن على الولي، لا- أحد فردى الواجب المخير، فلا- يتعيّن عند تعدّد الصلاة الاختيارية، بل ينتقل إلى بدلها الاضطراري كالصلاة قاعدا أو قائما إذا كان غير راج لزوال العذر، بل و إن كان راجيا، بناء على عدم وجوب تأخير اولي الأعدار، و على وجوب المبادرة إلى براءة ذمّة الميت. و لكن الأقوى وجوب الانتظار مع رجاء زوال الأعدار، و الأحوط الاستتابة مع عدمه. و في حكم العجز و القدرة: العلم و الجهل المعذور فيه موضوعا أو حكما كمن جهل القبلة فصلّي إلى الجهة المظنونة أو إلى أربع جهات مع عدم الظنّ، أو صلّي في طاهر كان يعتقد الميت نجسا، فإنّ هذه الأمور و أشباهها تلحق الفعل باعتبار مباشرته، لا باعتبار ذاته. و من هذا القبيل اختلاف الميت و النائب في مسائل الصلاة، فإنّ العبرة فيها بمعتقد الفاعل تقليدا أو اجتهدا دون الميت، حتّى لو فاتته صلاة يعتقد قصرها، كما إذا سافر إلى أربعة فراسخ من دون الرجوع ليومه و اعتقدتها الولي تماما- لا اعتقاده اعتبار الرجوع ليومه في الأربعة- و جب القضاء عنه تماما. نعم لا- يجب قضاء ما صلّاه «١» الميت صحيحا إذا اعتقد الولي فساده، و هو واضح. و الفرق: إن فعل الميت بدل عن الواقع إذا كان مخالفا له، أمّا إذا لم يفعل فالفعل يصير تكليفا للولي يوقعه بحسب اعتقاده، حتّى لو اعتقد عدم وجوبه على الميت رأسا لم يجب على الولي و إن كان الميت قد اعتقد وجوبه، كقضاء صلاة الخسوف الذي لم يعلم به الميت حتّى انجلى، فلا يجب على الولي قضاؤها إذا اعتقد عدم وجوبه، و إن كان الميت قد اعتقد وجوب القضاء. و يحتمل وجوب القضاء هنا على الولي إذا اعتقد استحبابه على تقدير عدم الوجوب، لصيرورة الميت مشغول الذمّة به في اعتقاده و يمكن إبراء ذمته فيجب. أمّا إذا لم يعتقد الولي استحبابه على تقدير عدم الوجوب فلا يجوز له الإتيان لعدم تآتي قصد القرية لكن فرض المسألة خلافية لا- ينفك عن رجحان الإتيان من باب الاحتياط. الثانية: هل ما يفعله الولي أداء لما فات عن الميت باعتبار الأمر الأدائي، فيكون فعله تداركا للأداء؟ كما لو فرض موته قبل خروج وقت الصلاة التي فاتته، كما إذا مات بعد مضي مقدار الصلاة و الطهارة، أو في غير الفرض المذكور أداء لما فات عن الميت باعتبار الأمر القضائي فيكون تداركا لقضاء الميت الذي هو تدارك لفعله الأدائي، لا تداركا أوليا لفعله الأدائي؟. و بعبارة أخرى: لا شك أن الصلاة عن الميت كأداء الدين عنه، فهل الملحوظ- في كونه دينًا- الأمر الأدائي، أو الأمر القضائي به فيما إذا مات بعد تكليفه بالقضاء؟ وجهان، أظهرهما من أدلّة العبادة عن الميت و أنّها كأداء الدين عنه، الأول، لأنّ ظاهر إطلاق الدين على العبادة إنّما هو باعتبار مطلوبيتها الأولية، و الأمر بقضائها أمر بأداء ذلك الدين، فإذا لم يؤدّه بنفسه أداه عنه الولي، ففعل الولي بدل الأداء، لا- القضاء. و تظهر الثمرة في اعتبار الأمور المعتمدة في القضاء في فعل الولي.

توضيح ذلك: أن ما كان من الشروط معتبرة في الأداء، فلا إشكال في اعتبارها في القضاء، سواء كان القاضي نفسه حيا أو وليه (٢) بعد موته، لأن تدارك الفائتة لا يحصل إلا بمرعاتها، لأن المفروض كونها مأخوذة في الفاتت. و أما الشروط المعتبرة في قضاء الصلاة التي دل عليها الدليل الخاص من دون كونها معتبرة في الأداء، فلا بد من الاقتصار في اعتبارها على مقدار دلالة الدليل، فإذا دل الدليل على اعتبارها في قضاء الشخص عن نفسه فلا يتسرى إلى قضائه عن غيره. نعم لو قلنا: إن الغير إنما يفعل ذلك القضاء الذي كان واجبا على الميت و امتثالا لأمره القضائي، فلا مناص من مراعاة هذه الشروط. وهذا مثل الترتيب بين الفواتت، - بناء على اعتباره في القضاء باعتبار دليل خارج، وليس باعتبار كونه شرطا في الأداء-، إذ ليس تأخير المغرب عن عصره المتقدم شرعا شرطا له، وإنما هو عارض اتفقي له حصل من تدرج الزمان، بل تأخير العصر عن الظهر أيضا ليس إلا باعتبار الأمر الأدائي بالظهر، فإذا فات الظهر والعصر فقد ارتفع الأمر الأدائي بالظهر و برئت الذمة منه، و وجوب وقوع العصر بعد «٣» براءة الذمة من مطلق الأمر بالظهر- و لو كان أمرا قضائيا- غير معلوم، فتأمل حتى لا يتوهم أنه رجوع عن لزوم «٤» اتحاد القضاء و الأداء في الشروط، لأننا نلتزم أيضا أن كلما هو شرط في العصر الأدائي شرط في العصر القضائي، لكن ندعى أن الشرط في العصر الأدائي وقوعها بعد براءة الذمة عن الأمر الأدائي [بالظهر، دون مطلق الأمر بها، و لازم اعتبار شروط

الأداء في القضاء أن العصر القضائي أيضا لا بد من وقوعها بعد البراءة عن الأمر الأدائي] «٥»، و هذا شيء حاصل دائما. فالعمدة في وجوب الترتيب بين الفواتت الإجماع المنقول و بعض الأخبار «٦» و هي مختصة بقضاء الشخص عن نفسه، و المفروض أن الولي نائب عن الميت في تدارك الأداء، لا في تدارك القضاء حتى يقتضى ذلك وجوب مراعاة ما وجب على الميت في قضائه عن نفسه. نعم لا يستبعد أن يستظهر من أدلة الترتيب في قضائه عن نفسه كون مطلق كذلك، سواء كان عن نفسه أو عن الغير. الثالثة: هل يسقط القضاء عن الولي بفعل الغير- كما عن الشيخ «٧» و جماعه «٨»- أم لا- كما عن الحلبي «٩» و آخرين «١٠»-؟ الأقوى: الأول، لعدم ما دل على أن الصلاة و الصوم عن الميت يكتب له «١١» و ما دل على أن العبادة في ذمة الميت كالدين، فكما تبرأ ذمته بأداء كل أحد الدين عنه فكذلك العبادة «١٢»: و قد تقدم «١٣» في رواية الخثعمية قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «أ رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أ كان ينفعه ذلك؟ قالت: نعم قال صلى الله عليه و آله و سلم: فدين الله أحق بالقضاء» «١٤».

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٣

فإذا برئت ذمة الميت بفعل كل من فعل عنه، فلا يبقى في ذمته شيء حتى يجب على الولي قضاؤه، ففعل الغير مسقط للوجوب عن الولي بسقوط موضوعه- أعنى اشتغال ذمة الميت- لا- أن الغير نائب عن الولي أو متحليل عنه، حتى يقال: إن الصلاة و الصوم لا يتحملان عن الحي، أو يقال: إن المخاطب هو الولي فيجب عليه المباشرة، فإنما لم نحكم بامثال الولي إذا استتاب غيره، و إنما نحكم ببراءة ذمة الميت، فلا يكون عليه صلاة أو صيام حتى يقضيه الولي. فيظهر من ذلك كله أن الاستدلال على المنع بظهور الأدلة في وجوب المباشرة، أو أن الصلاة و الصوم لا- تدخلهما النيابة عن الحي، في غير محلّه، فإذا ما ذكرنا ينافي التصريح عن المشهور بوجوب مباشرة الولي له. و يدل على السقوط- مضافا إلى ما ذكرنا- الموثقة: «في الرجل يكون عليه صلاة أو صوم هل يجوز أن يقضيه رجل غير عارف؟ قال: لا يقضيه إلا مسلم عارف» «١». دل على عدم أجزاء قضاء غير العارف بالأئمة عليهم السلام و إن كان وليا، و جواز قضاء العارف و إن لم يكن وليا. و لا- يجوز أن يكون المراد بغير العارف في السؤال، و بالعارف في الجواب خصوص الولي، كما لا يخفى. و مرسله الفقيه عن الصادق عليه السلام: «إذا مات الرجل و عليه صوم شهر رمضان فليقض عنه من شاء من أهله» «٢». فإنه بعد قيام القرينة على عدم إرادة ظاهر الخبر- و هو الوجوب الكفائي- ظاهر في أن كل أحد من أهله مرخص في إبراء ذمة الميت، و تخصيص «الأهل» مع أن غيرهم أيضا مرخص، لأجل حصول مشيئة القضاء فيهم غالبا، دون غيرهم. و الموثق- كالصحيح- المحكي عن زيادات التهذيب، عن أبي بصير: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل سافر في رمضان فأدركه الموت قبل أن يقضيه قال: يقضيه أفضل أهل بيته» «٣». دل- بعد قيام الدليل على عدم وجوب القضاء على أفضل أهل البيت- على استحباب تفويض

الوليّ القضاء إليه إن لم يكن هو وليّنا، وعلى عدم تفويضه إلى غيره إن كان هو الولي. واستدلّ الحلّي «٤» و من تبعه «٥» على عدم سقوطه بفعل الغير بما يرجع حاصله إلى أصالة عدم السقوط بعد كون الولي هو المخاطب، و زاد في الذكرى: أن الصلاة لا تقبل التحمّل عن الحيّ «٦». و يعرف الجواب عن ذلك كلّ بما ذكرنا من أن الغير ليس متحمّلاً عن الولي، و إنّما يبرئ ذمّة الميت فيرفع الوجوب عن الولي. نعم يمكن أن يستدلّ لهم بمكاتبة الصّفار إلى أبي محمّد العسكري عليه السلام: «رجل مات و عليه قضاء من شهر رمضان عشرة أيّام، و له وليّان، هل يجوز أن يقضيا عنه جميعا عشرة أيّام، خمسة أيّام أحد الوليّن و خمسة أيّام الآخر؟ فوقّع عليه السلام: يقضى عنه أكبر وليّيه «٧» عشرة أيّام و لاء إن شاء الله تعالى» «٨». فإنّ المنع عن إقدام الوليّن على القضاء بالتوزيع مع كون أحدهما أكبر، يدلّ على عدم جواز تبرّع الأصغر بقضاء خمسة أيّام. و حمل الأمر بالقضاء على الاستحباب ينفيه - مع كون السؤال عن أصل الجواز - أن المستحبّ هو تعجيل إبراء ذمّة الميت الحاصل بقضاء كلّ منهم خمسة دون صوم الأكبر عشرة و لاء، فالظاهر أن الأمر بالولاء لوجوب المبادرة إلى إبراء الذمّة، ففيه دلالة على عدم جواز تبرّع غير الولي، مضافا إلى اقتضاء تطابق الجواب و السؤال لذلك. و على أيّ تقدير: فقولته عليه السلام: «يقضى عنه» ليس مستعملا في الوجوب بقريته تقييده بالولاء، فليت شعري كيف استدلّ به المشهور على وجوب تقديم الأكبر عند تعدّد الأولي بالإرث. إلّا أن يقال: إن الاستحباب مناف لوجوب المبادرة إلى إبراء ذمّة الميت، فلو جاز لغير الولي القضاء لم يرحّج انفراد الولي به على المشاركة. فظاهر الرواية لو حمل على الوجوب نافي مذهبهم في جواز تبرّع الغير، و لو حمل على الاستحباب لم يدلّ على مذهبهم بتعين القضاء على الأكبر. ثمّ إنّ ما ذكرنا من سقوط القضاء عن الميت بفعل الغير يعمّ المتبرّع، و الموصى إليه، و المستأجر. أمّا المتبرّع: فلا فرق فيه بين أن يقع بإذن الولي أو بدون إذنه، إذ المفروض عدم تحمّله شيئا عن الولي حتّى يحتاج إلى إذنه. و أمّا الموصى إليه:

فإن قبل الوصية و جب عليه الفعل و لو كان تبرعا أو أوصى بالاستئجار من مال الموصى إليه على ما يظهر من الذكرى «٩» و المحكّي عن ابن طاوس «١٠» و غير واحد من المعاصرين «١١»،

بل في المناهل دعوى ظهور الاتفاق عليه «١٢» و عن التذكرة: أنّه إذا أوصى الإنسان بوصية فإنّ وصيته تنفذ و يجب العمل بها إجماعا «١٣». و في دلالته على المدعى نظر.

نعم استدلّ عليه بعموم حرمة تبديل الوصية المستفاد من الآية «١٤» و من الأخبار «١٥» المستشهد بالآية. و يظهر من العبارة المحكية عن التذكرة أنّ هذا النحو من قبول الوصية بمنزلة الوعد لا - يجب الوفاء به، قال - في مقام الاستدلال على وجوب قضاء الصوم عن المرأة برواية أبي بصير: «عن امرأة مرضت في شهر رمضان و ماتت في شوال، فأوصتني أن أقضى عنها، قال: هل برئت من مرضها؟ قلت: لا، قال: لا تقضى عنها فإنّ الله تعالى لم يجعله عليها، قلت: فإنّي أشتهى أن أقضى عنها و قد أوصتني بذلك، قال: كيف تقضى شيئا لم يجعله الله عليها، فإن اشتهيت أن تصوم فصم لنفسك» «١٦»: استفسر عليه السلام عن حصول البرء أولا، و لو لم يجب القضاء مع البرء لم يكن للسؤال معنى. ثمّ قال: لا - يقال: قد حصلت الوصية فجاز أن يكون الوجوب بسببها. لأننا نقول: الوصية لا تقتضى الوجوب، أما مع عدم القبول فظاهر، و أما مع القبول فلاّنه راجع إلى الوعد «١٧» (انتهى). و كيف كان: فهل الوصية النافذة تسقط الوجوب عن الولي، أم لا؟ صريح الشهيدين «١٨» و صاحب الموجز «١٩» و شارحه «٢٠» و صاحب الذخيرة «٢١» ذلك، و لعله «٢٢» لأنّ بعد فرض وجوب العمل بوصيته لا - يجب الفعل الواحد عينا على مكلفين، و إرجاعه إلى الوجوب الكفائي مخالف لظاهر التكليفين، و الحكم بالوجوب على الولي مناف لفرض نفوذ الوصية، فإنّ التحقيق أنّ دليل وجوب العمل بالوصية حاكم على أدلّة مثل هذا الحكم، أعنى الوجوب على الولي، و إلّا فكّل واقعة قبل تعلق الوصية بها لها حكم غير ما تقتضيه الوصية، و لذا لم يستدلّ الشهيد رحمه الله «٢٣» و من تبعه «٢٤» على السقوط بأزيد من أنّ العمل بما رسمه الموصى واجب. نعم زاد صاحب الذخيرة: أنّ المتيقن من موارد الوجوب على الولي ما إذا لم يوص الميت «٢٥». و لا بأس به، لأنّ الظاهر من قول السائل: «يموت الرجل و عليه صلاة أو صيام من يقضيه؟» «٢٦» فرض عدم وجود من أقدم على إبرائه و وجب عليه ذلك. و ربّما يقال أيضا: إنّ النسبة بين أدلّة الوجوب على الولي

و أدلة وجوب العمل بالوصية

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٤ عموم من وجه، و الترجيح مع أدلة الوصية. و فيه نظر، بل التحقيق الحكم بحكومة أدلة الوصية كما يحكم في سائر الموارد، لما عرفت من أن كل وصية فهي ترد على واقعة لها حكم و دليل لو لا الوصية، فلا يعارض بدليلها أدلة الوصية، فلاحظ، فأدلة العمل بالوصية شبيهة بأدلة النذر و شبهه. و يظهر من شرح الوحيد البهبهاني:

عدم السقوط عن الولي بالوصية، بل يكون الوجوب عليهما نظير الكفائي (١). فإن أراد به كون الوجوب كذلك من أول الأمر و حين موت المقضى عنه، ففيه نظر عرفت وجهه. و إن أراد أن السقوط مراعى بفعل الوصي، فلا تبرأ ذمته مطلقاً إلا بعد فعله، و لو تركه استحقا العقاب، فلا بأس به، لكن لا يجب تحصيل العلم أو الظن على الولي بقيام الوصي به، بل لو ظهر له فواته من الوصي بحيث لا يمكن له الإتيان بموته أو نحوه، تعين على الولي، للعمومات السليمة عن المعارض. إلا أن يقال - بعد تسليم ما ذكر سابقاً من كون مورد الحكم في الأخبار غير صورة إيضاء الميت - لا دليل على عود الوجوب بعد تحقق السقوط. و أما الاستيجار: فلا كلام فيه من حيث براءة ذمة الميت بفعل الأجير إذا فعلها على الوجه الصحيح، سواء كان له ولي فكان المستأجر هو أو غيره، أم لم يكن له ولي. و إنما الكلام في صحة الاستيجار و عدمها. و الثمرة بعد الاتفاق على الصحة، لو وقع من الأجير صحيحاً كما لو وقع من غيره من في أمرين: أحدهما: انتقال مال الأجرة إلى الأجير. و الثاني: أن كون الداعي للعمل هو تحصيل استحقاق الأجرة غير قادح في تية القربة المعتبرة في جميع العبادات. فنقول: أما صحة الاستيجار: فالحق صحته وفاقاً للمعظم، لوجه:

الأول: الإجماعات المستفيضة عن جماعة كالشهاد قدس سره حيث قال في الذكري: إن هذا النوع مما انعقد عليه إجماع الإمامية الخلف و السلف، و قد تقرّر أن إجماعهم حجة قطعية (٢) (انتهى). و حكى الإجماع أيضاً عن الإيضاح (٣) و جامع المقاصد (٤) و إرشاد الجعفرية (٥). بل عن ظاهر مجمع الفائدة أيضاً (٦)، و عن بعض الأجلة - كأنه صاحب الحقائق - عدم الخلاف في المسألة (٧). و يؤيد ذلك - مضافاً إلى الشهرة العظيمة، إذ لم يחדش في ذلك إلا أصحاب الكفاية (٨) و المفاتيح (٩) - استقرار سيرة الشيعة في هذه الأعصار و ما قاربها من المجتهدين و العوام و المحتاطين على الاستيجار و الإيضاء به. و يدل على المسألة - مضافاً إلى ما عرفت - أن مقتضى لصحة الاستيجار موجود و المانع مفقود، لاتفاق المسلمين على أن كل عمل مباح (١٠) مقصود للعقلاء لا يرجع نفعه إلى خصوص العامل و لم يجب عليه يجوز استجاره عليه، و منع (١١)

تحقق الإجماع في خصوص كل مقام ضروري الفساد عند أدنى محصل، إذ لم تسمع المناقشة في هذه القاعدة و مطالبة الدليل على الصحة في كل مورد من الأعمال المستأجر عليها كما في الأعيان المستأجرة. هذا كله مضافاً إلى العمومات الدالة على صحة إجارة الإنسان نفسه، كما في رواية تحف العقول (١٢) و غيرها (١٣) و عمومات الوفاء بالعقود (١٤) و حل أكل المال بالتجارة عن تراض (١٥) و عمومات الصلح إذا وقعت المعاوضة على جهة المصالحة (١٦). و بالجملة: فالأمر أظهر من أن يحتاج إلى الإثبات. ثم إن ما ذكره المخالف في المقام لا يوجب التزلزل فيما ذكرناه من الدليل، إذ المحكي عن المحدث الكاشاني في المفاتيح ما هذا لفظه: «أما العبادات الواجبة عليه التي فاتته، فما شاب منها المال كالحج يجوز الاستيجار له كما يجوز التبرع به عنه بالنص و الإجماع، و أما البدني المحض - كالصلاة و الصيام - ففي النصوص أنه «يقضيها عنه أولى الناس به» (١٧)، و ظاهرها التعيين عليه، و الأظهر جواز التبرع بهما عنه من غيره أيضاً. و هل يجوز الاستيجار لهما عنه؟ المشهور نعم، و فيه تردد، لفقد نص فيه، و عدم حجته القياس حتى يقاس على الحج أو على التبرع، و عدم ثبوت الإجماع بسيطاً و لا مركباً، إذ لم يثبت أن كل من قال بجواز التبرع (١٨) قال بجواز الاستيجار لهما. و كيف كان: فلا يجب القيام بالعبادات البدنية المحضة بتبرع و لا استئجار، إلا مع الوصية (١٩) (انتهى). و الظاهر أن استثناء الوصية من نفي الوجوب رأساً، فيجب مع الوصية في الجملة، لا مطلقاً حتى يشمل الوصية بالاستئجار، كما زعمه بعض فأورد عليه بأنه لا تأثير للوصية في صحة الاستيجار. و كيف كان: فحاصل ما ذكره - كما حصّله بعض - يرجع إلى التمسك بالأصل. فإن أراد أصالة الفساد بمعنى عدم سقوطه عن الولي و عدم براءة ذمة الميت، ففيه أنه لا يعقل الفرق بين فعل الأجير إذا وقع جامعاً لشرائط الصحة و

فعل المتبرع في براءة ذمته الميت والولى في الثانى دون الأول و إن قلنا بفساد أصل الإجارة. و دعوى عدم وقوع فعل الأجير صحيحا، لعدم الإخلاص- مع أنه كلام آخر يأتى الإشارة إليه- مدفوعة بأنه قد لا يفعله الأجير إلا بتية القربة، إذ الاستيجار لا يوجب امتناع قصد القربة. و إن أراد به أصالة فساد الإجارة، بمعنى عدم تملك الأجير للأجرة المسمّاة و عدم تملك المستأجر العمل على الأجير ليرتب عليه آثاره، ففيه ما عرفت سابقا من أنه لا معنى لمطالبة النصّ الخاصّ على صحّة الاستيجار لهذا العمل الخاصّ من بين جميع الأعمال التي يعترف بصحّة الاستيجار عليها من غير توقف على نصّ خاصّ، فهل تجد من نفسك التوقف في الاستيجار لزيارة الأئمة عليهم السلام من جهة عدم النصّ الخاصّ، و كون إلحاقه قياسا محرّما؟. و الحاصل: أنّ التوقف في صحّة الاستيجار في هذا المورد الخاصّ من جهة عدم الدليل في غاية الفساد، مضافا إلى ما عرفت سابقا من وجود النصّ على صحّة الاستيجار على الصوم، أو على ما هو بمنزلة الاستيجار- كالجعلاء و المصالحه- مثل ما عن الصدوق في الفقيه، عن عبد الله بن جبلة، عن إسحاق ابن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل جعل عليه صياما فى نذر فلا يقوى. قال: يعطى من يصوم عنه كلّ يوم مدين» (٢٠). فإنّ غاية الأمر حملها على الاستحباب على فرض انعقاد الإجماع على عدم وجوب الاستتابة عند العجز، لكنّه كاف في إثبات المشروعية. ثمّ إنّ لصاحب المفاتيح دعوى أخرى في هذا المقام من جهة عدم قصد التقرب فيما يفعله الأجير، تبع فيه بعض من تقدّمه، قال فى المفاتيح- على ما حكى عنه- ما هذا لفظه: «و المذى يظهر لى أنّ ما يعتبر فيه التقرب لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقا، لمنافاته الإخلاص، فإنّ التية- كما مضى- ما

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٥

يبعث على الفعل، دون ما يخطر بالبال. نعم يجوز فيه الأخذ إن اعطى على وجه الاسترضاء أو الهدية أو الارتزاق من بيت المال من غير تشارط. و أمّا ما لا- يعتبر فيه ذلك، بل يكون الغرض منه مجرد صدور الفعل على أىّ وجه اتفق، فيجوز أخذ الأجرة عليه مع عدم الشرط فيما له صورة العبادة فيكون مستقلا للعقاب عمّن وجب عليه و إن لم يوجب الثواب له. و أمّا جواز الاستيجار للحجّ- مع كونه من القسم الأول- فلاّنه إنّما يجب بعد الاستيجار و فيه تغليب لجهة المالتية، فإنّه إنّما يأخذ المال ليصرفه فى الطريق حتّى يتمكّن من الحجّ، و لا- فرق فى صرف المال فى الطريق بين أن يصدر من صاحب المال أو نائبه. ثمّ إنّ النائب إذا وصل إلى مكّة و تمكّن من الحجّ أمكنه التقرب به، كما إذا لم يكن أخذ أجرة فهو كالمتمطّوع. أو نقول: إنّ ذلك أيضا على سبيل الاسترضاء للتبرع، أما الصلاة و الصوم فلم يثبت جواز الاستيجار لهما كما مرّ» (١). و ربما يستفاد هذا من كلام بعض من سبقه كما سيجىء. و الجواب عنه، أولا: بالنقض ببعض الواجبات و المستحبات المعتر فيها التقرب، كالحجّ و صلاة الطواف و الزيارات المندوبات إذا وقعت الإجارة على نفس الأفعال فقط أو مع المقدمات. و دعوى خروجها بالنصّ و الإجماع إن رجعت إلى دعوى عدم اعتبار القربة فيها كانت فاسدة بالبداهة، و إن رجعت إلى دعوى الفرق بينها و بين الصلاة و الصوم فى منافاة الأجرة لقصد القربة فيهما دونها، فأظهر فسادا من الأول، ضرورة اتّحاد القربة المعترية فى جميع العبادات. و أمّا ثانيا: فبالحلّ، و قد تقرّر بما حاصله: جعل التقرب صفة للفعل و استحقاق الأجرة غاية، فيقال: إنّ التية مشتملة على قيود: منها كون الفعل خالصا لله سبحانه، و منها كونه أداء أو قضاء، عن نفسه أو عن الغير، بأجرة أو بغيرها، و كلّ من هذه القيود غير مناف لقصد الإخلاص، و الأجرة فيما نحن فيه إنّما وقعت أولا و بالذات بإزاء القيد الثانى- أعنى النيابة عن زيد- بمعنى أنّه مستأجر على النيابة عن زيد بالإتيان بهذه الفريضة المتقرب بها، و قيد القربة فى محلّه على حاله لا تعلق للإجارة إلاّ من حيث كونه قيدا للفعل المستأجر عليه. نعم لو اشترط فى النيابة عن الغير التقرب زيادة على التقرب المشروط فى صحّة العبادة، اتجه منافاة الأجرة لذلك، إلاّ أنّه ليس بشرط إجماعا. و بالجملة: فإنّ أصل الصلاة مقصود بها وجهه سبحانه، لكنّ الداعى عليها و الباعث عليها مع التقرب هو هذا المبلغ الذى قرّر له. و لذلك نظائر فى الشرع يوجب رفع الاستبعاد، مثل صلاة الاستسقاء و الاستخارة و طلب الحاجة و الولد و الرزق، و نحوها ممّا كان الباعث عليها أحد الأغراض، فإنّ أصل الصلاة مقصود بها وجهه سبحانه و يتقرب بها إليه جلّ ذكره، و لكن الحامل عليها أخذ الأمور المذكورة، بمعنى أنّه يأتى بالصلاة الخالصة لوجه الله لأجل هذا الغرض

الحامل عليها «٢» (انتهى). ولا يخفى ما فيه، لابتناء ما ذكره المحدث المتقدم على اعتبار كون القربة والإخلاص داعيا و حاملا على الفعل بحيث لا يشركه بغيره وهو الحق الذي لا محيص عنه، فجعل الغرض والداعي أمرا آخر مخالف لذلك. مع أن كون القربة والإخلاص من قبيل الأداء والقضاء من قيود الفعل لا محصل له، بناء على أن قصد القربة عبارة عن قصد امتثال أمر الله و طلب رضا الله بذلك الفعل. فالتحقيق في الجواب أن يقال: قد عرفت سابقا أن معنى النيابة هو تنزيل الشخص منزلة الغير في إتيان العمل الخاص، و قد عرفت أيضا مشروعيته و رجحانه، و مقتضى هذا التنزيل كون الفعل المقصود به حصول التقرب و الثواب موجبا لتقرب ذلك الغير، لا العامل، لأنه لم يتقرب بذلك الفعل إلا بعد تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه، فصار المنوب عنه هو المتقرب، و لذا يعود النفع إليه. ثم إن هذا التنزيل هو بنفسه فعل يمكن أن يقع للدواعي المختلفة، فقد يكون الداعي ما حكم العقل و النقل به من حسن هذا التنزيل و أنه محبوب لله تعالى و أن الفاعل يثاب عليه، فلا يوقع هذا التنزيل إلا لله تعالى. و قد يكون الداعي عليه حب ذلك الغير لأمر دنيوي - كقراءة أو صداقة أو إحسان يريد مكافأته أو غير ذلك - من غير التفات إلى كون هذا التنزيل ممّا أمر به استحبابا و أرادته الشارع، و هذا هو الأ-كثر في العوام حيث لا- يكون الداعي و الحامل لهم على العمل إلا ما يسمع من وصول النفع إلى الميت بهذه العبادة أو هذه الصدقة، و لا يلتفتون إلى وصول

نفع و ثواب إليهم، بل لا يعتقدونه، بل قد لا يصدقون من يخبرهم بذلك قائلين: إنا نعمل هذا و ثوابه لميتنا، و لا شك أن النيابة بهذا القصد لا يوجب عدم صحة العمل، لأن التقرب على وجه النيابة حاصل. نعم النيابة على وجه التقرب غير حاصل، و الموجب لصحة الفعل على وجه النيابة هو الأول، و الثاني يعتبر في صحة نفس النيابة التي هي عبادة باعتبار تعلق الأمر الاستجابي به عقلا و نقلا. إذا عرفت هذا فنقول: كون الداعي على النيابة و تنزيل نفسه منزلة الغير في إتيان الفعل تقربا إلى الله هو مجرد استحقاق الأجر، إنما يوجب عدم الخلو و التقرب في موافقة أوامر النيابة و عدم حصول ثواب للنائب، لعدم امتثاله أوامر النيابة و عدم إخلاصه فيها، و هذا لا يوجب عدم صحة العمل الذي جعل نفسه فيه بمنزلة الغير و أتى به عنه تقربا إلى الله، فالنيابة عن الميت لمجرد استحقاق الأجر كالنيابة عنه لمجرد محبة الميت لكونها زوجة للنائب قد شغفته حبا لحسنها، بحيث لا يريد من صدقاته و عباداته عنها إلا مجرد إيصال الثواب إليها، أو كالنيابة عنه لكونه محسنا إليه في أيام حياته و معينا له في أمر دنياه أو دينه. نعم لو نوى الأجير النيابة عن الميت لأجل إيصال النفع إلى أخيه المؤمن و لأجل امتثاله للوجوب الحاصل من جهة و جوب الوفاء بالعقود، كان مثابا في عمله مأجورا في الدنيا و الآخرة. و عليه يحمل ما ورد من قول الصادق عليه السلام لمن استأجره للحج عن إسماعيل - بعد ما شرط آدابا كثيرة-: «انه إذا فعلت كذلك كان لإسماعيل واحد بما أنفق من ماله، و لك تسعة بما أنعمت من ربك» «٣». ثم إن هنا كلمات للفقهاء لا بأس بإيرادها ليعلم حالها بمقايضة ما ذكرنا من التوجيه في ثبوت التقرب، و أن ما ذكره المحدث الكاشاني «٤» موافق لبعضها، فنقول - تعويلا على ما حكى عنهم - : قال في القواعد: و كذا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٦

لو أجز نفسه للصلاة الواجبة عليه، فإنها لا تقع عن المستأجر، و هل تقع عن الأجير؟ الأقوى العدم. «١» (انتهى). و حكى اختيار عدم وقوعها عن الأجير عن الإيضاح «٢» و جامع المقاصد «٣» معللا بأن الفعل الواحد لا يكون له غايتان متنافيتان، إذ غاية الصلاة التقرب و الإخلاص خاصية، و غاية العبادة في الفرض حصول الأجر، و لأنه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه بالأصالة [بل لوجوبها عليه بالإجارة لمكان أخذ العوض في مقابلتها، فلا يكون هي التي في ذمته، لأن التي في ذمته هي الواجبة عليه بالأصالة] «٤». و وجه غير الأقوى أن ذلك علّة و باعث في حصول الداعي إلى الصلاة الجامعة لما يعتبر في صحتها، فكان كالأمر بالصلاة و نحوها ممن يطاع، و كما في الاستيجار للصلاة عن الميت و الحج و غيرها من العبادات، و عليته للداعي لا تبطل الفعل. و أجاب في جامع المقاصد بأن العلة متى نافت الإخلاص و كانت غاية اقتضت الفساد، و العلة و الغاية هنا حصول الأجر «٥». و حكى عن الإيضاح ما في معنى هذا، و زاد: إن الإجماع فرّق بين هذه الصورة و الاستيجار عن الميت «٦». و عن جامع المقاصد: أنه متى لحظ في الصلاة عن الميت فعلها

لحصول الأجره كانت فاسده «٧». (انتهى ما حكى عن هؤلاء فى هذا المقام) و عليك بالتأمل فيها و فيما ذكرناه قبل ذلك. ثم إن بما ذكرنا يعلم أنه لا حاجة فى صلاة الاستيجار إلى قصد التقرب باعتبار الوجوب الحاصل بالإجارة- كما زعمه بعض «٨»- لأن ذلك الوجوب توصيلى لا يحتاج سقوطه إلى قصده، و جعله غاية و التقرب المحتاج إليه فى صحة الصلاة لتبرى ذمة المنوب عنه لا يعقل أن يكون باعتبار ذلك الوجوب التوصيلى، و إلما للزم الدور، فإن صحة الاستيجار التى يتوقف عليها حصول الوجوب موقوفة على فعل الصلاة عن النائب متقربا إلى الله، فكيف يكون فعله بقصد التقرب موقفا على حصول الوجوب؟! اللهم إلا أن يقال: فعله عن الميت متقربا إلى الله شىء ممكن قبل الإجارة باعتبار رجحان النيابة عن الغير فى العبادات عقلا و نقلا، فإذا وقع فى حيز الإجارة تبدلت صفة ندبه بصفة الوجوب، كما فى صلاة التحيه التى تقع فى حيز النذر. و فيه نظر، مع أن ما ذكر من قصد التقرب باعتبار الوجوب الحاصل بالإجارة إنما يصحح الفعل المستأجر عليه، أما إذا وقعت المعاوضة على وجه الجعالة، أو أمره بالعمل عن الميت، فعمل رجاء للعوض من دون سبق معاملة، فلا يجرى ما ذكره، لعدم الوجوب، فينبغى أن لا يصح فعله له لداعى استحقاق العوض، مع أن الظاهر عدم القول بالفصل بين الإجارة و الجعالة و فعل العمل عقيب أمر الأمر به غير ناو للتبرع. ثم إن المحقق القمى رحمه الله فى بعض أجوبة مسائله ذكر أن الاعتماد فى صحة الاستيجار للعبادة على الإجماعات المنقولة، دون ما ذكره الشهيد فى الذكري من الاستدلال عليه بمقدمتين إجماعيتين الراجع إلى ما ذكرنا فى الوجه الثانى من وجود المقتضى و انتفاء المانع. إحداهما: إن العبادة عن الغير يقع عنه و يصل اليه نفعه، و هذه المقدمه ثابتة بإجماع الإمامية و النصوص المتواترة. و الثانية: إن كل أمر مباح يمكن أن يقع للمستأجر يجوز الاستيجار له، و هذه أيضا إجماعية. و علل عدم الاعتماد على هذا الاستدلال بأنه مستلزم للدور، و لم يبين وجهه فى ذلك الموضوع، بل إحالة إلى بعض مؤلفاته «٩». و كأنه أراد بالدور ما ذكرنا، بناء على أن قصد التقرب المعتبر فى المقدمه الاولى من دليله- و هى وقوع العمل عن الغير و وصول نفعه إليه- موقوف على النتيجة، و هى صحة استيجاره للعمل عن الغير ليحصل الأمر فيقصد التقرب بامثال هذا الأمر، إذ مع قطع النظر عن الإجارة لم يتعلق أمر بإيقاع العمل عن الغير فى مقابل العوض حتى يتصور فيه قصد التقرب. نعم تعلق الأمر فى الأخبار الكثيرة بإيقاع العمل عن الميت تبرعا، «١٠» و هذا ليس منه «١١». و قد عرفت مما ذكرنا فى بيان قصد التقرب أن التقرب إنما يقصد فى الفعل الذى يتعلق به النيابة لا فى نفسها. و الحاصل أن النائب ينزل نفسه لأجل العوض أو غرض دنيوى آخر منزلة الغير فى إيقاع الفعل تقربا إلى الله، لا أنه ينزل نفسه قربة إلى الله و امثالا لأمره منزلة الغير فى إيقاع الفعل، حتى يقال: إنه موقوف على وجوب النيابة أو استحبابها و لم يثبت إلا تبرعا، و وجوبها فرع صحة الإجارة المتوقفة على إحراز القرية المصححة قبل الإجارة حتى يصح تعلق الإجارة. ثم إن ما ذكرنا من الاتفاق على صحة الاستيجار لا ينافى ما تقدم من الخلاف فى جواز استيجار الولي، لأن الكلام هناك فى سقوطه عن الولي

بالاستيجار لا فى صحته، فالفائل بالاستيجار و بعدم جوازه من الولي لا يمنع من الاستيجار إذا لم يكن ولي أو أوصى الميت بالاستيجار أو استأجر متبرع من ماله، كما أن المانع من الاستيجار لا يمنع تبرع غير الولي بالعمل كما عرفت من المحدث الكاشانى «١٢». فالنسبة بين القول بصحة الاستيجار و صحة قيام غير الولي بالعمل بإذنه أو بدون إذنه، عموم من وجه.

فرع

الظاهر أنه لا يجوز استيجار العاجز عن الأفعال الواجبة كالقيام و لو كان الفائت من الميت كذلك، لانصراف أمر القضاء أو الاستيجار إلى الفعل التام. فلو آجر نفسه للعمل فطراً عليه العجز عن أفعال الصلاة الاختيارية- كالقيام- فاحتمل فى الجعفرية انفساخ العقد، و تسلط المستأجر على الفسخ، و الرجوع بالتفاوت، و الإتيان بمقدوره، قال: و هذا أضعفها «١٣» (انتهى). و الظاهر أن هذه الاحتمالات مع تعيين المباشرة عليه، و إلا وجب الاستنابة كما لو مات. ثم إن الأوفق بالأصول الانفساخ، لعدم تمكنه من العمل المستأجر عليه «١٤».

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٧

٤- رسالة في الموسعة والمضايقة

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة اختلفوا في وجوب تقديم الفائزة على الحاضرة على أقوال:

أحدها: عدم الوجوب مطلقا

، و هو المحكى عن الحلبي في كتابه «١»- الذي استحسنة أبو عبد الله صلوات الله عليه بعد عرضه عليه- «٢» و عن الحسين بن سعيد «٣»، بل عن أخيه الحسن أيضا- بناء على أن ماله من الكتب كان لأخيه أيضا- «٤»، و عن أبي جعفر أحمد بن محمد بن عيسى الأشعري القمي «٥» و محمد بن علي بن محبوب «٦»، و عن الصدوقين «٧»، و عن الجعفي صاحب الفاخر- المعروف في كتب الرجال- بأبي الفضل الصابوني «٨»

الذي يروى عنه الشيخ و النجاشي بواسطتين- و عن الشيخ أبي عبد الله الواسطي- من مشايخ الكراچكي- و المعاصر للمفيد قدس سره حيث قال- في مسألة «من ذكر صلاة و هو في اخرى»-: إنه قال أهل البيت عليهم السلام: «يتم التي هو فيها، و يقضى ما فاته» و به قال الشافعي، ثم ذكر خلاف باقي الفقهاء «٩». و في المحكى عن موضع آخر من كتابه أنه قال: دليلنا على ذلك ما روى عن الصادق عليه السلام: أنه قال: «من كان في صلاة ثم ذكر صلاة أخرى فائتة أتم التي هو فيها، ثم قضى ما فاته» «١٠». و عن الشيخ قطب الدين الراوندي- من مشايخ ابن شهر آشوب- «١١» و عن الشيخ سديد الدين محمود الحمصي «١٢» و الشيخ الإمام أبي طالب عبد الله بن حمزة الطوسي «١٣» و الشيخ أبي علي الحسن بن طاهر الصوري «١٤» و عن الشيخ يحيى بن حسن بن سعيد- جد المحقق- «١٥» و عن ولد ولده ابن سعيد- ابن عم المحقق- في الجامع «١٦» و عن السيد الأجل علي بن طاوس «١٧» و عن العلامة في كثير من كتبه «١٨» و عن والده «١٩» و ولده «٢٠» و ابن أخته السيد عميد الدين «٢١» و أكثر من عاصره «٢٢» و الشهيد «٢٣» و المحقق الثاني «٢٤» و ولده «٢٥» و السيوري «٢٦»

و ابن القطان «٢٧» و ابن فهد «٢٨» و الصيمري «٢٩» و الشهيد الثاني «٣٠» و ولده «٣١» و تلميذه «٣٢» و ولد ولده «٣٣» و الشيخ البهائي «٣٤» و المحقق الأردبيلي «٣٥» و المحقق الجواد الكاظمي «٣٦» و الفاضل الهندي «٣٧» و السيد المحدث نعمه الله الجزائري «٣٨» و ولد ولده السيد عبد الله «٣٩»- في شرح النخبة- «٤٠» و المحقق الوحيد البهبهاني «٤١» و أكثر تلامذته، منهم السيد محمد مهدي الطباطبائي «٤٢» و الشيخ الوحيد الفقيه الشيخ جعفر «٤٣» و جماعة من علماء البحرين «٤٤» و أكثر المعاصرين، بل كلهم «٤٥» و قد صرح جماعة بدعوى الشهرة عليه مطلقا «٤٦» أو بين المتأخرين «٤٧».

و هؤلاء- مع اتفاقهم على جواز تقديم الحاضرة- بين من يظهر منه وجوبه- كما عن ظاهر جماعة من القدماء- «٤٨» فيكون الفائزة بالنسبة إلى الحاضرة كالكسوفين بالنسبة إليها- عند جماعة- «٤٩» و بين من يظهر منه استحبابه كما عن ظاهر بعضهم، و صريح أبي علي الصوري- المتقدم إليه الإشارة «٥٠»- و بين من نص على استحباب تقديم الفائزة «٥١»

و من نص على استحباب تأخير الحاضرة استنادا إلى الاحتياط لأجلها، و من يظهر منه التخيير المحض بالنسبة إلى ما عدا الفائزة الواحدة و فائتة اليوم كما عن رسالة الملاذ للمحقق المجلسي «٥٢» حيث حكم بأن الأحوط تقديم الفائزة الواحدة، و فائتة اليوم، و أما مطلق الفوائت فالظاهر عدم وجوب تقديمها، بل لا أفضليته (انتهى). لكن الإنصاف أن هذا ليس قولاً بالتخيير، لأن عدم أفضلية

تقديم الفائئة يلزمه القول برجحان تقديم الحاضرة، لعمومات «٥٣» رجحان تقديمها «٥٤» فإن من يقول برجحان تقديمها لا يقول إلا لأجل العمومات و النصوص الدالّة على رجحان تقديمها على الفائئة، لأجل إدراك فضيلة وقت الحاضرة، فتأمل. و على كل حال فيمكن القول باستحباب تأخير الحاضرة لمراعاة الاحتياط الغير اللّازم، مع استحباب تقديم الحاضرة، إمّا لعموم فضيلة أوّل الوقت «٥٥» و إمّا للنصوص الخاصّة «٥٦»، و لا منافاة بين الاستحبابين، كما نقول: إن الإتمام في الأماكن الأربعة أفضل، و القصر أحوط. بل يمكن القول باستحباب تقديم الحاضرة من جهة عمومات فضيلة أوّل الوقت و استحباب تقديم الفائئة إمّا بالخصوص «٥٧» أو لأدلة المسارعة إلى الخير «٥٨»، فتأمل. و الحاصل: أن لكل من استحباب تقديم الحاضرة و استحباب تقديم الفائئة وجوها ثلاثة: النصّ الخاصّ المحمول على الاستحباب، و عمومات المبادرة إلى الطاعات، و الاحتياط بناء على وجود القول بوجوب تقديم الحاضرة كالقول بوجوب تقديم الفائئة، و يزيد استحباب تقديم الحاضرة بوجه رابع و هو ما دلّ على فضيلة أوّل الوقت لها، حيث إن لخصوصية الجزء الأوّل من الوقت مدخلا في الفضيلة، لا- أن ذلك لمجرد رجحان المبادرة إلى إبراء الذمّة، على ما يومئ إليه بعضها «٥٩». فليكن بالتأمل فيما يمكن اجتماعه من وجوه استحباب تقديم الفائئة، مع وجوه استحباب تقديم الحاضرة، و سيجيء لهذا مزيد بيان عند ذكر الأخبار الواردة في الطرفين إن شاء الله. و كيف كان ففي صور الاجتماع نحكم باستحباب كل من الأمرين على سبيل التخير، فإن علم من دليل خارج أهميّة أحدهما حكم بمقتضاه من دون سقوط الآخر عن الاستحباب. و هذا بخلاف الواجبين المتراحمين إذا علم من الخارج أهميّة أحدهما، فإنّه يحكم بسقوط وجوب الآخر، خلافا لمن أنكر الترجيح بالأهميّة كالفاضل التوني في الوافية «٦٠»، و لمن اعترف به «٦١» مع حكمه ببقاء الآخر على صفة الوجوب على تقدير اختيار المكلف ترك الأهم. و ضعف كلا القولين، و بيان الفرق بين المستحبين المتراحمين مع أهميّة أحدهما، و الواجبين كذلك، موكول إلى محله.

و الثاني «٦٢»: القول بعدم وجوب الترتيب مع تعدد الفائئة

، و بوجوبه مع وحدتها. ذهب إليه المحقق في كتبه «٦٣» و سبقه إليه الديلمي فيما حكى عنه «٦٤» و تبعه إليه صاحب المدارك «٦٥» و قواه الشهيد في نكت الإرشاد «٦٦» و إن عدل عنه في باقي كتبه «٦٧». و حكى عن صاحب هديّة المؤمنين «٦٨» و عن المختلف «٦٩» نسبة

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٨

القول بالمضايقه إلى الديلمي، لكن المحكي «١» من بعض كلماته التفصيل المذكور حيث قال: إن الصلاة المتروكة على ثلاثة أضرب: فرض معين، و فرض غير معين، و نفل، فالأوّل يجب قضاؤه على ما فات، و الثاني على ضربين: أحدهما: أن يتعين له أن كلّ الخمس فأت في أيام لا يدري عددها. و الثاني: أن يتعين له أنها صلاة واحدة، و لا يتعين أي صلاة هي. فالأوّل: يجب عليه فيه أن يصلّى مع كلّ صلاة صلاة حتى يغلب على ظنه أنه و في. و الثاني: يجب عليه أن يصلّى اثنين، و ثلاثا، و أربعا «٢» (انتهى). و ظاهره كما ترى التوسعة في الفوائت المتعددة. و ممّن يظهر منه اختيار هذا، المحقق الآبي - تلميذ المحقق - فيما حكى عنه «٣» من كشف الرموز حيث قال - بعد ما اختار القول بالمضايقه و الترتيب مطلقا «٤» و ذكر تفصيل شيخه المحقق و مستنده - : «و هو حسن اذهب اليه جزما، و على التقديرات لا يجوز لصاحب الفوائت الإخلال بأدائها إلا للضرورة، و عند أصحاب المضايقه إلا لأكل أو شرب ما يسدّ الرمق أو تحصيل ما يتقوت به هو و عياله و مع الإخلال بها يستحقّ المقّت في كلّ جزء من الوقت «٥» (انتهى).

ثم إن هؤلاء إنما صرّحوا بالتفصيل في الترتيب، و أمّا وجوب المبادرة فظاهر صاحب المدارك «٦» عدمه مطلقا، كما أن صريح المحكي عن هديّة المؤمنين «٧» ثبوته مطلقا، حيث قال: يجب المبادرة إلى القضاء فوراً لاحتمال اخترام المتيّة «٨» في كلّ ساعة، بل لم يرخص المرتضى «٩» إلا أكل ما يسدّ الرمق، و النوم الحافظ للبدن، و أن لا يسافر سفرا ينافيه، و بالغ في التصيق كلّ مبلغ، ثم قال: و أمّا الترتيب بين الحاضرة و الفائئة فإن كانت واحدة قدّمها على الحاضرة، و ان كانت أكثر قدّم الحاضرة عليها. و إن أراد تقديم الفوائت

المتعددة عليها مع سعة الوقت فجازر أيضا «١٠» (انتهى). و ظاهره جواز فعل الفريضة الحاضرة مع فوريتها الفوائت المتعددة، بل استحبابها قبله، بل المحكى «١١» عنه التصريح بجواز فعل النافلة على كراهية لمن كانت ذمته مشغولة بصلاة واجبة. و الظاهر أنه لا يحكم بفساد العبادة مع فوريتها ضدها الواجب، فيبقى الحاضرة على حكم استحباب المبادرة إليها، لا أن الحاضرة و النافلة مستثيان من فوريتها فعل الفائتة، لأنه لم يتعرض لحرمة ما ينافيها حتى يقبل الاستثناء، بل نسب حرمة الأضداد إلى السيد المرتضى. و أما المحقق فالمحكى عنه «١٢» فيما عدا الشرائع: التصريح باستحباب تقديم الفائتة المتعددة «١٣»

بل عن المعبر «١٤» و العزية «١٥»: التصريح بعدم فوريتها، و أما في الواحدة فليس في كلماته الموجودة، و المحكية عنه، إلا و جوب تقديمها على الحاضرة، من غير تعرض للفورية، بل استظهر «١٦» من كلامه في المعبر و العزية: نفي الفورية فيها أيضا. و أما الشرائع فقد قال فيها- بعد ذكر أصل و جوب قضاء ما فات من الصلوات المفروضة-: و يجب قضاء الفائتة وقت الذكر ما لم يتضيق وقت حاضرة «١٧» و ترتب «١٨» السابقة على اللاحقة، كالظهر على العصر، و العصر على المغرب، و المغرب على العشاء «١٩»، و إن فاتته صلوات لم ترتب على الحاضرة، و قيل ترتب و الأول أشبه «٢٠» (انتهى). فقله: «و يجب قضاء الفائتة وقت الذكر ما لم يتضيق وقت الحاضرة» يحتمل وجوها، لأن المراد بالفائتة إما أن يكون خصوص الواحدة، كما قيده به في المسالك «٢١» و المدارك «٢٢» و إما أن يكون المراد مطلق الفائتة، و على التقديرين:

إما أن يراد و جوب المبادرة إلى القضاء وقت الذكر، و إما أن يراد بيان وقت القضاء بعد بيان أصل وجوبه، فيكون المراد: أن الأوقات كلها صالحة لقضاء الفوائت إلا وقت ضيق الحاضرة، فهذه أربعة احتمالات: فعلى التقدير الأول منها تدل العبارة على فورية الفائتة الواحدة مطابقة، و يدل بالالتزام على و جوب الترتيب، بناء على أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص، أو على أن الترتيب، بناء على أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص، أو على أن الترتيب واجب مستقل يرجع إلى و جوب تقديم الفائتة، لا أنه «٢٣» شرط يرجع إلى اعتبار تأخير الحاضرة، و اشتراط براءة الذممة عن الفائتة في صحتها. لكن الإنصاف: أن هذا الاحتمال خلاف ظاهر العبارة، من جهة عدم مساعدة السياق له من وجهين: أحدهما: أنه قد فصل شقى التفصيل بين الواحدة و المتعددة بمسألة، و هى ترتب الفوائت بعضها على بعض. و احتمال أن يكون قد فرغ من حكم الواحدة، ثم تعرض للمتعددة فذكر- أولا- عدم الترتيب بينها «٢٤»، ثم عدم الترتيب بينها و بين الحاضرة، ينافيه عنوان المسألة الثانية بقوله: «و إن فاتته صلوات لم ترتب على الحاضرة». و هذا بخلاف ما إذا أريد بالفائتة مطلقها، فيكون في مقام بيان فوريتها القضاء مطلقا، أو بيان وقته كذلك، فيكون قد تعرض- بعد بيان و جوب أصل القضاء- لوقته، ثم لاعتبار الترتيب فيه مع التعدد، ثم لعدم ترتب الفائتة المتعددة على الحاضرة، فيكون حكم الفائتة الواحدة مسكوتا عنه، أو استفادا من مفهوم العبارة، أو مما سيجيء في كلامه في مسألة العدول.

و الثانى: أنه إن كان الترتيب لازما لوجوب المبادرة، فالأحسن التعبير عن عدم و جوب الترتيب في المتعددة بعدم و جوب المبادرة إليها، و إنما فلا حسن في التعبير عن وجوبه في الواحدة بوجوب المبادرة إليها. ثم إنه قد فرغ على هذا القول: أن من عليه فوائت إذا قضاها حتى بقيت واحدة لم يجز له- حينئذ- الاشتغال بالحاضرة، و إن جاز له قبل ذلك، كما أن من عليه فائتة واحدة إذا صار عليه اخرى سقط عنه و جوب الترتيب. و الفرع الأخير ظاهر، و أميا الأول فلا يخلو عن شىء، لإمكان دعوى ظهور كلمات أصحاب هذا القول- كأدلتهم- فيما إذا اتحدت الفائتة بالأصل، فلا يعم لما إذا بقيت من المتعددة واحدة.

و كيف كان فلا ينبغى «٢٥» الإشكال في أنه إذا كانت الفائتة واحدة بالذات، و عرض لها التعدد لعدم تعيينها أو لاشتباه القبلة أو اشتباه الثواب الطاهر بالنجس، أن حكمه في و جوب الترتيب حكم الواحدة، إذ لم يفتم من المكلف إلا واحدة، إلا أن البراءة منها، بل العلم بها يتوقف على متعدّد.

. و بالمضايقة في فائتة اليوم. واحدة كانت أو متعدّدة، و هو المحكى عن المختلف حيث قال: الأقرب أنه إذا ذكر الفائتة في يوم الفوات، و جب تقديمها على الحاضرة إذا لم يتضيق وقت الحاضرة، سواء اتحدت أم تعددت، و يجب تقديم سابقتها على لاحقتها، و إن لم يذكرها

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤٩

حتى يمضى ذلك اليوم، جاز له فعل الحاضرة في أول وقتها، ثم اشتغل بالقضاء- سواء اتحدت الفائتة، أو تعددت- و يجب الابتداء بسابقتها على لاحقتها، و الأولى تقديم الفائتة ما لم يتضيق وقت الحاضرة «١» (انتهى). و حكى هذا القول عن بعض شراح الإرشاد «٢» أيضا. و الظاهر أن المراد بيوم الفوات في كلامه: هو ما يشمل الليل، إذ النهار فقط لا يمكن أن يكون ظرفا لفوات الصلوات المتعدّدة و لذكرها، فقوله: «إذا ذكر الفائتة في يوم الفوات»، لا- يستقيم إلّا على أن يكون الذكر في الليل، و الفوات في النهار، أو بالعكس، فالظرف الواحد للذكر و الفوات كليهما ليس إلّا اليوم بالمعنى الشامل لليل. و هل المراد: الليلة الماضية أو المستقبل؟

الظاهر، بل المتعين هو الثاني، كما يظهر بالتدبر في كلامه. و اعلم أنه قدس سرّه ذكر في المختلف في مسألة العدول عن الحاضرة إلى الفائتة: أنه لو اشتغل بالحاضرة في أول وقتها ناسيا، ثم ذكر الفائتة بعد الإتمام صحّت صلاته إجماعا، و إن ذكرها في الأثناء، فإن أمكنه العدول إلى الفائتة عدل بتيته استحبابا عندنا، و وجوبا عند القائلين بالمضايقة «٣» (انتهى). و ظاهر هذه العبارة يوهم العدول عن التفصيل المذكور إلى القول بالمواسعة مطلقا، إلّا أن الذي يعطيه التدبر في كلامه، أن مراده الفريضة الحاضرة، المختلف فيها بينه و بين أرباب المضايقة المطلقة لا بينهم و بين أرباب الموسعة المطلقة. و يحتمل قويا ابتناء ذلك على خروج فوائت اليوم- عنده- عن محلّ النزاع بين أرباب الموسعة و المضايقة، تبعا لما سيأتى «٤» عن شيخه المحقق في العزّيّة، فلا- يكون هذا القول تفصيلا بين القولين. نعم ربّما يحكى عدوله عن هذا القول إلى الموسعة في المسائل المدنية المتأخر تأليفها عن كتاب المختلف. ثم إن ظاهر العبارة السابقة: أنها تفصيل فيما إذا فات الأداء للنسيان، و أمّا إذا فات لغيره من الأعذار، أو عمدا، فلا تعرّض فيها لحكمه، كما لا تعرّض فيها لحكم ما إذا اجتمع فوائت اليوم مع ما قبله، و وسع الوقت للجميع. و هل يقدم الجميع على الحاضرة، لثبوت الترتيب بين الحاضرة و فوائت اليوم، و ثبوت الترتيب بين فوائت اليوم و ما قبلها، بناء على القول بترتيب الفوائت بعضها على بعض. أو لا- يجب الاشتغال بشيء حينئذ، لعدم التمكن من فعلها إلّا بعد ما أذن في تأخيرها، مع إمكان إدخاله في إطلاق كلامه، الراجع إلى عدم وجوب الترتيب إذا كان عليه أكثر من يوم فتأجيل. أو يجب الاقتصار على فائتة اليوم، لدعوى اختصاص وجوب الترتيب بين الفوائت بما إذا كانت متساوية في وجوب تداركها، فلا- يعمّ ما إذا كان بعضها واجب التقديم لأمر الشارع بالخصوص، خصوصا لو قال بوجوب الفورية في فائتة اليوم، دون غيرها؟ وجوه، لا يبعد أولها، ثم ثالثها على القول بالفورية مع الترتيب.

الرابع: ما حكى عن المحقق في العزّيّة

حيث قال في عنوان هذه المسألة ما هذا لفظه:

و تحرير موضع النزاع أن نقول: صلاة كلّ يوم مترتبة بعضها على بعض، حاضرة كانت أو فائتة، فلا يقدم صلاة الظهر من يوم، على صبحه، و لا عصره على ظهره، و لا مغربه على عصره، و لا عشاؤه على مغربه، إلّا مع تضييق الحاضرة. و أمّا إذا فاتة صلوات من يوم، ثم ذكرها في وقت حاضرة من آخر، فهل يجب البدأ بالفوائت ما لم يتضيق الحاضرة؟ قال أكثر الأصحاب: نعم، و قال آخرون: ترتب الفوائت في الوقت الاختياري، ثم تقدم الحاضرة. و الذي يظهر لى وجوب تقديم الفائتة الواحدة، و استحباب تقديم الفوائت، فلو أتى بالحاضرة قبل تضييق وقتها و الحال هذه جاز «٥» (انتهى). و ظاهره عدم الخلاف في وجوب الترتيب في فوائت اليوم، و هو خلاف إطلاق كلمات أرباب القولين، بل صريح بعضها.

الخامس: ما عن ابن [أبي] جمهور الأحسائي «ع» من التفصيل

بين الفائتة الواحدة، إذا ذكرها يوم الفوات، دون المتعددة و الواحدة المذكورة في غير يوم الفوات.

السادس: القول بالمواصلة إذا فاتت عمداً، وبالمضايقة إذا فاتت نسياناً،

و هو المحكى عن الشيخ عماد الدين بن حمزة في الوسيلة، حيث قال: أما قضاء الفرائض فلم يمنعه وقت، إلا تضييق وقت الحاضرة، و هو ضربان، إما فاتته نسياناً، أو تركها قصداً اعتماداً، فإن فاتته نسياناً و ذكرها، فوقتها حين ذكرها إلا عند تضييق وقت الفريضة، فإن ذكرها و هو في فريضة حاضرة، عدل ببيتها إليها ما لم يتضييق الوقت، و إن تركها قصداً جاز له الاشتغال بالقضاء إلى آخر الوقت، و الأفضل تقديم الحاضرة عليه، و إن لم يشتغل بالقضاء، و أخر الأداء إلى آخر الوقت كان مخطئاً «٧» (انتهى). و ظاهره وجوب العدول عن الحاضرة إلى الفائتة المنسيّة، و هو إمّا لاعتبار الترتيب، أو لإيجاب المبادرة إلى المنسيّة، و إن ذكرها في أثناء الواجب و إن قلنا بعدم اعتبار الترتيب - بناء على القول بالفورية دون الترتيب - كما سبق «٨» عن صاحب رساله هديه المؤمنين، و إمّا للدليل الخاص على وجوب العدول، و إن لم نقل بالترتيب و لا - بالفورية، و هذا أردأ الاحتمالات، كما أن الأول أقواها. هذا كله في المنسيّة، و أما المتروكة قصداً، فظاهره عدم وجوب الترتيب مع استحباب تقديم الحاضرة، و لازمة عدم وجوب الفور إلا أن يجعل مقدار زمان يسع الحاضرة مستثنى من وجوب المبادرة، و كون المكلف مخيراً فيه مع استحباب تقديم الحاضرة، كما ينبى عنه قوله: «و إن لم يشتغل بالقضاء، و أخر الأداء إلى آخر الوقت كان مخطئاً» بناء على أن المراد بالخطأ: الإثم كما فهمه الشهيد «٩». هذا على تقدير إرجاع الخطأ إلى عدم الاشتغال بالقضاء، و أمّا إذا رجع إلى تأخير الأداء إلى آخر الوقت بناء على أن المراد بآخر الوقت مجموع الوقت الاضطرارى الذى لا يجوز التأخير إليه إلا لصاحب العذر - على ما ذهب إليه صاحب هذا القول -، و يكون إطلاق آخر الوقت على مجموع ذلك الوقت تبعاً للروايات الواردة فى أن «أول الوقت رضوان الله و آخره غفران الله» «١٠» أمكن أيضاً استظهار فورية القضاء منه من جهة دلالة كلامه بالمفهوم على أنه لو اشتغل بالقضاء، و أخر الأداء إلى آخر الوقت لم يكن مخطئاً، و لا يكون ذلك إلا إذا كان القضاء من الأعذار، و العذر - على ما ذكره صاحب هذا القول، قبل العبارة المتقدمه بأربعة أسطر - : السفر و المرض و اشتغل الذى يضّر تركه بدينه أو دنياه، فلو لم يكن القضاء فورياً خرج عن الأعذار الأربعة.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٠

إلا أن يقال: ظاهر العذر فى كلامه، ما عدا الصلاة، فتأمل. و أمّا المراد بالوقت فى قوله: «ما لم يتضييق وقت الحاضرة» فيحتمل أن يكون وقت الاختيار، و يؤيده ما تقدم «١» عن المحقق فى العزيمية من ذهاب جماعة. إلا أن الفوائت ترتب فى الوقت الاختيارى، ثم تتقدم الحاضرة. و أن يكون مطلق الوقت بناء على جعل القضاء من الأعذار المسوّغه للتأخير. ثم إنه ليس فى كلامه تعرّض لحكم المتروكة لعذر آخر غير النسيان. و لا لحكم اجتماع المتروكة نسياناً مع المتروكة عمداً، بناء على وجوب الترتيب بين الفوائت عند هذا القائل، فإنه يجىء فيه - مع فرض تأخير المنسيّة - الاحتمالات الثلاثة المتقدمه فى فروع القول المتقدم «٢» عن المختلف.

السابع: ما تقدم عن العزيمية من الترتيب فى الوقت الاختيارى، دون غيره.

الثامن: القول بالمضايقة المطلقة

، و هو المحكى «٣» عن ظاهر كلام القديمين «٤» و الشيخين «٥» و السيدين «٦» و القاضي «٧» و الحلبي «٨» و الحلّي «٩»، و عن المعبر «١٠» نسبه إلى الديلمي «١١» و هو المحكى أيضا عن الشيخ ورام بن أبي فراس «١٢» و عن الشيخ الجليل الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي - تلميذ المحقق - «١٣» و حكاية «١٤» هذا القول عن أكثر القدماء مستفيضة، و حكى عن غير واحد أنه المشهور «١٥» فهذه أصول أقوال المسألة، و إذا لوحظ الأقوال المختلفة بين أهل الموسعة التي تقدّمت إليها الإشارة، زادت الأقوال على الثمانية. و ذكر بعض المحققين: أن جملة المطالب التي يدور عليها هذا القول الأخير، و يدلّ عليها كلام القائلين - كلاً أو بعضاً، نصّاً، أو ظاهراً - سبعة:

الأول: ترتيب الأداء على القضاء

، و هو المحكى عمّن عدا الديلمي و الشيخ ورام ممّن تقدّم ذكره من الفقهاء.

الثاني: التسوية بين أقسام الفوائت و أسباب الفوات في مقابل التفاصيل المتقدمة.

الثالث: فورية القضاء

، المحكية «١٦» عن صريح المفيد «١٧» و السيدين «١٨» و الحلبي «١٩» و الحلّي «٢٠» و ظاهر الشيخ «٢١» و القديمين «٢٢» و الآبي «٢٣»، بل عن المفيد و القاضي و أبي المكارم و الحلّي: الإجماع على ذلك «٢٤».

الرابع: بطلان الحاضرة إذا قدّمت على الفائتة في السعة

، و هو المحكى «٢٥» عن صريح الشيخ «٢٦» و السيدين «٢٧» و القاضي «٢٨» و الحلبي «٢٩» و الحلّي «٣٠» و عن الغنية «٣١»: الإجماع عليه.

الخامس: العدول عن الحاضرة إلى الفائتة إذا ذكرها في الأثناء

، و هو المحكى «٣٢» عن المرتضى «٣٣» و الشيخ «٣٤» و القاضي «٣٥» و الحلبيين «٣٦» و الحلّي «٣٧». و عن المسائل الرسيّة للسيد «٣٨» و الخلاف للشيخ «٣٩» و خلاصة الاستدلال للحلّي و شرح الجمل: الإجماع عليه «٤٠».

السادس: وجوب التنازل بالقضاء إلّا عند ضيق الأداء

و الاشتغال بما لا بدّ منه من ضروريات المعاش من الكسب و الأكل و الشرب و النوم، و هو المحكى «٤١» عن صريح المرتضى «٤٢» و الشيخ «٤٣» و القاضي «٤٤» و الحلبي «٤٥» و الحلّي «٤٦»، بل هو لازم كلّ من قال بالفورية، و لذا ذكر الآبي - فيما حكى عنه «٤٧» -

: أن عند أصحاب المضايقة لا يجوز الإخلال بالقضاء إلا لأكل أو شرب ما يسد به الرمق أو تحصيل ما يتقوت به هو و عياله، و مع الإخلال بها يستحق العقوبة في كل جزء من الوقت «٤٨» (انتهى).

السابع: تحريم الأفعال المنافية للقضاء عدا الصلاة الحاضرة في آخر وقتها

، و ضروريات الحياة، و هو المحكى «٤٩» عن صريح المرتضى «٥٠» و الحلّى «٥١» و ظاهر المفيد «٥٢» و الحلبيين «٥٣» حيث رتبوا تحريم الحاضرة في السعة على تضيق الفائتة، و بنى المفيد «٥٤» تحريم النافلة لمن عليه فائتة على تحريم الحاضرة، و مقتضاه استناد التحريم إلى التضاد، فيطرد في جميع الأضداد، و قد ذكر المحقق و العلامة في المعبر «٥٥» و المنتهى «٥٦» ان لازم هؤلاء تحريم جميع المباحات المضادة للقضاء.

و حينئذ فتخصيص جماعة «٥٧» نسبة القول بتحريم الأضداد إلى المرتضى و الحلّى فقط، محمول على إرادتها اختصاصهما بالتصريح بذلك، و لذلك نسبه في محكى «٥٨» التذكرة «٥٩» إلى السيد و جماعة. ثم اعلم أن هذه المسألة معنونة في كلام بعضهم «٦٠» بوجوب ترتيب الحاضرة على الفائتة و عدمه، و في كلام آخرين بالمضايقة و الموسعة. و لا ريب أن الترتيب و التضيق غير متلازمين بأنفسهما، لجواز القول بالترتيب من دون المضايقة من جهة النصوص، و إن أفضى إلى التضيق أحيانا، كما إذا كانت الفوائت كثيرة لا تقضى إلا إذا بقي من الوقت مقدار فعل الحاضرة، و يجوز القول بالفورية من دون الترتيب كما تقدم عن صاحب هدية المؤمنين «٦١»، و إن أفضى إلى التزام الترتيب بناء على القول بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده. فالقول بأن الفورية و الترتيب متلازمان «٦٢» لا يخلو عن نظر، سواء أريد تلازمهما فى أنفسهما، أو أريد تلازمهما بحسب القائل، بمعنى أن كل من قال بأحدهما قال بالآخر، لما عرفت من وجود القائل بأحدهما دون الآخر. لكن الإنصاف أن معظم القائلين بالترتيب إنما قالوا به من جهة الفورية، فما ذكره الصيمرى «٦٣»- فيما حكى عنه-: أن منشأ القول بالترتيب و عدمه: القول بالمضايقة و عدمها، محل تأمل، إلا أن يريد به الأكثر، أو يريد جميع القائلين بالترتيب بالنسبة إلى زمانه. و أولى بالتأمل ما يظهر من بعض «٦٤» أن القول بالترتيب أصل مسألة المضايقة، بل الحق أن القول بالترتيب و القول بالفورية ليس أحدهما متفرعا على الآخر فى كلمات جميع الأصحاب، نعم القول بالترتيب متفرع على الفورية فى كلمات أكثر أهل المضايقة. و أما وجوب العدول، فهو من فروع الترتيب و يحتمل- ضعيفا- كونه غير متفرع على شىء، و يكون المدرك فيه مجرد النص، و أضعف منه كونه من فروع الفورية، و إن لم نقل بالترتيب، و وجهه- مع ضعفه- يظهر بالتأمل. و أما بطلان الحاضرة و صحتها فى سعة الوقت، فيحتمل تفرعه على الفورية بناء على اقتضاء الأمر المضيق النهى عن ضده الموسع و عدم «٦٥» الأمر به، و يحتمل تفرعه على الترتيب و إن لم نقل بالفورية. و أما حرمة التشاغل بالأضداد، فلا إشكال فى أنه من فروع الفورية. هذا خلاصة الكلام فى الأقوال، فلنشرع فى ذكر أدلتها مقدما لأدلة القول بالموسعة المطلقة، متبعا إياه بأدلة المضايقة المطلقة، ثم نتكلم فى أدلة باقى الأقوال حسب ما يقتضيه الحال، فنقول:

[أدلة القول بالموسعة]

إشارة

[الأول: الأصل] احتج للقول بالموسعة المطلقة بوجوه:

أحدها: الأصل. و تقريره من وجوه خمسة، أو ستة:

الأول: أصالة البراءة عن التعجيل

، فإنَّ وجوب التعجيل و إن لم يكن تكليفا مستقلا، بل هو من أنحاء وجوب الفعل الثابت في الجملة، إلا أنَّ الوجوب الثابت على نحو التضييق ضيق، لم يعلم من قبل الشارع، و «الناس في سعة ما لم يعلموا» (٦٦)، فالتضييق الذي حجب الله علمه عن العباد موضوع عنهم (٦٧)، و توهم أنَّ أصالة البراءة مختصة بصورة الشكِّ في تكليف مستقل، مدفوع في محله (٦٨).

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥١

بل التحقيق: أنَّ مقتضى أدلة البراءة أنَّ كلَّ ضيق يلحق الإنسان شرعا في العاجل، و كلَّ عقاب يرد عليه في الآجل لا بدَّ أن يكون معلوما تفصيلا أو إجمالا، و لا- يرد شيء من الضيق و العقاب مع عدم العلم. فإن قلت: إنَّ الاحتياط على خلافه، و تقريره- على ما ذكره بعض المحققين من المعاصرين «١»: - أنَّ الوجوب لِمَا اقتضى تحتم الفعل و حرمة الترك، فنبوته يقتضى لزوم الامتثال و الخروج عن صنف المخالفين للأمر، و حيث ثبت في أوَّل أوقات التمكن، فترك الامتثال- حيثئذ- بقصد التأخير عنه أو بدونه إنَّما يجوز بأحد أمرين: أحدهما: إذن الشارع، فيسوغ الترك و إن أدَّى إلى تركه لا إلى بدل. الثاني: الانتقال إلى بدل ثبت بدليته عنه أو عن تعجيله، معلوم تمكُّنه منه، فيسوغ الترك أيضا و إن لم يأذن الشارع صريحا، و كلا- الأمرين غير معلوم. أمَّا الإذن «٢» فلائته المفروض فإنَّه إنَّما يثبت في الموسع لمكان وجوبه به جهة حرمة تركه عند ظنِّ ضيق الوقت المضروب أو ضيق وقت التمكن، و إن كان هذا خلاف مقتضى إطلاق الوجوب، لأنَّ انتفاء الظنِّ المذكور يقتضى انتفاء خاصية الوجوب و مصلحته الفعلية، فإنَّ من جرى في علم الله أنَّه يموت فجأة في سعة الوقت، إن فعل أدَّى راجحا، و إن ترك، ترك ما جاز له تركه، و هو من خواصَّ الندب. نعم قد يترتب أثر الوجوب باعتبار وجوب القضاء أو ما في حكمه، و تبيُّه الوجوب ظاهرا و استحقاق ثواب الواجب و حرمة إزالة التمكن من نفسه، و كلَّ ذلك خارج عن المطلوب. أو باعتبار إيجاب العزم على الفعل بدلا عنه، و لم يثبت فيما نحن فيه كما يأتي، و كأنَّ ما ذكر هو الداعي لتخصيص بعضهم الوجوب بأوَّل الوقت أو آخره- إن أرادوا تخصيص حقيقة الوجوب بأوَّل أوقات التمكن أو آخرها المعلوم أو المظنون. و كيف كان، فحيث ثبت الإذن في التأخير، فلا محيص عن القول بجوازه و بعدم الإثم في الفوات المترتب عليه، و إن كان منافيا لما هو الظاهر من إطلاق الوجوب و اشتراكه بين الجميع، و لمَّا لم يثبت هنا وجب العمل بمقتضى ظاهر الوجوب- كما ذكر-، و لم يصحَّ قياسه على الموقَّت الموسع و لا- سيمًا مع ما بينهما من الفرق، لأنَّ تجويز التأخير في الموقَّت لا يفضي إلى تفويته غالبا، بخلاف المطلق. و أمَّا الثاني- و هو الانتقال إلى البدل-، فموقوف على إثباته هنا على نحو ما تقدّم، و هو إمَّا العزم على الفعل في وقت آخر، أو نفس ذلك الفعل، و الأوَّل لم يثبت بدليته هنا، و إنَّما قيل بها في الموقَّت المأذون في تأخيره، تحقيقا لحقيقة الوجوب المشترك بين الجميع، و تأديء لمقتضى الامتثال الواجب عليهم. و حيث تعلق الأمر هنا بالقضاء بعينه و لم يثبت الإذن في تأخيره و كان مقتضى الإيجاب ظاهرا هو المنع من التأخير، لم يتجه هنا دعوى بدليَّة العزم عنه، أو عن تعجيل فعله، مع أنَّ كثيرا من العلماء و أرباب المواسعة ينكرون بدليَّة العزم في الموسع، فلا يستقيم الالتزام بذلك هنا عن قبلهم. و أمَّا نفس الفعل في وقت آخر فلم يثبت بدليته عمَّا كلف به بتمامه، و لا- يعلم التمكن منه، فضلا عن وقوعه. أمَّا الأوَّل: فلأنَّ إرادة الشارع ابتداء للفعل في أوَّل أوقات التمكن معلومة، و أمَّا في سائر الأوقات فلا، غاية الأمر أنَّه لو تركه أولا و جب عليه الفعل ثانيا، و كان مجزيا عمَّا كلف به في ذلك الوقت، لا- عن تمام التكليف الثابت أولا، فلا- يلزم التأخير ابتداء بين جميع الأوقات. و أمَّا الثاني: فظاهر، لعدم إحاطة العلم عادة بالعواقب، فلو قطع النظر عن عدم ثبوت بدليته، لكان في عدم العلم بإدراكه كفاية في وجوب المبادرة، إذ بها يتيقن فراغ الذمَّة عمَّا اشتغل به الذمَّة يقينا، فإنَّ المبادر ممثل قطعا على أيِّ حال، و إن عرضه ما يمنع الإكمال، و ربما يموت تاركا فيبقى ذمته مشغولة بما وجب عليه، فيصير مستحقا للعقاب على تركه الواقع باختياره، إذ لا يعتبر في الترك الموجب لذلك أن يكون بحسب جميع الأحوال الممكنة في حقِّه، بل بما هو الثابت واقعا في شأنه، و لمَّا كان الواقع غير معلوم قبل وقوعه لم يمكن إحالة التكليف بالامتثال عليه، حتَّى

يختلف باختلافه، فيكون مضييقاً لجماعه و موسّعاً لآخرين بحسب تزايد الآتات و الساعات و الشهور و الأعوام، فتعين أن يكون منوطاً بالتضييق الذي يعلم به حصول الامتثال بالنسبة إلى الجميع، فمن أدخل نفسه في صنف التاركين، ثم تداركه فضل الله سبحانه بأن أبقاه إلى أن أدى المأمور به، دخل في صنف العاملين، و لكن لا يمكن البناء على ذلك ابتداءً أولاً فأولاً، و إن أدت إلى فوات الحاضرة المأذون في تأخيرها. و أما البناء على ظن ضيق وقت التمكن و عدمه، كما في الموسع، فموقوف على الدليل، و هو منتف هنا، فوجب البناء على ما ذكر (انتهى تقرير الاحتياط ملخصاً). و الجواب: إن الأمر المطلق إنما يقتضى وجوب الفعل المشترك بين الواقع في أول أزمته التمكن، و الواقع فيما بعده من أجزاء الزمان التي يمكن إيقاع المأمور به فيها، و حينئذ فالتأخير عن الجزء الأول ترك لبعض أفراد الواجب، و هو لا يحتاج إلى إذن من الشارع، لأنّ العقل حاكم بالتخيير في الامتثال بين مصاديق المأمور به. و من هنا ظهر فساد ما ذكره من أن الوجوب في الواجب الموسع باعتبار حرمة تركه عند ظن الضيق، بل وجوبه باعتبار حرمة تركه المطلق المتحقق بتركه في جميع الأجزاء. و أمياً عدم مؤاخذه من فاجأه العجز في أثناء الوقت، فليس لعدم اتصاف الفعل حقيقة بالوجوب فيما قبل الجزء الأخير من الوقت، بل لأجل أن الواجب لا يعاقب على تركه إلا إذا وقع الترك على جهة العصيان، لاستقلال العقل و دلالة النقل على أنه لا عقاب إلا مع العصيان، و لا عصيان في الفرض المذكور. فتحقق بما ذكرنا: أن الفعل المأتم في كل جزء من الزمان من أفراد المأمور به و امتثال لتمامه، فلا يقال إنه بدل من الواجب نظير بديء العزم، بل هو نفسه، و أما احتمال طرؤ العجز عن الفرد الآخر فهو إنما يوجب رجحان المبادرة بحكم العقل المستقل الحاكم بحسن إحراز مصلحة الوجوب و مرجوحية التأخير المفضى أحياناً إلى فواتها و إن لم يوجب عقاباً على المكلف. و يؤيد النقل، مثل قوله عليه السلام: «إذا دخل الوقت فصل، فإنك لا تدري ما يكون» (٣). و أما وجوب هذا الاحتياط فلم يثبت بعد حكم العرف و الشرع بأصالة بقاء التمكن و عدم طرؤ العجز، و إجماع العلماء و العقلاء على عدم وجوب المبادرة في الموسع الموقت، و جعل الشارع - في الرواية المذكورة و أمثالها - احتمال طرؤ المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٢

العجز علمه لاستحباب المبادرة دون وجوبها، إلى غير ذلك مما يقطع معه بعدم كون الاحتمال المذكور سبباً لوجوب الاحتياط. نعم ربما قيل باستحقاق العقاب لو اتفق ترك الواجب الموسع الغير الموقت، و لازمه وجوب المبادرة عقلاً - من باب الاحتياط، تحرزاً عن الوقوع في عقاب الترك - و إن لم يجب شرعاً، ليكون من قبيل المضيق الذي يعاقب على تأخيره، و إن لم يتفق العجز. لكن هذا القول مع ضعفه لا ينعف فيما نحن فيه، لأنّ الكلام في التوسعة و التضييق المستلزم لوجوب المبادرة شرعاً، و إن علم المكلف بالتتمكن في ثاني الحال، و تمكن و أتى بالفعل. و بالجملة: فلا إشكال في أن الأصل هو عدم وجوب المبادرة شرعاً.

الثاني من وجوه تقرير الأصل: استصحاب صحه صلاته الحاضرة على أنها حاضرة، إذا ذكر الفاتنة في أثناءها.

فإن القائل بالمضايقه يدعى فساد الصلاة، إذا استمر على نيتها الاولى عند تذكر الفاتنة، و الأصل عدمه. و يرد عليه: أنه قد حققنا في الأصول (١) عدم جريان استصحاب الصحه، إذا شك في أثناء العمل في شرطية أمر فقد، أو مانعية أمر وجد، كالترتيب بين الحاضرة و الفاتنة فيما نحن فيه. هذا كله بناء على كون صحه الأجزاء السابقة على الذكر واقعية و أما إذا قلنا بأن وجوب القضاء واقعا، موجب لفساد الحاضرة واقعا، غاية الأمر أن المكلف ما لم يتذكر القضاء معذور، فالتذكر كاشف من وجوب القضاء و عدم صحه الأداء في متن الواقع، فصحة الأجزاء السابقة على التذكر صحه ظاهرية عذرية من جهة النسيان، ترتفع بارتفاع العذر، فلا يقبل الاستصحاب. و لا ينافي ذلك الإجماع (٢) على صحه الحاضرة إذا لم يتذكر الفاتنة إلا بعد الفراغ عنها، لأنّ هذا لا يكشف إلا عن كون الترتيب شرطاً علمياً، لا واقعياً بالنسبة إلى الجهل المستمر إلى تمام الحاضرة، فلا ينافي كونه شرطاً واقعياً بالنسبة إلى الجهل المرتفع في أثناء الصلاة، فإن كون الشروط علمية أو واقعية يختلف بحسب الموارد حسب ما يقتضيه الأدلة، ألا ترى أن النجاسة مانع علمي للصلاة بالنسبة إلى

الجهل المستمر، فلا يعيد من صلى جاهلا إلى آخر الصلاة، و أما الجاهل الذي علم في الأثناء فلا يستمر على ما فعل - على ما ذهب إليه بعض - (٣).

الثالث من وجوه تقرير الأصل: أصالة عدم وجوب العدول من الحاضرة إلى الفاتئة.

وفيه: أنه إن أريد أصالة البراءة عن التكليف بالعدول، فلا- ريب في أن الشك في المكلف به، لأن إتمام الصلاة واجب و إنما بتية الحاضرة أو بتية الفاتئة، مع أن إتمامها بتية الفاتئة مجمع على جوازه، بل رجحانه إما وجوبا و إنما استحبابا، فالأمر «٤» مردد بين تعيين إتمامها بهذه التية، و بين التخيير بينه و بين إتمامها بتية الحاضرة، فمقتضى وجوب تحصيل اليقين بالبراءة، نقل التية إلى الفاتئة. و إن أريد استحباب عدم وجوب العدول قبل التذكر. ففيه: أنه كان معذورا عقلا لأجل النسيان، و قد زال العذر. و الحكم المنوط بالأعذار العقلية- كالعجز و النسيان، و نحوهما- لا يجوز استصحابه بعد رفع العذر. فإن قلت: إن المعلوم عدم وجوب العدول حال النسيان، و أما كونه لأجل النسيان فغير معلوم. قلت: لا ريب أن النسيان علمه مستقلة لعدم وجوب العدول، فإذا شك في كون عدم الوجوب السابق مستندا إلى هذه العلة أو إلى علمه أخرى، و هي مشروعية فعل الحاضرة مع اشتغال الذمة بالفريضة الفاتئة، فمقتضى الأصل عدم مشروعيتها حينئذ. و الحاصل: أن الكلام إما أن يقع في حكم الناسى بوصف أنه ناس، و لا شك أنه حكم عذري يدور مدار النسيان وجودا و عدما، فلا معنى لاستصحابه بعد ارتفاع العذر. و إما أن يقع في حكم المكلف واقعا من حيث إنه مكلف فاتت عنه فريضة و دخل عليه وقت أخرى، و لا عذر له من نسيان أو غيره، و لا ريب أن الشك- حينئذ- في مشروعية الحاضرة و عدمها. و من المعلوم أن الأصل عدم المشروعية، فإذا ثبت بحكم الأصل عدم مشروعية الحاضرة مع عدم العذر و هو النسيان، ترتب عليه وجوب العدول إذا نسي و شرع فيها، فافهم فإنه لا يخلو عن دقة.

الرابع: أصالة إباحة فعل الحاضرة و عدم حرمتها

، إذا شك في فسادها و صححتها من جهة الشك في حرمتها و إباحتها، المسبب عن الشك في فوريتها القضاء و عدمها، بناء على القول باقتضاء الأمر المضيق النهي عن ضده، و أصالة عدم اشتراطها بخلو الذمة عن الفاتئة «٥» إذا كان الشك في اعتبار الترتيب بينها و بين الفاتئة. و يرد على الأصل الأول: أن فساد الحاضرة إن كان من جهة القول بأن الأمر المضيق يقتضى عدم الأمر بضده فيفسد الضد من هذه الجهة إذا كان من العبادات، فأصالة الإباحة و عدم التحريم لا ينفع في شيء، بل الأصل هو عدم تعلق الأمر بذلك الضد في هذا الزمان. نعم هذا الأصل مدفوع بأصالة عدم التصيق المتقدمة، لكنه أصل مستقل قد عرفت جريانه و اعتباره، و الكلام هنا في غيره. و إن كان من جهة أن الأمر المضيق يقتضى حرمة ضده، فمرجع الكلام إلى الشك في حرمة الحاضرة و إباحتها، و الأصل الإباحة و عدم التحريم. ففيه: أنه إن أريد أصالة البراءة فيرد عليه: أولا: إن حرمة الضد لو ثبت في الواجب المضيق فإنما يثبت- عند المشهور- من باب كون ترك الضد مقدمة لفعل المضيق، فيجب. و الظاهر عدم جريان الأصل في مقدمة الواجب إذا كان الشك فيها مسببا عن الشك في وجوب ذيها، أو عن الشك في أصل وجوب المقدمة في المسألة الأصولية. نعم يجرى الأصل في صورة ثالثة، و هي ما إذا كان الشك في وجوب الشيء مسببا عن الشك في كونه مقدما، كما إذا شك في شرطية شيء للواجب أو جزئيته له. و السر في ذلك أن أصل البراءة إنما ينفي المؤاخذه على ما لم يعلم كونه منشأ للمؤاخذه، و يوجب التوسعة و الرخصة فيما يحتمل المنع. و هذا إنما يتحقق في الصورة الثالثة، و أما في الصورتين الأولىين فلا يلزم من الحكم بوجوب المقدمة مؤاخذه عليها و لا منع و لا ضيق، حتى ينفي بأدلة البراءة الدالة على نفي المؤاخذه عما لم يعلم، و توجب الرخصة فيه. و ثانيا: أن أصالة عدم حرمة الحاضرة معارضة بأصالة

البراءة و عدم اشتغال الذمة بها. و إن شئت فقل: إن الأمر دائر بين حرمة الحاضرة و وجوبها، فلا أصل، فتأمل. و بمثله يجاب لو أريد بأصالة عدم الحرمة: استصحابه، بأن يقال: إنه يشك في أن الوجوب الحادث للقضاء كان على

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٣

الفور حتى يوجب حرمة الحاضرة، أو على التوسعة حتى يبقى الحاضرة على حالها من عدم الحرمة، فالأصل بقاؤها. فإن قلت: إننا نفرض ثبوت الوجوب للحاضرة في أول وقتها قبل تذكّر الفائتة، فحينئذ نقول: الأصل بقاء وجوبها بعد التذكّر. قلت: قد عرفت أن تذكّر الفائتة ليس محدثا لوجوبها، بل السبب له واقعا هو فوت الأداء، و إنما يرتفع بالتذكّر، العذر المسقط للتكليف، و هو النسيان، و حينئذ فالوجوب الثابت للحاضرة قبل التذكّر وجوب ظاهري يرتفع بارتفاع مناطه، و هو النسيان. لكن الإنصاف أن ما ذكرنا من معارضة استصحاب عدم الحرمة باستصحاب عدم الوجوب غير مستقيم، لأن الشك في مجرى الأصل الثاني مسبب عن الشك في مجرى الأصل الأول، فالأول حاكم على الثاني، لما تقرّر في الأصول «١» فالصواب: الجواب عن الاستصحاب المذكور بما سيجيء في الوجه الخامس من تقرير الأصل «٢». هذا كله في إجراء الأصل في الحكم التكليفي، و هي حرمة الحاضرة. و أما أصالة عدم اشتراطها بخلو الذمة عن الفائتة، فإن أريد بها أصالة البراءة بناء على القول بجريانها عند الشك في شرطية شيء للعبادة، فهو حسن على هذا القول، إلا أن ظاهر كلام المستدلّ به إرادة أصالة إطلاق الأمر بالحاضرة، و سيأتي الكلام في الإطلاقات.

الخامس: أن الحاضرة كانت يجوز فعلها في السعة قبل اشتغال الذمة بالفائتة

، فكذا بعده، للاستصحاب. و هذا الاستدلال حكاة بعض المعاصرين عن المختلف، و قال: إنه فاسد لتعدّد الحاضرة في الحالتين، و عدم ثبوت الحكم لكلّ حاضرة، و إلّا استغنى عن التمسك بالاستصحاب، و هو لا يجري مع تعدّد المحلّ.. ثم قال: و أما الاستدلال بأنّه لو لم يكن عليه قضاء لجاز له فعل الحاضرة في السعة، فكذلك مع ثبوته، ففاسد أيضا، لأنّ مرجعه إلى القياس أو استصحاب الحكم الغير الثابت من أصله إلّا على سبيل الفرض في نفس زمانه، و كلاهما باطل «٣» (انتهى). أقول:

استصحاب الحكم الشرعي على قسمين: أحدهما: استصحاب الحكم الجزئي الثابت بالفعل، كما إذا مضى من الوقت مقدار الفعل مع الشرائط، ثم سافر إلى أربعة فراسخ و شككنا في حدوث وجوب القصر عليه بعد وجوب الإتمام عليه بالفعل، بناء على أن العبرة بحال الأداء دون الوجوب، أو مات مجتهدة - الّذي أفتى بوجوب الجمعة عليه - فشكّ في حدوث وجوب الظهر عليه بعد وجوب الجمعة فعلا، أو رأى دما مشتبه بالحوض فشكّ في ارتفاع وجوب الصلاة الثابت عليه بالفعل.. إلى غير ذلك من الأمثلة. و الثاني: استصحاب الحكم الكلّي الثابت عليه بطريق القضيّة الشرطيّة، مثل حكم الشارع بأنّ التمام يجب بشروطها على الحاضر، و الجمعة تجب بشروطها على المقلّد لمن قال بوجوبها، و الصلاة تجب بشروطها على الطاهر من الحيض و النفاس، و هذه الأحكام شرطيات لا يتوقف صدقها على صدق شروطها، بل تصدق مع فقد الشرائط، كدخول الوقت و وجدان «٤» الطهور، فلا يعتبر في استصحاب ما كان من هذا القبيل تنجّز الحكم الشخصي و تحقّقه، فإذا فرضنا أن الشخص كان في بلده فإذا للطهورين، أو لم يدخل «٥» عليه الوقت، ثم سافر إلى محلّ يشكّ في بلوغه المسافة، لشبهه في الحكم أو الموضوع، فلا يחדش في استصحاب حكم التمام في حقّه: أنّه لم يتنجز عليه وجوب التمام في السابق من جهة عدم دخول الوقت أو فقد الطهور، بل يكفي كونه في السابق ممّن يجب عليه التمام إذا وجد في حقّه شرائط الصلاة، و كذا استصحاب وجوب الجمعة إن مات مقلّده، و استصحاب وجوب الصلاة على من رأت دما شكّ في كونه حيا لشبهه في الحكم أو الموضوع، فإنّه يحكم باستصحاب وجوب الصلاة عليه، و إن كان في الزمان السابق غير واجد للشروط، و لا يضّر عدم ثبوت الحكم بالفعل في استصحاب الحكم الكلّي. بل لو عورض استصحاب الحكم الكلّي باستصحاب عدم الحكم الفعلي كان الأول حاكما، لأنّ الشكّ في الثاني مسبب عن الشكّ فيه. إذا عرفت هذا فنقول: إنّ وجوب الفعل موسّعا في أول وقتها حكم شرعيّ كليّ و

خطاب إلهي تعلق بالمكلف وإن توقّف تنجزه و ثبوته فعلا على شروط، لكن فقد تلك الشروط لا يقدر في صدق الحكم الكلي على وجه القضية الشرطية بأن يقال: إن هذا المكلف ممن يجب عليه الصلاة و تصح منه بمجرد دخول وقتها و اجتماع باقي شرائط الصلاة، فإذا حدث و جوب القضاء عليه لفوات بعض الفرائض يقع الشك في ارتفاع الحكم الكلي المذكور، فيقال: الأصل بقاءه، فالمستصحب هو الحكم على كلى الحاضرة بالصحة و الوجوب في أول الوقت، لا- على خصوص الحاضرة المنتجزة عليه حين فراغ الذمة عن الفائتة حتى يمنع انسحابه إلى الحاضرة التي يدخل وقتها حين اشتغال الذمة بالفائتة إلاً بالقياس أو بدلالة الدليل العام المغنى عن الاستصحاب. و ما ذكره أخيراً من تقرير الاستصحاب فهو أيضاً راجع إلى ما ذكرنا، و توهم كونه من القياس أو من استصحاب الحكم الفرضي مدفوع بما ذكرنا، فإن استصحاب الحكم المعلق على شروطه قبل تحقّق شروطه راجع إلى استصحاب أمر محقّق منجز، كما يظهر بالتأمل.

و لا يخفى أن وجود مثله في المسائل الشرعية و المطالب العرفية أكثر من أن تحصى، و اعتماد أرباب الشرع و العرف عليه أمر لا يكاد يخفى، و هذا الأصل بعينه هو استصحاب عدم حرمة الحاضرة- الذي تمسك به المعترض في التقرير الرابع من تقرير الأصل-، إلاً أن ذلك عدمي و هذا وجودي، لكن جريان كليهما على الوجه الذي ذكرنا هنا و ما ذكره من الاعتراض جار في ذلك أيضاً، فتسليم أحدهما و منع الآخر تحكّم، إلاً أن يريد من الأصل- هناك- أصالة البراءة لا الاستصحاب، و قد عرفت ضعف التمسك بالبراءة.

و كيف كان، فالاستصحاب على الوجه الذي ذكرنا لا- غبار عليه، و قد عرفت سابقاً ضعف معارضته باستصحاب عدم وجوب الحاضرة، لأنّه حاكم عليه. نعم من لا يجرى الاستصحاب في الحكم الشرعي إمّا مطلقاً- كما هو مذهب بعض «٦»- أو فيما يحتمل مدخلية وصف في الموضوع، مفقود في الحال اللّاحق- كما هو المختار- لم يكن له التمسك به فيما «٧» نحن فيه، لاحتمال كون الحكم الكلي المستصحب- و هو وجوب الصلاة في الجزء الأول من الوقت- في الحال السابق، أعنى قبل الاشتغال بالقضاء منوطاً بخلو الذمة عن القضاء، فيكون المكلف الفارغ في الذمة من القضاء، يجوز له فعل الحاضرة في أول وقتها، و الشك في المدخلية يرجع إلى الشك في بقاء الموضوع، فلا يجرى

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٤

الاستصحاب، لاشرطه ببقاء الموضوع يقينا، لكن الاستدلال المذكور مبنّي على المشهور بين العلّامة رحمه الله و من تأخّر عنه من إجراء الاستصحاب في أمثال المقام.

السادس: أصالة عدم حرمة المنافيات لفعل الفائتة من المباحات الذاتية

، و هذا الأصل حسن بمعنى الاستصحاب دون البراءة، لما عرفته في التقرير الرابع و الخامس. و على أيّ تقدير فهذا الأصل إنّما يثمر في ردّ من قال بوجوب الترتيب من جهة اقتضاء فورية القضاء تحريم الحاضرة و القول بأنّ الحرمة المقدمية توجب الفساد، لو كان المنفي- المحرّم من باب المقدمه- من العبادات. و أمّا لو لم نقل- كما هو مذهب جماعة، منهم: المحقق الثاني في شرح القواعد في باب الدين «١»، بل ربّما نسبه بعضهم ككاشف الغطاء قدّس سرّه إلى كافّة الأصحاب «٢»- فلا ثمره لهذا الأصل، لأنّ إثبات الترتيب حينئذ من باب الأخبار الدالة على تقديم الفائتة، لا من وجوب المبادرة إليها، من باب أنّ الأمر بالشئ يقتضى عدم الأمر بضده فيفسد، و الحكم بالفساد من هذين الوجهين يجامع عدم حرمة الحاضرة، فلا يترتب على أصالة عدم الحرمة «٣» الحكم بصحة الحاضرة. و من هنا يظهر فساد ما قيل: من «٤» أنّه إذا ثبت عدم حرمة المنافيات بالأصل، ثبت صحة فعل الحاضرة في السعة، لعدم القول بالفصل. مع أنّ التمسك بالإجماع المركّب و عدم القول بالفصل فيما إذا ثبت أحد شطري المسألة بالأصول الظاهرية محلّ إشكال، فقد أنكره غير واحد و لا يخلو عن قوّة. و كيف كان، فالأصل المعتمد في المسألة هو الأصل الأوّل، و هو أصالة عدم الفورية. و قد يعارض باقتضاء

أصالة الاشتغال بالترتيب، و سيأتي الكلام عليها في أدلة القائلين بالمضايقة إن شاء الله.

[الدليل الثاني: الإطلاقات]

إشارة

الثاني من حجج القائلين بالمواسعة: الإطلاقات، وقد ضبطها بعض المعاصرين «٥» في طوائف من الكتاب و السنة.

الأولى: ما دل على وجوب الحواضر على كل مكلف حين دخول وقتها «٦»

و وجوب قضائها على كل من فاتته مع مضي ما يسعها عن أوقاتها «٧»، و على وليه بعد موته- إن لم يقضها بنفسه-، فلو وجب تأخيرها عن الفوائت لزم أن لا يجب على من عليه فائتة معلومة إلا عند ضيق وقت الحاضرة أو مضي زمان يسع الفائتة. و أيضا يلزم أن لا يجب عليه قضاء الحاضرة إلا إذا أدرك وقت ضيقها، أو مضي زمان يسع الجميع، فلو مات قبل ذلك أو عرض حيض أو شبهه لم يكن مشغول الذممة بالقضاء، و لم يجب على وليه تداركه بعد موته، و كل هذه مخالفة للإطلاقات المذكورة. و يرد عليه: أن القائل بالترتيب و وجوب تأخير الحاضرة عن الفائتة، إما أن يقول به من جهة فورية القضاء عنده، نظرا إلى أن الأمر بالشىء يقتضى عنده النهى عن الضد الخاص، و إما أن يقول به من جهة وجود الدليل على اشتراط الترتيب فى الحاضرة و إن لم يقل بفورية القضاء، و على كل تقدير فلا يرد الإطلاقات المذكورة، و لا يلزم تقييد لتلك الإطلاقات من جهة قوله بالترتيب. أما إذا قال به من الجهة الأولى، فلأنه يدعى أن الصلاة التي هي واجبة في أول الوقت من حيث هي- لو خلى و طبعها- قد عرض لها عدم الوجوب لأجل عروض الحرمة لها من باب المقدمه لواجب فوري. و إن شئت فقل: إن وجوبها في أول الوقت مقيد عقلا بعدم الامتناع العقلي أو الشرعي «٨» فإذا فرض طرو الحرمة لها من باب المقدمه صار ممتنعا شرعيا لأن المانع الشرعي كالمانع العقلي، فهو نظير ما إذا عرض واجب فوري آخر في أول الوقت كأداء دين فوري أو إنقاذ نفس محترمة و نحوهما، فإنه لا يلزم التقييد فى تلك الإطلاقات بعدد هذه العوارض، بل إما أن نقول: إن تلك الإطلاقات مسوقة لبيان حكم الصلاة فى أول الوقت لو خليت و نفسها، فلا ينافى عدم الوجوب لها لعارض يعرضها، كما أن قول الشارع: «لحم الغنم حلال- أو طاهر-» لا ينافى حرمة اللحم المسروق و نجاسة اللحم الملاقي للنجس، لأن طاهر-» لا ينافى حرمة اللحم المسروق و نجاسة اللحم الملاقي للنجس، لأن الحليّة و الطهارة الذاتيتين لا تنافيان الحرمة و النجاسة العرضيتين. و إما أن نقول: إنها مقيدة بالتمكّن و عدم الامتناع عقلا و شرعا، فإذا ادعى مدّع الامتناع الشرعي فيما نحن فيه لأجل الحرمة المقدمية، فلا ينفى ادعائه بالإطلاقات، نعم ليطلب «٩» فى دعواه الحرمة المقدمية- الموجبة لعروض عدم الوجوب و الامتناع الشرعي- بالاستدلال عليه، و هذا غير الاستدلال على نفى قوله بالإطلاقات، بل وجود الإطلاقات كعدمها، لانعقاد الإجماع و الضرورة على أن الحاضرة- لو لم يمنع عن فعلها فى أول الوقت مانع عقلي أو شرعي- متصفة بالوجوب و الصحة، و هذا القدر كاف فى صحة الحاضرة بعد ثبوت عدم المانع، و لو بحكم الأصل المتقدم، الدال على عدم الفورية الموجبة لظرو الحرمة على فعل الحاضرة. نعم لو أنكر أحد سوق تلك الإطلاقات لمجرد بيان حكم الصلاة فى نفسها على حدّ قول الشارع: الغنم حلال أو طاهر، فى مقابل قوله: الكلب حرام أو نجس، و ادعى سوقها لبيان التكليف و حمل المكلف فى أول الوقت على الفعل، بحيث يظهر من إطلاق بعث المكلف على الفعل عدم كونه ممنوعا من طرف الأمر، صح التمسك «١٠» فى كل مورد شكّ فى فورية ما يراحمها و انتفت الفورية عنه بحكم تلك الإطلاقات، و حكم من أجلها بعدم المانع الشرعي، و كان كلما ورد من الدليل على فورية شىء يتوقف على تأخر

الحاضرة مقيدا لتلك الأدلة معارضا لها. لكن المتأمل في تلك الإطلاقات - إذا أنصف - لا يجد من نفسه إلّا ما ذكرنا أوّلا. هذا كلّ إذا قيل بالترتيب من جهة الفوريّة، و أمّا إذا قيل به من جهة ورود الدليل على اشتراطه في الحاضرة، فيصير حاله كحال سائر الشروط المعتبرة في الصلاة، في أنّ وجوب الصلاة في أوّل الوقت إنّما هو مع التمكن من فعلها جامعة للشروط، فإذا شكّ في شرطية شيء للصلاة كطهارة ما عدا موضع الجبهة من مكان المصلّي، و أنّه هل يجب تحصيله إذا كان مفقودا عند دخول الوقت أم لا؟ فلا يجوز التمسك بالإطلاقات المذكورة لنفي شرطية المشكوك، لأجل إطلاق الحكم فيها بثبوت الوجوب في أوّل الوقت و عدم وجوب التأخير. و كذا لو شكّ في جزئية شيء يجب معرفته كالسورة بعد الحمد، فإنّه لا يجوز أن يتمسك بالإطلاقات المذكورة، لعدم وجوب تأخير الصلاة حتّى يتعلّم السورة. و بعبارة أخرى: تلك الإطلاقات دالّة على وجوب الصلاة في أوّل الوقت، و مسألتنا أنّ الصلاة هل يعتبر فيها

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٥

الشرط الفلاني، كتأخرها عن الفائتة، و طهارة ما عدا موضع الجبهة - مثلا - و قراءة السورة بعد الحمد أم لا؟ نعم ثبوت شرط أو جزء للصلاة يوجب تقييد لفظ الصلاة بناء على وضعها للأعم لا تقييد لإطلاق وجوبها عند دخول الوقت، فيكون هذه الإطلاقات كإطلاق أقيموا الصلّة. بل التحقيق: عدم جواز التمسك بها و إن جوّزنا التمسك بإطلاق: أقيموا الصلّة لنفي الشرطية و الجزئية عند الشكّ، لأنّ إطلاق الصلاة في هذه الإطلاقات مسوقة لبيان حكمها من حيث وقت وجوبها فلا تفيد مطلوبة كلّ ما يسمّى صلاة، فحالها كسائر الإطلاقات المسوقة لبيان أحكام الصلاة بعد الفراغ من بيان جهتها، كأحكام الجماعة و الخلل و القضاء و نحو ذلك. و أمّا إطلاقات وجوب القضاء على من مضى عليه من الوقت مقدار الفعل، فإن كان المراد مقدار الصلاة و الطهارة دون غيرها من الشروط فلا دلالة فيها على المقام. و إن كان المراد مقدار الصلاة و تحصيل جميع الشروط فهي ساكتة عن بيان الشروط فإذا ادّعى شرطية شيء للصلاة فلا دلالة فيها على نفيها، كما لا يخفى.

الثانية: ما دلّ بعمومه أو إطلاقه على صلاحية جميع أوقات الحواضر

لأدائها بالنسبة إلى جميع المكلفين «١» فيتناول من عليه فائته أيضا فيصح له فعل الحاضرة في السعة. و يرد عليه: ما في سابقه، من عدم فائده في إطلاقها، سواء جعلنا اعتبار الترتيب من جهة الفوريّة، أم من جهة ثبوت اشتراط الحاضرة بتأخرها عن الفائتة، إذ مدلولها صلاحية كلّ جزء من الوقت للحاضرة، و هذا غير منكر عند أهل المصايق، فإنّهم لا يقولون بعدم الصلاحية «٢» للحاضرة، و إنّما يقولون بعروض ما أوجب تأخرها، أو بكونها مشروطة بشرط مفقود يحتاج إلى تحصيله و هو فراغ الذمّة عن الفائتة. نعم ربّما يظهر من بعض العبارات المحكيّة عن السيّد المرتضى «٣» ما يوهم عدم صلاحية زمان الاشتغال بالفائتة لأداء الحاضرة، و حينئذ فيصلح هذه الإطلاقات للردّ عليه و لكن من المقطوع أنّ مراده من عدم صلاحية ذلك الوقت للفعل: عدم صلاحية الفعل في ذلك الوقت.

الثالثة: ما دلّ على أنه إذا دخل وقت الفريضة لا يمنع من فعلها شيء إلّا أداء نافلتها الراتبه «٤»

مثل قولهم عليهم السلام: «إذا زالت الشمس فما يمنعك إلّا سبحتك» «٥». و قولهم عليهم السلام: «إذا زالت الشمس دخل وقت الصلاتين إلّا أنّ بين يديها سبحة، و ذلك إليك، طوّلت أو قصّرت» «٦». و يرد عليه: أنّ هذه الروايات في مقام دفع «٧» توهم رجحان تأخير الظهر إلى حدّ محدود، كالقدمين و الذراع و القامة - على ما يترأى من بعض الأخبار الدالّة على هذه التحديدات - «٨» فبين الإمام بذلك أنّه ليس بعد دخول الوقت مانع عن فعل الفريضة إلّا النافلة، فلا ينتظر القدمين و لا الذراع و لا القامة و لا غيرها. و

الذى يكشف عمداً ذكرنا ما عن محمد بن أحمد بن يحيى، قال: «كتب بعض أصحابنا إلى أبي الحسن عليه السلام: أنه روى عن آباءك: القدمين و الذراع و القامة و القامتين و ظلّ مثلك و الذراعين؟ فكتب عليه السلام: لا القدم و لا القدمين، إذا زال الشمس فقد دخل وقت الصلاة و بين يديها سبحة، فإن شئت طوّلت و إن شئت قصّرت.. الحديث» (٩). و الحاصل: أنّ من لاحظ الأخبار المذكورة يظهر له ما ذكرنا فى معنى الرواية غاية الظهور. ثمّ إنّه كيف يمكن الاستدلال بهذه الأخبار مع أنّ المراد بالمنع فى قوله عليه السلام: «لا يمنعك»: المنع الكمالى، لا منع الصحّة و الإجزاء، بقريته استثناء النافله، و المطلوب فى مسألة المضايقة منع الفائتة عن صحّة الحاضرة قبلها، فافهم.

الرابعة: ما دلّ على تأكّد استحباب فعل الصلاة جماعة «١٠»

مع استمرار السيرة فى الجماعات على المبادرة إليها فى أوائل الأوقات، و ما دلّ على تأكّد استحباب فعل الصلاة فى المساجد «١١»، و على استحباب الأذان و الإقامة «١٢» و تأكدهما فى بعض الصلوات، و استحباب اختيار السور الطوال فى بعضها «١٣» و الإتيان بسائر سننها «١٤»، فإنّ امثال هذه المستحبات فى الحاضرة يقتضى عدم تأخيرها إلى الضيق، و فى الفوائت يقتضى عدم المبادرة إلى كلّ منهما. و الجواب عن هذه كلّها يظهر ممداً ذكرنا، من أنّ هذه الإطلاقات لا تنفى فوريّة القضاء و لا اشتراط الأداء بخلو الذمّة عن القضاء، و المتأمل يجد بعد الإنصاف أنّ هذه كلّها أجنبيّة عن المطلب.

الخامسة: ما دلّ على استحباب المستحبات.

و يرد عليها ما ورد فى السابق و هى نظير أدلّة المباحات «١٥».

السادسة: ما دلّ على أنه: «لا تعاد الصلاة إلّا من خمسة» «١٦»

و على أنّ فروض الصلاة سبعة «١٧» أو عشرة «١٨». و يرد عليه: أنّ المراد عدم الإعادة من الإخلال سهواً بشىء غير الخمسة، و أنّ الفروض الشرعية بحسب أصل الشرع فى الصلاة سبعة، و أكثر أهل المضايقة يدعون أنّ فوريّة القضاء يمنع عقلاً عن صحّة الأداء. و كيف كان، فالتمسك بهذه و أمثالها ممّا لم نذكره- و إن ذكره بعض- تضييع للقرطاس فضلاً عن العمر.

السابعة: ما دلّ على تأكّد استحباب المبادرة مطلقاً إلى الصلاة

فى أوائل أوقاتها «١٩» فيشمل من عليه فائتة. و يرد عليه ما تقدّم فى إطلاقات الوجوب فى أوّل الوقت و صلاحية كلّ جزء من الوقت للحاضرة، من أنّها لا تنفى وجوب تقديم الفائتة، سواء أخذناه عن فوريّة القضاء- بناء على اقتضاها النهى عن الحاضرة- أو من دليل اعتبار الترتيب فى الحاضرة و إن لم يحكم بفوريّة الفائتة. مضافاً إلى أنّ الاستحباب المذكور إنّما يتوجه إلى فعل الحاضرة فى أوّل الوقت بعد الفراغ عن وجوبها و صحّتها، لأنّ استحباب بعض أفراد الواجب «٢٠» فرع وجوبه فى الواقع و فى لحاظ الحاكم بالاستحباب، و الكلام فى هذه المسألة فى ثبوت أصل وجوب الحاضرة فى الجزء الأوّل من الوقت لمن عليه فائتة، فالحكم بالاستحباب مقصور على من لا مانع فى حقّه عن وجوب الحاضرة عليه فى أوّل الوقت. و قد يرد هذه الإطلاقات بوجوب رفع اليد عنها

من جهة تسليم أهل الموسعة لاستحباب تقديم الفائتة، فلا يجمع استحباب الحاضرة في أول وقتها. وفيه نظر، أما أولاً: فلذهاب بعض أهل الموسعة - كالصدوقين و عبيد الله الحلبي وغيرهم - إلى استحباب تقديم الحاضرة «٢١» و ذهاب بعض إلى التخيير بين تقديم الحاضرة و تقديم الفائتة «٢٢» و لازم هذا القول - كما قدمنا في أول المسألة - : القول بأفضليته فعل الحاضرة في وقت فضيلتها. و أما ثانياً: فلأن القول باستحباب تقديم الفائتة إما أن يكون من جهة الاحتياط فلا ينافي أفضلية الحاضرة من حيث الفتوى التي هي مقتضى الأدلة الاجتهادية، فيكون المسألة نظير الحكم بأفضلية الإتمام في المواطن المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٦

الأربعة لظاهر الأدلة و أن القصر أحوط، و كذا الحكم بأفضلية صلاة الجمعة، و كون الظهر أحوط و إما أن يكون من جهة الأخبار الدالة على رجحان تقديم الفائتة بحملها على الاستحباب بعد فرض اختيار الموسعة. لكن نقول: لا تنافي بين استحباب تقديم الفائتة و بين استحباب فعل الحاضرة في وقت فضيلتها، فإن أمكن الجمع بين المستحبين بأن يقضى الفائتة و يعقبها بالحاضرة قبل خروج وقت فضيلتها فقد فاز بالمصلحتين، و إن لم يمكنه إلا إحداها بعينها تعينت، أو لا بعينها تخير، أو قدم الحاضرة لكثرة ما دل من الأخبار على الحث عليها في ذلك الوقت «١» و توعيد من آخرها عنه «٢» و أن ما بقي من الوقت وقت رخصة لأهل الأعذار «٣» أو لصلاة الصبيان «٤» و نحو ذلك. و كيف كان فكون كل من فعل الحاضرة في وقت الفضيلة و تقديم الفائتة عليه مستحباً مما لم يمنع مانع، و قد ذكرنا أيضاً في أوائل المسألة أن جهات استحباب تقديم الفائتة ثلاث، و جهات تقديم استحباب الحاضرة أربع، فعليك بملاحظة ما يمكن اجتماعه من جهات تقديم إحداها مع جهات تقديم الأخرى، فتدبر.

[الدليل الثالث: الأخبار الخاصة]

إشارة

الثالث من وجوه الاحتجاج لأهل الموسعة: الأخبار الخاصة - يعني المختص بحكم قضاء الفوائت - و هي طوائف:

الأولى: ما دل على توسعة القضاء في نفسها: فمن جملة ذلك: إطلاق الأخبار الكثيرة المشتملة على الأمر بالقضاء «٥»

و لا سيما ما ورد في الحائض و النفساء «٦». و يرد عليه: أن الاستدلال بالأوامر المطلقة - خصوصاً الأوامر الواردة في الحائض و النفساء - في مقام بيان أصل الوجوب من غير تعرض لوجوب المبادرة و عدمها فإن الأمر بناء على عدم دلالاته بالوضع على الفور لا يدل على عدمه، بل غاية الأمر سكوته عنه، فلا ينافي إرادة الأمر، المبادرة إليه بأمر آخر، و ليس يلزم حينئذ تصرف في تلك الأوامر. فالمدعى للفور و إن كان عليه إقامة الدليل إلا أن الإطلاقات لا تدل على خلافه، نعم ظاهر الأمر - حيث إنه موضوع لطلب الفعل الغير المقيّد بزمان - حصول الامتثال بالإتيان به في الزمان الثاني و الثالث، و إن قلنا بدلالته على الفور، فتأمل جداً. و منها: ما عن أصل الحلبي - الذي عرض على الإمام الصادق صلوات الله عليه و استحسنته - «٧»: «خمس صلوات يصلين على كل حال و متى أحب، صلاة فريضة نسيها يقضيها مع طلوع الشمس و غروبها، و صلاة ركعتي الإحرام، و ركعتي الطواف الفريضة، و كسوف الشمس عند طلوعها و غروبها» «٨». و يرد عليه أن قوله: «يصلين على كل حال» يدل على مشروعيتها في مقام دفع توهم المنع عنها عند طلوع الشمس و غروبها، لما استفاض من الأخبار الظاهرة في النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس و غروبها و أنها تطلع بين قرني الشيطان «٩»، و ليس

المراد سعة وقتها و اختيار المكلف في تعجيلها و تأخيرها، لأنّ هذا غير ممكن في الكسوف و الطواف و صلاة الميّت المذكورة في بعض الأخبار معها «١٠»، فلا ينافي هذا وجوب تعجيل القضاء متى ذكرها، و لذا جمع في بعض الأخبار بين الفقرة المذكورة و بين وجوب القضاء متى ذكرها، مثل رواية زرارة- المحكية عن الخصال- عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: أربع صلوات يصلّيها الرجل في كلّ ساعة: صلاة فاتتك فمتى ذكرتها أدبتها، و ركعتي طواف الفريضة و صلاة الكسوف و الصلاة على الميّت» «١١». و أمّا قوله: «متى أحبّ» فليس دليلا- على جواز التأخير، لعدم جريانها في باقى الصلوات المذكورة في الرواية، فلا بدّ من تأويلها على وجه لا ينافي التعجيل، و لا يحضرنى الآن تأويل حسن له و لا يهمنى أيضا. هذا، مع أنّ العبارة المذكورة ليست برواية، لأنّ الحلبي لم يسندها إلى إمام، فلعلّها فتوى استنبطها من ظاهر بعض الروايات الدالة على التوسعة. و منها: ما عن الجعفي في كتاب الفاخر- الذي ذكر في أوّله أنّه لم يرو فيه إلّا ما أجمع عليه و صحّ عنده عن قول الأئمة عليهم السلام- من قوله قدّس سرّه:

«و الصلوات الفاتتات تقضى «١٢» ما لم يدخل عليه وقت صلاة، فإذا دخل وقت صلاة بدأ بالتّى دخل وقتها و قضى الفائتة متى أحبّ» «١٣». و يرد عليه: أنّ الظاهر عدم كون القول المذكور متنا لرواية و إنّما هو معنى مستنبط من الروايات الظاهرة في الموسعة، فليس دليلا- مستقلا. و منها: رواية عمّار المشتملة على مسائل متفرّقة، منها ما: «عن الرجل يكون عليه صلاة في الحضر هل يقضيها و هو مسافر؟ قال: نعم، يقضيها بالليل على الأرض، فأما على الظهر فلا، و يصلّي كما يصلّي في الحضر» «١٤». فإنّ الظاهر- بقرينه المنع عن القضاء على ظهر الراحلة و الأمر بفعلها كما في الحضر- أنّ المراد قضاء الفريضة، فلو كان القضاء مضيقا لجاز فعله على الراحلة كما في الفريضة المضيقه لضيق وقتها أو وقت التمكن منها. و فيه، أوّلا: إنّ لا دلالة لها إلّا على عدم جواز فعل الفريضة على الراحلة، و أمّا وجوب النزول عنها لأجل القضاء إن تمكّن، و عدمه إن لم يتمكّن، فلا تعرّض لها في الرواية، نعم ربّما كان في قوله: «يقضيها بالليل» دلالة على أنّه يؤخّرها إلى الليل ليقع على الأرض، فلا يقضيها بالنهار ليقع على الراحلة على ما هو الغالب من أنّ دأب المسافرين- خصوصا العرب- المشى بالنهار، فيكون وجه الدلالة ظهورها في ترخيص تأخير القضاء إلى الليل و عدم وجوب المبادرة إليها بالنهار. نعم يمكن للقائلين بالمضايقة أن يقولوا: إنّ المبادرة إنّما يجب إذا أمكن فعل القضاء مستجمعا لجميع الشروط الاختيارية لا مطلقا، لأنّ التضييق إنّما جاء من دلالة الأمر على الفور أو من ورود الدليل على وجوب التعجيل. و على كلّ تقدير، فالفعل المشروط في نفسه بشروط إذا أخره المكلف لتحصيل شرط من شروطه، لا يعدّ متوانيا فيه غير مستعجل، إذا لم يكن التأخير إلّا بمقدار تحصيل الشرط، و لهذا لم يلتزم أهل المضايقة بسقوط السورة و طهارة الثوب و البدن، بل مقدار الطهارة المائية إذا أوجب التأخير، و كان التعجيل يحصل بالتيّم. و السرّ في ذلك: أنّ ترخيص الفعل بدون الشرائط الاختيارية إنّما يكون عند الاضطرار، و الاضطرار إنّما يحصل إذا دار الأمر بين فوت أصل الواجب إمّا لضيق الوقت أو لظرو المانع- و لو بحسب ظنّ المكلف-، و فوات شروطه و أجزاءه الاختيارية، و أمّا إذا دار الأمر بين فوات التعجيل إلى الفعل و فوات تلك الشروط و الأجزاء الاختيارية فلا يهمل جانب الشروط و يراعى التعجيل. و السرّ فيه: أنّ التعجيل المطلوب إنّما عرض للفعل بعد اعتبار الشروط و الأجزاء، فالمطلوب تعجيل الفعل المستجمع لها، فمتى لم يمكن

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٧

تعجيل الفعل المستجمع لها و ارتقب زمان الاستجماع فلا يعدّ عاصيا في التعجيل، و هذا هو السرّ في التزام العقلاء في مقام الإطاعة مراعاة جانب الشروط و الأجزاء و إن تأخّر زمان الفعل، بل لا يعدّ هذا تأخيرا، لأنّ التأخير و التعجيل إنّما يعتبران بالنسبة إلى أزمنة الإمكان، فافهم. و أمّا توهم أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل بين السفر الضروريّ و غيره فيأمره بترك غير الضروريّ المستلزم لتأخير القضاء إلى الليلي، فمدفوع بأنّ مقام السؤال لا يقتضى ذلك- كما لا يخفى- فترك الاستفصال لا يجدي. و منها: رواية أخرى عن عمّار: «قال: سألته عن الرجل ينام عن الفجر حتّى يطلع الشمس و هو في سفر، كيف يصنع، أ يجوز أن يقضيها بالنهار؟ قال: لا يقضى صلاة نافلة و لا فريضة بالنهار، و لا يجوز و لا يثبت له، و لكن يؤخّرها و يقضيها بالليل» «١٥». و يرد عليه: أنّ المنع التحريمي عن قضاء الفريضة بالنهار ممّا أجمع على خلافه الفتاوى و الأخبار، فإنّما يحمل على التقيّة فلا يجدي، و إمّا على الكراهة، و هي بعيدة عن مساقها

ومخالفة لظاهر الأخبار، بل صريح كثير منها، فان لم يكن هذا كله موجبا لطحها جاز الاقتصار على موردها، ولا داعى إلى صرفها عن الحرمة إلى الكراهة، إذ كما أن الحرمة منافية للفتاوى والأخبار، فكذلك الكراهة، كما لا يخفى. و منها: ما رواه في البحار عن السيد ابن طاوس - في رسالة غياث سلطان الورى لسكان الثرى - عن حريز، عن زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قلت له: رجل عليه دين من صلاة قام يقضيه فخاف أن يدركه الصبح و لم يصل صلاة ليلته تلك، قال: يؤخر القضاء و يصلّى صلاة ليلته تلك» (٢) . و التقريب: أن الظاهر من الدين إما خصوص الفريضة الفائتة أو الأعم، و لا وجه للتخصيص بالنافلة، فیدلّ على جواز تأخير القضاء لنافلة الليل، ثم عدم الأمر بفعلها قبل الصبح يدلّ على عدم الترتيب. و يرد عليه: أن ظهور لفظ الدين فى الفريضة محلّ نظر، بل لا يبعد - عند من له ذوق سليم - أن يراد من الدين - فى مقابل صلاة ليلته تلك - صلوات سائر الليالي، فيكون حاصل الجواب: ترجيح أداء نافلة تلك الليلة على قضاء نافلة سائر الليالي.

و لو أغمض عن ذلك، فنقول: إن التمسك بعمومه حسن لنفى الفورية، و أمّا نفي الترتيب فلا - يستفاد منه خصوصا على تفصيلي المحقق (٣) و العلامة (٤). و منها: ما عن السيد - أيضا - فى رسالة الموسعة، عن أمالى السيد أبى طالب الحسينى بإسناده إلى جابر بن عبد الله: «قال: قال رجل: يا رسول الله كيف أقضى؟ قال صلى الله عليه و آله و سلم: صلّ مع كلّ صلاة مثلها. قال: يا رسول الله قبل أم بعد؟ قال: قبل» (٥). و فيه: أن الأمر بالصلاة ليس للوجوب قطعا. فيمكن أن يكون إرشادا لكيفية قضاء ذلك الشخص، فلعله كان القضاء مستحبا فى حقه فيستحب له قبل كلّ صلاة أن يقضى صلاة. و منها ما عن الذكري، عن إسماعيل بن جابر: «قال: سقطت عن بعيرى فانقلبت على أم رأسى، فمكثت سبعة عشر ليلة مغمى علىّ، فسألته عن ذلك، قال: اقض مع كلّ صلاة صلاة» (٦). و فيه: أن الاستدلال به مبنى على وجوب القضاء على المغمى عليه - كما اعترف به فى الذكري - (٧) و هو مخالف للأخبار الكثيرة (٨). مع أن الرواية غير مذكورة - على ما قيل - (٩) فى كتب الحديث، فلعلّ الشهيد أخذها من كتاب إسماعيل بن جابر أو من كتاب آخر أسندت فيه إلى إسماعيل، و هذا ممّا يوهن التمسك به. و منها: الأخبار المستفيضة الدالة على مرجوحية قضاء الفريضة، أو مطلق الصلاة عند طلوع الشمس حتى يذهب شعاعها (١٠). و يرد عليه: أنها مخالفة للأخبار الكثيرة الواردة على خلافها، و أن ما يقوله الناس: «إن الشمس تطلع بين قرنى الشيطان» كاذب، و أنه لو صحّ فما أرغم أنف الشيطان بشيء مثل الصلاة «فصلها و أرغم أنف الشيطان» (١١)، و الأخبار الدالة صريحا على عدم المنع عن قضاء الفريضة متى ما ذكرها، بل مطلق الصلاة، بل فعل ذات السبب مطلقا (١٢). فالأولى حملها على التقية - و إن اشتمل بعضها على ما يخالف العامة (١٣)، فإنه غير مناف للحمل عليها، خصوصا إذا لم يكن محلل غيرها - من جهة ورود الأخبار المعتبرة على خلافها. و منها: الأخبار المرخصة لقضاء صلاة الليل فى النهار و قضاء صلاة النهار بالليل، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء (١٤) مثل مصححة ابن مسلم: «عن الرجل يفوته صلاة النهار. قال: يقضيها، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء» (١٥)، و نحوها مصححة الحلبي (١٦).

إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على الرخصة المزبورة، فإن الصلاة المقضية فيها أعم من الفريضة و النافلة، بل يتعين حملها فى الصيحيحتين على الفريضة بناء على القول بحرمة النافلة - و لو قضاء - فى وقت الفريضة، بل و على القول بالكراهة أيضا، لظهورها فى التساوى و عدم مزية فى فعلها بعد العشاء. و يرد عليها: أن الظاهر من صلاة الليل و النهار - فى هذه الروايات - نافلتها، إذ الغالب التعبير عن الفرائض بأسمائها، كالظهيرين أو المغرب و العشاء، مع أن الظاهر من فوت صلاة النهار فوتها فى النهار و فوت صلاة الليل فى الليل، و حينئذ لا إشكال فى أن الحكم قضاء الأول فى الليل (١٧)، و الثانى فى النهار. نعم هذا لا يتمشى فى بعضها، مثل قوله: «اقض صلاة النهار أى ساعة شئت من ليل أو نهار» (١٨) و نحوها، إلّا أنه يمكن حملها على دفع توهم المنع الحاصل عن مثل رواية عمّار المتقدمه المانعة عن قضاء فائتة النهار إلّا فى الليل (١٩)، مع إمكان حمل النهار فيها على النهار الآخر، لا يوم الفوات.

، و أن يتمها بتيتها إذا ذكر الفائتة في أثنائها، فمن جملة ذلك ما عن أصل الحلبي المتقدم «٢٠» من قوله: «و من نام أو نسي أن يصلّي المغرب و العشاء الآخرة، فإن استيقظ قبل الفجر مقدار ما يصليهما، فليصلهما، و إن استيقظ بعد الفجر فليصلّ الفجر ثم المغرب ثم العشاء» «٢١». و دلالة على المطلوب واضحة بناء على أن وقت العشاءين يمتدّ للمضطرّ إلى طلوع الفجر. و حمل قوله: «بعد الفجر» على القريب من طلوع الشمس بعيد جدّا، فحمل الأمر بتقديم الفجر على الاستحباب أولى من ذلك التقييد، فيتمّ المطلوب، لكنّها لا تنفي التفصيل المتقدم عن المختلف «٢٢». و منها ما تقدّم عن كتاب الفاخر «٢٣» -المدى ذكر في أوّله: «أنّه لا- يروى فيه إلّا ما اجمع عليه و صحّ من قول الأئمّة»- من قوله: «و الصلوات الفائتات تقضى ما لم يدخل عليه وقت صلاة، فإذا دخل وقت صلاة بدأ بالتّي دخل وقتها و قضى الفائتة متى أحبّ». و ظاهره وجوب التقديم، إلّا أن يحمل على الاستحباب، فيتمّ المطلوب و هي الموسعة المطلقة من دون تفصيل. لكنّ

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٨

الإنصاف: أن عدّه هذين الكلامين من الرواية مشكل، فالظاهر كون الحكم المذكور من هذين الجليلين فتوى مستنبطة من ظاهر الروايات. و منها: ما أرسله الواسطي في كتابه عن الصادق عليه السلام: «إنّ من كان في صلاة ثمّ ذكر صلاة أخرى فائتة أتمّ التي هو فيها ثمّ قضى ما فاتته» «١». و حكى «٢» عنه نسبة هذا إلى أهل البيت عليهم السلام في موضع آخر من كتابه، و دلالة على المطلوب ظاهرة، فلا كلام إلّا في سنده. و منها: رواية أبي بصير المصححة: «إنّ نام رجل و لم يصلّ صلاة المغرب و العشاء الآخرة أو نسي، فإن استيقظ قبل الفجر مقدار ما يصليهما جميعاً فليصلهما، و إن خشى أن يفوته إحداهما فليبدأ بالعشاء الآخرة. و إن استيقظ بعد الفجر فليبدأ فليصلّ الفجر ثمّ المغرب ثمّ العشاء قبل طلوع الشمس، فإنّ خاف أن يطلع الشمس فيفوته إحدى الصلاتين فليصلّ المغرب ثمّ ليدع العشاء الآخرة حتّى يطلع الشمس و يذهب شعاعها ثمّ ليصلّ العشاء» «٣». و حكى نحوها عن رسالة السيد ابن طاوس عن كتاب الحسين بن سعيد «٤». و نحوها ما عن الفقه الرضويّ مسنداً إلى العالم بزيادة قوله: «و إن خاف أن تعجّله طلوع الشمس و يذهب عنهما جميعاً فليؤخّرهما حتّى يطلع الشمس و يذهب شعاعها» «٥». و الدلالة فيها ظاهرة على ما سبق في تقريب دلالة عبارة الحلبي «٦». و أمّا الحكم فيهما بتأخير القضاء إلى ذهاب شعاع الشمس فهو غير موهن للرواية - كما أنّ صحیحته زارة «٧» التي هي العمدة في أدلّة الترتيب مشتملة على هذا الحكم أيضاً - لأنّ غاية الأمر حمل هذه الفقرة على التقيّة و لا يوجب حمل ما في الخبر عليها، خصوصاً مع احتمال حدوث سبب التقيّة بعد ذكر الفقرات السابقة. مع أنّ الرواية المرويّة عن الحسين بن سعيد، عن فضالة، عن ابن مسكان - أو ابن سنان «٨» - خالية عن الفقرة المذكورة. فالإنصاف ظهورها في المدعى، نعم لا ينهض لردّ تفصيل المختلف، كما عرفت «٩». ثمّ إنّّه حكى عن المحقّق في العزّيّة «١٠» أنّه أورد على هذين الخبرين فقال: إنّ خبري أبي بصير و ابن سنان يدلّان على أنّ وقت العشاء يمتدّ إلى الفجر، و هو قول متروك، و إذا تضمّن الخبر ما لا نعمل به دلّ على ضعفه. ثمّ قال: و أيضاً فهما شاذان، لقلة ورودهما «١١» بعد العمل بهما. ثمّ أجاب عن الأوّل: بأننا لا نسلّم أنّ القول بذلك متروك، بل هو قول جماعة من فقهاءنا المتقدمين و المتأخّرين، منهم أبو جعفر بن بابويه «١٢» -

و هو أحد الأعيان - و قد ذكر ذلك الشّيخ أبو جعفر الطوسي في مسائل من بعض أصحابنا «١٣»، فكأنّه مشهور، و قالوا: هو وقت لمن نام أو نسي. و لو سلّمنا أنّ الوقت ليس بمتدّد، فما المانع أن يكون ذلك للتقيّة في القضاء، فإنّ رواية زرارة «١٤» - التي هي حجّة في ترتيب القضاء - تضمّنت تأخير المغرب و العشاء حتّى يذهب الشعاع، و من المعلوم أنّ الحاضرة لا يتربّص بها ذلك، فكيف ما يدعى أنّه يقدّم على الحاضرة؟ ثمّ أجاب عن الثاني بأنّه لا نسلّم شذوذهما و قد ذكرهما الحسين بن سعيد «١٥» و الكليني «١٦» و الطوسي في التهذيب «١٧» و الإستبصار «١٨» و ذكره أبو جعفر بن بابويه في الفقيه «١٩» و قد أودع فيه ما يعتقد أنّه حجّة فيما بينه و بين ربّه «٢٠» (انتهى). و منها: مرسله الوشاء، عن جميل بن درّاج، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قلت: الرّجل يفوته الأولى و العصر و المغرب و

ذكرها عند العشاء الآخرة. قال:

«٢١». و عن المحقق في المعبر «٢٢» روايته عن جميل «٢٣»، فلعله أخذه من كتابه. و وجه الدلالة أن المراد من تذكر المنسى عند العشاء، إمّا تذكره عند دخول مطلق وقته، و إمّا بذهاب الحمرة المغربية - بناء على القول بأنه آخر وقت المغرب كما هو مذهب جماعة - «٢٤» و إمّا زمان تمحض الوقت له، و هو ما بعد ثلث الليل أو ربه - بناء على انتهاء المغرب بذلك و بقاء العشاء إلى نصف الليل - و على أى حال فقد دلّت الرواية على رجحان تقديم الحاضرة على الفائتة، و التعليل المذكور أمانة الاستحباب. و لو أبيت إلا عن كون وقت العشاء قبل تضييقه وقتا للمغرب أيضا - على ما هو المشهور بين المتأخرين - أمكن حمل قوله: «بدأ» «٢٥» بالوقت الذى هو فيه». على المغرب و العشاء، فيكون المراد نسيان المغرب فى أول وقته لا مطلقا. و يحتمل أيضا إرادة مغرب الليلة السابقة. و يحتمل أيضا أن يكون قد وقع ذكره على سبيل السيهو من الشائل فى مقام ذكر المثال للفوائت، كما جمع فى السؤال عن تداخل الأغسال بين غسل العيد و عرفه و الجمعة «٢٦». و إن أبيت إلا عن كون الكل مخالفا للظاهر، قلنا: إن عدم مناسبة ذكر المغرب لظاهر السؤال لا يوجب سقوط الجواب عن قابلية الاستدلال، فإن ظهور الرواية فى تقديم العشاء الحاضرة على قضاء الظهرين ممّا لا ينبغي إنكاره، و هو كاف فى إثبات الموسعة المطلقة، خصوصا بملاحظة التعليل المذكور فيها. و منها: موثقه عمّار: «قال: سألته عن رجل يفوته المغرب حتى يحضر العتمة؟ فقال: إذا حضر العتمة و ذكر أن عليه صلاة المغرب، فإن أحب أن يبتدئ بالمغرب بدأ، و إن أحب بدأ بالعتمة ثم صلى المغرب بعد.. الخير» «٢٧». بناء على أن المراد: مغرب الليلة السابقة، أو على القول المتقدم من انتهاء وقت المغرب بدخول وقت العشاء، و دلالة حينئذ على جواز تقديم الحاضرة واضحة. و لا ينافيه الحكم باستحباب تقديم الحاضرة، و لا استحباب تقديم الفائتة، لإمكان حمل التخيير فيه على إرادة دفع توهم تعيين أحد الأمرين.

و منها: ما عن السيد ابن طائوس فى رسالته الموسعة عن كتاب الحسين ابن سعيد، عن صفوان، عن العيص ابن القاسم: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نسي أو نام عن الصلاة حتى دخل وقت صلاة أخرى؟ فقال: إن كانت صلاة الأولى فليبدأ بها، و إن كانت صلاة العصر صلى العشاء ثم صلى العصر» «٢٨». بناء على أن المراد بصلاة الأولى هى مطلق الصلاة التى بعدها صلاة، فتعم المغرب، و يكون المراد بوقت الصلاة الأخرى: وقتها الذى هو وقت اضطرارى للأولى، فيكون حاصل الجواب: أن الصلاة الأولى مع بقاء وقتها الاضطرارى يقدم على الصلاة الأخرى، و أمّا مع فوات وقتها مطلقا فيقدم عليها الحاضرة. و يمكن أن يراد من الصلاة الأولى صلاة الظهر، لشيوع إطلاقها عليها فى الأخبار، و كونها أول صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لكن تخصيصه بالذكر من باب المثال، فيعم الحكم المغرب أيضا.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٥٩

و يحتمل أن يراد ب «الأولى» خصوص الظهر، فيكون وجه تقديم الظهر المنسية على العصر أنه: «لا صلاة بعد العصر» «١». و فى الرواية احتمالات أخر باعتبار رجوع كل من الضمير فى قوله: «و إن كانت» و قوله: «فليبدأ بها» إلى كل من الحاضرة و المنسية، إلا أن الأظهر ما ذكرنا، مع أن دلالتها على تقديم العشاء الحاضرة على العصر المنسى واضحة على كل حال. و منها: المروية عن قرب الإسناد، عن علي بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «قال: و سألته عن رجل نسي المغرب حتى دخل وقت العشاء الآخرة؟ قال: يصلى العشاء ثم يصلى المغرب. و سأله عن رجل نسي العشاء بعد طلوع الفجر؟ قال: يصلى العشاء ثم يصلى الفجر. و سأله عن رجل نسي الفجر حتى حضرت الظهر. قال: يبدأ بالظهر ثم يصلى الفجر، كذلك كل صلاة بعدها صلاة» «٢». فإن صدرها و ذيلها كالصريح فى جواز تقديم الحاضرة على الفائتة. و أمّا الحكم فيها بتقديم العشاء المنسية على الفجر فعلى وجه الأولوية، كالحكم بتقديم الحاضرة فى صورتين، لما ذكر من الضابط فى ذيلها. لكن يرد عليها: أن ظاهرها فوات وقت المغرب للناسى مع سعة وقت العشاء، و هو خلاف المشهور و الأدلة «٣»، و إرادة آخر وقت العشاء يوجب الحكم بوجود تقديم العشاء. هذا مع أن الضابط المذكور لا يخلو من إجمال،

لأنَّ المشبه به المشار إليه بقوله: «كذلك كل صلاة بعدها صلاة» يحتمل أن يكون الفائتة، و يحتمل أن يكون الحاضرة، و وجه الشبه إمّا الحكم بالتقديم و إمّا الحكم بالتأخير، و المراد من ثبوت صلاة بعدها أمّا مشروعيتها صلاة بعدها- و لو نفلا- «٤» و إمّا وجوب فريضة بعدها. نعم في بعض الأخبار ما يبين المراد منها، و هو ما عن الشيخ بإسناده عن الحسن الصيقل: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نسي الأولى حتى صلى ركعتين من العصر؟ قال: فليجعلهما «٥» الأولى و ليستأنف العصر. قلت: فإنه نسي المغرب حتى صلى ركعتين من العشاء ثم ذكر؟ قال: فليتمّ صلاته ثم ليقض بعد المغرب. قال: قلت له: جعلت فداك، قلت حين نسي الظهر ثم ذكر و هو في العصر يجعلها الأولى ثم يستأنف. و قلت: هذا يتمّ صلاته ثم ليقض بعد المغرب؟! قال: هذا ليس مثل ذلك، إنَّ العصر ليس بعدها صلاة، و العشاء بعدها صلاة» «٦».

و في معناها ما عن دعائم الإسلام بزيادة قوله: «إنَّ العصر ليس بعدها صلاة، يعنى لا يتنفل بعدها، و العشاء الآخرة يصلى بعدها ما يشاء» «٧». و هذا التفصيل محمول على الأولوية بشهادة التعليل- فإنَّ قضاء الصلاة بعد العصر جائز إجماعاً- أو على التقيّة، ففيه دلالة على الموسعة و تفسير لما سبق من التفصيل في رواية عليّ بن جعفر المتقدمه «٨»، إلّا أنّ ظاهره متروك عندنا- معاشر القائلين بعدم خروج وقت الظهر، خصوصاً للناسي، إلّا إذا بقي مقدار صلاة العصر من وقتها-، و حينئذ ففى غير ذلك الوقت يجب العدول، و فيه يحرم، فلا مورد للاستحباب، و هكذا الحكم المذكور للمغرب، فافهم. و منها: ما عن الشيخ، عن إسماعيل بن هشام، عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل يؤخّر الظهر حتى يدخل وقت العصر، أنه يبدأ بالعصر ثم يصلى الظهر» «٩». و فيه ما تقدّم، من أنّه لا يناسب ما هو المعروف من عدم خروج وقت الظهر إلّا إذا بقي مقدار صلاة العصر. و منها: ما عن الصدوق و الشيخ بإسنادهما عن إسحاق بن عمّار «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «تقام الصلاة و قد صلّيت؟»

قال: صلّها و اجعلها لما فات» «١٠». و دعوى اختصاص الصلاة التي صلّاها أولاً بصورة نسيان وجوب القضاء، بعيدة. نعم ظاهر الرواية الاستحباب، فيمكن حملها على محتمل الفوات.

الطائفة الثالثة: ما دلّ من الأخبار على جواز النفل أداء، و قضاء، لمن عليه فائتة.

فمن جملة ذلك: ما استفاض من قصّة نوم النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس، فقام فصلّى هو و أصحابه أولاً نافله الفجر ثمّ صلى الصبح «١١». و لا إشكال في سندها و دلالتها إلّا من جهة تضمّنها نوم النبي صلى الله عليه و آله و سلم، بل في بعضها ما يدلّ على صدور السهو أيضاً منه عليه السلام على ما يقوله الصدوق «١٢» تبعاً لشيخه ابن الوليد، بل عن ظاهر الطبرسى في تفسير قوله تعالى: «وَ إِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا» «١٣» نسبة ذلك إلى الإماميّة في غير ما يؤدّونه عن الله «١٤». لكنّ الظاهر شذوذ هذا القول و مهجوريته، خصوصاً فيما يتعلّق بفعل المحرّمات و ترك الواجبات. نعم قال في الذكري- بعد ذكر رواية زرارة الدالّة على نوم النبي صلى الله عليه و آله و سلم-: «إنّه لم نقف على رادّ لهذا الخبر من حيث توهم القدح بالعصمة فيه» «١٥». و ظاهره أنّ قدح مضمونها في العصمة توهم مخالف لما عليه الأصحاب ممّن تعرّض لذكر هذه الروايات. و يؤيد ما ذكره ما عن رسالته نفى السهو للمفيد قدّس سرّه أنّه قال:

لسنا ننكر أن يغلب النوم على الأنبياء صلى الله عليهم في أوقات الصلاة حتى يخرج الوقت فيقضوها بعد ذلك، و ليس عليهم في ذلك عيب و لا نقص «١٦»، لأنّه ليس ينفكّ بشر من غلبه النوم، و لأنّ النائم لا عيب عليه، و ليس كذلك السهو، لأنّه نقص عن الكمال في الإنسان، و هو عيب يخصّ به من اعتراه، و قد يكون من فعل الساهي تارة كما يكون من فعل غيره، و النوم لا يكون إلّا من فعل الله و ليس من مقدور العباد على حال، و لو كان من مقدورهم لم يتعلّق عيب و لا نقص لصاحبه، لعمومه «١٧» جميع البشر، و ليس كذلك السهو، لأنّه يمكن التحرز منه، و لأنّنا وجدنا الحكماء يجتنبون أن يودعوا أموالهم و أسرارهم من ذوى السهو و النسيان و

لا يمنعون من إيداعها ممن يغلبه النوم أحيانا، كما لا يمنعون من إيداعها ممن يعرضه «١٨» الأمراض والأسقام «١٩» (انتهى موضع الحاجة). و عن شيخنا البهائي - في بعض أجوبة المسائل - ما لفظه: «الرواية المتضمنة لنوم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ صحيحة السند، وقد تلقاه الأصحاب بالقبول، حتى قال شيخنا في الذكرى: إنه لم يجد لها راداً، فقبول من عدا الصدوق من الأصحاب لها، شاهد صدق على أنهم لا يعدون فوات الصلاة بالنوم سهواً، وإلا لردوها كما ردوا غيرها مما هو صريح في نسبة السهو، و من شدة وثوقهم بها استنبطوا منها أحكاماً كثيرة ذكرتها في حبل المتين، منها: قضاء النافلة، و منها: جواز النافلة لمن عليه فريضة «٢٠» (انتهى). و عن والده في رسالة مفردة منسوبة إليه: إن الأصحاب تلقوا أخبار نوم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالقبول «٢١» (انتهى). و حينئذ نقول: إنه لو لم نقل من جهة كثرة هذه الأخبار بجواز صدور ذلك عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - وفاقاً لظاهر من عرفت - لم يثبت بالعقل و لا بالنقل امتناع ذلك عليه، فلا يجوز رد الاستدلال بالأخبار بما لم يثبت امتناع عقلاً و لا نقلاً و لا ادعى أحد امتناعه.

نعم

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٠

حكى عن العلامة أنه قال: - بعد ذكر بعض الأخبار في ذلك - : إن حديثهم باطل، لاستحالة صدور ذلك عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «١». و عن رسالة نفى السهو المتقدمة «٢» - بعد الاعتراف بعدم امتناع عقلاً على ما عرفت - ذكر أن الخبر في هذا المعنى من جنس الخبر في السهو و أنه من الآحاد التي لا توجب علماً و لا عملاً. و عن السيد ابن طابوس أنه - بعد ما ذكر عن بعض طرق العامة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نام هو و أصحابه آخر الليل إلى أن طلعت الشمس، فأول من استيقظ أبو بكر ثم عمر، فكبر عمر تكبيراً عالياً فأيقظ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فأمروهم بالارتحال، و سار غير بعيد، فنزل فصلّى الصبح - قال: «انظر أيها العاقل في وصفهم لعناية الله سبحانه نبيهم، و أنه سبحانه لا يصح أن ينام، و أن جبرئيل عليه السلام ما كان شفقتة على نبيهم دون عناية عمر حتى كان يوقظه الله أو جبرئيل، فإذا نظرت إلى روايتهم عن محمّد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه تنام عينه و لا ينام قبله «٣»، و تفسيرهم لذلك بأن نومه لا يمنعه عن معرفة الأحوال «٤»، و نظرت في رواياتهم لوجوب قضاء ما فات عقيب ذكره، ثم يذكرون في هذه الرواية أنه أخر القضاء إلى بعد الارتحال، فإنه قد نام قلبه حتى لا يحسّ بخروج الوقت، فكل ذلك يشهد بالمناقضة في رواياتهم و مقالاتهم و تكذيب أنفسهم «٥» (انتهى). و الإنصاف أن نوم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أو أحد المعصومين صلوات الله عليهم عن الواجب - سيما أكد الفرائض - نقص عليهم ينفيه ما دلّ من أخبارهم «٦» على كمالهم و كمال عناية الله تعالى بهم في تبيدهم من الزلل، بل الظاهر بعد التأمل أن هذا أنقص من سهو النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن الركعتين في الصلاة. و ما تقدّم «٧» من صاحب رسالة نفى السهو ممنوع، بل العقل و العقلاء يشهدون بكون السهو عن الركعتين في الصلاة أهون من النوم عن فريضة الصبح، و أن هذا النائم أحقّ بالتعبير من ذلك الساهي، بل ذاك لا يستحقّ تعبيراً. و كون نفس السهو نقصاً دون نفس النوم، لا ينافي كون هذا الفرد من النوم أنقص، لكشفه عن تقصير صاحبه و لو في المقدمات. و بالجملة، فصدور هذا مخالف لما يحصل القطع به من تتبع متفرقات ما ورد في كمالاتهم و عدم صدور القبائح منهم فعلاً و تركاً في الصغر و الكبر عمداً أو خطأً. و لعله لذا تنظر في الأخبار «٨» بعض المتأخرين - على ما حكى عنهم - منهم: شيخنا البهائي «٩» بعد اعترافه بأن الاستفادة من كلام الشهيد المتقدم عن الذكرى: تجوز الأصحاب لذلك «١٠» و عرفت أيضاً ما عن المنتهى و غيره «١١». اللهم إلا أن يقال بإمكان سقوط أداء الصلاة عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في ذلك الوقت لمصلحة علمها الله سبحانه، فإن اشتراكه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مع غيره في هذا التكليف الخاص ليس الدليل عليه أوضح من الأخبار المذكورة حتى يوجب طرحها، خصوصاً بملاحظة بعض القرائن الواردة في تلك الأخبار، منها: قوله عليه السلام - في رواية سعيد الأعرج - : «إن الله تعالى أنام رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إلى أن قال: و أسهأ في صلاته فسلم في الركعتين.. إلى أن قال: و إنما فعل ذلك رحمةً لهذه الأمة، لئلا يعير الرجل المسلم إذا هو نام على صلاته أو سهأ.. الخبر» «١٢» فتأمل. و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لأصحابه مخاطباً لهم: «نتمم بوادي الشيطان» «١٣». و لم يقل

نمنا، فعلم أن النوم كان زللا منهم لا منه صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم. ثم إن دلالة الأخبار المذكورة - بعد تسليمها - كغيرها من الأخبار المتضمنة لجواز النفل لمن عليه قضاء، على نفي المضايقة و فوريتها القضاء. و أمّا دلالتها على نفي الترتيب فهي مبيّنة على عدم المدرك له إلّا الفورية أو انعقاد الإجماع المركب على أن كل من قال بالمواسعة لم يقل بالترتيب، و كلاهما ممنوعان.

[الدليل الرابع: الإجماعات المنقولة]

الرابع من حجج القول بالمواسعة: الإجماعات المنقولة. منها: ما تقدّم عن الجعفي من نسبة ما يذكره في كتابه الفاخر إلى المجمع عليه «١٤». و منها: ما عن المعتمد من أن القول بالمضايقة يلزم منه منع من عليه صلوات كثيرة أن يأكل و أن ينام زائدا على الضرورة، و لا يشتغل إلّا لاكتساب قوت يومه له و لعياله، و أنه لو كان له درهم حرم عليه الاكتساب حتى يخلو يده، و التزام ذلك مكابرة صرفه و التزام سوفسطائي. ثم قال: و لو قيل: قد أشار أبو الصلاح الحلبي إلى ذلك، قلنا «١٥»: نعلم من المسلمين كافة خلاف ما ذكرنا، فإن أكثر الناس يكون عليهم صلوات كثيرة فإذا صَلَّى الإنسان منهم شهرين في يومه استكثره الناس «١٦» (انتهى). و عن المختلف ما محصّله: أن القول بتحريم الحاضرة في أوّل وقتها مع القول بجواز غيرها من الأفعال ممّا لا يجتمعان، و الثاني ثابت بالإجماع على عدم إفتاء أحد من فقهاء الأمصار في جميع الأعصار بتحريم زيادة لقمة أو شرب جرعة، أو طلب الاستراحة من غير نصب شديد، أو المنع من فعل العبادات الواجبة، و المندوبة لمن عليه قضاء، فيلزم انتفاء الأوّل «١٧» (انتهى). و الجواب عن هذه الحجّة: أنه إن أريد دعوى إجماع العلماء فهو واضح المنع، مع ما عرفت من كثرة القائلين بالمضايقة من القدماء و دعواهم الإجماع. و عبارة الجعفي يمكن حملها على أن ما ذكر في كتابه مضمون الروايات المجمع عليها، بل يمكن دعوى ظهور قوله: «لا نذكر فيه إلّا ما اجمع عليه و صحّ من قول الأئمة عليهم السلام» فيما ذكرنا، فإن كلمة «من» بيان للموصول. و أمّا كلام المحقق فمرجعها «١٨» إلى دعوى «١٩» سيرة المسلمين، و هي غير معلومة على وجه يجدي في المقام، مع احتمال كونها ناشئة عن قلة مبالاتهم في الدين، و لذا تراهم يشتغلون بما ذكر من المباحات من اشتغال ذمهم بحقوق من يطالبهم مستعجلا - و لو بشاهد الحال، كمستحقّي الصدقات الواجبة - و مع اشتغال ذمهم بحقوق الله الفورية، كتعلّم العلم و اكتساب الأخلاق الجميلة و دفع الأخلاق الرذيلة، و تراهم يعاملون - يبيعا و شراء - مع الأطفال الغير المميّزة و المجانين، و لا يجتنبون عن النظر إلى غير المحارم زائدا على الوجه و الكفين، كالشعر و الزند و الرجل إلى غير ذلك ممّا يطول الكلام بذكره. هذا مع أن استلزام المضايقة لتحريم الأمور المذكورة محلّ كلام في الأصول بين أعظم الفحول، فلعلّ السيرة المذكورة دليل على عدم الاستلزام، كما تمسّك بها بعض الأعلام في هذا المقام. و منه يظهر ما في دعوى العلّامة في المختلف. مضافا إلى أن نفي القول من فقهاء الأمصار بحرمة ما ذكر مع اعترافه قدّس سرّه «٢٠» بذهاب السيّد و جماعة إلى الحرمة كما ترى. و بالجملة فالتمسّك بالإجماع و السيرة في هذا المقام ليس إلّا لتكثير الأدلّة، مع أنه لا ينفي الترتيب إلّا إذا كان منوطا بالفورية و مبيّنا عليها.

[الدليل الخامس: لزوم الحرج]

الخامس من حجج القائلين بالمواسعة: لزوم الحرج العظيم، الذي يشهد بنفيه الأدلّة الثلاثة، بل الأربعة. و يرد عليه أن الحرج لا يلزم

المكاسب، ج ٤، ص ٣٤١

إلّا مع كثرة الفوائت، و حينئذ فإن كان لزومه على وجه يرتفع به التكليف حكم بمقتضاه، كما يحكم القائل بالمواسعة عند ظنّ طرّو العجز، و كما يحكم بسقوط القيام في الصلاة عند تعسّره فلا يتعدّى إلى صورة عدم لزوم الحرج، لقلة الفوائت. و ليس المقام ممّا يقضى لزوم الحرج بتشريع الموسعة في جميع الأفراد حتى مع عدم الحرج، بأن يكون لزوم الحرج مؤسسا للحكم، لأن ذلك إنّما هو

فيما كان العسر في أغلب الموارد فيتبعها النادر، كما في تشريع القصر في السفر للحرج، و تشريع طهارة الحديد، و غير ذلك، و ليس كذلك ما نحن فيه قطعاً «١». فاندفع ما يقال: إنَّ غرض المستدلَّ أنَّ المشقَّة النوعية الثابتة في فورية القضاء يقتضى - بحسب الحكمة المرعية في الشريعة السميحة السهلة - نفيها مطلقاً، و إن انتفت المشقَّة الشخصية في ثبوتها في بعض الأحيان. هذا مع إمكان معارضته بأنَّ حكمه عدم وقوع المكلف في تهلكة «٢» بقائه مشغول الذمَّة بالفوائت بعد الموت، اقتضت إيجاب المبادرة إليها إذ قلما اتفق للمكلف أن يكون عليه فوائت كثيرة لم يبادر إليها في السعة إلَّا و قد مات مشغول الذمَّة بها أو بأكثرها. و كيف كان، فهذا الدليل - في الضعف - كسابقه، إلَّا أنَّه ينفي الترتيب أيضاً و لو لم ينشأ من المضايقة، لأنَّ مقتضاه وجوب الاشتغال بالفوائت تحصيلًا للترتيب بين الحاضرة و بين ما يمكن تقديمه عليها من الفوائت، بل لو لم يشتغل بها أيضاً كان في نفس تأخير الحاضرة حرج من جهة ضبط أواخر الأوقات بالساعات و العلامات إلَّا إذا قلنا بأنَّ الواجب تأخير الحاضرة عن مجموع الفوائت، لا عن كلِّ فائتة حتَّى يجب الاشتغال بها مهما أمكن، فافهم. و الحاصل: أنَّ لزوم العسر على من كثر عليه الفوائت مسلّم، سواء قلنا بالمضايقة أم قلنا بلزوم الترتيب من دون المضايقة، لكنَّ الحكم بنفيهما «٣» عموماً حتَّى في مورد عدم الحرج يحتاج إلى دليل آخر. و التمسك بالإجماع المركب في غير موضعه، لأنَّ الفصل في الأحكام التكميلية بين موارد الحرج و غيرها، لكثرة وقوعه في الشريعة لا يعلم مخالفته في هذه المسألة لقول الإمام عليه السلام، و إن كان القطع به في بعض الموارد ممكناً، «٤» إلَّا أنَّ غلبة الفصل بين الموردین في المسائل ممَّا يمنع القطع غالباً، فافهم، فإنَّه نافع في كثير من الموارد. و هذا خلاصة أدلَّة القول بالمواسعة، و قد عرفت ضعف أكثرها، مع عدم الدلالة على الترتيب خصوصاً فيما عدا فوائت اليوم.

[أدلة القول بالمضايقة]

إشارة

و أمَّا ما يمكن ان يستدلَّ به للقول بالمضايقة فوجوه:

الأول: الأصل.

و المراد به: أصالة الاحتياط، إمَّا من حيث الفورية، لتيقن عدم المؤاخذه - على تقدير التعجيل - و عدم الأمن منه - على تقدير التأخير، مطلقاً أو مع اتفاق طرفي العجز. و إمَّا من حيث تيقن امتثال الحاضرة على تقدير تأخيرها عن الفائتة أو إيقاعها في ضيق الوقت و الشك في الامتثال لو قدَّمها على الفائتة. و الجواب عنه: عدم وجوب الاحتياط لا من جهة الفورية و لا من جهة الترتيب، لما تقرَّر في محلِّه من دلالة العقل و النقل على عدم المؤاخذه عمَّا لم يعلم كونه منشأ لها، سواء كان الشك في التكليف الأصلي أم كان في التكليف المقدمي، كالجزء، و الشرط. ثمَّ إنَّه لو قلنا بأصالة الاحتياط في الوجوب المقدمي من قبيل الجزء، و الشرط - على ما هو مذهب جماعة «٥»، و قد كتبنا نقوياً سابقاً بدعوى اختصاص أدلَّة البراءة - عقلاً و نقلاً - بالشك في التكليف المستقل، كوجوب الدعاء عند رؤية الهلال أو غسل الجمعة، لكن وجوب الاحتياط في التكليف الوجوبي المستقل مما لم يقل به أحد من المجتهدين و الأخباريين على ما ادَّعاه بعض الأخباريين من اختصاص الخلاف بين الأخباريين و المجتهدين في وجوب الاحتياط و عدمه بغير هذه الصورة من صور الشبهة في الحكم الشرعي. و على هذا فوجوب الاحتياط من جهة الفورية و وجوب المبادرة إلى القضاء لمجرد احتمال العقاب على التأخير ممَّا لم يقل به أحد. و أمَّا أصالة الاحتياط من جهة الشك في اعتبار الترتيب - على ما هو مذهب جماعة في الشك في الشرطية و الجزئية - فهي أيضاً غير جارية في المقام و إن قلنا بجريانها في غيره، لأنَّ الترتيب عند أهل المضايقة من جهة لزوم المبادرة، فالشك في اعتبار الترتيب مسبب عن الشك في لزوم المبادرة، و إذا كان المرجع عند الشك في لزوم المبادرة أصالة البراءة عنه بالاتفاق على

ما ذكر لم يجب الاحتياط عند الشك في اعتبار الترتيب. بل المرجع إلى أصالة البراءة التي هي الأصل في الشك، الذي صار منشأ لهذا الشك، لما تقرّر في محله من أن أحد الأصلين إذا كان الشك في مجراه سبباً للشك في مجرى الآخر، فهو حاكم على صاحبه، ولا يلتفت إلى صاحبه، ولذا لو شككنا في وجوب تقديم إخراج النجاسة عن المسجد على الصلاة فيه، لأجل الشك في وجوب إخراج النجاسة الغير الملوثة منه لم يكن هناك موضع إجراء أصالة الاشتغال باتفاق من القائنين بجريانها عند الشك في اعتبار شيء في العبادة المأمور بها. والحاصل أن أصالة البراءة حاكمة على أصالة الاشتغال، مع كون الشك في مجرى الثانية مسبباً عن الشك في مجرى الأولى، وهذا هو الضابط في كل أصلين متعارضين، سواء كانا من جنس واحد، كاستصحابين أو من جنسين، كما فيما نحن فيه. والظاهر أن تقديم البراءة على الاحتياط - في مثل ما نحن فيه - مما اتفق عليه الموجبون للاحتياط، وإن اختلفوا في الاستصحابين المتعارضين إذا كانا من هذا القبيل. ثم إن ما نحن فيه ليس من الشك في شرطية شيء لعبادة أو جزئيتها لها، بل الشك في صحة العبادة لأجل الشك في ثبوت تكليف آخر أهم منه، فإذا انتفى بأصالة البراءة فلا مسرح للاحتياط الواجب، فافهم واغتنم. واعلم أن جميع ما ذكرنا إنما هو على تقدير تسليم الصغرى، وهي أن الاحتياط في تقديم الفائتة، وأما لو أخذنا بظواهر العبائر المحكيّة عن جماعة من القدماء «٦» كظاهر بعض الأخبار من وجوب تقديم الحاضرة وإن كانت موسّعة «٧»، أو لاحظنا قول جماعة كثيرة بثبوت الوقت الاضطراري «٨» فلا احتياط في المقام.

الثاني: إطلاق أوامر القضاء

، بناء على كونها للفور أمّا لغة - كما عن الشيخ وجماعة «٩» - ،
وإما شرعاً - كما عن السيد - مدعيًا إجماع الصحابة والتابعين عليه «١٠»، وإمّا عرفاً - كما يظهر عن بعض أدلة بعض المتأخرين. و
الجواب: منع كونه للفور، لا
المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٢
لغة ولا شرعاً ولا عرفاً.

الثالث: ما دل على وجوب المبادرة إلى القضاء

، فمن ذلك قوله تعالى: **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي** «١» فعن الطبرسي - بعد ذكر جملة من معانيه - وقيل: معناه أقم الصلاة متى ذكرت أن عليك صلاة، كنت في وقتها أم لم تكن - عن أكثر المفسرين - وهو المروي عن أبي جعفر عليه السلام «٢». وعن القمي: إذا نسيت صلاة ثم ذكرت، فصلها «٣». وفي الذكري: «قال كثير من المفسرين: إنه في الفائتة، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، إن الله تعالى يقول **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي**. وفي رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «إذا فاتتك صلاة ذكرت في وقت أخرى، فإن كنت تعلم أنك صليت التي فاتتك، كنت من الأخرى في وقت فابدأ بالتي فاتتك إن الله عز وجل يقول **وَاقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي**» «٤» (انتهى). ومثلها - في تفسير الآيه - : صحيحه أخرى لزرارة الواردة في حكاية نوم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وفيها قوله عليه السلام:

«من نسي شيئاً من الصلاة فليصلها إذا ذكرها، إن الله تعالى يقول **وَاقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي**» «٥». ومنها: الأخبار الدالة على الأمر بالقضاء عند ذكره، مثل ما تقدّم في تفسير الآيه، ومثل ما عن السرائر «٦» في الخبر المجمع عليه بين جميع الأمة: «من نام عن صلاة أو نسيها فوقيتها حين يذكرها» «٧». ومثل رواية حماد، عن نعمان الرازي:

«قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فاتته شيء من الصلوات فذكرها عند طلوع الشمس وعند غروبها؟ قال: فليصلها عند

ذكرها» (٨). ورواية يعقوب بن شبيب: «عن الرجل ينام عن الغداة حتى تبرز الشمس، أ يصلّي حين يستيقظ، أو ينتظر حتى تنبسط الشمس؟ قال: يصلّي حين يستيقظ» (٩)، إلى غير ذلك مما هو بهذا المضمون (١٠). و مثل ما دلّ من الأخبار (١١) على أنّ عدّة صلوات يصلّين على كلّ حال، منها: صلاة فاتتك تقضى حين تذكر. و تقريب الاستدلال بالآية و الروايات: أنّ توقيت فعل الصلاة بوقت الذكر ظاهر في وجوب إيقاعها في ذلك الوقت، فهو وقت للواجب، لا لمجرّد الوجوب، كما في قول القائل: أدخل السوق عند طلوع الشمس أو الزوال، أو افعل كذا حين قدوم زيد، و نحو ذلك. و حملها على الاستحباب مخالف لظاهر الآية، حيث إنّ قوله تعالى أقيم الصلاة (١٢) عطف على قوله فأعبدني الصريح في الوجوب، و كذا حملها على مجرد الإذن في المبادرة في مقام رفع توهم الحظر عنها في بعض الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها تنزيها أو تحريما. و منها: ما دلّ على عدم جواز الاشتغال بغير القضاء، مثل صحيحة أبي ولاد - الواردة في حكم المسافر القاصد للمسافة، الراجع عن قصده قبل تمامها - و في آخرها: «فإن كنت لم تسر في يومك الذي خرجت فيه بريدا، فإنّ عليك أن تقضى كلّ صلاة صليتها بالقصر بتمام، من قبل أن تبرح من مكانك» (١٣). و صحيحة زرارة: «عن رجل صلّى بغير طهور أو نسي صلاة أو نام عنها، قال: يقضيها إذا ذكرها، في أيّ ساعة ذكرها من ليل أو نهار، فإذا دخل وقت صلاة و لم يتم ما فاتة فليقض، ما لم يتخوف أن يذهب وقت هذه الصلاة التي قد حضرت، و هذه أحقّ بوقتها، فإذا قضاها فليصل ما قد فاتة ممّا قد مضى، و لا يتطوّع بركعة حتى يقضى الفريضة كلّها» (١٤). و الجواب: أمّا عن الآية (١٥) فبأنّه إن أريد إثبات دلالتها بنفسها على فوريّة القضاء، فدونه خرط القتاد، إذ لا ظهور فيها إلّا في خطاب موسى عليه السلام بإقامة الصلاة، فإنّ قوله تعالى لذكرى يحتمل أن يكون قيّدا لكلا الأمرين، أعنى قوله فأعبدني - و أقيم الصلاة خصوصا بعد ملاحظة أنّ في نسيان مثل موسى لصلاة الفريضة بل نومه عنها كلاما تقدّم شطر منه في نوم النبي صلّى الله عليه و آله و سلم (١٦) و «اللام» فيه يحتمل وجوها، و كذا «الذكر». و بالجملة، فعدم دلالة الآية بنفسها على المدعى بحسب فهمنا ممّا لا يحتاج إلى بيان وجوه إجمال الآية أو بعضها: و لذا لم يحك عن أحد من المفسّرين من تفسيرها (١٧) بخصوص الفائتة، حتى يمكن حمل الأمر فيها على الفور. و إن أريد دلالتها بضميمة ما ورد في تفسيرها - من الروايات المتقدّمة المستشهد بها فيها على وجوب القضاء عند الذكر - منعنا دلالتها، لأنّ الرواية الأولى عاميّة (١٨) و الصحيحة الآخرة (١٩) لزرارة (٢٠) مع اشتغالها على نوم النبي صلّى الله عليه و آله و سلم و أصحابه عن منامهم بعد الاستيقاظ، و تقديم نافلة الفجر، بل الأذان و الإقامة. بل قد تدلّ مراعاة النبي صلّى الله عليه و آله و سلم للتجنب عن وادي الشيطان و عدم تأخيرها نافلة الفجر عن فريضةها و عدم ترك الأذان و الإقامة على عدم استحباب المبادرة إلى القضاء على وجه يكون له مزية على المستحبات المذكورة. و أمّا الرواية الأولى لزرارة (٢١)، فلا دلالة فيها إلّا على تقدير كون الأمر للفور و قد عرفت منعه سابقا (٢٢)، فهي لا تدلّ إلّا على الأمر بتقديم الفائتة الواحدة على الحاضرة، و أين هذا من القول بالمضايقة و وجوب المبادرة، و بطلان الحاضرة لو قدّمها على الفائتة و إن تعدّدت. و أمّا الأخبار (٢٣) - غير صحيحة أبي ولاد (٢٤) و زرارة (٢٥) - فهي بين مسوق لبيان أصل وجوب قضاء المتروك لعذر، و مسوق لبيان عدم اختصاص القضاء بوقت دون وقت في مقام رفع توهم مرجوحته في بعض الأوقات. مع أنّه لو سلّم دلالتها على الفور، فهي بنفسها لا يستلزم (٢٦)

الترتيب، إلّا إذا قلنا باستلزام الأمر بالشىء النهى عن ضده، أو عدم الأمر به، كما أنّ ما دلّ بظاهره على الترتيب لا يستلزم وجوب المبادرة، كما عرفت سابقا (٢٧).

نعم لو ثبت إجماع مرّكّب أمكن الاستدلال بما دلّ على أحدهما على الآخر بضميمة الإجماع، و هو غير ثابت. و بهذا يمكن دفع الاستدلال بالصحيحين الأخيرتين، أعنى صحيحة أبي ولاد و زرارة. مع أنّ دلالة صحيحة أبي ولاد على المطلب موقوفة على القول بوجوب قضاء الصلوات المقصورة إذا بدا له عن السفر قبل إتمام المسافة، و هو - مع أنّه ممّا لم يقل به أحد - مخالف لصحيحة زرارة الأخرى (٢٨) الصريحة في نفي الإعادة على من رجع عن قصد السفر بعد الصلاة قصرا، فالمتّجه حمل الرواية على الاستحباب، فلا تدلّ على وجوب المبادرة. و أمّا صحيحة زرارة (٢٩) فهي - كبعض الأخبار الآتية (٣٠) - عمدة أدلّة هذا القول. و ربّما يجاب عنها بأنّ

إطلاق السؤال منها، فيها، يقتضى حمل القضاء- في الجواب- على مطلق الأداء، كما استعمل فيه في آخر الخبر، فلا يكون الغرض إلّا إيجاب الفعل وقت الذكر. و هو ضعيف لمخالفته ظاهر السؤال، فضلا عن ظواهر فقرات الجواب، لأنّ النوم عن الصلاة، و نسيانها لا يصدق عرفا، بل و لا لغه، إلّا إذا نام أو نسي

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٣

في مجموع الوقت. و يتلوه في الضعف حمل السؤال على كونه عن وقت القضاء مع العلم بأصل وجوبه، فيكون الجواب لبيان الرخصة في القضاء في أى ساعة ذكر و لو في أوقات يكون فعل الصلاة فيها مطلقا أو في الجملة مرجوحه، كما إذا دخل وقت الفريضة، و كما بعد صلاة العصر و الفجر. و يؤيده قوله عليه السلام في صحيحة أخرى لزرارة: «في أى ساعة ذكرتها و لو بعد صلاة العصر» (١). و وجه الضعف: أنّ دعوى كون السؤال عن وقت القضاء مع الفراغ عن أصل وجوبه ممنوعه، و مخالفة لظاهر السؤال، كما لا يخفى. فالأحسن تسليم ظهور الرواية- بنفسها- في وجوب المبادرة، و حملها على ما ذكرنا: من بيان تعميم وقت الرخصة، أو على الاستحباب بمعونه ظهور بعض ما تقدّم من أخبار المواسعة. و ربّما يشهد للأول كثرة الأخبار الواردة في أوقات قضاء النوافل و الفرائض في مقام السؤال عن تعيين وقت القضاء، و يظهر ذلك لمن لاحظ كتاب الوسائل في باب عدم كراهة القضاء في وقت من الأوقات (٢). ثمّ لو سلّم دلالتها على المبادرة لم يكن فيه دلالة على الترتيب، إلّا إذا قلنا بكون الأمر بالشىء مستلزما للنهي عن ضده الخاص، أو لعدم الأمر به، أو قام إجماع مركّب في البين و كلاهما ممنوعان.

الرابع: من أدلة هذا القول: ما دلّ على الترتيب و تقديم الفائتة في الابتداء

و العدول من الحاضرة إليها في الأثناء مثل صحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا نسيت صلاة أو صلّيتها بغير وضوء أو (٣) كان عليك قضاء صلوات، فابدأ بأولهن و أدن لها و أقم، ثم صلّها، و ثم صلّ ما بعدها بإقامه، إقامة لكل صلاة (٤). و قال: قال أبو جعفر عليه السلام: فإن كنت قد صلّيت الظهر و قد فاتتك الغداة فذكرتها، فصلّ الغداة في (٥) أى ساعة ذكرتها و لو بعد العصر، و متى ما ذكرت صلاة فاتتك صلّيتها (٦). و قال: إذا نسيت الظهر حتّى صلّيت العصر فذكرتها و أنت في الصلاة، أو بعد فراغك فانوها الأولى، ثم صلّ العصر، فإنما هي أربع مكان أربع. و إن ذكرت أنّك لم تصلّ الأولى و أنت في صلاة العصر و قد صلّيتها (٧) ركعتين، فانوها الأولى، ثم صلّ الركعتين الباقيتين و قم و صلّ العصر. و إن كنت قد ذكرت أنّك لم تصلّ العصر حتّى دخلت (٨) المغرب و لم تخف فوتها، فصلّ العصر، ثم صلّ المغرب. و إن كنت قد صلّيت المغرب فقم فصلّ العصر. فإن كنت قد صلّيت من المغرب ركعتين ثم ذكرت العصر فانوها العصر، ثم قم فأتّمها بركعتين، ثم تسلّم، ثم تصلّى المغرب. و إن كنت قد صلّيت العشاء الآخرة و نسيت المغرب فقم و صلّ المغرب. و إن كنت قد صلّيت من العشاء الآخرة ركعتين، أو قمت في الثالثة، فانوها المغرب ثم سلّم، ثم قم فصلّ العشاء الآخرة. و إن كنت قد نسيت العشاء الآخرة حتّى صلّيت الفجر فصلّ العشاء الآخرة. و إن كنت ذكرتتها و أنت في الركعة الأولى، أو الركعة الثانية من الغداة، فانوها العشاء، ثم قم فصلّ الغداة و أدن و أقم. و إن كانت المغرب و العشاء قد فاتتك جميعا، فابدأ بهما قبل أن تصلّى (٩) الغداة، ابدأ بالمغرب ثمّ العشاء. فإن خشيت أن يفوتك الغداة إن بدأت بهما فابدأ بالمغرب، ثم صلّ الغداة، ثم صلّ العشاء، فإن خشيت أن يفوتك الغداة إن بدأت بالمغرب فصلّ الغداة، ثم صلّ المغرب و العشاء، ابدأ بأولهما، لأنّهما جميعا قضاء أيهما ذكرت، فلا تصلّهما (١٠) إلّا بعد ذهاب شعاع الشمس. قلت: لم ذاك (١١)؟ قال: «لأنّك لست تخاف فوتها» (١٢). و رواية صفوان بن يحيى، عن أبي الحسن عليه السلام: «قال: سألته عن رجل نسي الظهر حتى غربت الشمس و قد كان صلّى العصر. قال: قال (١٣) أبو جعفر عليه السلام: و (١٤) كان أبي يقول: إن أمكنه أن يصلّيها قبل أن يفوته المغرب بدأ بها، و إلّا صلّى المغرب، ثم صلّاها» (١٥). و رواية أبي بصير: «عن رجل نسي الظهر حتّى دخل وقت العصر قال: يبدأ بالظهر، و كذلك الصلوات تبدأ بالتى نسيت إلّا أن تخاف أن يخرج وقت الصلاة فيبدأ بالتى أنت في وقتها، ثم تصلّى (١٦) التى نسيت» (١٧). و رواية زرارة- المتقدمة

في تفسير الآية- (١٨). ورواية البصري: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نسي صلاة حتى دخل وقت صلاة أخرى؟ فقال: إذا نسي صلاة أو نام عنها، صلّاها حين يذكرها، فإذا ذكرها و هو في صلاة بدأ بالتى نسي، و إن ذكرها مع إمام في صلاة المغرب أتمها بركعة، ثم صلى المغرب ثم صلى العتمة بعدها.. الخبر» (١٩). ورواية معمر بن يحيى: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل صلى على غير القبلة، ثم تبين له القبلة و قد دخل وقت صلاة أخرى؟ قال: يصلّيها قبل أن يصلّي هذه التى دخل وقتها، إلّا أن يخاف فوت التى دخل وقتها» (٢٠). و المحكّي «٢١» عن دعائم الإسلام: «قال: روينا عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه قال: من فاتته صلاة حتى دخل وقت صلاة أخرى، فإن كان في الوقت سعة بدأ بالتى فاتت، و صلى التى هو منها في وقت، و إن لم يكن من الوقت إلّا مقدار ما يصلّي التى هو في وقتها بدأ بها، و قضى بعدها التى فاتت» (٢٢). و المحكّي عن كتب الأصحاب «٢٣»-

مرسلا- عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «لا صلاة لمن عليه صلاة» (٢٤) و لا- ريب في أنه يصدق على المكلف- قبل تنجز الحاضرة عليه و مشروعيتها له- أنه عليه صلاة، فينفى مشروعيتها الحاضرة و تعلّقها في ذمته بمقتضى الرواية، و لا- يجوز قلب الاستدلال بها فيما إذا فرض تذكر الفاتئة بعد تنجز الحاضرة عليه كما لا يخفى بأدنى التفات. و الجواب: أمّا عن صحیحته زرارة الطويلة «٢٥» فبأن مواضع الدلالة فيها فقرات: إحداها: قوله عليه السلام: «و إن كنت قد ذكرت أنك لم تصل العصر حتى دخل وقت المغرب و لم تخف فوتها فصلّ العصر ثم صلّ المغرب.. الخبر». و لا يخفى- على المتأمل فيها- ظهورها في تضييق وقت المغرب و فواتها بزوال الحمرة، و إلّا لم يناسب التفصيل- في فرض نسيان العصر إلى دخول المغرب- بين خوف فوات المغرب و عدمه، و حينئذ فلا ينهض الرواية دليلا- على المضايقة، بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من كون زوال الحمرة آخر وقت الفضيلة دون الإجزاء، فتعين حمل الأمر على الاستحباب، و كون إدراك فضيلة المغرب أولى من المبادرة إلى الفاتئة بحكم مفهوم القيد في قوله: «و لم تخف». الثانية: قوله عليه السلام: «و إن كنت قد صليت من المغرب ركعتين» و الظاهر أن الحكم بالعدول في هذه الفقرة مقيد- كالحكم السابق- بعدم خوف فوات وقت المغرب. و حاصل الحكمين:

أنه إذا لم يخف فوت المغرب قدّم العصر ابتداء و عدل إليها في أثناء المغرب، فيكون مفهوم القيد في قوله عليه السلام: «و لم يخف فوتها» مفيدا «٢٦» لانتفاء الحكمين عند خوف

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٤

وقت فضيلة المغرب، فيكون الراجح- عند خوف فوت وقت الفضيلة- تقديم الحاضرة، و هذا مخالف للقول بالمضايقة، فلا محيص عن حمل الأمر بالعدول على الاستحباب.

الثالثة: قوله عليه السلام: «و إن كنت قد ذكرتها- يعنى: العشاء الآخرة- و أنت في الركعة الأولى أو الثانية من الغداة.. إلخ». و الإنصاف ظهور دلالة هذه الفقرة- بنفسها- على وجوب العدول، لكنّه لا- ينفع بعد وجوب حمل الأمر بالعدول عن المغرب إلى العصر على الاستحباب، إذ يتعين حينئذ- من جهة عدم القول بالفصل- حمل الأمر بالعدول من الفجر إلى العشاء أيضا على الاستحباب. اللهم إلّا أن يقال: إن الاستحباب «١» بعيد عن السياق من جهة أن الأمر في الصحیح بالعدول من العصر إلى الظهر، و من العشاء إلى المغرب للوجوب قطعا، فرغ اليد عن الظهور المتقدم في وقت المغرب أولى. الرابعة: قوله عليه السلام: «و إن كانت المغرب و العشاء فاتتاك.. إلى قوله: فابدأ بالمغرب». و حاله كحال الأمر بالعدول عن الغداة إلى العشاء في حمله على الاستحباب بقريته ما سبق، لعدم القول بالفصل بين تذكر فوات العصر في آخر وقت فضيلة المغرب و بين تذكر العشاء فقط، أو مع المغرب في وقت صلاة الفجر. و حاصل الجواب عن هذه الصحیح: أن الاستدلال بها مبيته على القول بكون آخر وقت أجزاء المغرب: زوال الحمرة، فإذا لم نقل بهذا سقط الاستدلال بجميع الفقرات الأربع، فتأمل. هذا مع أن قوله عليه السلام في آخر الرواية «٢» تعليلا لتأخير القضاء إلى ذهاب الشعاب «أنك لست تخاف فوتها» ظاهر في عدم فوریه القضاء، فلو تمّت دلالة الفقرات على الترتيب، فلا يستلزم الفوریه، لمنع الإجماع المركب. بل الظاهر أن جمع الإمام عليه السلام في الحكم بالترتيب بين الحاضرتين و بين حاضرة و فاتئة أماره على أن مناط الترتيب

في الكلّ أمر واحد، فليس لفورية القضاء- لو قلنا بها- دخل في الترتيب، كما يزعمه أهل المضايقة. ثم لو سلم الإجماع المركب كان التعليل المذكور قرينة أخرى على استحباب الترتيب، فافهم. هذا مع أنّ الخبر مشتمل على بعض الأحكام المخالفة للإجماع، مثل العدول عن اللاحقة إلى السابقة بعد الفراغ عنها، و مثل النهي عن القضاء إلا بعد ذهاب شعاع الشمس. و بما ذكرنا في الجواب عن هذه الصحيحة- من ابتناء الاستدلال على ضيق وقت المغرب- يجاب عن رواية صفوان بن يحيى «٣»، و بنظيره يجاب عن رواية أبي بصير «٤»، فإنّ الظاهر من قوله: «نسى الظهر حتى دخل وقت العصر» ابتناء الجواب على تعدّد أوقات الظهرين و العشاءين و حينئذ فقوله: «يبدأ بالتّي نسيت إلا أن يخاف أن يخرج وقت الصلاة» خروج الوقت المختصّ بها، فلو نسي العصر عند خوف وقت المغرب المغاير لوقت العشاء و جب البدء بالمغرب ثمّ بالعصر، و هذا ممّا لا نقول به، و حمل وقت العصر على المقدار الذي يسع الفعل عن آخر الوقت مخالف للظاهر قطعاً. و أمّا رواية معمر بن يحيى «٥» فالأمر يدور بين تقيدها بصورة الاستدبار و حملها على الاستحباب أو حمل الوقت على ما تقدّم في رواية أبي بصير. فلم يبق إلا رواية زرارة «٦» الضعيفة بالقاسم بن عروة و رواية البصري «٧» الضعيفة بمعلّى بن محمّد، و رواية الدعائم «٨» المجهولة السند، و النبوي المرسل «٩». و الجواب عنها- بعد الإغماض عن سندها و عن سوابقها بعد تسليم ظهور دلالتها- : أنّها معارضة بما تقدّم من الأخبار الظاهرة في عدم اعتبار الترتيب، بل في الأمر بتقديم الحاضرة، و هي أكثر عدداً و أصحّ سنداً و أظهر دلالة، لإمكان حمل هذه على الاستحباب، و ليس في تلك الأخبار مثل هذا الحمل في القرب. ثمّ لو سلمنا التكافؤ، فالمرجع إلى الإطلاقات و الأصول الدالة على عدم اعتبار الترتيب و عدم وجوب المبادرة.

و ربّما رجّح القول بعدم الترتيب بمخالفته لأكثر الجمهور- على ما عن التذكرة- «١٠» و حكى أنّه مذهب الأربعة عدا الشافعي، بل له أيضا- بناء على أنّ المحكي عنه- أولوية الترتيب «١١»

إن لم نقل بوجوبه. فالأخبار الدالة على رجحان تقديم الحاضرة مخالف لفتوى الأربعة.

الخامس من الأدلة: الإجماعات المنقولة

من أساطين القدماء، كالشيخ المفيد قدس سرّه حيث حكى عنه أنه قال في رسالة نفى السهو: إن الخبر المروي- في نومه صلّى الله عليه و آله و سلم عن صلاة الصبح- «١٢» متضمّن خلاف ما عليه عصابة الحق، لأنهم لا يختلفون في أنّ من فاتته صلاة فريضة، فعليه أن يقضيها في أيّ ساعة ذكرها من ليل أو نهار، ما لم يكن ما لم يكن الوقت مضيقاً لفريضة حاضرة، و إذا كان يحرم فريضة قد دخل وقتها ليقضى فرضاً فإنّه كان حظر النوافل عليه أولى، مع الرواية عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم أنّه «لا صلاة لمن عليه صلاة» مريداً به: لا نافله له لمن عليه فريضة «١٣» (انتهى). و كالشريف أبي الحسين الحسن «١٤»

بن محمّد بن ناصر الرسي في المسألة التاسعة عشرة من الرسيات التي سئل عنها السيّد المرتضى قال «١٥» إذا كان إجماعنا مستقراً على وجوب تقديم الفائت من فرائض الصلاة على الحاضرة منها إلى آخر ما ذكره و قد أقرّه السيّد على هذه الدعوى، و الشيخ في الخلاف «١٦» و السيّد في الغنية «١٧» و الحلّي في السرائر في بحث المواقيت «١٨». و حكى عنه «١٩» الشهيد في غاية المراد أنّه قال في رسالته المعمولة في هذه المسألة المسماة ب (خلاصة الاستدلال): إنّ ذلك مما أطبقت الإمامية عليه خلفاً بعد سلف و عصراً بعد عصر و أجمعت عليه، و لا يعتدّ بخلاف نفر يسير من الخراسانيين، فإنّ ابني بابويه و الأشعريين كسعد بن سعد و سعد بن عبد الله صاحب كتاب الرحمة، و محمّد بن علي بن محبوب صاحب كتاب نواذر الحكمة، و القميين أجمع عاملون بالأخبار المتضمّنة للمضايقة، لأنهم ذكروا أنّه لا يحلّ ردّ الخبر الموثوق برواته و حفظهم «٢٠» الصدوق ذكر ذلك في كتاب من لا يحضره الفقيه، و خربت هذه الصناعة و رئيس الأعاجم أبو جعفر الطوسي مودع أحاديث المضايقة في كتبه مفت بها، و المخالف إذا عرف باسمه و نسبه لا يضرب خلافه «٢١» (انتهى). و هذه الإجماعات المحكيّة- مع كون كل منها- بمنزلة خبر صحيح عالي السند- معتزدة بالشهرة المطلقة كما عن كشف الالتباس «٢٢» خصوصاً بين القدماء كما عن الروض «٢٣» و غيره «٢٤» و عن التذكرة «٢٥» و الدروس «٢٦» و غيرهما «٢٧»

نسبته إلى الأكثر، و عن كشف الرموز «٢٨» و غيره «٢٩» نسبته إلى الثلاثة و أتباعهم. و الجواب: أن حكاية الإجماع- مع وجود القول بالخلاف ممن عرفت من القدماء و المتأخرين- لا تنهض حجة إلا على مدعيها، لو هن احتمال صدقه حينئذ و قوة احتمال استناد قطعه إلى ما لا ينبغي أن يوجب القطع، أو احتمال إرادته من الإجماع على الحكم: الإجماع على المبنى الذى يستنبط منه هذا الحكم بزعم المدعى، كأن يكون دعوى السيدين الإجماع على المضايقة باعتبار كون دلالة الأمر على الفور عندهم إجماعيا، أو باعتبار الإجماع على العمل بأخبار وجوب قضاء المنسى

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٥

إذا ذكرها، الدالمة بزعمهم على أن وقت الذكر متعين لوقت القضاء، فلا يجوز التأخير عنه، و لا يجوز فعل الحاضرة فيه، و قد أطلعنا على موارد من هذا القبيل إما بتنصيب مدعى الإجماع، و إما بانفهام ذلك من مطاوى كلامه. و من الموارد التى علم استناد المدعى إلى ما لا ينبغي أن يوجب «١» القطع: ما تقدم «٢» من كلام الحلّي- فى هذا المقام- من دعواه إجماع القميين و الأشعريين على الحكم لأجل مقدمتين: إحداهما: ذكر الثقات روايات المضايقة.

و الثانية: بناؤهم على وجوب العمل بما يروونه من أخبار الثقات. و يكفى فى رده- بعد النقض بأن الثقات رووا أخبار الموسعة أيضا، بل ظاهر المحكى عن غاية المراد «٣» أن هؤلاء المجمعين رووا أخبار الموسعة أيضا الحل بما عن المفيد: فى جوابه عن سألته عن عمل من سدّ عليه طرق العلم بالأخبار المسندة «٤» فى كتب الصدوق- من «٥» أنه إنما روى ما سمع و نقل ما حفظ و لم يضمن العهدة فى ذلك، و أصحاب الحديث ينقلون الغث و السمين، و ليسوا بأصحاب نظر و تفتيش «٦» (انتهى).

السادس: ما عن المحقق فى المعبر

فى مقام الاستدلال لهذا القول: من أن الفوائت تترتب، فترتب على الحاضرة «٧». و حكى فى توجيهه وجهان: أحدهما: أن الفوائت تترتب فى القضاء، لترتب أزمنتها، و حيث تقدم أزمنتها على أزمنة الحاضرة فيتقدم «٨» عليها أيضا. ثانيهما: أن الحاضرة لو كانت فائتة و جب تأخيرها عما فاتت قبلها، فكذا إذا كانت حاضرة. و قد يرد الوجهان بأنه قد يكون لمساواتها فى الفوات و عدم مزية بعضها على بعض من جهة الوقت مدخليّة فى وجوب الترتيب، و لذلك يجب الحاضرة عند ضيقها، ثم يجب تأخيرها بعد فوتها المتأخر عن ضيقها، فلا يكون ترتب الأزمنة فى اليومية سببا مستقلا فى وجوب رعاية الترتيب مطلقا، و مجرد احتمال ذلك لا يكفى فى الاستدلال. أقول: لا- ريب فى ضعف الوجهين لما ذكر و لغيره. نعم يمكن توجيهه بأن المراد: أن الترتيب بين الفوائت يكشف عن أن ذلك لأجل تقدم كل فريضة على لاحقتها «٩» قبل تحقّق فوت تلك اللاحقة، فحيث كانت اللاحقة حال حضور وقتها متأخرة عن الفائتة انسحب هذا الاشتراط بعد فواتها، فمناشأ الترتيب بين الفوائت الترتيب بين الفائتة و الحاضرة. و لا ينافى ذلك تقديم الحاضرة عند ضيق وقتها، لأنه تقديم عارضى لما هو مؤخر بالذات. و يمكن الاستدلال لما ذكر بإطلاق أدلة وجوب قضاء ما فات «١٠»، فإنها تدلّ بإطلاقها على الاكتفاء بفعل الفائت، فلو اعتبر فى الفائتة اللاحقة تأخرها عن السابقة كان ذلك تقييدا لتلك الإطلاقات، بخلاف ما لو كان اعتبار تأخرها لأجل اعتبار تأخرها «١١» حين كونها حاضرة، فإنه لا يلزم من ذلك تقييد فى تلك الإطلاقات، لأنّ فعل ما فات بجميع شروطه و أجزاءه المعتبرة قبل الفوات لا يتحقّق إلا بتأخيرها عن السابقة. هذا و لكن يندفع بأنّ التقييد لازم، إما فى إطلاق الحاضرة فلا يحتاج إلى تقييد إطلاق أدلة القضاء، إذ لم يعتبر فيها حينئذ أمر زائد على ما اعتبر فيها حال الأداء، و إمّا تقييد أدلة القضاء باشتراط تأخر لاحقتها عن سابقها من غير اعتبار هذا الشرط فى القضاء. و حيث لم يثبت التقييد فى أحدهما بالخصوص، و علم من الخارج وجوب الترتيب بين الفوائت بأنفسها اقتصر عليه، و يرجع فى حكم الحاضرة إلى الأصول. نعم لو ثبت وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة أمكن الاستدلال فى مسألة الترتيب بين الفوائت بأنفسها، بناء على ما ذكر من دلالة أدلة

وجوب قضاء ما فات على اعتبار جميع ما اعتبر في الأداء في القضاء. هذا خلاصة الكلام في أدلة القولين المشهورين: الموسعة المطلقة، والمضايقة المطلقة. وقد عرفت أن القول بالموسعة و عدم وجوب الترتيب لا يخلو عن قوة، خصوصا فيما زاد على الفاتئة الواحدة، إذ لم يكن فيما تقدم من أخبار المضايقة ما يتضمن لزوم ترتيب الحاضرة على الفاتئة المتعددة، إلا ذيل صحيحة زرارة الطويلة الآمرة بتقديم المغرب والعشاء الفاتتين على الفجر.

بقي هنا أمور:

الأول:

أنه على القول بعدم وجوب الترتيب، هل يستحب تقديم الفاتئة أو تقديم الحاضرة؟ وجهان، بل قولان، والأقوى: التفصيل بين صورة ضيق «١٢» وقت الفضيلة للحاضرة الذي قيل بكونه هو الوقت للمختار، فالمستحب حينئذ تقديم الحاضرة، وبين غيرها، فيستحب تقديم الفاتئة. أما استحباب تقديم الحاضرة في صورة ضيق وقت فضيلتها، فعموم أدلة تأكد «١٣» عدم تأخير الحاضرة عن ذلك الوقت إلا من عذر أو علة، حتى قيل «١٤» بتعيينه للمختار من جهة ظاهر الروايات الدالة على ذلك «١٥» و خصوص الصحيحة الطويلة المتقدمة في مسألة تقديم المغرب الحاضرة على العصر الفاتئة «١٦» بعد حمل الوقت فيها على وقت الفضيلة، وكذا رواية صفوان- المتقدمة- فيمن نسي الظهر إلى أن غربت الشمس و أنه يقدم الظهر إن لم يخف فوت المغرب «١٧» وكذا رواية أبي بصير المتقدمة فيمن نسي الظهر حتى دخل وقت العصر «١٨»، فراجع و لاحظ.

ولأجل هذه الأخبار الخاصة يحمل ما دل «١٩» بإطلاقه على الأمر بتقديم الفاتئة في السعة، المحمول على الاستحباب- بناء على القول بالموسعة- على إرادة سعة وقت الفضيلة، دون مطلق الوقت، فلا يوجد في المقام خبر يدل على الأمر بتقديم الفاتئة مع ضيق وقت الفضيلة. و دعوى موافقته للاحتياط، للخروج به عن خلاف من أوجب التقديم. معارضة بموافقة تقديم الحاضرة في هذه للاحتياط، للخروج به عن خلاف من جعل وقت الفضيلة وقتا اختياريا. مع أن أهل المضايقة «٢٠» قائلون بهذا القول كالشيخين «٢١» و العماني «٢٢» و الحلبي «٢٣» فهم قائلون بوجوب تقديم الحاضرة في هذه الصورة. مضافا إلى ما عرفت في نقل الأقوال من ظهور عبارة بعض القدماء بوجوب تقديم الحاضرة «٢٤». و أما استحباب تقديم الفاتئة مع سعة وقت الفضيلة أو بعد فواته، فلما تقدم من الأخبار التي استدلت بها أهل المضايقة «٢٥» من الأمر بتقديم الفاتئة، أو العدول من الحاضرة إليها، المحمول على الاستحباب. و أما ما تقدم في بعض أخبار الموسعة من إطلاق تقديم الحاضرة «٢٦» فمحمول على صورة ضيق وقت الفضيلة و خوف فواته. ثم إنه لا- ينافي ما ذكرنا- من

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٦

استحباب تقديم الفاتئة- الأخبار الدالة على استحباب المبادرة أول الوقت، لأنها بين دالة على استحباب إتيان الفريضة في الوقت الأول، و هذا يجمع تقديم الفاتئة، و بين دالة على استحباب المبادرة في أول الوقت، الأول فالأول التي ينافي تقديم الفاتئة، إلا أنه لا بأس بالحكم باستحباب الأمرين المتنافيين، فإن جلت المستحبات كثيرا ما يتفق تنافيا. ثم إن المحكي «١» عن الصدوق من استحباب تقديم الحاضرة بقول مطلق «٢» ينافي أخبار «٣» العدول عنها إلى الفاتئة، إذ الظاهر منها أن العدول راجح، و معناه رجحان تقديم الفاتئة، إلا أن يكون رجحانه مختصا بالتذكّر في الأثناء أو يكون الأمر لمجرد بيان الجواز. و كيف كان فلا بد من حمله على التبعيد لإدراك رجحان تقديم الفاتئة، و هو بعيد. و هذا مما يضعف القول باستحباب تقديم الحاضرة مطلقا، فإن حمل الأمر بتقديم الفاتئة على مجرد بيان جواز الاشتغال بالقضاء في وقت الفريضة دفعا لتوهم عدم جوازه الناشئ عن بعض الأخبار المانعة للنافلة «٤»

أو مطلق الصلاة «٥» أو خصوص بعض الفرائض كالكسوفين في وقت اليوميّة، «٦» إلا أن حمل أخبار العدول على الجواز بعيد جدا.

الثاني:

إذا قلنا بالفورية و الترتيب، فلا إشكال في وجوب الاشتغال بالحاضرة عند ضيق وقتها، وكذا بما هو ضروري التعيش. و الظاهر أنه لو كان للإنسان ضروريات يمكن الاشتغال بها بعد الحاضرة و قبلها لم يجب تأخير الصلاة عنها، لأن تأخيرها إلى وقت ضيقها ليس للتعبد، و إنما هو لئلا يزاحم الفائتة، و المفروض سقوط التكليف بها حينئذ، لأن الوقت بقدر الفعل الضروري و الحاضرة، و كذا لو سقط عنه الفائتة بعذر آخر كما إذا بقي من وقت الظهر مقدار عشر ركعات و عليه رباعية، فإنه لو اشتغل بها فات عنه ركعتان من العصر. نعم لو أخذ بإطلاق قوله - عليه السلام: «لا صلاة لمن عليه صلاة» (٧) كان مقتضاه الاقتصار على المتيقن من وقت الاشتغال.

الثالث:

أنه لا إشكال في ترجيح الحاضرة على الفائتة في آخر وقتها المضروب لأدائها بالذات أو بالعرض، كطرو حيص أو فقد طهور، و هل يرجح عليها إذا ضاق وقت أصل الفعل بحيث إنه يظن أنه لا يتمكن منها أصلاً و لو قضاء كما إذا ظن دنو الوفاة أم لا؟ صرح بعض محققى من عاصرناهم بالترجيح، و بأنه ممّا لا كلام فيه، فجعله كضيق وقت الأداء. و فيه نظر، لأن الحاضرة إنما رجحت على الفائتة عند ضيق وقتها، للنص (٨) المعتضد بما علم من أهميته الحاضرة بالنسبة إلى المبادرة إلى الواجبات الأخرى، و تعين ترك المبادرة إليها. و أما ترجيح فعل الحاضرة على أصل فعل الفائتة، بأن يدور الأمر بين ترك الحاضرة أداء و قضاء، أو ترك الفائتة رأساً، فلم يعلم له وجه عدا إطلاق النص (٩) الدال على أن الحاضرة أحق بوقتها، لكنّه من صرف إلى صورة التمكّن بعد ذلك من القضاء. و أما إذا علم أن عمره لا يفي إلا بفعل أحدهما، فدعوى دخوله في الإطلاق قابلة للمنع. نعم لا يبعد أن يستفاد من الأدلة أهمية فعل الفرائض في وقتها من جميع ما عداها من حقوق الله، مع أن الاحتياط يقتضيه، لدوران الأمر بين التعيين و التخيير، إذ ينبغي القطع بعدم وجوب ترجيح الفائتة في هذه الصورة.

الرابع:

صرح بعض بأنه لا - كلام في أن تضييق الفائتة - على القول به - ليس كتضييق الحاضرة في وجوب الاقتصار على أقل ما يحصل به الامتثال. و التحقيق: أن أدلته فورية القضاء إن استفيد منها وجوب الاشتغال بالقضاء عن غيره في مقابل الاشتغال بغيره عنه، فهو كما ذكر، فيجوز له الإتيان في الفائتة مطلقاً بجميع المستحبات الصلوات كالقنوت و الأذان و الإقامة و غيرها ممّا يستحب في أثناء الصلاة، أو في أولها. و إن استفيد منها وجوب الاشتغال به مع التمكّن - عقلاً و شرعاً - فيجوز حينئذ الإتيان بجميع المستحبات الصلوات إذا لم يجب بعد هذه الصلاة فائتة أخرى، و إلا لم يجز، لتفويتها المبادرة إلى الاشتغال بالفائتة المتأخرة. و إن استفيد منها وجوب المبادرة إلى تحصيل المأمور به في أول أوقات إمكانه لم يجز الاشتغال بشيء من المستحبات، و وجب الاقتصار على أقل الواجب في الفائتة مطلقاً. و حيث إن عمده أدلة المضايقة عند أهلها دلالة الأمر على الفور، فهو يقتضى الوجه الثالث، لأن فعل المستحبات و الآداب في الفائتة السابقة يوجب التأخير في لاحقها. مضافاً إلى أن مقتضى فورية أصل الواجب: وجوب تحصيله في أول أوقات إمكان حصوله. إلا أن يقال بعد ثبوت التخيير بين أفراد المأمور به (١٠) المختلفة في الطول و القصر، يكون المراد المسارعة إلى التلبس بالفعل من غير التفات إلى زمان الفراغ عنه، الذى هو زمان حصول المأمور به في الخارج، كما إذا وجبت الكفارة المخيرة بين الخصال فوراً، فإن ذلك لا - يوجب وجوب اختيار العتق على صوم شهرين إذا كان يحصل في زمان أقل من الصوم. و فيه: أنه مسلّم إذا كان المأمور به فى الأمور المخيرة شرعاً، أما إذا كان التخيير عقلياً، فممنشأ حكم العقل به ملاحظة كون كل من الأفراد مما يتحقق به إتيان المأمور به على الوجه الذى أمر به، فإذا لم يتحقق إتيانه على النحو الذى أريد فى ضمن بعض الأفراد، فلا يحكم العقل بجواز اختيار ذلك

البعض، و لذا لا يجوز إذا أمر المولى بإحضار شيء فوراً الاشتغال بمقدمات الفرد الذي لا يحصل إلّا بعد زمان طويل، و كذا التلبس بفرد لا- يحصل تمام وجوده في الخارج إلّا بعد زمان طويل. نعم لو قامت القرينة على أنّ الفورية راجعة إلى التلبس بالمأمور به- لا إلى تحصيله في الخارج- صحّ الاكتفاء بالمبادرة إلى التلبس و إن لم يفرغ إلّا بعد زمان يمكن الفراغ عن فرد آخر بأقلّ منه، لكنّه خلاف ظاهر الصيغة المفيدة للفور. نعم لو ادّعى ظهور هذا المعنى من الأخبار «١١» الدالّة على وجوب الاشتغال بالفريضة الفائتة عند ذكرها، و أنّه إذا دخل وقت الحاضرة و لم يتمّها فليشتغل بها، بناء على تمامية دلالتها على الفور لم يكن بعيداً، خصوصاً بعد ملاحظة تصريح الشارع بعدم سقوط الأذان و الإقامة «١٢» و عدم التعرّض لوجوب الاقتصار على أقلّ الواجب ردعا للقاضي عن اعتقاد اتحاد الأداء و القضاء حتى في الآداب الخارجة و المستحبات الداخلة، فافهم. و أولى من ذلك لو كان المستند في الفورية المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٧

الإجماع المحقق أو المحكي المنصرف إلى فورية الاشتغال فإنّه يسهل حينئذ دعوى عدم إخلال المستحبات بالفورية المنعقد عليها الإجماع، هذا كلّه بالنسبة إلى المستحبات. و أما الأجزاء و الشروط الاختيارية فليست منافية للفورية حتى يجب تركها مراعاةً للتعجيل، لأنّ الواجب هو تعجيل الفعل المستجمع للأجزاء و الشرائط، إذ الطلب إنّما يعرض الفعل بعد ملاحظة تقييده بها، فلا يجوز ترك السورة- مثلاً- مراعاةً للفورية كما تترك عند ضيق الوقت، و كذا تطهير الثوب و البدن، بل التطهير بالماء، فلا يجوز التيمّم كما يجوز عند ضيق الوقت، و هكذا. هذا مع التمكن منها. و أمّا لو لم يتمكن منها، فإن لم يرجح التمكن، فلا إشكال في وجوب التعجيل. أمّا مع ظنّ التمكن فهل يراعى الفورية فيجب البدار أو يراعى تلك الأجزاء و الشروط فيجب الانتظار؟ وجهان، بل قولان: من أنّ الفورية لا صارف عنها، غاية الأمر عدم التمكن في هذا الزمان من تلك الأجزاء و الشروط، فيسقط، لإطلاق ما دلّ على سقوطها عند العجز عنها «١»، بل لو قيل بعدم فورية القضاء كان مجرد الأمر كافياً في صحة الفعل حين تعدّد الشروط، إذ لا صارف عنه بعد اختصاص أدلّة اعتبار تلك الشروط بحال التمكن، و لذا صرّح في نهاية الأحكام «٢»، و كشف الالتباس «٣»، و الجعفرية «٤»، و شرحها «٥»، و إرشادها «٦»- مع قولهم بعدم فورية القضاء- بجواز المبادرة حال التعذر. نعم عن الثلاثة الأخيرة: استثناء ما لو فقد الطهارة، فأوجبوا التأخير حينئذ، بل عن الأولين و الأخير عدم استحباب التأخير لما في المبادرة من المسارعة إلى فعل الطاعة «٧». و من أنّ الواجب هو الفعل المستجمع للأجزاء و الشروط، و العجز المسقط لاعتبار الأجزاء و الشروط الاختيارية هو العجز عن امتثال الأمر الكلي و عدم التمكن رأساً من إتيانه بتلك الشروط، و هذا هو الذي يحكم العقل بخروجه عن الخطاب بإتيان الفعل المستجمع، فيحكم بكفاية الفعل الفاقد للشرط المتعدّد في حق هذا الفرد العاجز. و أمّا من يتمكن من الإتيان بالفعل المستجمع في الزمان المستقبل، فهو داخل تحت القادرين، لا دليل على كفاية الفعل الفاقد لبعض الشرائط في حقّه، فيكون هذا الشخص- العاجز عن الشرط في الحال القادر عليه في الاستقبال- عاجزاً عن المأمور به في الحال قادراً عليه في الاستقبال فيجب عليه ترقيب زمان القدرة على المأمور به. و دعوى أنّه يستكشف من إطلاق، الأمر الشامل لهذا الشخص كونه مكلفاً بالفعل في هذا الزمان، فيكشف عن سقوط الشرط بالنسبة إليه. مدفوعة بأنّ الأمر إذا تعلّق بالفعل المستجمع للشرائط، فإطلاقه نافع عند تمكن المكلف عن المأمور به، فإذا فرض عجزه في زمان خرج عن الإطلاق. نعم لو فرض دليل دالّ- و لو بالإطلاق- على أنّ مجرد العجز عن الشرط- في جزء من أجزاء وقت الواجب- مسقط لاعتباره في ذلك الجزء، تعيّن بقاء التكليف بالفعل في ذلك الجزء من الزمان، فيأتي به بحسب الإمكان، لكن هذا لا ضابط له فقد يوجد في بعض الشروط و لا يوجد في الآخر، و الكلام في أنّ مجرد العجز في جزء من الزمان يوجب سقوط اعتباره لبقية إطلاق الأمر الشامل لذلك الجزء سليماً عن التقييد بذلك الشرط.

الخامس:

أنّه لو كان عليه فوائت و لم يتسع الوقت إلّا لمقدار الحاضرة و بعض تلك الفوائت، فقد عرفت أنّه يجب تقديم ذلك البعض على

الحاضرة عند أهل المضايقة، بناء على أن اشتراط الترتيب ينحلّ إلى شروط متعدّدة عند تعدّد الفوائت، فالممكن منها لا يسقط بالتعدّر، لا أن الشرط تقديم المجموع من حيث المجموع حتى يسقط اعتباره عند تعدّر الجميع مع احتمال هذا أيضا وقد تقدّم ذلك في الجواب عن دليل العسر والجرح «٨» وحينئذ فهل يجب تقديم ما أمكن تقديمه وإن أفضى إلى اختلال الترتيب بين الفوائت، مثلا إذا كان عليه ظهر و صبح و ذكرهما في وقت لا يسع إلا للحاضرة و صلاة الصبح، فهل يجب تقديم صلاة الصبح على الظهر و إن لزم اختلال الترتيب بينهما و بين الظهر الفائتة، أو يجب تقديم الحاضرة، ليقوع الفوائت على ترتيبها، فيدور الأمر بين إهمال الترتيب بين الحاضرة و بين الفوائت، و بين إهمال الترتيب بين نفس الفوائت. مقتضى القاعدة: الأول، لأنّ الترتيب إنّما يعتبر بين الحاضرة و بين الفائتة المستجمعة لجميع شرائطها التي منها ترتبها على سابقها، فالمقدّم على الحاضرة هي صلاة الصبح المتأخّرة شرعا عن سابقها، فافهم. السادس: لو كانت الفائتة مردّدة بين اثنين أو أزيد بحيث يجب تكرارها من باب المقدّمة، و لم يتسع الوقت إلا للحاضرة و فعل بعضها، فهل يجب تقديم ما أمكن من المحتملات أم لا؟ وجهان، لا يخفى الترجيح بينهما على الخير بالقواعد.

هذا آخر ما تيسّر تحريره على وجه الاستعجال مع تشويش البال. و الحمد لله أولا و آخرا على كلّ حال، و السلام على محمّد و آله خير آل.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٦٨

٥- رسالة في قاعدة من ملك

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمّد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و بعد، قد اشتهر في ألسنة الفقهاء من زمان الشيخ قدس سره إلى زماننا، قضيه كليه يذكرونها في مقام الاستدلال بها على ما يتفرّع عليها، كأنها بنفسها دليل معتبر أو مضمون دليل معتبر، و هي: «إن من ملك شيئا ملك الإقرار به». فأحبت أن أتكلّم في مؤدّاهها، و مقدار عمومها، و فيما يمكن أن يكون وجهاً لثبوتها. و المقصود الأصلي الانتفاع بها في غير مقام إقرار البالغ الكامل على نفسه، إذ يكفي في ذلك المقام ما أجمع عليه نصّا و فتوى من نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم «١»، لكن لا ينفع ذلك في إقرار الصبيّ فيما له أن يفعله، و إقرار الوكيل و الوليّ على الأصيل. فلا وجه لما تخيله بعض من استناد هذه القاعدة إلى قاعدة إقرار العقلاء.

[كلمات الفقهاء في القاعدة]

و ينبغي أولا ذكر كلمات من ذكرها بعينها أو بما يرادفها، ثمّ تتبعه بذكر مرادهم منها بمقتضى ظاهرها، أو بمعونة قرينه استدلالهم بها في الموارد الخاصّة، فنقول- مستعينا بالله-: قال شيخ الطائفة قدس سره في مسألة إقرار العبد المأذون في التجارة «٢»: و إن كان- يعني المال المقرّ به- يتعلق بالتجارة، مثل ثمن المبيع و أرش المعيب و ما أشبه ذلك، فإنّه يقبل إقراره، لأنّه من ملك شيئا ملك الإقرار به، إلاّ أنّه ينظر فيه، فإن كان الإقرار بقدر ما في يده من مال التجارة قبل، و قضى «٣» منه، و إن كان أكثر كان الفاضل في ذمته يتبع به إذا أعتق «٤» (انتهى). و حكى هذا عنه الحلّي في السرائر ساكتا عليه «٥» مع أنّ دأب الحلّي عدم المسامحة فيما لا يرتضيه. و عن القاضي في المهذب: أنّه إذا أقر المريض المكاتب لعبده في حال الصحة بأنّه قبض مال الكتاب، صحّ إقراره و عتق العبد، لأنّ المريض يملك القبض فيملك الإقرار به، مثل الصحيح «٦». و قال المحقّق في الشرائع: لو كان- يعني العبد- مأذونا في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها صحّ «٧»، لأنّه يملك التصرف فيملك الإقرار و يؤخذ ما أقرّ [به] «٨»، ممّا في يده «٩» (انتهى). و قد استدلل على تقديم قول الوكيل في التصرف: بأنّه أقرّ بما له أن يفعله «١٠». و نحوه العلّامة في القواعد في تلك المسألة «١١»، و صرح بهذه القضية في

باب الإقرار «١٢» أيضا، وصرّح في جهاد التذكرة: بسماع دعوى المسلم أنه آمن الحربى فى زمان يملك أمانه، و هو ما قبل الأسر، مدّعا عليه الإجماع «١٣». و نحوه المحقّق فى الشرائع «١٤» تبعا للمبسوط «١٥» من دون دعوى الإجماع. و ذكر فخر الدين فى الإيضاح - فى مسألة اختلاف الولى «١٦» و المولى عليه - أن الأقوى أن كلّ من يلزم فعله أو «١٧» إنشاؤه غيره، كان إقراره بذلك ماضيا عليه «١٨». و هذه الكليّة و إن كانت أخصّ من القضية المشهورة إلّا أن الغرض من ذكرها الاستشهاد بتصريحهم على إرادة نفوذ إقرار المالك للتصرّف على غيره، و إلّا فقد صرّح بتلك القضية فى غير هذا المقام. و ذكر الشهيد فى قواعد: أن «١٩» كلّ من قدر على إنشاء شىء قدر على الإقرار به إلّا فى مسائل أشكلت: منها: أن ولّى المرأة الاختيارى لا يقبل قوله، و كذا قيل فى الوكيل إذا أقرّ بالبيع أو قبض الثمن أو الشراء أو الطلاق أو الثمن أو الأجل، و إذا أقرّ بالرجعة فى العدة لا يقبل منه، مع أنّه قادر على إنشائها، و قيل يقبل «٢٠» (انتهى). و فى تقييد الولّى بالاختيارى احتراز عن الولّى الإجبارى، فإنّه لا إشكال فى قبول إقراره عليها، و لا خلاف بين العامة و الخاصة، على ما يظهر من التذكرة «٢١»، و يلوح من الشيخ فى المسألة دعوى الوكيل فعل ما و كلّ فيه «٢٢». نعم تأمل فيه جامع المقاصد «٢٣» على ما سيأتى. قال فى التذكرة: لو أقرّ الولّى بالنكاح فإن كانت بالغه رشيدة لم يعتد بإقراره عندنا، لانتفاء الولاية. و أما عند العامّة فينظر إن كان له إنشاء النكاح المقرّ به عند الإقرار من غير رضاها قبل إقراره، لقدرته على الإنشاء. و للشافعية وجه آخر: أنّه لا يقبل حتى تساعده «٢٤» المرأة كالوكيل إذا ادّعى أنّه أتى بما هو وكيل فيه، و لو لم يكن له إنشاء النكاح المقرّ به عند الإقرار من غير رضاها لم يقبل «٢٥» (انتهى). و يظهر منه الجزم بالتفصيل بين الولّى الاختيارى و غيره فى مسألة ادّعاء «٢٦» كلّ من العاقدين على الولّى سبق عقده على المرأة، فيبطل اللاحق «٢٧». هذا ما حضرني من موارد تعبير الفقهاء بهذه العبارة أو ما يرادفها أو ما هو أخص منها، و لا أظنك ترتاب بعد ذلك فى فساد ما يتخيل من مساواة هذه القاعدة لحديث الإقرار، حتى يستدلّ عليها به.

مفردات القاعدة و موارد جريانها

فلنرجع إلى تفسير العبارة فنقول: إنّ المراد بملك الشىء، السلطنة عليه فعلا، فلا يشمل ملك الصغير لأمواله، لعدم السلطنة الفعلية «٢٨»، نعم يملك بعض التصرفات المالية، مثل الوصية و الوقف و الصدقة و هى داخله فى عموم القضية، و لهذا أطبقوا على الاستناد إليها فى صحة إقرار الصغير بالأموال المذكورة. و الدليل على إرادة السلطنة الفعلية مضافا إلى اقتضاء اللغة - كما لا يخفى - هو عموم لفظ الشىء للأعيان و الأفعال، مثل التصرفات، فلا يمكن حمل الملك على ملك الأعيان ليشمل ملك الصغير لأمواله، بل الظاهر أنّ لفظ الشىء يراد به خصوص الأفعال، أعنى التصرفات - على ما يقتضيه ظاهر «الإقرار به» لأنّ المقرّ به حقيقة لا يجوز أن يكون من الأعيان، و قولهم: الإقرار إخبار بحق لازم، معناه: الإخبار بثبوت، لا الإخبار بنفسه، إذ المخبر به لا يكون عينا. ثمّ التسلّط على التصرف أعّم من أن يكون أصالة أو وكالة أو ولاية. و المراد من «ملك الإقرار بذلك»: التسلّط عليه. و المراد من «الإقرار به»: إمّا معناه اللغوى، و هو إثبات الشىء و جعله قارًا، سواء أثبتته على نفسه أو على غيره. و إمّا معناه الظاهر عند الفقهاء، و هو الإخبار بحق لازم على المخبر، فيختصّ بما أثبتته على نفسه. و يخرج منه دعوى الوكيل «٢٩» أو الولّى حقًا على موكله و المولى عليه، أو شهادته لغيره عليهما، و على هذا المعنى فيساوى حديث الإقرار. و هذا المعنى و إن كان أوفق بظاهر الإقرار فى كلمات المتكلمين بالقضية المذكورة، إلّا أنّه خلاف صريح استنادهم إليها فى موارد دعوى الوكيل و الولّى و العبد المأذون على غيرهم كما سمعت مفضّلا، فلا بدّ من إرادة المعنى اللغوى. مع أنّ الظهور المذكورة قابل للمنع، كما يشهد به استعمالهم الإقرار فى الإقرار على الغير. ثمّ الظاهر من القضية: وقوع الإقرار بالشىء المملوك حين كونه مملوكا، و أنّ ملك الإقرار بالشىء تابع لملك ذلك الشىء حدوثا و بقاء على ما يقتضيه الجملة الشريطية الدالّة - عند التجرد عن القرينة - على كون العلة فى الجزاء هو نفس الشرط لا حدوثه و إن زال. و ما ذكرنا صريح جماعة،

نص في التحرير على عدم سماع إقرار العبد المأذون في التجارة بعد الحجر عليه بدين يسنده إلى حال الإذن «٢». وقال - أيضا - : كل من لا يتمكن من إنشاء شيء لا ينفذ إقراره فيه، فلو أقر المريض بأنه وهب و أقبض حال الصحة لم ينفذ من الأصل «٣» (انتهى). و قد تقدم منه في التذكرة التصريح بذلك في مسألة إقرار الولي بالنكاح في زمان ليس له إنشاؤه «٤». و قد نص الشهيد رحمه الله عليه على ذلك أيضا في المسالك «٥» كما عن نهاية المرام، تقييد قبول إقرار العبد المأذون بما إذا كان حال الإذن «٦»، و هو ظاهر الشيخ و من عبر بعبارة في العبد المأذون من أنه يقبل إقراره و يؤخذ الدين مما في يده «٧» فإن ظاهره عدم زوال الإذن بل هو صريحه في مسألة الجهاد المتقدمة. و على هذا، فالحكم في مثل إقرار المريض بالهبة أو الطلاق البائن حال الصحة «٨» هو نفوذ إقراره بالنسبة إلى أصل الهبة و الطلاق، لأنه المملوك له حال المرض، لا خصوص الهبة و الطلاق المقيدين بحال الصحة المؤثرين في نفوذ الهبة من الأصل، و عدم إرث الزوجة منه. نعم، صرح في المبسوط بعدم إرث الزوجة في مسألة الطلاق «٩». و ظاهره تعميم قبول إقرار المالك لما بعد زوال الملك. و يمكن حمله على أن إقراره إذا قبل في أصل الطلاق قبل في قيوده، لأن الطلاق في حال المرض لم يقع باعترافه، فلا معنى للقبول «١٠» إلما الحكم بوقوعه في زمان يحتمله. و يرده: أن معنى ما ذكرنا، نفوذ الإقرار بالطلاق المقيّد بالصحة بالنسبة إلى بعض أحكامه و هي بينونة، دون بعض آخر مثل الإرث، لا- الحكم بوقوع الطلاق في حال المرض. فالظاهر أن مستند الشيخ قدس سره عموم نفوذ إقرار المقرّ على ما «١١» ملكه و لو في الزمان الماضي، لا عدم جواز التفكيك في الإقرار بين القيد و المقيّد. و ممن يظهر منه عموم القاعدة لما بعد زوال ملك التصرف فخر الدين في الإيضاح- في مسألة اختلاف الولي و المولى عليه بعد الكمال- حيث روي قول الولي و قال: إن الأقوى أن كل من يلزم فعله غيره يمضي «١٢» إقراره بذلك [الفعل] عليه «١٣». و ما أبعد ما بين هذا، و ما سيأتي منه من عدم نفوذ إقرار الزوج بالرجعة في العدة، و أن اعتباره من حيث كونه إنشاء لها لا إخبارا عنها «١٤». ثم معنى «ملك الشيء» يحتمل أن يكون هي السلطنة المطلقة بأن يكون مستقلا فيه، لا- يزاومه فيه أحد، فيختص بالمالك الأصل و الولي الإجباري. و يحتمل أن يراد به مجرد القدرة على التصرف، فيشمل الوكيل و العبد المأذون، و هذا هو الظاهر من موارد ذكر هذه القضية في كلماتهم. و المراد ب «ملك الإقرار به» إذا كان أصيلا واضح، و إن كان غير أصيل - كالولي و الوكيل - فيحتمل أمورا: الأول: السلطنة على الإقرار به، بمعنى أن إقراره ماض مطلقا، و يكون كإقرار ذلك الغير الذي يتصرف المقرّ عنه أو له، حتى أنه لا- يسمع منه بينة على خلافه فضلا عن حلفه على عدمه، و هذا المعنى و إن كان بحسب الظاهر أنسب بلفظ الإقرار إلّا أنه يكاد يقطع بعدم إرادته. الثاني: إن إقراره به نافذ بالنسبة إلى الأصل، كنفوذ إقراره، و إن لم يترتب عليه جميع آثار إقراره، فالتعبير بالإقرار من حيث إنه لما كان في التصرف نائبا عنه و كان كالتصرف الصادر عن نفسه، فالإخبار به كأنه- أيضا «١٥» - صادر عن نفسه، ففعله و لسانه كلسانه، و لا- فرق- حينئذ- بين أن يقع هناك دعوى و بين أن لا- يكون، و لا بين أن يكون الدعوى مع ذلك الأصل أو مع ثالث. و حينئذ فلو أخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم، فإخباره يكون بمنزلة البيّنة للغريم على الأصل لو ادعى عليه بقاء الدين. و كذا أخبار الولي بالترويج إذا أنكرت المرأة على الزوج الترويج. و كذا لو ادعى البائع على الأصل شراء و كيله المتاع بأزيد مما يقربه الأصل، فشهد له الوكيل. الثالث: أن يراد قبول قوله بالنسبة إلى الأصل لو أنكره، فيختص بالتداعي الواقع بينهما، فلا تعرض فيه لقبول قوله بالنسبة إلى الأصل لو كانت الدعوى ترجع على ثالث، حتى يكون كالشاهد للثالث على الأصل. و بهذا يجمع بين حكم المحقق و العلامة بتقديم قول الوكيل فيما إذا ادعى على الموكل إتيان ما وكل فيه، معللين بأنه أقر بما له أن يفعله «١٦»، و تقديم قول الموكل فيما إذا ادعى الوكيل شراء العبد بمائة و ادعى الموكل شراءه بثمانين، معللين بأن الموكل غارم.. «١٧» (انتهى). و معنى ذلك أن الوكيل لا يريد أن يدفع عن نفسه شيئا و إنما يريد أن يثبت لغيره حقا على موكله، فهو بمنزلة الشاهد على الموكل. و بعبارة أخرى: إنما يعتبر إقراره بما له أن يفعله فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره. قال في المبسوط: إذا وكل رجلا على قبض دين له من غريمه، فادعى «١٨» أنه قبضه منه و سلّمه إليه أو «١٩» تلف في يده، و صدّقه من عليه الدين، و قال الموكل: لم يقبضه منه. قال قوم: ان القول قول الموكل مع يمينه و لا يقبل قول الوكيل و لا المدين إلّا بينة، لأن الموكل مدّع للمال على المدين، دون الوكيل،

لأنه يقول: أنا لا أستحقّ عليك شيئاً، لأنك لم تقبض المال وإنّ مالى باق على المدين. ولذا إذا حلف المدعى طالب المدين، ولا يثبت بيمينه على الوكيل شىء، فإذا كان كذلك كان بمنزلة أن يدعى من عليه الدين دفع المال إليه وهو ينكره، فيكون القول قوله، فكذلك هنا، وهذا أقوى. وإذا وكله بالبيع والتسليم وقبض الثمن فباعه وسلم المبيع وأدعى قبض الثمن وتلفه في يده أو دفعه إليه فأنكر الموكل أن يكون قبضه من المشتري، كان القول قول الوكيل مع يمينه، لأنّ الوكيل مدعى عليه لأنه يدعى عليه أنه سلم المبيع ولم يقبض الثمن، وصار ضامناً، فالقول قوله «٢٠». لأنّ الأصل أنه أمين وأنه لا ضمان عليه. ويخالف المسألة الأولى لأنّ المدعى عليه فيها هو الذى عليه الدين وهو الخصم «٢١». فإذا جعلنا القول قول الموكل لم نوجب على الوكيل غرامة، وفي المسألة الثانية نوجب غرامة، فكان القول قول الوكيل (انتهى) «٢٢». والمسألة الأولى نظير ما ذكره المحقق «٢٣» والعلامة «٢٤» - فى اختلاف الوكيل والموكل فى الثمن - من أنّ الوكيل ما يدعى عليه بشىء، بل يريد تغريم الموكل. هذا، لكن المحقق فى الشرائع تنظر فى الفرق بين المسألتين الذى ذكره فى المبسوط «٢٥». قال فى المبسوط: إذا أذن له فى شراء عبد وصفه فاشتراه بمائه، ثم اختلف هو والموكل، فقال الموكل: اشتريته بثمانين. وقال الوكيل: اشتريته بمائة والعبد يساوى مائة، قيل: فيه قولان: أحدهما: أنه يقبل قول الوكيل كما يقبل قوله فى التسليم والتلف. والثانى: لا يقبل قوله عليه لأنه يتعلّق بغيره. وكذلك كلّ ما اختلفا فيه مما يتعلّق بحقّ غيرهما من بائع أو مشتر أو صاحب حقّ، فإنه على قولين، والأول أصحّ.. «٢٦» (انتهى). ثم إن معنى الملك - فى الموضوع «٢٧» - إما أن يكون هى السلطنة المستقلة، أو مجرد أنّ له ذلك.

فعلى الأوّل: يختصّ بالملك الأصيل والولّى الإجبارى. وعلى الثانى: يشمل الوكيل والعبد المأذون أيضاً. ولا يخفى أنّ مراد جلّ الفقهاء، بل كلّهم هو الثانى. ويؤيده تعبيرهم بأنّ له

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٠

أن يفعل كذا فله الإقرار به. وقولهم: من يقدر على إنشاء شىء يقدر على الإقرار به، ومن يلزم فعله غيره يلزم إقراره به عليه. وأمّا ملك الإقرار، فيحتمل أن يراد به السلطنة المستقلة المطلقة، بمعنى أنه لا يزاحمه أحد فى إقراره، وأنه نافذ على كلّ أحد. وأن يراد به مجرد أنّ له الإقرار به فلا سلطنة مطلقة له، فيمكن أن يزاحمه من يكون له - أيضاً - سلطنة على الفعل، فيكون ملك الإقرار بالشىء على نحو السلطنة على ذلك الشىء، فليس للبنّت البالغة الرشيدة - بناء على ولاية الأب عليها - مزاحمة الولي فى إقراره، كما ليس لها مزاحمته فى أصل الفعل. وكذا إذا قامت البيّنة على إقرار الأب حين صغر الطفل بتصرّف فيه أو فى ماله، فليس له بعد البلوغ مزاحمته. وهذا بخلاف الموكل فإنه يزاحم الوكيل فى إقراره كما يزاحمه فى أصل التصرّف. إذا عرفت ما ذكرنا فى معنى القضية، فاعلم أنّ حديث الإقرار لا يمكن أن يكون منشأ لهذه القاعدة: أمّا أولاً - فلأنّ حديث الإقرار لا يدلّ إلّا على ترتيب الآثار التى يلزم على المقرّ دون غيرها مما يلزم «١» غيره، فإذا قال للكبير البالغ العاقل: إنّه ابنى، فلا يترتب عليه إلّا ما يلزم على المقرّ من أحكام الأبوة، ولا يلزم على الولد شىء من أحكام البنوة. نعم لو ترتّب على الآثار اللازمة على المقرّ آثار لازمة على غيره ثبت على غيره، فلو كان الابن المذكور ممن ظاهره الرقية للمقرّ، فيسقط عنه حقّ «٢» الغير المتعلّق بأمواله، مثل نفقة واجب النفقة ودين الغريم، لأنّ مثل ذلك تابع للمال حدوداً وبقاءً، فهو من قبيل الوجوب المشروط بشىء يكون المكلف مختاراً فى إيجادها وإعدامها، لا من قبيل الحقّ المانع من الإعدام، كحقّ المرتهن والمفلس ونحو ذلك، فإنه حقّ لصاحبه، نظير الملكية للمالك، فذو الحقّ كالشريك. والحاصل: أنّ دليل الإقرار لا ينفع فى إقرار الوكيل والعبد والولّى على غيرهم. وأمّا ثانياً: فلأنّ جلّ الأصحاب قد ذكروا هذه القضية مستندا لصحة إقرار الصبي بما يصحّ منه، كالوصيّة بالمعروف والصدقة، ولو كان المستند فيها حديث الإقرار لم يجز ذلك، لبنائهم على خروج الصبي من حديث الإقرار، لكونه مسلوب العبارة بحديث «رفع القلم» «٣». وكيف كان فلا ريب فى عدم استنادهم فى هذه القضية إلى حديث الإقرار. وربما يدعى الإجماع على القضية المذكورة، بمعنى أنّ استدلال الأصحاب بها يكشف عن وجود دليل معتبر لو عثرنا به لم نعدل عنه، وإن لم يكشف عن الحكم الواقعى. وهذه الدعوى إنّما تصحّ مع عدم ظهور خلاف أو تردّد منهم فيها «٤»، لكننا نرى

من أساطينهم في بعض المقامات عدم الالتزام بها أو التردد فيها، فهذا العلامة في التذكرة رجيح تقديم قول الموكل عند دعوى الوكيل - قبل العزل - التصرف «٥». و تردد في ذلك في التحرير «٦»، و تبع المحقق في تقديم دعواه نقصان الثمن عما يدعيه الوكيل «٧». و يظهر من فخر الدين في الإيضاح عدم قبول دعوى الزوج في العدة الرجوع، و جعل نفس الدعوى رجوعا «٨». و تردد في ذلك في موضع من القواعد «٩». و تقدم عن الشهيد في القواعد: الاستشكال في دعوى الزوج الرجعة «١٠». و أنكر المحقق «١١» هذه القاعدة رأسا، حيث تردد في قبول إقرار العبد المأذون «١٢» و في قبول قول الولي في تزويج بنته لو أنكرت، بل و لو لم تنكر لجهلها بالحال. قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة رحمه الله: لو قيل للولي زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم. فقال الزوج: قبلت.. إلخ بعد شرح العبارة ما لفظه:

و لو صرح بإرادة الإقرار فلا زوجية في نفس الأمر إذا لم يكن مطابقا للواقع، و هل يحكم به ظاهرا بالنسبة إلى البنت؟ فيه احتمال، و ينبغي أن يكون القول قولها يمينها ظاهرا إذا ادعت كذب الولي في إقراره. و هل لها ذلك فيما بينها و بين الله إذا لم تعلم بالحال؟ فيه نظر، ينشأ: من أصله العدم، و أن الإقرار لا - ينفذ في حق الغير، و لو لا ذلك لنفذ دعوى الاستدانة و إنشاء بيع أمواله. و من أن إنشاء النكاح في وقت ثبوت الولاية فعله و هو مسلط عليه، فينفذ فيه إقراره، و ينبغي التأمل لذلك.. «١٣» (انتهى). و قال في شرح قول العلامة: «إن المقر قسمان مطلق و محجور، فالمطلق ينفذ إقراره في كل ما ينفذ تصرفه» ما حاصله: إن هذه القضية لا تنقض بعدم سماع دعوى الوكيل فيما وكل فيه، لأنها شهادة و ليست بإقرار، إذ الإقرار إخبار بحق لازم للمخبر «١٤». «١٥» و ظاهر هذا الكلام: أن هذه الكلية المرادفة لقضية «من ملك» مختصة بإقرار المالك بما يتعلق بنفسه لا غيره. هذا و لكن الإنصاف: أن القضية المذكورة في الجملة إجماعية، بمعنى أنه ما من أحد من الأصحاب - ممن وصل إلينا كلامهم - إلا و قد عمل بهذه القضية في بعض الموارد، بحيث نعلم أن لا - مستند له سواها، فإن من ذكرنا خلافهم إنما خالفوا في بعض موارد القضية، و عملوا بها في مورد «١٦» آخر، فإن المحقق الثاني و إن ظهر منه الخلاف فيما ذكرنا من الموارد إلا أنه وافق الأصحاب في إقرار الصبي بما له أن يفعله، مستندا في جامع المقاصد إلى هذه الكلية «١٧»، مع أنه لا يمكن الاستناد إلى غيرها، لأن حديث الإقرار مختص بالصبي و المجنون لعدم العبرة بكلامهما في الإنشاء و الإخبار. و العلامة و ان ظهر منه المخالفة في بعض الموارد، حتى في مسألة إقرار الصبي بماله أن يفعله «١٨» و إقرار العبد فيما يتعلق بالتجارة - على ما في التذكرة «١٩» - إلا أن صريحه في كثير من الموارد الاستناد إلى القاعدة، كما في إقرار الولي الإجباري بالعقد على المولى عليه، و جزم بسماع الدعوى عليه معللا بأنه لو أقر لنفع المدعى لأن إقراره ماض «٢٠». بل تقدم منه دعوى الإجماع على قبول دعوى المسلم أمان الحربى في زمان ملك الأيمان «٢١». و كذا فخر الدين حيث أكثر العمل بهذه القاعدة «٢٢»، فظهور المخالفة منه في مسألة الإقرار غير مضر، مع إمكان أن يكون مراده عدم الحاجة في تلك المسألة إلى تلك القاعدة، لأن مجرد الإخبار بالرجعة رجوع، من غير حاجة إلى الحكم بمضى إقراره، فإن الشيء مستند إلى أسبق سببه، فإذا كان أصل الأخبار بالشيء إنشاء له في الحال، لم يحتج إلى إثبات صدق المخبر به بدليل خارج «٢٣».

و كيف كان: فلم نجد فقيها أسقطه عن استقلال التمسك، لكن الإجماع على الاستناد إليه في الجملة إنما ينفع لو علمنا أن إهمالهم له في الموارد من حيث وجود المعارض.

أمّا إذا ظهر - أو احتمل - كون الإهمال من جهة تفسير القضية بما لا يشمل تلك الموارد أو «٢٤» اختلفوا في التفسير على وجه لا يكون مورد متفق عليه يتمسك فيه بهذه القضية، لم ينفع الاتفاق المذكور. فإن ظاهر العلامة في التذكرة في مسألة إقرار الصبي عدم نفوذه و عدم العبرة بكلامه، حتى فيما له أن يفعله «٢٥». فالمراد بالموصول عنده في قضية «من ملك» هو البالغ العاقل. و كذا ظاهر فتواه في القواعد بأن المريض لو أقر بعق أخيه و له عم فإنه ينفذ إقراره من الثلث «٢٦» فإن الظاهر أن مراده: حجب الأخ العم في مقدار الثلث

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧١ من التركة، لا مثل العتق. و هذا المحقق الثاني يسلم شمول القضية للصبي، لكن ينكر شمولها للإقرار على

الغير كما تقدّم من عبارته «١»، حتى في الوليّ الإجباري الذي يظهر من العلّامة في التذكرة عدم المخالف فيه من العامّة و الخاصّة «٢». فإذا لم يكن إقرار الصبي أو الإقرار على الغير مما اتّفق على شمول القضية و كان «٣» إقرار البالغ العاقل على نفسه داخلا «٤» في حديث الإقرار، لم ينفع القضية المجمع عليها في الجملة في مورد من موارد الحاجة، إلّا أن يبنى على عدم العبرة بمخالفة العلّامة في التذكرة في شمول القضية للصبيّ. مع أنّ عبارتها لا تخلو عن الحاجة إلى التأميل، مع رجوعه عن هذا في سائر كتبه «٥» مع دعواه الإجماع على قبول دعوى المسلم أمان الحربى في حال ملكه لأمانه «٦»، و ظاهر ان ليس مستند له إلّا القضية المذكورة، و لذا يظهر من بعضهم دعوى الاتفاق على أن من صحّ صدقه الصبي و وصيته حكم بمضى إقراره فيهما. و على عدم العبرة بمخالفة المحقّق الثانى في شمول القضية للإقرار على الغير، لأنّ الظاهر ثبوت الاتفاق من «٧» غيره على سماع إقرار من ملك على غيره تصرفا عليه، خصوصا إذا كان وليا إجباريا عليه بحيث لا يملك المولى عليه التصرف. و قد سمعت أنّ الظاهر من التذكرة اتّفاق العامّة و الخاصّة على سماع إقرار الوليّ الإجبارى تزويج «٨» المولى عليه. و يؤيّده استقرار السيرة على معاملة الأولياء- بل مطلق الوكلاء- معاملة الأصيل في إقرارهم كتصرفاتهم. هذا غاية التوجيه لتصحيح دعوى الإجماع فى المسألة، و لا يخلو بعد عن الشبهة، فاللازم تتبع مدرک آخر لها، حتى يكون استظهار الإجماع عليها مؤيدا له و جابرا لضعفه أو وهنه ببعض الموهنات، و لا بدّ أن يعلم أنّ المدرک لها لا بدّ أن يكون جامعا لوجه اعتبار قول الصبيّ فيما له أن يفعل حتى يحكم على أدلّة عدم اعتبار كلام الصبيّ فى الإنشاء و الإخبار الحاكمة على حديث الإقرار، و اعتبار إقرار الوكيل و الوليّ على الأصيل حتى يحكم على أدلّة عدم سماع إقرار المقرّ على غيره، لكونها دعوى محتاجة إلى البيّنة، لا إقرارا على النفس. و من هنا يظهر أنّ التمسك بأدلّة قبول قول من ائتمنه المالك بالإذن أو الشارع بالأمر و عدم جواز اتّهامه غير صحيح، لأنّها لا ينفع فى إقرار الصبيّ، و الرجوع فيه إلى دليل آخر- لا يجرى فى الوكيل و الوليّ- يخرج القضية عن كونها قاعدة واحدة، على ما يظهر من القضية: من أنّ العلّة فى قبول الإقرار كونه مالكا للتصرف المقرّ به. هذا مع أنّه لو كان مدرک القضية قاعدة الائتمان لم يتّجه الفرق بين وقوع الإقرار فى زمان الائتمان أو بعده، مع أنّ جماعة صرّحوا بالفرق، فإنّ قولهم «إنّ من لا يتمكّن من إنشاء شيء لا ينفذ إقراره فيه» ليس المراد منه عدم نفوذ إقراره بفعل ذلك فى زمان عدم التمكن، إذ لا معنى لعدم النفوذ هنا لعدم ترتّب أثر على المقرّ به، بل المراد: عدم نفوذ الإقرار بفعله حين يتمكّن من الفعل، و لذا فرّع فى التحرير على القضية المذكورة: أنّه لو أقرّ المريض بأنّه وهب و أقبض حال الصحّة، نفذ من الثلث «٩» و صرّح فيه أيضا و فى غيره بعدم نفوذ إقرار العبد المأذون- بعد الحجر عليه- بدين أسنده إلى حال الإذن «١٠» و قد عرفت ما فى جهاد التذكرة «١١». و الحاصل: أنّ بين هذه القاعدة و قاعدة الائتمان عموما من وجه. و هنا قاعدة أخرى، أشار إليها فخر الدّين - على ما تقدم من الإيضاح- بأنّ كلّ ما يلزم فعله غيره يمضى إقراره بذلك الفعل على ذلك الغير «١٢» «١٣» و ظاهره- و لو بقرينة الاستناد إليها فى قبول قول الوصيّ و أمين الحاكم إذا اختلفا مع المولى عليه- إرادة مضيّ الإقرار على الغير و لو بعد زوال الولاية. فإنّ أريد من لزوم فعل المقرّ على الغير: مجرد مضيّه و لو من جهة نصب المالك أو الشارع له كانت أعمّ مطلقا من القاعدتين، لشموله «١٤» لوليّ النكاح الإجباريّ النافذ إقراره على المرأة. و إن «١٥» أريد منه لزومه عليه ابتداء لسلطته عليه كأولياء القاصرين فى المال و النكاح كانت أعمّ من وجه من كلّ من القاعدتين، لاجتماع الكلّ فى إقرار وليّ الصغير ببيع ماله، و افتراق «قاعدة الائتمان» عنهما «١٦»

فى إقرار الوكيل بعد العزل، و افتراق قضية «من ملك» فى إقرار الصبيّ بماله أن يفعل، و افتراق ما فى الإيضاح بإقرار الوليّ الإجبارى بعد زوال الولاية بالنكاح فى حالها.

ثمّ إنّ يمكن أن يكون الوجه فى القضية المذكورة، ظهور اعتبره الشارع، و بيانه: أنّ من يملك إحداث تصرف فهو غير متّهم فى الإخبار عنه حين القدرة عليه، و الظاهر صدقه و وقوع المقرّ به. و إن كان هذا الظهور متفاوت الأفراد قوّة و ضعفا بحسب قدرة المقرّ فعلا- على إنشاء المقرّ به من دون توقّف على مقدّمات غير حاصله وقت الإقرار، كما فى قول الزوج: رجعت، قاصدا به الإخبار مع قدرته عليه بقصد الإنشاء، و عدم قدرته لفوات بعض المقدّمات، لكنّه قادر على تحصيل المقدّمات و فعلها «١٧» فى الزمان المتأخّر،

كما إذا أقرَّ العبد بالدين في زمان له الاستدانة شرعا لکنه موقوف على مقدمات غير حاصله، فإنَّ الظاهر هاهنا- أيضا- صدقه، و إنَّ أمکن كذبه باعتبار بعض الدواعي. لكن دواعي الكذب فيه أقل بمراتب من دواعي الكذب المحتملة في إقرار العبد المعزول عن التجارة الممنوع عن الاستدانة. و لو تأملت هذا الظهور- و لو في أضعف أفراده- وجدته أقوى من ظهور حال المسلم في صحه فعله، بمعنى مطابقته للواقع. بل يمكن أن يدعى أنَّ حكمه اعتبار الشارع و العرف لإقرار البالغ العاقل على نفسه: أنَّ الظاهر أنَّ الإنسان غير متهم فيما يخبره مما يكون عليه لا- له، و في النبوي: «إقرار العقلاء» (١٨) إشارة إليه، حيث أضاف الإقرار إلى العقلاء تنبيها على أنَّ العاقل لا يكذب على نفسه غالبا، و إلَّا فلم يعهد من الشارع إضافة الأسباب إلى البالغ العاقل، و إن اختص السبب به، إلَّا أنَّه اكتفى عن ذلك في جميع الأسباب القولية و الفعلية بحديث «رفع القلم» (١٩) فالصبي لما جاز له بعض التصرفات مثل الوقف و نحوه و لم يكن إقراره مظنة للكذب كان مقبولا، و لَمَّا كان بعض الأقارب- بحسب نوعه- لا ظهور له في الصدق لم يعتبره الشارع، كما في الإقرار المتعارف لإقامة رسم القبالة، و كما في إقرار المريض مطلقا أو إذا كان متهما. و يؤيده: أنَّ بعض الفقهاء قد يحكم بسماع الإقرار و ان تضمن دفع دعوى الغير مستندا إلى عدم كونه متهما، كما في إقرار مالك اللقيط [يعتقه] (٢٠) بعد إنفاق الحاكم عليه بإعتاقه قبل ذلك، فإنَّ الشيخ رحمه الله عليه حكم في المبسوط بسماعه، لكونه غير متهم، لأنَّه لا يريد العبد و لا يريد الثمن (٢١) فيستمع دعواه و إن تضمنت دفع النفقة عن نفسه. و ليس الغرض ترجيح هذا القول في هذه المسألة، بل الغرض تقرب أن عدم اتهام المخبر في خبره يوجب تقديم قوله، و مرجعه إلى تقديم هذا الظاهر على الأصل، كما في نظائره من ظهور الصحه في فعل المسلم و نحوه من الظواهر. هذا و لكنَّ الظهور المذكور لا حجيه فيه بنفسه حتى يقدم على مقابله من الأصول و القواعد المقررة، بل يحتاج إلى قيام دليل عليه أو استنباطه من أدله بعض القواعد الأخر.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٢

٦- رساله في قاعدة لا ضرر

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم [و به ثقتي و اعتمادى] (١). الحمد لله رب العالمين. و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين (٢). و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و الكلام يقع تارة في معناها. و اخرى في مدركها و بيان حالها مع الأدلة المعارضة لها في الظاهر (٣). و ثالثه في بعض ما يتفرع عليها ممَّا عنونه الفقهاء مستدلين عليها بها. و لا بدَّ أولا من ذكر الأخبار التي عثرنا عليها في حكم الضرر، فنقول و بالله التوفيق: منها ما اشتهر عنه صلى الله عليه و آله و سلم في قصه سمرة بن جندب، و قد روى بألفاظ مختلفة: ففي موثقه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إنَّ سمرة بن جندب كان له عذق (٤) في حائط (٥) رجل (٦) من الأنصار. و كان منزل الأنصارى بباب البستان، و كان يمرُّ إلى نخلته و لا يستأذن، فكلمه الأنصارى أن يستأذن إذا جاء. فأبى سمرة. فجاء الأنصارى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فشكى إليه، فأخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و خبره بقول الأنصارى و ما شكاه و قال: إذا أردت الدخول فاستأذن. فأبى. فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن له ما شاء الله، فأبى أن يبيعه. فقال: لك بها عذق في الجنة فأبى أن يقبل. فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للأنصارى: اذهب فاقبلها و ارم بها إليه، فإنَّه لا ضرر و لا ضرار» (٧). و في رواية الحداء، عن أبي جعفر عليه السلام نحو ذلك، إلَّا أنَّه قال لسمرة بعد الامتناع: «ما أراك يا سمرة إلَّا مضارا، اذهب يا فلان فاقبلها و ارم بها وجهه» (٨). و في رواية ابن مسكان، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام نحو ذلك بزيادة لا تغير المطلب، و في آخرها:

«إنَّك يا سمرة رجل مضار. لا ضرر و لا ضرار على المؤمن. ثم أمر بها فقلعت، فرمى بها وجهه، و قال: انطلق فاغرسها حيث شئت»

«٩». وفي هذه القصة إشكال من حيث حكم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بقلع العذق، مع أن القواعد لا تقتضيه، ونفي الضرر لا يوجب ذلك، لكن لا يخل بالاستدلال. ومنها: رواية عقبه بن خالد عن الصادق عليه السلام: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمسكن. وقال: لا ضرر ولا ضرار» (١٠). ومنها: ما عن التذكرة ونهاية ابن الأثير، مرسلًا عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (١١). ومنها:

رواية هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل شهد بعيرا مريضا يباع. فاشتراه رجل بعشرة دراهم، فجاء وأشرك فيه رجلا - بدرهمين بالرأس والجلد. فقضى أن البعير برىء. فبلغ ثمنه دنانير. قال: فقال: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ. فإن قال: أريد الرأس والجلد فليس له ذلك. هذا الضرار. قد اعطى حقه إذا اعطى الخمس» (١٢).

ومنها: رواية أخرى لعقبه بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بين أهل المدينة في مشارب النخل أنه: لا يمنع نفع البئر، وقضى بين أهل البادية أنه:

لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاء فقال: لا ضرر ولا ضرار» (١٣). هذه جملة ما عثرنا عليها من الروايات العامة (١٤). وكثرتها تغني عن ملاحظة سندها. مضافا إلى حكاية تواتر نفي الضرر والضرار عن فخر الدين في الإيضاح في باب الرهن. ولم أعره عليه (١٥). فالمهم بيان معنى الضرر والضرار. أما معنى الضرر فهو معلوم عرفا. ففي المصباح: الضر - بفتح الضاد - مصدر ضره يضره. من باب قتل، إذا فعل به مكروها وأضر به. يتعدى بنفسه ثلاثيا وبالباء رباعيا، والاسم: الضرر، وقد يطلق على نقص في الأعيان. وضره يضارّه يضارّه مضارّة وضررا بمعنى ضره. (١٦) (انتهى). وفي النهاية: معنى قوله عليه السلام «لا ضرر»: لا يضر الرجل أخاه بأن ينقصه شيئا من حقوقه. والضرار فعال من الضر. أي: لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه. والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه. وقيل: الضرر أن تضر صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع به. وقيل: هما بمعنى واحد. والضرار للتأكيد (١٧) (انتهى). وكيف كان فالتباس الفرق بين الضرر والضرار لا يخل بما هو المقصود من الاستدلال بنفي الضرر في المسائل الفرعية. فالأهم في ذلك بيان معنى النفي. فنقول: إن نفي الضرر ليس محمولا على حقيقته، لوجود الحقيقة في الخارج بداهة، فلا بد من حمله على محامل قال بكل منها (١٨) قائل: أحدها: حمله على النهي. فالمعنى تحريم الفعل (١٩). الثاني: الضرر المجرد عن التدارك (٢٠). فكما أن ما يحصل بإزائه نفع لا يسمى ضررا، كدفع مال بإزاء عوض مساو له أو زائد عليه، كذلك الضرر المقرون بحكم الشارع بلزوم تداركه نازل منزلة عدم الضرر، وإن لم يسلب عنه مفهوم الضرر بمجرد حكم الشارع بالتدارك. فالمراد نفي وجود الضرر المجرد عن التدارك، فإتلاف المال بلا تدارك ضرر على صاحبه فهو منفي، فإذا وجد في الخارج فلا بد أن يكون مقرونا بلزوم التدارك. وكذلك تملك الجاهل بالغبن ماله بإزاء ما دون قيمته من الثمن ضرر عليه فلا يوجد في الخارج إلا مقرونا بالخيار. وهكذا.. الثالث: أن يراد به نفي الحكم الشرعي الذي هو ضرر على العباد، وأنه ليس في الإسلام مجعول ضررى (٢١). وبعبارة أخرى: حكم يلزم من العمل به الضرر على العباد، مثلا يقال: إن حكم الشرع بلزوم البيع مع الغبن ضرر على المغبون، فهو منفي في الشريعة، وكذلك وجوب الوضوء مع إضرار المكلف حكم ضررى منفي في الشريعة. ثم إن أردت الاحتمالات هو الثاني، وإن قال به بعض الفحول (٢٢)، لأن الضرر الخارج لا ينزل منزلة العدم بمجرد حكم الشارع بلزوم تداركه، وإنما المنزل منزلة، الضرر المتدارك فعلا. والحاصل:

إن إيصال الضرر إن كان لداعي النفع لا نضايق عن سلب الضرر عنه حقيقة، وإن كان قد يناقش فيه. وأما الضرر لا لداعي النفع وإن تعقبه تدارك فهو ضرر حقيقي، لكن بعد أن اتفق تداركه يمكن تنزيهه منزلة ما لم يوجد، كما هو معنى التدارك. وأما ما لم يتعقبه تدارك فعلا فلا وجه لتنزيهه منزلة ما لم يوجد في الخارج بمجرد حكم الشارع بوجود تداركه. فمنشأ هذا الاحتمال، الخلط بين الضرر المتدارك فعلا والضرر المحكوم بلزوم تداركه. والمناسب للمعنى الحقيقي - أعني نفي الماهية - هو الأول.

نعم لو كان حكم الشارع في واقعة بنفسه حكما ضرريا يكون تداركه بحكم آخر، كحكمه بجواز قتل مجموع العشرة المشتركين في

قتل واحد، المتدارك بوجوب دفع تسعة أعشار الدية إلى كل واحد، و أما الضرر الواقع من المكلف فلا يتدارك بحكم الشرع بلزوم التدارك لينزل منزلة العدم. هذا مضافا إلى أن ظاهر قوله عليه السلام: «لا ضرر في الإسلام» كون الإسلام ظرفا للضرر، فلا يناسب أن يراد به الفعل المضمر. و أما المناسب الحكم الشرعي الملقى للعباد في الضرر في نظير قوله: «لا حرج في الدين» (٢٣). هذا، مع أن اللازم من ذلك

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٣

عدم جواز التمسك بالقاعدة لنفي الحكم الضرري المتعلق بنفس المكلف (١)، كوجوب الوضوء مع التضرر به، فإن فعل الوضوء المضر حرام، و الواقع منه في الخارج لم يجعل له الشرع تداركا، مع أن العلماء لم يفرقوا في الاستدلال بالقاعدة بين الإضرار بالنفس و الإضرار بالغير. و أما المعنى الأول فهو مناف لذكرها (٢) في النص و الفتوى لنفي الحكم الوضعي، لا مجرد تحريم الإضرار. نعم يمكن أن يستفاد منه تحريم الإضرار بالغير من حيث إن الحكم بإباحته حكم ضرري فيكون منفيًا في الشرع، بخلاف الإضرار بالنفس فإن إباحته - بل طلبه على وجه الاستحباب - ليس حكما ضرريًا، و لا يلزم من جعله ضرر على المكلفين. نعم قد استفيد من الأدلة العقلية (٣) و النقلية (٤) تحريم الإضرار بالنفس. فتبين مما ذكرناه: أن الأرجح في معنى الرواية بل المتعين هو المعنى الثالث، لكن في قوله: «لا ضرر و لا ضرار» من دون تقييد، أو مع التقييد بقوله: «في الإسلام».

و أما قوله: «لا ضرر و لا ضرار على مؤمن» فهو مختص بالحكم الضرري بالنسبة إلى الغير، فلا يشمل نفي وجوب الوضوء و الحج مع الضرر. و

ينبغي التنبيه على أمور:

[التنبيه الأول]

إن دليل هذه القاعدة حاكم على عموم أدلة إثبات الأحكام الشامل لصورة التضرر بموافقتها، و ليس معها من قبيل المتعارضين، فيلتمس الترجيح لأحدهما ثم يرجع إلى الأصول. خلافا لما يظهر من بعض من عدّهما من المتعارضين (٥)، حيث إنه ذكر في مسألة «تصرف الإنسان في ملكه مع تضرر جاره»: إن عموم: «نفي الضرر» معارض بعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» (٦). و ذكر نحو ذلك في مسألة جواز الترافع إلى حكام الجور مع انحصار إنقاذ الحق في ذلك (٧). و فيه ما تقرّر في محلّه من أن الدليل الناظر بدلالته اللفظية إلى اختصاص دليل عام ببعض أفراد حاكم عليه، و لا يلاحظ فيه النسبة الملحوظة بين المتعارضين، نظير حكومة أدلة الحرج على ما يثبت بعمومه التكليف في موارد الحرج (٨)، و عليه جرت سيرة الفقهاء في مقام الاستدلال في مقامات لا تخفى، منها: استدلالهم على ثبوت خيار الغبن (٩) و بعض الخيارات الأخر بقاعدة «نفي الضرر» مع وجود عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» (١٠) الدال على لزوم العقد و عدم سلطنة المغبون على إخراج ملك الغابن بالخيار عن ملكه (١١). ثم إن اللازم مما ذكرناه، الاقتصار في رفع مقتضى الأدلة الواقعية المشبهة للتكاليف، على مقدار حكومة القاعدة عليها، فلو فرض المكلف معتقدا لعدم تضرره بالوضوء أو الصوم مثلا، فتوضأ ثم انكشف أنه تضرر به، فدليل نفي الضرر لا ينفي الوجوب الواقعي المتحقق في حقّ هذا المتضرر. لأنّ هذا الحكم الواقعي لم يوقع المكلف في الضرر، و لذا لو فرضنا انتفاء هذا الوجوب واقعا على هذا المتضرر - كأن يتوضأ هذا الوضوء لاعتقاد عدم تضرره و عدم دخوله في المتضررين - فلم يستند تضرره إلى جعل هذا الحكم، فنيه ليس امتنانا على المكلف و تخلصا له من الضرر، بل لا يثمر إلّا تكليفا له بالإعادة بعد العمل و التضرر. فتحصل: أن القاعدة لا تنفي إلّا الوجوب الفعلي على المتضرر العالم بتضرره، لأنّ الموقع للمكلف في الضرر هو هذا الحكم الفعلي، دون الوجوب الواقعي الذي لا يتفاوت وجوده و عدمه في إقدام المكلف على الضرر. بل نفيه مستلزم لإلقاء المكلف في مشقة الإعادة، فالتمسك بهذه القاعدة على فساد العبادة للمتضرر بها في

دوران الفساد مدار اعتقاد الضرر الموجب للتكليف الفعلى بالتضرر بالعمل، كالتمسك على فسادها بتحريم الإضرار بالنفس فى دورانه مدار الاعتقاد بالضرر الموجب للتحريم الفعلى، لأنه الذى يمتنع اجتماعه مع الأمر، فلا يجرى مع الضرر الواقعى و أن سلم اجتماعه مع التحريم الشأنى، كما تسالموا عليه فى باب اجتماع الأمر و النهى من عدم الفساد مع الجهل بالموضوع أو نسيانه، و أن المفسد هو التحريم الفعلى المنجز.

[التنبه] الثانى

إنه لا- إشكال- كما عرفت- فى أن القاعدة المذكورة تنفى الأحكام الوجودية الضرورية، تكليفية كانت أو وضعيه، و أما الأحكام العدمية الضرورية- مثل عدم ضمان ما يفوت على الحر من عمله بسبب حسبه- ففى نفيها بهذه القاعدة، فيجب أن يحكم بالضمان، إشكال: من أن القاعدة ناظرة إلى نفي ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعية، فمعنى نفي الضرر فى الإسلام أن الأحكام المجعولة فى الإسلام ليس فيها حكم ضررى. و من المعلوم أن حكم الشرع فى نظائر المسألة المذكورة ليس من الأحكام المجعولة فى الإسلام، و حكمه بالعدم ليس من قبيل الحكم المجعول، بل هو إخبار بعدم حكمه بالضمان، إذ لا يحتاج العدم إلى حكم به. نظير حكمه بعدم الوجوب أو الحرمة أو غيرهما. فإنه ليس إنشاء منه بل هو إخبار حقيقة. و من أن المنفى ليس خصوص المجعولات بل مطلق ما يتدين به و يعامل عليه فى شريعة الإسلام، و جوديا كان أو عدميا، فكما أنه يجب فى حكمه الشارع نفي الأحكام الضرورية، كذلك يجب جعل الأحكام التي يلزم من عدمها الضرر. مع أن الحكم العدمي يستلزم أحكاما وجودية، فإن عدم ضمان ما يفوته من المنافع يستلزم حرمة مطالبته و مقاصته و التعرض له، و جواز دفعه عند التعرض له. فتأمل. هذا كله، مضافا إلى إمكان استفادة ذلك من مورد رواية سمرة بن جندب، حيث إنه صلى الله عليه و آله و سلم سأل الأنصارى على قلع نخل سمرة معللا بنفى الضرر، حيث إن عدم تسلطه عليه ضرر، كما أن سلطنته سمرة على ماله و المرور عليه بغير الإذن ضرر. فتأمل. و يمكن تأييد دلالته بما استدلووا به على جواز المقاصه مثل قوله تعالى جزاء سيئته سيئة مثلها.. و لمن انتصير بعيد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل (١٢). و قوله تعالى فأعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (١٣)

فيقال: إن من فوت على غيره منفعة- كأن حسبه عن عمله- جاز له أخذ ما يساوى تلك المنفعة منه. إلا أن دلالة هذه الآيات على نفس ما استدلووا بها عليه فضلا عن نظيره قاصرة جدا.

[التنبه] الثالث

ذكر بعض المعاصرين (١٤) جوابا عن إيراد أورده على الاستدلال بنفى الضرر لرفع التكليف الثابتة بعموم أدلتها فى مورد الضرر، مثل وجوب الحج و الصلاة و الوضوء و الصوم على من تضرر، و هو: أنا قد حققنا أن الضرر ما لا يحصل فى مقابله نفع، و أما ما يحصل فى مقابله نفع دنيوى أو أخروى فلا يكون ضررا، فإذا ورد- مثلا-: حجوا إذا استطعتم، أو صلوا إذا دخل الوقت، أو صوموا إذا دخل شهر رمضان، دل على عمومته على وجوب هذه الأفعال و ان تضمن ضررا كليا. و الأمر يدل على العوض فلا يكون ضررا. فأجاب بما لفظه: «إن الأمر إنما (١٥) يتعلق بالصلاة و الحج. و لازمه تحقق الأجر المقابل لماهية الحج و الصلاة المتحققه فى حال عدم الضرر أيضا، و أما حصول عوض فى مقابل الضرر و أجر له، فلا دليل عليه. نعم لو كان نفس الضرر مما أمر به فيحكم بعدم التعارض و بعدم كونه ضررا. كما فى قوله: إذا ملكتم النصاب فزكوا، و أمثاله» (انتهى). أقول: لا يخفى ما فى كل من السؤال و الجواب:

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٤

أما فى السؤال فلأن المراد بالضرر هو خصوص الضرر الدنيوى لا غير. و أما النفع الحاصل فى مقابل الضرر الدنيوى فهو إنما يوجب

الأمر بالتضرر، لا خروجه عن كونه ضررا. فدليل وجوب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته الموجب للنفع الأخرى مخصص لعموم نفي الضرر، لا رافع «١» لموضوعه. فجميع ما أثبت التكليف الضرري مخصص لهذه القاعدة، كيف! ولو كان الأمر كذلك لغت القاعدة. لأن كل حكم شرعي ضرري لا بد أن يترتب على موافقته الأجر، فإذا فرض تدارك الضرر و خروجه بذلك عن الضرر فلا وجه لنفيه في الإسلام، إذ يكون حينئذ وجود الدليل العام على التكليف - الكاشف بعمومه عن وجود النفع الأخرى في مورد الضرر - مخرجا للمورد عن موضوع الضرر. و أما في الجواب «٢»: فلائنه لو سلم وجود النفع في ماهية الفعل أو في مقدماته - كأن تضرر بنفس الصوم أو بالحج أو بمقدماته - يكون الأمر بذلك الفعل نفسيا أو مقدمه أمرا بالتضرر، فلا يبقى فرق بين الأمر بالزكاة والأمر بالصوم المضّر أو الحج المضّر بنفسه أو بمقدماته. فالتحقيق: أن المراد بالضرر خصوص الدينوي، و قد رفع الشارع الحكم في مورد امتنانا. فتكون القاعدة حاكمة «٣» على جميع العمومات المثبتة للتكليف. نعم، لو قام دليل خاص على وجوب خصوص تكليف ضرري خصيص به عموم القاعدة.

[التنبيه الرابع]

إن مقتضى هذه القاعدة أن لا يجوز لأحد إضرار إنسان لدفع الضرر المتوجه إليه، و أنه لا يجب على أحد دفع الضرر عن الغير بإضرار نفسه، لأن الجواز في الأول، و الوجود في الثاني، حكمان ضرريان. و يترتب على الأول ما ذهب إليه المشهور من عدم جواز إسناد «٤» الحائط المخوف وقوعه إلى جذع الجار، خلافا للشيخ رحمه الله مدّعا عدم الخلاف فيه «٥». و قد حمل على ما إذا خاف من وقوعه إهلاك نفس محترمة، إذ يجب حفظ النفس المحترمة «٦» غاية الأمر لزوم اجرة المثل للاستناد، كأخذ الطعام قهرا لسد الرمق. و يمكن حمله على ما لم يتضرر أصلا بحيث يكون كاستغلال بحائط الغير. فتأمل. و يترتب على الثاني جواز إضرار الغير «٧». إكراها أو تقيّة. بمعنى أنه إذا أمر الظالم بإضرار أحد و أوعده على تركه الإضرار بالمأمور - إذا تركه - جاز للمأمور إضرار الغير، و لا يجب تحمّل الضرر لرفع الضرر عن الغير. و لا يتوهم أن هذا من قبيل الأول - لأنّ المأمور يدفع الضرر عن نفسه بإضرار الغير - لأنّ المفروض أن الضرر يتوجه إلى الغير أولا، لأنّ المكروه يريد ابتداء تضرر الغير فيأمره و أتما يضره لأجل ترك ما أراده أولا و بالذات.

[التنبيه الخامس]

لا فرق في هذه القاعدة بين أن يكون المحقق لموضوع الحكم الضرري من اختيار المكلف «٨» أو لا باختياره، و لا في اختياره بين أن يكون جائزا شرعا أو محرّما، فإذا صار المكلف باختياره سببا لمرض أو عدوّ يتضرر به سقط وجوب الصوم و الحج، لكونه حكما ضرريا. و كذا إذا أجنب نفسه مع العلم بتضرره بال غسل، أو قصر «٩» في الفحص عن قيمة ما باعه فصار مغبونا. نعم لو أقدم على أصل التضرر - كالإقدام على البيع بدون ثمن المثل عالما - فمثل هذا خارج عن القاعدة، لأنّ الضرر حصل بفعل الشخص لا من حكم الشارع. فما ذكره بعض - في وجه وجوب ردّ المغصوب إلى مالكة و إن تضرر الغاصب بذلك - من أنه هو الذي أدخل الضرر على نفسه بسبب الغصب «١٠»، لا يخلو عن نظر. و يمكن أن يوجه ذلك بملاحظة ما ذكرنا في الأمر السابق من أن مقتضى القاعدة عدم جواز الإضرار بالغير لئلا يتضرر الشخص، و عدم وجوب التضرر لأجل دفع الضرر عن الغير.

فكما أن إحداث الغصب - لئلا يتضرر بتركة - حرام، و جوازه منفي بقاعدة [نفي] «١١» الضرر، كذلك إبقاؤه حرام غير جائز، لأنّ دليل حرمة الإبقاء هو دليل حرمة الأحداث، لأن كلاً منهما غصب. فإن قلت: حرمة الإبقاء سبب لوجوب التضرر فيجب تحمّل الضرر عن الغير، و هو منفي. قلت: لا ريب أن ملاحظة ضرر المالك و نفي الحكم بجواز «١٢» الإضرار به - و إن استضرر الغاصب - أولى من تجويز الشرع الإضرار بالغير و نفي وجوب تضرر الغاصب لرفع إضراره بالغير بإمساك ما غصبه، لأنه غير مناف للامتنان، بخلاف

الأول، فكل من جواز الإضرار بالغير ووجوب تحمّل الضرر لرفع إضراره بالغير حكم ضررى. لكنّ ثبوت الأول في الشريعة مراعاة لنفى الثانى - بأن يجوز للمضرّ الإبقاء على إضراره لأنه يتضرر برفعه هو بنفسه - مناف للامتنان، و بناء الشريعة على التسهيل و رفع الضرر عن العباد. هذا كله، مع إمكان أن يقال: إنّه إذا تعارض الحكمان الضرريان، و فرض عدم الأولوية لإثبات أحدهما و نفى الآخر، كان المرجع أدلّه حرمة الإضرار بالغير، لأنّ حرمة الإضرار بالنفس ثابتة بأدلة آخر غير قاعدة نفى الحكم الضررى، و إن كانت هي من أدلتها أيضا. فإذا تعارض فردان من القاعدة يرجع إلى عمومات حرمة الإضرار بالغير و النفس.

هذا كله مضافا إلى الرواية المشهورة: «ليس لعرق ظالم حق» (١٣). فإنّ هذه الفقرة كناية عن كلّ موضوع بغير حقّ. فكلّ موضوع بغير حقّ لا - احترام له، فإذا كان المغصوب لوحا في سفينة كان ما ألصق باللوح و ما ركّب عليه من الأخشاب موضوعا بغير حقّ، فلا احترام له، و كذا ما بنى على الخشبة المغصوبة. نعم هذه الرواية لا تنفى بجميع المراد لو فرضنا أنّ الردّ يتوقف على تضرر الغاصب بغير ما وضع على المغصوب أو معه من الأمور الخارجة.

[التنبيه] السادس

لو دار الأمر بين حكّمين ضررين بحيث يكون الحكم بعدم أحدهما مستلزما للحكم بثبوت الآخر، فإن كان ذلك بالنسبة إلى شخص واحد فلا إشكال في تقديم الحكم الذى يستلزم ضررا أقلّ ممّا يستلزمه الحكم الآخر، لأنّ هذا هو مقتضى نفى الحكم الضررى عن العباد، فإنّ من لا يرضى بتضرر عبده لا يختار له إلّا أقلّ الضررين عند عدم المناص عنهما. و إن كان بالنسبة إلى شخصين فيمكن أن يقال أيضا بترجيح الأقلّ ضررا، إذ مقتضى نفى الضرر عن العباد في مقام الامتنان عدم الرضا بحكم يكون ضرره أكثر من ضرر الحكم الآخر، لأنّ العباد كلّهم متساوون في نظر الشارع، بل بمنزلة عبد واحد. فاللقاء الشارع أحد الشخصين في الضرر - بتشريع الحكم الضررى، فيما نحن فيه - نظير لزوم الإضرار بأحد الشخصين لمصلحته، فكما يؤخذ فيه بالأقلّ كذلك في ما نحن فيه. و مع تساوى فالرجوع إلى العمومات الأخرى، و مع عدمها فالقرعة. لكن مقتضى هذا، ملاحظة الضررين الشخصيين المختلفين باختلاف الخصوصيات الموجودة في كل منهما من حيث المقدار و من حيث الشخص، فقد يدور الأمر بين ضرر درهم و ضرر دينار مع كون ضرر الدرهم أعظم بالنسبة إلى صاحبه من ضرر الدينار بالنسبة إلى صاحبه، و قد يعكس حال الشخصين في وقت آخر. و ما عثرنا عليه في كلمات الفقهاء في هذا المقام لا يخلو عن اضطراب. قال في التذكرة: لو غصب دينارا فوق في محرّبة الغير - بفعل الغاصب أو بغير فعله - كسرت لردّه، و على الغاصب ضمان المحبرة، لأنه

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٥

السبب في كسرها. و إن كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع [فيها]، ضمنه الغاصب و لم تكسر. (١) (انتهى). و ظاهره أنّه يكسر المحبرة مع تساوى الضررين، إلّا أن يحمل على الغالب من كثرة ضرر الدينار لو ضمنه. و فى الدروس: لو أدخل دينارا في محرّبه و كانت قيمتها أكثر و لم يمكن كسره، لم يكسر المحبرة و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكة (انتهى). (٢)

ولا بدّ أن يقيّد إدخال الدينار بكونه بإذن المالك على وجه يكون مضمونا، إذ لو كان بغير إذنه تعيّن كسر المحبرة و ان زادت قيمتها. و ان كان بإذنه على وجه (٣) لا يضمن لم يتّجه تضمين صاحبها الدينار.

[التنبيه] السابع

إنّ تصرّف المالك في ملك إذا استلزم تضرر جاره، يجوز أم لا؟ الظاهر (٤) أنّ المشهور على الجواز. قال فى المبسوط فى باب إحياء الموات: إن حفر رجل بئرا فى داره، و أراد جاره أن يحفر بالوعة أو بئر كنيف بقرب هذه البئر لم يمنع منه و إن أدى ذلك إلى تغيير

ماء البئر، أو كان صاحب البئر يستقذر ماء بثره لقربه الكنيف و البالوعة، لأن له أن يتصرف في ملكه بلا خلاف «٥». وقال في السرائر في باب حریم الحقوق: و إن أراد الإنسان أن يحفر في ملكه أو داره بئرا، و أراد جاره أن يحفر لنفسه بئرا بقرب تلك البئر لم يمنع من ذلك بلا خلاف و إن نقص ماء البئر الأولى، لأن «الناس مسلطون على أموالهم» «٦». و قال «٧» في مسألة «أن لا حریم في الأملاك»: إن كل واحد يتصرف في ملكه على العادة كيف شاء، و لا ضمان إن أفضى إلى تلف، إلا أن يتعدى. و قد اختلف كلام الشافعي في أنه لو أعد داره المحفوفة بالمساكن خانا أو إصطبلا أو طاحونه، أو حانوتا في صف العطارين، حانوت حداد أو قصار- على خلاف العادة- على قولين: أحدهما: أنه يمنع. و به قال أحمد، لما فيه من الضرر. و أظهرهما عنده: الجواز. و هو المعتمد، لأنه مالك للتصرف في ملكه. و في منعه من تعميم التصرفات إضرار به. هذا إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما يغلب على الظن أنه يؤدي إلى خلل في حيطان الجار فأظهر الوجهين عند الشافعية ذلك، و ذلك كأن يدق في داره الشيء دقا عنيفا يزعج به حيطان الجار، أو حبس الماء في ملكه بحيث ينشر النداءة إلى حيطان الجار. فإن قلنا لا يمنع في الصورة الأولى «٨» فهنا أولى.. إلى أن قال: و الأقوى أن لأرباب الأملاك أن يتصرفوا في أملاكهم كيف شاءوا، فلو حفر في ملكه بالوعة و فسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان بسببه. و لكن يكون قد فعل مكروها «٩» (انتهى). و قريب من ذلك ما في القواعد «١٠» و التحرير «١١». و قال في الدروس في إحياء الموات: و لا حریم في الأملاك، لتعارضها. فلكل أحد أن يتصرف في ملكه بما جرت العادة به و إن تضرر صاحبه و لا ضمان «١٢» (انتهى). و في جامع المقاصد في شرح مسألة تأجيج النار و إرسال الماء في ملكه: إنه لما كان الناس مسلطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء، فإن دعت الحاجة إلى إضرار نار في ملكه أو إرسال ماء، جاز فعله و إن غلب على ظنه التعدى إلى الإضرار بالغير «١٣». (انتهى موضع الحاجة). أقول: تصرف المالك في ملكه إما أن يكون لدفع ضرر يتوجه إليه، و إما أن يكون لجلب منفعة، و إما أن يكون لغوا غير معتد به عند العقلاء. فإن كان لدفع الضرر فلا إشكال، بل لا خلاف في جوازه، لأن إزماء بتحمل الضرر، و حبسه عن ملكه لئلا يتضرر الغير، حكم ضررى منفي. مضافا إلى عموم: «الناس مسلطون [على أموالهم]» «١٤». و الظاهر عدم الضمان أيضا عندهم، كما صرح به جماعة، منهم الشهيد «١٥» رحمه الله. لكنه صرح بالضمان في تأجيج النار على قدر الحاجة مع ظن التعدى. و هو مناف لتصريحه المتقدم «١٦». فإن قلت: إذا فرض أنه يتضرر بالترك، فالضرر ابتداء يتوجه إليه و يريد دفعه بالتصرف. و حيث فرض أنه إضرار بالغير رجع إلى دفع «١٧» الضرر الموجبه على الشخص عن نفسه بإضرار الغير. و قد تقدم عدم جوازه، و لذا لو فرضنا كون التصرف المذكور لغوا كان محرما لأجل الإضرار بالغير.

قلت: ما تقدم من عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر عن النفس إنما هو في تضرر الغير الحاصل لغير المتصرف في مال نفسه، و أما إذا كان دفع الضرر عن نفسه بالتصرف في ماله المستلزم لتضرر الغير «١٨» فلا نسلم منعه، لأن دليل المنع هو دليل نفي الضرر، و من المعلوم أنه قاض في المقام بالجواز، لأن منع الإنسان عن التصرف في ماله لدفع الضرر المتوجه إليه بالترك ضرر عظيم، بل سيجيء أن منعه عن التصرف لجلب النفع أيضا ضرر و حرج منفي، كما تقدم في كلام العلامة «١٩» رحمه الله. ثم إنه يظهر من بعض من عاصرناه «٢٠» وجوب ملاحظة ضرر «٢١» المالك و ضرر الغير، و هو ضعيف مخالف لكلمات الأصحاب. نعم لو كان تضرر الغير من حيث النفس أو ما يقرب منه مما يجب على كل أحد دفعه و لو بضرر لا يكون حرج في تحمله، فهذا خارج عن محل الكلام، لأن ما يجب تحمل الضرر لدفعه لا يجوز إحداثه لدفع الضرر عن النفس. و إن كان لغوا محضا، فالظاهر أنه لا يجوز مع ظن تضرر الغير، لأن تجويز ذلك حكم ضررى، و لا ضرر على المالك في منعه عن هذا التصرف، و عموم «الناس مسلطون على أموالهم» محكوم عليه بقاعدة «نفي الضرر». و هو الذي يظهر من جماعة كالعلامة في التذكرة «٢٢» و الشهيد في الدروس «٢٣»، حيث قيدها «٢٤» التصرف في كلامهما بما جرت به العادة، و المحقق الثاني «٢٥» حيث قيدها الجواز مع ظن تضرر الغير بصورة دعاء الحاجة، بل العلامة في التذكرة حيث استدلل على الجواز- في كلامه المتقدم- بأن منعه عن عموم التصرف ضرر منفي، إذ لا شك أن منعه عن هذا التصرف ليس ضررا «٢٦» و قد قطع الأصحاب بضمنان من أجاج نارا زائدا على مقدار الحاجة مع ظن التعدى «٢٧». اللهم إلا أن يقال: إن الضمان لا

يدل على تحريم الفعل. فربما كان مبنى الضمان على التعدى العرفى و إن لم يكن محرّما، كما يظهر من كثير من كلماتهم. و أما ما كان لجلب المنفعة، فظاهر المشهور- كما عرفت من كلمات الجماعة- الجواز. و يدلّ عليه أنّ حبس المالك عن الانتفاع بملكه و جعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظيم لا يخفى على من تصوّر ذلك. و لا يعارضه تضرر الجار، لما تقدّم من أنّه لا يجب تحمّل الحرج و الضرر لدفع الضرر عن الغير، كما يدل عليه تجويز الإضرار مع الإكراه. و أمّا الاستدلال بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» بزعم أنّ النسبة بينه و بين نفي الإضرار عموم من وجه، و الترجيح مع الأوّل بالشهرة مع أنّ المرجح بعد التكافؤ أصالة الإباحة، فقد عرفت ضعفه، من حيث حكومه أدلّة نفي الضرر على عموم «الناس مسلّطون على أموالهم».

و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا و صلّى الله على النبيّ محمّد و آله أجمعين. و جاء فى آخر النسخة المخطوطة ما يلى: هذا آخر كلام المصنف دام ظله العالى و قد فرغ من تحريره تراب الأقدام محمّد بن محمد تقى الدرزابى فى يوم النوروز الواقع فى أوائل العشر الثانى من شهر شوال المكرم من سنة ١٢٨٠.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٦

@@@@

٧- رسالة فى الرضاع

[الخطبة]

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. أجمع علماء الإسلام ظاهرا على أن من جملة أسباب تحريم النكاح الرضاع فى الجملة و الأصل فى هذا الحكم قبل الإجماع قوله ص فيما رواه الفريقان: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و روى عن الصادق ع أيضا بعده طرق صحيحة و رواه عبد الله بن سنان و أبو الصباح الكناني و عبيد بن زرارة عن مولانا الصادق ع مع تخالف يسير فى المتن و معنى هذه العبارة أنه يحرم من جهة الرضاع نظير من يحرم من جهة النسب لا أن نفس من يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع كما يتراءى من ظاهر العبارة و إنما عبر بهذا للتشبية على اعتبار اتحاد العنوان الحاصل بالرضاع. و الحاصل بالنسب فى التحريم صنفا مثلا الأم محرمة من جهة النسب فإذا حصل بالرضاع نفس هذا العنوان حصل التحريم من جهة الرضاع و لو حصل بالرضاع ما يلازمه مثل أمومة أخيه لأبويه لم يحرم و كذا الأخت و بنت و غيرها ممن يحرم نكاحه بواسطة النسب الحاصل بين شخصين أو بين أحدهما و زوج الآخر أو من فى حكمه فإن أم الزوجة محرمة على الزوج من جهة نسب بينهما و بين الزوجة يحدث باعتباره المصاهرة بعد التزويج و كذلك الأم الرضاعية للزوجة فحاصل معنى هذا الحديث التسوية بين النسب و الرضاع فى إيجاب التحريم و أن العلاقة الرضاعية تقوم مقام العلاقة النسبية و تنزل مكانها فلا يتوهم أن تحريم أم الزوجة من جهة المصاهرة فينبغى أن لا تحرم من جهة الرضاع. توضيح الدفع أن معنى هذه القضية السلبية و هى أن المحرم من جهة المصاهرة لا تحرم من جهة الرضاع على قياس تلك القضية الموجبة هو أن الرضاع لا يقوم مقام المصاهرة و لا ينزل منزلتها فإذا أرضعت ولدك امرأة فلا تحرم عليك أمها من حيث إنها جدة ولدك لأنه الرضاعية من جهة أن جده الولد لأنه إنما تحرم على الأب لأجل نسب بينهما و بين زوجته و لا شك أن الزوجية هنا منتفية و مجرد إرضاع ولد الرجل لا يصير المرضعة فى حكم الزوجة لما عرفت من أن الرضاع لا يقوم مقام المصاهرة و أما أم الزوجة المرضعة لها فى المثال الذى قدمناه فإنما قامت مقام أمها الوالدة لها فقد قام الرضاع مقام النسب لا مقام المصاهرة لأن زوجية الزوجة ثابتة بنفسها لم يبدل بالرضاع و إنما المبدل به النسب الحاصل بين الأم و الزوجة. و ملخص الكلام أنه لما كانت المصاهرة عبارة عن علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقارب الآخر توقفت وجودها على أمرين ثبوت الزوجية بين الرجل و المرأة و ثبوت القرابة بين شخص و بين أحدهما فكما يمكن

استناد التحريم إلى المصاهرة الحاصلة بين المحرم والمحرمة عليه من مجموع ذينك الأمرين وكذلك يمكن استناده إلى الأمر الأول من الأمرين بأن يقال إنه يحرم أم الزوجة على الزوج من جهة زوجية بينهما وله كذلك يمكن استناده إلى الأمر الثاني فيقال إنه تحرم أم الزوجة على الزوج لأجل نسب بينها وبين زوجته ولا يوجب ذلك عدها في المحرمات النسبية من جهة قصرها على ما استند فيه التحريم إلى النسب الحاصل بين المحرم والمحرمة عليه قبالة للمصاهرة الحاصلة بينهما إذا عرفت ذلك فدخول الرضاع في المصاهرة إما بقيامه مقام الأمر الأول من الأمرين المذكورين مع بقاء الأمر الثاني بحاله كالأم النسبية للأم الرضاعية للولد النازلة منزلة الزوجة وإما بقيامه مقام الثاني منهما كالأم الرضاعية للزوجية الحقيقية. ففي الأول لا مجال لتوهم نشر التحريم بالرضاع إلا إذا دل دليل خاص عليه لأن حاصل أدلة النشر بالرضاع إلحاقه بالنسب وجعل كل عنوان حاصل بالرضاع في حكم ذلك العنوان الحاصل بالنسب و معلوم أنه لم ينتف هنا إلا الزوجية ولم يدل دليل النشر على تنزيل مرضعة الولد مقام الزوجة. وفي الثاني لا ينبغي التأمل في التحريم لأنه إذا ألحق العنوان الرضاعي بالعنوان النسبي في التحريم وأقيم الرضاع مقام النسب في إناطة التحريم به فلا شك في أنه يكون الأم الرضاعية للزوجة بمنزلة الأم النسبية لها ولعل منشأ توهم عدم استفادة تحريم مثل هذا من الحديث المذكور توهم كون المراد بلفظ النسب فيه النسب الحاصل بين المحرم والمحرمة عليه على حد قولهم سبب التحريم إما نسب أو رضاع أو مصاهرة وهذا خبط فاسد فإنه تقييد للمطلق من غير دليل بل المراد منه هو مطلق النسب الموجب للتحريم سواء كان بين نفس المحرم والمحرمة عليه أم بين أحدهما وزوج الآخر أو غيره مثل المزني بها والغلام والموطوءة والملموسة ومن هنا يصح التمسك بهذا الحديث في تحريم مرضعة الغلام الموقب وأخته و بنته الرضاعيتين على الموقب وإلا فأى نسب بينهما وبين الموقب وأما دعوى أن التحريم في غير المحرمات النسبية السبع ليس من جهة النسب بل هو مستند إلى المصاهرة فقد عرفت الحال فيها وأنه يجوز استناد التحريم فيه إلى نفس المصاهرة وإلى كل واحد من الأمرين اللذين يتوقف وجودها عليها.

ثم اعلم أن انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط

الشرط الأول أن يكون اللبن عن وطء صحيح

فلو در لا- عن وطء أو عن وطء بالزنى لم ينشر على المعروف بين الأصحاب وحكى عليه الإجماع في المدارك عن جماعة منهم جده في المسالك للأصل فإن إطلاقات التحريم بالرضاع منصرفه إلى غير ذلك وصحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن لبن الفحل قال هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى لا من حرام ومثلها حسنة ابن هشام ما أرضعت امرأتك من لبن ولدك ولد امرأة أخرى. ويستفاد من اشتراط كون اللبن عن الوطى أنه لا حكم للبن الرجل وفي حكمه لبن الخنثى المشكل أمره بناء على أنه لو علم كون لبنة من الوطى فلا- إشكال في كونها امرأة إلا- على ما ورد في بعض الأخبار من أن خنثى ولدت في أيام أمير المؤمنين فألحقه بالرجال بعد عد أضلاعه و عد في التحرير هذا الخبر من الشواذ ولا حكم أيضا للبن المرأة الموطوءة الغير

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٧

الحاصل من الوطى فإن اللبن إنما يحصل عن الوطى بعد العلوق والحمل وتخلق الولد. وقد استفيد جميع ذلك من الصحيحة المتقدمة وهل يعتبر انفصال الولد أو يكفي الحمل وجهان بل قولان اختار العلامة أولهما في التحرير وثانيهما في القواعد وهو الأظهر للإطلاقات. وقول الصادق ع في صحيحة يزيد العجلي: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك الرضاع الذي قال رسول الله ص إلى غير ذلك مما دل من الصحاح وغيرها على إناطة التحريم بكون اللبن من الفحل كصحيحة الحلبي وموثقة جميل بن دراج بأحمد بن فضال ورواية أبي بصير ولا- ينافيها قوله في صحيحة ابن سنان وحسنة

المتقدمتين من لبن ولدك إذ يصدق على ذلك اللبن أيضا أنه ابن الولد كما يشهد به العرف و دعوى عدم صدق الولد مضافا إلى الأب على الحمل محل نظر مع أنها غير قادحة فيما نحن فيه لأن وجود الولد بالفعل لا يعتبر في إضافة اللبن إليه نعم في روايتي يونس بن يعقوب و يعقوب بن شعيب أن در اللبن من غير ولادة لا يوجب النشر لكنهما مع عدم صحتهما قابلتان للحمل على در اللبن من غير ولادة رأسا حتى في المستقبل بأن يكون الدر لا- عن حمل كما قد يتفق فلا ينهضان لتقييد إطلاقات الكتاب و السنة إلا أن يمنع عمومها لدعوى انصرافها بحكم الغلبة إلى الإرضاع بعد الوضع فيرجع في غيره إلى أصالة الإباحة فتأمل. ثم إن الوطى الصحيح المعتبر كون اللبن عنه يشمل الوطى بالنكاح الدائم و المنقطع و ملك اليمين و التحليل و أما الوطى بالشبهة فالمشهور إلحاقه في النشر بالنكاح و أخويه كما في غالب الأحكام و تردد فيه المحقق في الشرائع و عن الحلبي الجزم بعدم النشر أولا ثم النشر ثانيا ثم النظر و التردد ثالثا و المسألة محل إشكال من إطلاق الكتاب و السنة فإن الفحل في صحيحة يزيد المتقدمة و غيرها أعم من الزوج و يؤيده كون و طء الشبهة بمنزلة النكاح من لحوق النسب و من الأصل و من انصراف الإطلاقات إلى غير هذا الفرد. و قوله في صحيحة ابن سنان و حسنة السابقتين ما أَرْضَعَتْ امْرَأَتَكَ و لو بنى على دعوى ورود التقييد بالمرأة مورد الغالب جرى مثله في غيره من القيود فينسب باب الاستدلال على اعتبار كثير من الشروط و تردد في المدارك و هو في محله إلا أن القول بالنشر لا يخلو عن قوة لأن دلالة المطلقات على الإطلاق أقوى من دلالة المقيد على الاختصاص مع أن تخصيص اللبن بالمرأة كما فرض استفادته من صحيحة ابن سنان و حسنته و نحوهما مخالف للإجماع للاتفاق على النشر بالارتضاع من المملوكة و المحللة فلا بد من حمل التقييد فيها على التمثيل بالفرد الغالب و إن احتيج في إخراج اللبن الحاصل من الزنى عن إطلاقهما لو سلم شمول الولد فيهما لولد الزنى إلى دعوى الإجماع على خروجه و يكشف عما ذكرنا عدم تصريح أحد من فقهاءنا بعدم النشر في المسألة و لحوق و طء الشبهة بالنكاح في غالب الأحكام.

الثاني من الشروط كون شرب اللبن على وجه الامتصاص من الثدي

فلا ينشر الحرمة بوجود اللبن في حلق الرضيع على المعروف بين معظم الأصحاب لأن الارتضاع المنوط به النشر في الأدلة لا يتحقق عرفا إلا- بالامتصاص فلا يقال لمن شرب اللبن المحلوب من البهائم إنه ارتضع منها بخلاف ما لو امتص من ثديها و لو فرض تسليم شمول الارتضاع لغير الامتصاص فلا مجال لإنكار انصرافه إليه فيكون ما عداه باقيا تحت أصالة الإباحة خلافا للمحكي عن ابن الجنيد فاكتمى بالوجور إما لدعوى صدق الإرضاع و إما لحصول ما هو المقصود منه من إنبات اللحم و شد العظم و إما للمرسل المروى في الفقيه عن أبي عبد الله ع: قال و جور الصبي بمنزلة الرضاع و في الكل نظر لخلو الدعوى المذكورة عن البيهنة كدعوى كون المناط في النشر مجرد إنبات اللحم و شد العظم و ضعف المرسله و معارضتها برواية زرارة عن الصادق ع: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين بناء على جعل الحولين ظرفا لأصل الرضاع لا لقدرة حتى يخالف الإجماع فالأقوى إذا القول المشهور إلا أن الأولى مراعاة الاحتياط.

الثالث حياة المرتضع منها

فلا اعتداد بما يرتضعه من المرأة بعد موتها على المشهور بل لم أعثر فيه على حكاية خلاف صريح قيل لقوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ الظاهرة في مباشرة المرأة للإرضاع المنفية في حق الميتة فيدخل في عموم و أجل لكم ما وراء ذلكم و لأصالة الإباحة إلى أن يثبت المزيل و قيل لأنها خرجت بالموت عن التحاق الأحكام فهي كالبهيمة المرضعة و بأن المتبادر من إطلاق الرضاع في الأدلة ما إذا حصل بالارتضاع من الحي فيبقى غيره داخلا- في عموم أدلة الإباحة و في الجميع نظر. أما ظهور الآية في مباشرة الإرضاع فلا يجدى للقطع بخروج الميتة عن حكم الآية و لا- يلزم منه دخولها في قوله وَ أَجَلٌ لَكُمْ ما وراء ذلكم لعدم قابلية الميت للحكم عليه

بالتحريم و لا- التحليل فإن الكلام في الارتضاع من الميتة إنما هو في حدوث الحرمة بين الرضيع و غير الميتة ممن يتعلق به اللبن فيكفي لمدعى النشر عموم قوله تعالى وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ و قوله ص: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و لا ظهور لهما في مباشرة المرأة للإرضاع مع أن مباشرة المرأة للإرضاع و قصدتها إليه غير شرط إجماعا كما ادعاه في المسالك بل لو سعى إليها الولد و هي نائمة أو التقم ثديها و هي غافلة تحقق الحكم. و ما قيل من أن الآية دالة بظاها على اعتبار الحياة و المباشرة و القصد و لا يلزم من عدم اعتبار الأخيرين لصارف عدم اعتبار الأول فاسد لأن دلالة لفظ الرضاع على الجميع دلالة واحدة فلا يمكن التفكيك في مدلولها و لهذا لم يتمسك بالأخبار الدالة على الإرضاع مع سلامتها عن بعض ما يرد على الآية و أما التمسك بالأصل فهو صحيح لو لا الإطلاقات و أما خروج الميتة عن قابلية الحكم عليها فهو أمر مسلم لا كلام فيه. و إنما الكلام في نشر الحرمة بين الرضيع و أصوله و فروعه و بين غير هذه المرأة من الفحل و أولاده و أولاد المرضعة و غيرهم و أما دعوى تبادل غير الارتضاع من الميتة من الإطلاقات فهي على إطلاقها ممنوعة فإننا لا نجد في السبق إلى الذهن تفاوتاً بين من ارتضع منه جميع الرضعات حال الحياة و بين من ارتضع منه حال الحياة خمس عشرة رضعه إلا جزء واحد فأكملها بعد الموت.

نعم الإنصاف انصراف الإطلاقات إلى غير صورة ارتضاع جميع الرضعات حال الموت فالأحسن في الاستدلال على اعتبار الحياة هو أن بعض فروض الارتضاع من الميتة خارج عن إطلاق مثل قوله وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ لانصراف المطلق إلى غيره كما عرفت فيدخل تحت قوله وَ أَجِلٌّ لَكُمْ ما وراء ذلك فيثبت عدم النشر في هذا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٨

الفرد بالآية. و يجب إلحاق غيره من الفروض الداخلة تحت إطلاق آية التحريم بها لعدم القول بالفصل و قلب هذا الدليل بأن يثبت التحريم في الفروض الداخلة تحت إطلاق آية التحريم بها و يلحق الفرض الخارج منه بعدم القول بالفصل و إن كان ممكناً إلا أن غاية الأمر وقوع التعارض حينئذ بواسطة عدم القول بالفصل بين آيتي التحريم و التحليل فيجب الرجوع إلى أدلة الإباحة من العمومات و الأصول المعتضدة بفتوى معظم الفحول.

الرابع أن يقع مجموع الرضاع المعتبر من الرضيع في حولى رضاعه

فلا اعتداد بما يرتضع بعد الحولين على المعروف من مذهب الأصحاب و نقل عن التذكرة دعوى إجماعهم عليه و في المسالك نفى الخلاف عنه و يدل عليه حسنة الحلبي بابن هاشم عن أبي عبد الله ع قال: لا رضاع بعد فطام و نحوها رواية حماد بن عثمان عنه ع بزيادة قوله: قلت جعلت فداك و ما الفطام قال الحولين الذين قال الله عز و جل و نحوها رواية الفضيل بن عبد الملك: الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم و رواية منصور بن حازم ثم إن المراد بالفطام في الأخبار المطلقة هو زمان الفطام أعنى الحولين كما دلت عليه رواية الفضيل و حماد فلا عبرة بنفس الفطام حتى أنه لو لم يفطم الرضيع إلى أن تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدها قبل الفطام لم يثبت التحريم كما أنه لو فطم قبل الحولين ثم ارتضع قبلهما ثبت التحريم و حكى عن ابن جنيد المخالفة في الحكم الأول و ثبوت التحريم إذا وقع الرضاع بعد الحولين قبل الفطم و لعله لرواية داود بن الحصين المروية في الفقيه و التهذيب المردودة فيه بالمخالفة للأحاديث كلها. و في كلام محكى عن الشهيد أن هذه الفتوى مسبوقه بالإجماع و ملحوقه به و أما الحكم الثاني فلم يحك فيه الخلاف إلا عن موهم ظاهر كلام العماني حيث قال الرضاع الذي يحرم عشر رضعات قبل الفطام و عن المختلف الاستدلال له برواية الفضيل بن عبد الملك المتقدمة الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم و الجواب عنه بأن المراد قبل أن يستحق الفطم و هو حسن و جار في عبارة العماني أيضاً فيرتفع الخلاف ثم إنه هل يعتبر في ولد المرضعة الذي يحصل اللبن من ولادته كونه في الحولين عند ارتضاع المرتضع من لبنه بحيث لا- يقع شيء من الارتضاع بعد تجاوزه إياهما أم لا فيه قولان المحكى عن أبي الصلاح و ابن زهرة و ابن حمزة الأول تمسكا بظاهر الخبر لإرضاع بعد فطام الشامل لفطام المرتضع و ولد المرضعة بل لم يفهم منه ابن بكير إلا فطام ولد المرضعة لما سأله ابن

فضال عن امرأة رضعت غلاما سنتين ثم أرضعت صبية لها أقل من سنتين حتى تمت لها سنتان أ يفسد ذلك بينهما قال لا لأنه رضاع بعد فطام وإنما قال رسول الله ص: لإرضاع بعد فطام أى أنه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج عن حد اللبن و لا يفسد بينه وبين من شرب منه و الأ-كثر على الثانى و هو الأظهر للأصل و الإطلاقات لظهور الخبر المذكور فى فطام المرتضع أو عدم ظهوره فى العموم الموجب للشك فى تقييد المطلقات. و تفسير ابن بكير للخبر معارض بما فسره ثقة الإسلام و الصدوق فى الكافى و الفقيه قال فى الكافى معنى قوله لإرضاع بعد فطام أن الولد إذا شرب لبن المرأة بعد ما يطم لا يحرم ذلك الرضاع التناكح و قريب منه ما قاله فى الفقيه ثم اعلم أن شيخنا فى المسالك ناقش المحقق فى نسبة حديث لا رضاع بعد فطام إليه ص و قال إنه لم يرد إلا عن الصادق ع و لا يخفى أن إسناد الحديث إلى رسول الله ص مشهور و قد عرفت أن ابن بكير نسبة إليه ص و كذا رواه فى الفقيه مرسلا عنه ص و أصدق من ذلك ما رواه فى الكافى عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع قال قال رسول الله ص: لإرضاع بعد فطام و لا وصال فى صيام و لا يتم بعد احتلام إلى آخر الحديث و مع ذلك فلا وجه للمناقشة المذكورة إلا أن يرجع إلى المناقشة فى الإسناد إلى عدم ثبوت النسبة بطريق صحيح يجوز الإسناد على وجه الجرم ثم إن المعترف فى الحولين الأهل و لو انكسر الشهر الأول اعتبر ثلاثة و عشرون شهرا بعد المنكسر بالأهله و إكمال المنكسر بالعدد من الشهر الخامس و العشرين كغيره من الآجال على أظهر الاحتمالات فى نظائر المسألة و الله العالم.

الخامس أن يكون اللبن بحاله غير ممزوج بشيء

فلو ألقى فى فم الصبى شىء جامد كالدقيق و فتيت السكر أو مائع كيسير من الأطعمة المائعة ثم ارتضع بحيث امتزج اللبن حتى يخرج عن كونه لبنا لم يعتد به و كذا لو جبن اللبن و الوجه فى ذلك عدم صدق الإطلاقات مع الخروج عن اسم اللبن أو عدم انصرافها إلا الخالص.

السادس الكمية

إشارة

أى بلوغ الرضا حدا خاصا فإنه لا خلاف بين علمائنا ظاهرا فى أن مسمى الرضاع و مطلقة غير كاف فى النشر و الأخبار بذلك متواترة معنى يأتى الإشارة إلى أكثرها فى بيان التقديرات. نعم قد يوهم الأخبار حصول الحرمة بالمسمى كما سيأتى ذكره فى أدلة مذهب الإسكافى المكتفى بالرضعة التامة و خالف فى المسألة بعض العامة فاكتفى بالمسمى و قدره بما يفطر الصائم و لم يقنع بذلك حتى ادعى إجماع أهل العلم عليه على ما حكى فى المسالك

ثم إن أصحابنا قدروا المقدار الخاص الذى اعتبروه بثلاثة تقديرات

أحدها بالأثر

و هو ما أنبت اللحم و شد العظم و حصول النشر مع تحقق هذا الأثر مما لا-خلاف فيه بين علماء الإسلام و يدل عليه مضافا إلى الإجماع الأخبار المستفيضة منها صحيحة على بن رئاب عن أبى عبد الله ع: قلت ما يحرم من الرضاع قال ما أنبت اللحم و شد العظم قلت يحرم عشر رضعات فقال لا لأنها لا تنبت اللحم و لا تشد العظم و منها حسنة ابن أبى عمير عن زياد القندى عن عبد الله بن سنان

عن أبي الحسن ع قال:

قلت له يحرم من الرضاع الرضعة و الرضعتان و الثلاث قال لا- يحرم من الرضاع إلا- ما اشتد عليه العظم و أنبت اللحم و منها رواية هارون بن مسلم تارة عن أبي عبد الله ع و تارة عن مسعدة بن زياد عنه ص قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما شد العظم و أنبت اللحم و منها رواية عبد الله بن سنان قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: ما يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم و شد العظم و فى غير واحد من الروايات وقع التقدير بإنبات اللحم و الدم مثل صحيحة عبيد بن زرارة و حسنة حماد بن عيسى بابن هاشم و لا يبعد تلازم التقديرين و مع الانفكاك فالأجود ثبوت النشر بتحقيق كل منهما لاعتبار أدلة التقدير الثانى أيضا إلا أن الأصحاب لم يتعرضوا لتحقيق الحكم به نفيا و إثباتا و لعله لعدم انفكاكه عن الأول فتدبر ثم إن مقتضى النصوص المذكورة اعتبار تحقق كلا الأمرين من إنبات اللحم و اشتداد العظم و هو المعروف

المكاسب، ج ٤، ص ٣٧٩

بين الأصحاب أيضا. و حكى عن بعض عبارات الشهيد قدس سره الاجتزاء بأحد الأمرين و نسبه فى المسالك إلى الشذوذ و كيف كان فالتقدير بهذا الأثر و إن كان اعتباره فى غاية القوة و المتانة بل مقتضى أدلته الحاصرة للرضاع المحرم فيه أنه أصل لأخويه الآتين إلا أنه قليل الفائدة لأن ظهوره للحس فى موضع الحاجة أمر لا يكاد يطلع عليه إلا بعض أهل الخبرة و قلما يتفق شهادة العدلين منهم بذلك و لعله لذا كشف عنه الشارع بأخويه و جعلهما طريقا إليه كما يومئ إليه صحيحة ابن رثاب المتقدمة.

و ثانيا بالزمان

و قدر بيوم و ليلة على المعروف بين الأصحاب و مستندهم فيه موثقة زياد بن سوفة قال: قلت لأبى جعفر هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشرة رضة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد و لم يفصل بينهما رضة امرأة غيرهما فلو أن امرأة أرضعت غلاما أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتها امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحها و ليس فيها سوى عمار الذى نقل الشيخ عمل الأصحاب برواياته مع أن فى السند ابن محبوب الذى أجمع على تصحيح ما يصح عنه مضافا إلى اعتضادها بعمل الأصحاب و موافقة الكتاب و لا ينافيها ما دل على حصر الرضاع المحرم فيما أنبت اللحم و شد العظم لفقد العلم بعدم كونه منه ثم إن ظاهر الرواية و الفتوى اعتبار الارتضاع فى اليوم و الليلة كلما احتاج الرضيع إليه عادة أو طلبه و لا يعتبر فى هذا التقدير إكمال الرضعة فى كل مرة بل لو رضعته رضة ناقصة ثم أكملتها مرة أخرى لم يقدح و لو أطمع فى الأثناء طعاما فإن كان مما يغتذى به بدلا من اللبن فالظاهر أنه قادح فى التقدير كما أن شرب الماء للعتش غير قادح لو وقع فى الأثناء و كذا ما يوكل أو يسقى دواء و يشكل فيما اعتاده من يسير من طعام بحيث لا يغنيه عما اعتاد شربه من اللبن و هل يعتبر ابتداء الرضاع فى ابتداء اليوم و انتهائه فى آخر الليلة أو العكس أو يكفى الملقق لو ابتداء فى أثناء أحدهما وجهان أقواهما الثانى إما لصدق رضاع يوم و ليلة عرفا على رضاع الملقق و إما لأن الرضاع فى الملقق لا يكون أقل من رضاع يوم و ليلة بل يكون مساويا له فلا يدل الرواية على انتفاء النشر به فيبقى داخلا تحت الإطلاقات الدالة على النشر و التعويل على الوجه الأول. و هل المعتبر فى رضاع هذا الزمان حال متعارف أو ساط الأطفال أو حال شخص ذلك الرضيع وجهان أقواهما الثانى لظاهر الرواية و تظهر الثمرة فيهما فيما إذا كان الطفل مريضا بمرض يحتاج إلى مزيد مما يحتاج إليه الصحيح كغلبة القيء عليه لعارض أو عرضه ما يحتاج معه إلى الأقل مما يحتاج إليه الصحيح كما إذا أغمى عليه فى أغلب اليوم و الليلة. و هل يعتبر احتمال تأثير اللبن فى نبات لحمه و شد عظمه أم لا وجهان من إطلاق الرواية و من دلالة بعض الأخبار السابقة على عدم النشر بما لا ينبت اللحم و لا يشد العظم و تظهر الثمرة فيما لو كان بحيث يعلم عدم تحلل اللبن فى معدته لعدم استقراره فيها لغلبة إسهال أو قيء و هنا فروع أخر طوينا عن ذكرها كشحا و أعرضنا عنها صفحا.

و ثالثها بالعدد

إشارة

و قد اختلف فيه الأصحاب بسبب اختلاف الروايات ظاهرا فالمحكي عن ابن الجنيد الاكتفاء به برضعة واحدة تملأ جوف الصبي إما بالمص أو بالجور لإطلاق الكتاب و السنة و خصوص قول أبي الحسن ع و مكاتبه على بن مهزيار في جواب سؤاله عما يحرم من الرضاع قليله و كثيره حرام و مضمرة ابن يعفور قال: سألته عما يحرم من الرضاع قال إذا رضع حتى يمتلئ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم و الدم و ذاك الذي يحرم و رواية السكوني و النبوي: يحرم بالرضعة ما يحرم الحولان و العلوي: الرضعة الواحدة كالمائة رضة لا تحل له أبدا و في آخر: انها نساء كم أن يرضعن يمينا و شمالا فإنهن ينسين فإن الإرضاع يمينا و شمالا مع النسيان بعد حين إنما يناسب عدم التحديد بأكثر من رضة و هذا القول ضعيف في الغاية لاستفاضة الأخبار كاشتتار الفتوى بعدم النص بما دون العشر فلا مجال للتمسك بالإطلاقات و لا بالمكاتبه و المضمرة لقصورهما عن المقاومة مع موافقه ظاهرهما لفتوى بعض العامة مضافا إلى إمكان حمل المكاتبه على تحريم أصل الارتضاع. و مما ذكرنا يظهر حال التمسك بالنبوي و العلويتين و لذا أعرض سائر الأصحاب عن هذا القول و اتفقوا على عدم النشر بما دون العشر و إن اختلف فتاويهم كالروايات فحكي عن أكثر المتقدمين كالمفيد و الديلمي و القاضي و التقى و ابن حمزة التحديد بالعشر و تبعهم الفاضل في المختلف و ولده و الشهيد في اللمعة و ذهب الشيخ و المحقق و الفاضل في غير المختلف إلى التحديد بالخمس عشرة رضة و تبعهم أكثر المتأخرين و قد نسب هذا القول إلى الأكثر و المشهور بقول مطلق و كيف كان فهو الأظهر للأصل و عدم دليل على النشر بالعشر عدا الإطلاقات من الكتاب و السنة و خصوص رواية الفضيل الموصوفة بالصحة في كلام بعض عن الباقر قال: لا يحرم من الرضاع إلا المجرور قلت و ما المجرور قال أم تربي أو ظئر تستأجر أو أمه تشتري ثم ترضع عشر رضعات يروي الصبي و ينام و مفهوم موثقه عمر بن يزيد قال: سألت الصادق ع عن الغلام يرضع الرضعة و الثنتين فقال لا يحرم فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات فقال إذا كانت متفرقة فلا و نحوها مفهوم رواية هارون بن مسلم عن أبي عبد الله ع قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما شد العظم و أنبت اللحم و أما الرضعة و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرة إذا كن متفرقات فلا بأس و في الجميع نظر أما في الإطلاقات فلأنها على فرض تسليم إفادتها العموم و عدم ورودها لبيان أصل نشر الحرمة بالرضاع في الجملة مقيدة بصحيفة على بن رثاب عن الصادق ع قال: قلت ما يحرم من الرضاع قال ما أنبت اللحم و شد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال لا لأنها لا تنبت اللحم و لا تشد العظم و موثقه عبيد بن زرارة بعلى بن فضال عن أبي عبد الله ع قال: سمعته يقول عشر رضعات لا يحرم من شيئا و هذه الرواية لا تقصر عن الصحيح إذ ليس فيها إلا على بن فضال و الظاهر أن الشيخ أخذ الرواية من كتابه حيث ابتدأ به في السند و كتب بنى فضال مما أمر العسكري ع بالأخذ بها في رواية قريبة من الصحة مع ما ذكر في ترجمه على بن فضال من مراتب وثاقته و احتياطه في الرواية و موثقه أخرى رواها الشيخ عن على بن فضال عن أخويه عن أبيهما عن عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله ع قال سمعته يقول: عشر رضعات لا تحرم و هذه قريبة من سابقتها في اعتبار السند و إن كان جميع رجالها فطحين و تخصيص هذه الأخبار المعتمدة برواية الفضيل التي هي أخص منها بعد إخراج

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٠

صورة تفرق الرضعات العشر عن عمومها و بمفهوم الموثقتين اللتين بعدها و إن أمكن إلا أن ذلك فرع سلامتها عن المعارضه موثقه زياد بن سوقه المتقدمه الصريحه في نفي النشر بالعشر و لو متواليه أو ترجيحها عليها و هو مسلم لو ثبت صحة رواية الفضيل بتوثيق محمد بن سنان الذي حكى عن غير المفيد من مشايخ الرجال تضعيفه و سلامتها من موهنات أخرى مثل مخالفة حصرها للإجماع و خلو الفقيه من زيادة رواها الشيخ في ذيلها أعنى قوله ثم ترضع عشر رضعات مع سبق الصدوق على الشيخ زمانا بل و ضبط الأخبار كتابه فكيف يتصور في حقه أو في الكتب التي أخذ الحديث منها إهمال شطر من كلام المعصوم ع مربوط بما قبله غاية الارتباط و

يحتاج إليه نهاية الاحتياج فلا يبعد أن يكون الزيادة المذكورة من تحريفات محمد بن سنان لأنه إنما وقع في التهذيب و ليس في سند الفقيه و حيث لم يثبت اعتبار الرواية سندا و سلامتها من الوهن و المفروض أن أخويها أيضا لا يبلغان حد الصحة بل صرح بضعف ثانيهما فترجيحها و إن كانت ثلاثا على موثقة زياد و إن كانت واحدة غير معلوم إذ ليس في سند الموثقة إلا أعمار و اعتبار رواياته عند الأصحاب محكى عن الشيخ في عدته مع أن الراوى عنه بواسطة هشام بن سالم الحسن بن محبوب الذى أجمع على تصحيح ما يصح عنه من أن متنها أصرح دلالة لأن دلالتها على نفي النشر بالعرض المتوالى بالمنطوق و دلالة الموثقتين على ثبوته بها بالمفهوم مع احتمال مفهومها الحمل على ما إذا وقعت العشر المتوالية فى يوم و ليلة فإن مفهومها بهذا الاعتبار أعم من منطوق موثقة زياد و إن كان تخصيصهما به بعيد كما يظهر ذلك كله بالتأمل. و أما ترجيح تلك الثلاث على موثقة ابن سوقه بموافقة الكتاب فحسن إن لم تجوز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد و إن كان صحيحا و إلا فموافقة الكتاب لتلك الروايات الثلاث بعد تخصيصه بصحيفة ابن رثاب و أخويها غير حاصله إلا بعد ترجيح تلك الروايات المخصصة للصحيحة و أخويها على موثقة ابن سوقه و هو أول الكلام و يلزم الدور أيضا كما لا يخفى فإذا لم يثبت ترجيح تلك الأخبار على الموثقة بوجه فلا أقل من تكافؤهما الموجب بسلامة الأخبار النافية للنشر بالعشر عن المخصص فيجب الأخذ بعمومها المطابق لقاعدة الإباحة المستفادة من العمومات و الأصول وفاقا لجملة من تقدم و معظم من تأخر من الفحول و قد يستدل على إثبات النشر بالعشر بصحيحة عبيد بن زراره بناء على سلامة على بن الحكم الذى يروى عنه ابن عيسى قال: قلت لأبى عبد الله ع إنا أهل بيت كبير فربما كان الفرح و الحزن الذى يجتمع فيه الرجال و النساء فربما استحييت المرأة أن تكشف رأسها عند الرجل الذى بينها و بينه الرضاع و ربما استخف الرجل أن ينظر إلى ذلك فما الذى يحرم من الرضاع فقال ما أنبت اللحم و الدم فقلت و ما الذى ينبت اللحم و الدم قال كأن يقال عشر رضعات قلت فهل يحرم عشر رضعات فقال دع ذا و قال ما يحرم من النسب ما يحرم من الرضاع و أنت خبير بأنها لا دلالة فيها على تحريم العشر بوجه إذ لم يرد المعصوم ع إلا أن نسب القول بذلك إلى شخص مجهول و لم يعلم رضاه بذلك و إلا لم يكرر الراوى السؤال عنه بل الظاهر عدم رضاه بهذا القول كما يشهد به مضافا إلى نسبه إلى القليل إعراضه عنه بقوله دع هذا السؤال و لو كان المراد هذا القول كان من أوضح الأدلة على خلاف المطلق ثم اعلم أنه إذا ثبت عدم النشر بالعشر لما ذكرنا تعيين القول بالنشر بالخمس عشرة لعدم القائل باعتبار أزيد منها من حيث العدد و إطلاق رواية عمر بن يزيد قال: سمعت أبا عبد الله ع يقول خمس عشرة رضعه لا تحرم بعد سلامة سندها محمول على صورة عدم التوالى للإجماع ظاهرا على النشر بهذا العدد مع التوالى. نعم فى بعض الأخبار دلالة على التقدير بسنة أو سنتين مثل ما رواه العلاء بن رزين عن أبى عبد الله ع قال: سأله عن الرضاع فقال لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد سنة و ما رواه زراره عن أبى عبد الله ع قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد حولين كاملين لكنهما شاذان مخالفان للإجماع كما ادعاه فى المسالك و رد الشيخ فى التهذيب الرواية الأولى بالشذوذ و حمل الثانية على كون الحولين طرفا للرضاع لا قيادا لمقداره و هو على بعده حسن فى مقام الجمع و عدم الطرح

ثم إنه يعتبر فى الرضعات العشر أو الخمس عشرة المحرمة أمور

الأول إكمال الرضعة

فالرضعة الناقصة لا تعد من العدد ما لم يكمل على وجه لا يقدر فى الاتحاد فإذا لفظ الصبى الثدى فإن كان أعرض عنه إعراض ميل فهى رضعه كاملة و إن كان بغير ذلك كالنفس أو السعال أو الانتقال من ثدى أو الالتفات إلى ملاعب و نحوه ثم عاد فى الحال فالمجموع رضعه و لو لم يعد إلا بعد مدة فالظاهر عدم احتساب مجموعهما من العدد و كذا لو أخرجت الثدى من فيه كرها فلم تلقمه إياه إلا بعد مدة ثم الدليل على اعتبار إكمال الرضعة هو أن المتبادر من الرضعة الواردة فى الأخبار هى الكاملة و المرجع فى كمالها إلى العرف لأنه المحكم فى أمثاله و حكى عن بعض تحديده بأن يروى الولد و يصدر من قبل نفسه و ليس ببعيد عن التفسير الأول. و

في مرسله ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله ع: الرضاع الذي ينبت اللحم و الدم هو الذي يرضع حتى يتضلع و يمتلى و ينتهى من نفسه

الثانى توالى الرضعات

بأن لا يفصل بينها رضاع امرأة أخرى و الظاهر عدم الخلاف فى اعتباره كما فى المسالك و يدل عليه موثقه زياد بن سوقة المتقدمه حيث نص فيها على تقييد الرضعات بأن لا يفصل بينها رضعة من امرأة أخرى و يستفاد منها أن المعتبر فى الفاصل القادح فى التوالى أن يكون رضعة كاملة فلو فصل بينها رضعة ناقصة لم تخل بالتوالى خلافا للمحكى عن القواعد و ظاهر عبارة الشرائع فأبطل التوالى بفصل مطلق الرضاع و لعله لعدم صدق التوالى المقيد بالرضعات فى رواية زياد بن سوقة عرفا إلا مع عدم فصل مسمى الرضاع و إن كان قوله ع فيها: لم يفصل بينها رضعة امرأة أخرى ظاهرا فى اعتبار عدم فصل الرضعة الكاملة إلا أن قيد التوالى المذكور قبله أخص منه إلا أن يقال إن قوله لم يفصل إلخ تفسير للتوالى فلا يعتبر فيه أمر زائد على عدم الفصل بالرضعة الكاملة اللهم إلا أن يجعل تقييد الفصل المنفى بالرضعة واردة مورد الغالب حيث إن الفصل إذا اتفق لا يكون غالبا بأقل من رضعة كاملة و كيف كان فينبغى القطع بعدم قطع تخلل غير الرضاع فى التوالى و ادعى الاتفاق عليه فى الحدائق فلو اغتذى بينها بما كولا أو مشروب فالتوالى بحاله.

الثالث أن يكون كمال العدد المعتبر من امرأة واحدة

فلو ارتضع بعضها من امرأة و أكملها من امرأة أخرى لم ينشر الحرمة و لم تصر واحدة من المرضعتين أما للرضيع و لو كان الفعل واحدا و لم يصير الفحل أبا له أيضا و الظاهر عدم الخلاف فى اعتبار ذلك بين من اعتبر تعدد الرضعات.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨١

و عن التذكرة أن عليه علمائنا أجمع و لعل المراد العلماء المعتبرين لتعدد الرضعات و إلا فمثل ابن الجنيد القائل بالنشر برضعة واحدة لا يتأتى فى حقه اعتبار هذا الشرط اللهم إلا فى مجموع الرضعتين الناقصتين المعدودتين برضعة كاملة أو فى اللبن المؤجور فى حلق الصبى و يدل على اعتبار هذا الشرط موثقه زياد المتقدمه و يدل عليه أيضا كل ما دل على تحقق الحرمة برضاع امرأة ولد أخرى بعد تقييد الرضاع ببلوغه خمس عشرة فإن قوله ع فى صحيفه يزيد العجلي: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك هو الرضاع الذى قال رسول الله ص بعد ما حكم بقرينه أدله اعتبار العدد أن المراد منه أرضعت خمس عشرة رضعة فيكون من أدله اعتبار اتحاد المرضعة و هكذا قوله ع فى صحيفه عبد الله بن سنان و حسنته ما أرضعت امرأتك من لبنك إلخ و يدل عليه أيضا قوله تعالى وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ بَعْدَ تَقْيِيدِ قَوْلِهِ وَ أُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ بِالرِّضَاعِ خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً. نعم فى إطلاق بعض الأخبار دلالة على كفاية اتحاد الفحل و عدم اعتبار اتحاد المرضعة مثل قوله ع فى روايه أبى بصير: ما أحب أن يتزوج ابنه فحل قد رضع من لبنه و صحيفه الحلبي و عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله ع: فى رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته و أم ولده قال تحرم فإن إطلاقها يشمل ما إذا وقع الرضاع المحرم من ارتضاع المرأة و أم الولد كليهما و مضمرة سماعه قال: سأله عن رجل كان له امرأتان فولدت كل واحدة منهما غلاما فانطلقت إحدى المرأتين فأرضعت جارية من عرض الناس أ ينبغى لابنه أن يتزوج بهذه الجارية قال ص لا لأنها أرضعت بلبن الشيخ دلت بعموم التعليل على أن كل من أرضع بلبن الفحل سواء حصل الرضاع المعتبر من إحدى زوجاته أو من أكثر يحرم على أولاده لكن هذه كلها مطلقات يجب تقييدها بما ذكرنا مضافا إلى إمكان منع الاستفادة العموم منها نظرا إلى ورودها فى مقام بيان حكم آخر فتدبر.

الرابع أن يكون كمال العدد المعتبر من لبن فحل واحد

فلو كان من لبن فحلين لم يحصل النشر و لم يصير واحد منهما أبا للمرتضع و إن اتحدت المرضعة و لا تصير أيضا أما له و يتصور ذلك في المرضعة بأن ترضع الطفل من لبن فحله بعض العدد ثم يطلقها ذلك الفحل و تتزوج بآخر و تحمل منه ثم ترضع الطفل المذكور من لبن هذا الفحل تكمله الرضعات من غير أن يتخلل بين الإرضاعين إرضاع امرأة أخرى بأن يستقل الولد في المدة الفاصلة بين الإرضاعين بالمأكل و المشروب بناء على عدم إخلال فصلهما بتوالي الرضعات العديدة و إن أخل برضاع اليوم و الليلة كما سبق و الظاهر أن اعتبار هذا الشرط مما لا خلاف فيه و حكى عن التذكرة الإجماع عليه و يدل عليه موثقة ابن سوكة المتقدمة و قوله ع في صحيحة يزيد: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك الرضاع الذي قال رسول الله ص فإنه بعد ما قيد الإرضاع فيه بما بلغ العدد المعتبر فيعتبر في العدد المعتبر أن يكون من فحل تلك المرأة و الظاهر من قوله فحلها الواحد لا جنس فحلها كما يدل عليه قوله ع بعد ذلك: و كل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحدا بعد واحد فإن ذلك الرضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله ص و أظهر من هذه الصحيحة صحيحة عبد الله بن سنان و حسنة ابن هاشم في تفسير لبن الفحل ما أرضعت امرأتك من لبن ولدك و ولدك امرأة أخرى فهو حرام و تقريب الاستدلال فيهما كالسابقة و هذه الأخبار المعتمدة بعدم الخلاف يقيد إطلاقات الكتاب و السنة و اعلم أن هذا الشرط و سابقه كما يعتبر في الرضاع المقدر بالعدد كذلك يعتبر في الرضاع المقدر بالزمان إلا أن معنى الشرط الأول و هو التوالى في العدد و عدم تخلل رضاع آخر و في اليوم و الليلة عدم تخلل غذاء آخر سواء كان لبن غير المرضعة أم غذاء آخر و إن كان الشرط الثالث لا يتصور تخلفه في المقدر بالزمان الأعلى فرض نادر بأن يبقى لبن الفحل الأول إلى زمان حصول اللبن من الثاني و لا يحصل من اللبن الأول وحدة الرضاع المقدر بل يحصل رضاع يوم من الأول و ليلته من الثاني.

ثم إن هذه خلاصة الكلام في شروط نشر الحرمة بالرضاع فكلما انتفى بعض هذه الشروط الستة لم ينشر الحرمة بين المرتضع أو أحد من قبله و بين الفحل و المرضعة أو أحد من قبلهما

و هنا شروط آخر اعتبرها الأكثر في نشر الحرمة

إشارة

بين كل من المرتضعين من مرضعة واحدة و بين الآخر و جعلوه منخرطا في سلك شروط الرضاع باعتبار أنه شرط للنشر في الجملة

و هو اتحاد الفحل الذي يرتضع المرضعتان من لبنه

إشارة

فلو ارتضع أحد من امرأة من لبن فحل و ارتضع آخر من تلك المرأة من لبن فحل آخر لم يحرم أحد المرتضعين أو أصوله أو فروعه على الآخر فالعبرة بالأخوة في الرضاع الأخوة من قبل الأب الرضاعي و هو الفحل و لا عبرة بالأم الرضاعي حتى أنه لو ارتضع عشرة من لبن فحل واحد كل واحد من إحدى أمهات أولاده صار الجميع إخوة يحرم بعضهم و فروعه على البعض الآخر و فروعه و هذا معنى قولهم اللبن للفحل.

و خالف الطبرسي صاحب التفسير في اعتبار هذا الشرط

و اكتفى باتحاد واحد من المرضعة و الفحل و ألحق الرضاع بالنسب في كفاية الأخوة من أحد الأبوين في نشر الحرمة تمسكا بعموم

قوله تعالى وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِيَّةِ وقوله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و شبه ذلك و خصوص رواية محمد بن عبيدة الهمداني: قال أبو الحسن الرضاع ما يقول أصحابك قال قلت كانوا يقولون اللبن للفحل حتى جاءهم الرواية عنك أنك تحرم من الرضاع ما تحرم من النسب فرجعوا إلى قولك قال فقال و ذاك أن أمير المؤمنين سألني عنها البارحة فقال لي اشرح لي لبن الفحل و أنا أكره الكلام فقال لي كما أنت حتى أسألك عنها ما قلت في رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا ليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى يحرم على ذلك الغلام قال قلت بلى فقال أبو الحسن ع فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل و لا يحرم من قبل الأمهات و إنما الرضاع من قبل الأمهات و إن كان لبن الفحل أيضا يحرم

و الأظهر ما عليه الأكثر

إشارة

بل حكى الإجماع عليه عن بعض أصحابنا غير واحد ممن تأخر لضعف الرواية بعد تسليم ظهورها في المدعى و الإغماض عن اختصاصها بأولاد المرضعة نسبا و لا خلاف في تحريمهم على المرتضع و إن تعدد الفحل كما سيجيء

و تقييد إطلاق الكتاب و السنة بالأخبار الدالة على اعتبار اتحاد الفحل.

منها صحيحة الحلبي

قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أ يحل له أن يتزوجها أختها لأمها من الرضاعة فقال إن المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٢

كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل و إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس

و منها موثقة عمار الساباطي

الراوي عنه ابن محبوب بواسطة هشام بن سالم قال: سألت أبا عبد الله ع عن غلام رضع من امرأة أ يحل له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع فقال لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأة واحدة قال فيتزوج أختها لأمها من الرضاعة قال فقال لا بأس بذلك إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس و لا يضر دلالتها على اعتبار اتحاد المرضعة الذي ليس معتبرا بالإجماع. و منها صحيحة يزيد بن معاوية المتقدمة قريبا في الشرط الرابع من شروط الرضعات العديدة و قد يرد استدلال الطبرسي على مطلبه بقوله تعالى وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِيَّةِ بمنع كون المرتضعة من امرأة بلبن فحل أختا أميا رضاعيا للمرتضع من تلك المرأة بلبن فحل آخر لكون الأخت الرضاعي أمرا شرعيا و كون المذكورة مندرجة فيه محل النزاع فلا بد من دليل يدل عليه. و فيه أن صدق العنونات الحاصلة بالنسب على ما يحصل من الرضاع غير متوقف على التوقيف من الشارع بالخصوص كيف و لو كان كذلك لم يثبت نشر الرضاع الحرمه في أكثر الموارد و لم يكتف الشارع في بيان تحريم نظائر النسب الحاصلة من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لأن إلقاء هذا الكلام على هذا الفرض يصير من قبيل الإحاطة على المجهول مع أنه لا يرتاب المتتبع و المتأمل في أن كل من يسمع هذا الكلام من النبي ص و الأئمة ع أو من عالم فلا يحتاج في تشخيص نظائر العنونات النسبية من بين العلائق الحاصلة بالرضاع إلى بيان و توقيف و يشهد بذلك ما في رواية محمد بن عبيدة الهمداني: حيث قال للرضاع

إن أصحابي كانوا يقولون اللبن للفحل حتى جاءتهم الرواية عنك أنك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا إلى قولك فليت شعري أى شىء فهموا من هذا الكلام حتى رجعوا إلى القول بعدم اعتبار اتحاد صاحب اللبن فى الإخوة الرضاعية و من هنا ترى فقهاء الخاصة و العامة يتمسكون بهذا الحديث من غير تأمل فى معناه من هذه الحجة.

ثم اعلم أن اتحاد الفحل إنما يعتبر فى حصول الأخوة بين المرتضين

الذين يكونان كلاهما ولدين رضاعيين للمرضعة و أما إذا كان أحدهما ولدا نسبيا لها فلا يعتبر فى إخوة ولدها الرضاعى لولدها النسبى اتحاد فحلها فلو أرضعت ولدا حرم عليه أولادها النسبية كلا و إن كانوا من غير صاحب لبن المرتضع لأن اعتبار اتحاد الفحل أمر مخالف لإطلاق الكتاب و الأدلة المثبتة له مختصة بالولدين الرضاعيين كما سيظهر لمن راجعها مضافا إلى موثقة جميل بن دراج بأحمد بن فضال عن أبى عبد الله ع:

إذا ارتضع الرجل من لبن المرأة حرم عليه كل شىء من ولدها و إن كان الولد من غير الرجل الذى أرضعته بلبنه و هى صريحة فى المطلوب لكن يظهر من بعض الأخبار اتحاد الفحل هنا أيضا مثل صحيحة صفوان عن أبى الحسن ع: و فيها قلت له فأرضعت أمى جارية بلبنى قال هى أختك من الرضاعة قلت فتحل لأخ لى من أمى لم ترضعها أمى بلبنه قال فالفحل واحد قلت نعم هو أخى لأبى و أمى قال اللبن للفحل صار أبوك أبوها و أمك أمها فإن استفصال الإمام ع عن اتحاد الفحل مع تصريح السائل بكون الأخ ولد المرضعة نسبا يدل على تغاير حكمه مع حكم صورة تعداد الفحل

[قول العلامة فى المقام]

إشارة

بقى هنا شىء و هو أنه قد حكى عن العلامة فى القواعد أن أم المرضعة من الرضاع أو أختها منه أو بنات أخيها منه لا تحرم على المرتضع لأن الرضاع الحاصل بين المرضعة و المرتضع بلبن فحل و الحاصل بينها و بين أمها أو أختها أو أخيها بلبن فحل آخر فلم يتحد الفحل فلا نشر و مثله عن المحقق الثانى فى شرح هذه العبارة من القواعد و زاد على فروض المتن عدم تحريم عمه المرضعة و خالتها من الرضاع على المرتضع ثم نسب التحريم إلى القليل تمسكا بعموم الأدلة من الكتاب و السنة و أجاب عنه بأن ما دل على اعتبار اتحاد الفحل المخصص خاص فلا حجة فى العام

[مناقشة المؤلف فى قول العلامة]

أقول و لا يخفى ضعف هذا القول أما أولا فلما عرفت من أن الدال على اعتبار اتحاد الفحل المخصص لعموم الكتاب و السنة كان مختصا بالرضاع الموجب لإخوة المرتضين بمعنى أنه لا يحدث علاقة الأخوة بين مرتضين أجنبيين نسبا إلا إذا اتحد فحلها فلم يكن فيه إطلاق يشمل ما نحن فيه و أما ثانيا فلأن صحيحة الحلبي المتقدمة التى هى عمدة أدلة اعتبار اتحاد الفحل قد صرح فيها بتحريم أخت المرضعة من الرضاع على المرتضع و هى أحد الموارد التى حكم فى القواعد و شرحه بعدم التحريم تفرعا على تعدد الفحل. و مثلها موثقة عمار الساباطى المتقدمة أيضا المعلل فيها تحريم أخت المرضعة من الرضاع بأن الأختين أرضعتا من امرأة واحدة بلبن فحل واحد مع أنه لا-ريب فى مغايرة فحل المرتضع لفحل أخت المرضعة فى فهم من التعليل أنه إذا اتحد الفحل بين المرأتين و تحققت الأخوة بينهما كفى ذلك فى حرمة كل منهما على فروع الآخر و لو من الرضاع

إذا ظهر ذلك فاعلم

أنه إذا حصل الرضاع المعتبر صارت المرضعة و الفحل أبوين للمرتضع

و فروع لهما أحفادا و أصولهما له أجداد أو جدات و فروعهما له إخوة و أولاد إخوة و من في حاشية نسبهما عمومة و خثولة و تفصيل القول في ذلك يحصل بيان اثنتين و ثلاثين مسألة حاصله من ملاحظة كل من المرتضع و أصوله و فروعها و من في حاشية نسبه أو رضاعه مع كل من المرضعة و الفحل و أصولهما و فروعهما و من في حاشيتهما و قبل ذكر أحكامهما لا بد من بيان ضابطة للتحريم في الرضاع فنقول إن الاستفادة من قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أن كل عنوان قد حمل عليه الشارع التحريم من جهة علاقة نسبية فهذا العنوان يحرم من جهة نظير تلك العلاقة من الرضاع و ذلك لا بمعنى أن كل شخص حرم من النسب فهو بعينه حرام من الرضاع إذ لا شك في عدم إرادة هذا المعنى لأن نفس المحرم بالنسب ليس محرما بالرضاع. فالمراد بما الموصول في الحديث هو عنوان كلي مشترك بين ما يحصل بالنسب و بين ما يحصل بالرضاع تعلق التحريم به من جهة النسبية باعتبار بعض أفرادها و هو الحاصل بالنسب و تعلق التحريم به من جهة الرضاع باعتبار بعض أفرادها و هو الحاصل بالرضاع مثلا يصدق على عنوان الأم الذي هو شيء واحد بالوحدة النوعية الغير المنافية مع تكثر الأشخاص أنها يحرم من جهة النسب و يحرم من جهة الرضاع و لا يقدح في هذا المطلب كون استعمال لفظ ذلك العنوان في الحاصل بالرضاع استعمالا مجازيا إذ لم يقع في الكلام لفظ أحد تلك العناوين حتى يقال إن المراد به خصوص الحاصل بعلاقة النسب بل نقول إنه اعتبر مثلا- قدر مشترك بين الأم الرضاعية و النسبية و أريد من الموصول و إن أبيت إلا عن أن المراد بالموصول خصوص العنوانات النسبية فلا بد في الكلام من تقدير بأن يراد أنه يحرم من الرضاع نظير كل عنوان من العنوانات النسبية التي يحرم من جهة النسب و هذا القدر هو

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٣

الذي ارتكبه جمع كثير من الفقهاء المتأخرين في تفسير الحديث ثم إن العنوان الذي يحرم من جهة النسبة ليس إلا أحد العنوانات المتعلقة بها التحريم في لسان الشارع كالأُم و البنت و الأخت و غيرهن من المحرمات المذكورة في الكتاب و السنة و أما العنوان المستلزم لأحد هذه كأم الأخ للأبوين المستلزم لكونها أما أو كأم السبط المستلزم لكونها بنتا و كأخت الأخ للأبوين المستلزمة لكونها أختا فليس شيء منهن يحرم من جهة النسب إذ لا نسب بينهما من حيث هذا العنوان و بين المحرم عليه فإن أم أخ الشخص من حيث إنها أم أخ ليس نسبه له بل نسبه لأخيه و النسب الحاصل بين الشخص و بين نسبه لم يثبت كونه جهة للتحريم و الشاهد على ذلك أدلة المحرمات فإن منها يستفاد جهة تحريم المحرمات إذ لا يستفاد من قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ إلا أن جهة التحريم أُمومة الأم للشخص و أما أُمومتها لأخيه أو بنوتها لجديده أو أخواتها لخالته فلم يستفد من دليل كونها جهة للتحريم فيثبت بهذا أن النسب الذي يصلح كونها جهة للتحريم ليس إلا ما يكون مبدأ لإحدى الصفات المعنونة بها المحرمات في الكتاب و السنة و على هذا فإذا أرضعت امرأة أخاك فلا تحرم عليك لأنها أم أخيك و لم يثبت حرمة أم الأخ من جهة النسب إذ لا نسب بينك و بينها من حيث إنها أم أخيك بل النسب بينها و بين نسبك و النسب بين شخص و بين نسبه لم يثبت كونه جهة للتحريم. و من هنا يظهر فساد ما ذهب إليه شرذمة من المتأخرين من عموم التنزيل في الرضاع و عدم الفرق بين أن يحصل بالرضاع أحد العناوين المذكورة في أدلة التحريم و بين أن يحصل به ما يستلزم أحدها فكما أن المرتضعة لبنتك محرمة عليك من حيث إنه حصل بالرضاع بنوتها لك فكذلك مرضعة و ولد بنتك حيث إنه حصل بالرضاع أُمومتها لولد بنتك و أم ولد البنت محرمة نسبا لكونها بنتا فكذلك أم ولد بنتك رضاعا إلى غير ذلك و قد عرفت وجه فساد ذلك و حاصله أن الحديث النبوي: إنما حرم بالرضاع ما حرم من جهة النسب و أم ولد البنت لم تحرم من جهة النسب إذ لا نسب بينها بهذا العنوان بين الشخص بل النسب بينها و بين نسب الشخص و لم يثبت كونه جهة للتحريم فإذا لم يحرم أم ولد البنت من جهة النسب فكيف يحرم من جهة الرضاع مع أن دعوى عموم الموصول لكل عنوان من العناوين

المذكورة في لسان الشارع و لما يستلزمه من العناوين الغير المحصورة موجب للتكرار في شمول العام. فإن قلت إذا صدق على أم ولد البنت أنها بنت و صدق أن كل بنت محرمة من جهة النسب فلا مساع لإنكار أن أم ولد البنت محرمة من جهة النسب فيضاف إلى ذلك قوله ع: كل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ينتج أن أم ولد البنت يحرم من جهة الرضاع. قلت لا يخفى أن المراد بالأم في قولنا أم ولد البنت بنت إما أن يكون هي خصوص الأم النسيبة أو خصوص الرضاعية أو الأعم و كذلك المراد بالبنت فلاحتمالات تسعة و لا نسلم الصغرى إلا في احتمالين منها إحداهما أن يراد من الأم و البنت النسيبتان و الثاني أن يراد من الأم النسيبة و من البنت الأعم فإن أريد الأول منهما فالصغرى و الكبرى إلا أن الحاصل منها ليس إلا قولنا إن الأم النسيبة لولد البنت النسيبة محرمة من جهة النسب لكن الأصغر في هذه الصغرى غير مندرج تحت الأوسط في كبرى قوله ع: كلما يحرم من النسب يحرم من الرضاع لما عرفت من أن المراد بالموصول في الحديث هو العنوان الكلى المشترك بين العنوان الحاصل من علاقة النسب و الحاصل من علاقة الرضاع لأنه الذى يعقل أن يحكم عليه بالتحريم من كلتا الجهتين أعنى الرضاع و النسب و ليس المراد به خصوص العنوان النسبي إذ لا يعقل الحكم على نفس هذا العنوان بأنه يحرم من جهة الرضاع إلا أن يراد أنه يحرم نظيره كما ذكرنا سابقا و حينئذ نقول كون مرضعة ولد البنت نظيره للأم النسيبة لولد البنت ممنوع لأن اللام النسيبة لولد البنت كانت متصفة بالبنتية و باعتبارها ثبت لها التحريم و مرضعة ولد البنت ليست كذلك. نعم نظيره الأم النسيبة لولد البنت الرضاعية و الحاصل أن المحرم في النسب أم ولد البنت المقيدة بكونها بنتا فنظيرها المحرم في الرضاع أيضا أو ولد البنت المقيدة بذلك القيد غاية الأمر أن القيد المذكور في النسب من اللوازم للمقيد و في الرضاع قد يكون و

قد لا- يكون فإذا كان فيثبت النظارة و إلا فلا نظارة فلا حرمة و إن أريد الثاني منهما فالمقدمتان مسلمتان و يستنتج منهما أن الأم النسيبة لولد البنت مطلقا محرمة من جهة النسب و لو باعتبار بعض أفرادها و هي الأم النسيبة فيصح أن يضم إليه قوله ع: كلما يحرم من النسب يحرم من جهة الرضاع فيصير حاصل هذا أن الأم النسيبة لولد البنت مطلقا عنوان كلى مشترك بين أم ولد البنت النسيبة و أم ولد البنت الرضاعية و هذا العنوان الكلى يصدق عليه أنه يحرم من جهة الرضاع كما يحرم من النسب و حينئذ فلا استفاد من الحديث حكم مرضعة ولد البنت بوجه من الوجوه و بهذا تقدر على دفع ما يورد في نظائر هذا العنوان و إن كان تقدير الدفع مخالفا في الجملة فإذا قيل مثلا أم الأخ للأبوين أم و كل أم محرمة فأم الأخ للأبوين محرمة ثم يضم إلى ذلك قوله: كلما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع أجبنا عنه بأن أم الأخ لا يخلو من أن يراد به الاحتمالات التسعة المذكورة و على فرض إرادة ما عدا احتمالين منهما يكون الصغرى ممنوعة فإن التى يصدق عليها الأم ليس إلا الأم النسيبة للأخ النسبي أو مرضعة الأخوين الرضاعيين فإن أريد بأم الأخ في الصغرى خصوص الأول دفع بما دفع الأول في أم ولد البنت و إن أريد به الأعم من الأول أعنى العنوان الكلى الملازم لصدق الأم فلا- يدل النتيجة الحاصلة بعد ضم الحديث إليها على تحريم مرضعة الأخ. و يمكن الجواب عن أصل الإيراد بمنع كون الموصول للعموم بل المتبادر منه الإشارة إلى العنوانات المعهودة المتداولة على لسان الشارع و تعلق التحريم بها في كلامه ثم اعلم أن المراد بالنسب في الحديث ليس هو خصوص النسب الحاصل بين المحرم و المحرم عليه حتى يخص الحديث بتحريم نظائر العنوانات السبع النسيبة من الرضاع بل المراد به هو الأعم منه و من الحاصل بين المحرم و زوج المحرم عليه أو ما ألحق بزوجة كالمزنى بها و الموطوءة بالشبهة أو الغلام الموطوء و نحو ذلك لأن التحريم في العنوانات كما أنها موجبة بجهة النسب كذلك في هذه العنوانات مثلا قوله و أمهات نسائكُم دال على تعلق التحريم بأم الزوجة من حيث أمومتها للزوجة فإذا ظهر نظير هذه الجهة من الرضاع حرمت. و الحاصل أنه لا فرق بين

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٤

تحريم الأم و تحريم أم الزوجة و تعلق التحريم في كل منهما بعنوان النسبي فيحرم نظيره من الرضاع و سيأتى زيادة توضيح لذلك إن شاء الله تعالى

إذا عرفت هذا

فلنرجع إلى بيان تفاصيل المسائل المذكورة

إشارة

فنقول

المسألة الأولى لا شك في تحريم المرتضع على المرضعة

بالإجماع و الكتاب و السنة لأنها أمه.

الثانية لا تحرم أصول المرتضع المذكور على المرضعة من جهة إرضاعها إياه

سواء في ذلك أبواه و أجداده لأب كانوا أو لأم أما عدم التحريم على الأب فظاهر لأن المرضعة لم تزدد على أن صارت أما لولده و أم الولد أولى بالتحليل من كل أحد و أما على أجداده لأبيه فلأنها لم تزدد على أن صارت أما لولد ابنه و أم ولد الابن إنما تحرم على الجد لأنها زوجة ابنه و الزوجية للابن لا تحصل بإرضاع ولد الابن لأن الزوجية لا تثبت بالرضاع. و بتقرير أوضح أن التحريم تعلق على حليمة الابن و لا شك أن مرضعة ولد الابن ليست حليمة للابن و أما على أجداده لأمه فلأن غاية ما حصل بالرضاع كون المرضعة أم ولد بنته و أم ولد البنت إنما تحرم إذا كان بنتا بالنسب أو الرضاع و هذه لم تصر إحداهما و قد مر مشروحا في تفسير الحديث النبوي أنه لا يدل إلا على تحريم ما صدق عليه بعلاقة الرضاع أحد العناوين المحرمة على لسان الشارع فيجب الرجوع في غيرها إلى أدلة الحل. و الحاصل أنه إذا حصل بالرضاع عنوان مستلزم في النسب لأحد العناوين المعلق عليها التحريم غير ملازم له في الرضاع لا يثبت له التحريم لأن ذلك العنوان النسبي الملزوم إنما حرم لتقييده باللازم و إن كان هذا المقيد غير منفك عنه فإن حصل هذا القيد في العنوان الرضاعي حتى يتم كونه نظيرا للعنوان النسبي و كونها تحت عنوان كلي ينتزع من الحاصل بالنسب و الحاصل بالرضاع حصلت الحرمة و إلا فلا ثم إذا لم يحرم أصول المرتضع نسبا على المرضعة لم يحرم أصوله الرضاعية عليها بطريق أولى

الثالثة تحرم فروع المرتضع على المرضعة

لأنهم أحفادها و لا فرق بين الفروع النسبية و الرضاعية. نعم يأتي على قول العلامة و المحقق الثاني رحمهما الله في القواعد و شرحه عدم تحريم فروع المرتضع الرضاعية على المرضعة حيث حكما بأن مرضعة المرضعة لا تحرم على المرتضع فإن المرتضع من الفروع الرضاعية للمرتفعة من المرضعة و قد عرفت ضعف هذا القول و متمسكه.

الرابعة حواشي المرتضع أعني من في طبقته من الإخوة لا يحرمون على المرضعة من جهة إرضاع أخيهم منها

لأنها لم تزدد على أن صارت إما رضاعية لأخيهم و لا دليل على تحريم أم الأخ. نعم هي محرمة في النسب من جهة كونه أما أو زوجة أب و لم يحصل شيء منهما بالرضاع و أما الإخوة من الرضاع للمرتضع فهم أولى بعدم التحريم عليها و قد يزيد في الاستدلال على ما ذكرنا بأن أمومة الأخ غير ملازمة للأمومة لتفارقهما في زوجة الأب و الأم التي ليس لها إلا ولد واحد و فيه أن لمتوهم التحريم أن يقول إن الأم النسبية للأخ من الأيوين محرم لأنها لا تنفك عن كونها إما فالأم الرضاعية له أيضا محرمة فالأجود الاقتصار على ما

ذكرناه و أن الملازمة بين العوانين فى النسب و إن كانت مسلمة إلا أن التحريم هناك من جهة أحد المتلازمين الغير الحاصل بسبب الرضاع ثم إن حكم فروع حواشى المرتضع حكم نفس الحواشى فى عدم التحريم على المرضعة لأن الفرع لا يزيد على الأصل فى الحرمة.

الخامسة يحرم المرتضع على أصول المرضعة من النساء و يحرم المرتضع على أصولها من الذكور

لأن المرتضع من أحفادهم و لا فرق بين أصولها بالنسب و أصولها بالرضاع و لا إشكال فيه و لا خلاف ظاهرا و حكم حواشى أصول المرضعة من العموم و الخئولة حكم نفس الأصول فى التحريم سواء كانت من النسب أو الرضاع.

السادسة لا تحرم أصول المرتضع على أصول المرضعة

لما تقدم فى المسألة الثانية.

السابعة يحرم فروع المرتضع على أصول المرضعة

لأنهم جدودتهم.

الثامنة لا يحرم حواشى المرتضع و فروعهم على أصول المرضعة و حواشيمهم

لما تقدم فى المسألة الرابعة.

التاسعة يحرم المرتضع على فروع المرضعة نسبا

و هم المتولدون منها و إن نزلوا سواء كان أبوهم فحلا- للمرتضع أم لا- لثبوت الأخوة من قبل الأم بينه و بينهم من جهة الرضاع و لا يشترط اتحاد الفحل هنا بلا خلاف على الظاهر المصرح به فى كلام غير واحد لإطلاق الكتاب و السنة مضافا إلى خصوص موثقة جميل بن دراج بأحمد بن الحسن بن فضال عن أبى عبد الله ع قال: إذا ارتضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شىء من ولدها و إن كان الولد من غير الرجل الذى كان أرضعته بلبنه و يؤيدها رواية محمد بن عبيدة الهمداني المتقدمة فى استدلال الطبرسى قدس سره و أما فروع المرضعة من حيث الرضاع و هم أولادها من الرضاع فيشترط فى تحريم المرتضع عليهم اتحاد الفحل على المشهور خلافا للطبرسى و قد مر ضعفه لورود الخبر الصحيح و ما فى حكمه على خلافه.

العاشره تحرم أصول المرتضع على فروع المرضعة من النسب على الأظهر

و إن كانت القاعدة لا تقتضى ذلك نظرا إلى أن فروع المرضعة لا تزيد على أن تكون إخوة لولد أصول المرتضع و أخ الولد أو أخته لا دليل على تحريمه من حيث إخوة الولد و إنما يحرم حيث يحرم إما من حيث كونه ولدا و إما من حيث كونه ولدا لأحد الزوجين و لذا حكى عن جماعة منهم الشيخ فى المبسوط عدم التحريم إلا أنه قد دل غير واحد من الأخبار المعتبرة على التحريم مثل ما رواه فى التهذيب عن أيوب بن نوح فى الصحيح قال: كتب على بن شعيب إلى أبى الحسن ع عن امرأة أرضعت بعض ولدى هل يجوز أن أتزوج بعض ولدها فكتب ع لا يجوز ذلك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك و مثل ما رواه الكليني قدس سره عن محمد بن يحيى عن

عبد الله بن جعفر قال:

كتبت إلى أبي محمد ع امرأة أرضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا فوقع لا يحل. واعلم أنه قد يتفرع على هذا القول أنه لو أرضعت ولدا جدته لأمه بلبن جده أو غيره حرمت أمه على أبيه لأن أمه من أولاد المرضعة فتحرم على أصول المرتضع و أما تحريم الجدة المرضعة على جده من جهة صيرورتها أما لولد بنته فقد تقدم في المسألة الثانية أنه لا وجه له هذا كله في فروع المرضعة نسبا و أما فروعها بالرضاع فلا دليل على تحريمهم على أصول المرتضع لأن الولد و البنت في الخبرين المتقدمين ظاهران في خصوص النسبي فيبقى حكم الرضاعي باقيا تحت أصالة الإباحة اللهم إلا أن يقال إنه إذا ثبت التحريم في الولد النسبي للمرضعة ثبت في الولد الرضاعي لها لأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. وفيه أن الإمام ع حكم بتحريم ولد المرضعة على أب المرتضع لا من حيث هو ولدها

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٥

حتى يحرم ولدها الرضاعي أيضا بل لأجل كونه بمنزلة ولد أب المرتضع نسبا وهذا المعنى غير معلوم في ولدها الرضاعي فتأمل مع أن هذا الكلام لا يصح في ولدها الرضاعي الذي ارتضع بلبن غير فحل المرتضع الذي يكون الكلام في أصوله لعدم الأخوة بين ذلك الولد و بين المرتضع على قول غير الطبرسي و من الظاهر بل المقطوع أن كون ولد المرضعة بمنزلة ولد أب المرتضع فرع الأخوة الرضاعية للمرتضع المفقودة مع تعدد الفحل و إنما يصح هذا الكلام لو صح في صورة اتحاد الفحل و حدوث الأخوة بين ذلك الولد و بين المرتضع و حينئذ فيكون هذا الولد من أولاد الفحل رضاعا و سيأتي الكلام فيه في مسألة تحريم أصول المرتضع على فروع الفحل. واعلم أن الخبرين المذكورين و إن دلا على تحريم أولاد المرضعة نسبا على أب المرتضع لكن الظاهر تحريمهم على أم المرتضع أيضا لأن كونهم بمنزلة ولد أبيه يستلزم كونهم بمنزلة ولد أمه و لذا استفيد من تحريم الأولاد على الآباء تحريم الأبناء على الأمهات.

الحادية عشر فروع المرتضع و إن نزلوا نسبا و رضاعا يحرمون على فروع المرضعة في المرتبة الأولى

لأنهم خثولة لفروع المرتضع و لا فرق بين فروع المرضعة نسبا و فروعها رضاعا مع نشر الرضاع بينهم و بين نفس المرتضع و أما فروع المرضعة في غير المرتبة الأولى فلا يحرمون على فروع المرتضع مطلقا لأنهم ولد خثولة لهم.

الثانية عشر من في حاشية نسب المرتضع أو رضاعه أعني إخوته أو أخواته النسبية أو الرضاعية لا يحرمون لأجل ارتضاع أخيه

على فروع المرضعة الرضاعية بلا- إشكال و لا- خلاف لأنهم لم يزيدوا على أنهم صاروا إخوة لأخى أولئك الحواشى أو أولاداً لأم أخيهم و لم يتعلق التحريم في الشريعة بأحد العنوانين و كذا فروع المرضعة النسبية و هم المتولدون منها لا- تحرم عليهم حواشى المرتضع الرضاعية لما ذكر و أما تحريم حواشى المرتضع من النسب على فروع المرضعة النسبية فاختلف فيه فالأشهر كما قيل عدم التحريم لما ذكر و هو الأظهر و قيل بالتحريم لأن فروع المرضعة إذا صاروا بمنزلة ولد أبوى المرتضع بحكم ما تقدم في المسألة العاشرة فقد صاروا إخوة لأولادهم الذين هم حواشى المرتضع. و فيه منع استلزام صيرورتهم إخوة لأولادهم إذ لا مستند له إلا تلازم عنوانى البنوة للأبوين مع الأخوة لأولادهم و هو مسلم إذا حدثت بالرضاع نفس البنوة للأبوين كما إذا ارتضع شخص بلبنهما فإن بنوته لهما تستلزم إخوته لأولادهم و أما إذا حدث به شيء آخر حكم الشارع بكونه بمنزلة البنوة للأبوين في أحكامها الشرعية فلا يلزم منه ثبوت الأخوة لأولادهم. و الحاصل أن العنوان الحاصل بارتضاع ولد الأبوين من امرأة ذات أولاد ليس إلا- كون أولادها إخوة للمرتضع. و من المعلوم مما سبق في المسألة الثانية أن بمجرد هذا العنوان لا يحرم هؤلاء الأولاد على أبوى المرتضع و لا على إخوته

لكن لما دل الدليل على كون الأولاد بمنزلة أولاد الأبوين في جميع الأحكام الشرعية التي من جملتها تحريمهم عليهما حكم به لكن لا يستلزم ذلك كونهم بمنزلة الإخوة لأولادهما حتى يحرموا عليهم و كذا ليس من الأحكام الشرعية لأولاد الأبوين تحريم بعضهم على بعض فإن التحريم في آية المحرمات إنما علق على عنوان الأخ والأخت لا على ولد الأبوين أو أحدهما و من هنا ظهر ما في استدلال صاحب الكفاية على التحريم بأن كونهم بمنزلة الولد يقتضى أن يثبت لهم جميع الأحكام الثابتة للولد من حيث الولدية و من جملة أحكامه تحريم أولاد الأب عليه إذ لا يخفى أن تحريم أولاد الأب على الولد ليس من حيث الولدية للأب بل من حيث إخوته للأولاد اللهم إلا- أن يقال إن الأخوة التي نيطت بها الحرمة في آية المحرمات ليس مفهومها العرفي بل الحقيقي إلا كون الشخصين ولدا لواحد فكونهم أولادا لأبيه أو لأمه عين كونهم إخوة له لا أنه عنوان آخر ملازم له و يشهد لذلك تعليل تحريم المرتضعة من لبن ولد على أخيه من أبيه في صحيحة صفوان المروية في الكافي بصيرورة أبيه أبا لها و أمه أما لها و ليس هذا إلا لأنه إذا ثبت أبوه الرجل لشخص و أمومة المرأة له ثبت إخوة أولادهما له فيحرمون عليه من هذه الجهة فالقول بالتحريم في المسألة لا يخلو عن قوة وفاقا للمحكي عن الشيخ و بعض المتأخرين.

الثالثة عشر يحرم المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة

أعنى إختوتها و أخواتها و كذا من في حاشية رضاعها و هم إختوتها و أخواتها من الرضاع بلا إشكال و لا خلاف و يدل على تحريم إختوتها من الرضاع المستلزم لتحريم إختوتها من النسب بالأولوية و عدم القول بالفصل صحيحة الحلبي المروية في الكافي و التهذيب قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاع فقال إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا- يحل و إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس و نحوها موثقة عمار المتقدمة منها في أدلة القول المشهور باعتبار اتحاد الفحل في مقابل الطبرسي فتأمل و في حكم أولئك الحواشي فروعهم فيحرم المرتضع عليهم.

الرابعة عشر لا يحرم أصول المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة

فيجوز لآباء المرتضع و إن علو الترويح في أخوات المرضعة و لإختوتها الترويح في أمهات المرتضع و لا- يتوهم في الأول كون المرضعة في حكم الزوجة فلا- يجوز العقد على أختها لعدم ثبوت الزوجية بالرضاع و لا في الثاني كون أم المرتضع أما لولد أخت إخوة المرضعة و أم ولد الأخت محرمة لكونها أختا لما مر من أن الحرمة إنما تعلقت على عنوان الأخت لا على أم ولد الأخت و إن تلازم العنوانان في النسب.

الخامسة عشر تحرم فروع المرتضع على حواشي نسب المرضعة و رضاعها

لكونهم خثولة لأبيهم بلا إشكال و لا خلاف و لا يحرمون على فروع أولئك الحواشي.

السادسة عشر لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على من في حاشية نسب المرضعة

فيجوز لإخوة المرتضع الترويح في أخوات المرضعة و لإخوة المرتضع على نفس المرضعة فعدم تحريمهم على حواشيها أولى و المستند في الكل عدم الدليل إذ لم يحدث بينهم بالرضاع عنوان من العناوين المتعلقة بها التحريم في النسب.

السابعة عشر يحرم المرتضع لو كانت أنثى على الفحل إجماعاً

لأنها بنته من الرضاع.

الثامنة عشر لا يحرم أصول المرتضع الإناث عن أمهاته وإن علون على الفحل

أما أمه فواضح وأما جداته فكذلك على الأشهر لأن غايته ما حصل بالرضاع كونهن جدات لولده و جدات الولد لا يحرم على الأب إلا من جهة كونهن جدات النفس الأب أو أمهات أزواجه و لم يحصل بالرضاع شيء من العنوانين في المقام و نسب إلى ابن إدريس تحريم جدة المرتضع على الفحل و هو ضعيف ثم إذا لم تحرم المرتضع على الفحل لم يحرم فروع تلك الأصول عليه فعمه المرتضع و خالته لا تحرمان على الفحل فإن الفرع لا يزيد على الأصل.

التاسعة عشر يحرم فروع المرتضع و إن نزلوا على الفحل لكونهم بمنزلة أحفاده من غير فرق بين فروعه الرضاعية و النسبية

بلا خلاف و لا إشكال في ذلك.

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٦

العشرون لا تحرم من في حاشية نسب المرتضع

أعني أخواته على الفحل على الأشهر لعدم الدليل على التحريم عدا ما يتخيل من كونها أخوات لولده و لا يخفى أن التحريم لم يتعلق بهذا العنوان و إنما تعلق بعنوان البنت أو الربيبة اللذين لا ينفك أحدهما عن عنوان أخت الولد في النسب و نسب إلى الشيخ في الخلاف و ابن إدريس تحريم أخت المرتضع على الفحل و هو ضعيف.

الحادية و العشرون يحرم المرتضع على أصول الفحل

لكونهم جدوده له بلا خلاف و لا إشكال.

الثانية و العشرون لا يحرم أصول المرتضع على أصول الفحل

فيجوز لآباء المرتضع أن يتزوجوا في أمهات الفحل و كذا لآباء الفحل أن يتزوجوا في أمهات المرتضع لعدم الدليل إلا تخيل كون أمهات الفحل بمنزلة جدات المرتضع فيحرم على أبيه و على بعض أجداده و كذا أمهات المرتضع بالنسبة إلى آباء الفحل.

الثالثة و العشرون يحرم فروع المرتضع على أصول الفحل لأنهم جدوده له

و قد مر تحريمهم على الفحل لكونهم أحفادا له فيحرمون على آباءه أيضا لأن المحرم على شخص لأجل النسب محرم على آباءه أيضا فكذلك في الرضاع.

الرابعة و العشرون لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على أصول الفحل

لما تقدم من عدم حرمتهم على نفس الفحل و يجرى هنا الخلاف المنسوب إلى ابن إدريس في تلك المسألة.

الخامسة والعشرون يحرم المرتضع على فروع الفحل نسبا و رضاعا و إن نزلوا

لأنهم إخوة و أولاد إخوة بلا- خلاف في ذلك و يدل عليه بعد الإجماع أخبار كثيرة و لا فرق في الفروع بين كونهم من مرضعة المرتضع أو من غيرها فلو كان لرجل عشر نساء و كان له من كل منها بنت و ابن من الولادة و أرضعت كل واحدة منهن غلاما أو جارية بلبن ذلك الفحل حرم الذكور العشرون على البنات العشرين.

السادسة والعشرون يحرم أصول المرتضع على فروع الفحل

أعنى المتولدين منه و إن لم يقتضه القاعدة من جهة أن فروع الفحل لم يزيدوا على أن صاروا إخوة لولد أصول المرتضع و لا دليل على تحريم إخوة الولد من حيث إنهم إخوة الولد و لهذا قيل هنا بعدم التحريم إلا أن الأظهر التحريم لصحيحة على بن مهزيار قال: سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثاني عن امرأة أرضعت لى صبيا هل يحل أن أتزوج ابنه زوجها فقال ما أجود ما سألت من هنا يؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا لبن الفحل لا غيره فقلت له الجارية ليست ابنة المرأة التي أرضعت لى بل ابنة غيرها فقال لو كن عشرا متفرقات ما يحل لك شىء منهن و كن فى موضع بناتك و الرواية و إن اختصت بتحريم ولد الفحل على أب المرتضع إلا أن تحريمهم على أمه أيضا ثابت بالإجماع المركب ظاهرا مع أن كونهم بمنزلة بنات أب المرتضع يستلزم كونهم بمنزلة أبناء أمه ثم إن ظاهر الرواية كما ترى مختص بفروع الفحل نسبا و يلحق بهم فروعه رضاعا و لعله لقاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فإذا حرم ولد الفحل نسبا على أصول المرتضع حرم ولده رضاعا و لأن منشأ صيرورتهم أولادا لأصول المرتضع إخوته لولدهم و لا فرق بين الأخوة النسبية و الرضاعية.

السابعة والعشرون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا على فروع الفحل نسبا و رضاعا

و المرتبة الأولى لأنهم عمومهم لفروع المرتضع و أما فروع الفحل فى غير المرتبة الأولى فلا يحرمون على فروع المرتضع. الثامنة و العشرون لا يحرم من فى حاشية نسب المرتضع و هم إخوته و أخواته على فروع الفحل لأنهم لم يزيدوا على أن صاروا بالرضاع إخوة لأخى أولئك و إخوة الأخت ليست موجبة للتحريم إذ قد يتزوج أخ الرجل لأبيه أخته لأمه و لو قيد بالأخ من الأبوين فلا يوجب التحريم و إنما يحرم إخوة الأخت للأبوين من جهة كونهم إخوة و لم يحصل بالرضاع هذا العنوان فالحصل بالرضاع غير موجب للتحريم و الموجب للتحريم غير حاصل خلافا للشيخ و جماعة فحكموا بالتحريم لأن صيرورة الفروع بمنزلة الأولاد لأصول المرتضع بحكم صحيحة ابن مهزيار المتقدمة يستلزم كونهم إخوة لإخوة المرتضع فيحرمون عليهم و قد سبق فى المسألة الثانية عشر أن هذا القول لا يخلو عن قوة.

التاسع والعشرون يحرم المرتضع على من فى حاشية نسب الفحل أو رضاعه

لأنهم عمومهم له و هذا مما لا إشكال فيه و لا خلاف

الثلاثون لا يحرم أصول المرتضع على من فى حاشية نسب الفحل

إذ لا يحدث بينهم بالرضاع رابطة من الروابط المحرمة.

الواحد والثلاثون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا

على من فى حاشية الفحل نسبا أو رضاعا لأنهم عمومة لأبيهم و يحل لهم فروع أولئك الحواشى.

الثانى و الثلاثون لا يحرم من فى حاشية نسب المرتضع على من فى حاشية نسب الفحل

لأن حواشى المرتضع لا- تحرم على نفس الفحل فأولى بأن لا تحرم على حواشيه و يجىء على القول المنسوب إلى ابن إدريس من تحريم أخت المرتضع على الفحل تحريمها على إخوته لكنه لا دليل عليه.

و ينبغى التنبيه على أمور

الأول حيث عرفت أن الضابط فى حصول الحرمة بالرضاع ملاحظة الرابطة النسبية التى علق عليها التحريم

فإن حصل بالرضاع نظيرها ثبتت الحرمة و إلا فلا إلا ما خرج بالدليل كما عرفت فى المسألة العاشرة و السادسة و العشرين و لا عبرة بأن يحصل بالرضاع رابطة مغايرة للرابطة المعلق عليها التحريم مقارنة معها فى الوجود دائما أو فى بعض الأحيان و ما دل على خروج المسألتين السابقتين أو نحوهما عن هذه الضابطة لا يعطى ضابطة كلية لتحريم كل عنوان ملازم فى النسب لعنوانات التحريم بل يقتصر على مورده و التعدى قياس لا نقول به. فاعلم أنه لا فرق فى الرابطة النسبية التى يكون نظيرها الحاصل بالرضاع محرما بين أن يكون التحريم المعلق عليها لأجل وجودها بين نفس المحرم و المحرم عليه و يسمى بالمحرم النسبى كما فى المحرمات السبع النسبية و بين أن يكون التحريم لأجل وجودها بين المحرم و زوج المحرم عليه أو من فى حكمه و يسمى بالمحرم لأجل المصاهرة و هى عبارة عن علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر كأم الزوجة مثلا فإن التحريم علق على أمومة الزوجة و هى رابطة نسبية بين المحرم و هى الأم و بين زوجة المحرم عليه و كأم المزنى بها و الموطوءة بالشبهة و غيرهما و تسمية الأول بالمحرم لأجل النسب و الثانى بالمحرم لأجل المصاهرة باعتبار ملاحظة العلاقة الكائنة بين نفس المحرم و المحرم عليه و أنها قد تكون نفس الرابطة النسبية المعلق عليها التحريم فى المحرمات السبع و قد يكون أمرا حاصلا منها كما فى المحرمات بالمصاهرة و لكن التحريم فى الكل معلق على الرابطة

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٧

النسبية أما فى المحرمات السبع فظاهر و أما فى المحرمات بالمصاهرة فلأن تحريم أم الزوجة لم تتعلق فى الكتاب و السنة على علاقة المصاهرة التى بينها و بين الزوج و إنما علق على الرابطة النسبية التى بينها و بين زوجة الزوج و هى الأمومة و كذا غيرها و من هنا ظهر فساد ما ربما يسبق إلى الوهم من أن قوله ص: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إنما يدل على تحريم نظائر المحرمات السبع الحاصلة بالرضاع و لا يدل على تحريم نظائر المحرمات بالمصاهرة إذا حصلت بالرضاع كمرضعة الزوجة و رضيعتها و نحوهما لأن هؤلاء لا- يحرمون من النسب حتى يحرم نظائرها من الرضاع و إنما يحرم من أجل المصاهرة. توضيح الفساد مضافا إلى ما ذكر أن المصاهرة و هى العلاقة الحاصلة بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر ليس مما علق عليها التحريم و إنما علق على الرابطة النسبية التى هى منشأ لانتزاعها فتحرم أم الزوجة على الزوج أيضا من جهة النسب الحاصل بين المحرم و المحرم عليه بل النسب الحاصل بين المحرم و زوجة المحرم عليه و عمدة ما يوقع فى هذا الوهم توهم أن المراد بالنسب فى الحديث خصوص النسب الحاصل بين المحرم

و المحرم عليه نظير ما اصطالحوا عليه من قولهم سبب التحريم إما نسب و إما مصاهرة حيث يجعلون المصاهرة قسيما للنسب و لا يخفى أنه لا داعى إلى تقييد النسب فى الحديث بهذا الفرد الخاص بل المراد به أن كل ما يحرم على شخص من جهة نسب حاصل بينهما أو من جهة نسب حاصل بين أحدهما و زوج الآخر و من فى حكمه فيحرم نظيره من جهة الرضاع الحاصل بينهما أو بين أحدهما و زوج الآخر أو من فى حكمه. و حاصل معناه بعبارة أضبط كل رابطة نسبية ثبت من جهتها تحريم شخص على آخر فثبت التحريم أيضا من جهة نظيرها الحاصل بالرضاع فإذا ورد أمهات الأزواج محرمة فنقول إن التحريم تعلق بالنساء المتصفات بالأومومة للزوجات و هى رابطة نسبية علق عليها التحريم فإذا حصل نظيرها بالرضاع يحصل الحرمة للحديث المذكور فظهر أنه كما يصدق على أم الرجل أنها محرمة عليه من جهة النسب أى من جهة رابطة النسبية حيث إنها حرمت عليه بعنوان كونها أما له فكذلك يصدق على أم زوجته أنها محرمة عليه من جهة النسب حيث إنها حرمت عليه من جهة كونها أما لزوجته فالموضوع فى كل من الحكمين معنون بعنوان الأومومة إلا أنها فى الأول بين المحرم و المحرم عليه و فى الثانى بين المحرم و زوج المحرم عليه و من هنا تراهم يتمسكون فى تحريم مرضعة الغلام الموقب و رضيعته على الموقب بالحديث المذكور و إلا فأى نسب بين المرضعة و الموقب. و مما ذكرنا ظهر ما فى استشكال صاحب الكفاية الحكم بإلحاق الرضاع بالنسب فى الرابطة النسبية الموجودة بين أحد الزوجين و أقرباء الآخر الموجودة لعلاقة المصاهرة بين الزوجين فى ثبوت أحكام المصاهرة بالنسبة إلى أحد الزوجين و بعض ذوى الرابطة الرضاعية للآخر و أنه إن كان الإجماع على ذلك فهو و إلا ففى دلالة الحديث المشهور على ذلك إشكال و قد عرفت أنه لا إشكال فى المسألة أصلا بحمد الله و سبحانه.

الثانى أن الرضاع كما يؤثر فى ابتداء النكاح يؤثر فى استدامته

فكل رضاع يمنع من النكاح إذا سبقه يبطله إذا لحقه بلا خلاف فيه على الظاهر و يدل عليه إطلاق الحديث المشهور: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و خصوص بعض الأخبار الواردة فى بعض فروع المسألة منها حسنة الحلبي بابن هاشم عن أبى عبد الله ع قال: لو أن رجلا تزوج جارية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه و رواها فى الفقيه بسند صحيح عن أبى جعفر بتفاوت يسير و نحوها حسنته الأخرى عنه ع و يترتب على ذلك أنه إذا تزوج برضيعه فأرضعتها بعض نساء آباءه و إن علو أو أولاده و إن نزلوا أو إخوته أو أخواته حرمت عليه و كذا لو أرضعتها زوجته الكبيرة بلبنه كما فى الأخبار السابقة و تحرم الكبيرة أيضا مؤبدا و لو أرضعتها بلبن غيره فإن دخل بالكبيرة حرمت عليه أيضا و إن لم يدخل بها حرمت الكبيرة مؤبدا و حرمت الصغيرة جمعا بمعنى جواز تجديد العقد عليها بعد بطلان النكاح الأول و الوجه فى بطلان نكاحهما عدم جواز الحكم بصحة نكاحهما و لا بصحة نكاح أحدهما لأنه ترجيح من غير مرجح. و استشكل فى الحكم صاحب الكفاية من حيث احتمال القرعة و هو ضعيف و لو أرضعت زوجته الصغيرة إحدى الكبيرتين بلبنه ثم أرضعتها الأخرى حرمن جمع و حكى عن الإسكافى و الشيخ أنه تحرم المرتضعة و أولى المرضعتين و لعل وجهه أن أم الزوجة المحرمة هى من زوج ابنته بأن تتصف ابنته بالزوجية بمعنى تصادق عنوان البنتية و الزوجية فى زمان من الأزمنة حتى يصدق على أمها فى ذلك الزمان أم الزوجة و هاهنا ليس كذلك لأن المرضعة الثانية إنما صارت أما بعد ما انفسخ عقد الصغيرة فحصلت صفة البنتية للصغيرة بعد زمان الزوجية. و يؤيده ما رواه فى الكافي بسند ضعيف بصالح بن أبى حماد عن على بن مهزيار و رواه عن أبى جعفر: قيل له إن رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له أخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأته فقال أبو جعفر أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأته التى أرضعتها أولا و أما الأخيرة فلا تحرم عليه نكاحها لأنها أرضعت ابنته و لا يبعد العمل بها لموافقته للأصل ثم إنه كلما حكم بفساد عقد الصغيرة بالرضاع فإن كان الرضاع بسبب مختص بها بأن سعت إلى الكبيرة و هى نائمة و ارتضعت الرضاع المحرم. فقد صرح فى الشرائع و التحرير و المسالك بسقوط مهرها و يحتمل عدم السقوط لأن المهر ثبت بالعقد و لا دليل على سقوطه بفعل الصغيرة الذى حصل منها من غير قصد و تمييز و إن كان بسبب مختص بالكبيرة بأن تولت إرضاعها و كان لها مهر مسمى غرمه الزوج و قيل يغرم نصفه كالطلاق و هو محكى عن الشيخ و جماعة و

لا دليل عليه بناء على ملك الزوجة لكامل المهر بالعقد و في رجوع الزوج الغارم إلى المرضعة إشكال و لا يبعد عدم الرجوع فيها إذا كان الإرضاع واجبا عليها لفقدها من يرضعها بما يسد رمقها لأنه حينئذ مأمور به فلا يتعقبه ضرر الضمان و الأقوى عدم الرجوع لعدم الدليل و نظائره كثيرة كما لو قتلت الزوجة أو ارتدت بعد الدخول أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإن المهر ثابت في جميع الصور على الزوج و لا يرجع بعد غرامته إلى أحد نعم مقتضى قاعدة نفي الضرر رجوع الزوج بما يغرمه و إن لم نقل بضمان البضع فإن مقتضى ضمانه الرجوع إلى مهر المثل أو نحوه لا ما يغرمه و عدم الرجوع في الأمثلة المذكورة و لهذا يغرم الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بطلاق الزوج الأول للمرأة المهر للثاني. و يؤيدها ما رواه في الفقيه بسند ضعيف عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله ع قال: سألته عن رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت شيئا مما المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٨

قولت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا و هو لازم لي و لم يشهد على ذلك فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق أو غيره مما طالبوه و سألوه فلما رجع إليه أنكرك ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه و ذلك أنه هو الذي ضيع حقها إذ لم يشهد عليه بذلك الذي قال دل بعموم التعليل على أن التضييع سبب للغرامة و قد حصل فيما نحن فيه من المرضعة الغرور.

الثالث [ما حكى عن المحقق الثاني عن بعض الطلبة القول بنشر الحرمة بالرضاع في صور كثيرة]

إشارة

اعلم أنه قد حكى شيخنا المحقق الثاني في رسالته الرضاعية عن بعض الطلبة القول بنشر الحرمة بالرضاع في صور كثيرة و نسب ذلك إلى اشتباههم و ذكر أنه لا مستند لهم في ذلك و أنهم زعموا أن ذلك من فتاوى شيخنا الشهيد و ليس لهم إسناد يتصل بشيخنا في هذا الفتوى ثم قال نعم اختلف أصحابنا في ثلاث مسائل قد يتوهم منه القاصر عن درجة الاستنباط أن يكون دليلا لشيء من هذه المسائل أو شاهدا عليها إلى أن قال إن المسائل المتصورة في هذا الباب كثيرة لا تنحصر و الذي سنح لنا الآن ذكره خارجا عن المسائل الثلاث المشار إليها صور ثم ذكر الصور ثم عقبها بذكر المسائل الثلاث التي ذكر أنه اختلف فيها الأصحاب.

أقول إن هذا المتوهم قد استند في دعوى النشر إلى عموم المنزلة في الرضاع المشهور في الألسنة و حاصل تفسيره أنه إذا حصل بالرضاع عنوان مصادف لعنوان الذي تعلق به التحريم في النسب حكم بتحريمه و إن لم يحصل بالرضاع نفس ذلك العنوان المنوط به التحريم مثلا إذا أرضعت امرأتك ولد بنتك فقد صارت المرضعة أما لولد ابنتك و أم ولد البنت حيث إنه عنوان مصادف في النسب لعنوان البنت محرمة فإذا حصلت هذا العنوان بإرضاع امرأتك ولد بنتك تحقق التحريم و بطلان نكاح الجد و المرضعة و إن لم يتحقق عنوان البنتية و هكذا فما أنا أذكر المسائل الثلاث التي ذكر المحقق أنه مما تعرض له الأصحاب و اختلفوا فيها ثم أذكر غيرها من الصور التي ذكر أن القول بالتحريم فيها توهم و أنه ليس به قائل معروف بين الأصحاب و أن نسبه إلى الشهيد غير ثابتة فنقول

أما المسائل المختلف فيها

فإحداها حرمة جدات المرتضع على صاحب اللبن

اختلف فيها الأصحاب على قولين و قريب منه أم المرضعة وجدتها بالنسبة إلى أب المرتضع. و قد تقدم في المسألة الثانية عشر نسبة القول بتحريم جدات المرتضع على الفحل إلى ابن إدريس و عزى هذا القول إلى جماعة من الأصحاب و قد عرفت في تلك المسألة

أنه لا وجد للتحريم عدا توهم صيرورة جدات المرتضع جدات لولد الفحل و جدة الولد محرمة لكونها أما أو أم زوجته و كلاهما محرمتان و مثل هذا جار في أم المرضعة وجدتها بالنسبة إلى أب المرتضع و مرجع هذا الاستدلال إلى دعوى عموم المنزلة في الرضاع التي ذكرنا تفسيره قريبا و أثبتنا فساده لعدم الدليل عليه في المسألة الثانية من المسائل المتقدمة.

و ثانيها أخوات المرتضع نسبا و رضاعا بشرط اتحاد الفحل هل يحلن للفحل أم لا

و قد حكى عن الشيخ و ابن إدريس القول بالتحريم و لعله لأنهن بمنزلة ولده كما أن أولاد الفحل بمنزلة ولد أب المرتضع لصحيحة على بن مهزيار المتقدمة. و قد عرفت في المسألة العشرين من المسائل المتقدمة ضعف هذا القول لأن الحكم بكون أولاد الفحل و المرضعة بمنزلة ولد أب المرتضع لا يقتضى الحكم بكون أولاد أبوى المرتضع بمنزلة أولاد الفحل بل غاية ما حصل من ارتضاع أخيهم بلبنه هو كون أخيهم بمنزلة ولده فهم إخوة ولده و أخ الولد لا يحرم إلا إذا كان ولدا.

و ثالثها أولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعا و أولاد المرضعة ولادة هل تحرم على أب المرتضع.

و قد عرفت في المسألة العاشرة و السادسة و العشرين أن الأصح التحريم للأخبار المتقدمة في المسألتين و إن كان القاعدة لا تقتضى التحريم نظرا إلى أنه لم يحصل بالرضاع إلا أخوة أولاد صاحب اللبن و المرضعة للمرتضع فهم إخوة ولد لأب المرتضع و أخ الولد لا يحرم إلا إذا صدق الولد عليه إما من النسب و إما من الرضاع لكن الأخبار المتقدمة قد دلت على أنهم بمنزلة ولده فهذه المسائل الخلافية التي ذكرها المحقق في الرسالة و صرح في غير الأخيرة بعدم التحريم. أقول هنا مسألة رابعة اختلف فيها و هى مسألة تحليل أولاد صاحب اللبن نسبا و رضاعا و أولاد المرضعة نسبا على إخوة المرتضع الذين لم يرتضعوا بلبن ذلك الفحل.

و أما المسائل التي ذكرها و نسب القول بالتحريم فيها إلى الوهم

إشارة

فهى ثلاثة عشر مسألة

الأولى أن ترضع المرأة بلبن فحلها

الذى هى فى نكاحه حين الإرضاع أباها أو أختها لأبويها أو أحدهما فيقال إن ذلك موجب لتحريم المرضعة على زوجها من جهة أن المرتضع صار ولدا للفحل و المرضعة فهى أخت ولد الفحل و أخت الولد محرمة من النسب فكذا من الرضاع. و بعبارة أخرى الفحل يصير أبا رضاعا لأخ الزوجة أو أختها و كما أن أباهما النسبى محرم عليها فكذا الرضاعى و الحق أنه توهم كما ذكره شيخنا المحقق لما مر فى المسألة العشرين من المسائل المتقدمة من عدم تحريم من حاشية نسب المرتضع على الفحل و أن الخلاف هنا محكى عن الشيخ و ابن إدريس و هو ضعيف لكن يرد على شيخنا المحقق أن هذه المسألة هى ثانية المسائل التى ذكر فيها الخلاف بين الأصحاب فإن تحريم المرضعة فى الفرض المذكور على زوجها مبنى على تحريم أخوات المرتضع على الفحل و هى عين المسألة الثانية من الثلاث المتقدمة. نعم لو كان قولهم التحريم ناشئا عن غير ما ذكر فى توجيهه مثل صيرورة المرضعة أما لأخ الزوجة من أمها و هى محرمة على الزوج أمكن كونها بهذا الاعتبار مسألة خارجة عن المسائل الثلاث.

الثانية

أن ترضع الزوجة المذكورة ولد أخيها.

الثالثة أن ترضع ولد أختها

فقد يتوهم التحريم في هاتين المسألتين من جهة صيرورة المرضعة عمه أو خاله لولد الفحل من الرضاع و عمه الولد محرمة جمعا و لأن الفحل في المسألة الأولى أب رضاعي لولد أخ المرضعة فكما أن الأب النسبي لولد أخيها محرمة عليها لأنه أخوها فكذا الأب الرضاعي له و لا يخفى أيضا فساد التوهمين لأن عمه الولد إنما يحرم لكونها أختا فإذا تحقق بالرضاع علاقة الأختية تحقق التحريم و قد عرفت ذلك في المسألة الثانية عشر و كذا الكلام في الأب النسبي لولد الأخ فإنه لا يحرم إلا لأجل عنوان الأخوة و أما خاله الولد فتحريمها على الأب مما لا يتفوه به أحد إذ لم يحصل الجمع بين الأختين الذي هو مناط تحريم خاله الولد. نعم يصدق على المرضعة أنها أم للمرضع و خالته و الجمع بين الأختين المحرم هو أن يكون للشخص امرأتان يصدق على إحداها أنها أم لولده و على الأخرى أنه خاله لولده لا أن يكون له امرأة واحدة يصدق عليها أنه أم ولده و خالته و قد حكى عن السيد الداماد الجزم بالتحريم في

المكاسب، ج ٤، ص ٣٨٩

هذه الصورة و هو بعيد

الرابعة أن ترضع الزوجة المذكورة ولد ولدها ابنا كان أو بنتا

و مثله ما لو أرضعت إحدى زوجيته و ولد ولد الأخرى فيقال هنا بتحريم المرضعة في الفرض الأول و ضررتها في الفرض الثاني على زوجها من جهة صيرورتها جدة ولدها و جدة الولد محرمة على الأب لأنها إما أم و إما أم الزوجة و كلتاها محرمتان و الأقوى في هذه أيضا عدم التحريم كما نهينا عليه في المسألة الثانية عشر من أن أصول المرضع لا يحرم على الفحل ثم إن هذه المسألة أول المسائل الثلاث الخلفية التي ذكرها شيخنا المحقق أعني تحريم جدات المرضع على الفحل و قد يستند التحريم في هذه المسألة مع كون المرضع ولد بنت الفحل إلى صيرورة المرضعة أما لولد بنته و أم ولد البنت من النسب محرمة لكونها بنتا فكذا تحرم من الرضاع و فيه ما مر في المسألة الثانية.

الخامسة

أن ترضع الزوجة المذكورة عمها أو عمتها.

السادسة أن ترضع خالها أو خالتها

فيقال إن الزوج تصير بالرضاع إما لعمها أو لعمتها أو خالها أو خالتها و أم عم الزوجة أو عمتها أو خالها أو خالتها محرمة على الزوج لأنها جدة الزوجة لأمها أو لأبيها أو أن الزوج تصير بإرضاع زوجته لهؤلاء أبا لهم من الرضاع و هذه الزوجة تحرم على أبيهم من النسب لأنه جدها فتحرم على أبيهم من الرضاع و يظهر الجواب عن الوجهين بما مر مرارا فإن أم عمومة الزوجة و خولتها إنما حرمت على الزوج من جهة الدخول في أمهات النساء و لم يحصل هذا العنوان للمرضعة و كذا يحرم المرأة على أب عمومتها و خولتها لأجل كونه جدا لها و لم يحصل عنوان الجدودة للفحل بالرضاع و اعلم أن هذه المسألة من فروع المسألة الأولى لأن أخوات المرضع إذا حرمت على الفحل من جهة كونهن كالأولاد له حرمت عليه أولادهن و هذه المرضعة تصير من أولاد الإخوة و قد عرفت أن تلك المسألة من المسائل الخلفية فلا وجه لعد هذه المسألة مسألة أخرى غير المسألة الأولى كما لا وجه لعد كليهما خارجة عن المسائل الخلفية.

السابعة

أن ترضع الزوجة المذكورة ولد عمها أو عمتها.

الثامنة أن ترضع ولد خالها أو خالتها

فقال فى صورة إرضاع ولد العم أو الخال إن الفحل يصير أباً لهذا الولد فيحرم على المرضعة لأنه إما أبو ولد عمها أو أبو ولد خالها و كلاهما محرمان عليها و إن الأول عمها و الثانى خالها و أما إرضاع الزوجة ولد خالتها أو عمتها فلم أعثر فيه على ما يوجب توهم التحريم فيه إلا- إذا قلنا بحرمة الجمع بين المرأة و ابنة أخيها أو أختها مطلقاً حتى مع إذنها و حينئذ فيجرى فيه التوهم الذى جرى فى المسألة الثالثة من إرضاع الزوجة ولد أختها فراجع. و قد صرح بعض من جزم بالنشر فى صورة إرضاع ولد العم و الخال بعدم النشر فى إرضاع ولد العم و الخالة و يظهر الكلام فى فساد توهم الحرمة هنا مراراً.

التاسعة أن ترضع الزوجة المذكورة أخ الزوج أو أخته

فيقال إن المرضعة صارت أم أخيه لأبويه أو أخته كذلك و هى محرمة لكونها أما و فيه أن حرمة أم الأخ للأبوين فى النسب لعلاقة الأمومة بينهما و نظيرها لم يحصل بالرضاع و إنما حصل به أمومة الأخ و لم يتعلق التحريم بالنسب به.

العاشر أن ترضع ولد ولد الزوج فيقال إنها صارت أما لولد ولده

و أم ولد الولد محرمة لكونها إما بنتا و إما زوجة ابن و فيه أن شيئاً من عنوانى البنت و زوجة الابن لم يحصل بالرضاع مع أن حصول زوجية الابن لا يجدى لأن الزوجية لا تثبت بالرضاع إجماعاً.

الحادية عشر أن ترضع ولد أخيه أو ولد أخته

و لا يخفى أنه ليس فى إرضاع ولد الأخ هنا ما يوجب التوهم لأن المرضعة لم تزد على أن صارت أما لولد أخى زوجته و أم ولد الأخ ليس حراماً على الشخص. نعم يقال فى فرض إرضاع ولد الأخت إنما تصير أم ولد الأخت و هى محرمة لكونها أختاً و فيه أن أم ولد الأخت ليست محرمة إلا لعنوان الأخوة الغير الحاصلة بالرضاع.

الثانية عشر

أن ترضع عم الزوج أو عمته.

الثالثة عشر أن ترضع خال الزوج أو خالته

فيقال إن المرضعة حيث إنها صارت إما لعمومه الزوج أو خثولته حرمت عليه لكونها جدة له و فيه ما مر غير مرة و حاصله أنه لم يثبت من أدله إلحاق الرضاع بالنسب إلا أن الرضاع فرع النسب فكل علاقة حصلت بالرضاع إنما توجب الحرمة إذا كان نظيرها الحاصل بالنسب موجبا للحرمة إذ لا يعقل أن يثبت الحرمة لأجل علاقة رضاعية و لو فرض حصولها بالنسب لم يوجب التحريم لأن هذا مناف لفرعية الرضاع و أصالة النسب فنقول فى هذه الصورة الثالثة عشر لم يحصل بالرضاع إلا علاقة الأمومة بين المرضعة و عمومة الزوج أو

خثولته و نظيرها الحاصل بالنسب ليس موجبا للتحريم لأن الأم النسبية للعمومة و الخثولة لا تحرم على الشخص من حيث أمومتها لعمومته أو خثولته بل من حيث علاقة جدودتها له فلا يحكم بالحرمة في الرضاع إلا إذا حصلت هذه العلاقة لا علاقة مستلزمة لها لا دخل لها في التحريم و لو حصلت من جهة النسب كما مر مرارا فراجع. الحمد لله أولا و آخرا
المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٠

٨- رسالة في التحريم من جهة المصاهرة

الباب الأول في المصاهرة

و هي علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر توجب حرمة النكاح من عقد على امرأة حرم عليه أمها و إن علت تحريما مؤبدا و إن لم يدخل بالمعقودة على المشهور بل عن الروضة أنه كاد يكون إجماعا. و في الرياض أن عن الناصريات و الغنية دعوى الإجماع عليه لعموم قوله و أمهات نسائكم السليم عن معارضة ما يصلح لتخصيصه عدا ما يتراءى من احتمال كون القيد في قوله من نسائكم اللاتي دخلتكم بهن راجعا إلى هذه الجملة كما يرجع إلى الربائب اتفاقا فيسقط ذلك عن الحجية و ما يتوهم من الاتكال على بعض الروايات في تخصيص الآيه و شيء منها لا يقدر في ظهورها أما القيد الراجع إلى الربائب فلأن إرجاعه إلى قوله و أمهات نسائكم موجب لاستعمال كلمة من في معنيين لأنها بالنسبة إلى الربائب ابتدائية و بالنسبة إلى قوله و أمهات نسائكم لو رجع إليه بيانية و هو غير جائز و لو استعملت في القدر المشترك و هو مطلق الاتصال كان به مخالفا لظهورها في الابتداء و أما الرواية فلا تصلح مخصصة لمعارضتها بأكثر منها و أشهر و أقوى.

و منها المحكى عن تفسير العياشي عن أبي حمزة عن مولانا الباقر: أنه سئل عن رجل تزوج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها أ تحل له ابنتها قال فقال قد قضى في ذلك أمير المؤمنين ع لا بأس به إن الله يقول وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ و لو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها قال قلت له أ ليس هما سواء قال فقال لا ليس هذه مثل هذه إن الله عز و جل يقول وَ أمهات نسائكم لم يستثن في هذه كما اشترط في ذلك هذا هنا مبهمه ليس فيها شرط و ذلك فيها شرط فكذلك و قد استنهض بعض المعاصرين بهذه الرواية على رجوع القيد الواقع عقيب الجمل المتعددة إلى الأخيرة نظرا إلى استدلال المصنف بإطلاق غير الأخيرة و فيه نظر لجواز كون الوجه في إطلاقها عدم صلاحيته برجوع القيد إليها كما عرفت. و محل النزاع في المسألة الأصولية فيما إذا صلح القيد لغير الأخيرة أيضا و كيف كان فالمحكى عن العماني من اشتراط الدخول في المعقودة في تحريم أمها ضعيف جدا و إن صحت روايته و يحرم أيضا بالعقد عليها بناتها و إن نزلن لكن مع عدم الدخول إنما تحرم جمعا بمعنى تحريم الجمع بينها و بينهما لا- عينا فإن دخل بالأم حرم من مؤبدا بقوله تعالى وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم و يدل عليه الروايات المستفيضة و تحريم المعقود عليها و إن لم يدخل بها على أب العاقد و إن علا لعموم و حلائل أبنائكم و على ابنه و إن نزل و يدل عليه صحيحة محمد بن مسلم و فيها بعد الاستدلال على حرمة أزواج النبي ص على الحسن و الحسين ع بقوله و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إنه لا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده و لو وطئ أحدهما زوجة الآخر لشبهه لم تحرم الموطوءة على الزوج لأصالة بقاء الحل و فحوى ما في الروايات من أن الحرام لا يحرم الحلال و للرواية فيمن عقد على أم زوجته و وطئها بشبهه و قيل يحرم على الابن زوجته إذا وطئها أبوه بشبهه لعموم قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ بِنَاءِ عَلَى أَنَّ النكاح هو الوطئ و كذا لا تحرم الزانية على أب الزاني و ابنه و له النكاح مطلقا على رأى نسب إلى الأكثر لاستصحاب صحة العقد عليها قبل الزنى و لا يعارضه استصحاب حرمة الوطئ و النظر قبل العقد لأننا إذا ثبتنا صحة العقد بالاستصحاب لزمها ترتيب الآثار و لعموم قوله تعالى وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ و لما دل من الروايات على عدم تحريم أم المزني بها و بنتها على الزاني بناء على عدم

الفرق بين أصول الزانى و المزنى بها و فروعهما فى نشر الحرمة و عدمه خلافا للمحكى عن الأكثر فيحرم لرواية ابن أبى عمير عن أبى بصير و رواية على بن جعفر عن أخيه ع و موثقة عمار و كذا لا تحرم أم المزنى بها و لا بنتها و إن تقدم لما مر من الأصل.

و العموم مضافا إلى رواية هشام بن المثنى و حسن بن سدير و حنان بن أسد و رواية سعيد بن يسار و مرسله ابن رباط و الأوليان تقبلان الحمل على ما إذا وقع الفجور بعد العقد بخلاف الأخيرتين لكنهما معارضتان بغيرهما مما دل على التحريم كصاح محمد بن مسلم و عيص بن القسم و منصور بن حازم فلا بأس بحملهما على ما إذا لم يحصل الزنى و يراد بلفظ الفجور فيهما مثل اللمس و القبلة و نحوهما على ما ذكره الشيخ فى التهذيب و استثنى من قال بعدم تحريم بنت المزنى بها صورتين أشار إليهما المصنف قدس سره بقوله على أن يزنى بعمته أو خالته فإن بنتها تحرمان أبدا بلا خلاف و لكن النص مختص بالخال ثم إن الخلاف المتقدم فيما أن سبق الزنى على العقد و إن لم يسبق على الوطى و إلا يسبق على العقد و إن سبق على الوطى فلا يحرم إجماعا للأخبار المستفيضة الدالة على أنه لا يحرم الحرام و الحلال. نعم فى بعض الروايات اشتراط عدم التحريم بتأخر الزنى عن الوطى كرواية أبى الصباح و مفهوم الحصر فى رواية عمار و كذا لا يحرم لأجل الوطى بالشبهة تزويج الموطوءة على أب الواطئ و ابنه و لا على الواطئ أمها و بنتها على رأى المصنف و جماعة قدس أسرارهم و إن لحق به النسب للأصل و عموم و أحل لكم ما وراء ذلكم. نعم من قال بالنشر فى الزنى فالقول به هنا أولى و النظر إلى ما يحرم على غير المالك للنظر لأجل الملك أو العقد أو التحليل النظر إليه و كذا لمسه لا ينشر الحرمة و إن كان الناظر أبا أو ابنا على رأى المصنف و شيخه المحقق قدس سرهما للأصل و العموم و خصوص رواية على بن يقطين و عن الشيخ و أتباعه النشر على الأب و الابن لعموم و حلائل أبنائكم و لصحيحة ابن بزيع: إن جردها فنظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه و نحوها المحكية عن الفقيه. و عن المفيد تخصيص الحرمة بمنظورة الأب لصحيحة محمد بن مسلم: إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا- تحل لابنه و لا يخفى قصورها عن إفادة الاختصاص و عن الإسكافى و الشيخ فى الخلاف تحريم أم المنظورة و الملموسة و بنتها على الفاعل لعموم النبيين: لا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩١

ينظر الله إلى من نظر إلى فرج امرأة و بنتها و فى الآخر: من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها و بنتها و الصحيحة يدل على أنه إذا رأى من المعقودة ما يحرم على غيره حرمت عليه بنتها و الكل ضعيف سندا و إفادة و القول الثانى لا يخلو عن قوة و حكم الرضاع فى جميع ذلك الذى ذكرنا من موارد الوفاق و الخلاف كالنسب بلا خلاف ظاهر لعموم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فإن معناه كما مر أن العلاقة الحاصلة بسبب الرضاع كالحاصلة بالنسب و كما أن العلاقة النسبية الثابتة بين الزوجة و أمها أوجبت حرمة الأم على الزوج فكذلك الرضاعية الحاصلة بين الزوجة و بين مرضعتها و الحاصل أن العلاقة الحاصلة من الرضاع بمنزلة نظيرها الثابت بالنسب فمرضعة الزوجة أم و بناتها أخوات و كذا مرضعة الزوج و أصولها فلا يقال إن حرمة هؤلاء النسوة بالمصاهرة لا يوجب حرمتها فى الرضاع لأن الرضاع إنما حرم منه ما حرم من النسب لا من المصاهرة. نعم نظير المصاهرة فى الرضاع أم المرتضع بالنسبة إلى الفحل حيث إنه إذا صار المرتضع ولدا له فأمه بمنزلة زوجته و جدته بمنزلة أم الزوجة فربما يتوهم تحريمها عليه من هذه الجهة و هو غلط فإن المصاهرة لا تحصل بالرضاع و قد يتوهم التحريم هنا من جهة عموم المنزلة بأن يقال إن جده الولد النسبى محرمة كذلك جدة الولد الرضاعى و فيه ما مر فى باب الرضاع و تحرم أخت الزوجة جمعا بالكتاب و السنة و الإجماع من غير فرق بين الدائمة و المنقطعة و كذا ملك اليمين و كذا تحرم مع بقاء علاقة الزوجية و لو بجواز الرجوع فى المطلقة الرجعية العقد على بنت أختها و أخيها إلا أن يجيز الخالة أو العمه و يدل عليه الأخبار المستفيضة خلافا للمحكى عن القديمين فجوزاه مطلقا لبعض الروايات و للمحكى عن الصدوق فمنعه مطلقا و لو مع الإذن لبعض آخر و هما ضعيفان لتقييد أوليها بما دل على اختصاص الجواز بصورة الإذن و عليه فإن عصى فى موضع و فعل بطل النكاح على رأى المحقق قدس سره و وقف على الإجازة على رأى كثير من المتأخرين أما البطلان منجزا فهو إما لرواية على بن جعفر الدالة على البطلان و إما للنهى عنه فى الأخبار المقتضى للفساد و إما لأن الصحة فى مثل هذا العقد

المنهى عنه يحتاج إلى دليل خاص غير قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَ أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ لِعَدَمِ ثُبُوتِ وَجُوبِ الْوَفَاءِ وَالْحَلِيَّةِ مَعَ الْحَكْمِ بِالْحَرْمَةِ أَمَّا الْحَكْمُ بِالْحَلِيَّةِ فَوَاضِحٌ وَأَمَّا وَجُوبُ الْوَفَاءِ فَلَأَنَّ مَا كَانَ ابْتِدَاؤُهُ وَإِحْدَاثُهُ مَبْغُوضًا يَكُونُ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ كَذَلِكَ وَإِنَّمَا لِمَا يَسْتَفَادُ مِنَ الرِّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى صِحَّةِ نِكَاحِ الْعَبْدِ بِدُونِ إِذْنِ مَوْلَاهُ وَوَقُوفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الْمَعْلُومَةِ بِأَنَّهُ لَمْ يَعِصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فِي بَعْضِهَا أَنَّ هَذَا كِتَابِيَانِ مِنْ حَرَمِ اللَّهِ مِنَ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ وَاشْتِبَاهِهِ. وَأَمَّا الْوَقُوفُ عَلَى الْإِجَازَةِ فَلِعَمُومِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مَعَ ضَعْفِ رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ وَمَنْعِ دَلَالَةِ النَّهْيِ عَلَى الْفُسَادِ وَلِعَدَمِ مَنَافَاةِ الْحَرْمَةِ قَبْلَ الرِّضَا لَوْجُوبِ الْوَفَاءِ إِلَّا إِذَا ادَّعَى أَنَّ النَّهْيَ هُنَا لِعَدَمِ قَابِلِيَّةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا لِلْعَقْدِ كَسَائِرِ الْمُحْرَمَاتِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ مِثْلَ تَحْرِيمِ الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ وَتَحْرِيمِ بَيْعِ الْخَمْرِ وَشَبْهِهِ وَهُوَ غَيْرُ ثَابِتٍ بَلْ لَا يَبْعُدُ أَنَّ يَكُونُ النَّهْيُ هُنَا لِعَارِضٍ وَهُوَ رِضَاءُ الْعَمَةِ وَالْخَالَةِ وَهَذَا الْعَارِضُ يَنْدَفِعُ بِالْإِذْنِ. وَأَمَّا حِكَايَةُ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي وَقُوفِ نِكَاحِ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْإِجَازَةِ مَعْلَلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَعِصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَالْمُرَادُ بِهِ مَعْصِيَةُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ فِي نِكَاحِ النِّسَاءِ الْمُحْرَمَاتِ عَلَيْهِ لَا مَطْلُوقِ الْمَعْصِيَةِ لِتَحْقِيقِهَا فِي نِكَاحِ الْمَمْلُوكِ قِطْعًا وَهَذَا قَوْلُ ثَالِثٍ وَهُوَ تَخْيِيرُ الْعَمَةِ وَالْخَالَةِ بَيْنَ فُسْخِ عَقْدِ أَنْفُسِهِمَا وَفُسْخِ عَقْدِ الْبِنْتِ وَإِضْمَانِهِمَا لَوْقُوعِ كِلَيْهِمَا صَحِيحِينَ أَمَّا عَقْدُ الْعَمَةِ وَالْخَالَةِ فَوَاضِحٌ وَأَمَّا عَقْدُ الْبِنْتِ فَلِأَنَّهُ عَقْدُ صَدْرٍ مِنْ أَهْلِ فِي مَحَلِّهِ إِذَا وَقَعَ كِلَاهُمَا صَحِيحًا وَكَانَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ مَوْقُوفًا عَلَى رِضَاهُمَا تَخْيِيرًا بَيْنَ الرِّضَا بِالْجَمْعِ وَدَفْعِهِ بِفُسْخِ أَيْ عَقْدِ شَاءَتَا وَهُوَ ضَعِيفٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ وَقَعَ لِأَزْمَا وَالْأَصْلُ يَقْتَضِي بَقَاءَهُ وَدَفْعَ الْجَمْعِ يَحْصُلُ بِفُسْخِ الْعَقْدِ الطَّارِي وَ لَا يَعْلَمُ قَابِلِيَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ لِلْفُسْخِ حَتَّى يَرْتَفِعَ الْجَمْعُ بِهِ فَيَقْبَلُ عَلَى أَصَالَةِ اللَّزُومِ. وَهَذَا قَوْلُ رَابِعٍ يَحْكِي عَنِ الْحَلِيِّ وَهُوَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ الْوَالِدِ وَتَرْزُلُ الْعَقْدِ السَّابِقِ وَهُوَ ضَعِيفٌ إِذْ مَعَ بَطْلَانِ الْوَالِدِ وَصَيُورَتِهِ كَالْعَدَمِ لَا وَجْهَ لِتَرْزُلِ الْعَقْدِ السَّابِقِ وَالْقَوْلَانِ الْأَوْلَانِ مَرْتَبَانِ فِي الْقُوَّةِ وَثَانِيَهُمَا أَقْوَى

وَالْأَخِيرَانِ مَرْتَبَانِ فِي الضَّعْفِ كَذَلِكَ وَالِاحْتِيَاظُ غَيْرُ خَفِيِّ وَ لَهُ إِدْخَالُ الْعَمَةِ أَوْ الْخَالَةِ عَلَى بِنْتِ أُخِيهَا أَوْ أُخْتِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ الْمَدْخُولُ عَلَيْهَا وَ لَوْ تَزَوَّجَ الْأَخْتَيْنِ وَ إِنْ تَرْتَبَ صَحَّ السَّابِقُ لَوْجُودِ الْمَقْتَضَى وَ عَدَمُ الْمَانِعِ وَ بَطْلَانُ الْوَالِدِ لِحَرْمَةِ الْجَمْعِ وَ إِنْ اقْتَرْنَا مَعَ تَعَدُّدِ الْعَقْدِ أَوْ اتِّحَادِ الْعَقْدِ عَلَيْهِمَا بَطْلُ الْكُلِّ لِأَنَّ صِحَّةَ الْكُلِّ مَمْتَنَعَةٌ شَرْعًا وَ صِحَّةُ أَحَدِهِمَا تَرْجِيحٌ مِنْ غَيْرِ مَرَجِحٍ كَمَا إِذَا عَقَدَ الْمَرْأَةُ وَ أَمَّا وَ بِنْتِهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ خِلَافًا لِلْمَحْكِيِّ عَنِ الشَّيْخِ وَ أَتْبَاعِهِ فَيَتَخَيَّرُ فِي إِمْسَاكِ أَحَدِهِمَا لِرِوَايَةِ جَمِيلِ الْمَرْمِيَّةِ بِالْإِرْسَالِ وَ الضَّعْفِ عَلَى رِوَايَةِ التَّهْذِيبِ وَ الْكَافِي وَ الْمَوْصُوفَةِ بِالصَّحَّةِ عَلَى رِوَايَةِ الْفَقِيهِ. وَ لَوْ تَزَوَّجَ أُخْتُ الْأُمِّ الْمَوْطُوءَةَ بِالْمَلِكِ حَرَمَتْ الْمَمْلُوكَةَ مَا دَامَتْ الثَّانِيَةُ زَوْجَةً أَوْ فِي حَكْمِهَا أَمَّا صِحَّةُ التَّزْوِيجِ فَلِعَمُومِ وَ أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ وَ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ مَطْلُوقًا لَيْسَ بِمُحْرَمٍ وَ لِهَذَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْمَلِكِ وَ أَمَّا أَنَّهُ إِذَا حَصَلَ التَّزْوِيجُ حَرَمَ وَطءَ الْمَمْلُوكَةَ دُونَ الْمَتَزَوِّجَةِ فَلِأَنَّ الْوَطْءَ بِالنِّكَاحِ أَقْوَى مِنَ الْوَطْءِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ لِكَثْرَتِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي لَا تَتَعَلَّقُ بِالْوَطْءِ بِالْمَلِكِ مَعَ أَنَّ الْغَرَضَ الْأَصْلِيَّ مِنَ الْمَلِكِ الْمَالِيَّةَ دُونَ الْوَطْءِ وَ مِنَ الْمَتَزَوِّجَةِ الْوَطْءَ وَ لِهَذَا يَجُوزُ تَمَلُّكُ الْأَخْتَيْنِ وَ لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُمَا فَيَرْجَحُ الْمَتَزَوِّجَةُ فِي جَوَازِ الْوَطْءِ وَ فِي التَّعْلِيلِ تَأْمَلُ. وَ اعْلَمْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ فِي الْوَطْءِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ كَمَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ فِي النِّكَاحِ فَعَلِيٌّ هَذَا لَوْ وَطِئَ إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ بِالْمَلِكِ حَرَمَتْ الثَّانِيَةَ أَيْ تَبَقِيَ عَلَى حَرْمَةِ الْوَطْءِ كَمَا كَانَتْ كَذَلِكَ قَبْلَ وَطْئِهَا بَعْدَ وَطْءِ الْأَوَّلِ سِوَاءَ أَبْقَاها عَلَى مَلِكِهِ أَوْ أَخْرَجَهَا وَ سِوَاءَ كَانَ عَالِمًا أَوْ جَاهِلًا إِلَّا أَنَّ يَخْرُجَ الْأَوَّلُ عَنْ مَلِكِهِ فَيَحِلُّ الثَّانِيَةَ أَمَّا حَرْمَةُ الثَّانِيَةِ وَ حَلِيَّةُ الْأُولَى فَلِأَنَّ صَحَابَهُمَا وَ أَنَّ الْحَرَامَ لَا يَحْرَمُ الْحَلَالَ وَ أَمَّا حَلِيَّتُهَا بِإِخْرَاجِ الْأُولَى مِنَ الْمَلِكِ فَلِعَدَمِ صَدَقِ الْجَمْعِ حَيْثُئِذْ فَلَا مَقْتَضَى لِلْحَرْمَةِ. وَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ أُخْرَى أَقْوَاهَا دَلِيلًا مَا تَضَمَّنَتْ حَسَنَةَ الْحَلْبِيِّ بَابِنِ هَاشِمٍ: فِي أُخْتَيْنِ وَطِئَ الْمَالِكِ إِحْدَاهُمَا ثُمَّ وَطِئَ الْأُخْرَى فَقَدْ حَرَمَتْ الْأُولَى حَتَّى تَمُوتَ الْأُخْرَى قَلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ بَاعَهَا أَوْ تَحَلَّى لَهَا الْأُولَى قَالَ إِنْ كَانَ يَبِيعُهَا لِحَاجَةٍ وَ لَا يَخْطُرُ عَلَى قَلْبِهِ مِنَ الْأُخْرَى شَيْءٌ فَلَا أَرَى لَكَ بِأَسَا وَ إِنْ كَانَ يَبِيعُهَا لِيَرْجِعَ إِلَى الْأُولَى فَلَا كِرَاهَةَ وَ نَحْوَهَا رِوَايَةُ الْكِنَانِيِّ إِلَّا أَنَّ فِيهَا سَقَطًا لَا يَخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فَإِنَّ الظَّاهِرَ اتِّحَادَ مَتْنِهَا مَعَ مَتْنِ رِوَايَةِ الْحَلْبِيِّ وَ ظَاهِرَهُمَا وَ إِنْ عَمَّ صُورَةُ الْجَهْلِ إِلَّا أَنَّ فِي بَعْضِ الْمَكَّاسِبِ، ج ٤، ص ٣٩٢

الأخبار تخصيص ذلك بصورة العلم ولا يجوز للرجل أن يعقد على أمته إجماعاً وللتفصيل في قوله إلاً على أزواجهم أو ما ملكت أيمنهم ومعنى عدم الجواز هنا اللغوية ولا يجوز للحررة أي يحرم عليها أن تتكح عبداً إجماعاً أيضاً: وقد حد أمير المؤمنين ع امرأة

أمكنتم نفسها من عبدها

الثاني الكفر

إشارة

و فيه بحثان

الأول يحرم على المسلم نكاح غير الكتابية

إشارة

من النساء الكوافر دائما و متعة و ملك يمين بلا- خلاف كما صرح به غير واحد و إجماعا كما ادعاه آخرون للكتاب و السنة المستفيضة و فيها أى فى الكتابية قولان من حيث حرمة مطلق النكاح أو خصوص الدوام و إلا فقد حكى فى المسألة أقوال ستة و يحتمل أن يكون القولان المذكوران أشهر الأقوال فى المسألة ثم الأشهر منهما و أقربهما عند المصنف و جماعة قدس سرهم حرمة الدائم و جواز المنقطع و ملك اليمين أما حرمة الدائم فلقوله تعالى و لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ و قوله و لا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ مضافا إلى بعض الروايات كرواية الحسن بن الجهم و المحكى من نوادر الراوندى و أما جواز المنقطع فلبعض الروايات المصرحة بالجواز المنجبر ضعفها لو كان بحكاية الإجماع عن غير واحد مضافا إلى ما دل على جواز النكاح بملك اليمين كآية أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ و خصوص الصحيحة فى المجوسية إذا كانت أمه بعد ما استفيد من غير واحدة من الروايات أن المتمتع بمنزلة الأمة كل ذلك مضافا إلى عموم قوله و أَجَلَ لَكُمْ ما وراءَ ذَلِكَمُ خرج منها نكاحهن دواما و ليس فى مقابل المذكور عدا إطلاق الآيتين السابقتين و الروايات و تخصيصها بما ذكرنا طريق الجمع فالقول بالمنع مطلقا ضعيف و أضعف منه القول بالجواز مطلقا لعموم و الْمُخَصَّيْنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ و عموم بعض الأخبار الصحيحة و بعض الروايات و الآية نسخت بقوله لا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ كما فى بعض الروايات و بقوله تعالى و لا- تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ كما يظهر عن بعض آخر و الأخبار مقيدة بالتمتع مع موافقه عمومها لمذهب العامة على ما حكى

و المجوسية كالكتابية

إما لما ورد من ثبوت كتاب لهم و نبى فقتلوا نبينهم و حرقوا كتابهم و إما للنبوى سنوا بهم سنة أهل الكتاب و إما لما ورد بالخصوص من جواز التمتع بالمجوسية مؤيدا بما فى مصححة محمد بن مسلم من جواز نكاح المجوسية بملك اليمين بعد ضم كون المنقطعة بمنزلة الأمة و الصابئون و هم كما قيل طائفة من النصارى كما أن السامرة طائفة إن كانوا ملحدة الأولى منهم عند النصارى و الثانية عند اليهود فكالوثنى لخروجهما حينئذ عن كلتا الملتين فلا- يشار كأنهما فى الحكم للاختلاف فى أصول الملة و إن كانوا مبتدعة متوافقة معهم فى أصل الملة فكالكتابى. و عن مجمع البحرين عن الصادق ع: أنه ليس للصابئة دين و لا- كتاب و مقتضاه أنهم غير كتابيين و عن الشيخ التصريح بذلك و عن المصباح المنير أنهم يدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم ع و عن الصحاح أنهم من أهل الكتاب و حكى عن المحقق الثانى فى شرح القواعد أن الصابئة فرقتان فرقة توافق النصارى فى أصول الدين و الأخرى تخالفهم و يعبدون الكواكب السبعة و تسند الآثار إليها و تنفى الصانع المختار قال و كلام المفيد قريب من هذا و قال إن جمهور

الصائبين توحد الصانع في الأزل و منهم من تجعل معه هيولى فى القدم صنع منها العالم فكانت عندهم الأصل و يعتقدون فى الفلك و ما فىه الحياء و النطق و أنها المدبر لما فى هذا العالم الدائر عليه و عظموا الكواكب و عبدوها من دون الله و سماها بعضهم ملائكة و بعضهم آلهة و بنوا لها بيوتا للعبادات انتهى و عن تفسير القمى الصائبون قوم لا مجوس و لا يهود و لا نصارى و لا مسلمون و لكنهم يعبدون الكواكب و النجوم و عن التبيان و المجمع للطوسى و الطبرى أنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية من الصابئة لأنهم ليسوا من أهل الكتاب و كيف كان فجزوا النكاح منهم فى غاية الإشكال إذ لم يخرج من عموم أدلة التحريم إلا اليهود و النصارى و المجوس و كونهم منهم يحتاج إلى دليل إلا أن يقال إن الشك فى دخولهم فيهم يوجب الشك فى شمول العموم لهم فيبقى على أصل الإباحة لكن الإنصاف أن المتبادر من اليهود و النصارى الخارجين عن العمومات هو ما يقابل الصابئة فالصابئة لو كانت منهم فرضا نشك فى شمول الخاص لهم فيبقى تحت العام ثم اعلم أنه قال فى المسالك لا فرق فى الكتابى بين الذمى و هو القائم بشرائط الذمة منهم و الحربى و هو الناقض لها لعموم الأدلة و فيه إشكال لانصراف اليهود و النصارى إلى الذمى و الله العالم

[البحث الثانى] لو أسلم زوج المرأة الكتابية و المجوسية بقى على نكاحه و إن لم يدخل

إشارة

بغير خلاف بين العلماء حتى المانعين من نكاح الكتابى ابتداء كما يظهر من غير واحد و يدل عليه ما سيأتى فى من أسلم على أكثر من أربع و إن أسلمت المرأة دونه أى دون الرجل فإن كان إسلامها قبل الدخول انفسخ النكاح لحرمة نكاح الكافر على المسلمة و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و لا عدة عليها هنا حتى يتوقف الانفساخ على بقاءه على الكفر حتى تنقضى العدة كما فيما بعد الدخول و لا مهر لها أيضا لأن الحدث جاء من قبلها و يدل على ذلك كله مضافا إلى أن الظاهر أنه المعروف من مذهب الأصحاب كما حكى الصحيح: فى نصرانى تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها قال قد انقطعت عصمتها و لا مهر لها و لا عدة عليها منه و فى رواية السكونى: وجوب نصف المهر لأن الإسلام لم يزلها إلا عزا و هو شاذ و إن كان إسلامها بعده أى بعد الدخول ينتظر العدة عدة الطلاق فإن أسلم فالزوجة باقية و إلا بطلت من حين إسلامها و هذا الحكم فى غير الزوج الكتابى و المجوسى مما لا خلاف فيه ظاهرا كما يظهر من جماعة و أما الكتابى و المجوسى فحكمه أيضا كذلك عند المشهور بل عن الشيخ فى الخلاف دعوى الوفاق و لكنه خالفه فى التهذيبيين و النهاية على ما حكى عنه فحكم بقاء النكاح و إن لم يسلم الكتابى إلا أنه لا يقربها و لا يتمكن من الخلوة بها لرواية محمد بن مسلم و فيها إرسال لكن عن ابن عمير و مرسله جميل بن دراج و فيها على بن حديد: و لو أسلم أحد الحربين قبل الدخول انفسخ العقد و لو كان المسلم هو الزوج لعدم جواز نكاح غير الكتابية ابتداء و لا استدامة إجماعا و عليه نصف المهر إن كان الإسلام منه و قيل عليه جميع المهر لثبوته بالعقد و لا دليل على سقوطه و إلحاقه بالطلاق قياس و إلا لم يكن الإسلام منه بل كان الإسلام منها فلا شىء لما تقدم و إن كان إسلام أحدهما

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٣

بعده أى بعد الدخول ينتظر العدة فإن أسلم الآخر بقى النكاح و إلا يسلم انفسخ بلا خلاف ظاهرا كما صرح به فى الرياض و فيه أنه حكى عليه الإجماع. و يدل على حكم المسألة مع إسلام المرأة أولا المستلزم لثبوته مع العكس بالإجماع و الأولوية و رواية محمد بن مسلم عن ابن عمير و على كل تقدير عليه المهر لاستقراره بالدخول و إن كان الإسلام من المرأة لأن مطلق تفويت البضع لا يوجب الضمان و لهذا لو قتلت نفسها لم يسقط مهرها و كذا لا يضمن المهر من قتلها و لو انتقلت زوجة الذمى الذمية إلى غير الإسلام انفسخ النكاح فى الحال و إن عادت قيل لقوله و مَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ و عموم قوله: فمن بدل دينه فاقتلوه فيجب عليه

بعد التبديل القتل أو تدخل في الإسلام و تنظر في ذلك في المسالك من وجهين الأول أنه لا يجوز أن ينتقل إلى دين يصح عندهم التناكح فيه فلا يفسخ ما دامت فيه الثاني أنها إن قتلت فالانفساخ بالقتل لا بالانتقال و إن أسلمت فينبغي هنا مراعاة انقضاء العدة و عدمه إذا كان بعد الدخول و على كل تقدير لا يعد الفسخ الحاصل باختلاف الدين طلاقا كما هو واضح فإن كان قبل الدخول من المرأة فلا مهر كما تقدم و إن كان من الرجل فعليه من المهر على ما حكى عن المشهور نصفه و قد تقدم أنه محل نظر و إن كان بعد الدخول فالمسمى من أيهما كان موجب الفسخ لاستقراره بالدخول و لو كان المهر المسمى فاسدا.

فمهر المثل مع الدخول

و إن كان أسلم قبله فعليه المتعة حملا له على طلاق المفوضة و فيه نظر لعدم كونه طلاقا و لا المرأة مفوضة و لو ارتد من الزوجين أحدهما قبل الدخول انفسخ العقد في الحال لأن المرتد إن كان هو الزوج و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و إن كانت الزوجة فلا يجوز البقاء على نكاح غير الكتابية و المجوسية إجماعا و لا عدة قبل الدخول حتى ينتظر و حينئذ فإن كان الارتداد من الزوجة فلا مهر لها لأن الحدث جاء من قبلها و إلا يكن منها كان على الزوج المرتد نصفه إلحاقا له بالطلاق كما تقدم مع النظر فيه و الخلاف و إن كان ارتداد أحدهما بعد الدخول فالجميع لازم لها لاستقراره و يفسخ العقد في الحال إن كان المرتد هو الزوج و كان ارتداده عن فطرة لعدم قبول الإسلام فيه حتى ينتظر العدة كما في غيره من الكفار و إن كان ارتداده عن غيرها أو كانت المرتدة هي الزوجة وقف الانفساخ على انقضاء العدة مع بقاء المرتد عنهما على ارتداده و هذا الحكم و إن خلا عن النص بل في بعض الأخبار البيونة بمجرد الردة إلا- أن وقوفه على انقضاء العدة الظاهر أنه لا خلاف فيه. و صرح به في الرياض و حكى التصريح بالاتفاق عن بعض مضافا إلى أن الأصل بقاء النكاح فإن وطئها الزوج لشبهه في العدة قال الشيخ عليه مهرا كما لو وطئ مطلقه في العدة البائنة هذا مع عدم الإسلام في العدة فيكشف ذلك عن بينونتها من حين الردة فتكون أجنبية كالمطلقه و فيه نظر لأنها بحكم الزوجة و لهذا لا يحتاج إلى تجديد نكاح بعد الإسلام فليست كالمطلقه

الباب الثالث العقد و الوطئ

إذا عقد الحر غبطة أي دواما على أربع حرائر أو حرتين أو أمتين حرم الزائد إجماعا على الظاهر كما يظهر من جماعة و به روايات كحسنة زرارة و محمد بن مسلم: إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة في ظاهر المرأة التي طلق و قال لا يجمع ماءه في خمسة و نحوها روايتا على بن حمزة و محمد بن قيس و لا خلاف أيضا كما قيل في أنه لا يحل له ثلاث إماء و إن لم يكن معهن حرة. و في الرياض أنه حكى جماعة الإجماع عليه و استدلل له في الرياض و الحدائق برواية أبي بصير: لا يصلح أن يتزوج ثلاث إماء و لكن تنظر فيه الرياض و لا خلاف أيضا ظاهرا من غير واحد أنه يحرم على العبد تزويج ما زاد على الحرتين أو حرة أو أمتين أو أربع إماء و يدل عليه رواية محمد بن مسلم عن العبد يتزوج حرتين و إن شاء تزوج أربع إماء قيل و المعتقد بعضه كالحرة في حق الإماء كما يظهر فلا يزيد على أمتين و كالعبد في حق الحرائر فلا يزيد على حرتين و المعتقد بعضها كالحرة في حق العبد و كالأمة في حق الحر قيل و لعله لتغليب الحرام إذا اجتمع مع الحلال و العبد و الحر لو استكملا العدد في الدائم حل لهما بملك اليمين و المتعة ما أرادا أما عدم الحصر في ملك اليمين فموضع وفاق كما صرح في المسالك لعموم قوله تعالى أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ و أما في المنقطع فهو المشهور و عن الحلبي الإجماع عليه للروايات الكثيرة. و عن القاضي تحريم ما زاد على الأربع لما ورد في بعض الروايات أنها أي المنقطة عن الأربع و حمل على الاستحباب لأنه متى جعلها من الأربع و اطلع عليه المخالفون أمكن أن يدعى أنها دائمة بخلاف ما إذا زاد و يدل عليه قول أبي الحسن ع لصفوان إنه قال أبو جعفر ع: اجعلوهن من الأربع قلت على الاحتياط قال نعم

و المراد به الاحتياط من المخالفين و اعلم أنه لو طلق واحدة من كمال العدد بائنا جاز له نكاح غيرها و أختها على كراهية في الحال أما الجواز فلانقطاع عصمة المطلقة على ما يستفاد من الروايات و أما الكراهة فلورود النهى عن الخامسة قبل انقضاء عدة الرابعة الشامل لغير الرجعية و كذا عن الأخت على كراهة و لو كان الطلاق رجعيا حرمت الأخرى و الأخت إلا بعد العدة لأنها بحكم الزوجة ما دامت في العدة ثم المحكى عن الأكثر بل المشهور إلحاق عدة المتعة بعده البائن و يشهد له تعليل الجواز في عدة البائن بانقطاع عصمتها الجارى في المنقطع أيضا. و فى بعض الأخبار وجوب التربص إلى انقضائها فيتزوج أختها و حكى القول به عن المقنع و هو أحوط و قول المشهور أقوى و لو تزوج خمسا فى عقد واحد أو تزوج اثنتين و معه ثلاث أو تزوج أختين فى عقد واحد بطل العقد بالنسبة إلى كليهما للزوم الترجيح بلا مرجح و قيل يتخير و يدل عليه حسنة جميل و قد مر نظيره فى الأختين أيضا و إذا طلقت الحرة ثلاثا بينهما رجعتان بالرجوع أو باستيناف العقد حرمت المطلقة إلا بالمحلل الذى يأتى تفصيله فى باب الطلاق سواء كان المطلق حرا أو عبدا و الأمة تحرم بطلقتين سواء كانت تحت حر أو عبد بلا خلاف كما يظهر لما دل من أن الاعتبار فى الطلاق و العدة بالزوجة دون الزوج فإن طلقت المرأة تسعا للعدة ينكحها بينهما رجلان بأن طلقها فراجعها فى العدة و وطئها ثم طلقها ثم راجعها و وطئها ثم طلقها فتزوجها المحلل ثم بعد فراقه تزوجها فطلقها ثلاثا بينهما رجعتان مع الوطى ثم تزوجها المحلل ثم بعد فراقها تزوجها الأول فطلقها ثلاثا بينهما رجعتان مع الوطى حرمت أبدا. و إطلاق طلاق العدة على المطلقات التسع مجاز لأن طلاق العدة ليس إلا ستة منها ثم إن غير واحدة من الروايات ليس فيها تقييد المطلقات بكونها للعدة كرواية أبى بصير المحكية عن الكافى

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٤

و رواية جميل المحكية عن المشايخ الثلاثة و رواية أديم بن بياح الهروى المروية فى التهذيب و المحكية عن الكافى و عن كتاب الحسين بن سعيد. نعم حكى عن الخصال فى رواية عد المحرمات من الأزواج قول الصادق ع و تزويج الرجل امرأة طلقها للعدة تسع تطبيقات و نحو ذلك حكى عن الفقه الرضوى و حيث إنهما فى مقام البيان تدلان على نفى الغير بالمفهوم مع أن فى الرضوى دلالة بالمنطوق ظاهر و نحوهما فتوى على بن إبراهيم الكاشفة عن وجود النص فيصلح هذا كله بعد اشتها مضمونها لتقييد تلك المطلقات مضافا إلى رواية معتبرة رواها عبد الله بن بكير فى عدم احتياج المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بعد انقضاء عدة كل طلاق إلى المحلل. فإن قوله ع فيها له أن يتزوجها أبدا معناه إلى أنه لا تصير المرأة عليه محرمة أبدا بل يجوز تزويجها أبدا بعد المحلل فى كل ثلاث ثم بناء على اختصاص الحرمة الأبدية بالمطلقة للعدة فلو كان فى كل من الأدوار الثلاثة طلاق واحد للعدة لم يحصل التحريم الأبدى و كذا لو كان فى بعض الأدوار طلاقان للعدة و فى بعض آخر واحد هذا كله فى الحرة و أما فى الأمة فالحكم فيه بتحريمها مؤبدا محل نظر من أن المطلقات الست فيها بمنزلة التسع فى الحرة حيث إنها تحرم بعد كل طلقين حتى تنكح زوجها غيره و من أن حكم النص معلق على تسع طلاقات بينها محللان فإذا طلقت الأمة بين كل طلقين محلل يصدق عليها أنها طلقت تسعا و نكحت بينها رجلان و إن كان قد نكحها بينها أكثر حينئذ إلا- أن ذلك لا ينفى صدق الرجلين و من أن الظاهر المتبادر من النص هى الحرة. فينبغى أن تبقى الأمة على أصالة الإباحة مع أن ظاهر تحلل الرجلين نفى الزائد فيصير هذا قرينة لإرادة الحرة و اعلم أن عقد على امرأة فى عدتها الرجعية أو البائنة دواما أو انقطاعا أو للوفاء عالما بالحكم و الموضوع حرمت المرأة عليه أبدا و إن لم يدخل بها و كذا إن جهل العدة و التحريم أو أحدهما و لكن دخل و لو لم يدخل بطل العقد و له استينافه بعد الانقضاء اتفاقا فى الجميع كما يظهر من غير واحد و يدل عليها أخبار منها حسنة الحلبي عن أبى عبد الله ع قال: إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها و دخل بها لم تحل له أبدا عالما كان أو جاهلا و إن لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر و إطلاق التحريم بالدخول مع الجهل يشمل ما لو وقع الدخول فى العدة أو بعدها. و حسنته الأخرى عن أبى عبد الله ع قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع و تتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر و عشرا قال إن كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له أبدا و اعتدت بما بقى عليها من الأول و استقلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الأول و هو خاطب من الخطاب و صريحها الدخول فى العدة و نحوها فى

الصراحة موثقة محمد بن مسلم لكن لا يخفى أن اختصاص موردها بصورة الدخول في العقد لا تقتضى اختصاص الحكم بذلك فبقى إطلاق رواية الحلبي السابقة ونحوها على حالها. وصرح في المسالك باشتراط الدخول في العدة في التحريم و لعل وجهه أن الدخول مع الجهل إنما يوجب التحريم إذا وقع في زمان لا يصلح الزوجة للنكاح و بعد الدخول لا فرق بين الدخول بها و غيرها فمن لم يعتقد عليها العدة و جوابه واضح لاحتمال مدخلة العقد في ذلك مضافا إلى أنه اجتهاد في مقابلة إطلاق النص إلا أن يدعى ظهور ذلك من النص ثم إن بعضهم صرحوا بلحوق عدة الشبهة بعده الطلاق و المتمتع و في دلالة النصوص عليه تأمل لانصراف العدة إلى غيرها ثم إذا كان الدخول بالمعقودة في العدة لشبهة استحقت المهر مع جهلها و هل هو المسمى أو مهر المثل قولان أقواهما الثاني فساد المسمى بفساد العقد و اعتدت من وطء الشبهة بعد إتمام عدتها الأولى للحسنه الثانية و رواية محمد بن مسلم المتقدمين.

و في بعض الأخبار ما يدل على الاكتفاء بعده واحدة و هل يلحق مدة استبراء الأمة فيه إشكال الأقوى العدم اقتصارا على مورد الدليل و هل يلحق بالمعتدة ذات البعل قيل فيه وجهان من مساواتها لها في المعنى و من انتفاء العدة التي هي مورد النص و في الوجهين نظر لا- يخفى إذ السماوات لا تصلح دليلا للحكم الشرعي حتى يتعدى و لا النص مختص بالمعتدة حتى يقتصر بل الأقوى الإلحاق أما التحريم مع العقد عليها عالما لموثقة أديم بن بياح الهروي قال قال أبو عبد الله ع: التي تتزوج و لها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان خرج منه ما لو جهل و لم يدخل بقي ما لو علم أو دخل و نحوها مرفوعة أحمد بن محمد و عبارة الرضوى و يدل على التحريم مع الدخول مضافا إلى الموثقة المذكورة موثقة زرارة: في المرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك ثم طلقها زوجها أو مات عنها قال تعتد عنهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة ليس للآخر أن يتزوجها أبدا و نحوها خبر آخر و لا يعارضها الصحيح الآتي بالعموم من وجه لظهورها في صورة الجهل مع وجوب الرجوع على هذا الفرض إلى عموم موثقة أديم بن بياح الهروي و نحوها مضافا إلى الأولوية الجلية فإن بقاء النكاح لو لم يؤكد التحريم لم ينفه قطعا. و أما عدم التحريم مع الجهل و عدم الدخول فالظاهر أنه مما لا خلاف فيه و صرح بدعوى الإجماع في الرياض و في الحدائق ليس فيه خلاف يعرف و يدل عليه أيضا الصحيح: عمن تزوج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم فطلقها الأول أو مات عنها ثم علم الآخر أ يراجعها قال لا حتى تنقضى عدتها و أما التحريم مع الدخول و العلم فهو اتفقي لأنه زنى بذات البعل و يدل عليه غير واحد من الأخبار و على كل حال فإن دخل بها مع الجهل لحق به الولد إن جاء لسته أشهر منذ وطئها لأن وطء الشبهة بمنزلة الصحيح و فرق بينهما و عليه المهر مع جهلها لا علمها إذ لا مهر لبعي و تتم عدة الأولى لكونها فيها و تقدم سببها و تستأنف أخرى كل ذلك علم مما سبق و لو زنى بذات بعل أو في عدة رجعية حرمت المزني بها على الزاني أبدا بلا خلاف فيه ظاهرا.

و حكى في الرياض الإجماع عليه عن جماعة و في الحدائق عن غير واحد و يدل عليه فحوى ما تقدم من الحكم بالحرمة مع العقد عالما بدون الدخول و كذا الدخول مع الجهل مضافا إلى صريح المحكى عن الرضوى في تحريم الزنى بذات البعل و أنه لا يحل للزاني تزويجها أبدا و أنه يقال لزوجها يوم القيامة خذ من حسناته ما شئت و يدل على حكم المعتدة رجعيًا بانضمام ما دل على أنها بمنزلة الزوجة و قد يستدل بما تقدم من الدليل على التحريم بالعقد و الدخول الشامل بصورة العلم و هو الزنى و فيه نظر إذ لعل للزنى المستند إلى العقد تغليظ عقوبة حيث استند في العمل القبيح إلى الأسباب الشرعية فجعلها واسطة في خلاف ما وضع لأجله و لذا عد معصية الله سبحانه فيما يكون بصورة العبادة أغلظ من غيرها و لهذا لو زنى غيرها من المعتدات لم تحرم عليه عند المصنف و غيره مع أن العقد عليها مع الدخول بها محرم

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٥

إجماعا كما تقدم. نعم ربما يحتمل التحريم هنا من جهة فحوى حكم الدخول بها مجردا و العقد المجرد عليها عالما و فيه تأمل و في حكم المعتدات غيرها الخالية عن الزوج و الموطوءة بشبهة و الموطوءة بالملك و كذا الحكم فيما لو أصرت امرأته عليه أى على الزنى فإنه لا- يوجب حرمتها عليه و إن عقد المحرم على امرأة عالما بالتحريم حرمت مؤبدا و إن لم يدخل بها إجماعا حكاه في

الرياض عن جماعة و يدل عليه المحكى عن الخصال و بعض الروايات و إن كان جاهلا- فسد عقده إجماعا و لكن لا تحرم على الأشهر بل عن التذكرة و المنتهى الإجماع عليه و يدل عليه المحكى عن كتاب الحسين بن سعيد و مفهوم الخبر المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لا تحل له أبدا خلافا للمحكى عن المقنع و سلالر فحكموا بالتحريم لعموم ما دل عليه. و من أوقب غلاما أو رجلا و لو بإدخال بعض الحشفة الغير الموجب للغسل على تأمل فيه من جهة انصراف النصوص و الفتاوى إلى غيرها حرمت عليه أمه و إن علت و بنته و إن نزلت و أخته لا- بناتها اتفاقا فى جميع ذلك على الظاهر المصرح به فى كلام بعض و المحكى فى كلام آخرين و لا تحرم واحدة من هؤلاء لو سبق العقد عليها اللواط بشرط وقوعه حال الزوجية أما لو عقد على إحداهن ففارقها ففعل ذلك القبيح فالظاهر حرمة تزويج المفارقة لأن عموم قوله: لا- يحرم الحرام الحلال فى الحلال بالفعل و هكذا حكم غير المسألة من مسائل المصاهرة و ما يلحقها ثم إن أصل الحكم فى صورة العقد اتفقى لا مخالف فيه فتوى و رواية إلا ما يظهر من بعض الروايات: من أن من أتى أختا امرأته حرمت عليه امرأته و هى محمولة على إرادة أخ من صدق عليها أنها امرأته فى الحال دون زمان الإتيان و إن كان مخالفا للظاهر لأن ظاهر الموضوعات المتصفة بعنوان ثبوت الوصف العنوانى فيها حال عروض المحمول لها حال الإخبار عن وقوعها. و ظاهر إطلاق العبارة كسائر العبارات عدم الفرق فى الفاعل بين الصغير و الكبير إلا أن المذكور فى الأخبار هو الرجل و حمله على كونه رجلا لها حال الحكاية بعيد كما عرفت و يؤيده الحكم بالتحريم عليه حيث إنه من عوارض أفعال البالغين اللهم إلا أن يقال إن المراد بالتحريم فى هذه المقامات هو مجرد الفساد كما أن صيغة النهى قد تستعمل لمحض ذلك فكذا مادة التحريم و اعلم أن المشهور أنه لا- يحرم على المفعول بسبب هذا العمل أحد من أقارب الفاعل. و حكى عن شرح النافع حكاية نقل القول بإلحاقه بالفاعل عن بعض و من لا عن امرأة حرمت عليه أبدا بلا خلاف فى ذلك ظاهرا كما صرح به غير واحد و سيأتى الكلام فيه و كذا لو قذفها صما أو خرسا فيما يجب اللعان لو لا خرسها أو صمها بأن يرميها بالزنى مع دعوى المشاهدة و عدم البينة قيل و الحكم بالرواية مختص بجامعة الوصفين لكن المحكى عن الأكثر الاكتفاء بأخذ الأمرين و عن الغنية و السرائر الإجماع قيل و فى بعض مواضع من التهذيب ذكر الرواية بعطف أحدهما على الآخر بلفظ أو بدل الواو و الموجود عندى هو ذكر لفظ أو فى الرواية المروية فى التهذيب عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبى بصير و ذكر عبارة الفقيه قبل هذه الرواية بلفظ أو أيضا. نعم فى بعض الروايات الاكتفاء بالخرس وحده و يثبت الاكتفاء بالصمم وحده بعدم القول بالفصل. و حكى عن الصدوق تعدى الحكم إلى ما لو قذف الزوجة زوجها الأصم للمرسل و كل مقام ثبت الحرمة فالواجب تمام المهر و إن كان قبل الدخول لأن إلحاقه بالطلاق قياس لا نقول به ثم هل ينفى بذلك الولد عن أبيه الملاعن أم لا وجهان و لو دخل الزوج بصبيته لم تبلغ تسعا و تزوجها فعل محرما بلا خلاف كما يظهر من كلام بعضهم و لم يحرم عليه بذلك ما لم يفضها على المعروف ممن عدا الشيخ و له إطلاق بعض الروايات فلو أفضاها يجعل مسلك البول و الحيض واحدا و ربما فسر بجعل مسلك الحيض و الغائط واحد و هو بعيد الوقوع حرمت عليه أبدا لمرسلة زيد بن يعقوب و عليه الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما لرواية الحلبي و هل تبين منه بغير طلاق أم لا ظاهر رواية يزيد بن معاوية و رواية حمران المحكية عن الفقيه بل صريحهما الثانى و ظاهر المرسلة المتقدمة الأول و هو المحكى عن ابن حمزة و أيده فى المسالك تبعا للمحقق الثانى على ما حكى

بأن التحريم المؤبد ينافى النكاح إذ ثمرته حل الاستمتاع و لأنه يمنع النكاح سابقا فيقطعه لاحقا كالرضاع و اللعان و القذف للزوجة الصماء و الخرساء. و فيه أن انحصار ثمره النكاح فى حل الاستمتاع إنما توجب عدم جواز ابتداء النكاح على من يحرم الاستمتاع منه لا- بقاءه و أما حرمة النكاح بالرضاع السابق الموجب لانفساخ اللاحق فلوجود الدليل. و الحاصل أن الخروج من أصله بقاء النكاح حرمة الزوجة للغير لا بد له من دليل قاطع و لا اعتبار بالاعتبار قد طعن ابن إدريس على هذا القول بما لا مزيد عليه بل ظاهره ثبوت الاتفاق على عدم بينوتها بغير الطلاق على ما حكى عنه ثم لو طلقها أو قلنا بأنه تبين منه بغير طلاق لو تزوجت فهل يجب على المفضى الإنفاق عليها أيضا أم لا الأظهر الثانى و إن كان مقتضى إطلاق رواية الحلبي الأول و فيها يجب الإجراء عليها ما دامت حية

لانصرافها على صورة عدم تزوجها حيث إن الغالب عدم رغبة الأزواج فيها بعد الإفضاء كما تدل عليه الرواية القابلة بأنه قد أفسدها و أبطلها على الأزواج مضافا إلى ما دل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها الشامل لهذه الزوجة و ليس إطلاق تلك الأدلة أدون من إطلاق هذه الرواية فيتعارضان حيث يدل كل منهما على وجوب الاتفاق عينا و يترجح تلك الأدلة باعتبار موافقتها للقواعد الشرعية من كون النفقة في مقابل التمكين و غير ذلك مما لا يخفى

الباب الرابع في موجب الخيار و هو العيب و التدليس

الأول في العيب

العيوب المجوزة لفسخ النكاح في الرجل أربعة الجنون و الخصى و الجب و العنة

و سيأتى الدليل على كونها عيوباً و تفصيل أحكامها و هل الجذام و البرص عيب في الرجل فيه قولان الأشهر لا و المحكى عن القاضى و الإسكافى و الشهيد الثانى نعم لعموم الصحيح: إنما يرد النكاح من البرص و الجنون و الجذام و الفعل و لأدائه إلى الضرر لأنهما من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء. و فى الخبر: فر من الجذام فرارك من الأسد مع أنها عيب فى المرأة مع طريق التخلص للرجل إلى فراقها بالطلاق فثبوتها فى الرجل بطريق أولى حيث لا طريق للمرأة إلى فراقه بوجه آخر و رد باختصاص الصحيح بالمرأة بحكم سياقه و السؤال المذكور له فى غير التهذيب و التخلص يمكن مع الضرر بإجبار الحاكم له على الطلاق لو تضررت بالمباشرة و المعاشرة مضافا

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٦

إلى أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الأمراض المعدية و هل يرد بالعمى المحكى عن القاضى و الإسكافى. نعم و ألحق الثانى به العرج و الزمن الثابت قبل العقد أو بعده و حكى عن الشيخ فى المبسوط أنه عد من العيوب ما لو ظهر الزوج خنثى. و فى المسالك أن موضع الخلاف ما إذا كان محكوما بالذكورية بالأمارات للتنفر عنه و عدم حصول الاطمئنان بالأمارات أما لو كان مشكلا تبين فساد النكاح و عيوب المرأة سبعة الجنون و الجذام و البرص و القرن بسكون الرء و هو العفل و هو لحم ينبت فى قبل المرأة أو شىء يخرج من قبل المرأة شبه الأدره للرجل أعنى انتفاخ الخصيتين أو عظم كالسن فى قبل المرأة. و اتحاد العفل و القرن هو المحكى عن أكثر أهل اللغة و الفقهاء و يدل عليه الصحيح: المرأة ترد من أربعة أشياء البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع فإذا وقع عليها فلا- و نحوها خبر آخر كما قيل ثم إنه لا خلاف نصا و فتوى فى أن هذه الأربعة عيوب فى المرأة توجب الفسخ و لا فرق فى الجنون بين المطبق و الأدوارى و هل القرن عيب مطلقا أو بشرط كونه مانعا عن الجماع بسهولة و لذا أطلق فى كلام جماعة من أهل اللغة أنه يمنع الوطى و لكن يستفاد من غير واحد من الأخبار إمكان وطئها و على كل حال فالمحكى عن الشيخ و الأكثر هو عدم ثبوت الخيار مع إمكان الوطى للأصل و عدم ثبوت المقتضى للخيار فإنه إنما نشأ من حيث المنع عن الوطى و حكى عن الشيخ و الأكثر عدم ثبوت الخيار أيضا و مال إليه المحقق فى الشرائع لإطلاق الأخبار و تصريح بعضها بالخيار و لو مع الدخول ثم إن الخيار إنما يثبت بالجذام و البرص إذا تحققا بشهادة أهل الخبرة و يظهر من بعض اعتبار التعدد فيه لأنها شهادة و فى اعتبار العدالة نظر و قد يشته بهق بالبرص.

و الخامس من العيوب الإفضاء

و هو جعل المسلكين واحدا و لا خلاف ظاهرا فى ثبوت الخيار به كما يظهر من غير واحد و يدل عليه مصححة الحذاء.

و السادس العمى

و لا خلاف فيه ظاهرا إلا ما يحكى عن ظاهر المقنع و المبسوط و يدل عليه مصححة داود بن سرحان و موثقة ابن مسلم.

و السابع العرج مطلقا

على ما حكى عن الشيخين و الإسكافى و الحلبي و أكثر الأصحاب لمصححة داود بن سرحان و موثقة محمد بن مسلم أو بشرط كونه بينا كما ذهب إليه آخرون منهم المصنف قدس سره فى المختلف و التحرير و يمكن أن يراد به ما كان كثيرا متفاحشا لبعده كون اليسير جدا عيبا بل الأخبار أيضا منصرفه إلى البين و قيل ليس بعيب مطلقا و قيل إنه عيب إن بلغ الإقعاد و الأول أقوى

و هل يثبت الخيار بالرتق

و هو على ما حكى من أهل اللغة التحام الفرج بحيث لا يكون للذكر فيه مدخل و عن التحرير أنه لحم يثبت فى الفرج فيرادف العفل فيه قولان أظهرهما نعم لعموم التعليل فى رواية أبى الصباح: عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا قال هى لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها ترد و هى صاغرة قلت فإن كان دخل بها قال إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها يعنى الجامعة ثم جامعها فقد رضى بها و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء طلق بعد و إن شاء أمسك و نحوها رواية الحسن بن صالح عن الفقيه و الكافى و المراد بالطلاق هو الطلاق اللغوى بالفسخ لا الطلاق الشرعى

و اختلف فى المحدودة فى الفجور

ففى كثير من المتقدمين بل عن أكثرهم أنها ترد للعار على الزوج و لم أجد فى الروايات ما يدل على هذا الحكم. نعم فى بعض الروايات عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت قال إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها و إن شاء تركها و هذا يدل على جواز الرجوع على وليها بالصداق أو ليس إلا كونه عيبا يفسخ به و عن الشيخ أنه حكم بضمنان الولى مع عدم الخيار و عن المختلف رده بأنهما لا يجتمعان و إثبات مثل هذا الحكم بمثل هذا المستند مشكل

و تفسخ المرأة نكاحها بالجنون الحاصل للرجل

و إن كان أدوارا سواء تجدد بعد الوطى أو كان سابقا عليه أو على العقد بلا خلاف صريح إذا كان لا يعقل أوقات الصلاة و إن كان يعقل فإن كان قبل العقد أو مقارنا له فالمعروف عن عدا بن حمزة الفسخ أيضا و إن كان متأخرا عن العقد فالمحكى عن أكثر المتقدمين عدم الفسخ خلافا لكثير من المتأخرين و لهم إطلاق رواية على بن حمزة عن أبى إبراهيم ع: عن المرأة يكون لها زوج و قد أصيب فى عقله بعد ما تزوجها أو عرض لها جنون فقال لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت و أضاف إليها فى المسالك إطلاق

صحيحة الحلبي أنه إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و العفل و الجنون و اعترض بأن ظاهر السؤال المذكور في هذه الرواية في غير التهذيب هو حكم المرأة. نعم أورد في التهذيب من غير سؤال و استدلل للقضاء بالمحكي عن الفقه الرضوي و المسألة محل إشكال

و تفسخ المرأة نكاحها بالخصاء

و هو سل الأثنيين و إخراجهما و في معناه حكما الوجاء و هو رض الخصيتين و حكي عن بعض أنه أفراد الخصاء فيعمه كلما دل على ثبوت خيار الفسخ بالخصاء من الأخبار الكثيرة و ظاهر اتفاق الفتاوى. نعم حكي عن الشيخ في الخلاف و المبسوط أن الخصاء ليس يعيب لأنه يقدر على الوطى و يباليغ فيه أكثر من غيره من جهة عدم الإنزال و هو ضعيف في مقابلة النصوص و إن لم يكن من أفرادة فإلحاقه به مشكل و هذا الحكم في الخصاء ثابت إن كان حصوله سابقا على العقد و إلا يكن سابقا فلا خيار لها لأصالة بقاء النكاح و اختصاص أدلة الفسخ بصورة تدليس الخصى و هو ظاهر بل صريح في تقدم خصائه على العقد

و تفسخ المرأة أيضا نكاحها بالعنة

و هو كما قيل مرض يعجز معه من الإيلاج لضعف الذكر عن الانتشار من دون تقييد بعدم إرادة النساء و ربما حكي عن المصباح المنير عن بعض أهل اللغة اعتباره. و حكي عن الفقهاء الاكتفاء بالأول و يشهد بذلك رواية الكنانى و رواية أبى بصير المعبرتان عن العنن بعدم القدرة على النساء من دون تقييد بعدم إرادتهن و ثبوت الفسخ بها ثابت بالإجماع ظاهرا كما يظهر من غير واحد و يدل عليه الأخبار المستفيضة و إطلاق غير واحد منهما يدل على ثبوت الخيار و إن تجددت بعد العقد قبل الوطى و أما لو تجددت بعد الوطى و لو مرة كما فى روايتى السكونى و إسحاق أو عن عنها خاصة أو عن القبل خاصة فلا خيار خلافا فى الأول للمحكي عن المصنف و جماعة لإطلاق بعض النصوص و قد عرفت أنها مقيدة بالروايتين المنجرتين بفتوى الأكثر و حكاية الإجماع عن المعبر و فى الثانى عن المفيد خاصة فاكفى بالعنة عنها خاصة لبعض الأخبار و يقيد

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٧

بما فى بعض آخر من اعتبار العجز عن إتيان النساء و لو ادعى الزوج الوطى لها أو لغيرها بعد ثبوت العنة صدق المدعى باليمين و علل بأنه فعله فلا يعرف إلا من قبله و تعذر الإشهاد عليه فكان كالعنة فى النساء و قيل إن المرأة لو كانت بكرا نظر إليها من يوثق بها من النساء و إن كانت ثيبا حشى قبلها خلوقا حيث لا يعلم فإن ظهر شىء منه على العضو صدق ثم مع ثبوت العنة بإقراره أو بما فى حكمه إن صبرت المرأة فلا فسخ و إلا تصبر رفعت أمره إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة بلا خلاف ظاهر كما ادعى للمحكي عن قرب الإسناد و رواية البخترى عن على ع أنه كان يقضى فى العنين أنه يؤجل سنة من يوم مرافعة المرأة فإن وطئها أو غيرها كما مر مع خلاف المفيد فلا فسخ و إلا فسخت و لها نصف المهر لمصححة أبى حمزة و المحكى عن الفقه الرضوي و إلا فليس الفسخ طلاقا يوجب تنصيف المهر بل مقتضى الفسخ عدم المهر أصلا و لهذا لا شىء لها لو فسخت لغيره أى غير العنن قبل الدخول. و فى احتساب مدة السفر من السنة إشكال و لو رضيت بأن يقيم معها فطلقها ثم جدد العقد عليها فلا خيار لها مع العلم بأنه الزوج السابق أما لو وطئها فى العقد الأول ثم عن فى الثانى فلها الخيار و وجهه واضح. و أما الجب و هو قطع الذكر فإن استوعب العضو فسخت المرأة به و إلا يستوعبه بل بقى مقدار الحشفة فلا فسخ أما الفسخ فى الأول فقد حكى عن المبسوط و الخلاف عدم الخلاف فيه و يدل عليه عموم رواية الكنانى الدالة على ثبوت الفسخ فى امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع مضافا إلى فحوى ثبوت الخيار فى الخصى مع إمكان الوطى فيه بل قيل إنه يباليغ فيه أكثر من غيره. و فى العنن مع إمكان زواله مضافا إلى نفى الضرر و أما عدم الفسخ لو بقى مقدار

الحشفة فادعى عليه الإجماع مضافا إلى لزوم الاقتصار في مخالفة الأصل على موضع النص و لهذا لو تجدد الجب بعد العقد فلا خيار و قيل بثبوته لعموم مصححة الكنانى و رواية ابن مسكان عن أبى بصير فى امرأه ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع و فحوى ثبوته فى العنن و كذا يتحقق الخيار مع الرتق و قد تقدم الكلام فيه هذا إذا لم يكن إزالته بشق موضع الالتحام أو غيره و أما إذا أمكن فإن لم يمتنع المرأة عن الإزالة فلا خيار للأصل و اختصاص ما سبق من الدليل بغير الفرض و لو امتنعت فالذى اختاره المصنف قدس سره هنا هو ثبوت الخيار و فيه إشكال بل لا يبعد أن يقال بإجبارها على الإزالة مع عدم تضررها بها زائدا على ألم الإزالة لأن حق الزوج فى الاستمتاع ثابت لإمكانه و ما تقدم من دليل الخيار لا ينصرف إليه لأن التعليل المذكور فى القرن أعنى عدم القدرة على مجامعتها يراد به عدم القدرة مع إمكان العلاج و إزالة المرض كما هو الظاهر المتبادر و الله العالم.

و اعلم أن الخيار فى الفسخ و العيب و التدليس على الفور

بلا خلاف يعرف كما صرح به جماعة هذا مع العلم بالخيار و الفورية و لو جهل أحدهما فلا يبعد معذوريته إلى زمان العلم لإطلاق الأخبار و استصحاب الخيار و نفي الضرر و إن كان العيب مما يحتاج إثباته إلى المرافعة كان المرافعة فورية فإذا ثبت العيب كان الفسخ فوريا و كذا مرافعة العنن إلى الحاكم و ما يتجدد من عيوب المرأة بعد العقد لا يفسخ به و إن كان تجدد قبل الوطى لأصالة اللزوم و اختصاص أكثر الأخبار كما قيل بصورة سبقها على العقد. نعم بعضها مطلقة و لكن لا تنافى بين المطلقات و المقيدات حتى يحمل عليها إلا أن يدعى انصراف المطلقات إلى صورة تقدمها على العقد كما ادعاه فى الرياض و المسألة لذلك محل إشكال و يمكن أن يستدل على ذلك بأن الأخبار و فتاوى الأصحاب أطبقت على استحقات الزوجه بشيء من المسمى إذا فسخ قبل الدخول و لا- يتأتى ذلك إلا مع سبق العيب على العقد حتى يكون الصداق من أصله متزلزلا أما لو تجددت بعد العقد و المفروض تملك الصداق بالعقد و استقرار ملكها على المشهور فإذا حصل العيب الحادث بعد العقد يحكم بثبوت المهر كلا لأن الفسخ ليس طلاقا و لا أقل من ثبوت نصف المهر لاستقراره بالعقد و عدم وجود عيب حين العقد حتى يوجب تزلزله اللهم إلا أن يقال إن استقرار نصف المهر المجمع عليه إنما هو بالإضافة إلى عدم اشتراطه بالدخول فلا ضرر فى التزام تزلزله بالنسبة إلى العيب الحادث قبل الوطى فتأمل أما إذا تجددت بعد الدخول فينبغى القطع بعدم الخيار بل ادعى الوفاق عليه و يدل عليه كثير من الأخبار.

و حكى عن الشيخ ثبوت الخيار هنا أيضا و لا- يشترط فى الفسخ شرط من شروط الطلاق لأنه ليس طلاقا شرعيا و إن أطلق عليه التطبيق فى غير واحد من الأخبار و المراد الإطلاق و لا التلفظ بصيغة خاصة و لا أن تكون بحضور الحاكم خلافا للمحكى عن شاذ منا إلا فى العنة فإنه لا بد من رفع الأمر إليه ليضرب الأجل و هذا الاستثناء منقطع لأن الفسخ فى العنة لا يتوقف على الحضور عند الحاكم إذ لها الفسخ بعد انقضائه أى بدون الحاكم و كما لا يشترط الحضور عند الحاكم لا يشترط حضور شاهدين لما عرفت من أن الفسخ ليس بطلاق و إذا اختلف الزوجان فى العيب كان القول قول منكر العيب مع عدم البينة لأصالة السلامة و لزوم العقد و على المنكر اليمين فإن نكل أحلف المدعى و يثبت العيب و إذا فسخت المرأة بالعيب أو التدليس قبل الدخول فلا شيء بلا خلاف فتوى و نصا إلا فى الخصى. فقد حكى عن الشيخ و جماعة ثبوت جميع المهر عليه بالخلوة و عن أخرى ثبوت نصف المهر مع عدم الدخول مطلقا لروايتى قرب الإسناد و الفقه الرضوى إلا- فى فسختها لأجل العنة فإن لها النصف و إن كان فسختها بعده أى بعد الدخول كان لها المسمى لاستقراره بالدخول قال فى المسالك و مقتضى القواعد أنه لا فرق بين الفسخ بالعيب الحادث قبل العقد و بعده لأن الفسخ لا يبطله من أصله و لهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية و قال الشيخ فى المبسوط إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارى بعد استقراره و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول و جب مهر المثل لأن الفسخ و إن كان فى الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب فيكون كأنه وقع مفسوخا حين حدوث العيب فيصير كأنه وقع فاسدا

فيلحقه أحكام الفاسد فإن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة وإن كان بعده فلا نفقة للعدة و يجب مهر المثل. ثم قال في المسالك و لا يخفى ضعفه لأن النكاح وقع صحيحا و الفسخ و إن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٨

أصله بل من حين الفسخ خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد فإن دليله لا يجيء انتهى و إن فسخ الرجل قبله أى قبل الدخول فلا مهر لها و لا- عدة عليها بلا- خلاف نسا و فتوى و ادعى الإجماع فى الرياض و إن كان بعده فلها المسمى و يرجع الزوج به على المدلس كما يظهر من الحدائق و ادعى الإجماع عليه فى الرياض و للأخبار فإن كان المدلس هى سقطت إلا أقل ما يمكن أن يكون مهرا لثلاثا تخلو البضع عن عوض و قيل أقل مهر مثلها و الأخبار خالية عن هذا الاستثناء و لهذا أنكروه جماعة كما فى الرياض و ارتضاه و لو لم تكن هى المدلس بأن خفى عيب المرأة عليها و على وليها فلا رجوع للزوج على أحد.

الثانى فى التدليس

و هو إظهار صفة كمال فى المرأة مع انتفائها عنها أو إخفاء صفة نقص و الفرق بينه و بين العيب أن منشأ الخيار فى العيب مجرد ثبوته فى الواقع و فى التدليس اشتراط الصفة بحيث لو لا الاشتراط لم يثبت فلو تزوجها على أنها حرة باشتراط ذلك فى متن العقد لفظا أو ذكره قبله بحيث أجريا العقد على ذلك فخرجت أمه فله الفسخ عملا بمقتضى الشرط إذ ليس فائدته إلا التسلط على الفسخ مع عدمه و حكى عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط البطلان و علل تارة بعموم: المؤمنون عند شروطهم حيث إن مقتضى وجوب الوفاء بمقتضى الشرط عدم بقاء التزويج بدونه ثم رده المعلن باختصاص العموم بغير المستحق أما المستحق فلا يجب عليه الوفاء إذ له إسقاطه لأنه من حقوقه و أخرى بأن نكاح الأمة بدون إذن المولى باطل و رده المعلن بأنه مختص بما إذا لم يكن التزويج بإذن مولاها و كيف كان فهذا القول ضعيف مع إذن المولى و عدمه أما مع إذن المولى فلعوم أو فؤا بالعقود خرج منه الوفاء بالعقد قبل الإمضاء وبقى الباقي و منه هذا العقد بعد الإمضاء و أما مع عدم الإذن فلما تقدم من عدم وقوع العقد باطلا بل موقوفا على إجازة المولى. و مما ذكرنا من الدليل و عموميه يظهر ثبوت خيار الفسخ و إن دخل بها فإن التصرف مع الجهل لا يزيل خيار الشرط فإن لم يفسخ الزوج فلا كلام و إن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا مهر بلا خلاف ظاهر إلا أن سبب الفسخ حصل من قبلها كذا علل و إن كان بعد الدخول فإن كانت المرأة قد دلست نفسها بإذن المولى لها فى التزويج فتزوجت مدلسة دفع المهر إلى المولى لأنه مالك بضع الجارية فله عوضه و لا يسقط حقه بتدليس غيره و تبعها به بعد عتقها إذ فى جعلها فى ذمتها قبله إضرار بالمولى و فى الحكم بعدم استحقاق الزوج شيئا إضرار بالزوج مع إمكان تداركه بما ذكر و اتباعها بالمهر بعد العتق ليس منافيا لحق المولى. نعم لا يقدر المملوك لأن يشغل ذمته و لو على هذا الوجه لأنه مملوك لا يقدر على شيء و لا ينافى ذلك تعلق شيء بذمته قهرا و إن كان سببه اختياريا كما لو أقرض بدون إذن مولاها فلأنه إتلاف اختيارى موجب لضمانه قهرا و إن دلستها مولاها فلا مهر لأن المملوك لا يستحق مهرا و المولى هو المدلس و ثبوت الرجوع على المدلس ينافى الحكم بوجوب الدفع إلى المولى ثم الارتجاع منه ما هو مسبب لغرامة ما يغترمه الزوج فلا معنى لاستحقاقه له ثم الرجوع به عليه و لا يستثنى فى مقابل الوطى شيء من مهر المثل أو أقل يتمول و وجهه فى المسالك بعموم الدليل الدال على الرجوع به على المدلس. و ينبغى أن يراد بالدليل عموم التعليل فى بعض الأخبار المتقدمة فى العيب ففى بعضها فى مقام بيان علة الرجوع إلى ولى المرأة المعيبة إذا دلستها قال ع: و إنما جاز عليه المهر لأنه دلستها و يستفاد هذا من غيره أيضا كما لا يخفى على من راجعها و تعتق عليه أى على مولى الجارية المدلسة لو تلفظ عند التدليس بما يقتضى إنشاء العتق أو الإخبار به على وجه الإقرار و حينئذ فصح العقد مع إذن المرأة سابقا أو إجازتها لاحقا و لها المهر و لا خيار له و الولد حر و على أبيه المغرور قيمته يوم سقط حيا للمولى و يرجع به على الغار و لو كان الغار هو المولى فلا يستحق شيئا لأن الرجوع عليه لمكان غروره ينافى استحقاقه و لو كان الغار عبدا أتبع بالقيمة بعد العتق. و لو انعكس الفرض بأن تزوجت الحرة رجلا على أنه حر فإن عبدا فلها الفسخ فإن كان قبل

الدخول فلا شيء لها لأن الحدث جاء من قبلها و إن كان بعده ثبت لها المهر على السيد إن أذن في العقد لأن إذنه يستلزم تعلق عوض الوطى بدمته و إن كان بغير إذنه أتبع العبد به بعد العتق و اليسار و مستند الخيار في هذا الفرض مضافا إلى أنه مقتضى الشرط مصححة محمد بن مسلم و لو شرط كون المرأة المعينة المعقود عليها بنت مهيئة أى حرة لأن ذات مهر دائما دون الأمة فإنها قد توطأ بالملك كما قد توطأ بالمهر فبانت بنت أمة كان له الخيار في ردها فإن رد قبل الدخول فلا شيء و إن رد بعده فلها مهر المثل بما استحل من فرجها و يرجع به على المدلس. و لا خيار هنا بدون ذكر الشرط في متن العقد و تبع المصنف قدس سره هنا المحقق رحمه الله في الشرائع حيث أطلق الحكم بالخيار في السابق بحيث يمكن أن يعمم لما إذا ذكر الشرط سابقا و أجرى العقد عليه و هنا قيد الحكم بما إذا شرط في متن العقد. و ذكر في المسالك الفرق بين هذه و السابقة من وجهين الأول إطلاق النص هناك حيث ورد السؤال فيها عن رجل تزوج حرة فوجدها أمة دلست نفسها الثاني أن الحرية أمر مهم ففواتها نقص بين يصلح لتسلط من قدم عليه على الرد إذا ظهر خلافه بخلاف الحرة التي أمها حرة أو أمة فإن التفاوت بينهما ليس كالتفاوت بين الحرة و الأمة و لا قريبا منهما بل ربما لا يظهر التفاوت بينهما أو يكون الكمال في جانب بنت الأمة مع اشتراكهما في الوصف بالحرية فلم يكن لفواته أثر إلا مع الشرط في ضمن العقد عملا بعموم الوفاء بالشرط و بفواته يظهر تزلزل العقد هذا كله إذا وقع العقد على المرأة معينة و شرط كونها بنت مهيئة فظهرت بنت أمة أما لو زوجه بنت مهيئة و أدخل عليه امرأة أخرى هي بنت أمة لم يعقد عليها ردت و جوبا بمجرد العلم فإن رد قبل الدخول فلا شيء لها عليه و إن كان بعده مع جهل الزوجة بعدم العقد عليها كان عليه مهر المثل لأجل وطء الشبهة و عليها العدة و يرجع الرجل به أى بالمهر على السابق المدلس و مع علم الزوجة بالحال فلا شيء لها لأنها بغى و لا عدة عليها مع علم الرجل لعدم احترام ماء الزنى و كذا الحكم في كل من سبق إليه غير زوجته و قد ورد به غير واحد من الأخبار و لو شرط البكارة فظهرت ثيبا فلا فسخ لاحتمال زوال البكارة بعد العقد و الأصل تأخر الحادث و مع الشك في تاريخهما لا سبب للفسخ و إن لم يمكن الحكم بتأخر الثيبوبة عن العقد لأن الخيار لا يثبت إلا إذا علم سببه و هو تقدم الثيبوبة على العقد و لو فرض حصول العلم بتاريخ الثيبوبة و شك في زمان العقد فلا خيار أيضا و إن

المكاسب، ج ٤، ص ٣٩٩

كان الأصل تأخر العقد لأن أصالة تأخر العقد لا يثبت تقدم العيب و إن كانا متلازمين عقلا لأن ثبوت أحد المتلازمين عقلا بالأصول الشرعية الظاهرية لا يثبت الآخر كما قرر في محله. و بالجملة لا يحكم بالخيار إلا أن يعلم سبق الثيبوبة على العقد ثم على تقدير عدم الفسخ لعدم العلم بسبقها على العقد أو اختيار البقاء في موضع له الفسخ هل له أن ينقص عن المسمى بنسبته ما بين المهرين أو لا ينقص مطلقا أو ينقص شيء و لم يرد من الشارع تقديره و قد يفسد بالسدس قياسا على الوصية بالشيء أو تقديره موكول إلى نظر الحاكم أقوال و على الأول بأن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكارة فيلزم التفاوت كأرش ما بين الصحة و المعيب و ضعف بأن ذلك إنما يكون حيث تثبت فواته قبل العقد أما مع إمكان تجدده بعده فلا دليل على سقوط شيء من المسمى و هذا الإيراد يبنى عن تسليم النقص مع تحقق سبق الثيبوبة. و وجه القول الثالث بوروده فإنه ينقص بقول مجمل فإما أن يحمل على مسمى الشيء أو يحمل على السدس أو يفوض إلى الحاكم و وجه العدم مطلقا هو أن النقص على خلاف الأصل فإن مقتضى العقد و جوب جميعه فإن أمضى العقد و جب العمل بمقتضاه و ليس للشرط تأثير إلا الخيار بين الرد و الإمساك و لهذا لا يحكم بشيء مع فوات الوصف المشروط في المبيع و هذا أقوى لو لا- الرواية المصححة الواردة في النقص و معها فيوجه و كوله إلى نظر الحاكم و حينئذ فالأولى أن يقال إن على الحاكم أن ينظر في نفس هذه المسألة الخلافية و يحكم بما يؤدي إليه نظره بل قد يقال إن و كوله ما ينقص إلى الحاكم لا- دليل عليه لأن تعيين ما أبهمه الشارع ليس موكولا إلى الحاكم و يمكن أن يقال إن الظاهر من الرواية حيث لم يبين مقدار النقص هو نقص التفاوت لأنه المتعارف في تدارك الفات و قد وكله الشارع إلى التعارف بل مقصود السائل أيضا السؤال عن نقص التفاوت كما لا يخفى على من تأمل قليلا و لو شرط إسلامها فبانت كتابية فإن قلنا بجواز ابتداء النكاح الكتابية فله الفسخ

قضية للشرط و لا خيار مع عدم ذكر الشرط في متن العقد لأصالة اللزوم كما في كل عقد لم يذكر في متنه شرط و لو تزوجت على أنه حر فبان مملوكا فلها الفسخ و قد تقدم أن لها المهر مع الدخول و لو أدخلت امرأة كل من الزوجين على الآخر فلها مهر المثل على الواطئ بشبهة و المسمى على الزوج و ترد زوجه كل منهما إليه و لكن لا يطأها إلا بعد العدة

مسألة لا خلاف بين الأصحاب كما صرح به جماعة في وجوب القسم بين الزوجات في الجملة

إشارة

و يدل عليه الأخبار المستفيضة أيضا و إنما الإشكال و الخلاف في أنه هل يجب بنفس العقد و التمكين فيجب للزوجة الواحدة ليلة من أربع ليال و للثنتين ليلتان و للثلاث ثلاث و الفاضل عن تمام الأربع له يضعه حيث يشاء فإن كن أربعاً فليس له شيء للفاضل من الليلي و كلما فرغ دوره من القسمة يجب عليه الشروع في دوره أخرى أم يتوقف وجوبه على الشروع في القسمة و يتفرع عليه كما ذكره جماعة و نسبه بعض إلى الأصحاب عدم الوجوب للزوجة الواحدة و عدم وجوب الابتداء بها للمتعددة.

نعم لو بات عند واحدة ليلا يجب عليه المبيت عند غيرها فإذا انقضت دوره القسمة يجب عليه استئناف دوره أخرى إلى أن يبيت عند بعضهن فيجب عليه إيفاء القسمة للباقيات ثم لا يجب عليه الاستئناف و هكذا و المشهور كما صرح به جماعة على الأول و حكى عن الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و العلامة في التحرير الثاني و اختاره الشهيد و سبطه و صاحب الكفاية و صاحب الحدائق و قواه في الرياض.

و يمكن أن يستدل للمشهور بجملة من الآيات و الأخبار

فمن الآيات

قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ دل على وجوب معاشره النساء في الجملة و لا يصدق عرفا بمجرد الاتفاق و لا بانضمام و طئها في كل أربعة أشهر مرة واحدة بأقل مما يوجب الغسل فدل على وجوب آخر يوجب صدق المعاشره و ليس غير المضاجعة بالإجماع فتعين وجوبها و أورد عليه في المسالك بأن المعاشره تتحقق بدون المضاجعة بل بالإيناس و الإنفاق و تحسين الخلق و الاستمتاع بالنهار أو بالليل مع عدم استيعاب الليلة بالمبيت بل مع عدم المبيت على الوجه الذي أوجبه القائل بل يمكن تحصيل المعاشره بالمعروف زيادة في الأوقات مع عدم ميته عندهن. و فيه ما عدا الإنفاق من هذه الأمور التي ذكرها غير واجب إجماعا و قد عرفت أيضا عدم تحقق المعاشره عرفا بمجرد الإنفاق أو بانضمام أقل الواجب من الوطئ فلم يبق هنا ما يصلح أن يكون واجبا إلا المضاجعة مع أن مثل هذا الإيراد لو توجه لم يمكن الاستدلال بالآية على وجوب المضاجعة و القسمة في الجملة الذي لا خلاف فيه مع أنه قدس سره كغيره استدلال بها عليه. و منها قوله تعالى فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ أَى لا تميلوا إلى تقديم إحدى الزوجتين حتى تذرُوا الأخرى كالمعلقة لا ذات بعل و لا مطلقه فدل على تحريم الميل لأجل العلة المذكورة و هي أن تذرها كالمعلقة و لا ريب في تحقق هذه الغاية في ترك القسمة ابتداء فيتحقق التحريم. و منها وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ أَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا دل على جواز الهجره في المضاجع مع خوف النشوز أو مع علمها على اختلاف في التفسير فيدل بمفهومه المعبر هنا اتفاقا ظاهرا و إن كان مفهوم الوصف على عدم جوازه مع عدم خوف النشوز و وجه اعتبار مفهوم الوصف هنا أنه في مقام تحديد الصنف الذي يجوز هجره من النساء مضافا إلى وجود القرينه في ذيل الآية و هو قوله فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا

و أما الأخبار

فمنها موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر قال: إذا كانت الأمة عنده قبل نكاح الحره على الأمة قسم للحره الثلثين من ماله و نفسه
يعنى النفقة و للأمة الثلث من ماله و نفسه و ردها فى المسالك تارة بضعف الدلالة حيث إنها بظاها تذل على و جوب ما ليس
بواجب إجماعا لعدم و جوب قسم الحره بالثلثين من تمام الأوقات و الأمة الثلث و أخرى بضعف السند. أقول أما الإيراد بضعف الدلالة
فضعيف لأن دلالتها على و جوب ما ليس بواجب إجماعا لا يوجب طرح الرواية فإن التقييد و التخصيص فى المطلقات و العمومات
بواسطة الإجماع ليس بعزيز فكما أن المراد بالمال فى الرواية خصوص النفقة كما فسر الإمام ع فكذا المراد من النفس

المكاسب، ج ٤، ص ٤٠٠

المضاجعة إذ ليس غيرها واجبا إجماعا و أما الإيراد بضعف السند فإن كان بواسطة محمد بن قيس حيث إنه مشترك بين الثقة و
الضعيف ففيه أن الظاهر كما استظهره غير واحد هو وثاقه من يروى عنه عاصم بن حميد كما فى هذه الرواية مع أن ما سيجىء من
الرواية فى العمل بكتب بنى فضال كان فى هذا المجال حيث إن الرواية مأخوذة ظاهرا من كتاب على بن الحسن بن فضال و إن كان
ضعفه بواسطة نفس على بن فضال حيث إنه فطحى ففيه أنه غاية الوثاقه و الورع فى دينه كما يظهر من ملاحظة ترجمته مضافا إلى أن
الشيخ أخذ الرواية من كتابه كما هو الظاهر من عادته فيمن يتدئ به فى السند. و قد ورد رواية حسنة كالصحيحة: فى شأن على بن
فضال و أبيه و أخويه و كتبهم عن العسكرى ع قال خذوا ما رووا و ذروا ما رأوا مضافا إلى انجبار الرواية بالشهرة. نعم هذا الإيراد
منهم حسن على قاعدته من التأمل فى الضعيف المنجبر و لو كان موثقا حيث قال فى مقام آخر و لا- أذكره إلا أن العمل بالموثق
خروج عن قيد الإيمان و جبر الضعيف بالشهرة مجبور بالشهرة. و منها موثقة عبد الرحمن بابن فضال و أبان عن أبى عبد الله ع و فيها:
للحره ليلتان و للأمة ليلة و منها صحيحة ابن مسكان: فإن تزوج الحره على الأمة فللحره يومان و للأمة يوم و نحوها المحكى عن الفقيه
مرسلا و رواية أبى بصير. و منها صحيحة الحلبي أو حسنة بابن هاشم قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوله تعالى و إن امرأة خافت من
بعلها نُشوزاً أو إغراضاً قال هى المرأة تكون عند الرجل فيكرها فيقول لها إنى أريد أن أطلقك فتقول لا تفعل إنى أكره أن تشمت
بى و لكن أنظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك و دعنى على حالى فهو قوله تعالى فلا جناح
عليهما أن يضلحا بينهما ضلحا و هذا هو الصلح فإن الرواية كما ترى ظاهره فى كون الليلة حقا للزوجة و لهذا لها إسقاطها و المصالحة
بها كسائر الحقوق على ترك الطلاق و نحوها رواية أبى بصير و رواية زيد الشحام و المروى فى تفسير العياشى عن البرنطى عن مولانا
الرضاع و رواية زرارة الواردة كلها فى تفسير الآية الشريفة المذكورة و أظهر من الجميع رواية على بن حمزة الواردة فى تفسير الآية
عن أبى الحسن ع قال: إذا كانت كذلك فهم بطلاقها فقالت له أمسكنى و أدع بعض ما عليك و أحلك من يومى و ليلتى حل له
ذلك و لا- جناح عليهما و لا- يقدح فى هذه الرواية و فى غيرها اشتمالها على ذكر اليوم مع الليلة مع أن اليوم ليس حقا لها على
المشهور لأن ترك ظاهر الرواية فى بعض موارد لا يوجب طرحها بالنسبة إلى الباقي مع أن كون الزوج عند الزوجة فى صحيحة ليلتها
من الحقوق المستحبة و قيلولته عندها من الحقوق الواجبة عند الإسكافى على ما حكى عنه فليس شىء من الرواية مخالفا للإجماع هذا
كله مضافا إلى أن فى هجر الزوجة فى المضاجع ضرر عظيم عليها نفى بعموم لا ضرر و لا ضرار الذى تمسكوا بها كثيرا فى موارد
خيار الفسخ للزوجين و غيرها و بخصوص ما يستفاد من بعض الروايات من حرمة مضارة الرجل المرأة و المرأة الرجل ثم إن هذه
الأدلة و إن اختص بعضها بوجوب القسمة مع تعدد الزوجة إلا أن بعضها يشمل صورة اتحادها مضافا إلى ما يظهر من المسالك من
عدم القول بعدم الوجوب فى الواحدة و الوجوب المتعددة و يمكن أن يستفاد من كلام غيره أيضا. نعم حكى فى الرياض عن ابن
حمزة التصريح باشتراط التعدد فى وجوب القسمة قال بعده و حكى أيضا عن ظاهر جماعه كالمقنعة و النهاية و المهذب و الجامع

انتهى كلامه رفع مقامه و يحتمل قويا أن يكون مراد ابن حمزة من القسمة التي اشترط فيها تعدد الزوجة هي القسمة بين الزوجات و لا ريب في اعتبار تعدد الزوجة في مفهومها و أما القسم للواحدة بمعنى إعطائها قسما أو حظا من الليالي أو نصيبا من المعاشرة فلا يعتبر فيه التعدد و كيف كان فلعل مستند التفصيل اختصاص ما اعتبر سنده و دلالة من الأدلة المذكورة بصورة التعدد و عدم ثبوت الإجماع المركب و ضعف ما دل منها على العموم سندا و دلالة على سبيل منع الخلو فيرجع في صورة الاتحاد إلى أصالة البراءة و من ذلك يظهر مستند القائمين بعدم الوجوب مطلقا حيث إنهم ضعفوا دلالة ما اعتبر

سنده و سند ما اعتبر دلالة و لم يزيدوا على ما في المسالك و قد ذكرنا و قد استدلل له في المسالك مضافا إلى الأصل بقوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ قَالَ إِنْ الْآيَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَاحِدَةَ كَالْأُمَّةِ لَا حَقَّ لَهَا فِي الْقِسْمَةِ الْمَعْتَبَرِ فِيهَا الْعَدْلُ وَ لَوْ وَجِبَتْ لَهَا لَيْلَةٌ مِنَ الْأَرْبَعِ لَسَاوَتْ غَيْرَهَا وَ كُلٌّ مِنْ قَوْلِ بَعْدِ الْوَجُوبِ لِلْوَاحِدَةِ قَالَ بَعْدَهُ لِلْأَزِيدِ إِلَّا مَعَ الْإِبْتِدَاءِ أَنْتَهَى. وَ فِيهِ أَنَّهُ لَا دَلَالَةَ فِي الْآيَةِ عَلَى كَوْنِ الْوَاحِدَةِ كَالْأُمَّةِ وَ عَطْفُهَا عَلَيْهَا لَا يَدُلُّ عَلَى اتِّحَادِهَا بَلِ الْمُرَادُ وَ اللَّهِ الْعَالَمِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا بَيْنَ الزَّوْجَاتِ فَانكِحُوا وَاحِدَةً فَتَسَلَّمُوا مِنَ الْمِيلِ وَ الْحَيْفِ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ لَوْ كَانَتْ مُتَعَدِّدَةً وَ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى فَلَا يَلْزَمُ ظَلْمَ عَلَيْهِنَ وَ لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ مِنْ بَعْضِهِنَّ لِأَنَّ تَرَكَ الرَّجُلَ الْحَقَّ الْمُخْتَصَّ بِهِ لَيْسَ ظُلْمًا وَ كَيْفَ كَانَ فَلَيْسَ فِي الْآيَةِ دَلَالَةٌ عَلَى الْمَطْلُوبِ وَ لَا إِشْعَارُ. نَعَمْ يُمْكِنُ أَنْ يَتَمَسَّكَ لَهُمْ بِمَا دَلَّ مِنَ الْأَخْبَارِ عَلَى حَصْرِ الْحَقِّ الْوَاجِبِ لِلْمَرْأَةِ فِي أَنْ يَكْسُوَهَا مِنَ الْعُرَى وَ يَطْعَمَهَا مِنَ الْجُوعِ كَمَوْثِقَةِ إِسْحَاقَ بْنِ عِمَارٍ وَ رِوَايَةَ عُمَرَ بْنِ جَبْرِ الْعَزْرَمِيِّ وَ رِوَايَةَ شَهَابِ بْنِ عَبْدِ رَبِّهِ وَ نَحْوَهَا وَ يُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهَا بِأَنَّ الْمُرَادَ بِحَقِّ الزَّوْجَةِ فِي تِلْكَ الْأَخْبَارِ حَقُّهَا الْمُخْتَصَّ بِهَا وَ لَا ضَيْرَ فِي حَصْرِهَا فِيمَا ذَكَرَ فِيهَا فَإِنَّ الْقِسْمَ عِنْدَ مَنْ يُوْجِبُهُ إِنَّمَا هُوَ مِنَ الْحَقُوقِ الْمَشْتَرَكَةِ بَيْنَ الزَّوْجِينَ وَ لَيْسَ مُخْتَصًّا بِالزَّوْجَةِ فَتَأْمَلْ. وَ بِالْجُمْلَةِ فَالْمَسْأَلَةُ مَحَلُّ التَّأْمَلِ وَ إِنْ كَانَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَشْهُورُ لَا يَخْلُو عَنْ قُوَّةٍ مَعَ أَنَّهُ أَحْوَجُ

المكاسب، ج ٤، ص ٤٠١

٩- رسالة في الموارث

مسألة «١» [١] المقتضى للإرث أمران: نسب، و سبب.

و المراد بالنسب: علاقة بين شخصين تحدث من تولد أحدهما من الآخر، أو تولدهما من ثالث. و السبب أربعة: الزوجية، و ولاء العتق، و ولاء ضمان الجريرة، و ولاء الإمامة. و النسب ثلاث مراتب. المرتبة الأولى: الأبوان و الأولاد. و لا يرث معهم أحد عدا الزوج و الزوجة: بإجماع الإمامية، و السنة المتواترة معنى عن أهل البيت عليهم السلام. فلأب المنفرد المال، و كذا الأم المنفردة. و لو كان معهما أو مع أحدهما ابن، فلكل واحد منهما السدس، و الباقي للابن. و لو كانت «٢» بنت أعطيت من الباقي نصف المال، و رد الباقي منه إليها و إليهما أو إلى أحدهما على حسب السهام، بالإجماع، و الأخبار المستفيضة. و لو كان للميت إخوة بالشروط الآتية- في حجبهم الأم عن الثلث- فالمعروف- الذي ادعى عليه الاتفاق في المسالك «٣»، و عدم معرفة الخلاف في الكفاية «٤»- : أنهم يحجبونها هنا عن حصتها من الفاضل المردود، و لم أجد عليه دليلا. و استدلل عليه بقوله تعالى فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ «٥». و فيه: إن الظاهر كونه تتمية لقوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرَثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ «٦» فيختص بصورة فقد الولد، مع أن إثبات السدس لها بالفرض لا يستلزم نفى الزائد بالرد، كما أن قوله تعالى وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ «٧» لا يوجب نفى الرد في صورة كون الولد بنتا «٨» و لهذا يرد الاستدلال للمطلب بهذه الآية بدعوى: أن ظهورها عرفا في نفى استحقاق الزائد، خرج من عمومها ما اتفق فيه على الرد عليها، و بقي الباقي. و استدلل عليه أيضا: بأن الإخوة إذا حجبوها عن فرضها الأصلي- و هو الثلث- فلأن حجبوها عن المردود عليها بالقرابة أولى. و في الأولوية منع. و استدلل عليه- أيضا- بعموم ما علل به حجبتهم إياها عن

الثالث من التوفير على الأب لكون الإخوة عيالا له «٩». وفيه: إنه ظاهر فيما إذا كان المحجوب عنه «١٠» موقراً بتمامه على الأب، فلا يشمل ما إذا كان الموقر عليه جزءاً «١١» قليلاً من المحجوب عنه، كما هو المشهور بين القائلين بالحجب. نعم ذهب معين الدين المصري «١٢» منهم [إلى] اختصاص المحجوب عنه بالأب، وأنه لا تعطى البنت منه شيئاً، وقواه في الدروس «١٣». ويضعف بما دلّ على وجوب كون الردّ على ذوى السهام المفروضة بقدر سهامهم، كعموم التعليل في رواية حمران بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام في رجل ترك ابنته وامه: «إن الفريضة من أربعة أسهم لأنّ لبنت ثلاثة أسهم، وللأمّ السدس سهم، وبقي سهمان فهما أحقّ بهما من العمّ وابن الأخ «١٤»، لأنّ البنت والامّ سمى «١٥» لهما، ولم يسمّ لهما، فبرّد عليهما بقدر سهامهما» «١٦». دلّت على أنّ كلّ من سمى له فبرّد عليه بقدر سهمه، وفي الطريق موسى بن بكر «١٧» الواسطي الواقفي، إلما أنّ الظاهر كونه ثقة لما عن الفهرست من رواية صفوان عنه «١٨»، مع اعتضادها بالشّهرة، و برواية بكير «١٩» الموافقة لها من حيث المضمون. وبأنّ تخصيص الأب بالردّ دون البنت - مع كونها أكثر نصيباً منه - ترجيح من غير مرجّح، وإنّما انفرد بالردّ مع عدم الأولاد «٢٠» لعدم قريب آخر معه. اللهمّ إلا أن تعارض الروايتان بعموم ما دلّ على حكم حجب الإخوة للأمّ «٢١» حيث إنّها ظاهرة في اختصاص المردود بالأب. ولو كان مع الأبوين أو أحدهما زوج أو زوجة كان لأحد الزوجين - مع عدم الولد - نصيبه الأعلى، ومع نصيبه الأدنى، والباقي للولد، فإن فضل عن فريضته «٢٢» شيء - كما لو كانت بنتاً واحدة - ردّ عليها وعلى أحد الأبوين، ولو لم يف الباقى بفريضته «٢٣» - كما لو كانتا بنتين - دخل النقص عليهما دون الأبوين وأحد الزوجين، بالإجماع، والأخبار المستفيضة الدالة على بطلان العول «٢٤»، والمصرحة بأنّ الأبوين والزوجين لا يدخل عليهم النقص عن سهامهم النازلة أبداً «٢٥».

مسألة [٢] للزوج من تركه زوجته الربع إن كان لها ولد، وإلا فالنصف،

والباقى لسائر ورثتها بالنسب أو السبب. ولو لم يوجد منهم عدا الإمام ردّ الباقي على الزوج، على المعروف من غير سلّار «٢٦» من علمائنا، وعن الشيخين «٢٧» والسيدين «٢٨» والحلى «٢٩» دعوى الإجماع، وبه أخبار مستفيضة «٣٠»، وبذلك يخصّ عموم قوله: «لا يرّد على الزوج والزوجة» «٣١» ومع توجه احتمال حملها على التقيّة، أو وروده فيما إذا جامع أحد الزوجين لذى «٣٢» فرض من اولى الأرحام - بحيث تزيد التركة على فرضهما - كأحد الزوجين مع الأمّ «٣٣» أو الأخ «٣٤» [لها] «٣٥».

مسألة [٣] للزوجة من تركه زوجها الثمن إذا كان له ولد، وإلا فالربع، والباقي لسائر الورثة.

ومع عدمهم - عدا الإمام - ففي ردّ الباقي عليها، أو كونه للإمام، أقوال: ثالثها: الأوّل مع غيبة الإمام عليه السلام، والثاني مع حضوره عليه السلام. وخيرها أوسطها للأصل، لأنّ ثبوت الزائد عمّا فرض لها في الكتاب يحتاج إلى دليل، ولا يعارض بأصالة عدم ثبوته للإمام عليه السلام لأنّه إذا ثبت - ولو بحكم الأصل - عدم ثبوت وارث ومستحق لهذا المال، ثبت كونه للإمام عليه السلام، لما دلّ على أنّه وارث مع عدم الوارث «٣٦»، وللأخبار المستفيضة «٣٧» المعتضدة بفتوى الأكثر، إذ لم يحك الأوّل إلّا عن المفيد «٣٨»، [و يدلّ عليه الصحيح] «٣٩»: «عن رجل مات وترك امرأته؟ قال: المال لها» «٤٠» ويردّ بالشذوذ لأنّ القول به «٤١» مختصّ بالمفيد فيما وجدنا ومع ذلك فرجوعه عنه محكّي عن الحلى «٤٢». وعن الانتصار: عدم عمل الطائفة بالرواية الدالة على الردّ على الزوجة «٤٣». وعن الحلى: إنه لا خلاف فيه بين المحصلين «٤٤».

والقول الثالث «٤٥» للصدوق قدّس سرّه «٤٦» وجماعة من المتأخّرين، ولا مستند لهم سوى الجمع بين الأخبار، بتقييد مستند المفيد «٤٧» بزمان غيبة الإمام عليه السلام وهو بعيد. وأفرط الحلى - فيما حكى عنه «٤٨» - في تبعيده «٤٩» حيث إنّ قوله: «رجل مات بصيغة الماضي، فحمله على زمان غيبة الإمام عليه السلام المتأخّر عن زمان صدور هذا الكلام بأزيد من مائة عام لا وجه له [في المقام] «٥٠»

مسألة [٤] توارث الزوجين لا يتوقف على الدخول،

بالإجماع - ظاهرًا - وغير واحد من الأخبار «٥١»، مضافا إلى ظاهر الآية. ويثبت التوارث بين الزوج و مطلقته المكاسب، ج ٤، ص ٤٠٢

رجعياً في العدة بلا خلاف، و في المسالك «١» و الرياض «٢»: الإجماع عليه على الظاهر لغير واحد من الأخبار «٣»، و لأنها بحكم الزوجة. و لا توارث بين الزوج و مطلقته بائناً، إلا أن يطلق المريض رجعياً أو غيره، فترث منه لو مات في المرض ما بينه و بين سنة إذا لم تتزوج المرأة.

مسألة [٥] المعروف من غير الإسكافي أن الزوجة غير ذات الولد من زوجها الذي مات لا ترث من جميع أمواله،

بل تحرم عن أشياء «٤». و عن نكت الشهيد و غيره: دعوى الإجماع عليه «٥»، و أنه من متفردات «٦» الإمامية «٧». ثم اختلفوا فيما يحرم منه على أقوال: أقواها: ما نسب إلى المشهور، من أنها لا ترث من الأرض مطلقاً عينا و لا قيمة، و ترث من قيمة البناء و الآلات المثبتة فيه من الأبواب و الأخشاب و الجذوع و القصب، و من «٨» قيمة الشجر، لصحيحة مؤمن الطاق المرويّة في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يرثن النساء من العقار شيئاً، و لهنّ قيمة البناء و الشجر و النخل، يعنى بالبناء: الدور، و إنما عنى من النساء: الزوجة» «٩». و ليس في السند - عدا محمّد بن موسى المتوكّل - من يتأمل فيه، و هو و إن لم يحك عن الشيخ و النجاشي توثيقه، إلا أنه وثقه العلامة «١٠» و ابن داود «١١»، و قد ترصّي الصدوق عليه «١٢» و كان من مشايخه «١٣». و بالجملة، لا يقصر حاله عن إبراهيم بن هاشم، مضافاً إلى أن عمل الأكثر على الرواية. و أمّا ذات الولد من الزوج «١٤»، فظاهر الكليني «١٥» و المحكى عن المفيد «١٦»، و الشيخ في الاستبصار «١٧»، و السيد «١٨»، و أبي الصلاح «١٩»، و ابن إدريس «٢٠» إلحاقها «٢١» بغيرها، و هو ظاهر المحقق في النافع «٢٢»، و المحكى عن تلميذه مصنف كشف الرموز «٢٣»، و ذهب إليه كثير من متأخري المتأخرين، و قوّاه في المسالك «٢٤».

خلافاً لجماعة، منهم: الصدوق «٢٥»، و الشيخ في النهاية «٢٦»، و القاضي «٢٧» و ابن حمزة «٢٨»، و المحقق في الشرائع «٢٩»، و الفاضل «٣٠» و ولده «٣١»، و الشهيد في اللمعة «٣٢»، و الفاضل المقداد في كنز العرفان «٣٣»، و نسب إلى المشهور - سيّما بين المتأخرين «٣٤» - فحكّموا بتوريثها من أعيان جميع التركة، للجمع بين أخبار كثيرة مانعة بقول مطلق أو عام «٣٥»، و صحيحة ابن أبي يعفور الدالة على مذهب الإسكافي «٣٦»، و مقطوعة ابن أذينة: «في النساء، إذا كان «٣٧» لهنّ ولد أعطين من الرباع» «٣٨». و الجمع خال عن الشاهد لحمل «٣٩» رواية ابن أبي يعفور على التقيّة، و المقطوعة لا تصلح لتخصيص عمومات كثيرة.

مسألة [٦] إذا مات شخصان متوارثان، و لم يعلم تقدّم موت أحدهما عن الآخر،

فإن كان موتهما أو أحدهما حتف الأنف، فالأظهر عدم إرث واحد منهما عن الآخر لأن هذا الإرث مخالف للأصل الدال على توقّف الإرث على تحقّق حياة الوارث عن الموروث «٤٠»، فيقتصر فيه على مورد الدليل - و ليس في المقام - مضافاً إلى دعوى الإجماع في المسالك، و نقله «٤١» فيه عن جماعة «٤٢». و كذا إن كان موتهما بسبب غير الغرق و الهدم لما ذكر، خلافاً لجماعة، فألحقوه بهما، و لم أجد لهم دليلاً - تظمنّ إليه النفس. و إن كان موتهما بسبب الغرق و الهدم، فلا إشكال في توريث كل منهما عن الآخر لو ترك شيئاً. و الظاهر عدم الخلاف فيه، مضافاً إلى الأخبار المستفيضة. منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «عن رجل سقط عليه «٤٣» و على امرأته بيت، فقال: تورث المرأة من الرجل و الرجل من المرأة» «٤٤». و ظاهر هذه الصحيحة تقديم الأقل نصيباً في التوريث لو «٤٥» ثبت عدم الفصل بين موردها و غيره، و قال به جماعة «٤٦»، و استنبط منه المفيد و الديلمي قدس سرهما: أن كلّ

واحد منهما يرث ممّا ورث من صاحبه، ولا يختصّ توارثهما بصلب «٤٧» أموالهما «٤٨»، وإلّا «٤٩» كان تقديم الأقل نصيباً غير مفيد. وفيه - بعد تسليم دلالة الصحيحة على وجوب التقديم - منع انحصار فائدته في توريث كلّ ممّا «٥٠» ورث صاحبه منه، فلعلّه أمر «٥١» تعبدى لا نعلمه. ولما ثبت أنّ هذا التوريث مخالف للأصل، فالمتيقن الخروج عنه هو «٥٢» توريث كلّ عن «٥٣»

صلب مال صاحبه، لا عمّا «٥٤» ورث منه، وفاقا لغير هذين الجليلين من الأجلّاء المتقدمين والمتأخرين. مضافا إلى رواية حمران بن أعين، عمّن ذكره، عن أمير المؤمنين عليه السلام في قوم غرقوا جميعا؟ قال: «يورث هؤلاء من هؤلاء، وهؤلاء من هؤلاء، ولا يورثوا هؤلاء ممّا ورثوا شيئا» «٥٥». ويدلّ على هذه - أيضا - صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج في أخوين غرقا، لأحدهما مال، قال: «المال لورثة الذي ليس له مال» «٥٦». ونحوها غيرها. والله العالم.

مسألة [٧] «٥٧» المحكى عن الأكثر: أن التركة لا تنتقل إلى ورثة «٥٨» الميت مع اشتغال ذمته بدين يحيط بها «٥٩»

بل عن السرائر: إنّه لا خلاف في أنّ التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء، بل تبقى موقوفة على قضاء الدين «٦٠». وعنه «٦١» - أيضا - أنّه الذي تقتضيه أصول المذهب «٦٢». للأصل، وقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين «٦٣». والأخبار الظاهرة في توقف الإرث على براءة الميت، مثل ما ورد في دية المقتول: إنّه يرثها «٦٤» أولياؤه ما لم يكن عليه دين «٦٥». وقوله عليه السلام في رواية عباد بن صهيب «٦٦» المروية في زكاة الكافي: «إنما هو بمنزلة الدين «٦٧»، ليس للورثة شيء حتى يؤدوا «٦٨» ما أوصى من الزكاة» «٦٩» ونحو ذلك من الأخبار. ولأنّه لو انتقل إلى الوارث لأعتق عليه محارمه المملوكة للمورث بمجرد موته، والتالي باطل بلا خلاف. ولا استمرار طريقة الناس على دفع النماء في الدين. خلافا للمحكى عن جماعة منهم الفاضل «٧٠»، والشهيد «٧١» والمحقق الثانیان «٧٢»، فقالوا بالانتقال إلى الوارث، وعن التذكرة: إنّه الحقّ عندنا «٧٣» وإن تعلّق به حقّ الديان لإطلاق الآيات مثل قوله إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك «٧٤» دلّ «٧٥»

على سببها هلاك المورث لتملك الوارث، وقوله تعالى للرجال نصيب ممّا ترك الوالدان والأقربون.. «٧٦» الآية، وقوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض «٧٧». ولأنّه لو لم ينتقل إلى الوارث لزم إمّا كونه ملكا بلا مالك، أو بقاؤه على ملك الميت، أو انتقاله إلى غير الوارث، والأول باطل [إذ يترتب عليه ما يتوقف على الملك، كورود البيع والإجارة عليه، وضمّانه بالمثل والقيمة، و منه يظهر بطلان الثاني، مضافا إلى أنّ الملك من الإضافات المتوقفة على تحقّق أطرافها، مضافا إلى ظهور الاتفاق عليه كما عن حجر جامع المقاصد «٧٨»] «٧٩» وإن حكى عن الخلاف أنّه حكم بأنّ من أوصى بعبد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له إلّا بعد الهلال، إنه لا يلزم فطرته على أحد «٨٠». و ظاهره - كما فهم الحلّي في محكى السرائر «٨١» - بقاء العبد بلا مالك، فتأمل. وأمّا الميت فغير قابل للملك، مع أنّه لا يترتب عليه أحكام المالك كاعتناق أقاربه، وانتقال عوض ماله إليه عند المعاوضة عنه، مع أنّ الإجماع على عدم بقائه على ملكه حقيقة، وانتقاله إلى غير الوارث مخالف للإجماع. وبه يندفع احتمال انتقاله إلى الله تعالى - كما صرح به بعض «٨٢» فيها - مع أنّ ملكيته تعالى بالملكية المتعارفة بين الناس محلّ نظر، وإن قال به جماعة في الوقف العام «٨٣». ولأنّه لو لم ينتقل إلى الوارث لم يشارك ابن

المكاسب، ج ٤، ص ٤٠٣

الابن عمّه في ميراث جدّه [إذا مات أبوه قبل إيفائه دين جدّه] «٨١»، والتالي باطل إجماعا. ولأنّه لو لم «٨٢» ينتقل إليه لم يجز له الحلف لإثبات مال لمورثه على غيره لظهور النصوص والفتاوى في أنّ اليمين المنضمّة إلى الشاهد الواحد هو يمين صاحب الحق.

مسألة [٨] المحكى عن الأكثر: أن مال الميت باق على حكم ماله إذا كان عليه دين مستوعب،

بل عن موضع من السرائر- في مقام النقض على من استدلل على انتقال الموصى به إلى الموصى له بموت الموصى، بأنه لولاه لزم بقاء الملك بلا مالک-: إنه لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء، بل تبقى موقوفه على قضاء الدين «٣». و عن موضع آخر: أنه الذي تقتضيه أصول مذهبنا «٤». للأصل، وقوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ «٥»، والأخبار «٦» المستفيضة الواردة في توقف الإرث على براءة ذمة الميت، كصحيحه سليمان «٧» بن خالد: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول: إنه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين» «٨». وفي المصحح عن عباد بن صهيب- الذي قيل فيه: إنه ثقة جليل «٩»- عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل فرط في «١٠»

إخراج الزكاة، فلما حضره الموت حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكاة، ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع ذلك إلى من يجب له ذلك، فقال عليه السلام: جائز، يخرج ذلك «١١» من جميع المال، إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه، ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة» «١٢». و موثقة زرارة الواردة «في عبد أذن له سيده في التجارة، فاستدان العبد فمات المولى «١٣»، فاختصم الغرماء و ورثة الميت في العبد و ما في يده، قال عليه السلام: ليس للورثة سبيل على رقبه العبد و ما في يده من المال و المتاع، إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعا، فيكون العبد و ما في يده من المال للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما في يده من المال للغرماء، يقوم العبد و ما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد و ما في يده عن دين الغرماء رجعوا إلى الورثة فيما بقي لهم إن كان الميت ترك شيئا «١٤»، و إن فضل «١٥» قيمة العبد و ما في يده عن دين الغرماء رد على الورثة» «١٦». إلى غير ذلك من الأخبار. ولأنه لو انتقل المال إلى الوارث لا نعتق عليه من لا يستقر ملكه عليه من الأقارب بمجرد موت المورث إن كان عليه دين مستوعب. و التالي باطل بلا خلاف، كما عن الخلاف «١٧». و لاستمرار سيرة المسلمين على دفع نماء التركة في الدين، و الإنكار على من اقتصر على دفع الأصل في الدين و إن قصر عن الدين، و هو كاشف عن بقاء الأصل في حكم مال الميت، فيتبعه النماء. و للنظر في هذه الوجوه مجال لاندفاع الأصل بما يجيء من أدلته الانتقال إلى الوارث، و إمكان دعوى ظهور الآيات في تأخر قسمة الإرث عن الوصية و الدين لدفع توهم مزاحمته لهما بتقسيط التركة على الثلاثة، فمساق الآية مساق ما ورد من أنه يبدأ بالكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الإرث «١٨»، و ليس في مقام تأسيس حكم تملك الورثة حتى يقيد بكونه بعد الوصية و الدين [و لو سلم ظهورها في تقييد أصل التملك، لوجب حملها على تقييد استقرار الملك و استقلال الملك بالتأخر عن الوصية و الدين، جمعا بينها و بين ما سيأتي] «١٩». و بهذا «٢٠»

يمكن الجواب عن الأخبار، مضافا إلى أن ظاهرها تأخر التملك مطلقا عن الدين و لو لم يستوعب، و هو خلاف المعروف من الأصحاب، فيجب إما تقييد الدين بالمستوعب، أو إرجاع القيد إلى الاستقرار و الاستقلال، بل هو ظاهر نفى السبيل في موثقة زرارة المذكورة «٢١». نعم، هذا لا يتوجه على ظاهر الآيات حيث إن المقيد فيها بالتأخر هو تملك الورثة سهامهم من مجموع ما ترك، و لا ريب في توقفه على عدم الدين و لو كان غير مستوعب. و أما لزوم اعتناق [القريب على الوارث فيمنع الملازمة فإن عموما أدلة اعتناق] «٢٢» بعض أقارب الرجل عليه معارض بما دل من النصوص و الفتاوى «٢٣» على تعلق حق الديان بالتركة، و اختصاص التركة بالديان إذا أبي الوارث عن ضمان الدين للغرماء، كما هو صريح موثقة زرارة المتقدمة. و أما التمسك بالسيرة المذكورة ففيه: إنها مجرد عادة مستحسنه عند العقل أو الشرع استقرت بناء أهل المروءة عليها، مع أن الملازمة بين تملك الوارث للأصل و استقلاله في النماء محل نظر، و إن كان ظاهرهم الفراغ عن هذه الملازمة، كما سيجيء جعله من ثمرات المسألة. و لأجل ما ذكرنا من ضعف بعض «٢٤» هذه الوجوه و إمكان رفع اليد عن بعضها، ذهب جمع- كما عن الخلاف «٢٥»- إلى انتقال التركة إلى الوارث. و حكى ذلك

عن المبسوط «٢٦»، وجامع الشرائع «٢٧»، وحكى عن الشهيد فى محكى حواشى القواعد «٢٨»، و تبعهم الفاضل فى كثير من «٢٩»

كتبه «٣٠»، و الشهيد و المحقق الثانيان «٣١»، و فخر الدين فى حجر الإيضاح «٣٢»، و كاشف اللثام فى شرح ميراث القواعد «٣٣»، بل ظاهر بعض أنه المشهور «٣٤» و عن التذكرة: إنه الحق عندنا «٣٥». و يدل عليه - مضافا إلى إطلاق آية الإرث مثل قوله تعالى إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك «٣٦» دل على سبب الهلاك للإرث، و قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون.. الآية «٣٧» و آية أولوا الأرحام «٣٨» - : أنه لو لا ذلك لم يشارك ابن الابن عمه فى ميراث جدّه إذا مات أبوه قبل إيفاء الدّين، و التالى باطل إجماعا. و أنه لو لم «٣٩» ينتقل المال إليه لم يجز له الحلف لإثبات دين لمورثه إذا أقام شاهدا واحدا به إذ لا يمين لإثبات مال الغير، كما يظهر من النصوص «٤٠» و الفتاوى «٤١». و أنه لو لم ينتقل إليه لزم إتمام خروج التركة عن الملك، أو بقاؤه بلا مالك، أو كون الميت مالكا له «٤٢»، و انتقاله إلى غير الوارث، و الكل باطل بالعقل و النقل. و يمكن الجواب عن الإطلاقات: بما ذكر من الآيات المقتضية. و عن مشاركة ابن الابن: بأنه لأجل وراثته لما «٤٣» ترك أبوه من استحقاق الإرث لو لا الدّين، كمشاركة البعيد للقريب فيما ينتقل بالخيار، كما إذا باع الميت بخيار فمات عن اثنين، فمات أحدهما عن ابن، فإن ابن الابن يشارك عمه فى المبيع لأجل وراثته الخيار عن أبيه. و عن جواز حلف الوارث: بأنه لأجل الإجماع «٤٤» على كون المحاكمه للوارث فهو الدليل على جواز حلفه لإثبات مال مورثه. و عن الوجه الأخير: بمنع عدم قابلية الميت للملك، و إلا بقى الكفن و مئونة التجهيز بلا مالك، أو خرج عن الملكية، و كذا دية الجناية عليه «٤٥» بعد موته، و كذا العين الذى أوصى بدفعه اجرة للعبادة، و كذا تركه الحر إذا لم يخلف «٤٦» سوى قريب مملوك حيث حكموا بوجوب شرائه و عتقه ليرث الباقي. و لو التزم فيما عدا الأخير بانتقاله إلى الوارث - إنما أنه يتعين عليه صرفه إلى الوجه الخاص و محجور عما عداه من التصرفات، كما حكى عن جامع المقاصد «٤٧»، و التزم ذلك فى الثلث الموصى به «٤٨» - لم يتأت ذلك فى الأخير إذ المفروض أن المملوك قبل العتق لا يرث. و احتمال انتقاله إلى الله - كما فى الوقف العام «٤٩» - مشترك. اللهم إلا أن يقال بانتقاله إلى الإمام عليه السلام، بمقتضى عموم ما دل على أن الإمام يرث من لا وارث له «٥٠» فإن وجود القريب الممنوع عن الإرث كعدمه، فالقريب المملوك كالقاتل و ولد الملاعنة و الكافر «٥١»، فيكون حكم الإمام عليه السلام بشراء المملوك و عتقه و إعطائه @@@

المكاسب، ج ٤، ص ٤٠٤

الباقى «١» تفصلا منه عليه السلام على المملوك، فهو حكم شرعى ثانوى، و ليس من باب الإرث بالنسب حتى يكون مخصصا بالعمومات «إنه لا يرث عبد حرا» «٢»، فتأمل. و أمّا احتمال كونه ملكا لله، فهو - مع أن الظاهر كما ادعى الاتفاق على عدمه - مناف لعموم ما دل على أن ما كان لله فهو للإمام عليه السلام «٣»، مع أن نسبة الملكية بالمعنى المتعارف - أعنى: الربط الخاص الموجود بين الأملاك و الملاك - إلى الله تعالى شأنه محل تأمل و نظر، و أن قال به جماعة فى الوقف العام «٤». و أمّا احتمال انتقاله إلى الدّيان أو أجنبي آخر فهو مخالف للإجماع، - كما ادعى «٥» - فلم يبق من مقدمات الدليل المذكور إلا إبطال خروج المال عن الملك، أو جواز بقاء الملك بلا مالك. و إن أبيت عن إبطالهما «٦» بالاتفاق كما ادّعى على ثانيهما ثانى المحققين، قال «٧» فى محكى المقاصد: فيكفى فى إبطالهما صحة ورود عقود المعاوضات عليه، كالباع و الإجارة و نحوه، مما يتوقف على ملكية مورده، و وجود مالك ينتقل إليه عوضه «٨». و يمكن تقرير الدليل المذكور بوجه آخر أسهل فى إبطال اللوازم المذكورة، و هو أنه لا ريب فى تحقق الوراثة الفعلية شرعا و عرفا لجميع التركة بعد إيفاء الدين من الخارج، أو إبراء الدّيان، أو تبرع الأجنبي، و ليس معنى الوراثة شرعا و عرفا إلا انتقال المال من الموروث إلى الوارث، فلو خرج المال بموت المورث عن الملكية لم يتحقق [الانتقال، و لو بقى بلا مالك لم يكن الانتقال من الميت، و لو انتقل إلى الله أو إلى غير الوارث لم يكن الانتقال من الميت إلى الوارث] «٩» لأن الوراثة هى الانتقال بلا واسطة، و لذا لا يسمى انتقال بعض التركة من الموصى له «١٠» إلى الوارث بالابتياح وراثته. و كيف كان، فالظاهر تمامية مقدمات

الدليل المذكور، و به يثبت صحّة القول الثاني و إن سلّمنا مخالفته لظاهر الآيات، إلّا أنّ الوجه المذكور قابل لصرفها عن ظاهرها، و لكن المسألة مشكلة جدا، و الله العالم.

هذا كله في الدين المستوعب، و أمّا ما لا يستوعب التركة، فتارة يقع الكلام فيما قابل الدين منها، و اخرى في الفاضل عنه. أمّا الأوّل: فالظاهر أنّ الخلاف فيه كما في الدين المستوعب، و تدلّ عليه الأدلّة المتقدّمة. و أمّا الثاني: فملكته للوارث ممّا لا خلاف فيه على الظاهر - كما يظهر من غير واحد - و إن كان ظاهر الأخبار المتقدّمة خلافه. و أمّا جواز تصرّفه فيه و عدم حجره عنه، ففيه قولان: أحدهما: نعم - و هو للفاضل «١١»، و المحكى عن الجامع «١٢»، و الشهيد في حواشيه على ميراث القواعد «١٣»، و المسالك «١٤»، و الكفاية «١٥»، و بعض آخر، بل ظاهر عبارة المناهل ظهور عدم الخلاف فيه «١٦» - لأصالة تسلّط المالك على ملكه إلّا أن يثبت الحجر «١٧». و الثاني: لا «١٨» - و هو المحكى عن ميراث القواعد «١٩»، و رهن الإيضاح «٢٠» و حجره «٢١»، و حجر جامع المقاصد «٢٢»، و كتاب الدين من إيضاح النافع «٢٣»، و ظاهر المبسوط «٢٤» و السرائر، مدعيًا عدم الخلاف فيه «٢٥»، كما عرفت من عبارته المتقدّمة «٢٦» - للأخبار المتقدّمة «٢٧» الظاهرة في أنّ [الورثة لا- يملكون شيئًا إلّا بعد الأداء أو الضمان خرجنا عن ظاهرها في أصل الملكة بالنسبة إلى الفاضل] «٢٨». و قد يتمسك - أيضا - بالآية المتقدّمة، و فيه نظر لأنّ التقييد في الآية بما بعد الدين إمّا للملك، و إمّا [ل] «٢٩» جواز التصرف. و على كل حال، فمفادها تقييد تملك مجموع ما ترك الميت أو التصرف فيه بما بعد الدين، و لا خلاف في ذلك. فالعمدة هي الأخبار، إلّا أنّها معارضة بما يخالفها مثل مرسلّة البنزطي المصحّحة إليه: «عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين، أ ينفق عليهم من ماله؟ قال: إذا استيقن أنّ الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال» «٣٠». و في معناها ما عن ثقة الإسلام و الشيخ في الموقّ عن ابن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام «٣١». و لعلّه «٣٢» يجوز الإنفاق مع الشك في الإحاطة للبناء على أصالة عدمها. فالأقوى الجمع بين هذين و بين الأخبار المتقدّمة بتقييد جواز التصرف، بصورة ضمان الورثة أو وليّهم دين الغرماء، كما هو صريح موقّعة زرارة المتقدّمة «٣٣». لكن «٣٤» ياباه التفصيل في هذين بين صورتي الإحاطة و عدمها إذ مع الضمان لا فرق بينهما في جواز التصرف. فالأولى حملها على الإنفاق بعد عزل القدر المتيقن من الدين، و إنّ وليّ الميت أو الورثة يجب عليه مع عدم الإحاطة أن لا يحبس حقّ الورثة لأجل الغرماء، بل يعزل حقّهم و ينفق الباقي.

فالأظهر - حينئذ - ما دلّت عليه الموقّعة المتقدّمة من عدم جواز التصرف قبل الضمان. و أمّا ما دلّ بظاهرة منها على توقّف التصرف على الأداء، فمع وروده مورد الغالب من إقدام الوارث على الأداء «٣٥» من قيمة العين، لا ضمان الدين في الذمّة، يجب تقييد مفهومه الغائي بمنطوق الموقّعة. ثمّ لا يبعد أن يراد من الضمان فيها هو مجرد التعهّد بالمال، مع إذن الغرماء صريحا، أو رضاهم بشاهد الحال، بحسب مقتضى حال الوارث من عزمه على الأداء و وفائه بما يعزم عليه. و على ما ذكرنا «٣٦» ينطبق ما يشاهد «٣٧» من استمرار سيرة المسلمين على عدم الامتناع من التصرف في مال مورّثهم - من بيته «٣٨» و أثاث البيت و غير ذلك - إلى أن يستأذنوا الغريم الذي له على الميت ما يفى به جزء من مائة ألف جزء من تركة الميت. و حينئذ فالوارث إذا علم من نفسه - في خصوص أداء دين الميت - حالة يعلم برضى الغريم بتصرّفه في التركة لو أطلع على ما في عزمه «٣٩»، فالظاهر جواز التصرف و إن استوعب الدين. و على أيّ تقدير، فلو تصرّف الوارث في موضع الجواز فتلف باقي التركة قبل إيفاء الدين، فالظاهر رجوع الغرماء إلى الوارث، لعموم ما دلّ على أنّه يبدأ «٤٠» بالدين قبل الإرث «٤١»، و إطلاق ذيل موقّعة زرارة المتقدّمة الأمره برجوع الغرماء فيما بقي من حقوقهم إلى الورثة إن كان الميت ترك شيئا «٤٢». و لو أعسر الوارث حينئذ، فلا يبعد أن يكون للغريم نقض تصرفه فيما تصرف فيه «٤٣» من بعض التركة - كما ذكره في القواعد «٤٤» - لكشف تلف بعض التركة عن عدم استحقاق الوارث لما تصرف فيه، فتأمل. نعم، لو عزل دين الميت فقبضه وليّ الميت - وصيّا «٤٥» أو غيره - و تمكن من دفعه إلى الغريم فلم يدفع ثم تلف، كان عليه «٤٦» ضمانه لا على الورثة للأخبار

الدَّالَّةُ على ضمان من اوصى إليه بإيصال حق فتمكَّن منه و لم يفعل، و قد ورد بعضها في باب من تمكَّن من إيصال الزكاة فلم يفعل «٤٨»، كمصححة الحلبي [عن أبي عبد الله: «أنه قال» (٤٩) في رجل توفى فأوصى إلى رجل - و على الرجل «٥٠» المتوفى دين - فعمد الذي اوصى إليه فعزل الذي للغرماء، فرفعه في «٥١» بيته و قسم الذي بقي بين الورثة، فسرق «٥٢» الذي للغرماء من الليل، ممن يؤخذ «٥٣»؟ قال: هو ضامن حين عزله في بيته يؤدي من ماله» (٥٤). و ما عن المشايخ الثلاثة عن أبان عن رجل [قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام» (٥٥) عن رجل أوصى إلى رجل «٥٦» أن عليه ديننا، فقال: يقضى الرجل ما عليه من دينه و يقسم ما بقي بين الورثة، قلت: فسرق ما كان أوصى به من الدين، ممن يؤخذ [الدين، أ] «٥٧» من الورثة أم من الوصي؟ قال: لا يؤخذ من الورثة» (٥٨) و لكن الوصي ضامن لها «٥٩» «٦٠». و قريب منها رواية عبد الله الهاشمي المحكي عن التهذيبي في وصي أعطاه الميت زكاة ماله فذهبت «٦١».

مسألة [٩] «٦٢» إذا مات المديون فالمحكي عن الأكثر: بقاء المال المقابل للدين على حكم [مال] الميت،

و لا- ينتقل من حين الموت إلى الوارث إلا الفاضل عن الدين «٦٣». و عن جماعة منهم العلامة «٦٤» و الشهيد الثاني «٦٥»: [الذهب] «٦٦» إلى انتقال المال بالموت إلى الوارث و إن استغرق الدين التركة. للأولين: ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ «٦٧» بناء على أن ظاهر اللام في آيات الإرث التمليك، فمقتضى القيد توقف الملك على إيفاء الوصي و الدين. و ظاهر الأخبار الكثيرة، مثل قوله في الديّة: «يرثها أولياء المقتول إذا لم يكن على الميت دين» «٦٨». و قوله في الرواية المروية في باب الزكاة: «إنما هو بمنزلة الدين لو كان عليه، ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة» «٦٩». و قوله عليه السلام في موثقة زرارة: «في عبد أذن له سيده في التجارة، فاستدان العبد فمات المولى فاخصم الغرماء و الورثة فيما في يد العبد، قال: ليس للورثة سبيل على رقبه العبد و ما في يده من المال و المتاع، إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعا، فيكون العبد و ما في يده من المال للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما في يده من المال للغرماء، يقوم العبد و ما في يده من المال، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد و ما في يده عن أموال الغرماء رجعوا إلى الورثة فيما بقي لهم إن كان الميت ترك شيئا، و إن فضل قيمة العبد و ما في يده عن دين الغرماء رد على الورثة» «٧٠». و ممّا استدلل به الشيخ في المبسوط لهذا القول أيضا: إنّه لو انتقل المال إلى الورثة لانعتق قريب الوارث عليه بمجرد موت المورث و إن كان عليه دين مستوعب، و التالي باطل بلا خلاف «٧١». و للآخرين: إنه لو لم ينتقل إلى الوارث لبقى مالا بلا مالك، و هو محال عقلا- و إنّه لو لم ينتقل لم يشارك ابن الابن عمه في ميراث جده إذا مات أبوه قبل إيفاء الدين. و التالي باطل إجماعا. و للنظر في كل من أدلّة الطرفين مجال، إلّا أن الأقوى هو القول الثاني لأن كون التركة ملكا ممّا لا يقبل الإنكار، لما قد ثبت له من الأحكام المتوقّفة على الملك، كالبيع و الإجارة، و ضمانه عينا و منفعة عند التلف، إلى غير ذلك، و توقّف الملك على المالك- أيضا- كذلك لأن الملكية من الإضافات المتوقّفة على تحقّق أطرافها، و ليس هنا من يملك إلا الوارث لأنّ ملكيّة الديان منتفية إجماعا «٧٢». و أورد عليه النقض ب: ثمن الكفن، و مئونة التجهيز، و الزكاة، و دية الجناية على الميت- التي ورد النص بأنّها ليست للورثة بل يتصدّق [بها] للميت في وجوه البر «٧٣»- و بالوقف العام. فإن قيل: إنّه ملك لله تعالى. قلنا بمثله في مال الميت، إلّا أنّ الفارق وجوب صرف هذا في ديون الميت. و يمكن الجواب- فيما عدا النقض بالوقف-: بالتزام ملكيّة الكفن و نحوه للورثة، و نحوه المال الموصى به في مصرف مخصوص كاستئجار العبادة و نحوه، و دية الجناية للفقراء، و الزكاة لهم أو لكافة المسلمين. و أمّا احتمال كونه كالوقف ملكا لله، فهو مخالف للإجماع على أن الملك هنا ليس لله تعالى لأن أصحابنا بين قائل بانتقاله إلى الوارث، و بين قائل بكونه في حكم مال الميت «٧٤»، مع أن ثبوت الملك بالمعنى المتعارف لله تعالى محلّ تأمل، و إن قيل به في الوقف العام، مع أن انتقال الملك إلى الله ليس بناقل اختياري، و الاضطراري غير ثابت. فإن قلت: الانتقال إلى الوارث- أيضا- غير ثابت. قلت: انتقاله إليه في الجملة ثابت، إنمّا الكلام في كون ذلك قبل إيفاء الدين أو بعده، فيحكم بثبوت الانتقال قبل الإيفاء بأصالة عدم

الانتقال إلى غيره، نظير ما إذا ثبتت الحقيقة العرفية للفظ و شك في كونه في اللغة كذلك، فإنه يحكم بثبوت الحقيقة العرفية في اللغة- أيضا- بأصالة عدم النقل، و لا يجرى هنا أصالة تأخر الوارث «٧٥». فحاصل الاستدلال: أن الأمر دائر بين تملك الميت، أو تملك الوارث، أو كون الملك لله تعالى. و الأول باطل قطعا، فيدور الأمر بين الأخيرين و حيث إن تملك الوارث ثابت في الزمان المتأخر، و يشك في ثبوته عند الموت، فيحكم بثبوته هناك، نظير ما ذكر في الحكم بسبق المعنى العرفي و عدم مسبقته لوضع آخر، هذا، و لكن العمدة في نفي احتمال ملكيته لله هو الإجماع المركب كما عرفت، و إنما إثبات سبق التملك بهذا الأصل غير صحيح، و المعتمد في إثبات سبق الحقيقة العرفية عند الشك على أمور آخر، فتدبر. نعم، يمكن أن يوجه الاستدلال المذكور بأن الإرث عرفا و شرعا هو انتقال ما كان للميت من مال أو حق منه إلى الوارث، و لا يتحقق هذا المعنى إلا بعد عدم توسط مالك ثالث بين الميت و الوارث، و إنما لا تنتقل المال إلى الوارث منه لا- من الميت، فحينئذ فيدور الأمر- قبل إيفاء الدين- بين تملك الميت و تملك الوارث، و الأول باطل لكونه خرقا للإجماع، و لأن الميت إما أن يراد به نفس الجسد، و لا يخفى عدم قابليته للتملك، و إما أن يراد به النفس الباقية بعد الموت، و هو و إن تصوّر فيه الملك نظير ما يقال في حصول الملكية لله تعالى في الوقف العام، إنما أن ملاحظة أحكام الملك و المالك يكشف كسفا قطعيا عن بطلانه، كيف و لو كان كذلك لزم انتقال عوض التركة إليه إذا باعها الوارث، و انعتق عليه من يعتق عليه إذا انتقل إليه، إنما أن يمنع ذلك من أجل الحجر عليه و إن كان مالكا، و لجاز الربا في المعاملة الواقعة من الوارث إذا كان مع ولد الميت أو زوجته، و لجاز نقل الملك إليه، و الوقف عليه، إلى غير ذلك مما هو متفق البطلان. و لو فرض تسليم قابلية النفس الناطقة للملك، لكن نقول: لا- بد من التزام انتقال المال من الإنسان لأن المالك في حال الحياة ليس خصوص النفس الناطقة- كما لا يخفى- و قد علمت أن الإرث انتقال المال من الميت إلى الحي لا إلى النفس، و منه إلى الوارث. و كيف كان، فهذا الوجه هو المعتمد في الاستدلال. و أمّا ما ذكر من اشتراك ابن الابن لعمه إذا مات أبوه قبل الإيفاء فهو أعم من المطلوب لاحتمال كونه لأجل انتقال تأهل الملكية بعد الدين إليه من أبيه، و انتقال سبب الملك كاف في استحقاق النصيب، كما لو كان للميت خيار، فإن ابن الابن يرث الخيار من أبيه فيشارك مع عمه في البيع المسترد بالخيار، و نحوه ورثة الموصى له، فإنهم إذا قبلوها تنتقل إلى ورثة الموصى له حين موته لا حين قبولهم لأنهم إنما ورثوا قابلية الملك و القبول للموصى به. و كذا الوقف المنقطع الآخر الذي قيل: إنه يرجع بعد الانقطاع إلى ورثة الواقف، بناء على انتقاله إلى ورثته حين الموت لا حين انقراض الموقوف عليهم، و يحتمل الانتقال إلى ورثته حين الانقراض، بناء على أنه يقدر انتقاله إلى الميت من ذلك الحين، و الفرق بينه و بين الخيار و الوصية أنهما إنما ينتقلان من الميت إلى وارثه، ثم منه إلى وارثه، و هكذا، و انتقال المال تابع للخيار و الوصية، بخلاف الوقف فإنه يقدر انتقاله إلى الميت من حين الانقراض. و وجه الاحتمال الأول: هو أن الواقف له تأهل انتقال الوقف إليه لو انقراض الموقوف إليه «٧٦». و بهذا المعنى ينتقل إلى وارثه، ثم إلى وارثه، و هكذا، فيكون انتقال المال تابعا لانتقال ذلك التأهل، كانتقال المال في الخيار و الوصية. و يدل على تملك الوارث- مضافا إلى ما ذكرنا- إطلاقات الإرث، مثل قوله تعالى لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ.. الآية «٧٧». و قوله تعالى إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ «٧٨». دل على سببية الهلاك لتملك الوارث. و يؤيدها آية أولى الأرحام «٧٩» و قوله تعالى وَ لِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ «٨٠». و تقييدها بما بعد الوصية و الدين لوجود الآيات المقيدة ممنوع، أولا: بما سيجيء من عدم دلالة تلك الآيات إلا على كون القسمة بين الورثة بعد الدين، لا أن التملك بعده. و ثانيا: لو سلمنا دلالتها على ذلك لكن نقول: لا يمكن تقييد الآيات المطلقة بها لأننا إن قلنا بظهور اللام- ضعا أو انصرافا- في الملكية المستقرة السليمة عن مزاحمة الغير، فلا يخفى أن تقييد هذه الملكية بما بعد الدين- كما تضمنته الآيات- متفق عليه. [على أن التقييد في هذه] «٨١» الآيات ليس بأولى من حمل الملكية- المستفادة من اللام- و الأولوية و المولوية على ما لا- ينافي مزاحمة حق الغير المانع من التصرف المنافي له، و إن كانت ظاهرة في غير ذلك «٨٢». إنما أن الآيات المطلقة المذكورة كما يمكن تقييد الملكية المذكورة المستفادة منها بما بعد الدين بقريته الآيات المقيدة، كذلك يمكن أن يراد من الملكية

فيها- الظاهرة في الفرد المستقر- مطلق الملكية المجمع مع عدم الاستقرار و مزاحمة الغير. و دعوى أولوية تقييد المطلق من إرادة الإطلاق من المطلق المنصرف إلى بعض أفرادها، ممنوعة. و إن قلنا بعدم ظهور في أزيد من مطلق الملكية فيدور الأمر بين تقييد الآيات المطلقة بما بعد الدين، لشهادة الآيات المقيدة، و بين تقييد الملكية المقيدة بما بعد الدين- في الآيات المقيدة- على خصوص الملك المستقر المستقل السليم عن مزاحمة الغير في التصرف، فبقي إطلاق ثبوت أصل الملك في الآيات المطلقة غير مقيد بشيء، و كيف [كان] «٨٣» فلا يتعين تقييد الآيات المطلقة بالآيات المقيدة. و أمّا ما استدلل به الأكثر على عدم الملك من الوجوه الثلاثة: فأما أصالة عدم الانتقال إلّا بعد الإيفاء و إن كانت جارية هنا و لا تعارضها أصالة عدم الانتقال إلى مالك آخر فضلا عن أن تقدّم عليها، و إنّما تقدّم عليها في تعيين أوضاع الألفاظ لوجوه آخر- كما عرفت سابقا- إلّا أنّ الأصل يخرج عنه بما ذكرنا من الدليل. و أمّا التمسك بلزوم اعتناق من ينعق على الوارث بمجرد الموت مع إحاطة الدين، فيرد عليه: منع عموم الدليل على الاعتناق بمجرد الملك، حتى فيما إذا كان متعلقا لحق الغير و كان المالك ممنوعا من التصرف. و عموم ما دلّ على أنّه لا يملك الرجل محارمه معارض بعموم ما تقدّم من الدليل، على أنّ الورثة إذا أبوا عن ضمان الدين كان التركة للغرماء يقوّمونه و يأخذون حقهم «٨٤». و أمّا التمسك بالآيات المتضمنة لقوله من بعد وصية.. أو ذين «٨٥» ففيه: أولا: أنّ الظاهر من الآية سوقها لبيان كيفية القسمة- بعد كون مالكية الورثة و استحقاتهم في الجملة مفروغا عنه- لا لتأسيس الحكم بأصل التملك، فالمتأخر عن الوصية و الدين هي قسمة الإرث بين الورثة على النحو المذكور في الآيات، فالمراد: أنّ الورثة لا يزاخمون الموصى له و لا الديان. فمساق الآية مساق ما ورد من أنّ أول شيء يبدأ به من المال: الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث «٨٦». و ربما يظهر ما ذكرنا من بعض فقرات الآيات، مثل قوله تعالى فإن لم يكن له ولد و ورثته أبواؤه فلأئمه الثلث فإن كان له إخوة فلأئمه الشدس من بعد وصية.. إلخ «٨٧»، فإنّ قوله و ورثته أبواؤه دل على أنّ قوله فلأئمه الثلث و قوله فلأئمه الشدس مسوق لبيان كيفية القسمة، فالمقيد بقوله: من بعد وصية هي القسمة بين الأبوين، لا أصل إرث الأبوين لمال الميت. فالمقصود من القيد بيان عدم مزاحمة إيفاء الوارث للوصية و الدين. و ثانيا- سلّمنا أنّ القيد يرجع إلى الملكية لكن نقول: لما كان الظاهر من الملكية الاستفادة من اللّام- الموضوعه للاختصاص المطلق- هو استقلال المالك و عدم مزاحمته في التصرف، فالقيد راجع إلى الملكية على هذا النهج، و تأخرها عن الدين ممّا لا خلاف فيه. اللهم إلّا أن يقال: إنّ خصوصية الاستقلال في الملك و التسلّط، و عدم تسلّط الغير ليس من الأمور المستفادّة من «لام التمليك»، بل و لا- «لام الاختصاص» لأنّ غاية الاختصاص المطلق الاستفادة من اللّام هو الاستقلال، بمعنى عدم مدخلية الغير في الملكية و نفى تشريك الغير.

و أمّا عدم مدخلية الغير في مزاحمة المالك و منعه عن التصرف، فهو من الأحكام الشرعية الثابتة للأملاك لو خليت و أنفسها، و أظهر من ذلك- في الخروج عن مدلول اللّام- استقرار الملك و عدم تنزله بتسلط الديان على إبطاله عند امتناع الوارث من أداء الدين، فإنّ هذا ليس من أحكام الملك- فضلا عن مدخليته في نفس الملك- ليكون داخلا- في مفاد اللّام، بل هو مقتضى استحباب الملك. و أمّا تنجز الملك و عدم مراعاته بضمن الدين، أو مقتضى إطلاق الحكم بالملكية، فاتضح إنّ شيئا من الخصوصيات المذكورة للملك- اعنى الاختصاص بمعنى عدم مدخلية الغير في المنع عن التصرف، و استقرار الملك و تنجزه- ليس مستفادا من نفس اللفظ حتى يرد عليه التقييد، فيكون مؤداه توقّف الملك الخاص على إيفاء الدين، فلا ينافى حصول أصل الملك قبل الإيفاء. نعم، لو سلّم عدم دلالة اللّام على أكثر من مطلق الملك- لكن ادعى أنّ المراد من المطلق: الملك الخاص، اعنى المنجز المستقر السليم عن المزاحمة، فالتقييد وارد على هذا المقيد المراد من المطلق- كان حسنا بشرط إثبات الدليل من الخارج على ثبوت أصل الملك، حتى لهذا التقييد المذكور. نعم، يمكن أن يقال- كما أشرنا سابقا-: إنّ إبقاء الملكية- المقيدة في هذه الآيات بما بعد الدين- على إطلاقها موجب لتقييد الآيات المطلقة المتقدّمة «٨٨» بهذه الآيات، فيدور الأمر بين تقييد الملكية المطلقة- في آيات الدين- بالملكية المستقرة السليمة عن مزاحمة الغير في التصرف، و بين تقييد أصل الملكية- في تلك الآيات المطلقة- بما بعد الدين، و لو لم نرجح التقييد الأوّل، فلا- نرجح الثاني. لكنّ الإنصاف إنّ التقييد الثاني أرجح، و حينئذ فمع الإجمال في الآيات المطلقة و

الآيات المقيدة، فالمرجح ما ذكرنا من الدليل العقلي، لا- إطلاقات الآيات المتقدمة، مضافا إلى قوة احتمال ورودها في مقام بيان استحقاق الأقارب في مقابل الحرمان بالكلية، ويشهد له: أن الآية الأولى إنما نزلت في ورثة بعض الأنصار حيث إن إخوة الميت أخذوا المال و حرّموا أولاده الصغار و امرأته «٨٩»، فيكون مساقها مساق جميع الإطلاقات الواردة في أن للأبوين كذا، و للأخ كذا، و للخال كذا، و للعم كذا، إذ لا- يرتاب أحد في ورودها في مقام تشخيص المستحقين إذا فرض ثبوت الإرث و الاستحقاق لأصل الوارث في وقت. و يؤيد إطلاقهم- ظاهرا- على أن الوارث له حق المحاكمة، بمعنى أنه لو ادعى لمورثه مالا على أحد، فأقام شاهدا واحدا، فله الحلف و أخذ الحق، و إن كان على الميت دين يحيط بالحق. و قد دلت النصوص «٩٠» و الفتاوى على أن اليمين المثبتة هي اليمين لإثبات مال لنفسه، و لا- يمين لإثبات مال للغير بلا خلاف ظاهرا «٩١»، مع صراحة النصوص في أن المعتبر في جزء البيّنة يمين صاحب الحق، و مشروعيتها الحلف من الوارث، مع ما ثبت من أنه لا يمين لإثبات مال للغير يدلّ على أن التركة مال الوارث. و اعلم أن الظاهر إنّ حكم الوصية و حكم الدين واحد، كما صرح به بعض، حاكيا له عن جمع الجوامع «٩٢» و فقه الراوندى «٩٣» و غيرها من مصنفى آيات الأحكام «٩٤». ثم إن الثمرة بين القولين تظهر في مواضع: منها: وجوب فطرتها- لو كان عبدا- على الوارث، بل وجوب زكاة المال، على أحد الوجوه كما سيجيء. و منها: استحقاق الوارث لنمائه لأنه نماء ملكه، و في تعلق حق الديان بالنماء- كما في فوائد الرهن على أحد القولين- احتمال، و إن نسب إلى الأصحاب القطع بخلافه في المدارك «٩٥». و يؤيد هذا الاحتمال: عموم قوله عليه السلام في الرواية المتقدمة: «ليس شيء للورثة حتى يؤدوا ما عليه» «٩٦»، و قوله: «ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و ما في يده» «٩٧»، و قوله عليه السلام في ولد المكاتب المطلق: «ليس له شيء حتى يؤدى ما على أبيه» «٩٨» فإن الظاهر.. «٩٩». نعم، مقتضى الأصل و قاعده «تسلط الناس على أموالهم» ما نسب إلى الأصحاب. و منها: جواز بيع التركة قبل الإيفاء، ذكره في الدروس «١٠٠»، فإن أراد الجواز مع عدم الضمان، و عدم إذن الغرماء، فهو مناف لما سبق من الأخبار «١٠١»- و حكى عليه الإجماع في الإيضاح «١٠٢» و المسالك «١٠٣» و كشف اللثام «١٠٤»- من عدم استقلال الوارث بالتصرف. نعم، حكم الفاضل بجواز رهن التركة «١٠٥»، و لعلّه لأنه يرى كون تعلق الدين بالتركة تعلق الرهن، لكن صرح بعض بأنه لم يعهد ذلك من قائل عدا ما حكاه الشهيد في قواعده عن السيد رضى الدين قدس سرهما «١٠٦». نعم ظاهر محكى جامع المقاصد موافقة الفاضل في باب الرهن «١٠٧»، لكنّه عدل في باب الحجر «١٠٨» كما عرفت. و إن أراد الجواز مع الضمان أو إذن الديان، فالظاهر جوازه على القولين لأنه و إن لم يكن مالكا- على قول الأكثر- إلّا أنّ له ولاية التصرف بإذن الغرماء، إلّا أن يمنع الولاية. بل له إماما إعطاء الأعيان بإزاء الدين بعد التقويم أو ضمان الدين ثم التصرف فيها بما يشاء، كما يظهر من قوله عليه السلام: «ليس للورثة سبيل على العبد و ما في يده حتى يضمّنوا للغرماء» «١٠٩». و منها: وجوب الزكاة على الوارث و عدمه، و توضيحه: إنّه إذا مات المالك و عليه دين و ترك نخيلا- مثلا- فإنّما أن يكون موته بعد ظهور الثمرة و تعلق الزكاة بها، أو قبله. و الأوّل سيجيء حكمه. و على الثانى: فإنّما أن تكون التركة فاضلا عن الدين. و إمّا أن يكون الدين محيطا بالتركة. و على التقديرين: فإنّما أن يكون الموت بعد الظهور أو قبله. فالأقسام أربعة: فعلى الأوّل يحسب الزكاة في الفاضل إذا بلغ نصابا، لانتقاله إلى الوارث. و ممنوعيته عن التصرف فيه- على أحد القولين المتقدمين في الفاضل عن الدين «١١٠»- لا يوجب نفى الزكاة إذ غايته أنه كالمرهون المقدور على فكه و لو بيعه، بل هو أولى. نعم، لو قيل بعدم الزكاة في ما تعلق به حق الغير كالرهن و لو تمكّن من فكه، كما هو أحد الأقوال في الرهن، لم تجب الزكاة. و كذلك الحكم على الثانى، و كذلك على الثالث، إن قلنا بملك الوارث. و الكلام في حجه عن التصرف كما تقدّم من أنه لا يزيد عن الرهن المقدور على فكه، الذى صرح الشهيدان في الروضة «١١١» و البيان «١١٢» بوجود الزكاة فيه، فما في المسالك- من أن التركة المحاطة بالدين لا تجب زكاتها على الوارث و لو على الانتقال، لمنعه عن التصرف «١١٣»- لا- يخفى ما فيه. ثمّ إنّه إذا أخرج الوارث الزكاة من العين فهل يغرم بدلها للديان؟ الظاهر ذلك إذ لم يجب عليه دفع الزكاة من العين، و لا دفع الدين منها، فالوجوب في كل منهما تخيري الأداء من العين و غيره، فلا يلزم من العمل بخطابى أداء الزكاة و أداء الدين محذور لعدم التعارض، و تعلق الزكاة بالعين لا ينافى كون الخطاب تخييريا.

نعم لو قلنا: إن دفع القيمة مسقط للتكليف بالإخراج من العين حيث إنه لولايته الشرعية نقل العين المستحقة للفقراء إلى نفسه فسقط تكليفه بإخراج العين لا أن دفع العين أحد طرفي التخيير، أمكن القول بأن تعلق حق الفقراء بالعين بمنزلة تلف بعض التركة بغير اختيار الوارث، فلا يجب عليه الغرامة، مع إمكان القول بالوجوب حينئذ نظرا إلى عموم ما دل على أنه لا يجوز للوارث التصرف ما لم يضمن للغرماء حقهم، كما في الرواية المتقدمة في قوله عليه السلام: «ليس للورثة سبيل على رقبه العبد و ما في يده حتى يضمنا للغرماء» (١١٤). و حينئذ فوجوب التصرف بدفع الزكاة لا ينافي توقف هذا التصرف على الضمان. و إن كان واجبا- أيضا- فيجب الضمان من باب المقدمه، و مجرد الحكم بوجوب إخرجه من العين لا- يوجب كون الإخراج مجانا و من غير عوض، كما أن وجوب أخذ مال الغير في الاضطرار لا ينافي ضمانه الثابت بالقاعدة. فنتيجة القاعدة هي وجوب الأخذ بعد الضمان. فإن قلت: بعد تسليم تعلق الزكاة به و اشتراك الفقراء بإخراج الزكاة ليس تصرفا في متعلق حق الغرماء لأنه خارج عن الإرث، فلا يشمل ما دل على منعه على التصرف في الميراث إلا بعد الضمان. قلت: مع أن هذا مبنى على تعلق الشركة فيه، إنه إنما يستقيم لو كان تعلق التكليف بأداء الزكاة متأخرا عن مشاركة الفقراء، نظير التكليف بأداء حصية الشريك إليه في سائر الأموال المشتركة، و هو ممنوع. و كذا على الرابع، إن قلنا بملك الوارث، و ليس هنا مانع الحجر لأخذ الثمرة تظهر في ملك الوارث، و قد تقدم أن المنسوب إلى الأصحاب القطع بعدم حجره عن التصرف في النماء (١١٥). ثم لو قلنا: بأن التركة في حكم مال الميت فظهرت الثمرة و زادت التركة و دخلت المسألة في الصورة الثانية. و لو زادت التركة عند بلوغ حد الوجوب في الصورة الثالثة، اتحد زمان تملك الوارث للفاضل و زمان نفى الوجوب، و الظاهر وجوب الزكاة على الوارث للعمومات. و لو كان موت المالك بعد تعلق الوجوب، فلا إشكال في وجوب الزكاة في هذا المال و إن كان الميت مديونا لأن الدين لا- يمنع الزكاة. و لو ضاقت التركة عن الدين و الزكاة، فإن كان عين المال الزكوى تالفا، بأن كانت الزكاة في ذمة الميت فهي كأحد الديون يوزع المال على الجميع، و إن كانت العين باقية فالظاهر دفع الزكاة أولا، أما على تقدير تعلق الشركة فواضح، و أما على تقدير تعلقه كتعلق الدين بالرهن و دية الجنابة بالعبد الجاني فسبق تعلق ذلك الحق، فيكون حق الغرماء بعد الموت تعلق بمال تعلق حق الغير به، فلا بد من فك الحق المتقدم. ثم على القول بالانتقال إلى الوارث فالظاهر منعه من التصرف مع مطالبه الورثة (١١٦) مطلقا و لو كان الدين غير مستوعب- وفاقا للإيضاح (١١٧)، و المحكى عن الكركي (١١٨)- لعموم الروايتين المتقدمتين في قوله: «ليس للورثة شيء» (١١٩)، و قوله: «ليس للورثة سبيل على رقبه العبد و ما في يده» (١٢٠). و ربما يستدل لذلك بالآية، و يقال: إن مقتضاها أن تسلط الورثة من جميع الوجوه متأخر عن الدين و الوصية، خولف ذلك في أصل الملك لما دل عليه من الدليل العقلي و النقلى فيبقى الباقي على المنع. و فيه: أن مقتضى الآية تأخر التسلط المطلق عن الدين، لا- تأخر مطلق التسلط، فالعموم في قوله: التسلط من جميع الوجوه، مجموعى لا- أفرادى. و كيف كان، فمقتضى تلك الروايات هو المنع مطلقا، إلا أن في بعض الأخبار دلالة على جواز التصرف إذا لم يحط الدين بالتركة، نحو مرسله البنظي- المصحح إليه-: «عن رجل يموت و يترك عيالا- و عليه دين، أينفق عليهم من ماله؟ قال: إذا استيقن أن الذى عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال» (١٢١). و ما سيجيء من صحيحة الحلبي الدالة على أن الوصى إذا عزل الدين و قسم الباقي بين الورثة ثم تلف المعزول غرمه (١٢٢) إذ لو لم تجز القسمة قبل إيفاء الدين إلى صاحبه لكان حق الديان. و في معناها ما عن الكليني و الشيخ في الموثق عن ابن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام (١٢٣) أن ينفق على الورثة مع عدم الاستغراق، و يوفى الدين- أيضا- لوجوب إيصال حق كل من الورثة و الديان إليهم، لكن لا- يخفى أنه ليس في الرواية ما يوجب اختصاص ذلك بالوصى للميت- الولى الشرعى للصغار- بل ظاهر مطلق المتولى لأموال الميت و الورثة، فلا يبعد جواز ذلك لنفس الوارث، فيجوز له التصرف في بعض التركة مع حفظ بعضها الآخر للديان إلى زمان إمكان الأداء. نعم، لو اتفق تلف ما للديان بعد الإنفاق على الورثة فالضمان على الولى المتصرف إذا تمكن من إيصال حق الديان إليهم فلم يفعل لما ورد في ضمان من أوصى إليه دفع مال إلى مستحقه فتمكن و لم يفعل، المروى في باب: من تمكن من إيصال الزكاة فلم يفعل (١٢٤). و لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: في رجل

توفى فأوصى إلى رجل، و على الرجل المتوفى دين، فعمد الذى اوصى إليه فعزل الذى للغرماء فرفعه فى بيته، و قسم الذى بقى بين الورثة، فسرق الذى للغرماء من الليل، ممن يؤخذ؟ قال: هو ضامن حين عزله فى بيته، يؤدى من ماله «١٢٥». و رواية أبان- المحكية عن الفقيه بطريق موثق «١٢٦»، و عن الشيخ بطريق صحيح إليه مرسل «١٢٧»، و عن الكلينى بسند ضعيف مرسل «١٢٨»- أنه سأل رجل، أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى إلى رجل أن عليه ديننا، فقال: «يقضى الرجل ما عليه من دينه و يقسم ما بقى بين الورثة، قلت: فسرق ما كان أوصى به فى الدين، ممن يؤخذ؟ أم من الورثة أم من الوصى؟ قال: لا يؤخذ من الورثة و لكن الوصى ضامن له» «١٢٩». و قريب منها رواية عبد الله الهاشمى المحكية عن الاستبصار «١٣٠» و التهذيب «١٣١» فى وصى أعطاه الميت زكاة ماله فذهبت. و لا- بد من حمل هذه الروايات- وفاقا للمحكى عن الشيخ فى التهذيبيين- على صورة تمكّن الوصى «١٣٢» لما تقدّم من التقييد فى رواية الوصى الذى أمر بدفع مال إلى غيره، المروية فى باب الزكاة «١٣٣». و لو لم يتمكّن من الدفع، فالظاهر المطابق للقاعدة أن الضمان على الورثة إذ لا يستقر ملك الرجل على شىء من التركة قبل إيفاء الدين، لما تقدّم من الروايتين الظاهرتين فى المنع من التصرف «١٣٤»، المحمولتين- بقريته رواية الإنفاق «١٣٥» و هذه الروايات- على أنه ليس لهم شىء على سبيل الاختصاص المستقرّ و الملكية الثابتة حتى يؤدوا الدين. و لو أفلس الوصى، فالظاهر رجوع الغرماء إلى الورثة، بل لا يبعد رجوعهم من أول الأمر إلى الورثة. و

المراد بضمان الوصى وجوب غرامته فيكون ما يغرمه كأصل مال الميت، لا أن الوصى ضامن للديان بمعنى عدم تسلطهم على الورثة. فقله عليه السلام فى الرواية الثانية: «لا يؤخذ من الورثة» و إن كان ظاهرا فى ذلك إلا أنه لا يبعد حمله على أن الضمان لا يستقرّ على الورثة، بمعنى أن لا يرجع أحدهما إلى الوصى، بل الضمان يستقرّ على الوصى، فإن أخذ الديان منه فهو، و إن أخذوا من الوارث رجع الوارث إلى الوصى، كل ذلك لما تقرّر من أن الإرث لا يستقرّ ما لم يبرئ ذمه الميت.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).
قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَارِ - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - رحمه الله - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفئ مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلمية و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسائل الدينية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتى المبتدلة أو الرديئة - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم

الإسلامية، إنالة المنافع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبّهات المنتشرة في الجامعة، و...
 - منها العدالة الاجتماعية: التي يُمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -
 في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهةٍ أخرى.
 - من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقعٍ أُخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديّه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد
 جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و مُفترق " وفائي / بنايه " القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: 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، شعبيّه، تبرعيّه، غير حكوميّه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا تُوفى الحجم
 المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى
 بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم
 - في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان
الغائمة

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الأخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للإبصار من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

